

УДК 342.98:343.83

С.В. ДЯЧЕНКО, старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Національного університету державної податкової служби України

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ АРБІТРАЖНОГО КЕРУЮЧОГО

Анотація. Про вдосконалення інституту банкрутства в контексті оптимізації підприємницької діяльності арбітражного керуючого.

Аннотация. О совершенствовании института банкротства в аспекте оптимизации предпринимательской деятельности арбитражного управляющего.

Summary. On improvement of insolvency institute in the aspect of optimization of business undertakings of arbitral manager.

Ключові слова: арбітражний керуючий, ліцензування, банкрутство, ліквідація.

Важливою і центральною фігурою процедури банкрутства є арбітражний керуючий [2, с.13-15]. Через нього відбувається реалізація зв'язку між боржником, кредиторами і господарським судом. Від дій арбітражного керуючого залежить подальша доля боржника.

Автор, виходячи зі свого багаторічного досвіду роботи в системі припинення юридичних осіб, вивчивши і узагальнивши правову базу та досвід роботи в цій сфері, висловлює своє бачення проблем у діяльності арбітражного керуючого, вносить практичні пропозиції щодо вдосконалення цієї діяльності.

Арбітражний керуючий – це фізична особа, яка призначається господарським судом для здійснення (проведення) процедур банкрутства та виступає в трьох якостях: розпорядника майна, керуючого санацією і ліквідатора. Закон установив особливі вимоги до кандидатури арбітражного керуючого. Насамперед, це повинна бути фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, що має спеціальні знання, має відповідну ліцензію і не є зацікавленою особою у відношенні боржника і кредиторів.

Призначення арбітражного керуючого здійснюється, в основному, за клопотанням кредитора чи комітету кредиторів. Варто погодитися з думкою А. Волкова, Т. Гурової і В. Титова, що інститут арбітражного керування – це цивілізований спосіб перерозподілу власності. Руками арбітражних керуючих, наділених значними повноваженнями, керують регіональні адміністрації, різноманітні фінансово-промислові групи і, звичайно, групи кредиторів [3, с.18-24].

І. Самошотом висловлювалося судження про те, що “арбітражний керуючий свою діяльність повинен здійснювати на підставі договору про надання послуг як суб'єкт підприємницької діяльності і в подальшому такий договір повинен бути затверджений господарським судом. На наш погляд, виходячи з багатолітньої особистої практики, ніякого договору тут не повинно бути. Є рішення суду і є розмір послуг, установлений законом. Договір у цій ситуації зайвий” [4, с. 81].

Оплата праці розглянутої особи встановлюється і виплачується в розмірі, установленому комітетом кредиторів. Вже на сьогоднішній день склалася ситуація, коли в кожного великого кредитора завжди є декілька “своїх кишенькових” арбітражних керуючих. Незважаючи на те, що кандидат на посаду арбітражного керуючого формально є незацікавленою особою, фактично він буде “керованим”, тому що реально представляє і діє від імені групи кредиторів.

Як показує практика, робота арбітражного керуючого вимагає великих транспортних витрат, витрат на оплату праці ряду фахівців: бухгалтерів, економістів, юристів. Усі

ці витрати оплачуються до закінчення справи про банкрутство чи можуть бути не відшкодовані взагалі. Сам розмір оплати праці арбітражного керуючого становить від двох мінімальних розмірів заробітної плати до середньої зарплати керівника боржника. Така сума ніяк не стикнується з можливостями, що надаються посадою арбітражного керуючого. Отже, фінансують арбітражного керуючого або боржник, або група кредиторів. Тобто хто платить, той і керує.

З іншого боку, закон не установив будь-яких вимог по кваліфікації арбітражних керуючих при призначенні їх на великі промислові об’єкти. Не маючи великого практичного досвіду на посадах суб’єктів господарювання, такий арбітражний керуючий легко стає “маріонеткою” у руках окремих осіб.

Так, на одному заводі керуючий санацією уклав договір з посередницькою фірмою. Відповідно до договору посередник брав на себе зобов’язання з реалізації продукції, що випускається заводом, і постачання сировини. Завод, який уклав такий договір, міг тільки створювати продукцію. Усі функції по зовнішньому ринку, природно, перейшли до посередника. Посередник почав оплачувати вартість продукції векселями з терміном погашення по закінченні процедури санації. Щоб виплатити працівникам заробітну плату, керуючий санацією повинен був брати кредит у банку. У результаті таких дій арбітражного керуючого завод через три місяці виявився на грані банкрутства. Встановлена в колишній редакції ст. 27 Закону від 1999 року відповідальність арбітражного керуючого, по суті, була декларативною, тому що тільки за свої навмисні дії арбітражний керуючий відшкодував збитки кредиторам і боржнику. Такий намір дуже складно довести в судовому процесі, отже, ні про яке відшкодування збитків з боку арбітражного керуючого не може йти й мови. Більш того, дана норма взагалі не стикнується з цивільним законодавством, тому що для нього форма провини порушника, як правило, не має значення й враховується лише у відношенні потерпілого.

Дуже цікавий досвід США в цьому питанні. Так, за п’ять днів до обрання чи офіційного вступу на посаду конкурсний керуючий вносить у суд заставу на користь Сполучених Штатів у сумі, установленій судом. По закінченні виконання своїх обов’язків і за умови їх добросовісного виконання конкурсний керуючий одержує назад внесену заставу [5, с. 165].

На наш погляд, арбітражний керуючий повинен нести цивільно-правову відповідальність за свої дії незалежно від форми провини, так само як і всі інші суб’єкти підприємницької діяльності, без жодних пільг і обмежень. Від некомпетентності і недбалості арбітражного керуючого не повинні страждати інші особи. На жаль, більшість арбітражних керуючих не володіють і не можуть володіти відповідним майновим станом, щоб відшкодувати збиток за свої неправомірні дії. Найчастіше в них не вистачає грошей навіть на поїздки до боржника, і вони живуть, в основному, за рахунок оплати їхньої праці. Крім того, як показує практика, арбітражний керуючий ніколи не працює один і завжди має велике число помічників. Закон в редакції від 7 березня 2002 р. зробив спробу розв’язати таку проблему, встановивши обов’язкове страхування діяльності арбітражного керуючого (ст. 3-1 ч. 7 Закону). Однак розмір заподіяної шкоди від діяльності арбітражних керуючих може обчислюватися десятками мільйонів гривень, і в остаточному підсумку відповідальним у випадку неплатоспроможності страховика буде держава. Цей шлях, на нашу думку, складний і неефективний. Така ситуація не може влаштовувати ні боржника, ні кредиторів. Вихід бачиться в законодавчому закріпленні участі юридичних осіб у якості арбітражних керуючих у формі довірчих господарських товариств. Законом можна установити мінімальний розмір статутного фонду для таких арбітражних організацій, а також фонду на відшкодування збитку.

У Росії вже сформовані професійні об'єднання арбітражних керуючих. Але фактично функції цих об'єднань звелися до забезпечення осіб, які входять до їх складу арбітражних керуючих, допуском на підприємства, у відношенні яких почата процедура банкрутства. Наприклад, Гільдія фахівців з антикризового керування стала головним постачальником зовнішніх керуючих для Московського комітету з банкрутства. Але це не вирішення проблеми, а її ускладнення [6, с. 18-24].

На сьогодні арбітражним керуючим будь-якого підприємства може бути призначена будь-яка особа, що має відповідну ліцензію [5, с. 25-28]. Це призводить або до великої кількості арбітражних керуючих на таких об'єктах, або до виникнення додаткових збитків у боржника. Ми вважаємо, що необхідно диференціювати ліцензування арбітражних керуючих, встановивши кілька категорій ліцензій для роботи в малому, середньому і великому бізнесі.

Так, у Росії ліцензія першої категорії видається для роботи з фізичними особами-підприємцями, малими підприємствами, з відсутніми боржниками. Якщо особа відпрацювала в якості арбітражного керуючого не менше 6 місяців, то вона має право на звертання до ліцензійного органу для одержання ліцензії другої категорії для роботи з громадянами-підприємцями й організаціями, за винятком великих і соціально значимих. Нарешті, щоб одержати ліцензію третьої категорії, що дає право на роботу з усіма організаціями, громадянами-підприємцями, необхідно завершити не менше двох процедур зовнішнього керування (санації) і (чи) конкурсного провадження (ліквідації) з ліцензією другої категорії, отримавши позитивний висновок експертної комісії з арбітражного керування [6, с. 28-30].

Такий підхід до диференціювання ліцензування арбітражних керуючих відповідає реальній дійсності, і його необхідно використати в Україні. Більш того, необхідно розмежувати сферу участі арбітражних організацій. Так, на підприємства, що мають стратегічне значення для України, повинні призначатися винятково арбітражні організації. Надалі ліцензію третьої категорії варто видавати тільки арбітражній організації. Це дозволить підняти ефективність роботи і зробити реальним відшкодування збитків у випадку неправомірних дій.

Як свідчить особистий досвід автора, наступною проблемою в роботі арбітражних керуючих є їхнє призначення. Діюча практика показує, що таких осіб призначають за принципом “вільно-примусово”. При призначенні розпорядників майна чи ліквідаторів відсутніх боржників призначення часто відбувається всупереч волі арбітражних керуючих. Суддя чи державний орган з питань банкрутства вибирають зі списку будь-яку кандидатуру. При призначенні керуючого санацією, ліквідатора добір здійснюють групи кредиторів, і часом арбітражного керуючого “привозять” з інших регіонів для незалежності від місцевих органів влади.

Вважаємо, що такого не повинно бути. Арбітражний керуючий повинний бути призначений по своїй волі, і для цього він повинний подати свою заяву в суд про згоду на призначення в якості арбітражного керуючого. Що ж стосується добровільного припинення повноважень арбітражного керуючого, то тут необхідно установити вичерпний перелік підстав.

Існуючий порядок призначення судом арбітражного керуючого по клопотаннях комітету кредиторів уже передбачає заінтересованість кандидата. Такий арбітражний керуючий, одержавши повноваження керівника боржника і власника, буде працювати на конкретну групу кредиторів, а не на розвиток виробництва. Тому призначення арбітражного керуючого повинне здійснюватися винятково господарським судом без яких-небудь обов'язкових клопотань по конкретній кандидатурі комітету кредиторів, інвестора. Умови тут одні – добровільність, компетентність, наявність ліцензії, відсутність

зацікавленості, позитивна репутація. Наступна робота арбітражного керуючого повинна проходити під контролем комітету кредиторів і господарського суду. Існуючий за законодавчий механізм такого контролю дуже неефективний, тому що за своєю суттю він “зв’язує” дії арбітражного керуючого з думкою комітету кредиторів. Узгодження істотних угод, встановлення нового порядку реалізації майна в ліквідаційній процедурі, узгодження плану санації здійснюються арбітражним керуючим через комітет кредиторів.

Такий контроль дій арбітражного керуючого має риси зацікавленості з боку комітету кредиторів, у якого головне завдання – одержати свою заборгованість будь-якими шляхами, нехай навіть на шкоду виробництву боржника. У той же час контроль за діями арбітражного керуючого необхідний, але він повинний бути об’єктивним. Якщо комітет кредиторів дозволяє, скажімо, арбітражному керуючому здійснювати значну операцію, то комітет також повинний нести за це відповідальність. Наше переконання – варто переглянути частину повноважень комітету кредиторів, передавши їх суду. За комітетом кредиторів варто було б залишити лише функції контролю, а в законі більш детально регламентувати повноваження арбітражного керуючого в тій чи іншій процедурі. Якщо, скажімо, комітет кредиторів відмовляється погоджувати, схвалювати план санації, звіт, ліквідаційний баланс і т.п., то остаточне слово з цих питань повинне залишатися за господарським судом. Дуже небезпечно, коли комітет кредиторів і арбітражний керуючий – це “те саме обличчя”. Самі висуваємо, самі даємо повноваження і самі контролюємо. Цього не повинно бути.

У Росії, зіштовхнувшись з проблемою фіктивних процедур банкрутства, запропонували внести до законодавства наступні зміни: суд призначає керуючого не з пропозицій кредиторів, а з наявних у суді списків ліцензованих арбітражних керуючих. Це дозволяє кредиторам контролювати діяльність керуючих, однак не використовувати їх для захоплення контролю над підприємством-боржником [8, с. 28].

В.В. Джунь указує, що схема взаємин арбітражного керуючого із судом і комітетом кредиторів базується на принципах самостійності і повної відповідальності керуючого з реалізації мети процедури банкрутства. Тому закон не надає повноважень суду на дачу вказівок арбітражному керуючому у відношенні порядку і форм цієї реалізації, оскільки зворотне буде означати, по-перше, повне чи часткове покладання відповідальності на суд у випадку недосягнення цілей процедури, а по-друге, невиправдане ускладнення функцій суду, оскільки останній втягується в оперативне виконання процедури інституту неплатоспроможності.

Таким чином, коло повноважень суду по відношенню до арбітражного керуючого вичерпується контролем за його діями чи попередженням можливих зловживань з його боку. Такий підхід відповідає доктрині західних систем інституту неспроможності [1, с. 112].

Не можна цілком погодитися з думкою В.В. Джуна, тому що наявне положення арбітражного керуючого не дає основ для невтручання суду чи комітету кредиторів у його оперативну діяльність. Якщо вчасно не втрутитися в діяльність арбітражного керуючого, то від майна боржника може нічого не залишитися. Оскільки законодавець передбачає зовнішнє керування як “стороннє тіло” суб’єкта господарювання, це завжди викликає конфлікт інтересів між трудовим колективом і арбітражним керуючим. Адже який сенс арбітражному керуючому так ретельно працювати і відновлювати платоспроможність боржника, якщо він усе рівно через рік-півтора передасть підприємство власнику? Усі ці протиріччя повинні враховуватись господарським судом, що має оперативно втручатися в роботу арбітражного керуючого у випадку виникнення нетипових (конфліктних) ситуацій.

Немає повної свободи в конкурсних керуючих і в інших країнах. Так, в Австрії суд дає письмові й усні вказівки, а керуючий зобов’язаний представляти звіт і давати пояс-

нення суду. У випадках, що не терплять зволікання, суд доручає виконання окремих справ іншій особі за рахунок засобів і ризику керуючого.

В Англії дії керуючого можуть бути оскаржені будь-якою зацікавленою особою в суді, що вправі підтвердити, скасувати чи змінити відповідне розпорядження керуючого, а також дати йому провідні вказівки [5, с.153-169].

Інша важлива проблема стосується оплати праці арбітражного керуючого. Заплутана редакція нечінної ст. 27 Закону від 1999 р. по своїй суті створювала умови для зловживання в цьому питанні і також знижувала ефективність процедури банкрутства. На жаль Закон у новій редакції в основному не змінив порядок оплати послуг арбітражного керуючого. Більш того, він ще підсилив залежність арбітражного керуючого в процедурі розпорядження майном від ініціюючого заявника. Згідно ч.10 ст.3-1 Закону оплату арбітражного керуючого з моменту порушення справи про банкрутство до першого засідання комітету кредиторів здійснює заявник (кредитор чи боржник). Виходить як у народній мудрості: “хто платить, той і замовляє музику”. Можна тільки уявити, як буде працювати арбітражний керуючий у підготовчий період і чи зможе він здійснювати свої повноваження сумлінно, розумно, з урахуванням інтересів боржника і кредиторів. Здається, що навряд чи. На наш погляд, це питання необхідно дуже детально проробити. Тут варто виходити не з оплати праці, а з оплати послуг арбітражного керуючого, куди повинні включатися усі витрати (транспортні, канцелярські, виробничі й ін.). Усе це повинно охоплюватися поняттям підприємницького доходу арбітражного керуючого з нижньою межею його розміру і максимальними рамками не обмежуватися. Потім варто визначити: з яких джерел потрібно оплачувати такого роду послуги. На нашу думку, послуги арбітражного керуючого необхідно оплачувати по закінченні справи про банкрутство і тільки за рахунок виробничої діяльності боржника за рахунок реалізації його майна. Існує думка, що відшкодування видатків арбітражного керуючого має здійснюватися на стадії ліквідації, коли засобами боржника розпоряджається сам арбітражний керуючий [4, с. 81-84].

Але, виходячи з особистої практики, переконаний, що розмір суми з оплати послуг арбітражного керуючого повинен бути в окремому порядку затверджений господарським судом без яких-небудь погоджень, угод ні з кредитором, ні з боржником. Такий порядок встановлений при оплаті послуг експерта в позовному провадженні. А от оплачуватися витрати повинні по закінченні справи про банкрутство. У підсумку процесуальна фігура банкрутства – арбітражний керуючий – це повірений господарського суду, незалежний у своїй діяльності від боржника і кредитора [3, с.86-89].

І, нарешті, найголовніше: арбітражний керуючий повинний мати правовий імунітет. По-перше, на час роботи в якості арбітражного керуючого у відношенні до нього може бути порушена кримінальна справа лише за згодою господарського суду. По-друге, повинна бути встановлена стаття в Кримінальному кодексі про відповідальність за перешкоджання законним діям арбітражного керуючого фізичним насильством чи погрозою його застосування. Іншими словами, якщо арбітражний керуючий не буде “купуватися”, то до нього можуть бути застосовані інші методи. Тому арбітражний керуючий повинний бути захищений законодавством.

Використана література

1. Поляков Б.М. Совершенствование правового регулирования отношений несостоятельности (банкротства) в Украине / Б.М. Поляков. – Донецк : “Донбасс”, 2001. – 340 с.
2. Поляков Б.М. Судебная санация должника / Б.М. Поляков // Вісник арбітражного керуючого. – 2001. – № 1.

3. Поляков Б. М. Арбітражний керуючий – найзалежніша особа процедури банкрутства / Б.М. Поляков // Вісник господарського судочинства. – 2001. – № 3.
4. Самошот И. Некоторые правовые аспекты оплаты услуг арбитражного управляющего в процессе производства по делу о банкротстве / И. Самошот // Бизнес. – 2001. – № 11.
5. Степанов В.В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии / В.В. Степанов . – М. : Статут, 1999.
6. Волков А. Санитары и мародеры / А. Волков, Т. Гурова, В. Титов // Эксперт. – 1999. – № 8.
7. Телюкина М.В. Лицензирование деятельности арбитражного управляющего / М.В. Телюкина // Право и экономика. – 2001. – № 4.
8. Таль Г. Неуправляемые управляющие / Г. Таль // Время новостей. – 2000. – 28 авг.

~~~~~ \* \* \* ~~~~~