



УДК 347.72

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВПЛИВУ ОСТАННІХ ЗАКОНОДАВЧИХ ЗМІН НА СИСТЕМУ ПРОЯВІВ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРОТИДІЇ ЗЛОВЖИВАННЮ ПРАВОМ У КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Кучмієнко О.В., здобувач
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена аналізу впливу зміни кворуму загальних зборів АТ, запровадження інституту похідних позовів та незалежних директорів на систему проявів та протидію зловживанню правом у корпоративних правовідносинах.

Ключові слова: кворум, незалежні директори, похідний позов, зловживання правом, корпоративні правовідносини.

Статья посвящена анализу влияния изменений кворума общего собрания АО, введения института непрямого иска и независимых директоров на систему проявлений и противодействия злоупотреблению правом в корпоративных правоотношениях.

Ключевые слова: кворум, независимые директора, непрямо́й иск, злоупотребление правом, корпоративные правоотношения.

Kuchmiienko O.V. SOME ISSUES REGARDING THE INFLUENCE OF THE RECENT LEGISLATIVE AMENDMENTS ON THE SYSTEM OF ABUSE OF RIGHTS AND THE EFFECTIVENESS OF THE PREVENTION OF ABUSE OF RIGHTS IN CORPORATE RELATIONS

The article devoted to the analysis of influence of the general meetings quorum of JSC, the implementation of the derivative claim and independent directors on the system of abuse of rights and the effectiveness of the prevention of abuse of rights in corporate relations.

Key words: quorum, independent directors, derivative claim, abuse of rights, corporate relations.

Постановка проблеми. Актуальність статті обумовлена запровадженням низки суттєвих змін, покликаних на виконання зобов'язань України з Угоди про асоціацію з ЄС, а також підвищення місця України в міжнародних рейтингах шляхом поліпшення умов ведення підприємницької діяльності та якості корпоративного управління.

Так, Законом України «Про внесення змін до статті 41 Закону України «Про акціонерні товариства» щодо кворуму загальних зборів акціонерних товариств з мажоритарними корпоративними правами держави» від 13 січня 2015 р. № 91-VIII було зменшено кворум для проведення загальних зборів. Суттєві зміни запропоновано Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів», підписаний Президентом України 5 травня 2015 р., що набирає чинності в частині, що стосується корпоративних прав, з травня 2016 р. Зокрема передбачається підвищити рівень захисту прав інвесторів у запровадження інститутів похідного позову, незалежних директорів, детального регулювання правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість, нових підходів до відповідальності посадових осіб товариства [7].

Суть розробленості проблеми. Дослідження окремих аспектів зловживання правом у корпоративних правовідносинах залишається невеликою, попри достатній інтерес до тематики корпоративних правовідносин та зловживання правом. Серед авторів таких доробок можна назвати І. Алексєєва, О. Ковалишин, О. Колеснікова, Х.Г. Колінчука, О.В. Коломійцеву, О.А. Кузнєцова, І.А. Тимаєву, О.А. Портикову, І.Б. Саракун, О.Ю. Серьогіна, А. Смітюха, Д.А. Токарева, О.В. Чернокальцеву та

деяких інших. В той же час оцінка окремих законодавчих змін не отримала відображення на науковому рівні, оскільки такі зміни ще не набрали чинності, більше того – відповідний Закон був підписаний Президентом України лише 5 травня 2015 р.

Метою статті є аналіз окремих останніх законодавчих змін на предмет протидії негативними проявам зловживанню правом у корпоративних правовідносинах шляхом дослідження найсуттєвіших з них.

Виклад основного матеріалу. Зупинимось насамперед на похідних позовах, незалежних директорах та кворумі загальних зборів.

1. Похідні позови та впровадження відповідальності посадових осіб господарських товариств у випадку завдання шкоди товариству їхніми неправомірними діями. Інститут похідного позову в Україні. Інститут похідних (непрямих позовів) є одним із основних способів захисту інтересів товариства від зловживань акціонерів, а також опосередковано впливає на охорону та захист інтересів добросовісних акціонерів.

Непрямі позови подаються учасником/учасниками в інтересах товариства у разі завдання шкоди товариству з боку осіб, що входять до складу його органів, учасників або третіх осіб. Варто сказати, що протягом певного часу окремі елементи цих позовів були включені в правову систему України (ч. 2 ст. 72 ЗУ «Про акціонерні товариства» до лютого 2011 р.), проте також часто використовувались як засіб зловживання правом. Думку про доцільність введення в Україні непрямих (похідних) позовів відстоює і Ю. Попов, звертаючи увагу на необхідність розроблення механізмів, що ускладнювали б зловживання цим

правом (наприклад, «майновий ценз» для АТ тощо) [5, с. 64]. Серед таких механізмів у США використовується п. 23.1. Федеральних правил цивільного процесу США, відповідно до якого у позовній заяві в забезпечення права корпорації повинно бути вказано, що «позов акціонера або учасника корпорації (асоціації) в захист права останньої не викликаний його бажанням скористатися юрисдикцією суду США в корисних цілях» [1, с. 279–280].

5 травня 2015 р. Президент України підписав Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів», яким відповідно до найкращої європейської практики в Україні знову запроваджується інститут непрямого позову. Суб'єктом такого права є учасники товариства, яким сукупно належить 10 і більше відсотків статутного капіталу (простих акцій) товариства. *Так, засобами, які слугуватимуть протидії зловживанню правом на подання позову в інтересах товариства як частини права на управління товариством з боку недобросовісних суб'єктів використання такого права є офіційне оприлюднення господарським судом на офіційному сайті ВГСУ деяких документів у справах про відшкодування збитків, завданих господарському товариству його посадовою особою (ч. 1 ст. 4–8 ГПК України).* Відтак забезпечується достатній рівень відкритості процесу, щоб кожна уповноважена особа могла стати представником товариства та вплинути на хід справи. Також згідно з ч. 2 ст. 21 ГПК України (в редакції з травня 2016 р.) стороною в таких справах лишається товариство, що обмежує процесуальні права представників.

Крім того, *створено передумови використання в одній справі кількох акціонерами свого права на звернення до суду в інтересах товариства з різними вимогами або відстоювання відмінних позицій, оскільки у випадках, передбачених ч. 9 ст. 28 ГПК України реалізація окремих процесуальних прав можлива за письмовою згодою усіх представників товариства.* Такими випадками є відмова від позову, зменшення розміру позовних вимог, зміна предмета або підстави позову, укладення мирової угоди, відмова від апеляційної або касаційної скарги. Однак, на жаль, відкритим лишилось питання, як діяти суду у випадках, коли представники так і не дійшли згоди зі згаданих принципових питань. З одного боку, імперативність норми не дає змоги врегулювати відповідне питання на локальному рівні, а з іншого – не дозволяє вирішити відповідне питання на розсуд суду.

Отже, на практиці і такий позитивний за змістом та спрямуванням інститут як непрямий позов може бути використаний недобросовісними учасниками для зловживання правом на формування стратегії ведення процесу та отримання неправомірної вигоди. По-перше, Учасник 1, що володіє 10 відсотками частки в статутному капіталі товариства звертається до суду в порядку непрямого позову у зв'язку з діями директора. Учасник 2, який володіє від 10 до 90 відсотків часток, також подає заяву про участь в процесі, та своїми діями фактично затягує процес

та всіляко заважає належному розгляду справи. По-друге, мінімальний ценз у 10 відсотків унеможлиблює використання такого механізму в акціонерних товариствах з високим рівнем концентрації капіталу, що є характерним для України (наприклад, коли одна особа або фактично пов'язані особи володіють 91 відсотком часток). Тож меншоритарний акціонер в такій ситуації не зможе вплинути на дії виконавчого органу. Наразі перспективними видаються дослідження в напрямку пошуку способів протидії таким зловживанням.

Зарубіжна практика похідного позову.

Для аналізу ефективності механізму непрямого позову в процесі протидії зловживання правом необхідно насамперед проаналізувати підходи до використання механізму непрямих позовів щодо дійсності рішень виконавчого органу з порушенням процедури прийняття таких рішень в різних країнах світу, зокрема Іспанії, Італії, Німеччині, Польщі, Латвії, Японії, Франції, Великобританії та США. Так, у зарубіжній, зокрема англійській літературі широко застосовуваним є такий метод викладу матеріалу як «*case study*» (навчання на справах) – автор пропонує до розгляду гіпотетичну або не гіпотетичну ситуацію, вирішуючи її розглядає доктринальні, нормативні та часто філософсько-правові аспекти того чи іншого явища.

Девід Кабреллі проводить дослідження на основі такої фабули. Компанія «Венчурний Капітал» інвестувала суттєву суму коштів на купівлю 76 відсотків акцій Компанії «Портфоліо», великої приватної компанії, що спеціалізується на нанотехнологіях. Ця компанія була створена Засновником 1, Засновником 2 та Засновником 3, кожен з яких володіє 8 відсотками акцій компанії. Після такого розподілу власників статутного капіталу «Венчурний капітал» отримав право призначити двох з чотирьох членів виконавчого органу; також по одному члену призначили Засновник 1 та Засновник 2. Через два роки Засновник 2 відмовляється від права призначити члена виконавчого органу та продає належні йому 8 відсотків акцій Компанії «Венчурний капітал» та внаслідок цього призначається консультантом до компанії «Портфоліо» відповідно до контракту з щорічною виплатою в розмірі 100 тисяч доларів. Установчими документами «Портфоліо» передбачено, що припинення будь-якого договору з сумою виконання понад 75 тисяч доларів має бути схвалено не менш, ніж 75 відсотками голосів акціонерів компанії. Тим не менш, два члени виконавчого органу (від «Венчурного Капіталу») та один член, призначений Засновником 1 прийняли рішення виконавчого органу більшістю голосів про припинення контракту Засновника 2 з компанією «Портфоліо». Засновник 2, своєю чергою, вимагає скасування цього рішення виконавчого органу на підставі порушення вимог компетенції – це рішення має прийматися учасниками компанії, а не виконавчим органом, тому таке рішення є недійсним.

Також позов Засновника 2 призвів до зростання напруги у відносинах між «Венчурним капіталом», Засновником 1 та Засновником 3, внаслідок суттєвого тиску Засновник



З погодився продати свої акції «Венчурному капіталу». Відтак два директори, призначені «Венчурним капіталом», прийняли рішення більшістю голосів про передання прав інтелектуальної власності на значну суму за ціною, меншою ринкової вартості компанії ABC, яка повністю належить «Венчурному капіталу», що було повністю схвалено рішенням загальних зборів, оскільки 92 відсотків акцій належать «Венчурному капіталу». Засновник 1 подав позов до двох членів виконавчого органу, призначених учасником «Венчурний капітал», про порушення обов'язків та до «Венчурного капіталу». Засновник 1 вимагає від імені та на користь «Портфоліо» повернути майно від ABC до «Портфоліо».

Чи буде такий позов задоволено у кожній з досліджуваних країн [8, с. 287].

По-перше, йдеться про питання можливості подання непрямих позовів, тобто позовів акціонера на користь товариства. В усіх досліджених правових системах Засновник 2 не має права оскаржити рішення про припинення його контракту про надання консультаційних послуг у випадку, коли це відповідало інтересам Засновника 3. Лише у Франції, Японії та Фінляндії Засновник 2 матиме право отримати відшкодування збитків, причому у Франції можливим є звернення до самого товариства, в той час, як у Фінляндії та Японії позов можна подати безпосередньо до членів виконавчого органу.

В усіх країнах позов Засновника 1 щодо порушення своїх обов'язків двома членами виконавчого органу, призначених учасником «Венчурний капітал» та до «Венчурного капіталу» імовірніше за все буде успішним, але відмінною буде відповідь на питання про особу – набувача відшкодування – Засновник 1 (Іспанія) чи «Портфоліо» (решта країн). Однак лише в Іспанії та Латвії можливим буде повернення майна з власності ABC.

По-друге, досліджується можливість припинення Контракту про надання консультаційних послуг Засновника 2 у разі, коли такі дії були вчинені в інтересах Засновника 3. У цьому контексті автором досліджено два питання: по-перше, чи треті особи (Засновник 2) мають право оскаржувати рішення виконавчого органу або порушення локальних нормативно-правових актів «Портфоліо»; і по-друге, якщо так, то чи одностороннє схвалення акціонерами такого рішення унеможливує оскарження відповідного рішення виконавчого органу Засновнику 2 про припинення його Контракту щодо надання консультаційних послуг або апелювання про порушення локальних актів корпоративного управління.

Відповідь на обидва поставлені питання є негативною у всіх досліджених правових системах, однак відрізняється її правове обґрунтування.

Щодо оскарження рішення виконавчого органу або порушення локальних нормативних актів «Портфоліо» щодо корпоративного управління, вдалося дійти висновків про таке. Загальним правом Великобританії Засновнику 2 заборонено апелювати до порушення локальних нормативних актів компанії

щодо корпоративного управління, оскільки він є третьою особою і відповідно не має належної правосуб'єктності. У Великобританії немає механізму оскарження оспорюваного рішення виконавчого органу. Така ж позиція закріплена і в праві США. Аналогічного висновку можна дійти і внаслідок аналізу правового регулювання представників країн т.зв. цивільного права, наприклад, Іспанії, Італії, Німеччини, Польщі, Латвії, Японії, однак відмінним буде обґрунтування такого висновку. На відміну від США та Великобританії, правові процеси у вказаних державах насамперед зосереджуються на питанні можливості Засновника 2 оскаржити рішення виконавчого органу, а не праві забезпечення дотримання локальних актів компанії. Натомість в усіх країнах цивільного права, крім Франції, Засновник 2 не наділений достатньою процесуальною правосуб'єктністю в цій частині, а тому не матиме права на оскарження рішення виконавчого органу як процедурного порушення локальних актів, оскільки він є кредитором, а не акціонером або представником менеджменту. Хоча рішення виконавчого органу може бути нікчемним або оспорюваним, це ніяк не впливає на правомірність припинення контракту про надання консультаційних послуг. В Італії, Німеччині, Польщі та Латвії такий висновок ґрунтується на правилі про те, що право виконавчого органу представляти товариство у відносинах з іншими особами не може бути обмеженим. В той же час у Франції та Фінляндії Засновник 2 не може оскаржувати припинення його контракту про надання консультаційних послуг, якщо таке припинення було вчинено в інтересах Засновника 3 [8, с. 320–321].

Отже, механізм похідного позову може бути як засобом зловживання правом, так і способом протидії такому зловживанню. *Однак для максимізації позитивного ефекту такого механізму в іноземній практиці існують стримуючі правила.* Наприклад, неможливість оскарження рішення, що порушує інтереси одного акціонера, якщо це відповідає інтересам решти акціонерів, проте в деяких випадках можуть бути відшкодовані збитки, завдані таким рішенням, як учаснику, так і товариству. Тобто інтерес виступає критерієм кваліфікації дій особи як зловживання правом. Однак, якщо раніше ми говорили про дії, спрямовані на задоволення правоохоронюваного інтересу окремої особи, то зараз йдеться про правоохоронюваний інтерес всіх акціонерів. В той же час слід пам'ятати, що сукупність всіх інтересів акціонерів не завжди відповідає інтересам самого товариства. Тому постає питання про конфлікт інтересів учасників та самого товариства, *де пріоритет має віддаватись захисту інтересу, що найбільше відповідає критеріям правоохоронюваності, стратегічності та задоволення якого спричиняє найменшу шкоду іншим правоохоронюваним інтересам. Крім того, в умовах останніх законодавчих змін, в контексті похідного позову слід говорити про пріоритет інтересу товариства, оскільки саме в його інтересах подається відповідний позов.*

Також європейська практика дозволяє дійти висновку про те, що навіть у випадку,

коли відчуження майна товариства відбулось із порушенням процедури такого відчуження виконавчим органом, який представляє саме товариство, повернути майно від добросовісного набувача майже в усіх країнах неможливо. Така позиція ґрунтується зокрема і на положенні статті 9 Першої Директиви Ради ЄС від 9 березня 1968 р. «Про узгодження гарантій, яких вимагають держави – члени від товариств у розумінні частини статті 58 Договору з метою захисту інтересів учасників та третіх осіб, з огляду на встановлення рівності таких гарантій у всьому Співтоваристві».

Натомість використовується механізм відшкодування збитків членами виконавчого органу товариству. Очевидно, що інститут похідного позову в такому випадку є ефективним засобом протидії зловживанню правом з боку самого товариства (оскільки виконавчий орган фактично представляє саме товариство), з боку окремих акціонерів (мажоритарного акціонера або коли акціонер скористався правом представництва товариства на основі довіреності, відчуживши майно).

Отже, практика зарубіжних країн свідчить, що у випадку неможливості похідного позову практично в усіх випадках існує можливість відшкодування збитків, завданих відповідними діями виконавчого органу. Крім того, практично в усіх державах передбачені механізми, які слугують цілям попередження зловживання правом.

Похідні та колективні позови. Особливої уваги заслуговують колективні позови як позови, що подаються в інтересах групи учасників, права або законні інтереси яких були порушені. Необхідність інституту колективних позовів автор пояснює соціальними цілями та чисельною, а не майновою більшістю міноритаріїв [2, с. 8]. Колективні позови також розглядаються як один з основних способів здійснення контролю за діяльністю керівництва товариства [4, с. 29]. Їх принципова відмінність від похідного позову полягає в тому, що похідний позов є способом захисту прав та інтересів окремих акціонерів, а не самого товариства. На жаль, цей спосіб захисту прав поки що не відомий українському корпоративному законодавству, а доцільність його впровадження потребує окремого дослідження.

Отже, впровадження в Україні похідного позову є важливим кроком для захисту від зловживання правом, однак аналіз законодавчих новел, на жаль, дає підстави для висновків про деяку недосконалість загалом позитивного механізму та створення нових видів зловживання правом – у сфері реалізації права на подання позову в інтересах товариства як частини права на управління товариством. *Виходом із ситуації є розвиток доктрини зловживання правом та позитивної практики застосування норми ч. 3 ст. 16 ЦК України.*

2. Запровадження інституту «незалежних директорів», які будуть представляти інтереси міноритарних акціонерів у публічних акціонерних товариствах.

Відповідно до п. 7 Преамбули Рекомендації Комісії Європейських співтовариств від

15 лютого 2005 р. «Про роль не виконавчих директорів або наглядових директорів лістингових компаній і про комітети (наглядової) ради» інститут незалежних директорів широко розглядається як засіб захисту інтересів акціонерів і інших зацікавлених осіб з подвійним спрямуванням: захистом інтересів міноритарних акціонерів та самого товариства. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» цей інститут запроваджується і в Україні.

Причому в Європі із економічними теоріями корпоративного управління (агентська, теорія управлінських та заінтересованих осіб [3, с. 22–27]) існує щонайменше дві рольові концепції незалежних директорів залежно від їхнього основного призначення, що обумовлено попитом на конкретну функцію. Так в англо-американській системі основною функцією є створення збалансування повноважень виконавчого органу та наглядової ради з огляду на низький рівень концентрації власності (багато некрупних акціонерів). В той час як для романо-германської та скандинавської систем характерною є висока концентрація капіталу, тому головною метою незалежних директорів є захист інтересів міноритарних акціонерів від зловживань правом та інших порушень з боку мажоритаріїв. Можливо, саме такими особливостями пояснюється те, що у Великобританії Голова наглядової ради є незалежним директором [9, с. 534].

На нашу думку, варто враховувати особливості України, яка тяжіє до другого типу функцій незалежних директорів, однак низька правова та ділова культура учасників відносно вимагає мультифункціональності незалежних директорів.

Вимоги до таких осіб встановлені пунктом 10-1 частини 1 статті 2 Закону України «Про акціонерні товариства» та загалом відповідають Додатку II Рекомендації Комісії Європейських співтовариств від 15 лютого 2005 р. «Про роль не виконавчих директорів або наглядових директорів лістингових компаній і про комітети (наглядової) ради».

Концептуальним призначенням незалежних директорів є спрямування політики компанії в стратегічному довгостроковому напрямку, визначення винагорода та контроль за діяльністю виконавчого органу, а також здійснення функції поєднувальної ланки між виконавчим органом та акціонерами [10, с. 92].

Так, запровадження інституту незалежних директорів покликано прямо та опосередковано протидіяти таким проявам зловживання правом, як право на контроль за діяльністю товариства (в тому числі при аудиторських перевірках); право на отримання прибутку (винагорода посадовим особам товариства, завищений розмір якої впливає на зменшення дивідендів в будь-якому разі; ситуація погіршується, коли учасник товариства є членом такого виконавчого органу); з боку товариства – вчинення правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість та махінації відстороненням директора тощо. Ефективність діяльності незалежних директорів саме в цій частині покаже лише практика.



У віданні незалежних директорів відповідно до ч. 1 ст. 56 Закону України «Про акціонерні товариства» фактично знаходяться питання комітетів з питань аудиту, комітету з питань визначення винагороди посадовим особам товариства та комітету з питань призначень. Отже, контрольні та кадрові (управлінські) функції наглядової ради знаходяться під контролем незалежних її членів, що цілком відповідає найкращій європейській практиці та вимогам Рекомендацій Комісії Європейських співтовариств від 15 лютого 2005 р. «Про роль не виконавчих директорів або наглядових директорів лістингових компаній і про комітети (наглядової) ради». Тож одним з найважливіших завдань забезпечення прозорості діяльності згаданих комітетів є виконання вимог реальної незалежності таких членів.

У ПрАТ можливим є спрощений порядок обрання наглядової ради, що обумовлено концептуальними відмінностями між ПАТ та ПрАТ (ч. 10 ст. 53 Закону України «Про акціонерні товариства»). В той же час функцією постійного представництва інтересів кожного акціонера в наглядовій раді обумовлена норма ч. 6 ст. 53 Закону України «Про акціонерні товариства». Отже, засновники ПрАТ, які в договірному порядку відмовляються від цього важелю контролю та реалізації свого права на представництво інтересів при здійсненні права на управління, ризикують, що при неможливості здійснення їхнім представником або особисто повноважень члена наглядової ради, остання продовжить приймати рішення з нехтуванням інтересів такої особи. Відповідно кумулятивне голосування саме собою покликано максимально захищати інтереси міноритаріїв, також існує законодавча прив'язка порядку припинення повноважень цього органу до способу обрання його членів. Тому відмовлятися від цих переваг є сенс лише у випадку, коли сторони передбачають індивідуальні способи охорони своїх інтересів Статутом товариства або коли структура учасників характеризується максимальним рівнем фідучіарності.

У науці та практиці корпоративного права зарубіжних країн чільна увага приділяється **чисельності наглядової ради та пропорції незалежних її членів** та її впливу на ефективність діяльності товариства та захисту прав та інтересів його учасників. Так, у зарубіжній літературі цьому питанню присвячені праці з математичними розрахунками та формулами максимізації такої ефективності [10, с. 91–103]. Відтак встановлено, що більша кількість членів наглядової ради позитивно впливає на інвестиційну привабливість товариства з презумпцією прозорішого фінансового контролю [11, с. 3–37]. Так, ідеальною є кількість членів від 6 до 15 осіб, залежно від індивідуальних особливостей. В той же час прямої залежності між ефективністю та кількісним складом встановити не вдалось [12, с. 89].

Другою цікавою гіпотезою є те, що чим більша кількість представників – акціонерів у наглядовій раді, тим менша кількість незалежних директорів потрібна для забезпечення вимог відповідальної, етичної та ефективною діяльності такого органу потрібно. Тобто концентрація власників виступає заміни-

ком контролю [12, с. 94]. На нашу думку, в правових реаліях України такий висновок є не зовсім справедливим з огляду на таке. По-перше, самостійне здійснення акціонером функцій члена наглядової ради не виключає можливість представництва. Так згідно з останніми змінами **членом наглядової ради акціонерного товариства може бути лише фізична особа** (ч. 2 ст. 53), в той час як до травня 2016 р. таке право матиме і юридична особа. З одного боку, таке обмеження полегшує діяльність наглядової ради, забезпечує можливість відповідності кваліфікаційним критеріям члена наглядової ради, з іншого – обмежує право учасника на самостійне здійснення управління товариством. В той же час відповідно до ч. 3 ст. 53 Закону України «Про акціонерні товариства» до складу наглядової ради можуть входити представники акціонерів. По – друге, відповідно до останніх змін представник та акціонер відповідають солідарно за завдані збитки, тому представник наділений стимулом діяти відповідно (ч. 8 ст. 53 Закону України «Про акціонерні товариства» в редакції, чинній з травня 2016 р.). По-третє, для України характерною є висока концентрація капіталу, тому часто доводиться захищати від зловживань не товариство від менеджменту, а товариство та міноритарних учасників від їх мажоритарних колег.

Отже, в практиці зарубіжного корпоративного управління панує математично доведена теорія про те, що чим більший кількісний склад наглядової ради, тим меншим є деструктивний вплив, зокрема і зловживання правом, в той же час після досягнення певної кількості членів наглядової ради відношення стає обернено пропорційним. Цей процес уповільнюється при збільшенні пропорції незалежних директорів. Також незалежні директори розглядаються як засіб конвергенції інтересів [12, с. 79], на нашу думку, всіх учасників корпоративних відносин – міноритарних та мажоритарних учасників та самого товариства, а також акціонерів – членів наглядової ради як окремої категорії осіб.

Принагідно зазначимо, що товариства з більшістю незалежних директорів рідше стають об'єктом недружніх поглинань, і якщо поглинання відбувається – таки, фінансові умови, що обговорюються в межах наглядової ради, а також правочини є більш сприятливими для акціонерів компанії [12, с. 84].

Також, враховуючи українські правові традиції та підприємницьку культуру неважко помітити потенційну закономірність, для того, щоб максимально «розмити» голоси незалежних директорів при прийнятті наглядовою радою непрофільних для них рішень (аудит, винагорода, призначення), тобто випадків, коли рішення приймається всім складом наглядової ради, може бути створена наглядова рада з великою чисельністю членів. Тому для максимально ефективного використання переваг інститут незалежних директорів, зокрема як засобу протидії зловживанню правом мажоритарними акціонерами та (або) товариством в особі його органів, є сенс створювати наглядову раду з кількістю членів в три, в крайньому випадку – п'яти осіб.

Загалом ці зміни є колосальним кроком вперед на шляху протидії зловживанню основними корпоративними правами, реалізація яких впливає на ефективність діяльності товариства, захисту правоохоронюваних інтересів всіх акціонерів, а також загального інтересу товариства – його процвітання.

В той же час доцільним є передбачення на законодавчому або локальному рівні *наслідків втрати такої незалежності*, окрім обов'язку скласти свої повноваження з огляду на можливість його невиконання. *Такими механізмами можуть бути*: майнова відповідальність члена наглядової ради за наслідками неповідомлення про втрату незалежності (передбачення її в договорі з ним або в Положенні про наглядову раду); наділення НКЦПФР повноваженнями контролю за такою незалежністю з дотриманням балансу невтручання у внутрішні справи товариства, наділення; інші заходи, передбачені Статутом. Так, п. 2.4.6. Консультативного документу до Рекомендацій Європейської Комісії щодо ролі незалежних або наглядових директорів від 5 травня 2004 р. передбачено, що голова кожного із загаданих комітетів має бути доступним для надання відповідей на питання акціонерів на загальних зборах. Однак головним превенційним заходом має лишатись репутація такого директора, втрата якої означає припинення кар'єри незалежного директора в цій сфері, що фактично зводиться до питання про забезпечення кваліфікаційних вимог до незалежного директора. Зокрема в зарубіжній літературі йдеться про те, що хороший незалежний директор повинен привносити детальні знання відповідного типу господарської діяльності, поліпшувати управління та нагляд за діяльністю компанії, а також знижувати рівень конфліктності інтересів [10, с. 92].

Отже, з травня 2016 р. в Україні почне формуватись практика діяльності незалежних директорів, основним завданням яких є захист інтересів міноритарних акціонерів, зокрема від зловживання правом мажоритарними учасниками. Цей інститут покликаний зменшити внутрішню конфліктність інтересів, усунути передумови для зловживання правом та формувати належну корпоративну етику. З ефективним впровадженням цього інституту кількість проявів зловживання правом з боку товариства в особі його органів має зменшитись. В той же час, актуальним видається питання забезпечення незалежності директора протягом часу здійснення його повноважень. Також новим викликом може стати розширення категорій товариств, де такі директори будуть включені до наглядових рад, а також збільшення пропорційної кількості незалежних директорів.

Третьою помітною новацією законодавства є зміна кворуму загальних зборів акціонерів з 60 відсотків на більше, ніж 50. Вимога щодо визнання правомочності загальних зборів акціонерного товариства (кворуму) лише за умови, коли у зборах беруть участь акціонери, що володіють в сукупності не менш як 60 відсотками голосуючих акцій, дає можливість власникам, що сукупно володіють від 40 до 50 відсотками акцій, навмисно блокувати

проведення загальних зборів. Це може призводити до свідомого затягування у прийнятті важливих рішень акціонерами, а також спричиняти зловживання та порушення корпоративних прав та інтересів більшості акціонерів [6]. Загалом така зміна є позитивною з огляду демократизації акціонерних товариств та зменшення впливу мажоритарних акціонерів на здійснення діяльності товариства. Також вдалим є встановлення перехідного періоду набуття чинності для більшості акціонерних товариств (з участю держави менше 50 відсотків) до 1 січня 2016 р., що відповідає забезпеченню принципу стабільності та передбаченості, зокрема умов ведення бізнесу. Така зміна загалом сприятиме усуненню умов для зловживання правом на участь у загальних зборах, що призведе до підвищення інвестиційної привабливості українських товариств.

Крім того, окремою позитивною увагою заслуговують і положення пункту 10 Розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про депозитарну систему» від 6 липня 2012 № 5178-VI, згідно з яким якщо власник цінних паперів протягом одного року з дня набрання чинності цим Законом (до 10 жовтня 2014 р.) не уклав з обраною емітентом депозитарною установою договору про обслуговування рахунка в цінних паперах від власного імені або не здійснив переказ належних йому прав на цінні папери на свій рахунок у цінних паперах, відкритий в іншій депозитарній установі, цінні папери такого власника (які дають право на участь в органах емітента) не враховуються при визначенні кворуму та при голосуванні в органах емітента. Зазначені зміни сприяють протидії зловживанню правом на участь у загальних зборах, підвищують ліквідність акцій публічних акціонерних товариств, а також відповідають, по-перше, інтересам мажоритарних акціонерів – які при купівлі акцій можуть купувати пакет, який реально та номінально забезпечує той обсяг корпоративних прав, а відповідно і впливу, який планує ця особа. По – друге, міноритарні акціонери, які беруть реальну участь у загальних зборах мають можливість впливати на діяльність товариства в частині права на участь в загальних зборах, коли це право є єдиним способом протидіяти зловживанням мажоритарія.

В той же час норма щодо зниження кворуму до 50 відсотків не є абсолютним засобом для протидії різного роду зловживанням. Іноземній, зокрема англійській, практиці відомі і ситуації, коли для кворуму є необхідною участь хоча одного представника – учасника акціонерів привілейованих акцій або акціонера конкретного класу акцій [13, с. 472], що розглядається як спосіб протидії зловживанню правом на управління акціонерів – власників простих акцій.

Варто відзначити, що для ТОВ також доцільним є перегляд кворуму загальних зборів, що частково вже відображено в існуючих законодавчих ініціативах (Проект Закону від 29 квітня 2015 р. № 2757).

Отже, норма про зменшення кворуму загальних зборів АТ загалом відповідає іноземній практиці та сприяє боротьбі зі злов-



живанням правом на управління і може розглядатись як загальний спосіб протидії зловживанню правом в корпоративних правовідносинах. Однак такий захід не завжди є достатнім, тому перспективним видається дослідження іноземної практики застосування інституту кворуму загальних зборів.

Також суттєвими є зміни до абзацу першого ч. 3 ст. 39 Закону України «Про акціонерні товариства» **щодо імперативних правил посвідчення довіреності на участь в загальних зборах**. Так, загалом довіреність, видана фізичною особою, потребує посвідчення, на відміну від довіреності юридичної особи, яка видається її уповноваженим органом. Однак нічого не вказано про можливість та порядок представництва держави. Можливо, таке упущення обумовлено тим, що уповноважений орган держави в межах своїх повноважень вимушений уповноважити особу на представництво своїх інтересів на загальних зборах. Така прогалина може обернутися, по-перше, необґрунтованими вимогами організаторів загальних зборів про спеціальний порядок посвідчення довіреності, що може призвести до порушення права на участь в загальних зборах. Імовірно держава отримає захист цього права в суді, однак за цей час може відбутись, наприклад, неправомірне відчуження майна товариства, яке можна було б не допустити у випадку участі держави у відповідних зборах.

Висновки. Розглянуті законодавчі зміни, які набирають чинності протягом 2016 р. (з 1 січня та 1 травня відповідно) є безумовним кроком вперед в контексті протидії зловживанню правом в корпоративних правовідносинах. В той же час ці новації можуть створити нові умови для зловживання правом в цій сфері, протидія яким має здійснюватись як окремими тактичними заходами, так і формуванням практики застосування норм щодо зловживання правом, збільшенням гнучкості корпоративного законодавства та надання можливості врегульовувати окремі питання на локальному рівні. Перспективним напрямком розробок в цій сфері видається подальше дослідження зарубіжного досвіду протидії зловживанням, а також перегляд норм, що регулюють діяльність ТОВ в частині підвищення їх диспозитивності та зменшення кворуму.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Аболнин Г.О. Недобросовестные иски как средство злоупотребления правом / Г.О. Аболнин // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. – 2004. – № 3. – С. 54–72 ; Рогач О.Я. Зловживання правом: теоретико-правове дослідження / О.Я. Рогач. – Ужгород : Ліра, 2011. – 368 с. – С. 279–280.
2. Вінник О.М. Корпоративні конфлікти та зловживання корпоративними правами в акціонерних товариствах: традиційні та інноваційні способи попередження та розв'язання / О.М. Вінник // Актуальні питання інноваційного розвитку. – 2012. – № 2. – С. 5–12.
3. Головіна Я.С. Конфлікт інтересів стейкхолдерів та роль наглядових рад у корпоративному управлінні в банках // Вісник соціально-економічних досліджень. – Вип. 4(47). – С. 22–27.
4. Ковальська К.В. Проблеми захисту прав акціонерної меншості в країнах з перехідною економікою / К.В. Ковальська // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Економіка. – 2003. – Вип. 64/65 – С. 28–29.
5. Попов Ю. Похідні (непрямі) позови: іноземний досвід та українські перспективи / Ю. Попов // Українське комерційне право : науково-практичний журнал / Центр комерційного права. – К., 2012. – № 12 : Правові аспекти діяльності товариств з обмеженою відповідальністю: проблеми та шляхи їх розв'язання. – С. 55–65.
6. Проект Закону про внесення змін до статті 41 Закону України «Про акціонерні товариства» (щодо кворуму загальних зборів акціонерних товариств з мажоритарними корпоративними правами держави) : Пояснювальна записка до Проекту Закону № 1310 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52772.
7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів : Пояснювальна записка до Проекту Закону № 2259. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54219.
8. Cabrelli David. Shareholders' rights and Litigation. – Oxford, United Kingdom : Hart Publishing, 2013, – 399 pages. – P. 287–321.
9. Daniel Johanson and Katarina Ostergren. The movement toward independent directors on Boards: A comparative Analysis of Sweden and the UK // Corporate governance: An International Review. – 2010. – № 18(6). – P. 527–539.
10. Pilar Giraldez and Jose Mauel Hurtado. Do independent directors protect shareholder value? // Business Ethics: A European Review. – Volume 23. – Number 1 – January 2014. – P. 91–103.
11. Anderson R.C., Mansi S. and Reeb D.M. 2004. 'Board characteristics, accounting report integrity, and the cost of debt' // Journal of Accounting & Economics – P. 3–37.
12. Michał Przybyłowski, Maria Aluchna, Anna Zamojska. Role of independent supervisoryboard members in Central and astern European countries // International Journal of Disclosure and Governance. – Vol. 8, 1. P. 77–98.
13. Boyle and Birds' Company Law. Jordans'8th edition. – P. 472.