

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

УДК 346.9:347.725

DOI <https://doi.org/10.32782/392249>

Прокопюк А. С.,

*аспірантка кафедри економічного права та економічного судочинства Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
помічник судді Господарського суду міста Києва
ORCID: 0000-0001-5941-4345*

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ОСІБ, ЩО КОНТРОЛЮЮТЬ АКЦІОНЕРНЕ ТОВАРИСТВО, ЗА ДОВЕДЕННЯ ДО БАНКРУТСТВА

LIABILITY OF PERSONS CONTROLLING THE JOINT-STOCK COMPANY FOR BRINGING TO BANKRUPTCY

Корпоративна відповідальність є важливим інструментом захисту інтересів акціонерів, товариства, кредиторів, інших стекхолдерів. Вона забезпечує стабільність розвитку акціонерних відносин, баланс інтересів різних груп учасників акціонерного товариства, сприяє створенню системи стримувань і противаг, спрямованої на недопущення зловживань корпоративними правами, дозволяє компенсувати ризики використання організаційно-правової форми акціонерного товариства, яка є основною формою ведення великого бізнесу як в Україні так і інших країнах світу.

Корпоративна відповідальність є одним з найважливіших факторів, що забезпечують стабільність розвитку корпоративних правовідносин. Це зумовлює науковий інтерес до корпоративної відповідальності протягом всієї історії розвитку корпоративного права, зумовлений розвитком організаційно-правових форм здійснення господарської діяльності, заснованих на корпоративних відносинах. Однак, сучасне вітчизняне корпоративне законодавство тільки в останні роки розпочало стрімко розвиватися, чим зумовило ряд питань, які потребують наукового дослідження.

Суб'єктами корпоративної відповідальності в акціонерному товаристві визнано: засновників, акціонерів, осіб, які несуть субсидіарну відповідальність за законом, та осіб, які несуть відповідальність за порушення фідучіарних обов'язків.

За суб'єктним складом корпоративну відповідальність класифіковано таким чином: відповідальність акціонерного товариства, посадових осіб, засновників, акціонерів, осіб, які підписали проспект емісії цінних паперів акціонерного товариства.

Питання відповідальності осіб, що контролюють акціонерне товариство, за доведення товариства до банкрутства набуло особливої актуальності в останній час у зв'язку з стрімким розвитком вітчизняного законодавства та з прийняттям Кодексу України з процедур банкрутства (далі – КУзПБ).

Системний аналіз змін, внесених до норм чинного законодавства щодо відповідальності осіб, що контролюють акціонерне товариство, а також сучасної судової практики щодо розгляду спорів про притягнення таких осіб до відповідальності за доведення акціонерного товариства до банкрутства, дозволяє виділити найактуальніші проблеми з цього питання, які будуть досліджені в цій статті.

Ключові слова: акціонерне товариство, корпоративні правовідносини, відповідальність, корпоративна відповідальність, банкрутство.

Corporate responsibility is an important tool to protect the interests of shareholders, companies, creditors and other stakeholders. It provides stability of development of joint-stock relations, balance of interests of various groups of participants of joint-stock company, promotes creation of the system of checks and balances directed on prevention of abuse of corporate rights, allows to compensate risks of use of organizational and legal form of joint-stock company and other countries.

Corporate responsibility is one of the most important factors that ensure the stability of corporate relations. This determines the scientific interest in corporate responsibility throughout the history of corporate law, due to the development of organizational and legal forms of economic activity based on corporate relations. However, modern domestic corporate legislation has only begun to develop rapidly in recent years, which has led to a number of issues that require research.

The subjects of corporate responsibility in a joint-stock company are: founders, shareholders, persons who bear subsidiary liability by law, and persons who are liable for breach of fiduciary duties.

According to the subject composition, corporate liability is classified as follows: liability of the joint-stock company, founders, shareholders, officials, persons who signed the prospectus of the securities of the joint-stock company. The issue of liability of persons controlling the joint-stock company for bringing the company into bankruptcy has become especially relevant recently due to the rapid development of domestic legislation and the adoption of the Code of Bankruptcy Procedures of Ukraine.

A systematic analysis of changes in the current legislation on the liability of persons controlling the company, as well as current case law on disputes over bringing such persons to justice for bringing the company to bankruptcy, allows to identify the most pressing issues on this issue to be studied in this article.

Key words: *joint stock company, corporate legal relations, responsibility, corporate responsibility, bankruptcy.*

Виникнення акціонерного товариства як суб'єкта права, з його учасниками, засновниками, власником майна, членами органів управління, кредиторами, а також іншими зацікавленими особами (стейкхолдерами), зумовлює особливу складну структуру корпоративних відносин.

Посадові особи зобов'язані діяти добросовісно не тільки щодо юридичної особи (товариства) та її учасників (акціонерів), але і кредиторів. Зловживанням корпоративними правами визначено використання корпоративних прав з метою, що суперечить тій, з якою ці права були надані, всупереч принципам добросовісності, розумності та лояльності, з метою заподіяння шкоди або перешкоди законній реалізації майнових і немайнових прав та інтересів іншим учасникам, товариству, кредиторам, іншим стейкхолдерам, отримання необґрунтованих переваг перед іншими учасниками, а також використання не передбачених законом способів реалізації та захисту права. Воно є підставою відмови в судовому захисті та застосування відповідальності у формі штрафних санкцій, компенсації, визначеної законом або договором.

Відповідно до статті 215 Господарського кодексу України (далі – ГК України) у випадках, передбачених законом, суб'єкт підприємництва – боржник, його засновники (учасники), власник майна, а також інші особи несуть юридичну відповідальність за порушення вимог законодавства про банкрутство, зокрема, фіктивне банкрутство, приховування банкрутства або умисне доведення до банкрутства. Закон передбачає за порушення вимог законодавства про банкрутство: кримінальну (стаття 219 Кримінального кодексу України (далі – КК України), адміністративну (статті 164-15, 166-16, 166-17 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), цивільно-правову (стаття 61 КУЗПБ) та дисциплінарну відповідальність (статті 19-23 КУЗПБ).

Фактори виникнення неплатоспроможності можуть бути як зовнішніми (зміна кон'юнктури ринку, кредитоспроможність, коливання курсу валют, рівень інфляції тощо), так і внутрішніми (нерозумні та недобросовісні дії або бездіяльність засновників (учасників) боржника та його менеджменту).

Договором або законом може бути передбачена поряд із відповідальністю боржника додаткова (субсидіарна) відповідальність іншої особи. До пред'явлення вимоги особі, яка несе субсидіарну відповідальність, кредитор повинен пред'явити вимогу до основного боржника (ч.1, 2 ст. 619 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України).

У разі банкрутства боржника з вини його засновників (учасників, акціонерів) або інших осіб, у тому числі з вини керівника боржника, які мають право давати обов'язкові для боржника вказівки або мають право іншим чином визначати його дії, на таких осіб може бути покладена субсидіарна відповідальність за його зобов'язаннями у разі недостатності майна боржника для розрахунку з кредиторами, вимоги яких визнані судом у межах провадження у справі про банкрутство (ч. 6 ст. 34 та ч. 2 ст. 61 КУЗПБ) [20]. Аналогічні положення містила ч. 5 ст. 41 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [10]. Її передумовою є наявні ознаки доведення боржника до банкрутства.

Метою є посилення її превентивної та компенсаційної функції в інтересах кредиторів та суспільства з метою запобігання втрат внаслідок умисних дій його засновників (учасників, акціонерів), керівника боржника або інших осіб» [30, с. 183], притягнення винних осіб у доведенні до банкрутства до додаткової (субсидіарної) відповідальності і стягнення на користь кредиторів непогашених у ліквідаційній процедурі кредиторських вимог.

Бутирська І.А. в процедурі банкрутства виділяє процесуальну відповідальність у формі припинення повноважень керівника боржника, та матеріальну – солідарну та субсидіарну відповідальність засновників (учасників, акціонерів) та керівника боржника [2, с. 101]. На думку Левшиної Я.О., припинення повноважень керівника боржника є не заходом відповідальності, а забезпечення вимог кредиторів у процедурі банкрутства; до цивільно-правової відповідальності у разі банкрутства слід відносити визнання недійсними правочинів боржника, вчинених за три роки до відкриття провадження у справі про банкрутство, та правочинів, вчинених боржником після відкриття провадження у справі про банкрутство (ст. 42 КУзПБ) [14, с. 106].

Субсидіарна відповідальність за доведення до банкрутства є виключним механізмом відновлення майнових прав кредиторів у випадку зловживання особами, які управляють юридичною особою або мають право приймати юридично-значущі рішення, суб'єктивними цивільними правами, що завдало шкоди кредиторам [21], у разі недостатності майна товариства для задоволення вимог кредиторів [9, с. 196]. Це захищає учасника від ризиків, пов'язаних з неналежним веденням справ в товаристві [36, с. 9].

Визнання законодавцем відповідальності за доведення до банкрутства субсидіарною критикується в юридичній літературі. Це зумовлено правовою природою субсидіарної відповідальності правова підстава якої є тотожною для основного і додаткового боржника (ст. 619 ЦК України). Відповідальність за доведення до банкрутства має власну правову підставу. Вона є самостійним видом спеціальної цивільно-правової відповідальності [22], оскільки її підставою є господарське правопорушення в сфері конкурсного права (права неплатоспроможності та банкрутства), а не корпоративного або цивільного права. Водночас, її виключний (екстраординарний) додатковий (субсидіарний) характер зумовлений настанням лише у разі відсутності (недостатності) майна боржника для задоволення вимог кредиторів, тобто у випадку вичерпання способів захисту їх майнових інтересів в межах справи про банкрутство на підставі окремої заяви ліквідатора або кредитора. Стягнені суми включаються до складу ліквідаційної маси товариства в порядку, встановленому законом.

Підстави відповідальності. Аналіз законодавства про банкрутство дозволяє виділити такі основні підстави відповідальності осіб, що здійснюють управління товариством:

1) не повідомлення про ознаки банкрутства, що насувається.

Ця відповідальність включає: а) солідарну відповідальність керівника боржника, який неподав/несвоєчасно подав заяву про відкриття провадження у справі про банкрутство за незадоволення вимог кредиторів та б) субсидіарну солідарну відповідальність членів наглядової ради та виконавчого органу за не скликання загальних зборів, невжиття заходів для покращення фінансового стану товариства у разі банкрутства товариства до закінчення трирічного строку з дня зниження вартості чистих активів.

Частиною 6 статті 34 КУзПБ передбачено, що боржник зобов'язаний у місячний строк звернутися до господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі у разі, якщо задоволення вимог одного або кількох кредиторів призведе до неможливості виконання грошових зобов'язань боржника в повному обсязі перед іншими кредиторами (загроза неплатоспроможності), та в інших випадках, передбачених КУзПБ. До заяви боржника про відкриття провадження у справі про банкрутство додається, зокрема, рішення вищого органу управління боржника, а щодо державних підприємств – власника майна (органу, уповноваженого управляти майном) боржника про звернення до господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі. Якщо керівник боржника порушив ці вимоги, він несе солідарну відповідальність за незадоволення вимог кредиторів. Питання порушення керівником боржника зазначених вимог підлягає розгляду господарським судом під час здійснення провадження у справі. У разі виявлення такого порушення про це зазначається в ухвалі господарського суду, що є підставою для подальшого звернення кредиторів своїх вимог до зазначеної особи.

На відміну від норми ст. 41 Закону України «Про відновлення платоспроможності та визнання боржника банкрутом», відповідно до ст. 34 КУзПБ заява подається не тільки у випадку неплатоспроможності, але і загрози неплатоспроможності, що має оціночний характер і збільшує ризик притягнення керівника

до відповідальності. Якщо ч. 6 ст. 95 Закону України «Про відновлення платоспроможності та визнання боржника банкрутом» передбачала солідарну відповідальність власник майна боржника (уповноважена ним особа), керівник боржника, голова ліквідаційної комісії (ліквідатор), які допустили порушення вимог ч. 1 ст. 95 закону за незадоволення вимог кредиторів, то ч. 6 ст. 34 КУзПБ передбачає таку відповідальність тільки для керівника боржника.

Зазначена правова підстава відповідальності спрямована на захист інтересів кредиторів на отримання інформації про неплатоспроможність боржника. Момент подачі заяви про банкрутство має істотне значення для визначення черговості задоволення вимог кредиторів. Водночас, зважаючи на правову природу солідарної відповідальності, майнову відокремленість майна товариства та самостійну відповідальність за власним зобов'язанням, норму ч. 6 ст. 34 КУзПБ, на мою думку, слід уточнити: керівник боржника, який неподав/несвоєчасно подав заяву про відкриття провадження у справі про банкрутство, несе субсидіарну відповідальність за незадоволення вимог кредиторів, та солідарну з боржником відповідальність за зобов'язаннями, які виникли після закінчення місяця з дати виникнення загрози неплатоспроможності.

Відповідно до ст. 211 ГК України, ч. 1, 2 ст. 4 КУзПБ засновники (учасники, акціонери) боржника, власник майна (орган, уповноважений управляти майном) боржника в межах своїх повноважень зобов'язані своєчасно вживати заходів для запобігання банкрутству боржника. Отже, обов'язок здійснення контролю за діяльністю виконавчих органів та товариства, покладено на учасників (засновників) товариства;

2) вчинення дій, що призвели до банкрутства товариства (доведення до банкрутства). Приписи ч. 2 ст. 61 КУзПБ, не встановлюють ознак доведення до банкрутства, які є підставою для покладення субсидіарної відповідальності на засновників (акціонерів) або інших осіб, у тому числі керівника боржника.

Відповідно до ч. 3 статті 215 ГК України умисним банкрутством визнається стійка неплатоспроможність суб'єкта підприємництва, викликана цілеспрямованими діями власника майна або посадової особи суб'єкта підприєм-

ництва, якщо це завдало істотної матеріальної шкоди інтересам держави, суспільства або інтересам кредиторів, що охороняються законом.

Законодавство не пов'язує покладення на третіх осіб субсидіарної відповідальності при банкрутстві з наявністю вироку у кримінальній справі про встановлення в їх діях (бездіяльності) таких осіб кримінального правопорушення. Водночас, оцінюючи будь-які дії/бездіяльність суб'єктів відповідальності на предмет покладення на них субсидіарної відповідальності у справі про банкрутство, суду слід, захищаючи правило ділового рішення (*business judgment rule*), відмежовувати дії та обставини, які належать до звичайних (ділових) ризиків підприємницької/господарської діяльності (стаття 42 ГК України) [23] (прорахунків), від зловживання правом та умисних цілеспрямованих корисливих дій/бездіяльності власника майна або посадової особи, спрямованих на доведення товариства до банкрутства. Наприклад, відчуження обладнання за заниженою вартістю не завжди свідчить про умисел на доведення підприємства до банкрутства, оскільки за наявності заборгованості, кредитор міг її погасити шляхом прилюдних торгів або звернення до суду і оціночна вартість була б значно нижчою від суми реалізації [24];

3) відповідальність за інші порушення законодавства про банкрутство, зокрема, пропонується передбачити відповідальність за ухилення посадових осіб боржника від обов'язку передати бухгалтерську та іншу документацію, печатки та штампи, матеріальні та інші цінності банкрута ліквідатору (ч. 2 ст. 59 КУзПБ). Без документації ліквідатор має обмежені можливості аналізу фінансово-господарського стану боржника, що ускладнює формування ліквідаційної маси.

Господарське правопорушення щодо доведення до банкрутства включає:

а) об'єкт – права кредиторів на задоволення їх вимог до боржника у справі про банкрутство за рахунок активів боржника, що не можуть бути задоволені в процедурі банкрутства внаслідок відсутності майна у боржника [23];

б) об'єктивну сторону – винні дії/бездіяльність (протиправна поведінка), що призвели до заборгованості боржника перед кредиторами (збитки) та доведення до неплатоспроможності (банкрутства) через відсутність у боржника

активів для задоволення вимог кредиторів (причинно-наслідковий зв'язок).

На відміну від кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення, у нормах яких законодавець чітко визначив склад кримінального та адміністративного порушення за доведення до банкрутства та фіктивного банкрутства, в нормах конкурсного права (ч. 2 ст. 61 КУЗПБ) не визначено склад правопорушення – доведення до банкрутства.

Найчастіше суб'єкта господарювання доводять до банкрутства за схемою, за якої на підприємстві-боржнику акумулюються всі пасиви, що збільшує його неплатоспроможність та одночасно, ще до початку процедури банкрутства, виводяться його активи (ліквідна їх частина) на новостворене підприємство без отримання за них справедливої компенсації. Керівник несе відповідальність перед кредиторами, а не перед самим товариством, включаючи обов'язок повернути привілейовані виплати, які товариство здійснило на його користь протягом певного терміну до визнання товариства банкрутом [1, с. 183].

Дії щодо доведення до банкрутства залишають своє відображення у первинних документах бухгалтерського обліку, фінансовій звітності, укладених угодах, інших документах, дослідження яких є предметом судової економічної експертизи з використанням Методики проведення судово-економічних експертиз з питань банкрутства, фіктивного банкрутства та доведення до банкрутства підприємств» (реєстраційний код 11.2.47) [17]. Згідно даної методики перевіряється рівень забезпечення зобов'язань кредиторів за показниками активів, оборотними активами і чистими активами. Якщо при розрахунку даних показників за досліджуваний період їх значення погіршилися, встановлюються причини (ціни, обсяг реалізації, якість за договорами), що викликали ці негативні зміни і робиться висновок про наявність ознак доведення суб'єкта господарювання до банкрутства. Горлачук О.А. пропонує доповнити методику аналізом показників, які визначаються на основі динаміки власних засобів підприємства і його дебіторської заборгованості, які свідчать про високу ймовірність доведення суб'єкта господарювання до банкрутства [5, с. 142].

П. 3.2 Методичних рекомендацій щодо виявлення ознак неплатоспроможності підприємства та ознак дій із приховування банкрутства, фіктивного банкрутства чи доведення до банкрутства закріплено, що економічними ознаками дій із доведення до банкрутства може вважатися такий фінансово-економічний стан боржника, за якого виконання умов договорів призвело до погіршення показників оцінки його фінансового стану, а саме: підписання свідомо не вигідних для підприємства (зокрема фіктивних) договорів; необґрунтована виплата грошових коштів, необґрунтоване передання третім особам майна; ухвалення нераціональних управлінських рішень, які негативно впливають на виробничу, торговельну діяльність підприємства, що призводить до фінансових збитків та втрат; заплутування звітності, знищення документів або інформації, унаслідок чого не є можливою ефективна робота підприємства тощо.

Діями, спрямованими на доведення до банкрутства є:

- дії організаційного характеру: зміна складу керівників, засновників, недотримання встановленої законом черговості при прийнятті рішень, складання і надання підроблених документів, фальсифікація рішення ради директорів, не проведення зборів акціонерів, призначення керівниками підставних осіб;

- укладання завідомо не вигідних для підприємства договорів: продаж майна (товарів, послуг, інших цінностей) підприємства за цінами, що є нижчими від ринкових; укладання кредитних договорів, договорів позики, отримання кредиту на основі надання кредитній установі завідомо неправдивої інформації; видача безвідсоткових кредитів на невизначений термін або особі, яка не в змозі повернути кредит; укладання кредитних договорів із підвищеною відсотковою ставкою; надання гарантій або майна під заставу для забезпечення виконання зобов'язань фінансово неплатоспроможного контрагента; укладання договорів оренди основних засобів, без яких діяльність підприємства є неможливою;

- передача майна до статутного капіталу дочірніх підприємств; перерахування грошових коштів за продану продукцію, виконані роботи чи надані послуги на рахунки підставних осіб; зняття з рахунку підприємства грошей для закупівлі товарів, без здійснення такої

закупівлі; невнесення до балансу доходів або приховування виручки, приховування банківських вкладів; необґрунтоване зменшення або збільшення штату підприємства; невиконання зобов'язань по сплаті обов'язкових платежів та ін. [4, с. 110-111];

- вчинення будь-яких дій, направлених на набуття майна, за відсутності активів для розрахунку за набуте майно чи збільшення кредиторської заборгованості боржника без наміру її погашення;

- прийняття рішення при виведення активів боржника, в тому числі шляхом безоплатної передачі неповнолітнім дітям, родичам боржника;

- прийняття рішення, надання вказівок щодо вчинення дій (бездіяльності) боржника щодо захисту власних майнових інтересів боржника на користь інших осіб, що мало наслідком настання неплатоспроможності боржника;

- неподання фінансової звітності, подання фіктивної фінансової звітності за відсутності будь-якого майна чи активів;

- порушення вимог щодо зменшення статутного капіталу.

Так, Постановою Північного апеляційного господарського суду від 02.02.2021 у справі №910/3191/20, залишеною без змін Постановою Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 23.03.2021 було задоволено заяву арбітражного керуючого про покладення солідарної відповідальності на керівника боржника у зв'язку з доведенням до банкрутства та приховуванням стійкої фінансової неплатоспроможності ТОВ «Ласерта» за результатами проведення фінансового аналізу боржника та встановлення коефіцієнта покриття меншого за 1,0 (надкритична неплатоспроможність), наявності підтвердженої судовими рішеннями заборгованості за договорами поставки, подання керівником до органів ДПС завідомо неправдиву фінансову звітність за 2017 рік, згідно якої підприємство є прибутковим з метою укладання нових договорів на умовах готівкових розрахунків.

Підставою відповідальності може бути і бездіяльність керівника та засновників боржника, що мала наслідком стійку неплатоспроможність боржника та відсутність у нього будь-яких активів на час проведення ліквідаційної процедури для задоволення вимог конкурсного кредитора [25].

У Канаді згідно Закону «Про банкрутство і неспроможність» підставою для подання позову керуючим конкурсною масою від імені товариства проти директорів збанкрутілого товариства може бути: 1) не виплата заробітної плати; 2) недостовірні відомості про фінансовий стан товариства, порушення обов'язку щодо розкриття інформації, встановленої законодавством про цінні папери; 3) заява товариства про виплату дивідендів готівкою і викуп акцій за готівку протягом року до оголошення про банкрутство, будучи неспроможним під час здійснення цих дій (§101 Закону); 4) участь в угоді або непрямий інтерес директора в оспорюваній угоді, укладеній протягом дванадцяти місяців до настання банкрутства, в разі укладення їх на нерівних умовах або якщо сторони угоди були пов'язаними (§100 Закону) [33].

Водночас, закон не визначає період часу за який здійснюється оцінка дій керівника або іншої особи, що контролює боржника, щодо доведення до банкрутства.

Аналіз фінансово-господарського стану боржника, а також причин виникнення заборгованості боржника перед кредиторами, що дозволить виявити наявність або відсутність дій засновників (учасників, акціонерів), керівника боржника щодо доведення до банкрутства покладені на ліквідатора банкрута (ст. 61 КУзПБ), який, реалізуючи повноту дій в ліквідаційній процедурі, подає заяву до господарського суду про покладення на винних у доведенні до банкрутства осіб субсидіарної відповідальності [27, 28]. Практики пропонують надати право заявляти вимоги не тільки ліквідатору, але і кредиторам, які не є афілійованими з боржником, не отримали задоволення більше 60% своїх вимог, в ході ліквідаційної процедури і протягом трьох років після закриття справи [18]. З метою уникнення випадків зловживання правом на подання заяви ліквідатором, доцільно надати право заявляти вимоги про притягнення до субсидіарної відповідальності ліквідатору як з власної ініціативи, так за рішенням комітету кредиторів; конкурсним кредиторам; працівникам, представнику профспілкової організації працівників, перед якими боржник має заборгованість, уповноваженому органу. Також С.В. Жуковим пропонується у ст. 30 КУзПБ передбачити додаткову грошову винагороду

арбітражного керуючого у розмірі 10 відсотків від суми стягнутої з винних осіб, що суттєво збільшить шанси кредиторів на погашення своїх вимог за допомогою реалізації ліквідатором та судом механізму застосування субсидіарної відповідальності до винних осіб за доведення боржника до стану неплатоспроможності.

Заява подається після завершення реалізації об'єктів ліквідаційної маси та розрахунків з кредиторами у ліквідаційній процедурі при наявності обставин недостатності повного погашення кредиторської заборгованості банкрута (спеціальна умова субсидіарної відповідальності). Господарський суд при затвердженні ліквідаційного звіту та ліквідаційного балансу надає правову оцінку повноти дій ліквідатора [26] та має визначити в ухвалі:

- момент настання строку виконання вимог для кожного кредитора;
- наявність майна, грошових коштів, інших майнових або немайнових активів та їх загальної вартості на момент виникнення кредиторських вимог;
- момент (дату) виникнення загрози неплатоспроможності на підставі аналізу наявних активів та пасивів;
- факт наявності/відсутності надіслання керівником боржника відомостей щодо наявності у боржника ознак банкрутства (загрози неплатоспроможності) засновникам (учасникам, акціонерам) боржника, власнику майна (органу, уповноваженому управляти майном) боржника (ч. 2 ст. 4 КУзПБ);
- наявність або відсутність документів щодо фінансово-господарської діяльності, податкових звітів, первинної документації, подання податкової звітності, рішення керівника, органів управління та засновників;
- наявність угод за останні 3 роки до моменту відкриття провадження у справі про банкрутство й угод після відкриття провадження у справі про банкрутство; визнання таких угод недійсними відповідно до ст.42 КзПБ;
- наявність інформації про рух коштів за останні 3 роки до моменту відкриття провадження й після цього;
- наявність інформації про активи боржника на момент відкриття провадження у справі про банкрутство;
- суму непогашених вимог за відсутності активів у ліквідаційній масі;

• дії та події, які викликали стійку неплатоспроможність боржника та осіб, які відповідальні за їх здійснення [7];

• аналіз дій керівника боржника щодо добросовісності і розумності його дій спрямованих на ініціювання зборів керівного органу підприємства для прийняття рішення щодо звернення до суду з заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство; дій та рішень засновників (учасників, акціонерів) боржника, власника майна (органу, уповноваженого управляти майном) боржника.

З урахуванням зазначеного, суд робить висновок чи відбулось порушення керівником строків подання відповідної заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство, що є підставою для звернення у майбутньому кредиторів з заявами про притягнення керівника до солідарної відповідальності за незадоволення вимог кредиторів, чи є вина у діях керівника та причинно-наслідковий зв'язок між діями керівника і незадоволенням вимог кредиторів.

Моментом виявлення наявності ознак доведення до банкрутства є ухвалення господарським судом постанови про визнання боржника банкрутом, що є тією обставиною, яка свідчить, що ліквідатор довідався або міг довідатися про наявність ознак доведення до банкрутства боржника з вини його органів управління або третіх осіб [21]. В постанові Великої Палати Верховного Суду від 25.05.2021 у справі № 910/11027/18 моментом, з якого починається обрахунок строків позовної давності визначено день затвердження акту формування ліквідаційної маси банку шляхом відповідних розрахунків [19].

Обставини існування або відсутності складових об'єктивної сторони цивільного правопорушення: вчинення дії, бездіяльність, існування боргу в період вчинення боржником майнової дії тощо, мають бути доведені стороною/учасником у справі про банкрутство, який посилається на неї як на підставу своїх вимог і заперечень.

Зокрема, у справі №910/21232/16 Господарський суд міста Києва постановив ухвалу (залишену без змін постановою Північного апеляційного господарського суду від 17.03.2020 та постановою Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 16.06.2020) про відмову в задоволенні заяви ліквідатора боржника про

покладення на попередніх учасників, попереднього керівника, та на теперішнього учасника та директора боржника субсидіарної відповідальності за його зобов'язаннями, оскільки судами не встановлено вини у діях цих осіб під час участі та здійсненні господарської діяльності у товаристві; відсутні докази вчинення цими особами правопорушень та вчинення дій, у тому числі щодо заволодіння майном та грошовими коштами боржника, прийняття рішень, що спрямовані на зменшення активів боржника, що призвели до банкрутства; не встановлено порушень закону в частині розпорядження попередніми учасниками боржника своїми частками у статутному фонді боржника шляхом їх продажу іншій особі – новому учаснику. Створення попереднім директором боржника юридичної особи для здійснення підприємницької діяльності відповідає вимогам закону. В межах кримінальної справи щодо ухилення від сплати податків боржником, керівника звільнено від відповідальності, а цивільного позову прокурором не пред'явлено;

в) суб'єкт – засновники (учасники, акціонери) або інші особи, у тому числі керівник боржника, які мають право давати обов'язкові для боржника вказівки чи мають можливість іншим чином визначати його дії.

Закон не уточнює поняття «інші особи, які мають право давати обов'язкові для боржника вказівки чи мають можливість іншим чином визначати його дії». Тому коло цих осіб визначається у кожній справі окремо.

Особами, які контролюють боржника, тобто мають фактичну можливість визначати дії юридичної особи можуть бути: мажоритарний акціонер (учасник), керівник та учасники (акціонери) мажоритарного учасника (акціонера), материнська, холдингова компанія та особи, які формально не є учасниками корпорації через відсутність у них частки (акцій) у статутному капіталі: кінцевий бенефіціарний власник, бенефіціар трасту, управляюча компанія, в управління якої передано акції, та її керівник, член колегіального виконавчого органу або наглядової ради, номінальний керівник («тіньовий» директор).

Пропонуємо в ст. 61 КУзПБ суб'єктами субсидіарної відповідальності визнати засновників (учасників, акціонерів) та осіб, що контролюють боржника, а в ст. 1 КУзПБ закріпити визна-

чення поняття особи, що контролює боржника – фізична або юридична особа, у тому числі, мажоритарний акціонер (учасник), керівник та учасники (акціонери) мажоритарного учасника (акціонера), які володіють (прямо або опосередковано) 50% і більше статутного капіталу, члени сім'ї та родичі, материнська, холдингова компанія, особи публічного права в особі своїх органів, які здійснюють повноваження власника державного або комунального майна, керівник боржника, кінцевий бенефіціарний власник, бенефіціар трасту, управляюча компанія, в управління якої передано акції, член колегіального виконавчого органу або наглядової ради, номінальний керівник («тіньовий» директор), яка має або мала не більше ніж за 3 роки, що передують виникненню ознак неплатоспроможності, а також після їх виникнення до прийняття судом заяви про визнання боржника банкрутом право давати обов'язкові для виконання боржником вказівки або можливість іншим чином визначати дії боржника, в т. ч. щодо вчинення операцій і визначення їх умов.

Ч. 6 ст. 126 ГК України передбачено, що якщо корпоративне підприємство через дії або бездіяльність холдингової компанії виявляється неплатоспроможним і визнається банкрутом, то холдингова компанія несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями корпоративного підприємства.

Відповідальність холдингової компанії за дії (бездіяльність), що призвели до банкрутства корпоративного підприємства є гарантією відшкодування холдинговою компанією збитків як дочірньому підприємству, так і його кредиторам [16, с. 251].

Кінцевим бенефіціарним власником є для юридичних осіб – будь-яка фізична особа, яка здійснює вирішальний вплив на діяльність юридичної особи (в тому числі через ланцюг контролю/володіння).

Ознаками непрямого вирішального впливу на діяльність є принаймні володіння фізичною особою часткою у розмірі не менше 25 відсотків статутного капіталу або прав голосу юридичної особи через пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, трасти або інші подібні правові утворення, чи здійснення вирішального впливу шляхом реалізації права контролю, володіння, користування або розпорядження всіма активами чи їх

часткою, права отримання доходів від діяльності юридичної особи, трасту або іншого подібного правового утворення, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування органів управління, а також вчинення правочинів, які дають можливість визначати основні умови господарської діяльності юридичної особи, або діяльності трасту або іншого подібного правового утворення, приймати обов'язкові до виконання рішення, що мають вирішальний вплив на діяльність юридичної особи, трасту, незалежно від формального володіння.

В судовій практиці здійсненням істотного впливу на боржника за сукупністю факторів визнано особу кінцевого бенефіціара банку, яка брала участь у робочих нарадах, давала прямі усні вказівки посадовим особам щодо укладення угод, брала участь у зустрічах із третіми особами від імені боржника, мала робочий кабінет в офісі та корпоративну пошту з доменом боржника.

Суд аналізує обов'язки та повноваження суб'єктів відповідальності, покладених на них законом та/або статутом, яким чином особа брала участь у процесі управління, наскільки істотним був її вплив під час ухвалення важливих рішень, що впливали на економічну діяльність боржника, укладання правочинів, які змінили економічну та юридичну долю боржника. Суд може встановити можливість особи визначати дії боржника:

- внаслідок володіння часткою в статутному капіталі з можливістю впливати на ухвалення рішень, обирати органи управління, погоджувати правочини тощо;
- занаявності особи повноважень на укладення правочинів від імені юридичної особи (на підставі довіреності, нормативно-правового акта);
- особа займає керівну посаду (головний бухгалтер, фінансовий директор, тощо, яка передбачає ухвалення обов'язкових до виконання рішень чи виконання функцій, що визначають діяльність боржника);
- родинні зв'язки, спорідненість з керівником, членами органів управління;
- вплив чи примус щодо керівника чи членів органів управління боржника.

Наявність формально-правової ознаки контролю відповідно до відомостей єдиного державного реєстру не є вирішальною. Суб'єктом відповідності може бути керівник

або інша посадова особа, повноваження якої до або на час порушення/здійснення провадження у справі про банкрутство припинились. Зокрема, у справі №906/904/16 поряд із директором боржника, особами, які мали вирішальний вплив на дії боржника, на підставі фінансово-розпорядчих документів компанії були визнані колишній директор і бухгалтер. В діях фактичного директора ознак недобросовісності, що мала наслідком настання неплатоспроможності, встановлено не було. Аналогічна правова позиція викладена в постановках Верховного Суду від 16.06.2020 у справі №910/21232/16, від 14.07.2020 у справі №904/6379/16, від 10.12.2020 р. по справі №922/1067/17 та ін.

Враховуючи статтю 619 ЦК України, кредитор має право самостійно обирати особу, до якої заявляти субсидіарну вимогу. Вимога про притягнення до субсидіарної відповідальності в матеріально-правовому сенсі належить незалежним від боржника кредиторам. Механізм притягнення до субсидіарної відповідальності не може бути способом вирішення корпоративних спорів. Якщо позивачі (кредитори) та їх афілійовані особи самі здійснювали управління боржником, то вони не мають статусу незалежних кредиторів, що позбавляє їх можливості вимагати притягнення до субсидіарної відповідальності відповідно до законодавства про банкрутство, але не виключає права подати вимогу про відшкодування збитків, визнання недійсним правочину тощо з підстав, визначених нормами корпоративного права;

г) суб'єктивну сторону – ставлення особи до вчинюваних нею дій чи бездіяльності (мотив, мета, вина суб'єкта правопорушення).

Особа, яка притягається до субсидіарної відповідальності, повинна довести відсутність своєї вини (презумпція доведення до банкрутства). Особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання (ст. 614 ЦК України). Суди при вирішенні питання щодо вини (форми вини) суб'єкта субсидіарної відповідальності виходять з обов'язків та повноважень суб'єктів стосовно боржника, покладених на них законом та/або статутом, враховуючи при цьому положення ч. 1, 3 ст. 4 КУЗПБ [21]. Схвалення подібної угоди колегіальним органом не звільняє особу від субсидіарної відповідаль-

ності. Наявність судового рішення, що набрало законної сили про визнання правочину недійсним не вимагається.

А. Молчанова слушно пропонує встановити презумпцію вини, якщо власник компанії до банкрутства виводив з володіння майно, акумулював з пов'язаними особами половину боргів компанії, на потерпілого кредитора припадає більше половини боргового портфеля, за кілька років до банкрутства компанія не отримувала прибутку і мала коефіцієнт покриття менше 1 [18].

Мінімізувати ризики притягнення до субсидіарної відповідальності можна шляхом постійного контролю ключових фінансових показників; розмежування повноважень фінансового директора, головного бухгалтера та інших посадових осіб в частині моніторингу фінансового

стану і своєчасного реагування на погіршення показників в статуті або внутрішніх документах компанії; страхування відповідальності керівника; своєчасного повідомлення керівником засновників про загрозу неплатоспроможності.

Висновки. Отже, за результатами проведеного дослідження можна дійти висновку, що у разі банкрутства боржника з вини його засновників (учасників, акціонерів) або інших осіб, у тому числі з вини керівника боржника, які мають право давати обов'язкові для боржника вказівки або мають право іншим чином визначати його дії, на таких осіб може бути покладена субсидіарна відповідальність за його зобов'язаннями у разі недостатності майна боржника для розрахунку з кредиторами, внаслідок чого вимоги кредиторів боржника будуть задоволені.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Блек Б. Правовое регулирование ответственности членов органов управления. Анализ мировой практики / Бернард Блэк и др. М.: Альпина Паблишерз, 2010. 336 с.
2. Бутирська І. Відповідальність осіб, що контролюють боржника, у справі про банкрутство. *Право України*. 2018. № 6. С. 98–110.
3. Continuing Creditors' Committee of Star Telecommunications v. Edgecomb, 385 F. Supp. 2d 449 (D. Del. 2004); Pereira v. Cogan, No. 00-CIV.-619 (RWS), 2001 WL 243537 (S. D. N. Y. Mar. 8, 2001).
4. Гой В.В. Аналіз діяльності неплатоспроможних підприємств з метою виявлення ознак протиправних банкрутств. *Економічний аналіз*. 2014. Т. 18. № 2. С. 106–112.
5. Горлачук О.А. Проведення судових економічних експертиз, пов'язаних із доведенням суб'єктів господарювання до банкрутства. *Інноваційна економіка*. 2019. № 7-8. С. 139–144.
6. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.
7. Жуков С. Субсидіарна відповідальність за доведення до банкрутства у судовій практиці Верховного Суду. *Банкрутство & Ліквідація*. URL: <https://bankruptcy-ua.com/articles/13290>.
8. Жуков С. Як притягувати до субсидіарної відповідальності за доведення до банкрутства. *Закон і бізнес*. URL: <https://zib.com.ua/ua/141324.html>.
9. Задохайло Д. В. Корпоративне управління: навч. посіб. / Д. В. Задохайло, О. Р. Кібенко, Г. В. Назарова. Харків: Еспада, 2003. С. 688.
10. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14 травня 1992 року № 2343-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2343-12#Text> (втратив чинність)
11. Insolvency Act 1986. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>.
12. Кодекс України з процедур банкрутства від 18 жовтня 2018 року № 2597-VIII (із змінами). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19>.
13. Кримінальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
14. Левшина Я. О. Види відповідальності у процедурі банкрутства. *Право України*. 2020. №2. С. 105–108. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2020/2/18.pdf>.
15. Лотфуллин Р.К. Субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц при банкротстве. 2021. URL: https://m-lawbooks.ru/wpcontent/uploads/2021/03/lotfullin_sbp2021_subsidary_liability_book.pdf.
16. Лукач І.В. Холдингові компанії за законодавством України. Поняття, ознаки, нормативна база. *Вісник господарського судочинства*. 2005. № 1. С. 245–253.
17. Методика проведення судово-економічних експертиз з питань банкрутства, фіктивного банкрутства та доведення до банкрутства підприємств» (реєстраційний код 11.2.47). URL: <https://rmpse.minjust.gov.ua/page/12>.
18. Молчанов А. Жизнеспособная альтернатива. *Юридическая практика* 2019. № 16. URL: <https://pravo.ua/articles/ten-solidarnosti-2/>.
19. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 25.05.2021 у справі № 910/11027/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/>.

20. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 30.01.2018 у справі № 923/862/15 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72008724/>
21. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 09.12.2020 у справі №922/1067/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93589364>.
22. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 23.03.2021 у справі № 910/3191/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/>.
23. Постанова Верховного суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 16.06.2020 у справі № 910/21232/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89910859>.
24. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 08.09.2020 у справі №464/134/17. URL; <https://reyestr.court.gov.ua/Review/>.
25. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 05.02.2019 у справі № 923/1432/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/>.
26. Постанова Верховного Суду від 30.10.2019 у справі №906/904/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85617441>.
27. Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 17.06.2020 у справі № 924/669/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/>.
28. Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 04.03.2021 №911/1814/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/>.
29. Пригуза П.Д., Пригуза А.П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції 18 счня 2013 р. (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1-21). Видавництво «ТДС». Херсон, 2013. 304 с.
30. Пригуза П. Субсидіарна відповідальність за доведення до банкрутства: становлення інституту права. Застосування норм Кодексу України з процедур банкрутства. Збірка наукових статей / За загальною редакцією д.ю.н., судді Верховного Суду С.В. Жукова. Київ : Алерта, 2019. С. 180–195.
31. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо виявлення ознак неплатоспроможності підприємства та ознак дій із приховування банкрутства, фіктивного банкрутства чи доведення до банкрутства: Наказ Міністерства економіки України 19.01.2006 N 14 (у редакції наказу Міністерства економіки України від 26.10.2010 № 1361). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0014665-06#Text>.
32. Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты / сост. В. И. Лафитский ; под ред. и со вступ. ст. О. А. Жидков. М. : Прогресс-Универс, 1993.
33. Tetrault, McCarthy Directors' and Officers' Duties and Liabilities in Canada. 1997.
34. Ухвала Господарського суду міста Києва у справі №910/21232/16 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/>.
35. Цивільний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
36. Шуба Б. В. Відповідальність учасників господарського товариства як засіб захисту інтересів його кредиторів (порівняльно-правовий аналіз німецького і українського права) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Б. В. Шуба. Харків, 2005. 20 с.