



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE



Державна політика і законодавство з регулювання сфери неплатоспроможності:

- аналіз практики
- рекомендації по удосконаленню

Київ
листопад 2010

Науковий керівник: О.Пасхавер

**Виконавці: Л. Верховодова
К. Агєєва**

Зміст

Резюме	4
Вступ	7
1. Загальна ідеологія побудови системи державного регулювання сфери неспроможності суб'єктів підприємництва	9
1.1. Цілі, функції, завдання і принципи побудови системи	9
1.2. Національні особливості	11
2. Особливості України, які впливають на побудову системи державного регулювання сфери неплатоспроможності	12
2.1 Специфіка України, яка сформувалася в процесі постсоціалістичної трансформації	12
2.2 Особливості України, які слід враховувати при підготовці нового законодавства про банкрутство	15
3. Оцінка регуляторної спроможності українського законодавства про банкрутство	21
3.1 Перший етап: Закон «Про банкрутство» (1992 р.)	21
3.2. Другий етап: Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (1999 р.)	24
4. Рекомендації: оптимальний баланс інтересів кредитора і дебітора	38
5. Рекомендації: підходи до вибору способів вирішення проблеми неплатоспроможності підприємств	43
6. Рекомендації: зняття обмежень і заборон на банкрутство підприємств державної власності	55
7. Рекомендації: створення системи запобігання несумлінній поведінці та фіктивному банкрутству	61
7.1. Запобігання фіктивному банкрутству	61
7.2. Запобігання несумлінній поведінці арбітражного керуючого	69
8. Рекомендації: підходи до побудови інституційної системи регулювання сфери неплатоспроможності суб'єктів підприємництва	83
9. Нове законодавство: види експертиз	98

Резюме

1. Подібно іншим країнам з перехідною економікою, система державного регулювання в Україні створювалася шляхом імпорту світового досвіду. Перший Закон «Про банкрутство» (1992 р.) і другий Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (1999 р.), який є чинним на сьогодні, розроблялися з урахуванням стандартів, притаманних законодавству про банкрутство розвинутих країн.

Проте десятирічна практика застосування другого Закону показала його низьку регуляторну ефективність. У міжнародних рейтингах Україна займає одне із останніх місць за рівнем ефективності реалізації процедури банкрутства. Причина – це наявність значних процесуальних недоліків у чинному Законі. Але головне – конструкція Закону багато в чому не відповідає реаліям української економіки. Можна констатувати, що врахування особливостей підприємницьких процесів в Україні є основним напрямком подальшого удосконалення законодавства у сфері неплатоспроможності.

2. Господарювання в Україні ускладнюється такими історично обумовленими параметрами як бездержавність, антикапіталістичні стереотипи та традиція корупції. Це викликало суттєві відхилення від ліберально-демократичної моделі організації і функціонування суспільства, держави та економіки:

а) Сприйняття корупції у суспільстві як допустимого гріха і, як наслідок, корупційне ураження всіх інститутів суспільства, держави і економіки. В тому числі:

- корупційне спотворення законодавчої системи;
- тіньова організація господарських відносин.

б) Запізніле і неадекватне реформування інститутів економіки і, як наслідок, нерозвиненість ринку, що об'єктивно збільшує:

- ризики неплатоспроможності і банкрутства;
- негативні соціальні та економічні наслідки полишення ринку конкретним бізнесом.

в) Неповага в суспільстві, в тому числі учасників господарського процесу до закону, недовіра до інститутів держави і суду, схильність до неформального вирішення проблем.

г) Стереотип пріоритету державної власності і, як наслідок, гіпертрофований державний сектор.

д) Неповага в суспільстві до прав приватної власності і, як наслідок, «продебіторська» орієнтація у конфлікті «кредитор – боржник», особливо, коли дебітор належить державі, а кредитор приватний.

f) Неадекватно реформована, малоздатна держава, що незадовільно виконує свої функції захисту прав власності, в тому числі й державної власності, і функцію спонукання до виконання договорів.

3. У доповіді розглядаються можливості створення в українському законодавстві ефективної системи прямої протидії вказаним вище негативним реаліям. Під цим кутом зору здійснюється аналіз відповідних правовідносин у розвинутих капіталістичних країнах і Росії. За результатами цього аналізу формулюються вимоги до українського законодавства про неплатоспроможність з урахуванням українських реалій за п'ятьма основними напрямками:

a. *Баланс інтересів кредитора і дебітора.* З урахуванням «продебіторських» традицій забезпечити послідовне дотримання принципу незворотності, швидкості та повноти повернення боргу. Виключити відхилення від цих принципів для об'єктів державної власності і спеціальних об'єктів, залучаючи до відшкодування боргу суб'єктів, заради інтересів яких встановлюються спеціальні процедури й обмеження.

b. *Вибір способів вирішення проблем неплатоспроможності підприємств.* Здійснювати у пріоритетному порядку збереження бізнесу (але не власника), включаючи процедуру банкрутства. Неухильно дотримуватися пріоритету продажу бізнесу перед продажем майна цілісного майнового комплексу, який ліквідується. Поширити можливість використання позасудових способів вирішення проблеми відновлення платоспроможності підприємств як засобу повернення боргів.

c. *Зняття обмежень на банкрутство підприємств державної власності.* Одночасно впровадити обов'язкові процедури активної участі держави як власника на всіх можливих стадіях вирішення проблеми неплатоспроможності: повернення боргу, приватизація з попереднім поверненням боргу, участь в санації, реструктуризації і в процедурах банкрутства.

d. *Створення системи запобігання несумлінної поведінки і фіктивному банкрутству.* Запровадити постійний контроль, автоматичність процедур банкрутства. Для протидії тіньовій приватизації через фіктивне банкрутство перейти до відшкодування боргів виключно у грошовій формі, продавати майно виключно конкурентними способами.

В цьому напрямку повинно здійснюватися й удосконалення системи регулювання прав арбітражних керуючих з урахуванням конфлікту інтересів, закладених в їхній діяльності. Необхідним є суміщення трьох видів контролю: державного, професійного і публічного. Потребує збільшення жорсткості система доступу (вимоги до особи, навчання, ліцензування, призначення на посаду) і відповідальності за результати діяльності (членство

у саморегулюючій організації, страхування матеріальної відповідальності за професійні ризики, посилення кримінальної відповідальності).

е. *Участь держави.* Створити в Україні потужну спеціалізовану інституційну систему для регулювання сфери неплатоспроможності. При «прогалинах» законодавства, слабкій системі державного управління і масштабності тіньової економіки ця система змушена буде перебрати на себе більше функцій, ніж аналогічні системи в розвинутих країнах. Для запобігання конфлікту інтересів функції формування законодавства і державної політики, підтримка процесу регулювання та запобігання порушенням законодавства, а також функції власника повинні бути інституційним чином розділені між відомствами.

Вступ

Україна вступила у третій етап трансформації економічного законодавства в сфері регулювання неспроможності суб'єктів підприємництва. Перший Закон «Про банкрутство» був прийнятий у 1992 р., другий Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» вступив в дію 1 січня 2000 р. і є чинним на сьогодні.

Недосконалість чинного Закону визначилася давно, але гостра політична нестабільність після 2004 р. і глобальна фінансово-економічна криза 2007-2009 рр. затримали вирішення цієї проблеми. Активність в підготовці проектів змін до Закону почала відчуватися лише у 2010 р. Причому у законотворчій активності чітко простежується два підходи. Більшість експертів і представників відповідних органів державного управління знову пропонують варіанти процесуального удосконалення Закону. З іншого боку, є прибічники необхідності кардинального перегляду самої концепції державної політики та законодавства в цій сфері з огляду на специфічні особливості розвитку української економіки.

Автори даної аналітичної доповіді як економісти не зачіпають проблеми удосконалення процесуальних норм. Ця площина аналізу вимагає спеціального професійного підходу і швидше є предметом інтересу спеціалістів у галузі права. Предметом нашого аналізу є оцінка чинного Закону з точки зору його відповідності реальним економічним умовам, в яких здійснюється правове регулювання сфери неспроможності суб'єктів підприємництва.

Це диктує й особливий ракурс, під яким ми розглядаємо проблему. По-перше, для нас було важливо визначити, наскільки для України як країни з трансформаційною економікою є критичним адекватне відображення в концепції Закону конкретних економічних умов. По-друге, якщо це критично, то якими способами слід здійснювати поєднання світових ліберальних стандартів з конкретними економічними умовами безпосередньо в українському законодавстві. По-третє, необхідно визначитися, в яких межах допустима національна спеціалізація правових норм, які застосовуються для регулювання сфери неспроможності суб'єктів підприємництва.

Десятирічна практика застосування чинного Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» наочно продемонструвала, що саме неадекватність законодавства реальним умовам України обумовила неефективність системи державного регулювання у сфері неплатоспроможності. Специфіка України, яка не була врахована у правових нормах, призвела до того, що формальна система державного регулювання

(законодавство) частково була заміщена неформальною (тіньовою) системою і породила масову несумлінну поведінку суб'єктів підприємництва.

Аналіз практики застосування першого і другого Законів про банкрутство дозволив виділити ті конкретні фактори, які притаманні українській економіці та які необхідно і допустимо враховувати при розробці проекту нового Закону.

На основі оцінки цих факторів сформульовані концептуальні підходи (вимоги) до наступних проблем, які виникають при виборі моделі державного регулювання сфери запобігання і подолання стійкої неплатоспроможності суб'єктів підприємництва:

- a) Баланс інтересів кредиторів та боржника (дебітору).
- b) Вибір способів вирішення проблеми неплатоспроможності підприємств.
- c) Зняття обмежень на банкрутство підприємств державної власності.
- d) Створення системи запобігання несумлінної поведінки та фіктивному банкрутству.
- e) Застосування особливих підходів до проведення банкрутства окремих видів підприємств. Допустима диференціація в режимах банкрутства.
- f) Участь держави.

Автори аналітичної записки мають надію, що підходи, які сформульовані на основі аналізу світового досвіду і специфіки розвитку української економіки, реально допоможуть спеціалістам права під час підготовки проекту нового Закону про неплатоспроможність і банкрутство.

1. Загальна ідеологія побудови системи державного регулювання сфери неспроможності суб'єктів підприємництва

Формування ідеології побудови системи державного регулювання сфери неспроможності суб'єктів підприємництва зайняло у світовій практиці порівняно довгий історичний період. Сучасний її варіант визначився орієнтовно у 70-80-х роках минулого століття, коли в країнах, що мали розвинуту ринкову економіку, пройшла хвиля реформ існуючих систем регулювання процесу банкрутства.

В цій ідеології знайшов відбиток раціональний світовий досвід, який визначився в ході довгої історичної практики. Тому розробка пропозицій щодо удосконалення українського законодавства для сфери неспроможності повинна орієнтуватися перш за все на цю ідеологічну схему.

1.1. Цілі, функції, завдання і принципи побудови системи

Основними елементами сучасної моделі ефективно функціонуючої економіки є ринок і система державного регулювання, яка доповнює його.

Функціонування ринкової економіки є прикладом дії саморегулюючої системи. Основними механізмами саморегулювання виступають вільна конкуренція і банкрутство. Конкуренція здійснює автоматичну селекцію власників і виробництв на ефективних і неефективних. Призначенням механізму банкрутства є видалення з ринку власників і виробництв, які визначилися в ході конкуренції як неефективні.

Енергія ринку, як й інші види енергії, наприклад, атомна енергія, сама по собі не є позитивним, або негативним явищем. Ринок несе в собі потужний стимул – одержання прибутку, який забезпечує поступальний рух економіки за рахунок відбору найефективніших власників і виробництв. Але так само, як і атомна енергія, його дія може нести руйнівні наслідки. Кориговальним і направляючим механізмом дії ринку виступає система державного регулювання. Вона призначена для зняття критичних ризиків для сталого функціонування економіки та захисту важливих для країни інтересів.

Однією із критичних загроз, які можуть порушувати нормальне функціонування ринкової економіки, є виникнення стійкої неплатоспроможності суб'єктів підприємництва. Це створює небезпечні «тромби» в обороті фінансів і активів. Саме тому фактично немає жодної країни з ринковою економікою, в якій би в тому або іншому варіанті не створювалися спеціальні інституційні системи (законодавство і органи управління) для запобігання і подолання стійкої неплатоспроможності суб'єктів підприємництва.

У коротких тезах ми викладемо загальні вимоги, які сформувала світова практика до системи державного регулювання сфери неспроможності суб'єктів підприємництва.

Найбільш концентрованою ознакою будь-якої економічної системи є визначення мети її функціонування. З об'єктивної точки зору, мета будь-якого державного втручання у діяльність суб'єктів підприємництва полягає в тому, щоб забезпечити стійкість та зростання ефективності ринкової економіки, а також створити надійний захист важливих для країни інтересів.

Але об'єктивна мета є глибинним змістом регуляторної політики держави. Для різних сфер підприємницької діяльності вона набуває конкретної форми, яка і знаходить втілення у відповідному законодавстві та державній політиці. *Для сфери неплатоспроможності конкретна мета втручання держави у діяльність суб'єктів підприємництва може бути сформульована наступним чином: забезпечення незворотності повернення боргу способами, які сприяють росту стійкості та ефективності економіки й не наносять шкоди важливим для країни інтересам.*

Система державного регулювання у сфері неспроможності суб'єктів підприємництва спрямована на те, щоб «санітарна» для будь-якої економіки функція банкрутства здійснювалася раціонально, тобто без надлишкових втрат, і безпечними для ефективного бізнесу, населення і в цілому країни способами.

До загальних принципів, на яких повинна будуватися система державного регулювання сфери неплатоспроможності, можна віднести:

верховенство прав власності, незворотність виконання договорів (ціннісний фон, притаманний ринковій економіці);

рівність всіх суб'єктів підприємництва перед вимогою незворотності повернення боргів (захист ринкової конкуренції);

публічність і прозорість процедур прийняття рішень (основа публічного контролю).

Завдання держави у сфері регулювання неплатоспроможності суб'єктів підприємництва умовно можна розділити на три головні групи:

підтримка ефективних підприємств;

ліквідація неефективних власників і (або) виробництв;

запобігання несумлінним діям й фіктивному банкрутству.

Процес державного регулювання сфери неплатоспроможності суб'єктів підприємництва включає чотири складові:

фіксація стану неплатоспроможності;

встановлення способів відновлення платоспроможності;
регулювання процедур;
визначення учасників процесу та їхніх функцій.

1.2. Національні особливості

Цей перелічений вище комплекс цілей, завдань та принципів слід розглядати як ідеологічний каркас, на якому повинно будуватися будь-яке національне законодавство, спрямоване на запобігання і подолання стійкої неплатоспроможності суб'єктів підприємництва в умовах ринкової економіки.

Фігурально кажучи, «м'язи» законодавства, тобто конкретні процесуальні норми, якими обростає ідеологічний каркас, мають досить помітні розбіжності в різних країнах.

На національний формат законодавства з регулювання сфери неспроможності суб'єктів підприємництва накладаються:

особливості розвитку економіки;
конкретні цілі економічної політики певного періоду;
поєднання з існуючою системою державного регулювання;
стійкі традиції (розповсюджена практика) ведення бізнесу;
загальна адміністративна культура (практика).

Відображення особливостей країн в характері регуляторної системи є природним процесом. Система державного регулювання сфери неспроможності вбудована в існуюче середовище, яке й диктує вибір конкретних форм і способів реалізації її цілей, завдань і функцій. Якщо такого поєднання не відбувається, то регуляторна практика може помітно втратити у рівні ефективності, а в окремих випадках – це може спровокувати накопичення різного роду деформацій, навіть кримінального характеру.

Недарма міжнародні експерти вважають, що законодавство з регулювання сфери неплатоспроможності за характером є таким, що потребує постійної трансформації услід змінам в економіці та економічній політиці. В окремих країнах передбачається оновлення законодавства у цій сфері кожні 2-3 роки.

Але існують певні рамки допустимості відображення в законодавстві національних особливостей. З одного боку, ці особливості жодним чином не повинні деформувати загальну ідеологію, яка визнана у світі та відображає ліберальні підходи. З іншого боку, їхнє врахування необхідне в тій мірі, в якій вони збільшують ефективність державної регуляторної політики.

2. Особливості України, які впливають на побудову системи державного регулювання сфери неплатоспроможності

Підготовка першого Закону «Про банкрутство» і другого Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» здійснювалися у період, коли в Україні ще не визначилися контури національної економіки і системи державного управління. Капітал і бізнес проходили стадію зародження. Тому законодавство для системи державного регулювання сфери неплатоспроможності будувалося переважно з огляду на світовий досвід.

Практика імпорту світового досвіду є досить розповсюдженою для країн з перехідною економікою. Для них практика розвинутих країн є незаперечним прикладом успішного розвитку. Окрім цього, за відсутності свого досвіду це значно скорочувало для них час створення необхідного законодавства для незнайомого типу ринкової економіки.

За 19 років, які минули після виходу зі складу СРСР, Україна сформувалася як держава зі своєю усталеною системою економіки та державного управління. У 2005 р. Європейський Союз визнав її країною з ринковою економікою. В економіці України утворився величезний прошарок суб'єктів підприємництва.

Україна набула в ході своєї нетривалої, але бурхливої історії стійкі особливості, які тепер стали помітно впливати на її подальший розвиток. Тому при підготовці нового законодавства про банкрутство на перший план виходить завдання на базі визнаних світових ліберальних стандартів створити систему державного регулювання сфери неплатоспроможності, яка би була адекватна характеру національної економіки та державного управління.

Це є складним і новим для українських законодавців завданням. Успіх реалізації такого підходу у значному ступені залежить від правильності вибору особливостей, які слід враховувати при побудові регуляторної системи, та способів втілення цих особливостей у регуляторні норми.

2.1 Специфіка України, яка сформувалася в процесі постсоціалістичної трансформації

На відміну від розвинутих країн, яким історія дала досить довгий період розвитку системи державного регулювання неспроможності суб'єктів підприємництва методом поступового природного відбору, Україна у складі групи колишніх соціалістичних країн почала формувати свою регуляторну систему в радикальних умовах початку процесу постсоціалістичної трансформації.

Колишні соціалістичні країни Східної Європи і країни, які виникли на базі колишніх прибалтійських республік СРСР, одразу поставили перед собою мету інтегруватися до складу Європейського Союзу. Населення цих країн в основному зберегло досоціалістичні цивілізаційні цінності, в їхніх економіках приватний сектор займав помітну частину.

Ця група країн здійснювала постсоціалістичні перетворення своїх економік за ліберальними принципами, їх законодавство і практика у сфері регулювання економіки, в тому числі і у сфері регулювання неплатоспроможності суб'єктів підприємництва, формувалися під впливом і пильним контролем Європейського Союзу. Наприкінці 1990-х років країни в основному завершили процес постсоціалістичної перебудови. В них сформувалися демократичні політичні режими та ринкові за характером економіки. В 2004-2005 рр. їх прийняли в якості нових членів Європейського Союзу.

Україна належить до тієї групи колишніх соціалістичних країн, які через несприятливі стартові умови, пройшли цей шлях з глибокими деформаціями.

Відхилення трансформаційного процесу в Україні виникло внаслідок несприятливих стартових умов, зокрема:

1) Відсутність внутрішніх рушійних сил, які би були зацікавлені в реалізації ринкових реформ. Рішення про проведення ринкових реформ приймалися під зовнішнім тиском з боку міжнародних організацій і урядів розвинутих країн.

2) Глибока структурна криза і слабка державність, які стали наслідком руйнівного способу виходу України із складу СРСР. Держава виявилася неспроможною управляти об'єктами державного сектору. Відродження української економіки після кризи історично було пов'язане з великим приватним капіталом, який проходив процес початкового накопичення зі всіма притаманними йому негативними наслідками.

3) При збереженні монополії державної власності та ослабленні контролю з боку держави право розпорядження державним майном і ресурсами перейшло в руки окремих чиновників, які не контролювалися державою.

4) Населення за роки радянської влади втратило досвід ведення підприємницької діяльності та упереджено ставилося до приватної власності. Відновлення досвіду підприємницьких навичок співпало у часі з активними процесами початкового накопичення капіталу, які відбувалися при ослабленому державному контролі та масовому використанні тіньових способів.

Під тиском з боку міжнародних організацій та урядів розвинутих країн Україна одразу після виходу із складу СРСР змушена була пристати до реалізації ринкових реформ. Але коли зовнішній тиск послабився, реформаторська активність в країні різко згасла.

Історія подальшого розвитку України наочно демонструє, що у наступні роки спостерігалися лише окремі епізоди відновлення ринкових реформ. Всі ці епізоди були пов'язані з періодично виникаючим тиском, який чинили міжнародні організації та уряди розвинутих країн на українську владу. Їх бентежило відставання та накопичення деформацій в ході постсоціалістичної трансформації в цьому регіоні світу. Але кожен раз, коли зовнішній тиск слабшав, реформи в Україні без активної внутрішньої підтримки знову припинялися.

Як наслідок на відміну від першої групи постсоціалістичних країн, Україна не змогла завершити процес постсоціалістичної трансформації. Наприкінці 1990-х років на зміну економіці радянського типу виникла деформована економічна система, яка являла собою своєрідну суміш із елементів ринкової економіки, залишків економіки радянського типу і нових елементів, так званої, «олігархічної» економіки (зрощення влади з великим національним капіталом, масова корупція і тіньова діяльність). В країні утвердився напівавторитарний політичний режим.

Таким чином, в результаті першого етапу постсоціалістичних перетворень в Україні виникла політико-економічна система, яка мала суттєві відхилення від ліберально-демократичної моделі.

Після виходу із складу СРСР Україна одержала у спадщину недієздатну частину радянської системи державного управління, яку необхідно було заново відбудувати для умов нової суверенної держави та нового типу ринкової економіки. Але національна система державного управління в основному стала відновлюватися за старим типом з мінімальним пристосуванням для потреб регулювання ринкової економіки. Адміністративна реформа в Україні так і не була проведена. Поширення одержала «приватизація» чиновниками своїх функцій – вони перетворилися в джерело особистих доходів чиновників.

Напруга всередині українського суспільства, яке відчувало невдоволення результатами перебудови економіки та політичного режиму, постійно зростала і в 2004 р. завершилася помаранчевою революцією. П'ять років політичної боротьби, а згодом обвал виробництва і параліч банківського сектору під час глобальної кризи привели до повного зупинення ринкових реформ. Протягом останніх п'яти років ступінь відхилення українського формату економічної системи від ліберальної моделі навіть збільшився.

Відчутний удар був нанесений системі державного управління економікою. Адміністративні війни зруйнували управлінську вертикаль. Деякі функції та ланки державного управління зникли. Дія ринкових механізмів стала відчутно блокуватися адміністративними методами управління.

Нова команда, яка прийшла після президентських виборів, спрямувала свої зусилля на відновлення стабільності системи державного управління в країні. Але ці дії не були спрямовані на зміну її характеру. Зусилля нової команди, навпаки, призвели до посилення адміністративних методів управління економікою.

Після 2004 р. Україна стала втрачати важливі елементи економічної свободи. За розрахунками американського дослідницького інституту Heritage Foundation, індекс економічної свободи в Україні у рейтингу 2010 р. в порівнянні з рейтингом 2005 р. впав з 55,8 до 46,4 балів (Index of Economic Freedom)¹. Україна за ці роки втратила 74 позиції – перейшла з 88 до 162 місця (серед 173 країн). Вона знову опинилася у групі економічно «невільних» («депресивних») країн світу.

Таким чином, відхилення української економічної системи від ліберальної економічної моделі та слабкість державної системи управління перетворилися у свого роду інституційні ознаки сучасної України. Ці ознаки визначають ті специфічні особливості України, які безпосередньо впливають на процеси формування неплатоспроможності суб'єктів підприємництва і на вибір конструкції системи державного регулювання у цій сфері.

2.2 Особливості України, які слід враховувати при підготовці нового законодавства про банкрутство

В цьому розділі зроблена спроба згрупувати особливості, притаманні Україні, за двома напрямками: а) відхилення української економічної системи від ліберальної моделі та б) прояви слабкості системи державного управління, в тому числі управління економікою.

Відхилення української економічної системи від ліберальної моделі

Відхилення української економічної системи від ліберальної моделі виникли в результаті незавершеності та деформації процесу ринкової перебудови економіки, а також стійких стереотипів, які склалися у населення в минулому. І не тільки в радянські часи, але і в більш ранній період.

До цієї групи особливостей відносяться наступні параметри, які притаманні українській економіці.

¹ <http://www.heritage.org/index/>

1) Недорозвинутий ринок

Недорозвинутий ринок збільшує ризики настання стану неплатоспроможності суб'єктів підприємництва. Додаткові ризики для підприємців створюють: високий рівень монополізації; нерівність суб'єктів підприємництва на ринку, яка підтримується адміністративним втручанням держави (встановлення цін, допуск до ресурсів, пільги, експортні квоти тощо); критична експортно-імпортна залежність (експорт української продукції на зовнішні ринки, імпорт паливних ресурсів).

До того ж, у складі української економіки є сектори, в яких неплатоспроможність виникає штучно, оскільки регулювання цін здійснюється не ринком, а адміністративним шляхом. Прикладом такого сектору є житлово-комунальне господарство. Адміністративне стримування цін на житлово-комунальні послуги при значному подорожчанні поливних і енергетичних ресурсів призвело до тотальної неплатоспроможності суб'єктів підприємництва цієї галузі. І вивести їх із цього стану може тільки загальнодержавна реформа цінової (тарифної) системи.

Недорозвинутий ринок зменшує можливості для суб'єктів підприємництва самостійно вийти зі стану неплатоспроможності. Слабкий фондовий та кредитний ринок, ринок страхових послуг обмежують можливості для бізнесу акумулювати зовнішні фінансові ресурси при появі ознак настання критичного стану.

В результаті для української економіки характерний порівняно високий рівень збитковості підприємницької діяльності. У минулому 2009 р., тобто році, коли українська економіка вийшла із сучасної глобальної кризи, частка збиткових підприємств склала 39,9%, а за січень-травень 2010 р. – вона зросла навіть до 47,1%.

В останні роки досить інтенсивно збільшується загальна величина заборгованості, в тому числі стрімко зростає сума простроченої заборгованості. У порівнянні з 1 січнем 2007 р. (передкризовий період) сума зобов'язань підприємств на 1 квітня 2010 р. збільшилася з 946,6 до 1620,5 млрд. грн. або в 1,7 рази. За цей період сума простроченої заборгованості по кредитах зросла з 4,5 до 69,9 млрд. грн. або в 15,5 разів.

2) Гіпертрофований державний сектор у парадигмі його переваг

В Україні у 1996 р. була завершена мала, а у 1998 р. – масова приватизація. За порівняно короткий історичний період (6-8 років) невеликі фірми пройшли період початкового накопичення і перетворилися в потужні бізнес-групи. Усе разом це забезпечило трансформаційний стрибок у структурі власності. За оцінками експертів, якщо у 1992 р. інтегральний показник частки державного сектору досягав 77,0%, то у

1998 р. приватний сектор зайняв стратегічні позиції – інтегральний показник його частки зріс до 63,3%.²

Але в подальшому приватизація почала втрачати темпи, а після 2004 р. наступив її параліч. Політичні опоненти обрали в якості одного із інструментів політичної боротьби приватизацію. Політичний суперник, який опинявся в опозиції, блокував всі спроби команди, яка прийшла до влади, відродити приватизацію, оскільки вона могла надати в руки влади величезні фінансові ресурси за рахунок продажу стратегічних підприємств..

В результаті після 18 років приватизації частка державного сектору (без бюджетних організацій і банків) все ще займає помітну частку у факторах виробництва: у середньообліковій кількості штатних працівників – 15,6%; залишковій вартості основних фондів та нематеріальних активів – 14,2%³. І це без врахування об'єктів, які знаходяться у комунальній власності. Таким чином, на відміну від розвинутих країн *українська держава змушена виконувати великий масив невластивих функцій – функцій власника суб'єктів підприємництва.*

Крім цього, основний масив державних активів виявився зосередженим в стратегічних галузях та природних монополіях: військово-промисловий, паливно-енергетичний комплекси, наука, залізниця, пошта, телекомунікації, житлово-комунальне господарство тощо. Від функціонування цих галузей залежить економічна і державна безпека, задоволення важливих масових потреб населення. *Поряд зі стереотипами, які залишилися від соціалістичного минулого, це підтримує парадигму переваг державної власності над приватною власністю.*

3) Наявність тіньової економіки та масова корупція

Починаючи з 1991 р., українська економіка стала втягуватися в глибоку структурну кризу. Вихід України із складу СРСР призвів до руйнівних наслідків в економіці: одночасно були розірвані сталі корпоративні та технологічні зв'язки; втрачений величезний ринок; виробництво на державних підприємствах, які склали основу української економіки, почало зупинятися. На відміну від інших колишніх соціалістичних країн, Україна не приваблювала іноземних інвесторів. Держава виявилася неспроможною протидіяти наступу колапсу економіки.

В таких кризових умовах при фактичній відсутності контролю з боку держави розпочався національний приватний бізнес. Початкове накопичення приватного капіталу переважно здійснювалося за рахунок експлуатації державних підприємств та ресурсів. В умовах слабого державного контролю право допуску приватного капіталу до державних підприємств і ресурсів

² http://www.library.ukma.kiev.ua/e-lib/NZ/NZV44_2005_economy/04_goncharova_ng.pdf

³ http://www.me.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=149793&cat_id=36252

опинилося в руках чиновників. Це спровокувало появу в Україні масштабної тіньової економіки та масового розповсюдження корупції.

Незважаючи на слабкість держави, Україна завдяки енергії нового капіталу зуміла вийти із першої структурної кризи 1990-х років і перейшла до високих темпів економічного росту. Українська економіка виявилася спроможною подолати роки гострої політичної нестабільності після помаранчевої революції та вийти із глибокої глобальної кризи 2007-2009 років. Причому і в першу, і другу кризу українська економіка відроджувалася без реальної допомоги з боку держави та іноземного капіталу. Тому сприяла феноменальна спроможність українського бізнесу до самовиживання. В якості засобів самовиживання український бізнес традиційно використовує тіньову економіку і корупцію. У розвитку економіки досить чітко проглядається алгоритм – покращення умов для функціонування бізнесу автоматично супроводжується скороченням масштабів тіньової економіки.

Постійна присутність масштабної тіньової економіки та масової корупції призвели до виникнення паралельно формальній (законодавство) системі регулювання ринку неформальної (персональні домовленості) системи взаємовідносин між суб'єктами підприємництва і суб'єктів підприємництва з державою.

Існування формальної та неформальної систем регулювання притаманні процесу регулювання діяльності суб'єктів підприємництва будь-якої країни. В розвинутих країнах неформальна система (персональні домовленості) у загальному сенсі не суперечить формальній системі (законодавству) і будується на позитивній діловій практиці, традиціях адміністративної культури, етичних нормах, яких дотримується суспільство. Персональні домовленості тіньового характеру існують, але вони негативно сприймаються і проти них активно борються влада і суспільство.

Українським феноменом є поява величезної неформальної системи – системи персональних домовленостей тіньового характеру. Неформальна система виникла під прямим впливом зрощення влади з бізнесом, розповсюдження тіньової підприємницької діяльності та масової корупції. Формальна система у певному сенсі обслуговує потреби неформальної системи.

Українське суспільство сприймає тіньову систему персональних домовленостей як традицію і терпляче ставиться до її проявів.

4) Вихідні стереотипи, які визначають систему поведінки суб'єктів підприємництва

Вихідні стереотипи багато в чому можуть пояснити схильність до тих або інших способів вирішення проблеми неплатоспроможності з боку різного роду суб'єктів підприємництва, які безпосередньо приймають

участь у цьому процесі. Ці стереотипи склалися на базі соціалістичного минулого та довгого періоду відсутності власної державності в Україні.

До найбільш важливих з цієї точки зору стереотипів, які притаманні українському суспільству, можна віднести наступні.

а. «Продебіторський» стереотип. Він базується на патерналізмі, який був притаманний соціалістичному способу господарювання. До сучасного часу патерналізм влади знаходить прояв щодо стратегічних підприємств державної власності. У приватному секторі патерналізм зародився внаслідок зрощення влади з бізнесом, коли наявність патрону у владі стала обов'язковою умовою успішного бізнесу.

б. Неповага до прав власності. Зневага до приватної власності є таким самим наслідком соціалістичних стереотипів, які насаджувалися в українському суспільстві терором і ідеологічною обробкою. Рикошетом це породило неповагу до державної власності, яка сприймалася як «нічийна». Новітня українська історія не сприяла закріпленню позитивних стереотипів відносно прав приватної власності. Процес початкового накопичення капіталу зі всіма його негативними моментами підтримує у населення вороже ставлення до «олігархів». Державна власність, яка погано контролюється, масово використовується для «тіньової приватизації» доходів з боку керівників і менеджерів.

с. Неповага до законів. В історії соціалістичної України та нинішній новітній історії адміністративні механізми управління завжди переважали правове регулювання. Цей стереотип наразі підтримується недосконалим законодавством, яке має величезні прогалини, які компенсуються «ручним» управлінням і корупційним механізмом прийняття рішень. Закони фактично обслуговують систему неформальних персональних домовленостей.

д. Схильність до неформального вирішення конфліктів – недовіра до держави та суду. Теперішня історія України призвела до появи потужної за впливом неформальної (персональні домовленості) системи регулювання взаємовідносин всередині бізнесу і бізнесу з державою. Вона адекватна характеру тіньової економіки, яка посідає значні позиції в Україні. Недовіра до влади і суду підтримується в Україні відкритим зрощенням влади з великим капіталом і масовим розповсюдженням корупції. Окрім цього, органи державного управління і суди являють собою неефективні інституції. Офіційні процедури вирішення проблем є затяжними, дорогими (корупційний «податок») і з невизначеним результатом.

Слабкість системи державного управління

Як було відзначено вище, при виході із складу СРСР Україна одержала недієздатну частину системи управління економікою. Україна змушена була одночасно створювати державність та адекватну ринковій економіці систему регулювання підприємницької діяльності. Через відсутність відповідного досвіду, слабкість національних реформаторських сил, необхідність протистояння катастрофічному наступу кризи та просто часовий цейтнот *була побудована система державного управління, яка виявилася неспроможною ефективно реалізовувати свої функції в економіці.*

a. Держава не забезпечила необхідну нормативно-правову базу для регулювання економіки ринкового типу, в першу чергу регулювання господарської і підприємницької діяльності. Існують численні прогалини або неадекватні норми, які замінюються «ручним» управлінням, що дозволяє чиновникам створювати бар'єри для бізнесу і канали для корупції.

b. В Україні фактично відсутня спеціалізована системи управління об'єктами державної власності, тобто ефективна інституційна база для виконання державою функцій власника. Україна до сих пір не має єдиної державної політики управління і розвитку державного сектору. Держава неспроможна підтримувати платоспроможність своїх підприємств. Державні активи не захищені від тіньової приватизації через фіктивне банкрутство.

c. Існуючий спеціалізований орган державного управління з питань банкрутства забезпечує регулювання сфери неплатоспроможності суб'єктів підприємництва в рамках належних йому повноважень, відповідальності та усталеної системи управління. Що уже не є достатньо ефективним на сьогодні. Функції формування законодавства і державної політики, здійснення системного контролю з боку держави в цій сфері втрачаються.

d. Зниження професійної якості кадрів управління; криза позитивних традицій в системі державного управління; масова корупція.

3. Оцінка регуляторної спроможності українського законодавства про банкрутство

Система державного регулювання сфери неплатоспроможності суб'єктів підприємництва стала формуватися одразу, як тільки Україна приступила до процесу постсоціалістичної трансформації власної економіки. Інститут банкрутства був відновлений в Україні у 1992 р., коли був прийнятий перший Закон «Про банкрутство».

Наступним етапом розвитку системи державного регулювання сфери неплатоспроможності в Україні стало прийняття Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (1999 р.). Він є чинним на сьогодні.

Десять років – це занадто тривалий період існування без змін системи регулювання сфери неплатоспроможності. Чинний Закон орієнтувався на економічні умови України кінця 1990-х років. З того часу кардинально змінилися українська економіка і самі суб'єкти підприємництва. Окрім цього, в ході багаторічної практики визначилися слабкі ланки в правових нормах, і стали явними негативні моменти їх застосування в специфічних умовах України.

Для визначення напрямків подальшого удосконалення регуляторної системи у сфері неплатоспроможності, необхідно було здійснити детальний аналіз регуляторної здатності діючого Закону. На відміну від спеціалістів права, які зосереджують увагу на аналізі процесуальній ефективності законодавчих норм, у даній доповіді проведена оцінка ефективності Закону і практики його застосування з позицій адекватності відображення в його нормах тих особливостей, які на сьогодні складають специфіку України та породжують негативні тенденції у сфері неплатоспроможності.

3.1 Перший етап: Закон «Про банкрутство» (1992 р.)

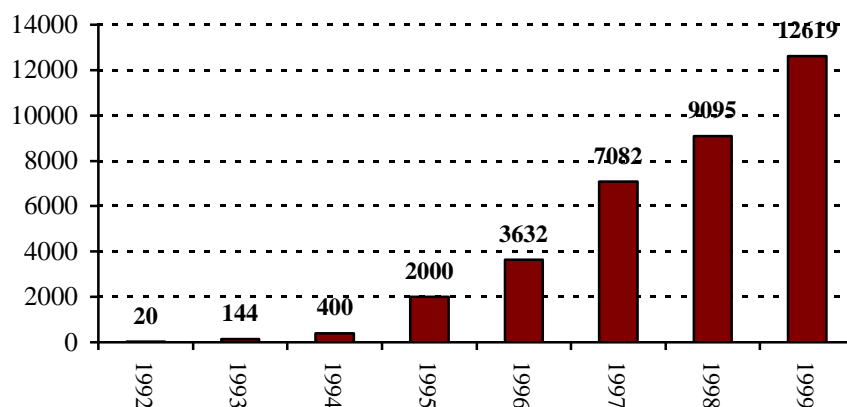
Перший Закон «Про банкрутство» розроблявся під сильним впливом глобального процесу постсоціалістичної трансформації країн, які раніше входили до світової соціалістичної системи, та конкретної ситуації, яка склалася в Україні після виходу зі складу СРСР. Перший момент визначив орієнтацію Закону на стандарти розвинутих країн, другий – на вирішення проблем надзвичайної ситуації структурної кризи, в яку втягувалася українська економіка.

Конкретна ситуація, яка склалася в Україні на початку 1990-х років, обумовила наступні підходи до організації системи регулювання сфери неплатоспроможності:

- Жорстко «прокредиторська» спрямованість. Криза супроводжувалася стрімким спадом виробництва і необхідно було протидіяти наростаючій кризі неплатежів. Оскільки основу економіки склали державні підприємства, то держава як власник через Закон прийняла рішення за всіх боржників. Закон не визначав місця інтересам конкретного підприємства-боржника.
- Банкрутство як пріоритетний спосіб вирішення проблеми неплатоспроможності. Держава була неспроможна підтримувати платоспроможність державних підприємств. Для цього вона не мала ані фінансових, ані організаційних ресурсів. Єдиним способом протидії загрози економічного колапсу в цей період була визнана зміна форми власності на об'єкти державної власності через приватизацію і банкрутство.
- Відсутність спеціалізованої інституційної системи. В Законі була відсутня ідея про спеціалізований орган державного управління і навіть про головну фігуру конкурсного процесу – арбітражного керуючого. В цьому випадку головну роль відіграв часовий цейтнот і нестача досвіду здійснення регуляторної практики в умовах ринкової економіки, яка вимагає спеціалізованої інституційної підтримки.

Перший Закон складався із 22 коротких статей, в яких надавався лише контур системи державного регулювання сфери неплатоспроможності. Через низьку процесуальну здатність Закону і відсутність спеціалізованої інституційної підтримки регуляторна система у перші три роки після прийняття Закону фактично не діяла. В умовах масової неплатоспроможності державних підприємств до офіційної процедури банкрутства включалися лише малі підприємства, які стали виникати поза межами державного сектору (рис. 3.1).

Рисунок 3.1. Кількість порушених справ про банкрутство у 1992-1999 роках⁴



⁴ В.В.Джунь. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні. Київ: Юридическая практика, 2006, с.87

Як видно з рис. 3.1, сплеск активності у порушенні справ про банкрутство став спостерігатися з 1995 р. І це було пов'язано з тим, що банкрутство стало використовуватися різними групами суб'єктів для досягнення своїх інтересів: державними органами – для досягнення відомчих інтересів, приватним капіталом – для реалізації тіньових інтересів у встановленні контролю над виробничими активами.

Інтереси державних податкових служб. Податкові служби починають широко використовувати загрозу банкрутства як важіль тиску на підприємства – боржників перед державним бюджетом. Наприклад, у 1998-1999 рр. за заявами податкових органів було порушено до 70% всіх справ про банкрутство⁵.

Інтереси приватного капіталу. Приватний капітал для досягнення своїх інтересів винайшов новий для України спосіб – фіктивне банкрутство. Фіктивне банкрутство використовувалося капіталом як спосіб тіньової приватизації, що надавало можливість більш дешевим, швидким та неконкурентним способом одержувати власність на державне майно.

Явна недієздатність української регуляторної системи змусила владу шукати шляхи її підсилення. Причому ці пошуки здійснювалися у контексті впливу на вирішення проблеми неплатоспроможності державних підприємств, які все ще займали монопольні позиції в українській економіці.

У 1996 р. було створено Агентство з питань банкрутства з високим статусом центрального органу виконавчої влади⁶. Його головними функціями стали формування державної політики та законодавства, реалізація державної політики, контроль за дотриманням законодавства, управління процесом запобігання та подолання неплатоспроможності державних підприємств.

Рішеннями Президента України та Уряду в Україні почали створюватися умови для поширення використання способів оздоровлення підприємств⁷.

Але розрізнені зміни не надали необхідного ефекту удосконалення системи регулювання, і у 1994 р. було прийнято рішення про підготовку нового Закону про банкрутство.

⁵ В.В.Джунь. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні. Київ: Юридическая практика, 2006, с.89

⁶ Указ Президента України від 17.06.1996 р. №435/96 «Про утворення Агентства з питань запобігання банкрутству підприємств та організацій»

⁷ Указ Президента України від 08.07.1998 р. №753/98 «Про додаткові заходи щодо посилення ефективності застосування процедур банкрутства»; Постанова Кабінету Міністрів України від 22.08.1996 р. №990 «Про Агентство з питань запобігання банкрутству підприємств та організацій»

3.2. Другий етап: Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (1999 р.)

Період підготовки нового Закону значно затягся. Закон „Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» вступив в дію тільки з 1 січня 2000 р.

Другий Закон, який є чинним на сьогодні, має беззаперечні переваги перед першим Законом про банкрутство. Він надає більш повну процесуальну базу для здійснення регуляторних процедур. Закон складається із 53 обширних статей, які наповнені величезним масивом конкретних норм. В ньому навіть зроблена перша спроба відобразити в конструкції системи державного регулювання сфери неплатоспроможності специфічні особливості підприємницької діяльності, притаманні Україні.

Проте десятирічна практика застосування другого Закону наочно продемонструвала його низьку ефективність. Це підтверджують міжнародні оцінки. Низьку ефективність процедури банкрутства відмічають щорічні міжнародні рейтинги. Згідно останнього рейтингу Світового банку Doing Business 2010, Україна значно поступається не тільки розвинутим країнам (ОЕСР), але і країнам Східної Європи і Середньої Азії (СЄСА) за тривалістю та вартістю процедури банкрутства, а також ступенем стягнення суми боргу на користь кредиторів.

Таблиця 3.1

Співставлення індексів, які характеризують процесуальну ефективність банкрутства

	Індекс часу (роки)	Індекс витрат (до вартості бізнесу, %)	Індекс стягнення (до суми боргу, %)
Україна	2,9	42	9
ОЕСР	2,9	8	69
СЄСА	1,7	13	31

Закон має помітні недоліки процесуального характеру, але головне, що реальна система державного регулювання сфери неплатоспроможності не забезпечує через норми Закону досягнення притаманних їй цілей та виконання завдань, які при цьому вона повинна вирішувати.

1) *Баланс інтересів на користь боржника.*

Спеціалісти права відзначають «прокредиторський» характер другого Закону про банкрутство, але оцінка його норм і процедур з точки зору економічних інтересів демонструє протилежне. Традиційні для України «продебіторські» стереотипи явно одержали гору в нормах Закону:

- боржник має процесуальні можливості затягувати і навіть блокувати процедури. Про це свідчать багаторічні процеси реалізації рішень про санацію або банкрутство підприємства-боржника;
- пріоритетна позиція боржника традиційно притаманна для неплатоспроможних підприємств, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 25% (обмеження і заборона на процедуру банкрутства);
- спеціальні пріоритети (державні гарантії, можливість розтягувати процедуру санації до 10 років тощо) мають підприємства-боржники, які відносяться до містоутворюючих, з особливо небезпечними видами виробництва і стратегічних.

Таким чином, держава не виконує одну із своїх головних функцій – тиску на суб'єктів підприємництва для виконання ними своїх договірних зобов'язань. Переваги, які надає Закон боржнику, порушують основний принцип регуляторної системи для сфери неплатоспроможності – забезпечення незворотності, швидкості та повноти повернення боргів.

Водночас при позасудовому варіанті вирішення проблеми неплатоспроможності, тобто там, де не втручається держава, домінує «прокредиторська» орієнтація у взаємовідносинах «боржник – кредитори».

2) *Домінування ліквідації перед оздоровленням підприємств, продажу майна перед продажем бізнесу*

На відміну від першого Закону про банкрутство, другий Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» надає весь спектр способів вирішення проблеми неплатоспроможності суб'єктів підприємництва.

Акцент зроблений на способах оздоровлення потенційно життєздатних підприємств шляхом їх санації або реструктуризації. Причому як у процесі судового провадження, так і у варіанті досудового вирішення проблеми з заборгованістю. Закон визначає відповідальність засновників (власників), а також органів державної влади та органів місцевого самоврядування, наділених господарською компетенцією, за своєчасне вжиття заходів щодо запобігання банкрутству підприємств. Передбачається, що проведення досудової санації або реструктуризації підприємств державної власності здійснюється за рахунок бюджетних коштів.

Банкрутство розглядається у Законі як крайній захід, коли підприємство визнається нежиттєздатним і підлягає ліквідації.

Починаючи з 1990-х років, в Україні стала з'являтися нормативна база для своєчасного виявлення ознак неплатоспроможності підприємств і застосування способів відновлення їхньої платоспроможності⁸. В першу чергу у державному секторі.

Проте новації з побудови системи запобігання банкрутству і поширення практики використання способів оздоровлення потенційно життєздатних підприємств-боржників так і не були реалізовані. Навіть у державному секторі, де власником виступає сама держава, відсутня система ранньої діагностики банкрутства і система допомоги підприємствам-боржникам у подоланні труднощів.

В судових процедурах, як і раніше в якості основного способу вирішення проблеми неплатоспроможності суб'єктів підприємництва використовується банкрутство. За даними Державного департаменту з питань банкрутства, у липні 2010 р. було припинено 601 справу про банкрутство, в тому числі шляхом відновлення платоспроможності – 19, банкрутства (ліквідації) – 469 справ (78%). І це типова ситуація протягом останнього десятиріччя.

Обмежене застосування способів відновлення платоспроможності потенційно життєздатних підприємств в судовій практиці обумовлено рядом факторів:

Перший фактор – судова процедура відновлення платоспроможності не приваблює суб'єктів підприємництва. Вона є дорогою (корупційний «податок»), довготривалою і має невизначений результат. Причому якщо українське підприємство-боржник потрапляє у механізм судового провадження, то справа досить часто завершується «загибеллю» бізнесу. Це стосується як ліквідації, так і застосування способів відновлення платоспроможності. Під час ліквідації майно боржника розподіляється поміж кредиторами, при санації чи реструктуризації – між ними розподіляється найбільш ліквідна його частина.

Другий фактор – приватні кредитори віддають перевагу позасудовим варіантам вирішення проблеми заборгованості, що забезпечує їм швидкість,

⁸ Постанова Кабінету Міністрів від 22.08.1996 р. №990, яка доручала Агентству з питань банкрутства активізувати підготовку спеціалістів з питань фінансового оздоровлення неплатоспроможних підприємств; Указ Президента України від 08.07.1998 р. №753 «Про додаткові заходи щодо посилення ефективності застосування процедур банкрутства», в якому зверталася увага на способи відновлення платоспроможності підприємств; Наказ Міністерства економіки України від 17.01.2001 р. №10 „Про затвердження Методичних рекомендацій щодо виявлення ознак неплатоспроможності підприємств та ознак дій з приховання банкрутства, фіктивного банкрутства чи доведення до банкрутства”; Наказ Міністерства економіки України від 19.01.2006 р. №14, яким внесені в Методичні рекомендації зміни та доповнення.

більш високу ступінь повернення боргів і можливість одержання контролю над майном боржника неконкурентними способами.

Третій фактор – пріоритетне використання банкрутства в якості способу вирішення проблеми неплатоспроможності обумовлено масовим використанням судової процедури для досягнення відомчих та приватних тіньових інтересів:

- державна податкова служба продовжує масово використовувати загрозу банкрутства для тиску на підприємства-боржників перед бюджетом;
- відповідні державні органи із-за недосконалості стандартної офіційної процедури використовують банкрутство для ліквідації недіючих підприємств;
- приватний капітал використовує фіктивне банкрутство для тіньової приватизації державного майна; рейдерського захоплення підприємств; знищення конкурента на ринку; ухилення від виконання зобов'язань.

Четвертий фактор – неспроможність держави як власника виконувати функції запобігання і подолання неспроможності суб'єктів підприємництва державного сектору. За останні п'ять років навіть Фонд державного майна України (ФДМУ), який за статусом є спеціалізованим органом з приватизації та управління об'єктами державної власності, фактично припинив виконувати функції досудового оздоровлення підприємств державної власності. Зараз у процедурах реструктуризації знаходяться 9 великих державних об'єктів, але ці процедури розпочались ще 6-8 років тому і далекі від завершення.

Домінування банкрутства в якості способу вирішення проблеми неплатоспроможності суб'єктів підприємництва несе в собі значні негативні моменти для економічного розвитку країни:

- Банкрутство – це найбільш дестабілізуючий спосіб вирішення проблеми неплатоспроможності. Його досить ризиковано використовувати масово.
- Існує ризик виведення з ринку життєздатних підприємств, які могли би бути відновленими для подальшого ведення бізнесу.
- Фіктивне і навмисне банкрутство робить права власності вразливими, що підриває основний інститут ринкової економіки.

3) *Наявність обмежень на банкрутство підприємств державної власності*

Збереження масштабного державного сектору в Україні передбачає виконання державою невластивих їй функцій власника суб'єктів

підприємництва. Як квазівласник держава виконує свої функції через спеціалізовану систему державного управління.

Проте в Україні до цього часу не створена спеціалізована система для управління об'єктами державної власності. Об'єкти розпорошені поміж чисельними органами державного управління, для яких ці функції не є профільними. Закон «Про управління об'єктів державної власності», який був прийнятий у 2006 р., не містить норм і регламентів здійснення відповідними державними органами управлінських функцій, в тому числі функцій у процедурах вирішення проблеми неплатоспроможності об'єктів державної власності. Невизначені питання щодо джерел витрат бюджету на ці цілі, відсутня реальна організація процедур моніторингу за фінансовим станом, запобігання і подолання неплатоспроможності підприємств державної власності.

Ці функції в тій чи іншій мірі виконує тільки ФДМУ. Але він охоплює лише невелику частину державного сектору. Під управлінням ФДМУ в основному зосереджені невеликі та середні об'єкти, які в загальній кількості підприємств державного сектору складають 81,9%, але у вартості корпоративних прав – лише 14,8%. Решта державних об'єктів, серед яких величезні акціонерні та холдингові компанії, знаходяться в управлінні Кабінету Міністрів та різних міністерств і відомств (у кількості об'єктів складають 18,1%, у вартості – 85,2%). Окрім цього, за останні п'ять років через політичну нестабільність та глобальну кризу ФДМУ значно скоротив свої функції з управління об'єктами державної власності.

Внаслідок слабкості інституційної системи з управління об'єктами державної власності державний сектор став надмірно вразливим для банкрутства. Це стало компенсуватися в Україні створенням бар'єрів для банкрутства у державному секторі. Тим паче, що це повністю відповідало пануючому суспільному стереотипу про перевагу державної власності. Українське суспільство лояльно ставиться до всіх проявів додаткового захисту підприємств державної власності від банкрутства, особливо зважаючи на вороже ставлення до «олігархів», яке підсилювали політичні бої останніх років.

Норми Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» закрили для банкрутства групу державних підприємств, які заборонені до приватизації. Крім цього, у Законі введений мораторій на рік з моменту початку приватизації на порушення справ про банкрутство гірничих підприємств. У листопаді 2001 р. спеціальним законом була встановлена заборона на примусову реалізацію майна при банкрутстві підприємств, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 25%⁹.

⁹ Закон України від 29.11.2001 р. №2864-III «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна»

4) *Масове розповсюдження несумлінної поведінки, фіктивного банкрутства*

Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» не створює ефективних бар'єрів для запобігання несумлінній поведінці, фіктивному банкрутству¹⁰.

У Законі використовуються чотири способи для запобігання впливу неформальної (тіньової) системи інтересів приватного капіталу:

- традиційний спосіб – впровадження адміністративних обмежень і заборони для банкрутства підприємств державної власності;
- застосування конкурентних способів продажу майна у відповідності до приватизаційних процедур аукціону і конкурсу;
- застосування у санації принципу реституції для угод, які укладені боржниками з одним із кредиторів або іншою особою, протягом шести місяців, що передували даті ухвалення рішення про санацію і надає їм перевагу у виплаті боргу, або пов'язані з виплатою частки в майні боржника у зв'язку з його виходом із складу учасників;
- організація вибіркової експертизи (на запит суду) фінансового становища підприємств при підготовці справи про банкрутство і підготовка висновків про наявність ознак прихованого, фіктивного банкрутства або доведення до банкрутства відносно підприємств, частка держави у статутному капіталі яких перевищує 25%.

Проте введення цих норм мало вплинуло на можливості запобігання тіньовим процесам при вирішенні проблем неплатоспроможності суб'єктів підприємництва:

По-перше, збереглися лазівки у законодавчих нормах, які надають можливість замість грошового відшкодування зобов'язань відчужувати майно і навіть цілісні майнові комплекси (неконкурентний прямий продаж майна при санації, участь у санації інвестора, тощо). Це створює можливість через фіктивне банкрутство проводити тіньову приватизацію державного майна і тіньовий перерозподіл майна приватних власників.

По-друге, Закон обмежив область контролю і вияву ознак фіктивного банкрутства для спеціального органу державного управління з питань банкрутства лише на запити суду а також відносно підприємств, у статутних капіталах яких частка держави перевищує 25%. За даними Державного департаменту з питань банкрутства, станом на 01.08.2010 р. їхня частка не досягає навіть 4% в загальній кількості підприємств, які перебувають у процедурі банкрутства.

¹⁰ <http://www.zahvat.net/pravozaschitniki/1098/1099/>

По-третє, в цій сфері фактично не діє система адміністративної та кримінальної відповідальності за порушення законодавства, нанесення шкоди інтересам учасників, задіяних у процесі вирішення проблеми неплатоспроможності. Спеціальний орган державного управління з питань банкрутства, прокуратура і суд не здійснюють систематичний контроль і вияв порушень у сфері неплатоспроможності. Випадки порушення справи на цій підставі надзвичайно рідкі.

Окрім цього, Закон ввів нову фігуру у процес вирішення проблеми неплатоспроможності суб'єктів підприємництва – це арбітражний керуючий. Правова конструкція Закону і реальна практика створює для нього потенційні можливості для перетворення в активного суб'єкта тіньового вирішення проблеми неплатоспроможності.

З одного боку, статус арбітражного керуючого містить конфлікт інтересів. Він є підприємцем, тобто здійснює свою діяльність з метою одержання підприємницького доходу. Одночасно він наділений широкими функціями та повноваженнями у конкурсному процесі як представник чужого майнового інтересу.

З іншого боку, система оплати його послуг провокує пошук джерел додаткових тіньових доходів. Закон визначає низький рівень помісячної оплати послуг – не вище середнього рівня заробітної плати керівника за останні 12 місяців (тобто в умовах критичного становища підприємства). Рівень оплати послуг арбітражного керуючого поставлений у залежність від комітету кредиторів (на практиці створюються «чорні» фонди оплати). Арбітражний керуючий відіграє провідну роль у розпорядженні майном боржника.

Закон і практика створили надто лояльну систему допуску і відповідальності для арбітражних керуючих. Арбітражним керуючим можуть стати всі, хто має юридичну або економічну вищу освіту. У вимогах до особи не враховується характер роботи арбітражного керуючого – він заміщує органи управління боржника і проводить фінансово-економічне оздоровлення підприємства. Обмеження для особи мінімальні – вона не повинна бути зацікавленою щодо боржника і кредиторів (що складно виявити) і не мати заборони на цей вид діяльності або зайняття керівної посади.

Спеціальне навчання є формальним і не забезпечує достатньої професійної підготовки. На сьогодні його здійснюють 14 закладів. Навчання зазвичай розраховано на 5 днів і включає увідні курси: основи та концепція антикризового управління; правові основи антикризового управління; економічні основи антикризового управління; бізнес-планування, нарощування конкурентних переваг і фінансове оздоровлення; антикризовий менеджмент.

Організація системи навчання не забезпечує незалежності та об'єктивності оцінки знань. Оплачують навчання самі кандидати; відсутні офіційні вимоги до складу екзаменаційних комісій.

Умови, на яких видаються ліцензії на цей важливий вид діяльності, мають формальний та спрощений характер. Ліцензію можна отримати, пред'явивши копію диплома про вищу юридичну або економічну освіту і свідоцтво про складення іспитів після проходження курсу навчання. Її вартість – одна мінімальна заробітна плата. Через легкість процедури не можна говорити про серйозність вибору цієї професії. Реєстр Державного департаменту з питань банкрутства, який є ліцензійним органом, включає 2684 арбітражних керуючих.

Таблиця 3.2

Інформація щодо надання ліцензій на здійснення діяльності арбітражного керуючого¹¹

Показник	2008	2009
Розглянуто заяв	366	697
Видано ліцензій	340	673
Переоформлено ліцензій	23	22
Видано дублікатів	3	2
Всього ліцензій на кінець року	2264	2684

Організація діяльності арбітражного керуючого фактично не включає систему контролю і не встановлює реальної відповідальності за її результати:

- відсутній державний орган з функцією системного контролю за діяльністю арбітражного керуючого;
- передбачена Законом умова про страхування професійних ризиків арбітражних керуючих до сих пір не реалізована, тобто не діє система матеріальної відповідальності за нанесення шкоди учасникам процесу – боржнику і кредиторам;
- у системі контролю не передбачений професійний контроль з боку саморегулюючої організації, адекватної організації юристів;
- відсутня вимога щодо гласності у діяльності арбітражного керуючого.

Таким чином, в українському законодавстві містяться норми, які на практиці не тільки породжують для арбітражних керуючих стимули

¹¹ <http://www.sdb.gov.ua/>

пошуку додаткового тіньового доходу, але і відкривають можливості до використання тіньових способів їх одержання. Діючі в Україні системи допуску до професійної діяльності мають порівняно низьку ефективність. Про це свідчать досить розповсюджені негативні приклади управління конкурсним процесом.

5) *Знижена дієдатність держави у виконанні своїх функцій*

У сфері неплатоспроможності держава в Україні виконує декілька функцій: а) формування державної політики та законодавства; б) підтримка реалізації державної політики; в) системний контроль; г) власника підприємства-боржника.

Наводимо дислокацію перелічених функцій, яка передбачається законодавством:

Міністерство економіки України – формування державної політики та законодавства;

Державний департамент з питань банкрутства у складі Міністерства економіки України – функції спеціального органу державного управління з питань банкрутства. Забезпечує підтримку реалізації державної політики, виступає органом ліцензування, здійснює вибіркові функції контролю відносно підприємств, у статутних капіталах яких частка держави перевищує 25% (висновки на запит суду) і арбітражних керуючих (перевірка діяльності).

Прокуратура, суд – епізодичний контроль і порушення справ про відповідальність у суді;

ФДМУ і органи виконавчої влади – органи, уповноважені управляти об'єктами державної власності.

Згідно Конституції України, економічну політику у цілому і в окремих сферах повинно розробляти Міністерство економіки. Проте традиційно цю функцію кожний у своїй області здійснюють функціональні Міністерства і Комітети. Наприклад, ФДМУ – у сфері приватизації та управління об'єктами державної власності, Міністерство палива і енергетики – у відповідних галузях тощо. Державний департамент з питань банкрутства виявився неспроможним перебрати на себе виконання цих функцій, і в результаті вони були фактично втрачені.

У функціях Державного департаменту з питань банкрутства закладений конфлікт інтересів – він виступає у сфері неплатоспроможності як державний регулятор, виконує окремі функції держави як власника суб'єктів

підприємництва, а також функції Міністерства економіки України в якості органу державного управління, уповноваженого управляти підвідомчими йому об'єктами державної власності.

Як вже відмічалось вище, існуюча інституційна система управління об'єктами державної власності нездатна реалізовувати свої функції у сфері неплатоспроможності. Невелику перевагу у цьому сенсі має тільки ФДМУ.

Діючий Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» не компенсує відсутність правових регламентів виконання функцій держави як власника неплатоспроможного суб'єкта підприємництва. В його нормах відображаються тільки дві фрагментарні позиції:

- у складі власників боржника відмічені органи, уповноважені управляти державним майном;
- передбачена обов'язкова процедура узгодження планів санації та реструктуризації підприємств, де частка держави у статутному капіталі перевищує 50%, з органами, уповноваженими управляти державним майном.

Прокуратура і суд не виконують функції системного контролю для виявлення несумлінної поведінки основних суб'єктів процесу – боржника, кредиторів і арбітражного керуючого. Це – поодинокі епізоди, які не створюють ефективної системи протидії фіктивному і навмисному банкрутству.

**Функції та повноваження державних органів з питань банкрутства, які
почергово створювалися в Україні**

Функції та повноваження державного органу з банкрутства	Агентство – орган виконавчої влади	Агентство – госпрозра- хункова установа	Департамент у складі Міністерства економіки
1. Державна політика у сфері відновлення неплатоспроможності і банкрутства			
Узагальнення практики, розробка пропозицій з удосконалення законодавства			
Контроль за дотриманням законодавства			
Розробка державної політики запобігання банкрутству (програми)			
Реалізація державної політики запобігання банкрутству (програми)			
Підготовка пропозицій щодо державної інвестиційної політики			
Створення організаційних, економічних та інших умов для здійснення процедур відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом			
Методологічне забезпечення вирішення питань банкрутства			
Підготовка проектів типових документів для Міністерства економіки			
Право представляти Кабінет Міністрів за його дорученням у міжнародних організаціях та під час укладання міжнародних договорів			
Право одержувати інформацію, дані та документи безоплатно			
Право притягати до відповідальності керівників територіальних органів Агентства, підприємств			
Рішення Агентства у межах його повноважень є обов'язковими для виконання органами виконавчої влади, місцевого самоврядування, підприємствами незалежно від форми власності			
2. Відносно підприємств			
Формування і ведення єдиного реєстру підприємств-банкрутів			
<i>У частині підприємств, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 25%:</i>			
аналіз фінансового стану, визначення неспроможних підприємств			

внесення їх до реєстру неплатоспроможних			
експертиза фінансового стану підприємств за рішенням суду			
підготовка на запит висновків щодо наявності ознак прихованого, фіктивного банкрутства або доведення до банкрутства			
розробка пропозицій щодо проведення досудової санації, погодження умов участі інвесторів і кредиторів у санації			
підготовка пропозицій щодо продажу частини майна у процедурі санації, майна у процедурі ліквідації			
організація роботи із залучення інвесторів для фінансування заходів, спрямованих на реструктуризацію та санацію			
забезпечення функціонування Фонду стабілізації			
забезпечення реалізації антимонопольної політики			
проведення конкурсів для залучення інвесторів			
підготовка висновків для Міністерства економіки щодо фінансування заходів, передбачених планом досудової санації, за рахунок коштів державного бюджету			
розробка пропозицій щодо створення нових робочих місць, соціального захисту і перепідготовки працівників, які вивільнюються внаслідок реструктуризації та санації			
моніторинг здійснення процедур			
<i>У частині підприємств, які занесені до реєстру неплатоспроможних:</i>			
ведення реєстру			
управління майном			
затвердження і контроль над реалізацією бізнес-планів щодо реструктуризації та санації			
проведення реструктуризації та санації			
укладання і розірвання контрактів з керівниками			
підготовка пропозицій щодо роздержавлення			
контроль за цільовим використанням коштів, виділених на реорганізацію та санацію			
3. Відносно процедур			
Забезпечення умов здійснення процедур незалежно від форми власності			
Забезпечення здійснення процедури відсутнього боржника			

Учасник арбітражного провадження у справах про банкрутство і делегування працівників до складу ліквідаційної комісії			
Подання пропозицій суду щодо кандидатур арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією і ліквідаторів) для підприємств, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 25%			
Організація роботи комісії з підготовки пропозицій суду щодо кандидатур арбітражних керуючих, утвореної Міністерством економіки (для підприємств, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 25%)			
Розробка проектів типових документів			
Видача довідок про порушення справ про банкрутство			
4. Відносно арбітражних керуючих			
Організація навчання фахівців			
Формування навчально-методичної бази підготовки спеціалістів			
Ліцензування спеціалістів			
Моніторинг стану виплати заборгованості із заробітної плати працівникам для контролю над діяльністю арбітражних керуючих			
Підготовка на запит Міністерства економіки висновків щодо відповідності дій арбітражних керуючих законодавству у сфері банкрутства			
5. Управління майном підприємств, які належать до сфери управління Міністерства економіки			

Таким чином, аналіз продемонстрував, що Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» і практика його застосування не забезпечують ефективної інституційної підтримки всім функціям держави у сфері неплатоспроможності.

Висновки

Підсумок: аналіз Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» і практики його реалізації на предмет адекватності специфічним особливостям, притаманним Україні, показав, що існуюча державна регуляторна система не створює ефективних механізмів протидії негативним проявам цих особливостей і не забезпечує додаткові функції, які виникають через їхню наявність, необхідними інструментами реалізації.

**Порівняння цілей і завдань, які повинна і реально стала
забезпечувати регуляторна система України у сфері
неплатоспроможності**

Об'єктивні	Реальні
Цілі	
Забезпечення сталості та зростання ефективності виробництва	Досягнення відомчих цілей державних органів і тіньових інтересів приватного капіталу
Незворотність повернення боргу	«Продебіторська» спрямованість не забезпечує незворотність повернення боргу
Завдання	
Підтримка ефективних підприємств	Вкрай обмежено застосовуються способи відновлення платоспроможності життєздатних підприємств.
Ліквідація неефективних власників і виробництв	Законодавство і практика надають імунітет боржнику, що ускладнює ліквідацію неефективних власників і виробництв
Запобігання несумлінним діям й фіктивному банкрутству	Відсутні дієві бар'єри щодо впливу тіньових інтересів на процес прийняття рішень

В результаті, незважаючи на кардинальне оновлення процесуальних норм, чинний Закон не забезпечує мети призначення системи державного регулювання у сфері неплатоспроможності суб'єктів підприємництва – незворотності повернення боргу способами, які сприяють росту стійкості та ефективності економіки й не наносять шкоди важливим для країни інтересам. В табл. 3.4 узагальнені висновки, до яких дійшли автори доповіді на основі аналізу.

У наступних розділах надаються рекомендації по удосконаленню законодавства і практики регуляторної політики держави у сфері неплатоспроможності. У контексті проведеного дослідження, вибрані ті напрямки удосконалення регуляторної системи, які прямо корелюються з особливостями здійснення підприємницької діяльності в Україні. У Рекомендаціях надані загальні підходи, на яких повинні базуватися відповідні норми законодавства про неплатоспроможність і банкрутство.

4. Рекомендації: оптимальний баланс інтересів кредитора і дебітора

Одним із чинників неефективності українського Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» є надання переваги інтересам боржника (дебітора). У підсумку це визначило «продебіторську» спрямованість реальної системи регулювання сфери неплатоспроможності суб'єктів підприємництва, яка виникла в Україні на базі застосування норм Закону.

Застосування «продебіторської» моделі критично знизило ефективність регуляторної системи, оскільки пріоритет боржника перетворився у свого роду «громб», який став блокувати обіг фінансів і активів в українській економіці.

В зв'язку з цим, під час аналізу світового досвіду основний акцент зроблений на наступних питаннях:

- виявлення факторів, які визначали в різних країнах вибір того або іншого балансу інтересів боржника і кредитора («прокредиторська» або «продебіторська» модель регулювання);
- вплив обраної моделі регулювання на розвиток країни (економіку і захист соціальних досягнень);
- способи досягнення оптимального балансу інтересів кредиторів і боржника (з точки зору можливості використання в Україні).

Світовий досвід

Світовий досвід демонструє багатоваріантні можливості врівноваження інтересів кредиторів і боржника. За висновками аналітиків, існує як мінімум 5 варіантів моделі побудови регуляторної системи¹²:

максимально «прокредиторський»;

максимально «продебіторський»;

помірно «прокредиторський»;

помірно «продебіторський»;

нейтральний.

Крайні моделі націлені на полярно протилежні орієнтири: у «продебіторській» моделі в якості пріоритетів обираються соціальні цілі (пом'якшення процесу банкрутства для боржника і населення, іноді за рахунок кредиторів), у «прокредиторській» – незворотність повернення

¹² В.В.Джунь. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні. Київ: Юридическая практика, 2006, с.25

боргів (повне усунення боржника від вирішення проблеми неспроможності підприємства на користь кредиторів).

Різні країни в залежності від комбінації конкретних цілей, які вони ставлять перед собою при вирішенні проблеми неспроможності підприємств-боржників, обирають ту або іншу із перелічених вище моделей.

«Продебіторська» модель

Франція, де традиційно сильні позиції соціалістів, використовує чітку «продебіторську» модель вирішення проблеми неспроможності. Превалює практика будь що оздоровлювати підприємства-боржників. Для суспільства пріоритетну цінність має забезпечення соціальної стабільності. Тому у Франції переважає негативне ставлення до банкрутства, яке неминуче супроводжується ліквідацією підприємства і загрозою масових звільнень працівників.

У США на відміну від Франції мають пріоритет традиції персональної відповідальності у всьому – організації особистого життя і веденні бізнесу. І тим не менше, в цій країні також застосовують «продебіторську» модель вирішення проблеми неспроможності підприємств. Однак її використання диктується іншими цілями, аніж у Франції. В економічній політиці держави центральне місце займає завдання забезпечення умов стійкого функціонування економіки. Тому безспірним пріоритетом при вирішенні проблеми неспроможності підприємства є збереження ділової активності боржника (бізнесу), навіть за рахунок часткового обмеження інтересів кредиторів. В США обов'язковою початковою процедурою є реорганізація підприємства-боржника. Банкрутство розглядається як крайній захід.

Жорстка «прокредиторська» модель

Серед розвинутих країн максимально жорстку «прокредиторську» модель регулювання сфери неспроможності підприємств має Німеччина. Конструкція законодавства створює жорсткі умови для боржника. Провадження розпочинається з ліквідаційної процедури. Реорганізаційна процедура не має переваг перед банкрутством. У Німеччині зняті обмеження для виконання банкрутством своєї «санітарної» ролі – вивільнення ринку від неефективних власників і виробництв. Можливо, тут зіграла роль специфічна історична ситуація – приєднання до ФРН колишньої соціалістичної Німеччини, економіка якої мала порівняно низьку ефективність і її необхідно було у короткий час оздоровити.

Збалансована модель

У Великобританії модель вирішення проблеми неспроможності підприємств побудована на більш збалансованому співвідношенні інтересів боржника і кредиторів. Стабільність економіки досягалася без застосування

радикальних методів, переважно шляхом узгодження інтересів всіх суб'єктів підприємництва. Тому англійське законодавство, з одного боку, ефективно захищає права боржника, з іншого боку, належним чином забезпечує інтереси кредиторів. Застосовується особливий підхід для вирішення проблеми банкрутства. Пріоритет – це продаж цілісних майнових комплексів (бізнесу), а не окремого майна.

Модель регулювання та ефективність економіки

Аналітики виявили послідовний зв'язок детермінантних чинників: «якість національного законодавства про неплатоспроможність – рівень конкурентоспроможності національних операторів на транснаціональних ринках – макроекономічні показники національного виробництва»¹³.

Іншими словами, існує чітка залежність між ступенем ефективності національної моделі банкрутства та динамікою і прогресивною структуризацією національних економічних систем. «Продебіторська» модель, де пріоритет наданий боржникові, обмежує залучення кредиторів і, як неминучий наслідок, призводить до зростання ціни кредиту. Без тиску ризику банкрутства капітал втрачає мотивацію, а економіка – динамізм розвитку.

В основному «продебіторська» модель використовується в країнах, де існують сильні соціальні пріоритети. Але застосування такої моделі у Франції давно викликає критику. Соціалізація економічної політики вважається основною причиною слабого розвитку французької економіки.

Безпрецедентним випадком у світовій практиці є застосування «продебіторської» моделі у США, економіка якої зберігає динамізм. Однак це пояснюється тим, що «продебіторська» модель історично виникла не для досягнення соціальних цілей, як в інших країнах, а для реалізації функції держави із забезпечення стійкого та динамічного розвитку національної економіки. Підтримка бізнесу з боку держави саме у критичній ситуації скорочує термін оздоровлення і навіть запобігає зупинці виробництва. Причому на фоні священства прав власності, незворотності повернення боргів і вільної конкуренції пріоритети боржника не стримують стимули до економічного росту.

На відміну від «продебіторської», «прокредиторська» модель вирішення проблеми неспроможності підприємств створює сильний тиск на боржника через механізм примусу повернення боргів навіть за рахунок ліквідації. Це свого роду негативний стимул економічного зростання, оскільки бізнес весь час знаходиться під загрозою витискування з ринку через банкрутство.

¹³ В.В.Джунь. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні. Київ: Юридическая практика, 2006, с. 26

Висновки

На основі аналізу світового досвіду можна зробити наступні висновки, які можуть бути використані для вибору оптимального балансу інтересів боржника і кредиторів для української регуляторної системи:

- система регулювання сфери неспроможності підприємств виступає одним із важливих факторів, який впливає на рівень ефективності економіки країн;
- «прокредиторська» орієнтація системи регулювання, яка створює тиск на боржника, збільшує стимули економічного зростання;
- «продебіторська» орієнтація містить ризики зменшення стимулів економічного зростання, але є важливим елементом забезпечення економічної та соціальної стабільності країни;
- реальний баланс інтересів кредиторів і боржника повинен відображати свідомий вибір орієнтирів суспільства у всьому комплексі національних пріоритетів.

Рекомендації для України

На національні пріоритети, які необхідно враховувати під час побудови регуляторної системи для сфери неплатоспроможності в Україні, в останні роки значний вплив зробили негативні наслідки тривалої політичної дестабілізації та глобальної кризи, яка супроводжувалася обвальним скороченням виробництва і значними втратами для населення. Економічна політика на сьогодні вимагає орієнтації на дві стратегічні цілі – пошук резервів відновлення економічного росту і забезпечення стабільності у функціонуванні бізнесу і життєдіяльності суспільства.

Поряд з цим, у суспільстві зберегли силу традиційні стереотипи – упереджене ставлення до кредиторів, співчуття боржникам і встановлення пріоритетів для окремих видів боржників, які досить складно подолати.

Виходячи з цього, при удосконаленні системи регулювання сфери неплатоспроможності в Україні необхідно буде шукати механізми узгодження таких взаємовиключних цілей:

- забезпечити стимули економічного зростання за рахунок максимального врахування інтересів кредиторів;
- не провокувати дестабілізацію в економіці та соціальній сфері за рахунок допустимого врахування інтересів боржника.

Базуючись на світовому досвіді та враховуючи специфічні особливості підприємницької діяльності в Україні можна сформулювати наступні підходи до моделі оптимального балансу інтересів боржника і кредиторів.

1) Мета забезпечення інтересів кредиторів має знаходити втілення у всіх нормах законодавства і реальної практики – необхідно неухильно дотримуватися принципу незворотності повернення боргів у визначені строки та в максимально повному обсязі.

2) Максимально можливе виключення із законодавства тих пріоритетів боржника, які суперечать реалізації вищезазначеного принципу – незворотності повернення боргів.

3) Зняття пріоритетів для підприємств-боржників державного сектору необхідно обов'язково синхронізувати з процесом створення ефективної системи управління об'єктами державної власності. Інакше це може спровокувати негативні тенденції, зокрема, сплеск тіньової приватизації.

4) При необхідності збереження особливостей банкрутства для спеціальних видів підприємств або застосування інших спеціальних обставин вони повинні враховуватися без затримки процесу, обмежень повноти повернення боргу і без шкоди загальному принципу незворотності повернення боргу. При цьому зобов'язання перед кредиторами перекладаються на осіб, в інтересах яких враховуються ці особливості.

Проте це не означає, що із конструкції закону необхідно повністю вилучити імунітети для прав і інтересів боржника. На нашу думку, у порівнянні з діючим Законом слід навіть посилити ті позиції боржника, які створять баланс інтересів «кредитор – боржник» і, у підсумку, забезпечать раціональний вибір способу вирішення проблеми неплатоспроможності підприємства-боржника. Зараз кредитори примушують боржника до банкрутства, а при проведенні санації або реструктуризації – до продажу майна.

Проте ще раз підкреслюємо, що незворотність, своєчасність і повнота повернення боргу є «священними» принципами, які повинні проходити по всій канві нового Закону про неплатоспроможність і банкрутство.

5. Рекомендації: підходи до вибору способів вирішення проблеми неплатоспроможності підприємств

Світова практика в ході історичного розвитку відібрала різні способи вирішення проблеми неспроможності підприємств. До них відносяться мирова угода, способи відновлення (в термінах світового права – реорганізації) спроможності підприємств, які здійснюються у форматі санації або реструктуризації, а також банкрутство (ліквідація).

Причому всі ці способи застосовуються у двох варіантах – позасудової практики та судового провадження. В розвинутих країнах система державного регулювання охоплює не тільки процес судового провадження, але і позасудову практику.

В українській судовій практиці застосовується досить бідний арсенал способів – це в основному банкрутство, тобто ліквідація підприємств. Обмежено використовуються способи підтримки потенційно життєздатних підприємств. Позасудова практика переважно здійснюється в режимі саморегуляції, тобто самими суб'єктами підприємництва на основі домовленостей, які досить часто мають тіньовий, кримінальний відтінок.

При аналізі світового досвіду особлива увага буде зосереджена на тих питаннях, які допоможуть визначити для України шляхи поширення способів підтримки потенційно життєздатних підприємств і демократизації процесів відновлення платоспроможності підприємств (позасудова практика), зокрема:

- співвідношення у застосуванні способів вирішення проблеми неспроможності підприємств, яке склалося у практиках розвинутих країн та Росії;
- системи регулювання процесів у сфері неспроможності підприємств, які масово не використовуються в Україні – виявлення, запобігання і оздоровлення підприємств-боржників;
- практика регулювання позасудового вирішення проблеми неспроможності підприємств.

Світовий досвід

Історично системи регулювання неспроможності підприємств у розвинутих країнах виникли як каральні. Тривала історична практика суттєвим чином змінила орієнтацію системи регулювання в цієї сфері. Її метою окрім невідворотності повернення боргу стало забезпечення стійкості і поступального розвитку економіки. Пом'якшилися й способи вирішення конфлікту між боржником і кредиторами.

Дії боржника базуються тепер переважно на добровільності визнання стану неспроможності, а вибір способів вирішення проблеми – на узгодженні інтересів боржника і кредиторів. Вся система правового регулювання, державного управління і традицій ведення бізнесу створює ситуацію, коли для боржника більш привабливим є добровільне входження у процедуру фінансового оздоровлення або банкрутства.

Зміна «забарвлення» взаємовідносин суб'єктів підприємництва призвела до поширення практики позасудового вирішення проблем неспроможності. В зв'язку з цим, в розвинутих країнах виникла специфічна система регулювання позасудового вирішення проблем неспроможності. Вона повністю ідентична судовій процедурі за своїми наслідками для боржника і кредиторів.

У формі судового провадження, як правило, здійснюються: а) легалізація стану неспроможності підприємства; б) розв'язання конфліктів між кредиторами та боржником, в) переслідування кримінальних злочинів у процедурах банкрутства. Так, в країнах Західної Європи на досудовій стадії вдається вивести із кандидатів на банкрути близько 75% підприємств, в яких з'явилися ознаки неспроможності. І тільки 15% справ потрапляють у судове провадження.

В останні роки домінантою системи регулювання у розвинутих країнах став ранній вияв загрози неспроможності підприємств. У досудовій практиці в різних варіантах почали широко застосовуватися спеціальні процедури позасудового застереження¹⁴. Ці процедури можуть бути розпочаті з ініціативи самих боржників, кредиторів, а також державних органів, які здійснюють облік та контроль над діяльністю зареєстрованих юридичних осіб. У багатьох країнах початок таких процедур не пов'язаний з фіксацією стану неспроможності. Для цього достатньо, щоб економічний та фінансовий стан підприємства викликав занепокоєність з боку ініціаторів таких процедур.

Практика розвинутих країн передбачає різні варіанти повідомлення зацікавлених осіб про появу проблем в діяльності підприємств, які у перспективі можуть призвести їх до банкрутства. Але у всіх країнах це є обов'язком для керівників підприємств, за порушення якого вони можуть бути притягнуті до адміністративної, а у визначених випадках – навіть до кримінальної відповідальності.

У системах державного регулювання сфери неспроможності підприємств надаються переваги заохоченню до застосування позасудових процедур попередження і подолання неспроможності підприємств. Досить м'які, добровільні форми позасудової реорганізації або ліквідації

¹⁴ http://revolution.allbest.ru/bank/00031561_0.html

неспроможних підприємств існують в Австралії, Австрії, Великобританії, Ірландії, Іспанії, Сінгапурі, Японії. Більш жорсткі, примусові позасудові процедури неспроможності мають місце в Канаді, Італії, Франції, Новій Зеландії та США.

Великобританія

Для Великобританії характерне широке застосування позасудових процедур подолання неспроможності підприємств, які виконуються на добровільній основі. Зокрема, використання процедури добровільного визнання неспроможності є типовим для країн з загальним (прецедентним) правом, до числа яких відноситься і Великобританія. В цих країнах близько 60% випадків визнання підприємств банкрутами відбувається за процедурою добровільного рішення кредиторів про ліквідацію підприємства-боржника відповідно до його статуту.

У Великобританії позасудові реорганізаційні процедури охоплені терміном «культура порятунку». Це визначає загальну спрямованість заходів, які для цього застосовуються. Заходи мають найрізноманітніший характер, але всі вони знаходяться в площині загального цивільного і корпоративного законодавства і спрямовані на те, щоб у максимально короткий період для підприємства був знятий ризик банкрутства, і воно могло знову розпочати свій бізнес.

Англійський закон визначає, що добровільна ліквідація підприємства за рішенням кредиторів здійснюється у випадку, якщо за це проголосувала більшість акціонерів (не менше 75%), і після цього прийнято відповідне рішення суду. Проте ця норма, яка передбачає участь власника підприємства-боржника у виборі способу вирішення проблеми неспроможності, не обмежує інтереси кредиторів. Будь-який кредитор, не згодний з рішенням акціонерів, може самостійно подати заяву до суду і домогтися за відповідних підстав примусової ліквідації підприємства-боржника. В якості підстави, наприклад, може виступати підозра в тому, що перевірка діяльності боржника проведена недобросовісно.

За своєю структурою позасудове визнання неспроможності та примусова ліквідація за рішенням суду є ідентичними і в однаковій мірі забезпечують права кредиторів.

У Великобританії деякі функції органу з банкрутства у частині провадження позасудових процедур виконують банки. Будь-який англійський банк, якщо він доходить до висновку про неспроможність свого клієнта, має право призначити на підприємство-боржника зовнішнього керуючого або аудитора за рахунок самого підприємства. Аудитор готує звіт банку не тільки про фінансовий стан боржника, але й про компетенцію його

керівництва. Банк не може ліквідувати підприємство-боржника, але може ініціювати його реорганізацію за згодою з акціонерами.

Франція

У Франції існує спеціальне законодавство для запобігання банкрутству і розвинуті досудові забезпечувальні процедури.

Законодавчими актами передбачені різні забезпечувальні процедури, спрямовані на те, щоб своєчасно виявляти труднощі на підприємствах і запобігати погіршенню ситуації. Для цього можуть бути застосовані наступні заходи:

- 1) Покращення бухгалтерської та фінансової звітності, що має певне значення (особливо оціночні дані) для юридичних осіб.
- 2) Збільшення контролю з боку акціонерів за керівниками шляхом розробки письмових питань.
- 3) Поширення сфери компетенції.
- 4) Створення груп щодо прийняття превентивних заходів.

Групи затверджуються державним представником у регіоні. Групи можуть набувати різні форми юридичної особи і, як правило, до їхнього складу входять бухгалтерські організації, торгова палата або професійні організації. Членами груп не можуть бути фізичні особи. Основне завдання груп – аналіз на конфіденційній основі бухгалтерської та фінансової інформації.

5) Процедури оголошення тривоги, які можуть бути здійснені:

- Аудитором, якщо він у ході виконання своєї місії виявив фактори, які можуть негативно відбитися на продовженні діяльності підприємства. Спеціальна процедура передбачена законом про акціонерні товариства (4 етапи).
- Акціонерами товариств, які мають можливість ставити письмові питання голові ради директорів (останній повинен відповісти протягом одного місяця, а також надати копію питань і відповідей аудитору); або учасниками товариств з обмеженою відповідальністю, які мають право задавати свої питання тільки напряму керуючому директору.
- Організаціями, які представляють працівників.
- Головою комерційного суду, уповноваженим проводити розслідування.

б) Надання спеціального мандату. Голова комерційного суду може призначити спеціального агента для надання допомоги директору підприємства, що має ускладнення.

7) Застосування процедури мирової угоди. Процедура дозволяє боржнику провести переговори з його кредиторами під наглядом

посередника, призначеного головою суду. Ця процедура не несе обов'язковий характер і може, за бажанням, бути конфіденційною.

В окремих випадках при проведенні реорганізації підприємства може бути прийняте рішення про додатковий випуск акцій. Такий план оздоровлення підприємства може бути прийнятий, якщо є надія, що воно зможе продовжити свою діяльність. Цим способом досягається внесення додаткового капіталу учасниками товариства або зовнішніми інвесторами з метою усунення збитків і відновлення чистого акціонерного капіталу, або навіть збільшення його розміру.

У компетенції суду є прийняття рішення про внесення поправок до статуту компанії, необхідних для продовження діяльності за рахунок додаткового випуску акцій. На основі судового рішення керуючому конкурсним процесом дозволяється скликати загальні збори акціонерів для внесення відповідних поправок до статуту.

Цей спосіб розглядається спеціалістами як один із найбільш ефективних і швидких шляхів акумулювання фінансових ресурсів для оздоровлення неспроможного підприємства.

Німеччина

У Німеччині немає спеціального законодавства і офіційних забезпечувальних процедур для запобігання випадкам неплатоспроможності (банкрутства). Єдиним порівняним інститутом є суди у справах про неспроможність і повноваження попередніх конкурсних керуючих у період між поданням заяви про неплатоспроможність до офіційного відкриття процедури банкрутства. В забезпечувальних процедурах в Німеччині не беруть участь органи виконавчої влади.

Проте в Німеччині є величезний масив норм у цивільному і корпоративному законодавстві, які упроваджують різні заходи запобігання. Призначенням цих заходів є виявлення проблем неспроможності на ранньому етапі і запобігання їх поглибленню.

Ці запобіжні заходи виявляються у:

- суворому законодавстві про бухгалтерський облік, яке вводить для великих юридичних осіб обов'язкову процедуру регулярних аудиторських перевірок балансових звітів;
- дії спеціальної системи вимог про повідомлення. Якщо підприємство втрачає до 50% свого акціонерного капіталу, то керуючий директор або рада повинні повідомити про це членів (акціонерів компанії). За це вони несуть персональну відповідальність. Разом з цим директор або рада зобов'язані подавати заяву до суду про неспроможність, якщо

виникає надмірна заборгованість або неможливість здійснення платежів.

В найбільшій мірі позасудовими заходами користуються банки. Затримка виплати кредиту на два тижні вже надає підстави для розірвання кредитного договору і застосування штрафних санкцій до клієнта. Для вирішення проблеми неспроможності банки використовують всі можливості, які надають їм умови кредитного договору: арешт рахунка клієнта, цінних паперів і цінностей, які депоновані у банку; реалізація товарів, які виступають як забезпечення кредиту. Але претензії на нерухоме майно боржника банк може реалізувати тільки за рішенням суду.

Банки оцінюють фінансовий стан підприємства-боржника. Якщо неспроможність підприємства зачіпає інтереси кількох банків, то для вирішення проблем боржника створюється пул банків (комітет кредиторів). Комітет кредиторів здійснює комплекс термінових заходів, які спрямовані на збільшення ліквідності підприємства.

Італія¹⁵

В Італії законодавство про неспроможність помітно обмежує можливість застосування позасудового вирішення проблеми неспроможності підприємств.

Статус неплатоспроможності розглядається як об'єктивна умова, наявність якої є необхідною для оголошення боржника банкрутом. Закон передбачає, що статус банкрута присвоює уповноважений суд, коли неспроможність боржника на ринку стає явною.

Законодавство Італії не містить вимоги щодо обов'язкового визнання судом наявності кредиторської заборгованості при відкритті процедур банкрутства. Статус неплатоспроможності має бути підтверджений невиконанням договірних зобов'язань чи іншими зовнішніми факторами, які засвідчують, що боржник не в змозі повернути кредити або виконати свої зобов'язання.

Статус неспроможності має бути очевидним. До очевидних ознак банкрутства законодавство відносить: припинення діяльності компанії, істотне скорочення її активів, самогубство підприємця, шахрайство проти компанії, а також розпродаж майна компанії. Проте, якщо банки і кредитори, як і раніше, не вбачають загрози фінансовому стану підприємця, такі ознаки неспроможності не приймаються до уваги.

У випадку, коли стан неплатоспроможності настає внаслідок істотного і незаконного скорочення активів підприємця, державний прокурор має

¹⁵ http://www.securities.org.ua/securities_paper/review.php?id=524&pub=3666

звернутися до уповноваженого суду з поданням щодо оголошення останнім про банкрутство підприємця. Що стосується ініціативи боржника, то, згідно із законом, підприємець може звернутися до уповноваженого суду, щоб той оголосив його банкрутом.

Неможливість стягнення кредитором боргів за допомогою звичайної процедури виконання судового рішення не є необхідною умовою початку судової процедури банкрутства. Право ініціативи мають кредитори, боржник, державний прокурор, а також суд у процесі опрацювання комерційного позову.

У певному сенсі як приклад позасудової процедури вирішення проблеми неспроможності можна розглядати випадки, коли боржники з метою запобігання банкрутству укладають з кредиторами спеціальну угоду. Відповідно до неї кредитори висловлюють свої наміри скоротити частину зобов'язань боржника або суму його боргу.

Спеціальна угода повинна бути надана до суду. Лише суд уповноважений приймати остаточне рішення – оголошувати боржника банкрутом, чи ні.

Росія

У чинному законі «Про неспроможність (банкрутство)» міститься спеціальна глава II «Запобігання банкрутства». В ній описані норми, що регламентують дії тих, хто зобов'язаний вживати заходи із запобігання банкрутству (засновники або власники), і тих, хто може включитися до реалізації запобіжних заходів (кредитори, сторонні інвестори).

У перелік запобіжних заходів входять:

- 1) Позасудове застереження – у випадку виникнення ознак банкрутства керівник боржника зобов'язаний повідомити про це засновників (власників).
- 2) Досудова санація – фінансова допомога у розмірі, достатньому для погашення грошових зобов'язань і обов'язкових платежів та відновлення платоспроможності боржника.

Фінансова допомога надається у різних формах:

- позики;
- поруки або банківської гарантії;
- відстрочки платежів;
- прощення або переуступки боргу;
- а також шляхом продажу частини активів.

В Росії створена Урядова комісія із забезпечення реалізації заходів запобігання банкрутству стратегічних підприємств і організацій, а також організацій військово-промислового комплексу. Це постійно діючий координаційний орган, метою діяльності якого є забезпечення узгоджених дій різних органів державної влади у сфері банкрутства перелічених видів підприємств.

Основні функції Комісії, які вона повинна виконувати відносно стратегічних підприємств і підприємств військово-промислового комплексу: а) приймати рішення про подання вимог до Арбітражного суду з відшкодування боргів і визнання банкрутами неплатоспроможних підприємств; б) організовувати заходи із запобігання наступу банкрутства підприємств, в діяльності яких виникли труднощі.

За оцінками аналітиків, система запобігання банкрутству в Росії є недієздатною. Норми закону про неспроможність (банкрутство) тільки визначають напрями дій. В інших регуляторних законах – про бухгалтерський облік, корпоративне право – необхідні норми також не знайшли відображення. Але основна причина недієздатності політики запобігання банкрутству – це відсутність конкретної системи відповідальності за неприйняття передбачених законом запобіжних заходів.

Домінуючим способом вирішення проблеми неспроможності підприємств в Росії залишається банкрутство. Одна із причин – це використання банкрутства в якості більш дешевого способу перехоплення корпоративного контролю. Банкрутство виступає альтернативою скуповуванню акцій на вторинному ринку і є безпрограшним для агресора способом переділу власності.

Конструкція російського Закону про неспроможність (банкрутство), як підкреслюють російські аналітики, створена для «вбивства» суб'єкта підприємництва. Вона являє собою процедуру ліквідації підприємства і розподілу майна боржника поміж кредиторами.

Висновки

Для вибору напрямків оптимізації практики застосування різних способів вирішення проблеми неспроможності підприємств в Україні особливе значення мають наступні висновки з аналізу світового досвіду:

- характер української системи регулювання сфери неспроможності багато в чому подібний до російської, але кардинально відрізняється від орієнтації регуляторних систем, які застосовуються в розвинутих країнах. Тому досить обережно слід відноситися до рішень про механічний імпорт досвіду розвинутих країн. Необхідно притримуватися принципу

адекватності існуючим реальним умовам при послідовної орієнтації на світові ліберальні стандарти;

- у світовій практиці чітко простежується історична тенденція у розвитку систем регулювання: а) від каральних систем, спрямованих проти боржника, до систем зі спасіння бізнесу на умовах угоди боржника і кредиторів; б) від практики вирішення проблеми конкретного боржника до створення національних систем підтримки платоспроможності суб'єктів підприємництва в економічній системі країни;
- в розвинутих країнах каральні функції щодо підприємств-боржників мінімізовані, ліквідація підприємств є виключним випадком і до неї переважно вдаються, коли є ознаки кримінальних порушень;
- у багатьох країнах навіть спосіб банкрутства застосовується у контексті відновлення платоспроможності. Підприємства-боржники покращують свій фінансовий стан шляхом використання спеціального режиму відшкодування зобов'язань. При цьому бізнес зберігається і часто - власники;
- у системі регулювання розвинутих країн домінують функції з ранньої діагностики неспроможності, вона організована на добровільній згоді боржника і переважному застосуванні позасудових процедур;
- судове провадження в основному пов'язано з такими моментами: необхідністю легалізації стану неспроможності, розв'язанням конфліктів між боржником і кредиторами; наявністю кримінальних порушень.

Рекомендації для України

Подібність української системи регулювання сфери неплатоспроможності суб'єктів підприємництва до російської і кардинальні відмінності з моделями, які використовуються у розвинутих країнах, викликає природне запитання щодо об'єктивності причин існування такої схожості та розходження.

Сам факт наявності відмінностей у системах регулювання між країнами з перехідною економікою та розвинутими країнами цілком укладається в об'єктивні відмінності поміж країнами у ступенях розвитку ринкової економіки та загальній системі державного регулювання, а також диференціацію цивілізаційних рівнів.

Але глибина відмінностей непрямо свідчить про запізнення з реформуванням. Тому основним завданням чергового етапу реформування системи регулювання сфери неплатоспроможності в Україні є її перебудова у

загальному руслі історичної трансформації регуляторних систем, яка визначилася в останні десятиріччя. Безсумнівно, слід визначитися, яка стадія трансформації відносно ідеалу буде оптимальна для української регуляторної системи.

До основних напрямків удосконалення практики застосування способів вирішення проблеми неплатоспроможності суб'єктів підприємництва в Україні відносяться:

а) Законодавство повинно надати правову базу для створення національної системи підтримки платоспроможності суб'єктів підприємництва. І тільки в рамках цієї системи доцільно визначати напрямки удосконалення окремих способів вирішення проблеми неплатоспроможності.

б) Логічним буде створення окремої підсистеми регулювання попереджальних і позасудових процедур оздоровлення підприємств, які належать до державного сектору. Підсистема може бути створена на базі інституційної системи управління об'єктами державної власності та виконувати наступні функції:

- постійний моніторинг фінансово-економічного стану підприємств з метою ранньої діагностики настання стану неплатоспроможності;
- введення процедур попередження з реальною системою відповідальності керівників підприємств за порушення вимог про попередження;
- проведення процедур досудової санації і реструктуризації, своєчасна передача підприємств, для яких існує загроза настання стану неплатоспроможності, до приватизації.

Для того, щоб така система стала реальністю, необхідно визначити джерела фінансових ресурсів, які потрібні для проведення всіх перелічених вище процедур.

с) Потребує детальної розробки побудова системи попереджальних процедур і процедур позасудового оздоровлення приватних підприємств. При цьому необхідно брати до уваги наступні доводи:

- це - величезний масив різних за розміром і значимості для суспільства підприємств. Поряд з системою повноформатного контролю за діяльністю суб'єктів підприємництва слід впровадити для певних груп підприємств спрощені процедури вирішення проблеми неплатоспроможності;
- предметом професійного обговорення повинно стати питання щодо вибору органів, на які будуть покладені функції попереднього відстеження і включення «сигналу тривоги»

відносно підприємств, на яких виникла загроза настання стану неплатоспроможності у приватному секторі (це можуть бути державні податкові служби, банки тощо);

- спеціальний орган державного управління з питань банкрутства повинний забезпечити методологічну і консультативну допомогу за всіма процедурами, пов'язаними з відстеженням ризиків настання неплатоспроможності, проведенням досудової санації і реструктуризації підприємств приватного сектору;

d) Попереджальна система може будуватися шляхом впровадження попереджальних процедур у корпоративному і податковому законодавстві, жорсткістю вимог до бухгалтерської звітності. Для забезпечення дієздатності попереджальних процедур слід паралельно запровадити способи відповідальності за їх порушення з боку керівників підприємств;

e) Слід створити політичні та правові переваги для збереження життєздатного бізнесу. Прийняттю рішення про банкрутство обов'язково повинні передувати спроби оздоровлення підприємства-боржника. У випадку ліквідації підприємства-боржника перевагу слід надавати продажу бізнесу, а не майна (збереження бізнесу при зміні неефективного власника).

f) Необхідно запровадити регулювання сфери позасудового вирішення проблеми неплатоспроможності суб'єктів підприємництва. Наразі в цій сфері панує неформальна (тіньові персональні домовленості) система регулювання взаємовідносин «боржник – кредитори». Цей крок може стати механізмом, який не тільки знизить ризики неповернення боргу, але й створить певні умови для трансформації тіньових процесів у легальну практику.

g) За висновками міжнародних експертів, широке використання позасудових процедур вирішення проблеми неспроможності підприємств відповідає специфічним умовам здійснення підприємницької діяльності у країнах з перехідною економікою. На їхню думку, в таких країнах, де не вистачає знань і досвіду в області судових розглядів з комерційних питань, доцільно залучати суди до вирішення проблем неспроможності тільки в самих крайніх випадках.

h) На основі аналізу структури ініціаторів справ необхідно знайти підходи до скорочення обсягів «нереального» банкрутства (відомчі та тіньові інтереси). До можливих способів вирішення цієї проблеми можна віднести наступні:

- ліквідація «тромбів», які змушують окремі державні органи використовувати банкрутство для досягнення відомчих інтересів (неефективна ліквідаційна процедура недіючих

підприємств; створення тиску на боржників перед державним бюджетом тощо);

- відродження масштабної приватизації та забезпечення рівного доступу до неї з боку всіх інвесторів в якості альтернативи тіньовій приватизації;
- створення ефективних заслонів для використання банкрутства у тіньових цілях, включаючи створення спеціальної системи державного нагляду і застосування різних видів кримінальної відповідальності.
- використання різних стимулів добровільного вступу у процедури запобігання банкрутству і відновлення платоспроможності з боку підприємств-боржників (реструктуризація бюджетної заборгованості, одержання права на державну допомогу, державні гарантії на одержання банківських кредитів тощо).
- формування нового суспільного стереотипу сумлінного підприємця в рамках течії «соціально відповідального бізнесу», яка почала розповсюджуватися в Україні з 2005 р.

6. Рекомендації: зняття обмежень і заборон на банкрутство підприємств державної власності

Зняття обмежень і заборон на банкрутство підприємств державної власності є досить гострою проблемою для України. Необхідність здійснення цього кроку розуміють усі, але дискусії точаться навколо пошуку способів реалізації цієї ідеї на практиці без відчутних негативних наслідків.

Аналіз світового досвіду повинен надати відповіді на три питання:

- яким чином розвинуті країни без використання особливих підходів до різного роду об'єктів досягають балансу інтересів;
- які з цих підходів прийнятні для України;
- в якому форматі особливі підходи до банкрутства державних підприємств реалізуються у законодавстві Росії, як однієї із постсоціалістичних країн..

Практика розвинутих країн

У практиці розвинутих країн відсутні правові обмеження на банкрутство підприємств, включаючи підприємства державної власності. Одним із беззаперечних постулатів політики державного регулювання в цих країнах є забезпечення рівних умов діяльності на ринку для всіх суб'єктів підприємництва.

Проте це не виключає випадків, коли держава як представник інтересів суспільства змушена приймати рішення про особливий режим подолання стану неплатоспроможності конкретного підприємства. Однак при прийнятті подібного рішення фактор форми власності не відіграє визначальної ролі. Тобто форма державної власності ані в правовому відношенні, ані в реальній політиці урядів не є підставою для встановлення імунітету на банкрутство для підприємств.

Підставою для введення особливого режиму подолання неспроможності є ступінь важливості діяльності підприємства для інтересів країни. Всі розвинуті країни, виходячи з розуміння комплексу стратегічних для країни інтересів, визначають види підприємств, суттєві зміни на яких контролюються урядами.

Найбільш розповсюдженими формами участі країни у запобіганні банкрутства компаній:

- держава перебирає на себе відповідальність за зобов'язаннями підприємства перед кредиторами;

- фінансова підтримка надається, як правило, на поворотній основі;
- фінансова допомога надається на умовах обмеження незалежності компанії (компетенції керівництва або прав власності, тобто застосовується часткова націоналізація).

Більш-менш масові приклади втручання держави у процес запобігання банкрутству спостерігався в період сучасної глобальної кризи. Всі уряди змушені були розробляти антикризові програми, основною метою яких було здійснення спеціальних заходів з відвернення банкрутства великих банків і крупних компаній реального сектору економіки.

Найбільш масштабна антикризова програма реалізована у 2008-2009 рр. в США. Американський уряд здійснив безпрецедентне за обсягом фінансування банків і трьох автомобільних гігантів країни. Фінансування було здійснене на принципах, перелічених вище. Вже у 2009 р. американські банки завершили повернення сум державної допомоги, оскільки вони були зацікавлені у відновленні своєї незалежності та прав власності.

Росія

Існування обмежень і заборон на банкрутство підприємств державної власності є феноменом групи колишніх постсоціалістичних країн, які запізнилися з перебудовою своїх національних економік. Але на практиці це реалізується в різних формах.

Російське законодавство про неспроможність (банкрутство) передбачає диференціацію у системах регулювання для підприємств державної власності. Але на відміну від України, російська політика у сфері неплатоспроможності не ставить за мету створення для них додаткового захисту від банкрутства. Диференціація вводиться для:

По-перше, врахування визначених іншими законами особливостей процедур, зокрема:

- для унітарних та господарських товариств, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 25%, – у процедурах оцінки майна;
- для соціально значимих об'єктів культурної спадщини – у способах продажу через конкурс.

По-друге, врахування впливу підприємств на національні інтереси. Для стратегічних підприємств, підприємств військово-промислового комплексу, причому незалежно від форми власності, передбачені наступні особливості:

- збільшений поріг неспроможності, оскільки вони належать до великих підприємств;
- передбачена спеціальна система запобігання наступу стану неплатоспроможності – досудова реструктуризація;
- доповнений склад учасників процесу судового провадження представником федерального органу, який забезпечує відповідний напрямок державної політики;
- встановлені додаткові вимоги щодо відбору арбітражного керуючого, зовнішнього управління, умов продажу спеціалізованого майна підприємства, яке виконує державне замовлення;
- надано пріоритетне право державі на викуп таких підприємств на торгах.

Висновки

На основі аналізу світової практики можна зробити наступні висновки щодо пошуку підходів до ліквідації обмежень і заборон на банкрутство підприємств державної власності в Україні:

- законодавство з регулювання сфери неспроможності підприємств не повинно мати норм, застосування яких створює додатковий захист від банкрутства окремих суб'єктів підприємництва, в тому числі на базі державної форми власності;
- особливі підходи для окремих видів підприємств допустимі у випадках, коли виникає потреба в узгодженні процесу вирішення проблеми неплатоспроможності з нормами законодавства, яке регулює діяльність цих видів підприємств, в тому числі підприємств державної власності;
- політика регулювання сфери неплатоспроможності може включати норми, які будуть сприяти створенню умов для запобігання наступу неплатоспроможності підприємств, які забезпечують важливі для суспільства інтереси. Таким чином у законодавстві про неспроможність може бути підкреслена обов'язковість виконання державою цієї функції відносно такого типу підприємств.

Рекомендації для України

На основі аналізу Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» і державної політики у сфері неплатоспроможності можна визначити наступні цілі впровадження обмежень і заборон на банкрутство підприємств державної власності:

- нейтралізація ризиків для важливих національних інтересів (стратегічні підприємства) і виконання державою своїх функцій при безконтрольній зміні форми власності (ліквідації виробництва);
- необхідність підтримки стабільної діяльності, так званих, «планово збиткових» підприємств у видах діяльності, де адміністративно регулюються ціни (тарифи) на послуги (вугільні шахти, житлово-комунальні підприємства тощо);
- зниження тиску ринкової конкуренції на підприємства державної власності до безпечного рівня, в умовах програшу на ринку приватним аналогам.

На відміну від інших постсоціалістичних країн, Україна використовує спосіб тотального захисту від банкрутства на підставі форми державної власності, що неминуче призводить, по-перше, до відчутного зниження стимулів розвитку самого державного сектору, який складає значну частину української економіки, по-друге, створює відчутні «тромби» для обороту фінансів в національних масштабах. Фактично, держава таким чином зняла з себе відповідальність за вирішення проблем неплатоспроможності підприємств державної власності.

Через це для України одним із обов'язкових напрямків удосконалення регуляторної системи сфери неплатоспроможності є ліквідація обмежень і заборон на банкрутство підприємств державної власності.

Цей процес доволі складний і несе в собі серйозні потенційні ризики. Потребують досконалого вивчення умови, за яких при ліквідації обмежень і заборон можна звести до мінімуму ці ризики. Наводимо окремі наші міркування з цього приводу.

- 1) Система регулювання сфери неплатоспроможності не повинна створювати диференціацію суб'єктів підприємництва на ринку за ознакою форми власності. Особливості допустимі лише в рамках узгодження з правовими нормами, що регулюють процес управління підприємствами державної власності.
- 2) Політику тотального захисту від банкрутства слід замінити на системну політику запобігання настанню стану неплатоспроможності тих

підприємств державної власності, діяльність яких впливає на важливі інтереси суспільства.

- 3) Першим і цілком безпечним кроком може стати звуження області застосування обмежень для банкрутства. До підприємств державної форми власності за українським законодавством належать державні підприємства (100% державної власності) і господарські товариства, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 50%. В цьому проміжку будуть охоплені всі стратегічні підприємства. Банкрутство підприємств з часткою держави менше 50% не зачепить важливі для країни інтереси.
- 4) При ліквідації правової заборони і обмежень ризику можна нейтралізувати засобами реальної державної політики. У випадку стратегічної потреби у захисті важливого підприємства від банкрутства держава повинна перебрати на себе гарантії виконання зобов'язань перед кредиторами. Але такі дії не повинні штучно утримувати на ринку неефективних суб'єктів підприємництва, або створювати необґрунтовані ринкові привілеї для окремих підприємств.

Базовою умовою для повної ліквідації обмежень і заборон для банкрутства підприємств державної власності є створення повноцінної інституційної системи управління об'єктами державної власності.

Автори доповіді вбачають реальні можливості для створення в Україні ефективної системи виконання державою функцій власника підприємств-боржників. На нашу думку, таким органом може стати Фонд державного майна (ФДМУ). У табл. 6.1 зведені аргументи на користь такого вибору.

ФДМУ вже тривалий період представляє державу як власника підприємства-боржника у судовій процедурі. Відносно підвідомчих йому підприємств ФДМУ виконує функції моніторингу, санації (реструктуризації) підприємств, призначення (звільнення), атестації керівників.

Таблиця 6.1

Основні характеристики ФДМУ як органу державного управління

	Показник	Характеристика
1	Статус	Орган державного управління зі спеціальними повноваженнями.
2	Функції	Приватизація та управління об'єктами державної власності.
3	Функції з управління підприємствами державної власності	<ul style="list-style-type: none"> • Ведення Єдиного реєстру об'єктів державної власності • Моніторинг фінансового стану • Контроль за використанням ресурсів і активів • Санація і реструктуризація • Представництво в судах у справах про банкрутство • Призначення та звільнення керівників, періодична атестація їх діяльності • Участь у роботі Спостережних рад.
4	Потенціал для виконання функцій держави у сфері неплатоспроможності	Існують структури і правова база для організації продажу об'єктів та окремого майна за процедурами, які застосовуються під час приватизації.
5	Структура	<p>Центральний апарат і 26 регіональних відділень (всі області, міста Київ і Севастополь).</p> <p>Департаменти з управління об'єктами державної власності центрального апарату:</p> <ul style="list-style-type: none"> • з питань корпоративних відносин та відновлення платоспроможності; • стратегії корпоративного управління; • з питань управління державним майном та орендними відносинами; • розпорядження майном.
6	Кадровий потенціал	Центральний апарат – 780 осіб, регіональні відділення – 2312 осіб.
7	Фінансові ресурси	Доходи від приватизації та управління об'єктами державної власності. За 2009 р. одержано від приватизації 814,7 млн. грн., у вигляді дивідендів – 431,2 млн. грн.
8	Перспектива згідно Програми реформ Президента України	В зв'язку із завершенням у 2014 р. приватизації з 2013 р. під управління ФДМУ будуть передаватися всі об'єкти державної власності.

Внаслідок політичної дестабілізації та кризи ФДМУ втратив ці функції. І їх необхідно буде відновлювати. Але це завдання повністю вкладається в процес його трансформації із органу приватизації в орган управління об'єктами державної власності, яка пов'язана із завершенням приватизації в Україні до 2014 р.

7. Рекомендації: створення системи запобігання несумлінній поведінці та фіктивному банкрутству

Відсутність ефективної системи державного регулювання, деформація процесу постсоціалістичної перебудови економіки та втрата населенням позитивних традицій підприємництва разом призвели до збільшеної криміналізації сфери підприємництва в Україні. Розповсюдженими формами кримінальної поведінки в економічній сфері стали несумлінна поведінка арбітражних керуючих і навмисне доведення підприємств до стану банкрутства (фіктивне банкрутство).

7.1. Запобігання фіктивному банкрутству

Для вибору моделі побудови системи запобігання фіктивному банкрутству в Україні при аналізі світової практики слід виявити:

- типові корисливі цілі, з якими використовуються способи фіктивного банкрутства;
- принципи побудови системи виявлення і запобігання фіктивному банкрутству;
- використання механізму відповідальності за навмисні корисливі дії.

Світовий досвід

Останнім часом, насамперед внаслідок глобальної фінансової кризи, у світі спостерігається збільшення випадків використання фіктивного банкрутства. За його допомогою окремі підприємці роблять спроби ухилитися від виконання своїх зобов'язань перед кредиторами.

У світовій практиці фіктивне банкрутство в основному не регулюється законодавством про банкрутство. Це відноситься до компетенції кримінального права.

Кримінальне право розрізняє окремі злочинні дії, які можуть нанести шкоду інтересам кредиторів (приховування майна, документації тощо), та навмисне злочинне застосування боржником способів фіктивного банкрутства (з метою ухилення від виконання зобов'язань перед кредиторами). Злочинні дії можуть мати місце як до, так і після початку процедури банкрутства.

Система покарання за злочинні дії в цій сфері включає як адміністративну (звільнення з посади, заборона на певні види діяльності тощо), так і кримінальну відповідальність (штрафи та позбавлення волі).

В залежності від ступеня ризику цього негативного явища для економіки країни, будується система виявлення ознак фіктивного банкрутства і система кримінальної відповідальності суб'єктів підприємництва за його застосування у корисливих цілях.

В той же час світовий досвід надає переконливі приклади того, що на практиці досить складно ідентифікувати формальні ознаки фіктивного банкрутства саме як навмисні дії. Особливо у країнах з перехідною економікою, де важко розрізнити дії, які носять злочинний характер, зі схожими діями, які виглядають як негативні наслідки непрофесійності керівників або спровоковані станом нерозвинутого ринку, високим рівнем його монополізації.

Більш продуктивна практика запобігання фіктивному і навмисному банкрутству в розвинутих країнах базується на багатьох факторах, які створюють несприятливе для такого роду дій середовище. В цьому задіяні всі механізми – правові, економічні, організаційні, традиції ведення бізнесу, ставлення суспільства.

Система запобігання і виявлення ознак фіктивного банкрутства, як правило, включає численні структурні ланки:

- спеціальні процедури досудового спостереження;
- процесуальні важелі: чітка регламентація процедур, неухильне дотримання права на оскарження, незворотність покарання тощо;
- спеціалізований державний контроль;
- публічність та прозорість проведення процедур і прийняття рішень.

Франція

У 1983 р. французьке законодавство про банкрутство зазнало суттєвих змін. Традиційне положення Кримінального кодексу щодо банкрутства було доповнено новою нормою про організацію фіктивної неплатоспроможності. Встановлено покарання за злочинні дії з боку боржника, здійснені з метою «ухилення від виконання стягнення грошового або майнового характеру, накладене судом у кримінальних справах або у порядку цивільного судочинства у справах про делікти, квазіделікти та аліменти».

Навмисними діями визнаються чотири способи вчинення злочину: приховування активів, шахрайство, збільшення пасивів, підробка документів бухгалтерської звітності, їх приховування і нездійснення фінансового обліку.

Законодавство Франції у випадку порушення справи в суді про фіктивне банкрутство не передбачає необхідності доведення у цивільному судочинстві неспроможності боржника.

У Кримінальному кодексі Франції встановлюється відповідальність за організацію фіктивної неплатоспроможності – 3 роки ув'язнення або великий грошовий штраф.

США

У США заходи з кримінально-правового регулювання банкрутства містяться у Зразковому Кримінальному кодексі США (Model Penal Code). Кодекс визнає навмисне банкрутство злочином і передбачає різні види кримінальної відповідальності.

До злочинних віднесені наступні дії: знищення, приховування, вилучення, обтяження зобов'язаннями або передача майна, відносно якого є заставний інтерес; виявлена фальсифікація документів або записів; перекручування відомостей або відмова повідомити уповноважену особу про майно, яке боржник повинен надати.

За всі злочини, пов'язані з банкрутством, Кодекс передбачає відносно м'яке покарання – до 1 року тюремного ув'язнення. Лише окремі штати встановили більш сувору покуту.

Система вирішення проблем неспроможності у США однозначно характеризується експертами як «рятувальне коло» для підприємств. Тому боржники надають перевагу добровільному вступу до офіційної процедури відновлення спроможності. Причому ретельне дотримання сумлінної поведінки стає однією із умов одержання переваг у встановленні умов оздоровлення підприємства-боржника.

За даними судової статистики, серед всіх справ про банкрутство завершуються реорганізацією підприємства – 80-85%, ліквідацією – 15-20%. І тільки 1,1% винних у навмисному банкрутстві притягуються до відповідальності. Причини притягнення до відповідальності розподіляються наступним чином: за недбалість – 2%, зловживання – 1,5%, нещасні випадки – 0,9%, професійну некомпетентність – 93,1%, інші – 2,5%¹⁶.

Німеччина

Кримінальне законодавство Німеччини встановлює досить жорстке покарання за банкрутство, яке викликано необережними або злочинними діями. Кримінальне законодавство виділяє три види банкрутства, які підлягають покаранню – просте, злісне та особливо важкий випадок банкрутства.

Просте банкрутство має місце, якщо особа з власної необережності не знає про наступ або явне насування неплатоспроможності підприємства, а

¹⁶ <http://www.e-vid.ru/index-m-192-p-63-article-3057-print-1.html>

також спричиняє його своїми легковажними діями. Винний карається або позбавленням свободи на строк до 2 років, або штрафом.

Банкрутство кваліфікується як злісне, якщо особа в умовах надмірної обтяженості підприємства боргами або при загрозі та настанні неспроможності позбувається, ховає або робить непридатними складові частини майна, які у випадку розпродажу підлягають відчуженню на користь кредиторів, або укладає ризиковані, спекулятивні чи явно збиткові угоди з товарами, цінними паперами, розтрачує майно в азартних іграх з непомірно великими ставками, відпускає у кредит товари або цінні папери на невідповідних для підприємства умовах. Так само кваліфікується приховування прав інших осіб або визнання їх прав свідомо вигаданими, неправильне ведення торгових книг, їхнє приховування, знищення або пошкодження, а також складання фіктивних балансових звітів. За вказані дії передбачається покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 5 років і штраф.

Особливо важкий випадок банкрутства – це корисливі дії винного в своїх інтересах, які призвели до створення для багатьох осіб загрози розорення, втрата довірених йому цінностей. За даний злочин передбачається позбавлення волі на строк до 10 років.

Закон про банкрутство встановлює, що якщо боржник усвідомлює свою нездатність розрахуватися за боргами, то він повинен протягом 3-х тижнів повідомити про це суд. Якщо така заява в суд не була подана, то до боржника може бути застосоване кримінальне переслідування.

Об'єктивними передумовами кримінального переслідування є: припинення платежів, відкриття конкурсного провадження або подання клопотання про відкриття конкурсного провадження.

Великобританія

В англійському праві банкрутство юридичної особи позначається терміном «неспроможність». Законодавство встановлює відповідальність за навмисні дії директорів і службовців компаній до і після початку провадження у справі про неспроможність. Великі зловживання караються тюремним ув'язненням терміном до 7 років позбавлення волі. Менш значимі порушення – різного розміру штрафами.

До незначних порушень відносяться замовчування у діловому листуванні інформації про введення зовнішнього управління компанією, відсутність реєстрації актів і фактів, що мають значення для управління компанією і конкурсного провадження, неправдиві заяви, невиконання вимог щодо звітів, які ведуться у конкурсному провадженні, порушення обмеженої правоздатності тощо.

На відміну від Німеччини, англійське право не використовує поняття «кризи» для визначення банкрутства. Для розуміння, чи зловживання у сфері

банкрутства підлягає покаранню, застосовуються цивільно-процесуальні акти: рішення суду про ліквідацію компанії, прийняття рішення про добровільну ліквідацію.

Покарання до 7 років передбачено для осіб, які виконували управлінські функції протягом 12 місяців до дати прийняття рішення про ліквідацію компанії, у випадку, якщо особа приховала частину майна компанії або борг, нечесним шляхом віднадила частину майна компанії, фальсифікувала будь-яку книгу звітів або документ щодо справ або майна компанії, надала у заставу частину майна компанії, яке придбане у кредит.

Росія

Фіктивне банкрутство, за висновками експертів, набуло досить широке розповсюдження серед російських суб'єктів підприємництва¹⁷. Навмисна (фіктивна) неплатоспроможність надає можливість підприємству-боржнику розпочати процедуру банкрутства, в результаті чого він має можливість суттєво скоротити обсяги відшкодування боргів. Доведення до банкрутства використовується також для захоплення контролю над іншим підприємством.

Норма, яка визначає стан неспроможності, дозволяє порівняно легко за рахунок маніпулювання з майном (виведення активів зі складу комплексу підприємства до лояльної фірми) і штучного збільшення заборгованості досягти зовнішніх ознак неспроможності.

Закон про неспроможність (банкрутство) передбачає, що перевірка наявності ознак фіктивного і навмисного банкрутства здійснюється:

в обов'язковому порядку арбітражними керуючими відносно всіх підприємств, за якими розпочато судове провадження процесу банкрутства;

у вигляді експертизи, призначеної судом за клопотанням суб'єктів процесу банкрутства.

За Законом, ця функція визнана в якості невід'ємної частини професійної діяльності арбітражного керуючого. Об'єктивно при такій організації виникає можливість тотальної перевірки наявності ознак фіктивного або навмисного банкрутства щодо всіх підприємств, за якими розпочата офіційна процедура банкрутства. Перевірка наявності ознак фіктивного або навмисного банкрутства здійснюється згідно Правил, затверджених Федеральним урядом¹⁸.

¹⁷ <http://nalog.yuga.ru/obyazannosti/bankrot/krasnodar-bankrot/?id=3008&print=1>

¹⁸ Постановление Правительства Российской Федерации от 27.12.2004 г. №855 «Об утверждении временных Правил проверки арбитражным управляющим наличия признаков фиктивного и преднамеренного банкротства»

Призначення Правил – це створення, свого роду, автоматичного алгоритму, за допомогою якого зроблена спроба нейтралізувати особистий фактор арбітражного керуючого і тим самим збільшити об'єктивність висновків.

Проте навіть за такого способу тотального контролю система незворотного покарання суб'єктів підприємництва в Росії до сих пір не створена. Вони продовжують використовувати банкрутство у злочинних цілях. Обвинувальні вироки мають одиничний характер. Серед всіх порушених кримінальних справ лише 5% завершуються винесенням обвинувального вироку¹⁹. Російські експерти бачать причини в тому, що:

по-перше, досить складно формальні ознаки трансформувати у правовий статус злочину, оскільки важко довести причинно-наслідковий зв'язок між конкретними діями (бездіяльністю) та їх наслідками;

по-друге, не забезпечена процесуальна сторона – наявність експертизи, на основі чого суд може приймати рішення. Відсутні спеціальні підрозділи в Експертно-кримінальному Центрі МВС і Федеральному центрі судової експертизи Міністерства юстиції, не визнана практика недержавних експертних центрів;

по-третє, існує потужна протидія: корупція, тиск тіньових інтересів, адміністративний і політичний тиск.

Висновки

Для побудови в Україні ефективної системи виявлення і запобігання фіктивному банкрутству мають значення наступні висновки, які одержані в ході аналізу світового досвіду:

- вибір механізмів запобігання фіктивному банкрутству повинен базуватися на визначенні типових корисливих цілей, для досягнення яких цей спосіб використовується;
- механізми виявлення фіктивного банкрутства діють як процесуальні «фільтри», де здійснюється тест на наявність формальних ознак зловживань;
- ступінь кримінальної відповідальності за ці порушення визначається ступенем впливу цих негативних явищ на економіку;
- окремими розрізненими заходами фактично неможливо ефективно протидіяти цим злочинам, необхідний комплексний підхід, який створить несприятливе середовище для цих злочинів.

¹⁹ <http://sud-expertiza.ru/expertizi.php?=52&m=2377>

Рекомендації для України

Обираючи механізми запобігання фіктивному банкрутству слід враховувати наступні специфічні для України моменти.

По-перше, структура корисливих інтересів, які реалізуються через фіктивне банкрутство, кардинально відрізняється від практики розвинутих країн. Типовими корисливими інтересами використання фіктивного банкрутства в Україні є:

- захоплення державного майна (тіньова приватизація);
- переділ власності (рейдерство);
- знищення конкурента;
- ухилення від виконання зобов'язань перед кредиторами.

По-друге, наявні потужні стимули для використання фіктивного банкрутства:

- отримання збільшених доходів (більш дешевий спосіб одержання прав власності на активи, поширення ринкової ніші тощо);
- компенсація неможливості досягнення цілей легальними способами: недоступність державних активів через параліч приватизації; відсутність вільного обігу акцій на фондових біржах, де здійснюється перерозподіл прав власності, найбільше у світі податкове навантаження на бізнес тощо.

По-третє, ці способи є доступними. В країні відсутня система виявлення ознак банкрутства, моніторингу процесу неплатоспроможності. Система кримінальної відповідальності фактично не діє. Суспільство лояльно ставиться до цих видів злочинних дій.

По-четверте, існують інструменти для реалізації фіктивного банкрутства – це тіньова економіка і масова корупція.

Перелік цих особливостей переконливо демонструє збільшену потребу України у створенні середовища, яке зробить, з одного боку, непотрібним використання фіктивного банкрутства в якості масового способу ведення бізнесу, з іншого боку, зробить застосування цього способу для цілей ведення бізнесу небезпечним для його учасників. До основних заходів в цьому напрямку можна віднести:

1) Правові норми повинні сформувавши процедуру банкрутства, для якої характерними стануть: максимальна чіткість вимог; однозначність критеріїв, які застосовуються; певний автоматизм у прийнятті рішень. Корупційне поле при прийнятті рішень про банкрутство може бути помітно

звужене за рахунок обмеження ситуацій, коли чиновник і суддя мають нагоду приймати те або інше рішення. Свобода вибору при прийнятті рішень (типу розумна доцільність, справедлива ціна тощо), яка є традиційною для розвинутих країн, в умовах України неминуче перетворюється у корупційний канал.

2) Необхідно зробити відповідальність за фіктивне банкрутство і доведення до банкрутства невідворотною. У Кримінальному кодексі України передбачені спеціальні міри покарання за фіктивне банкрутство або доведення до банкрутства (штрафи і позбавлення волі). Але система відповідальності на практиці до цього часу не діє. Законодавство не надає конкретного переліку навмисних дій, які є підставами для віднесення їх до категорії злочину. Відсутні центри «оголошення тривоги», які ініціюють порушення справ про фіктивне банкрутство у суді.

3) Потребує визначення підхід до створення системи виявлення ознак фіктивного банкрутства: а) способи моніторингу; б) дислокація виконання функцій; в) порядок здійснення перевірки. На цей час функції виявлення ознак банкрутства здійснює Державний департамент з питань банкрутства, але тільки за запитом суду а також відносно підприємств, в статутних капіталах яких частка держави перевищує 25%. Їхня частка в загальній кількості підприємств, відносно яких порушені справи про банкрутство, не досягає навіть 4%.

4) При виборі способів запобігання фіктивному банкрутству слід виходити із конкретного складу корисливих інтересів:

- а) Для нейтралізації спроб тіньової приватизації через фіктивне банкрутство слід використати можливості у двох напрямках:
 - у самому процесі банкрутства – повністю виключити можливість відшкодування боргів майном, використання неконкурентних способів передачі майна, цілісних майнових комплексів, а також корпоративних прав;
 - у процесі управління об'єктами державної власності – настання стану неплатоспроможності підприємств державної власності має автоматично призводити до їх досудового оздоровлення, а при недоцільності цього – до передачі у приватизацію.
- б) Для нейтралізації використання фіктивного банкрутства з метою рейдерського захоплення підприємств робота повинна бути зосереджена на удосконаленні корпоративного права і судових процедур розгляду таких справ (наприклад, визначення місця розгляду подібних справ).
- в) Необхідно віднаходити способи реагування на новий для України вид злочину, пов'язаного з використанням штучної неплатоспроможності та фіктивного банкрутства для ухилення від зобов'язань перед

кредиторами, в тому числі перед кредитором-державою. В цьому випадку багаторічний світовий досвід піде на користь. В різних країнах накопичена багата практика ефективної протидії таким видам економічних злочинів.

5) Як свідчить світовий досвід, ефективність боротьби з подібного роду економічними злочинами багато в чому залежить від існування позитивних стимулів сумлінної поведінки суб'єктів підприємництва. Розвинуті країни вже декілька десятиліть розвивають механізми саморегуляції розвитку бізнесу у придатних для суспільства формах. В останні роки найбільш масове розповсюдження одержала політика соціально відповідального бізнесу. Але в Україні цей рух підтримується лише окремими компаніями-ініціаторами. Держава поки що займає відсторонену позицію.

б) Необхідно посилити публічний контроль за рахунок збільшення прозорості і гласності процедур банкрутства, враховуючи рамки вимог конфіденційності. В розвинутих країнах недержавні ініціативи створюють помітний тиск в якості додаткового контролю.

7.2. Запобігання несумлінній поведінці арбітражного керуючого

У чинному Законі «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» вперше в Україні в якості суб'єкта конкурсного процесу була впроваджена фігура арбітражного керуючого. Загалом, ця новація відповідала світовій практиці.

Проте практика десяти років дії Закону показала, що український варіант інституту конкурсних керуючих (арбітражні керуючі) виявився «неспроможним». Його конструкція не забезпечує професійний рівень управління майном боржника і навіть дозволяє арбітражному керуючому використати процедури банкрутства для досягнення тіньових інтересів учасників і формування власних тіньових доходів.

Удосконалення інституту арбітражних керуючих є невідкладною потребою не тільки для побудови ефективної системи запобігання фіктивному банкрутству, але й в цілому для удосконалення системи регулювання сфери неплатоспроможності в Україні. Тому під час аналізу світового досвіду особлива увага була приділена визначенню вимог до основних елементів інституту конкурсних керуючих:

- статус конкурсного керуючого;
- системи допуску і контролю за діяльністю;
- системи відповідальності за результати діяльності.

Світовий досвід

У забезпеченні ефективності конкурсного процесу одна із головних ролей належить конкурсному керуючому. Конкурсний керуючий, як правило, призначається судом і повинен провадити реалізацію конкурсного процесу в рамках, визначених законодавством.

США

Згідно із законодавством США, реалізацію процедури неспроможності у конкретних справах здійснюють приватні конкурсні керуючі.

У США не існує інституту ліцензування керуючих, однак підбір кандидатур для призначення, нагляд за їхньою діяльністю, а також призначення у певних випадках здійснює виключно федеральна установа – Американське агентство розпорядників (Executive Office for United States Trustees), що підпорядковане Міністерству юстиції та має розгалужену структуру по всій країні. Набуття особою статусу приватного конкурсного керуючого означає публічне визнання її спеціалістом з банкрутства.

Оплата праці конкурсних керуючих здійснюється з фонду, джерелами формування якого є різноманітні централізовані платежі до Американського агентства розпорядників, що справляються при проведенні судових процедур.

Державний контроль над діяльністю конкурсних керуючих здійснюється федеральними керуючими. Інститут федеральних керуючих був заснований у 1983 р. Вони є членами спеціального органу виконавчої влади – Виконавчого бюро федеральних керуючих. Федеральні керуючі виконують наступні функції:

здійснюють нагляд за ходом ліквідації, реорганізації та іншими процедурами;

призначають тимчасових конкурсних керуючих;

після призначення кредиторами постійного конкурсного керуючого здійснюють нагляд за його діяльністю;

забезпечують дотримання законодавства про банкрутство і вживають заходи з припинення обману і зловживань;

за необхідності передають справи в органи слідства і кримінального переслідування;

забезпечують своєчасність і професійність управління конкурсною масою майна і відстежують, щоб гонорари приватних конкурсних керуючих були розумними;

призначають комітети кредиторів і скликають їхні збори в процедурах реорганізації підприємств.

Федеральні керуючі є службовцями федерального уряду, вони призначаються і звільняються Генеральним прокурором США. Програма федеральних керуючих діє у 21 регіоні країни, які охоплюють всі округи, окрім Алабами та Північної Кароліни. В цих двох штатах функціонує інститут адміністраторів конкурсної маси для виконання аналогічних завдань. Проте вони діють в системі Адміністративного управління федеральних судів США.

Професійний контроль над діяльністю здійснюється професійними об'єднаннями приватних конкурсних керуючих. В межах свого регіону федеральний керуючий повинен створити об'єднання приватних конкурсних керуючих, забезпечувати їх діяльність і здійснювати нагляд за роботою. Нагляд охоплює також всі функції приватних конкурсних керуючих, в том числі управління активами (майном) боржника і їхній продаж.

Нагляд за діяльністю федерального керуючого проводить Бюро федеральних керуючих і Генеральний прокурор США.

Генеральний прокурор також перевіряє діяльність приватних конкурсних керуючих.

Франція²⁰

У Франції використовуються наступні назви для різного виду конкурсних керуючих: судовий адміністратор ('administrateur judiciaire'), уповноважений ліквідатор ('mandataires-liquidateurs').

Нагляд за діяльністю конкурсних керуючих здійснює прокурор (він знаходиться в юрисдикції прокуратури), а також суддя, призначений Міністерством юстиції, який може в будь-який час проводити перевірки.

У Франції існує система ліцензування діяльності судових адміністраторів, уповноважених ліквідаторів та експертів з оцінки ситуації на підприємстві.

Судовий адміністратор. Судовий адміністратор повинен бути зареєстрований у національному переліку, який складається Національною комісією. У Комісію входять 11 членів і 11 членів на заміну, які призначаються на 3 роки. Діяльність судового адміністратора не обмежена територіально. Ця професія не сумісна з будь-якою іншою, за виключенням професії юриста. Призначення судового адміністратора здійснюється в

²⁰ <http://www.duma.gov.ru/sobstven/analysis/bankruptcy/130404france.htm>

обов'язковому порядку за стандартним режимом і на дискреційній основі (тільки, якщо суд вважатиме це необхідним) за спрощеним режимом.

Уповноважений ліквідатор. Ліквідатор повинен обиратися з переліку ліквідаторів, який складається Національною комісією. У склад Комісії входять 9 членів, і вона підвідомча Апеляційному суду, в юрисдикції якого знаходиться діяльність ліквідатора. Територіально діяльність ліквідатора обмежена юрисдикцією Апеляційного суду, якому належить реєстраційний перелік ліквідаторів. Включення до переліку є повною монополією Комісії, тому можливе тільки одне призначення ліквідатора. Професія ліквідатора несумісна з будь-якою іншою.

Загальні вимоги до судового адміністратора і уповноваженого ліквідатора. Для реєстрації у національних переліках претенденти повинні відповідати наступним вимогам:

- a) бути громадянами Франції;
- b) мати достатні гарантії моральної поведінки;
- c) мати наступні спеціальні ступені та дипломи:
 - магістра права;
 - магістра в області економічних наук або управління бізнесом;
 - диплом, визнаний Міністерством освіти і вищим навчальним закладом у сфері бізнесу і управління;
 - інші еквівалентні ступені та дипломи;
 - документ про складення екзамену на спроможність виконувати функції аудитора ('*commissaire aux comptes*');
 - диплом про закінчення вищих курсів в області бухгалтерського обліку та фінансів;
 - ступінь DEA в області права або управління бізнесом;
 - ступінь DESS в області права або управління бізнесом;
 - диплом про закінчення вищих курсів в області бухгалтерського обліку і фінансів;
- d) мати досвід роботи за спеціальністю мінімум 3 роки;
- e) скласти екзамен на відповідність;
- f) бути молодшим 65 років.

Екзаменаційна комісія на професійну відповідність складається із: уповноваженого, призначеного наказом голови суду, уповноваженого від Рахункової палати ('*Cour des comptes*'), члена комерційного суду першого рівня, професора або викладача права, економічних наук або управління

бізнесом, трьох судових адміністраторів, один із яких повинен працювати в області цивільного права.

Страхування відповідальності. Претенденти повинні сплатити два вступні внески: до системи професійного страхування і до гарантійного фонду. Адміністративний керуючий і уповноважений ліквідатор, зареєстровані в національних переліках, повинні застрахувати свою професійну цивільну відповідальність, а також бути застрахованим від недбалості або помилки, які можуть бути допущені в ході виконання їхньої діяльності.

Внесок здійснюється через посередника – Гарантійний фонд ('Caisse de garantie'). Він оформлює страхові поліси від всіх ризиків, що впливають із застосування законодавства. Гарантійний фонд є юридичною особою, яка управляється її учасниками і займається суто питаннями виплати коштів, оплати рахунків або цінностей, що знаходяться у володінні або управлінні кожного судового адміністратора або уповноваженого ліквідатора. В якості агента держави в Гарантійний фонд призначається працівник прокуратури. Участь у цьому фонді обов'язкова для всіх видів конкурсних керуючих.

Кошти фонду акумулюються за рахунок щорічних внесків учасників. Суми внесків повинні бути достатніми для покриття всіх витрат, пов'язаних з функціонуванням, юридичними обов'язками і особливостями фонду (в тому числі обов'язкове страхування Фонду і його окремих учасників).

Механізм залучення до відповідальності. Контроль і дисциплінарні заходи здійснює той державний орган, у компетенції якого знаходиться судовий адміністратор або уповноважений ліквідатор. Кожен офіс раз в чотири роки піддається обов'язковій контрольній перевірці. Строк давності для дисциплінарних санкцій складає 10 років. Паризький Апеляційний суд має виключну юрисдикцію з розгляду апеляцій з даних питань.

Судовий адміністратор або уповноважений ліквідатор може бути притягнутий до цивільної відповідальності за будь-які збитки, що викликані його винними діями і нанесені кредиторам або боржнику.

Професійний контроль. Ліквідатори та керуючі мають свої професійні співтовариства. Загальним представницьким органом від професійних співтовариств виступає Національна рада ('Conseil'). Раду складають 16 членів, 8 із яких обираються від кожного професійного співтовариства (адміністраторів і ліквідаторів) строком на 4 роки. За статусом професійні співтовариства і Національна рада є громадськими організаціями.

Національна рада відповідає за забезпечення захисту колективних інтересів керуючих і ліквідаторів. Вона організує професійну освіту і здійснює нагляд за їхньою діяльністю.

Італія

На побудову інституту конкурсних керуючих в Італії значний вплив здійснює загальний концепт побудови системи державного регулювання сфери неспроможності як одного із випадків неспроможності при виконанні комерційної угоди.

В Італії не існує спеціальних вимог і ліцензування діяльності конкурсних керуючих²¹. Вони обираються з числа представників місцевої колегії адвокатів або місцевої асоціації аудиторів і бухгалтерів. Італійське законодавство містить спеціальні вимоги до цих професійних груп. У виключних випадках можливе призначення осіб інших професій. Однак такий вибір має бути належним чином обґрунтований.

Закон не передбачає обов'язкове страхування відповідальності конкурсного керуючого. Представники різних професій в Італії не зобов'язані придбавати страховий поліс, це їхня особиста справа. Відповідно, якщо управляючий не придбаває страховий поліс, то він сам відповідатиме за збиток, причинений в результаті його діяльності.

Італійський Закон про банкрутство містить випадки, коли певна особа на може бути призначена керуючим при здійсненні процедури банкрутства, зокрема, якщо вона:

- оголошена банкрутом;
- засуджена до покарання;
- є афілійованою особою банкрута чи його родичем до четвертого ступеня спорідненості;
- є кредитором банкрута;
- здійснювала професійну діяльність в інтересах компанії-банкрута;
- була пов'язана з діяльністю компанії-банкрута протягом двох років, що передували оголошенню банкрутства.

За порушення своїх обов'язків щодо ведення реєстру всіх економічних операцій або укладання угод з переведення коштів, отриманих у ході процедури банкрутства, конкурсний керуючий може бути притягнутий до кримінальної відповідальності. Боржник та інші зацікавлені особи мають право подавати позови щодо будь-яких дій конкурсного керуючого (відповідальність регулюється загальними положеннями Цивільного кодексу щодо відповідальності за угодами).

Діяльність конкурсного керуючого може стати також предметом розгляду в суді, якщо в результаті такої діяльності був завданий збиток третім особам.

²¹ http://www.securities.org.ua/securities_paper/review.php?id=524&pub=3666

В Італії відсутні саморегулюючі організації, до яких входять конкурсні керуючі. Не існує також спеціального переліку органів, уповноважених регулювати сферу діяльності конкурсних керуючих або здійснювати в ній керівництво. Юридичні вимоги, що стосуються конкурсного керуючого, збігаються з вимогами щодо юристів, які є членами місцевої колегії адвокатів, чи щодо аудиторів – членів місцевої асоціації аудиторів і бухгалтерів. Бухгалтери в Італії підпорядковуються єдиній професійній організації бухгалтерів з однаковим режимом контролю.

Великобританія

У Великобританії функції управління конкурсною масою майна виконують:

а) Адміністративний керуючий (administrative receiver), який призначається власниками будь яких боргових зобов'язань (holders of any debentures) компанії, забезпечених заставою.

б) Офіційний керуючий конкурсною масою (official receiver), що являє собою посадову особу суду і є державним службовцем, який працює у Департаменті торгівлі та промисловості та очолює регіональний офіс.

в) Ліквідатор (liquidator), який призначається судом для розпорядження активами та зобов'язаннями компанії (товариства) після прийняття рішення про її ліквідацію (добровільна ліквідація) або наказу (примусова ліквідація). Виконавчі повноваження надаються офіційному ліквідатору з підрозділу уряду з питань управління майном боржників.

У Великобританії, як і в інших країнах, які використовують зовнішнє управління боржником, конкурсний керуючий призначається як фізична особа, яка несе персональну відповідальність.

Контроль з боку держави за діяльністю керуючих конкурсною масою майна здійснює Державний Секретар з торгівлі та промисловості.

Державний секретар є уповноваженим державним органом з ліцензування діяльності конкурсних керуючих. Право на ліцензування він може передавати уповноваженим юридичним спілкам, інститутам та асоціаціям дипломованих бухгалтерів, асоціаціям фахівців з питань неспроможності. Така практика вважається невдалою і не знайшла розповсюдження в інших країнах.

Німеччина

Законодавство Німеччини не передбачає участі у процедурах банкрутства виконавчих органів, і тому вони не мають повноважень для здійснення контролю над діяльністю конкурсних керуючих. Натомість

контроль здійснює суд, який має право у будь-який час вимагати звіт про стан справ.

У випадку, якщо конкурсний керуючий не виконує свої обов'язки, то суд може після попереднього повідомлення накладати на нього штраф.

У Німеччині ліцензування діяльності та спеціальні вимоги до конкурсних керуючих не передбачені. Посада конкурсного керуючого не відноситься до переліку професій. Закон про банкрутство визначає тільки загальні вимоги до особи, яка може бути призначена на цю посаду:

- нею може стати тільки фізична особа,
- яка має належну кваліфікацію, зокрема досвід підприємницької діяльності,
- є незалежним до боржника і кредиторів.

На практиці більшість конкурсних керуючих призначається серед юристів. Суд складає внутрішній перелік юристів, яких він визнає компетентними і правомочними для здійснення процедур банкрутства.

Законодавчі вимоги щодо страхування професійних ризиків конкурсних керуючих також відсутні. Але такі вимоги у відповідних законах пред'являються до юридичної та бухгалтерської діяльності, діяльності консультантів з питань оподаткування.

Застосування дисциплінарних санкцій є компетенцією суду – він приймає рішення про відсторонення конкурсного керуючого від виконання своїх обов'язків. При навмисних порушеннях або недбалості конкурсний керуючий несе фінансову відповідальність. Штрафи накладає суд, який призначив конкурсного керуючого. При недодержанні кримінального права настає кримінальна відповідальність.

В Німеччині не існує саморегулюючих організацій конкурсних керуючих. Водночас існують професійні організації. Наприклад, Палата юристів, Палата дипломованих бухгалтерів, Палата консультантів з питань оподаткування, членами яких зобов'язані бути юристи, бухгалтери і консультанти. Палати є представництвами осіб певної професійної групи. Вони захищають їхні інтереси, надають допомогу, здійснюють контроль і карають за порушення.

Канада²²

У відповідності до законодавства Канади, у процедурі банкрутства окрім суддів приймають участь довірчі особи, офіційний ліквідатор і Суперінтендант.

²² Институт банкротства: становление, проблемы, направление реформирования. – М.:ИЭПП, 2005, с.319-322

Довірчі особи. Є ключовими виконавцями процедури банкрутства. Вони є спеціалістами, які мають ліцензії на приватну практику. Їхня діяльність регулюється і контролюється федеральним урядом в особі Суперінтенданта. Довірчі особи, як правило, є дипломованими бухгалтерами, які складають спеціальні іспити на здобуття професії конкурсного керуючого. Вони зобов'язані не допускати конфлікту інтересів і дотримуватися етичних норм, які встановлені Суперінтендантами.

Система контролю над діяльністю довірчих осіб має такий вигляд: а) публічний контроль завдяки встановленій умові гласної звітності; б) контроль з боку відповідних державних органів; в) з боку кредиторів – через призначених ними інспекторів, які являють собою ніби «раду директорів». Протиріччя вирішуються у суді.

Довірча особа відповідає за складання реєстру кредиторів, контролює діяльність підприємства-боржника, а також за згодою кредиторів визначає спосіб вирішення проблеми неспроможності.

Функції довірчої особи – адміністратор, представник кредиторів, консультант і радник боржника – містять конфлікт інтересів. Тому у Канаді досить педантично ставляться до дотримання всіх інструкцій. Зокрема, Суперінтендант видає директиви, які мають силу підзаконного акту, і вимоги, які повинні неухильно дотримуватися довірчими особами.

Суперінтендант з банкрутства. За статусом є державним службовцем федерального рівня. Як чиновник Міністерства промисловості, він підпорядкований міністру або заступнику міністра. Але це не стосується конфіденційних питань безпосередньо самої процедури банкрутства конкретного підприємства.

Суперінтенданти контролюють процес управління всім майном і вирішення всіх питань у сфері дії закону про банкрутство. Вони виконують ці обов'язки через: а) затвердження правил ліцензування довірчих осіб; б) надання останніми особистих порук як гарантії сумлінного виконання своїх обов'язків; в) видання директив (включаючи етичний кодекс) та інформаційних листів; г) втручання в судові або адміністративні питання; д) ведення і публікацію відповідних документів.

Витрати Суперінтенданта частково відшкодовуються за рахунок коштів, які виплачують довірчі особи кредиторам.

Офіційні ліквідатори. Присутні у законодавстві, яке регулює загальні норми забезпечення комерційних угод. Призначаються в ситуаціях, коли не погашаються боргові зобов'язання, як гарантія для кредиторів. Офіційним ліквідаторам передається під управління заставне майно, і вони приймають рішення або про введення довірчого управління, або про ліквідацію на користь держателів застави. Ліквідатори можуть бути практикуючими

спеціалістами, які наймаються кредиторами для розпорядження заставним майном. У процедурі банкрутства у більшості випадків вони одержують статус довірчої особи.

Росія²³

Інститут арбітражних керуючих в Росії пройшов декілька етапів свого формування. У діючому Законі «Про неспроможність (банкрутство)» він одержав найбільш повний правовий опис. Побудова інституту арбітражних керуючих максимально наближена до формату, який історично склався у розвинутих країнах.

Арбітражним керуючим може бути особа, яка:

- є громадянином Російської Федерації;
- зареєстрована як індивідуальний підприємець;
- має вищу освіту;
- має стаж керівної роботи щонайменше 2 роки;
- пройшов щонайменше шестимісячне стажування в якості помічника арбітражного керуючого;
- не має судимості за злочини;
- є членом саморегулюючої організації;
- не є зацікавленою особою відносно кредиторів і боржника;
- має договір страхування професійної відповідальності на строк не менше 1 року зі страховою сумою 3 млн. рублів на рік.

Для процедури фінансового оздоровлення підприємства-боржника використовується фігура адміністративного керуючого. Його права:

- вимагати від керівництва боржника інформацію про стан справ;
- брати участь в інвентаризації майна;
- узгоджувати угоди і рішення боржника, а у випадку суперечностей – вимагати від арбітражного суду їх невизнання;
- звертатися до суду з вимогою відсторонити керівництво підприємства-боржника.

До обов'язків адміністративного керуючого відносяться:

- ведення реєстру кредиторів;
- скликання зборів кредиторів;
- контроль за ходом виконання плану оздоровлення і графіку погашення заборгованості.

²³ Інститут банкрутства: становление, проблемы, направление реформирования. – М.:ИЭПП, 2005, 180-198

Законодавство передбачає потужну систему професійного і державного контролю за діяльністю арбітражних керуючих.

Закон вперше в Росії запровадив інститут саморегулюючих організацій з наступними функціями:

- контроль за дотриманням законодавства членами організації;
- захист прав і законних інтересів його членів;
- забезпечення інформаційної відкритості його членів, процедур банкрутства;
- сприяння росту професійної підготовки членів організації;
- ведення реєстру арбітражних керуючих;
- підтримка компенсаційного фонду для фінансового забезпечення професійної відповідальності його членів.

Конструкція інституту арбітражних керуючих забезпечує потужні канали впливу саморегулюючих організацій на їхню діяльність. Існує, свого роду, багатоступінчата система допуску до діяльності. Арбітражний керуючий: а) повинен бути членом і включеним до реєстру саморегулюючої організації; б) мати договір страхування професійної відповідальності, яка є неодмінним атрибутом саморегулюючої організації; в) призначається судом на конкретне підприємство згідно переліку кандидатів, який надається саморегулюючою організацією; г) відсторонюється від діяльності за рішенням саморегулюючої організації. Організація приймає стандарти та етичні вимоги щодо діяльності арбітражних керуючих.

У законі досить детально визначені умови страхування професійної відповідальності арбітражних керуючих. Компенсаційний фонд або майно взаємного страхування формується із внесків членів саморегулюючої організації. За обсягом він повинен бути не меншим 50 тис. руб. на рік у розрахунку на одного члена організації.

Контроль з боку держави у сфері діяльності арбітражних керуючих здійснює Федеральна служба державної реєстрації, кадастру і картографії. Контроль здійснюється у двох напрямках: з одного боку, за діяльністю саморегулюючих організацій, з іншого боку, за роботою самих арбітражних керуючих.

Служба веде реєстр саморегулюючих організацій і має право приймати рішення про включення або виключення саморегулюючої організації з цього реєстру. Відносно арбітражних керуючих Служба має право ініціювати адміністративні справи у суді з правопорушень, які були ними допущені.

Висновки

Аналіз досвіду розвинутих країн, які мають тривалу історію використання фігури конкурсного керуючого, і Росії, де арбітражний керуючий є новацією, дозволяє визначити основні параметри інституту конкурсного керуючого:

- зважаючи на місце і роль у процесі вирішення проблеми неспроможності підприємства, конкурсний керуючий має статус, який містить у собі конфлікт інтересів – з одного боку, він є суб'єктом, який здійснює незалежну професійну діяльність, з іншого боку, він є фігурою у конкурсних процедурах як представник чужого інтересу;
- відповідно система регулювання діяльності конкурсного керуючого складається із двох механізмів: як суб'єкта, який здійснює незалежну професійну діяльність (професійний контроль) і як фігури у конкурсних процедурах (системний державний контроль в тих або інших формах);
- в зв'язку з цим, у всіх країнах регулювання діяльності конкурсних керуючих включає наступні складові:
 - a. доступ до діяльності;
 - b. системний контроль з боку держави;
 - c. системний професійний контроль;
 - d. адміністративна і кримінальна відповідальність;
 - e. особиста матеріальна відповідальність за професійні ризики;
- у статусі російського арбітражного керуючого конфлікт інтересів ще більше поглиблений – з одного боку, він виступає індивідуальним підприємцем, діяльність якого спрямована на збільшення власного прибутку, з іншого боку, є фігурою конкурсного процесу, тобто повинний притримуватися балансу інтересів.

Рекомендації для України

Реальна практика показує, що в Україні система регулювання діяльності арбітражних керуючих малоефективна. Причина полягає як у недоліках законодавчого забезпечення, так і в тому, що навіть передбачені Законом вимоги до сих пір не впроваджені у практику.

В українському законодавстві:

- закладений у статус арбітражного керуючого поглиблений конфлікт інтересів – він здійснює свою професійну діяльність як підприємець-фізична особа;
- система оплати порушує баланс інтересів на користь кредиторів;

- умови доступу до діяльності формальні і не виконують функції ефективних «фільтрів» для відбору претендентів;
- не передбачено існування саморегулюючих організацій, які повинні забезпечувати професійний контроль;
- відсутній системний контроль з боку держави²⁴.

Зробимо спробу на основі співставлення світового досвіду з українською практикою сформулювати основні напрямки удосконалення інституту арбітражних керуючих. Головна ціль рекомендацій – обґрунтувати підходи, які будуть сприяти збільшенню професійного рівня і створять ефективні засоби протидії можливій несумлінній поведінці арбітражних керуючих:

1) Для зменшення глибини конфлікту, який закладений у статусі арбітражного керуючого, необхідно розглянути питання про зміну організаційно-правової форми організації його діяльності. Більш відповідною формою у порівнянні з підприємцем-фізичною особою, на наш погляд є «суб'єкт незалежної професійної діяльності», яка передбачена для юристів, аудиторів тощо.

2) Систему регулювання діяльності арбітражних керуючих необхідно побудувати з огляду на статус суб'єкта незалежної професійної діяльності, яка передбачена в Україні, наприклад, для нотаріусів. Така побудова системи регулювання більш адекватна світовим вимогам. Причому основна увага при побудові системи повинна бути спрямована на створення ефективних механізмів запобігання негативних моментів, які визначилися у діяльності арбітражних керуючих саме в Україні.

3) Необхідно збільшити ефективність «фільтрів», які повинні забезпечувати допуск до діяльності високопрофесійних спеціалістів, що мають високі моральні та етичні якості:

- вимоги до особи необхідно доповнити наявністю у претендентів досвіду підприємницької і керівної діяльності;
- доцільно, щоб претендент мав право на одержання ліцензії тільки після проходження стажування або практики роботи помічником арбітражного керуючого;
- вимагає перегляду програма навчання, потрібно створити систему неупередженої оцінки знань;
- претендент повинен бути членом саморегулюючої організації, тобто мати за своєю спиною структуру, яка несе за нього додаткову відповідальність;

²⁴ За даними Державного департаменту з питань банкрутства, станом на 01.08.2010 р. було проведено 80 перевірок дотримання арбітражними керуючими ліцензійних умов, що складає біля 3% їх загальної кількості

- претендент має бути спроможним самостійно нести відповідальність за ризики професійної діяльності, тобто його професійна відповідальність повинна бути застрахованою.

4) Як показав світовий досвід, систему контролю діяльності арбітражних керуючих слід будувати як «багатоканальну» систему:

- Основна – це системний державний контроль за діяльністю окремих арбітражних керуючих і їх саморегулюючих організацій. Контроль повинен здійснюватися спеціалізованими державними структурами у сфері неплатоспроможності (спеціальний орган з питань банкрутства, структура арбітражного суду, профільний прокурорський нагляд тощо).
- Додаткова – це професійний контроль через саморегулюючі організації. Саморегулюючі організації набудуть дієздатності, якщо законодавство чітко визначить їх роль і функції у конкурсному процесі. Наприклад, членство в саморегулюючій організації як умова допуску до діяльності арбітражного керуючого, відбір кандидатур на посади арбітражних керуючих, що призначаються судом, із переліку кандидатів, рекомендованих нею тощо.
- Як і у світовій практиці, спеціальний орган державного управління з питань банкрутства повинен бути наділений наступними функціями: створення, сприяння розвитку та контроль над діяльністю саморегулюючих організацій арбітражних керуючих.
- Публічний контроль – необхідно ввести елементи гласності в рамках вимог конфіденційності для діяльності арбітражних керуючих. На цей час сфера неплатоспроможності закрыта для публічного контролю.

5) Особливої уваги потребує збереження балансу двоїстих інтересів, які закладені у статус арбітражного керуючого. У розвинутих країнах надають перевагу незалежним джерелам оплати послуг конкурсних керуючих. В Україні слід ліквідувати надлишкову залежність в оплаті послуг арбітражних керуючих від комітету кредиторів.

6) Необхідно створити дієздатну систему відповідальності арбітражних керуючих за результати своєї діяльності:

- а) адміністративна і кримінальна відповідальність за результатами контролю з боку держави;
- б) відповідальність перед саморегулюючою організацією (можливість втрати членства);
- в) особиста матеріальна відповідальність за професійні ризики (страхування).

8. Рекомендації: підходи до побудови інституційної системи регулювання сфери неплатоспроможності суб'єктів підприємництва

Система державного регулювання сфери неспроможності підприємств, як особливий напрямок державної регуляторної політики, вимагає спеціалізованої інституційної системи. Вони створені у багатьох розвинутих країнах.

Україна декілька разів перебудовувала інституційну систему підтримки регуляторних функцій держави у сфері неплатоспроможності. Але вона до сих пір залишається малопотужною і не забезпечує необхідної бази для ефективного виконання державною регуляторних функцій.

У світі існує різноманіття моделей побудови інституційної системи для виконання державою регуляторних функцій. Кожна країна будує модель, виходячи з конкретних обставин здійснення регуляторних функцій, існуючої системи державного управління і адміністративних традицій.

Аналіз світової практики є необхідним для визначення загальних принципів організації таких спеціалізованих інституційних систем, зокрема:

- залежності побудови інституційних систем від поставлених цілей;
- інших факторів, які впливають на організацію інституційної системи;
- переліку функцій, які виконують спеціалізовані органи управління;
- оптимальної дислокації спеціалізованих функцій.

Світовий досвід²⁵

Узагальнюючи практику розвинутих країн, можна скласти перелік найбільш розповсюджених функцій, які виконують органи державного управління у сфері неплатоспроможності підприємств. Їх умовно можна розділити на чотири групи (табл. 8.1):

1) Державна політика: аналіз практики та підготовка пропозицій з удосконалення державної політики і законодавства; методична і консультативна допомога.

2) Відносно неспроможних підприємств: ведення реєстру підприємств-банкрутів; пред'явлення обов'язкових для виконання вимог щодо проведення

²⁵ <http://www.birzhaplus.ru/fin/?44916>;
http://www.securities.org.ua/securities_paper/review.php?id=524&pub=3666

аудиторської перевірки та оцінки майна; запобігання несумлінним діям; виявлення фіктивного банкрутства; виявлення неправомірних дій керівників підприємств, разом з направленням до суду клопотання про їх дискваліфікацію.

3) Відносно процедур: право на заяву про визнання боржника неспроможним; експертиза справ; забезпечення реалізації процедури банкрутства у разі недостатності коштів підприємства для оплати процесуальних витрат; захист інтересів великих груп дрібних кредиторів; забезпечення виплат заробітної плати та вихідної допомоги при недостатності конкурсної маси.

4) Відносно спеціалістів: організація системи підготовки; проведення ліцензування; контроль над діяльністю; розробка і контроль дотримання шкали та правил винагороди арбітражних і конкурсних керуючих.

В розвинутих країнах функціонування спеціальних державних органів виконавчої влади з питань неспроможності підприємств здійснюється на схожих засадах, але їхня побудова, повноваження і конкретний склад функцій в різних країнах мають свою специфіку. В одних країнах – це автономна спеціалізована система, призначена обслуговувати державні функції у сфері неспроможності підприємств. В інших країнах не дотримуються такої спеціалізації – державні функції у сфері неплатоспроможності розподіляються поміж відповідними органами державного управління і виконуються поряд з іншими функціями.

У більшості випадків така диференціація у моделях побудови інституційної системи є наслідком вибору концепту – або країни розглядають проблеми неспроможності підприємств лише як один із випадків, який може регулюватися загальним комерційним, адміністративним і кримінальним правом, або визнають проблему вирішення неспроможності підприємств одним із важливих факторів забезпечення стійкості розвитку національної економіки.

Найбільш яскравими прикладами побудови системи державного регулювання сфери неспроможності підприємств *за відсутності спеціалізованої інституційної системи* є досвід Італії та Франції.

Таблиця 8.1

**Функції та повноваження Державних органів з питань банкрутства
в різних країнах²⁶**

Функції та повноваження Державного органу з питань банкрутства	Велико-британія	США	Швеція	Росія
1. Державна політика				
Державний контроль над виконанням законодавства	+	+	+	+
Розробка законодавства і право законодавчої ініціативи		+	+	
Розробка рекомендацій уряду стосовно державної політики	+	+	+	
Надання роз'яснень з питань застосування законодавства	+		+	+
Аналіз і надання уряду статистичної інформації у справах про неспроможність	+		+	
Збір і аналіз результатів виконання конкретних рішень у справах про банкрутство і розробка рекомендацій уряду, судам і спеціалістам з банкрутства	+	+	+	
Консультавання державних службовців, суддів, юристів і спеціалістів з банкрутства	+	+	+	
2. Відносно неплатоспроможних підприємств				
Одержання інформації про неблагополучні у фінансовому відношенні	+			+

²⁶ <http://www.birzhaplus.ru/fin/?44916>

підприємства, в тому числі з правом вільного доступу на такі підприємства				
Організація проведення експертизи фінансового становища підприємств, де держава має у статутному капіталі частку вище 25%				
Пред'явлення обов'язкових до виконання вимог про проведення аудиторської перевірки боржника, а також про проведення оцінки вартості його активів	+		+	+
Ведення реєстру юридичних осіб, які підлягають обліку у відповідності з законодавством про банкрутство	+	+	+	+
Запобігання неправомірним діям при банкрутстві, вияв ознак навмисного і фіктивного банкрутства	+	+	+	+
Виявлення навмисних дій керівників (менеджерів) діючих підприємств	+	+	+	
Підготовка висновків про наявність ознак прихованого, фіктивного банкрутства або доведення до банкрутства підприємств, де держава має у статутному капіталі частку вище 25%				
Пред'явлення менеджеру боржника вимог про усунення порушень законодавства про банкрутство	+	+	+	+
Направлення до суду клопотання про дискваліфікацію менеджера боржника	+	+	+	+
3. Відносно процедур				
Звернення до суду з заявою про визнання боржника неспроможним (банкрутом) у випадках, передбачених законом	+	+		+

Експертиза справ про банкрутство (неспроможність)	+	+	+	+
Забезпечення реалізації процедури банкрутства підприємств, у яких відсутні кошти для здійснення ліквідаційних процедур (відсутнього боржника)	+		+	+
Захист інтересів великих груп малих кредиторів при здійсненні процедур банкрутства	+	+	+	
Забезпечення виплати заборгованості з зарплати та вихідної допомоги працівникам у випадку неспроможності та нестачі конкурсної маси			+	
4. Відносно спеціалістів				
Організація системи підготовки спеціалістів з банкрутства	+			+
Затвердження вимог до осіб, які здійснюють професійну діяльність у сфері антикризового управління	+	+	+	+
Організація контролю діяльності арбітражних і конкурсних керуючих	+	+	+	
Ліцензування діяльності спеціалістів з банкрутства в особі арбітражних керуючих	+		+	+
Контроль над дотриманням професійних та етичних стандартів діяльності спеціалістів з банкрутства	+	+	+	
Розробка і контроль над дотриманням шкали та правил винагороди арбітражних і конкурсних керуючих	+	+	+	

Італія

Загальний характер системи державного регулювання у сфері неспроможності підприємств визначається в Італії спеціальним законом про банкрутство. Відсутність спеціальних органів виконавчої влади, які б виконували певні функції у цій сфері, виходить з принципів, на яких вибудовується правове регулювання діяльності суб'єктів підприємництва в цій країні.

По-перше, історично в Італії справи про неспроможність підприємств є одним із різновидів справ про невиконання договірних відносин. Тому система державного регулювання в цій частині діяльності суб'єктів підприємництва у значному ступені регулюється загальним комерційним (договірним) і адміністративним правом, а також загальними вимогами до здійснення судового провадження.

По-друге, у практиці Італії, як і більшості інших розвинутих країн, вирішення проблем неспроможності здійснюється переважно на добровільних засадах у позасудовому порядку. Лише за необхідності застосування примусу, або при недосягненні учасниками згоди справи про неспроможність підприємств вирішуються у суді.

Цим визначається і специфічна роль держави у провадженні справ про неспроможність підприємств. У практиці цієї країни в ролі державного прокурора виступає магістрат. Державні органи виконавчої влади ані прямо, ані опосередковано не пов'язані з цим органом.

Державні виконавчі органи у процедурах вирішення проблеми неспроможності підприємств залучаються в якості:

суб'єктів, якщо вони є представниками держави як одного із кредиторів (наприклад, у питаннях заборгованості з податкових платежів);

членів комітету кредиторів, якщо вони виконують роль консультативного органу;

органу узгодження в тих випадках, коли арбітражний управляючий бажає оголосити про продовження комерційної діяльності неспроможного боржника.

Франція

Процедура неспроможності компаній у Франції здійснюється без участі спеціального органу державного управління. Органи виконавчої влади переймаються проблемами підприємств тільки з точки зору запобігання наступу неспроможності. Участь державних і місцевих органів виконавчої влади здійснюється у вигляді фінансової або податкової допомоги.

Певними повноваженнями у процедурі банкрутства наділена Прокуратура. Проте вона не є спеціальним органом виконавчої влади, який займається питаннями банкрутства. Прокурор може передати справу про неспроможність боржника з належним обґрунтуванням до суду. Він має право одержувати інформацію про всі процедури банкрутства.

У Прокурора є право голосу відносно періоду спостереження, яке він може реалізувати наступними шляхами:

- запит про його продовження;
- запит про заміну загального режиму спеціальним спрощеним режимом, який зазвичай застосовується до дрібних підприємств;
- запит про зміну функцій керуючого;
- ексклюзивний висновок або припинення договору наймання, управління або операційної оренди.

Прокурор має право направляти запити щодо призначення спеціального конкурсного керуючого, заміни ряду осіб, які приймають участь у процедурі банкрутства (конкурсного керуючого, експертів, представника кредиторів, уповноваженого зі здійснення плану, ліквідатора).

Певні повноваження має Прокурор і щодо процедур: направлення запитів щодо припинення діяльності або судової ліквідації підприємства, відміни плану реструктуризації.

Він має право здійснювати апеляційні процедури, втручатися у процеси застосування санкцій та притягнення до відповідальності, проводити нагляд та вимагати виправлення порушень.

Прокурор володіє значними повноваженнями щодо порушення судових позовів відносно керівників підприємств, може вимагати погашення заборгованості, а також проведення реструктуризації, банкрутства або інших заходів. Він може передати справу у кримінальний суд.

Однак все ж більшість розвинутих країн надає перевагу *створенню для регулювання проблем неспроможності підприємств спеціальної інституційної системи*. Ці органи виконавчої влади, як правило, мають досить високий статус, який дозволяє їм реально впливати на всі процедури і їхніх учасників.

Великобританія

У Великобританії роль органу з питань банкрутства виконує Служба неспроможності, яка входить до системи Міністерства торгівлі та промисловості. Це досить велика структура. В її складі налічується до 1800 працівників.

Функціями Служби неспроможності є:

- ліцензування спеціалістів, контроль над їхньою діяльністю;
- здійснення функцій конкурсного керуючого у випадках нестачі активів підприємства-банкрута для оплати праці конкурсного керуючого з числа незалежних спеціалістів;
- виявлення імовірних причин банкрутства боржника і понесення ним збитків;
- виявлення причин неповідомлення про банкрутство директорами підприємства-боржника, як тільки стало зрозуміло, що спасіння бізнесу неможливе;
- перевірка документації компаній у випадках одержання скарг від клієнтів, партнерів або громадськості;
- доручення неблагополучним компаніям пройти аудиторську перевірку і призначення відповідних аудиторів за рахунок компанії;
- наполягання на ліквідації підприємств у випадку, якщо Служба неспроможності прийшла до висновку, що це відповідає інтересам суспільства (такі випадки складають близько 1% всіх банкрутств в країні);
- порушення справи про судове переслідування боржника.

США²⁷

З 1934 р. у США роль державного органу з неспроможності стала виконувати Комісія з цінних паперів і бірж (КЦПБ) при уряді США. У реформованому в 1978 р. американському Законі про банкрутство передбачається три групи головних функції КЦПБ:

виступати у суді і бути заслуханим з усіх питань щодо справ про банкрутство, зокрема, з приводу призначення конкурсного керуючого, призначення комісій кредиторів і акціонерів, рівня оплати праці конкурсних керуючих, використання, продажу і оренди власності;

контролювати і забезпечувати адекватність заяв підприємств-боржників про своє фінансове становище і наявність активів;

заперечувати утвердження судом плану реорганізації з мотивів зловживання з боку боржника.

У ряді випадків КЦПБ оскаржує умови продажу діючих неплатоспроможних підприємств, наполягаючи і домагаючись інших умов.

²⁷ <http://www.duma.gov.ru/sobstven/analysis/bankruptcy/120404usa.htm>

У 1983 р. на додаток до КЦПБ виник інститут Федеральних Керуючих. Як вже зазначалося у попередньому розділі, його члени відносяться до спеціального органу виконавчої влади – Виконавчого бюро федеральних керуючих. Бюро входить до складу Міністерства юстиції.

Бюро виступає в якості «наглядача» за процедурою банкрутства і покликане забезпечувати цілісну федеральну систему банкрутства з боку Генерального прокурора США.

Завданням федеральних керуючих є контроль над діяльністю та оплатою праці приватних конкурсних керуючих, а також запобігання шахрайству, нечесності та порушенню законності при здійсненні процедур банкрутства.

Ще раз нагадаємо функції федеральних керуючих:

- основна – здійснення нагляду за ходом ліквідації, реорганізації та іншими процедурами;
- відповідальність за призначення і здійснення нагляду за діяльністю приватних керуючих конкурсної маси (приватних працівників, які управляють конкурсною масою боржника);
- забезпечення дотримання законодавства про банкрутство, запобігання обману і зловживанням;
- передача справ в органи слідства і кримінального переслідування;
- забезпечення своєчасності та професійності управління конкурсною масою майна і відстеження обґрунтованості професійних гонорарів;
- призначення комітетів кредиторів і скликання їхніх зборів в процедурах реорганізації підприємства.

Канада

В Канаді існує спеціалізований державний орган у справах про банкрутство, підвідомчий Уряду країни – «Інститут суперінтендантів з неспроможності». В компетенцію цього органу входять:

- законодавча ініціатива з питань неспроможності;
- узагальнення досвіду і практики банкрутств в країні;
- розробка і контроль за дотриманням єдиного професійного стандарту арбітражних і конкурсних керуючих;
- ліцензування, контроль над діяльністю і відкликання ліцензій у спеціалістів з банкрутства;
- порушення справ про банкрутство у судах.

Швеція

Державний орган з банкрутства Швеції знаходиться в єдиній системі з податковою службою та органами судового виконання і перебуває у спільній компетенції Міністерства фінансів і Міністерства юстиції. Цей орган має відділення по всій країні. Він здійснює контроль і регулювання проведення процедур неспроможності. Його повноваження включають:

- розробку і контроль здійснення державної політики в області банкрутств;
- консультування судів, які займаються процедурами неспроможності;
- підготовку, ліцензування, консультування конкурсних керуючих;
- здійснення функцій конкурсних керуючих у випадку банкрутства малих підприємств;
- консультування кредиторів при здійсненні процедур банкрутства;
- контроль рівня оплати праці конкурсних керуючих, доплату за послуги цих спеціалістів у випадку нестачі ресурсів у підприємства-боржника;
- контроль за дотриманням інтересів забезпечених кредиторів;
- здійснення публікації про визнання підприємства банкрутом.

Росія

Практика Росії включає початковий етап, коли для підсилення системи державного регулювання сфери неплатоспроможності суб'єктів підприємництва був створений спеціальний орган державного управління, який декілька разів реорганізовувався. З вересня 1993 р. в Росії діяло Федеральне управління у справах про неспроможність (банкрутство) при Держмайні РФ. У березні 1997 р. на заміну Управлінню була створена Федеральна служба Росії у справах про неспроможність і фінансове оздоровлення, яка в червні 1999 р. була перетворена у Федеральну службу Росії з фінансового оздоровлення і банкрутства.

Пошук оптимального варіанту побудови спеціального органу затягся, і в подальшому Росія пішла іншим шляхом. У березні 1999 р. Федеральна служба Росії з фінансового оздоровлення і банкрутства була ліквідована.

Інституційна система державного регулювання у сфері неспроможності потому забезпечувалася наступним шляхом:

по-перше, введенням в дію нового Закону «Про неспроможність (банкрутство)», в якому детально описувалися всі процедури, права, функції та повноваження всіх суб'єктів – учасників процесу;

по-друге, розподілом функцій спеціального органу поміж відповідними державними органами, статус і ресурси яких забезпечують більш ефективно їх виконання;

по-третє, удосконаленням інституту арбітражних керуючих з більш високим ступенем регламентації поведінки, відповідальності за результати дій та контролю з боку держави.

Спеціальні повноваження регулюючого органу у сфері неспроможності та фінансового оздоровлення зараз виконує Департамент корпоративного управління, який є структурним підрозділом Міністерства економічного розвитку РФ. Основними його повноваженнями є організація роботи з: розробки державної політики та нормативно-правового забезпечення, в тому числі правил і порядку діяльності саморегулюючих організацій; професійної підготовки та діяльності арбітражних керуючих; проведення фінансового аналізу, перевірки прихованого або фіктивного банкрутства; ведення реєстру підприємств-банкрутів тощо.

Департамент здійснює аналогічні функції щодо сфер оціночної діяльності, державної кадастрової оцінки земель, земельних відносин, державної статистичної діяльності.

З 2005 р. повноваження органу контролю виконує Федеральна служба державної реєстрації, кадастру і картографії. Служба здійснює ревізію діяльності саморегулюючих організацій арбітражних керуючих. Вона має право ініціювати адміністративні справи у суді щодо правопорушень арбітражних керуючих.

Висновки

В зв'язку з тим, що дослідження здійснюється на основі експрес-аналізу, то автори змушені були використовувати лише загальнодоступну інформацію, яка не охоплює повної картини побудови спеціальних інституційних систем в різних країнах. Але навіть ці фрагменти дають можливість визначити підходи, які слід використовувати Україні:

- Вибір між створенням спеціального органу управління з високими повноваженнями та відмовою від побудови спеціальної системи управління для сфери неспроможності залежить від обраного країнами концепту організації системи регулювання у сфері неплатоспроможності та побудови загальнодержавної регуляторної системи.
- Сильний спеціалізований орган створюється в тих країнах, де суспільство прагне посилити вплив держави на регулювання сфери неспроможності. До того ж спеціалізація завжди слугує додатковим фактором якості виконання державних регуляторних функцій.

- Державні функції у сфері неспроможності складають три основні групи:
 - а) формування державної політики та законодавства;
 - б) реалізація державної політики (необхідна підтримка процесів);
 - в) здійснення системного контролю.

Для запобігання конфлікту інтересів ці групи функцій, як правило, інституційним чином розділяються.

- Конкретна дислокація функцій має значні відмінності в різних країнах. Так, вони всі можуть концентруватися у спеціальних органах з питань банкрутства. Однак можуть і розподілятися між спеціальним органом та профільними державними відомствами. В окремих країнах спеціалізований орган загалом відсутній, і функції розподіляються тільки між профільними відомствами. Вибір моделі диктується завданням забезпечення необхідних інституційних умов для ефективного здійснення державою своїх регуляторних функцій.

Рекомендації для України

Закон «Про відновлення неплатоспроможності боржника або визнання його банкрутом» визначив тип інституційної системи для підтримки регуляторних функцій у сфері неплатоспроможності. Статус і склад функцій спеціального органу державного управління з питань банкрутства розрахований на створення економічних і організаційних умов для реалізації державної політики із запобігання і подолання неплатоспроможності.

Починаючи з 2006 р., функцію спеціального органу державного управління з питань банкрутства виконує Державний департамент з питань банкрутства при Міністерстві економіки України.

Практика останніх років показала, що існуюча інституційна система не створює необхідної підтримки для реалізації регуляторних функцій держави у сфері неплатоспроможності. Вона не забезпечує системності і повноти виконання функцій, які складають зміст державної регуляторної політики.

Таблиця 8.2

Зміна статусу і функцій державного органу з питань банкрутства в Україні

Назва органу	Строк існування	Статус	Участь у виконанні функцій у сфері відновлення неплатоспроможності і банкрутства
Агентство з питань банкрутства	17.06.1996 15.12.1999	Центральний орган виконавчої влади	<i>Державна політика:</i> формування державної політики та контроль за дотриманням законодавства. <i>Відносно підприємств:</i> ведення реєстру підприємств-банкрутів; відносно неплатоспроможних підприємств державної власності: моніторинг, ведення реєстру, управління майном, проведення санації та реструктуризації. <i>Відносно процедур:</i> участь при відсутності боржника. <i>Відносно спеціалістів:</i> організація навчання.
Агентство з питань банкрутства	15.12.1999 24.09.2005	Госпрозрахункова державна установа при Міністерстві економіки України	<i>Державна політика:</i> функція Міністерства економіки. <i>Відносно підприємств:</i> ведення реєстру підприємств-банкрутів; у відношенні до підприємств, в статутному капіталі яких державна частка складає більше 25%: проведення експертизи фінансового становища, підготовка пропозицій та висновків щодо наявності ознак фіктивного банкрутства, проведення досудової санації, а також продажу майна. <i>Відносно процедур:</i> розширена участь. <i>Відносно спеціалістів:</i> організація навчання і оцінка відповідності їхньої діяльності вимогам законодавства.
Державний департамент з питань банкрутства	25.03.2006	Урядовий орган державного управління у складі Міністерства економіки України	<i>Державна політика:</i> функція Міністерства економіки. <i>Відносно підприємств:</i> ведення реєстру підприємств-банкрутів; у відношенні до підприємств, в статутному капіталі яких частка держави складає більш 25%: аналіз фінансового становища підприємства-боржника, підготовка висновків щодо наявності ознак фіктивного банкрутства тільки на запит суду. <i>Відносно процедур:</i> участь при відсутності боржника. <i>Відносно спеціалістів:</i> організація навчання, ліцензування і оцінка відповідності їхньої діяльності вимогам законодавства.

Використовуючи результати аналізу світового досвіду, визначимо підходи до побудови інституційної підтримки функцій держави у сфері неплатоспроможності, які враховують конкретну ситуацію в Україні:

1) При загальній слабкості держави, нерозвинутій законодавчій базі та масовій неплатоспроможності суб'єктів підприємництва наявність спеціальної інституційної системи для України є необхідною умовою забезпечення ефективності виконання державою регуляторних функцій у сфері неплатоспроможності. Спеціальна інституційна система в українських умовах збільшує можливості для досягнення системності та повноти виконання функцій, які складають зміст регуляторної політики держави.

2) Вибір формату інституційної системи не має створювати конфлікт інтересів. Практика України доводить, що при сполученні конфліктних функцій в одному органі їх неможливо контролювати, а в діяльності самого органу гору беруть побічні інтереси (відомчі, політичні, корупційні тощо). Інституційним чином розділеними повинні бути спеціалізовані функції: формування державної політики – реалізація державної політики – контрольні функції.

3) Недоцільно створювати аналоги попередніх автономних Агентств, оскільки, як показала історія України, і не тільки у сфері банкрутства, вони є нежиттєздатними. Основна причина ліквідації більшості з них – це їхній невисокий статус і обмежені ресурси (фінансові та адміністративні), якими вони можуть розпоряджатися. Набагато раціональніше оптимально використати той потенціал, який закладений в існуючій інституційній схемі «Міністерство економіки України – Державний департамент з питань банкрутства».

Схема «центрального органу виконавчої влади – структура при ньому, яка виконує роль спеціалізованого органу державного управління з питань банкрутства» є типовою для більшості розвинутих країн. В цій схемі, з одного боку, забезпечується розведення конфліктних функцій (формування і реалізація державної політики), з іншого боку, виникає основа для досягнення єдності державної політики та практики її реалізації.

Є надія, що на відміну від попередніх етапів історії України, в сучасних умовах вдасться оптимально використати адміністративну схему «Міністерство економіки – Державний департамент з питань банкрутства». Певний оптимізм надає досягнення нової владної команди у відновленні управлінської вертикалі та посиленні адміністративної дисципліни після п'яти років політичної дестабілізації та адміністративних війн.

4) Необхідно переглянути склад функцій Державного департаменту з питань банкрутства, який виконує роль спеціального органу, зокрема:

- вивільнити його від всіх непритаманних йому функцій (наприклад, управління підприємствами, які підвідомчі Міністерству економіки);
- зняти обмеження на виконання окремих функцій щодо області підприємств, у статутному капіталі яких частка держави перевищує 25% (наприклад, виявлення ознак фіктивного банкрутства, перевірка діяльності арбітражних керуючих тощо);
- передбачити поширення методологічного забезпечення і консультування проведення процедур виявлення ознак неспроможності і забезпечення досудового оздоровлення неплатоспроможних підприємств приватного сектору;
- збільшити роль у формуванні державної політики та оновленні законодавства (на основі узагальнення практики).

5) Проблемою, яка потребує ретельного додаткового дослідження, є вибір формату інституційного забезпечення специфічних функцій держави – виявлення (розслідування), запобігання і припинення несумлінної поведінки, фіктивного банкрутства (доведення до банкрутства). Ці види порушень є досить розповсюдженими у сфері неплатоспроможності суб'єктів підприємництва в Україні.

В адміністративній практиці України ці функції виконуються за п'ятьма схемами, серед них і слід обирати формат здійснення функцій для сфери неплатоспроможності:

- цільові функції Прокуратури та Служби Безпеки;
- цільовий судовий нагляд;
- в межах податкових органів, які є найбільш активними контролерами та ініціаторами стягнення податкової заборгованості через суди;
- квазіслідчі та квазісудові функції, які виконують органи державного управління із спеціальним статусом (аналог – Антимонопольний комітет України);
- в рамках загальних контрольних функцій органів державного управління (аналог – Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва).

Ці функції, як в інших країнах, можуть виконуватися на системній основі кількома органами. Можливе їх розподілення за двома головними напрямками: контроль за діяльністю арбітражних керуючих та запобігання фіктивному банкрутству.

9. Нове законодавство: види експертиз

На сьогодні в Україні не існує визнаного стандарту проведення експертизи законопроектів. В діяльності Верховної Ради та Міністерства юстиції України впроваджена практика проведення обов'язкової правової експертизи²⁸. У 2009 р. Кабінетом Міністрів України затверджена Методологія проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів²⁹, яка зараз відноситься до числа обов'язкових. Більшість міністерств при проведенні експертизи керуються методичними рекомендаціями, які схвалені ними для своєї області регулювання.

З середини 1990-х років з боку Президента та Верховної Ради України неодноразово ставилося завдання підготовки методики проведення кримінологічної експертизи, яка охоплює і економічні законопроекти. Це пов'язано з масовим розповсюдженням корупції і економічних зловживань. Але до сих пір рішення не прийнято, це питання поки що знаходиться на стадії обговорення.

Дискусії про необхідність створення загальних правил законопроекування і серед них – стандартів експертизи законопроектів, що готуються, ведуться в Україні давно. Найбільш повний і, з нашої точки зору, обґрунтований підхід викладений в Методичних рекомендаціях з підготовки та оформлення проектів законів (правила законопроекування), підготовлених Інститутом правової політики³⁰.

Проект Методичних рекомендацій пропонує стандарт обов'язкових експертиз з підготовки та оформлення законопроектів, який включає 7 видів експертиз. Серед них до Законопроекту про неплатоспроможність і банкрутство можна застосувати 5 видів, зокрема:

правова експертиза;

наукова експертиза;

антикорупційна експертиза;

кримінологічна експертиза – для проектів у сфері регулювання економіки, фінансово-банківської та страхової діяльності, кримінального та цивільного права, також з інших питань, в яких нормативне регулювання може вплинути на криміналізацію суспільства;

²⁸ Апарат Верховної Ради України. Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки (методичні рекомендації). Київ 2007; Методологічні рекомендації щодо проведення правової експертизи проектів нормативно-правових актів, схвалені постановою колегії міністерства Юстиції України від 21.11.2000 №41

²⁹ Методологія проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів, прийнята Постановою Кабінету Міністрів України від 8 грудня 2009 р. №1346

³⁰ Методичні рекомендації з підготовки та оформлення проектів законів (правила законопроекування)

громадська експертиза.

Для даного Законопроекту не є обов'язковим проведення фінансово-економічної експертизи (проекти, що потребують для реалізації фінансових і інших матеріальних витрат) і експертизи гендерної рівності.

Нижче викладаються підходи до виконання окремих видів експертиз:

до правової, наукової та громадської експертиз – на основі Методичних рекомендацій з підготовки та оформлення проектів законів (правила законопроекування), підготовлених Інститутом правової політики;

до антикорупційної експертизи – на базі Методології проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів, затвердженої Кабінетом Міністрів України;

до кримінологічної експертизи – на основі проектів відповідних законів, які були представлені у Верховну Раду України.

Оскільки в перелічених документах викладаються загальні підходи і, в основному, у контексті права, то автори даного звіту дозволили собі зробити деякі доповнення. За характером ці доповнення є тими вимогами, які, з нашої точки зору, повинні бути поставлені до Законопроекту, який призначений для регулювання сфери неплатоспроможності.

Україна зараз знаходиться на порозі нової хвилі ринкових реформ. І з огляду на це на перший план повинні вийти завдання тестування економічних законопроектів на відповідність вимогам ринкових реформ, тобто ліберальним стандартам, які визнані у світі, та завданням перебудови в цьому напрямі української економіки.

Правова експертиза

Цей вид експертизи є базовим для будь-якого законопроекту. Законопроект підлягає обов'язковій правовій експертизі незалежно від його виду, предмету правового регулювання, строків підготовки тощо. Практика правової експертизи одержала в Україні найбільший розвиток.

Правова експертиза – це оцінка фахівцями-юристами законопроекту на його відповідність Конституції та законодавству України, компетенції правотворчого органу (посадової особі), передбачення фінансування реалізації норм, що проектуються, забезпечення їх виконання організаційними заходами, санкціями, заохоченнями, а також додержання правил законопроекування.

Основною метою експертизи є забезпечення його відповідності Конституції України, узгодженості з іншими актами законодавства, відповідності міжнародним зобов'язанням України та положенням законодавства Європейського Союзу, запобігання виникнення колізій (усунення прогалін).

Для проведення правової експертизи на відповідність положень законопроекту основним правовим нормам ЄС:

- вивчається стан регулювання законодавством ЄС положень, що містяться у законопроекті, та порядок вирішення питань, що належать до сфери правового регулювання проекту;
- визначається ступінь відповідності положень законопроекту основним правовим нормам ЄС.

При проведенні експертизи Законопроекту про неплатоспроможність і банкрутство на відповідність основним правовим нормам ЄС пропонуємо особливу увагу приділити тестуванню на наявність чинників, які свідчать про недотримання основних ліберальних підходів (невідповідність завданням реформування):

- наносять шкоду цілям регулювання – незворотності повернення боргу;
- порушують гарантії прав власності;
- призводять до нерівності суб'єктів підприємництва на ринку (спотворюють ринкову конкуренцію);
- не додержують балансу інтересів;
- створюють додаткові бар'єри для підприємницької діяльності.

Наукова експертиза

Україна є країною з трансформаційною економікою, тобто для неї характерний процес поетапної перебудови економіки у ринковому напрямку. Враховуючи особливості України, можна констатувати, що цей процес у певному сенсі є новацією не тільки для України, але і для світової історії реалізації ліберальних реформ.

Трансформаційна за характером економіка ставить специфічні вимоги до нормативно-правової бази, яка визначає формат системи державного регулювання – він повинен бути адекватним тій стадії, на якій здійснюються реальні економічні перетворення. Попередній досвід показав, що неадекватна нормативно-правова база призводить до відчутних негативних наслідків у розвитку української економіки – розростанню масштабів тіньової економіки та масової корупції.

Через це тест на адекватність конкретному етапу реформування української економіки є обов'язковим видом експертизи будь-якого економічного законопроекту. Такий тест не вкладається у рамки правової експертизи. Він може бути проведений лише в рамках наукової експертизи.

Наукова експертиза – це діяльність відповідних органів, установ, спеціалізованих експертних організацій, окремих експертів та груп експертів,

що включає дослідження і оцінку наукового рівня, юридичних якостей проекту закону, відповідності його концепції визначеним Верховною Радою України засадам внутрішньої і зовнішньої політики, загальнодержавним програмам та спеціально встановленим вимогам (економічним, фінансовим, кримінологічним, національної безпеки, екологічним тощо).

Наукова експертиза проекту закону проводиться науково-дослідними, експертними та іншими спеціальними установами та організаціями, окремими науковцями, фахівцями, які мають визначену кваліфікацію та спеціальні знання у відповідній галузі права. До проведення експертизи можуть залучатися іноземні установи та підприємства, міжнародні організації, а також науковці та фахівці з інших держав.

Під час проведення експертизи встановлюється відповідність положень проекту міжнародним стандартам в сфері забезпечення прав людини, узгодженість із основними засадами внутрішньої та зовнішньої політики держави, загальнодержавними програмами, а також вивчається дотримання вимог щодо забезпечення національної, економічної, фінансової чи екологічної безпеки держави, доцільність та обґрунтованість прийняття акту тощо.

Стосовно Законопроекту про неплатоспроможність і банкрутство в рамках наукової експертизи пропонуємо провести додаткову перевірку норм на відповідність:

- цілям державного регулювання у сфері неплатоспроможності – забезпечення незворотності та повноти повернення боргу кредиторам у визначені строки (наприклад, при виборі способів забезпечення національної, економічної чи екологічної безпеки при банкрутстві певних видів підприємств);
- реальній ситуації, в якій буде здійснюватися регуляторна політика держави, що може призвести до хибності цілей та завдань, які ставить законопроект, а також до посилення негативних тенденцій у розвитку української економіки (наприклад, при слабкій інституційній системі управління об'єктами державної власності).

Громадська експертиза

Одним із важливих напрямків постсоціалістичної трансформації України є перетворення тоталітарного політичного режиму, який діяв в рамках СРСР, у демократичне суспільство. Невід'ємним елементом демократичного суспільства є створення умов для активної участі громадськості у прийнятті важливих для суспільства рішень. Цьому слугує механізм громадського обговорення. Громадська експертиза здійснюється з

метою вивчення громадської думки та отримання консультацій громадян щодо предмету правового регулювання, запропонованих шляхів розв'язання порушеної проблеми та обрання оптимального варіанту врегулювання порушених у законопроекті питань.

На сьогодні в Україні сформувався певний механізм громадського обговорення. На громадське обговорення виносяться законопроекти, які регулюють питання, що мають важливе суспільно-політичне чи соціально-економічне значення для розвитку регіону або окремої галузі економіки чи сфери діяльності держави, а також, якщо проект містить положення, що зачіпають права і свободи людини і громадянина, життєві інтереси широкого кола населення.

Для вирішення організаційних питань та забезпечення координації роботи, пов'язаної із забезпеченням обліку та опрацюванням зауважень і пропозицій, які надходять під час проведення громадського обговорення, їх подальшого врахування утворюється координаційний комітет.

Строк, протягом якого проводяться громадські слухання проекту, не може бути меншим ніж один місяць та більшим ніж три місяці.

Законопроект оприлюднюється у засобах масової інформації, у мережі Інтернет та доводиться до відома широких верств населення в інший спосіб.

Зауваження і пропозиції підлягають обов'язковому розгляду розробниками проекту. Аналіз отриманих пропозицій розміщується у засобах масової інформації, у мережі Інтернет та в інших джерелах, через які був доведений до відома громадськості відповідний законопроект.

Антикорупційна експертиза

Наявність масової корупції в Україні призводить до деформації регуляторної політики та реальної практики. Український досвід надає багато прикладів, коли прийняті закони під час застосування та заявлені ринкові реформи в ході їхньої реалізації призводять до протилежного результату.

Спроби впровадження антикорупційної експертизи законопроектів здійснюються в Україні давно. Офіційно обов'язковість антикорупційної експертизи законопроектів впроваджена лише з 2009 р.³¹

Нижче у табл. 9.1 згруповані корупційні чинники та їх ознаки, за якими повинна проводитися антикорупційна експертиза законопроектів згідно офіційної Методології.

³¹ Методологія проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів, прийнята Постановою Кабінету Міністрів України від 8 грудня 2009 р. №1346

Корупційні чинники та їх ознаки

Розширення дискреційних повноважень	Невизначеність строків прийняття рішень, відсутність умов та підстав для їх прийняття, дублювання функцій різних державних органів
Перевищення повноважень	Відсутність повноважень державного органу на прийняття акту чи встановлення правил поведінки за умови відсутності акту вищої юридичної сили з цього питання
Встановлення завищених вимог до фізичних та юридичних осіб	Невичерпний перелік документів, що вимагаються від фізичних та юридичних осіб, або відсутність підстав для відмови у реалізації такими особами своїх прав
Використання прав фізичних та юридичних осіб залежно від інтересів посадової чи службової особи державного органу	Відсутність чіткої процедури реалізації фізичними та юридичними особами своїх прав за наявності різних способів чи строків вчинення будь-якої дії в рамках встановленої адміністративної процедури
Вибіркова зміна обсягу прав фізичних і юридичних осіб	Встановлення винятків із загального правила поведінки для фізичних та юридичних осіб, яке залежить від вибору службової чи посадової особи державного органу
Надмірна свобода підзаконного нормотворення	Встановлення бланкетних ³² норм у разі відсутності врегульованих актом вищої юридичної сили основних правил поведінки
Незрозумілі лінгвістичні формулювання	Поняття і терміни, які тлумачаться неоднозначно, категорії оціночного характеру, що дають можливість для розширення дискреційних повноважень державного органу
Наявність прогалин у правовому регулюванні, правових колізій, декларативних положень	Відсутність норм, які регулюють певні суспільні відносини чи процедури, що надає можливість виконавцю ліквідувати таку прогалину в процесі правозастосування на власний розсуд
Відсутність чи неповнота адміністративних і конкурсних (аукціонних) процедур	Невизначеність порядку провадження державними органами, їх посадовими та службовими особами певних дій, а також відсутність одного із елементів такого порядку
Відсутність заборон та обмежень під час прийняття рішень державних органів, їх посадових та службових осіб	Відсутність превентивних положень, які визначають статус і повноваження посадових та службових осіб державних органів

³² Правова норма, яка надає право посадовим особам самостійно встановлювати норми поведінки або відсилає до інших нормативних актів

Хибні цілі та пріоритети	Об'єктивна недоцільність прийняття акта, надмірна складність механізму врегулювання суспільних відносин, а також невідповідність положень акта задекларованим цілям
Наявність дій, які можуть допускати або провокувати вчинення корупційних правопорушень	Наявність корупційного положення, яке сприяє виникненню корупційних правопорушень
Порушення балансу інтересів	Встановлення переваг для однієї групи суб'єктів правовідносин, що звужує чи обмежує права інших осіб і може свідчити про неправомірний інтерес під час підготовки та реалізації акта
Ухилення від установленої процедури	Використання можливостей щодо встановлення особливостей з метою ухилення від проведення загальної процедури, визначеної для відповідних суспільних відносин

Аналіз перелічених чинників демонструє, що основна увага приділяється тестуванню окремих норм на можливість корупційних дій посадової особи (службовця).

Проте велике значення для протидії корупції має сама побудова регуляторного процесу, безпосередніх процедур прийняття рішень. Антикорупційна побудова регуляторної системи та окремих процедур згідно світової практики передбачає наявність в них таких елементів як:

- публічність;
- гласність;
- прозорість;
- доступність інформації.

В зв'язку з цим, в якості обов'язкового компонента антикорупційної експертизи пропонуємо включити перевірку за цими вище переліченими параметрами.

Кримінологічна експертиза

У кримінології досить розповсюдженим є твердження про те, що будь-який повторно оприлюднений закон є прямим або побічним витокom нових порушень. Його якісна кримінологічна експертиза здатна виявити всі значущі у кримінології фактори або хоча би мінімізувати криміногенні наслідки його прийняття та дії.

В Україні досить розповсюдженими є кримінальні порушення у сфері економіки. Зокрема, у сфері неплатоспроможності мають місце специфічні кримінальні порушення, які пов'язані з несумлінною поведінкою, що

призводить до нанесення шкоди боржнику або кредиторам, а також з застосуванням фіктивного банкрутства (доведення до банкрутства) для досягнення корисливих цілей. Як показала практика, діючий Закон «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» не створює бар'єрів для розповсюдження цих видів порушень (наприклад, відсутність процедур їх виявлення і центрів «тривоги»).

В зв'язку з цим, кримінологічну експертизу слід розглядати як обов'язковий вид експертизи для нормативно-правових актів, що регулюють сферу неплатоспроможності суб'єктів підприємництва.

Кримінологічна експертиза³³ — це здійснювані на основі науково обґрунтованої методики з використанням кримінологічних знань дослідження та оцінка проектів законодавчих актів з метою виявлення і запобігання нормативному закріпленню положень, реалізація яких може посилювати дію причин та умов, що призводять до вчинення злочинів, або послаблювати соціальні засоби (заходи), спрямовані на усунення таких причин та умов.

Основними завданнями кримінологічної експертизи є:

об'єктивна і повна, згідно із замовленням, оцінка відповідності проекту, поданого на кримінологічну експертизу, сучасному рівню наукових кримінологічних знань щодо запобігання злочинності;

достатнє використання у процесі здійснення експертної оцінки проекту інформації про криміногенні та антикриміногенні чинники, які діють у сфері його регулювання;

прогнозування та оцінка можливих негативних наслідків реалізації положень проекту, у разі його прийняття, щодо посилення криміногенних або послаблення антикриміногенних чинників.

³³ Формулювання, яке застосовується у проектах законів про кримінологічну експертизу.