

PROBLEMS OF NATIONAL PUBLIC AND PRIVATE LAW

Олександр Бігняк, к. ю. н.

Національний університет «Одеська юридична академія», Україна

ПОХІДНИЙ ПОЗОВ ТА КОРПОРАТИВНИЙ ДОГОВІР ЯК ЗАСОБИ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ: ДОСВІД УКРАЇНИ

Oleksandr Bihniak, PhD in Law

National University "Odesa Law Academy", Ukraine

DERIVATIVE ACTION AND CORPORATE CONTRACT AS MEANS OF CORPORATE RIGHTS PROTECTION: EXPERIENCE OF UKRAINE

The article is devoted to the study of such new means of corporate rights protection as a derivative action and corporate contract. The concept, forms, means and methods of protection of corporate rights, the relation between the specified categories and the place of a derivative action and a corporate contract in the mechanism of protection of corporate rights are explained. The article indicates the main features and characteristics of a derivative action as an unconventional mean of protection of the violated corporate rights or interests of a company and individual corporate interests of a shareholder, which, in the usual situation, is not authorized to act on behalf of the legal entity, which by virtue of the direct indication of the law appeals to the court for the dispute resolution. The existing practice of application of an indirect (derivative) action is analyzed.

Keywords: derivative action, corporate rights protection, corporate contract, forms of corporate rights protection, means of corporate rights protection.

Вступ. Становлення в Україні ринкової системи господарювання з розвинутим приватним сектором пов'язано з можливістю володіти, користуватися і відчужувати корпоративні права, а в разі порушення мати чіткі і зрозумілі механізми захисту корпоративних прав. Потреби суттєвого зростання ролі суб'єктів господарювання у розвитку економіки України, актуалізація корпоративних відносин зумовлюють необхідність підвищення рівня та ефективності правової регламентації питання захисту набувачів корпоративних прав за процедурою електронної системи купівлі-продажу у процесі виконавчого провадження.

Зважаючи на факт інтеграційних процесів та збільшення електронних сервісів, організації полегшення процесу оформлення договірних відносин подальший поштовх отримало зміцнення та вдосконалення вже існуючої та напрацьованої нормативно-правової бази. Для впровадження європейських стандартів життя та вихід України на провідні позиції у світі, поряд з дерегуляцією та розвитком підприємництва, актуальним залишається питання ефективного втілення реформи корпоративного права. Це питання стало одним із пріоритетним та знайшло закріплення і в Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» схваленій Указом Президента від 12.01.2015 р. № 5/2015¹, і в Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015 – 2020 роки, схваленій Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276². Поряд з цим, у Преамбулі Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом закріплено, поміж

¹ Указ про Стратегію сталого розвитку "Україна – 2020" 2015 (Президент України). Урядовий кур'єр, 6.

² Указ про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015 – 2020 роки 2015 (Президент України). Урядовий кур'єр, 92

іншого, відданість розвитку сприятливого клімату для економічних відносин між Сторонами, насамперед для розвитку підприємництва, інвестицій та торгівлі, які є ключовими факторами для економічної модернізації та необхідними у напрямку ефективності реформування законодавства в сфері корпоративного права: дерегуляції корпоративного права, підвищення рівня диспозитивності корпоративного права; підвищення стандартів корпоративного управління. Саме такі принципи лягли в основу Концепції реформування законодавства у сфері корпоративного права затвердженої, ще у квітні 2014 року Асоціацією правників України та залишаються пріоритетними до даного часу, незважаючи на низку позитивних змін та удосконалень корпоративного законодавства.

Однак, слід констатувати, що реформа корпоративного права не може відбутися без завершення реформи судової системи, реформи державного управління та напрацювання цілісної юридичної конструкції інституту захисту корпоративних прав. Тим більше, враховуючи, що з прийняттям змін до Конституції України щодо правосуддя та нового Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 29.06.2016 р.¹ були започатковані засади стосовно уніфікації судових процесів та відбулася реформа найвищого судового органу, який змінив, окрім своєї назви, ще й структуру, повноваження, кількісний та якісний склад. А з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 р.² завершилося комплексне реформування процесуального законодавства за останні 26 років та суспільство отримало нові правила судового процесу, розширився перелік способів судового захисту, відбулися інституційні зміни для подолання проблем пов'язаних у тому числі з інститутом захисту корпоративних прав на рівні процесуальної регламентації. Зокрема реформування судової системи та впровадження нових процесуальних регламентів направлено на напрацювання єдиної правозастосовної практики при розгляді корпоративних спорів; впровадження ефективних процесуальних інструментів для захисту прав та інтересів осіб, учасників судового провадження; усунення формальних та неформальних обмежень у використанні деяких засобів доказування; впровадження інструментів підтримки системи альтернативних способів вирішення корпоративних спорів; усунення проблем пов'язаних із зловживання процесуальними правами та невиконання процесуальних обов'язків, поєднані з неефективними заходами відповідальності за порушення правил судового процесу.

Проблема істотного удосконалення захисту корпоративних прав набуває фундаментального характеру у зв'язку з реформуванням діючого законодавства, входженням України до міжнародного співтовариства та обрання напрямку гарантованості в здійсненні прав та інтересів учасників корпоративних відносин. В умовах ринкових перетворень, глобалізаційних процесів, реформування територіальної організації влади слушним є звернення до питання корпоративних прав та окремих аспектів їх охорони і захисту, враховуючи спеціальні засади, особливі форми та способи захисту корпоративних прав.

Тому актуальність дослідження нових засобів захисту корпоративних прав, таких як похідний позов та корпоративний договір, сумнівів не викликає.

1. Способи та засоби захисту корпоративних прав

Складовими елементами захисту корпоративних прав є форми, способи та засоби. Так, модель захисту корпоративних прав базується не лише на формі захисту, але й на вірно обраному способі захисту, у зв'язку з тим, що не усі способи визначені в законодавстві допоможуть досягти бажаного результату. Слід зазначити, що у соціально-юридичному значенні це самостійні явища хоча тісно пов'язані між собою, при цьому форми захисту та засоби захисту співвідносяться між собою як загальне і часткове, і якщо вони в більшій мірі регулюються нормами процесуального права, то способи захисту є виключно предмет регулювання нормами матеріального права.

Суб'єктивні права, у тому числі корпоративні права є гарантованими та фактично реалізованими за умови, якщо в законодавстві будуть закріплені правові засоби для їх реалізації та ефективна система захисту, у разі їх порушення. Адже корпоративні права повинні бути

¹ Закон про судоустрій та статус суддів 2016 (Верховна Рада України). Відомості Верховної Ради України. 31. 7.

² Закон про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів 2017 (Верховна Рада України). Відомості Верховної Ради України, 48, 5.

не номінальними, а реально діючими, охоронятися, а в разі порушення захищатися з боку держави, та саме від складових захисту: форми, засобів та способів захисту залежить успіх обраного правового механізму.

Враховуючи, що Конституція України, не містить буквальних норм, які передбачають гарантії охорони та захисту корпоративних прав, необхідно визнати, що учасники корпоративних відносин мають широкий спектр вибору як способів, так і форм захисту своїх прав, які не заборонені законодавством. Саме вибір ефективних, дієвих форм та способів захисту порушеного права є запорукою досягнення цілі – захист прав та інтересів – приватноправових або публічно правових з одночасним збереженням балансу зазначених інтересів. Більше того, слід констатувати, що в певних випадках приватні інтереси учасників корпоративних відносин вимагають додаткового захисту, оскільки враховуючі окремі зловживання органами господарського товариства (як правило мова йде про загальні збори) реалізація певних прав ускладнюється, а в деяких випадках взагалі унеможлиблюється. Таке «замкнуте» коло проблем та невизначеність, породжуються не лише недосконалістю діючого корпоративного законодавства, але й помилковістю обраного механізму захисту. В свій час, О.Р. Кібенко, дійшла висновків що, сучасне корпоративне право України являє собою заплутаний та суперечливий конгломерат нормативних приписів, результатом яких є відсутність визначеності практично у будь-якій сфері регулювання»¹. Поряд з цим, відсутність єдиної судової практики у питаннях захисту корпоративних прав не допомагає у вирішенні питання визначеності та ясності, що зумовлює чисельні помилки при розгляді судами корпоративних спорів, і як наслідок велику кількість скасованих і змінених судових рішень.

Право покликано захищати інтереси, при цьому захист складає невід'ємну частину права і розглядається науковцями по-різному: як міра дозволеної поведінки; як систему правового регулювання; як гарантія прав; як примусовий спосіб здійснення порушеного права з метою його відновлення; як комплекс погоджених організаційних заходів; як сукупність мір правоохоронного характеру; як діяльність, тощо. Одні концепції зосереджуються на матеріально-правовій стороні категорії захисту, інші на процесуальній стороні, а деякі захист трактують занадто широко в якості правових норм.

Слід зазначити, що поняття захисту корпоративних прав є актуальним як для матеріального, так і процесуального права, кожна галузь як матеріального, так і процесуального права містить інститут захисту, при цьому жодна з них не наводить визначення даній категорії. Наукові роботи у більшій своїй частині сконцентровані на аналізі форм і способів захисту, при цьому не розділяючи їх та залишаючи поза увагою взаємозв'язок з іншими правовими категоріями, особливості захисту, що обумовлені розбіжностями предмету правового регулювання.

Отже, проблеми, пов'язані з існуванням і застосуванням даного складного правового міжгалузевого інституту залишаються, а фрагментарність досліджень не дозволяють комплексно та системно окреслити фундаментальність положень інституту захисту суб'єктивного права. Так, досліджуючи поняття захисту корпоративних прав, не можна залишити без уваги деякі загальнотеоретичні аспекти, які самі по собі є неоднозначними і дискусійними, але такими, що мають практичне значення для даної теми.

Саме з розвитком корпоративних відносин актуальною стає проблема захисту корпоративних прав, обрання ефективного механізму попередження та захисту від порушень у даній сфері за допомогою форм, способів та засобів захисту, що притаманні саме корпоративним правовідносинам. Поряд з юрисдикційними формами захисту корпоративних прав існує неюрисдикційна форма захисту, до якого відноситься, зокрема: медіація, заходи оперативного впливу та самозахист – направлений на відновлення порушених елементів правового статусу учасників корпоративних відносин, а також усунення загрози їх порушення без звернення до судових та інших уповноважених органів. Під неюрисдикційною формою захисту корпоративних прав слід розглядати процедурні дії захисту прав, які реалізуються самостійно учасниками корпоративних відносин або в рамках спеціальних досудових процедур врегулювання конфліктів, без звернення до компетентних державних органів. Широке застосування альтернативних форм вирішення корпоративних спорів дозволяє сконцентрувати розгляд даної категорії справ в незалежних від держави органах, де вони будуть ефективно розглядатися фахівцями, що

¹ Луць, В.В. (2010). *Корпоративне право України: підручник*. Київ: Юрінком-Інтер, 384

володіють необхідним досвідом. Позитивними моментами в використанні будь-яких досудових процедур врегулювання суперечок також є розумні терміни і спрощена процедура розгляду спору, потенційне скорочення кількості розглянутих справ в суді, конфіденційність.

Таким чином, і за кордоном, і в Україні існує велика кількість різноманітних форм захисту корпоративних прав. У той же час, аналіз практики вирішення корпоративних спорів в нашій країні дозволяє зробити висновок про недостатню увагу неюрисдикційній формі захисту корпоративних прав. Головна причина ситуації, що склалася криється в слабкому законодавчому механізмі позасудового захисту корпоративних прав.

Отже резюмуючи вищевикладене, захист корпоративних прав враховуючи наявність приватних та публічних інтересів характеризується двома формами: юрисдикційною та неюрисдикційною. Юрисдикційна форма поділяється на судову та адміністративну. В рамках судової форми захисту корпоративних прав відбувається захист в загальному порядку у формі позовного провадження. В рамках адміністративної форми захисту – у спеціальному порядку, визначеним процедурними нормами матеріального права.

При цьому, юрисдикційну форму захисту корпоративних прав незважаючи на існуючу диференціацію варто розглядати за двома моделями захисту: прямого (безпосереднього) захисту та непрямого. Під прямим захистом корпоративних прав слід розуміти звернення до господарського суду з метою захисту виключно власних права та інтересів. Під непрямым захистом – звернення з метою захисту прав юридичної особи. Така ідея двох моделей захисту публічно-правових інтересів та приватно-правових інтересів (пряма і непряма) має загальний характер і в повній мірі може бути застосована і при адміністративній формі захисту. Так як корпоративні відносини характеризуються поєднанням приватного та публічного інтересу, що проявляється в універсально-масштабному характеру захисту корпоративних прав в межах статусу кожного з учасників корпоративних відносин.

Під способом захисту корпоративних прав пропонуємо розуміти матеріально-правові заходи профілактичного та примусового характеру, за допомогою яких відбувається відновлення (визнання) порушених (оспорованих) корпоративних прав, які залежать від правової природи корпоративного права.

Натомість засіб захисту – обумовлений певною формою інструментарій, спрямований на відновлення, визнання і встановлення прав і законних інтересів особи.

2. Похідний позов як засіб захисту корпоративних прав

В Україні більшає кількість внутрішніх корпоративних конфліктів, що пов'язані з відчуженням майна акціонерного товариства, наслідком якого є значне зменшення балансової вартості чистих активів останнього. Отже, необхідно запровадити дієвий механізм захисту як загального корпоративного інтересу, так і індивідуального корпоративного інтересу акціонера. Як засіб судово-правового захисту корпоративних прав, виступає насамперед позов. Позов – це звернена до суду вимога про відправлення правосуддя з одного боку, і звернена до відповідача матеріально-правова вимога про виконання його обов'язку або про визнання наявності або відсутності правовідношення – з другого. Останнім часом багато уваги приділяється такому нетрадиційному засобу захисту корпоративних прав, як непрямий позов.

Непрямий позов – це нетрадиційний спосіб захисту порушеного корпоративного права чи інтересу товариства і власне індивідуального корпоративного майнового інтересу акціонера, що у звичайній ситуації не уповноважений виступати від імені юридичної особи, яка звертається в силу прямої вказівки закону до суду із позовом про вирішення спору про право.

Спроба фрагментарно запровадити інститут непрямого позову була тимчасово реалізована законодавцем у ч. 2 ст. 72 Закону «Про акціонерні товариства». Проте Законом «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» щодо вдосконалення механізму діяльності акціонерних товариств» від 03.02.2011 р. № 2994-VI (2994-17) ця стаття була викладена в новій редакції, що скасувала елементи інституту непрямого позову, тим самим зробивши крок назад на шляху захисту прав та законних інтересів учасників корпоративних відносин.

Однією з суттєвих змін, що були внесені Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів»¹ стало надання права учасникам на звернення до суду

¹ Закон про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів 2015 (Верховна Рада України). Відомості Верховної Ради України, 25, 188.

із позовом в інтересах товариства про відшкодування товариству збитків, завданих посадовою особою товариства своїми діями (бездіяльністю) та передбачає процесуальні механізми розгляду таких спорів. Поряд з цим, посадова особа акціонерного товариства несе повну матеріальну відповідальність за збитки, завдані товариству при виконанні ними своїх обов'язків.

Україна не є першою державою, де запроваджений механізм похідного позову. Практика похідних позовів відома в США, Великій Британії, Кореї, Чилі та країнах Європейського Союзу.

Для України запровадження інституту похідного позову, було пов'язане в першу чергу з напрацюванням ефективного засобу захисту в разі зловживання правами мажоритаріїв та керівників компаній і грубим порушенням права власників невеликих пакетів акцій. Ще у 2004 році Конституційний Суд у своєму рішенні від 1.12.2004 №18-рп/2004 зазначив, що акціонер може захищати свої безпосередні права чи охоронювані законом інтереси шляхом звернення до суду у випадку їх порушення, оспорування чи невизнання самим акціонерним товариством, учасником якого він є, органами чи іншими акціонерами цього товариства. Підкреслюючи при цьому, що порядок судового захисту порушених будь-ким, зокрема третіми особами, прав чи охоронюваних законом інтересів акціонерного товариства, які не можуть уважатися тотожними простій сукупності індивідуальних охоронюваних законом інтересів його акціонерів, визначається законом. Однак, питання похідного позову все ж мало спірні позиції, різну правозастосовну практику, що в свою чергу у 2008 році, незважаючи на практику Європейського суду, було отримане роз'яснення Пленуму Верховного Суду. Висновок був наступний: акціонери господарського товариства не вправі звертатися до суду по захист прав та інтересів інших акціонерів та самого товариства поза відносинами представництва, а також обґрунтовувати свої вимоги порушенням прав інших акціонерів. Аналогічну позицію було викладено і Вищим господарським судом, який у п. 2.2.1. Рекомендацій «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» від 28.12.2007 р. за №04-5/14 вказав, що законодавством не передбачено право акціонера звертатись до суду за захистом прав акціонерного товариства, крім випадків, коли він уповноважений на це відповідним акціонерним товариством, або якщо таке право надається йому статутом акціонерного товариства. Отже, не зважаючи на статтю 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» якою передбачено, що суди застосовують при розгляді справ конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права, вищою інстанцією було проігнороване рішення у справах «Бейслер проти Італії» від 5.01.2000 № 33202/96 та «Принц Ганс-Адам II де Ліхтенштейн проти Німеччини» від 12.07.2001 № 42527/98 наголошувалося на тому, що право власності відповідно до рішень Суду не обмежується правом власності на фізичні речі та передбачає, що право вимоги, законний інтерес та правомірне очікування особи, до яких, зокрема, належать інтереси, обумовлені корпоративними правами акціонера, також повинні отримати прямий ефективний захист¹. У справі «Совтрансавто проти України» від 6.11.2002 № 48553/99 указується, що обов'язок ефективного здійснення захисту прав державою передбачає також позитивний обов'язок держави гарантувати ефективне й справедливе вирішення в національних судах будь-яких спорів між приватними особами, у тому числі спорів, пов'язаних із захистом інтересів акціонера, спрямованих на задоволення його легітимного прагнення щодо отримання правомірної вигоди від його корпоративних прав².

З прийняттям оновленого ГПК України, справи у спорах між товариством та його посадовою особою (включаючи посадових осіб, повноваження яких припинені) про відшкодування збитків, завданих такою посадовою особою товариству її діями чи бездіяльністю залишилися підвідомчими господарським судам та розглядаються за місцезнаходженням юридичної особи. Отже ми отримали різновид позову та новий засіб захисту корпоративних прав похідний (непрямий) позов. Слово «похідний» означає, що особа, яка подає позов, має лише корпоративні права щодо товариства, права якого й порушуються неправомірною поведінкою з боку органів управління. Стосовно вживання терміну «непрямий», то вказане зводиться до того, що учасник (акціонер), який ініціював судовий процес, не є безпосереднім вигодонабувачем у спорі, такою особою є саме товариство,

¹ Павленко, В., Волянський, В. (2015). Акціонерам і керівникам підприємств варто підготуватися до запровадження інституту похідного позову. *Закон і Бізнес* <http://zib.com.ua/ua/117269-akcioneram_i_kerivnikam_pidpriemstv_varto_pidgotuvatisya_do_.html> (2018, червень, 11).

² Там само

проте права (інтереси) учасника захищаються шляхом захисту інтересів самого товариства. Варто зазначити, що обидві категорії мають синонімічний характер та є однаково вдалими¹.

Правом подати похідний позов було наділено учасника (акціонера) юридичної особи корпоративного типу, якому сукупно належить 10% і більше статутного капіталу (простих акцій) товариства. Так, у раніше діючій редакції ст. 28 ГПК України право на звернення з похідним позовом залежало від частки в статутному капіталі учасника (акціонера) юридичної особи. В новій редакції 15.12.2017 р. практично положення статті 28 щодо права подавати такі позови була відображена у ст. 54 «Особливості участі у судовому процесі осіб, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах юридичної особи у спорах про відшкодування збитків, заподіяних їй посадовою особою» за виключення спірного питання щодо «сукупності». І. Лавриненко зазначав, що якщо законодавець мав на меті надати право на похідний позов лише одному учаснику (акціонеру) товариства, то зайвим видається застосування категорії «сукупно», адже про жодну сукупність мова йти не може. Якщо ж передбачалося запровадження кумулятивного способу підрахунку, тоді дивним видається застосування виключно конструкції «учасник/акціонер товариства»².

Станом на 1 січня 2018 року власник (учасник, акціонер) юридичної особи, якому належить 10 і більше відсотків статутного капіталу товариства (крім привілейованих акцій), або частка у власності юридичної особи якого становить 10 і більше відсотків, може подати в інтересах такої юридичної особи позов про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі її посадовою особою.

До закінчення підготовчого засідання у справі інший співвласник (учасник, акціонер) цієї юридичної особи, якому належить 10 і більше відсотків статутного капіталу товариства (крім привілейованих акцій), або частка у власності юридичної особи якого становить 10 і більше відсотків, має право приєднатися до поданого позову шляхом подання до суду відповідної заяви, після чого він набуває таких самих процесуальних прав та обов'язків, як і власник (учасник, акціонер), який подав позов.

Отже в Україні ценз 10%, що виключає дискусію з приводу питання акумулювання акцій (часток) для пред'явлення похідного позову, в Чехії, Італії, Іспанії цей ценз становить 5%, а в Австрії, Болгарії Угорщині, Швеції – 10%. Хоча існують побоювання з приводу великих АТ, які мають тисячі, а то й десятки тисяч акціонерів, кожен з яких володіє вкрай незначним відсотком акцій. Однак, саме встановлення межі та неможливість об'єднання відсотків учасників надасть можливість, хоча би частково уникнути зловживань зі сторони міноритарних учасників.

Варто зазначити, що звертаючись з похідним позовом про відшкодування збитків, завданих господарському товариству його посадовою особою, поданого відповідно до статті 54 ГПК України, зменшення розміру позовних вимог, зміна предмета або підстави позову, укладення мирової угоди, відмова від апеляційної або касаційної скарги, заяви про перегляд рішення суду за нововиявленими або виключними обставинами можлива лише за письмовою згодою всіх власників (учасників, акціонерів), які в даній справі діють в інтересах юридичної особи. Така позиція пояснюється тим, що власники, учасники (акціонери) «викликали до життя» позов, спрямований на захист їх власних інтересів, шляхом захисту інтересів самого товариства. А оскільки саме товариство не бажало захищати свої інтереси до порушення провадження у справі, то ініціатива відповідного права на захист перейшла з рук товариства до рук його учасників (акціонерів), від волі яких вже й залежить питання припинення чи продовження процесу. Такий алгоритм дій вказує на певну особливість викликану розглядом корпоративних спорів, не притаманну іншим позовним провадженням. Доцільним виглядає позиція законодавця, що у разі відкриття провадження за таким позовом зазначена юридична особа набуває статусу позивача, але не вправі здійснювати свої процесуальні права та обов'язки без згоди власника (учасника, акціонера), який подав позов. Посадова особа, до якої пред'явлений позов, не вправі представляти юридичну особу та призначати іншу особу для представництва юридичної особи в даній справі. Саме у цьому проявляється специфіка корпоративних відносин, де варто розмежувати товариство, орган управління, яке може представляти юридичну особу. Отже, сьогодні ми можемо впевнено визначити, що учасники

¹ Лавриненко, І. (2016). Похідний позов по-українськи. *Юридична Газета Online* <<http://jur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/pohidniy-pozov-poukrayinski.html>> (2018, червень, 11).

² Там само

(акціонери), які подали позов, у якості представників товариства позивача, мають статус позивача з більш автономними процесуальними правами, ніж просто учасник товариства та відповідач за похідним позовом, товариство у разі заподіяння посадовою особою збитків товариству. Однозначно підлягатимуть доказуванню всі чотири складові корпоративного правопорушення: протиправність діяння, вина, негативний наслідок (збитки) та причинний зв'язок між протиправністю і збитками. Разом з тим, стосовно предмету похідного позову, враховуючи іноземну практику, може бути вимога й до третіх осіб, винних юридичній особі, якщо вона не звертається з таким позовом в особі уповноважених посадових осіб. Так, Вищий суд штату Вірджинія, рішенням у справі *Cattano v. Bragg*, визнав можливість міноритарного учасника звернутись до суду з похідним позовом до мажоритарного учасника про ліквідацію корпорації. Подальший розвиток похідного позову свідчить про те, що він поступово перестав асоціюватися як позов, поданий лише акціонером (учасником) на захист інтересів товариства. Так, у справі *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla* взагалі було визнано можливість кредиторів юридичної особи, яка знаходиться у стані неспроможності, звернутися з похідним позовом від її імені¹.

3. Корпоративний договір у механізмі захисту корпоративних прав

Враховуючи інші неюрисдикційні форми захисту, тут варто вести мову про такі засоби захисту як скарга, договір або інші засоби, передбачені законодавством. Незосереджуючись на заяві та скарзі, як засобу захисту при адміністративному порядку та при застосуванні внутрішньокорпоративних механізмів захисту, варто приділити увагу новому засобу захисту в корпоративних відносинах – корпоративному договору.

23 березня 2017 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» та Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах». Правники, експерти в галузі корпоративного управління неодноразово зазначали про необхідність прийняття положень щодо інституту корпоративних договорів, як одного з найбільш ефективних засобів захисту прав та інтересів інвесторів. Враховуючи неспроможність норми, якою впроваджувався порядок укладення договору між акціонерами, відповідно до якого на акціонерів покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі у загальних зборах, і відповідальність за його недотримання (абзац 7 частини 1 статті 29 Закону «Про акціонерні товариства») питання корпоративних договорів набуло актуальності. Адже законодавець передбачив лише можливість покладення додаткових обов'язків на акціонерів, але не допустив відхилень від імперативних норм, що регулюють управління компанією. Простіше кажучи, акціонери не могли на власний розсуд установити правила голосування на загальних зборах, домовитися про призначення директорів, порядок розподілу прибутку і т.д. Усе це разом і поховало ідею укладення корпоративних договорів за законодавством України та змусило інвесторів звертатися до більш гнучких юрисдикцій².

В науковій літературі сформована позиція, що корпоративний договір є джерелом корпоративного права та різновидом цивільного правочину, з тією особливістю, що він обтяжений корпоративним елементом. Хоча така позиція є спірною з огляду на те, що корпоративний договір не є обов'язковою умовою корпоративного управління, його умови не спрямовані на врегулювання майнових відносин, тут не йде мова про рівність сторони та майнову відокремленість.

Про самостійне, особливе місце корпоративного договору в системі цивільно-правових договорів зазначав Сигидин М.М., говорячи, що специфічним предметом договору є узгоджені дії учасників господарського товариства щодо управління корпоративними правами організаційного (немайнового) характеру; Такі договори відрізняються також:

- специфічним суб'єктивним складом – виключно учасники господарського товариства – власники корпоративних прав, які реалізують свої правомочності щодо управління товариством;
- сферою застосування – в межах юридичної особи корпоративного типу;
- акцесорним характером – укладення корпоративного договору на підставі положень установчих документів господарського товариства;

¹ Лаврінченко, І. (2016). Похідний позов по-українськи. *Юридична Газета Online* <<http://jur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/pohidniy-pozov-poukrayinski.html>> (2018, червень, 11).

² *Інститут корпоративних договорів: як скористатися наданими можливостями* (2017) <<http://old.court.gov.ua/sud0618/13/346572/>> (2017, червень, 11).

– спрямованістю договору на досягнення спільного для учасників результату – управління корпоративними правами¹.

В.А. Бородкін, обґрунтовуючи неоднорідність корпоративного договору, вважає що корпоративний договір складається з трьох договірних видів, кожен з яких має свій предмет (договір простого товариства, організаційний договір, договір купівлі-продажу і опціону), в той же час вважає, що корпоративний договір за рахунок певного регулювання корпоративних відносин створює корпоративно-правовий ефект, який поширюється на учасників корпоративного договору в їх відносинах з корпорацією (внутрішній ефект) і при певних умовах може поширюватися на товариство і третіх осіб (зовнішній корпоративно-правовий ефект)².

Однак, тут важливо пам'ятати, що до умов укладення корпоративного договору не можуть бути застосовані загальні норми про поняття, умови та порядок укладення правочинів. Сторонами корпоративного договору є акціонери, учасники, тобто особи, що зв'язані між собою у зв'язку зі створенням юридичної особи. Їх свобода обмежується правами кожного з учасників, адже по узгодженню з іншими відбувається як управління юридичною особою, так і розпорядження своєю корпоративною власністю. Корпоративний договір не є зобов'язальним відношенням, не містить протилежні по направленості інтереси та цілі, це узгоджений спосіб корпоративного управління юридичною особою. Відповідно до законодавства, предметом корпоративного договору є:

- участь в управлінні товариством (у тому числі, обов'язок сторін корпоративного договору голосувати у визначений договором спосіб);
- погодження придбання або відчуження часток/акцій за заздалегідь визначеною ціною та/або у разі настання визначених у договорі обставин;
- утримання від відчуження часток/акцій до настання визначених у договорі обставин;
- вчинення інших дій, пов'язаних з управлінням товариством, його припиненням або віділом з нього нової юридичної особи³.

Якщо брати світовий досвід то згідно зі статистичними даними на 2010 рік, корпоративне управління в 31% публічних компаніях Бельгії було структуроване саме за допомогою корпоративних договорів, в Італії таких компаній – 23%, у Франції – 18%, в Іспанії – 13%, в Греції – 6%. У Литві станом на 2012 р таких компаній 21%, у Великобританії – 5%, в Бразилії в 2011 р – 25%⁴.

Отже, не змішуючи корпоративний договір з правочинами, варто в контексті захисту розглядати корпоративний договір як один із засобів, що може бути використаний при застосуванні внутрішньо корпоративних механізмів захисту: на загальних зборах, наглядовою радою, виконавчим органом, адже саме цих органів стосуються питання корпоративного управління. У такому разі, виникає питання, що саме дозволяє нам розглядати корпоративний договір з позиції захисту корпоративних прав.

По-перше, право на укладення корпоративного договору передбачено законом, що дозволяє через корпоративний контроль, зафіксувати договором алгоритм дій на захист у разі порушень.

По-друге, за допомогою корпоративного договору є можливість врегулювати корпоративні конфлікти, наприклад у разі ситуацій, коли прийняття будь-якого рішення загальними зборами або наглядовою радою є неможливим через відмінності позицій учасників/акціонерів, які володіють однаковою кількістю голосів (50/50). Йде мова, про застереження в договорі «*deadlock provision*», яким передбачено порядок вирішення розбіжностей щодо ключових питань управління компанією та в основі якого лежить принцип недопущення знищення суб'єкта господарювання лише тому, що

¹ Сигидин, М.М. (2013). Корпоративний договір у системі цивільно-правових договорів. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*, 33, 139-147.

² Бородкін, В.Г. (2015). Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: Автореферат диссертации на получение научной степени кандидата юридических наук. Москва: Российский государственный университет правосудия, 20.

³ Квят, О., Фольварочна, А. (2018). Корпоративний договір – новела корпоративного законодавства України *Юридична Газета Online* <<http://jur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/korporativniy-dogovir--novela-korporativnogo-zakonodavstva-ukrayini.html>> (2017, червень, 11).

⁴ Бородкін, В.Г. (2015). Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: Автореферат диссертации на получение научной степени кандидата юридических наук. Москва: Российский государственный университет правосудия, 20.

партнери не можуть досягти згоди в розв'язанні певної проблеми. А отже чітко прописані умови «*deadlock provision*», є засобом захисту на етапі досудового врегулювання спору із застосуванням альтернативних форм захисту.

По-третє, будучи внутрішнім договором юридичної особи та маючи організаційно-правову складову, корпоративний договір є синергією умов стосовнокорпоративного управління та захисту корпоративних прав.

Поряд з цим, дієвим елементом у питанні захисту за допомогою корпоративних договорів є можливість визнання недійсним рішень органів товариства, як одного із способів захисту, як це запроваджено у ряді Європейських країн. Однак, на жаль, така можливість не була закріплена на рівні законодавства, незважаючи на європейський досвід. Та відповідно до норм Законів України «Про господарські товариства» (ст. 51¹), «Про акціонерні товариства» (ст. 26¹ і 26²) за умови укладення корпоративного договору, між акціонерами товариства) його сторони фактично не матимуть такого способу захисту, у них є тільки право вимагати матеріальної компенсації (покриття збитків). Між тим, реалізація такого механізму захисту вимагатиме тривалого судового розгляду спору без повернення корпоративного контролю, а також, імовірно, складного й довгого процесу доведення розміру збитків. Відповідно, оскільки закон не обіцяє особливих вигод порівняно з іноземними юрисдикціями, навряд чи варто очікувати значної популярності корпоративних договорів за правом України. Швидше за все, акціонерні угоди й надалі будуть укладатися на рівні іноземної холдингової компанії, яка володіє частками (акціями) в українському ТОВ чи АТ¹.

Враховуючи такий недолік інституту корпоративного договору та для удосконалення інституту захисту в механізмі корпоративного управління важливим завданням є на рівні кодифікованого акту визначитися з єдиною термінологією та запровадити уніфіковане поняття для всіх юридичних осіб корпоративного типу, а саме «корпоративний договір» та закріпити норму, яка б дозволила при невиконанні корпоративного договору, посилатися як на підставу визнання недійсними рішення органів юридичної особи за позовом сторони цього договору при умові, що на момент прийняття органом відповідного рішення сторонами корпоративного договору були всі учасники юридичної особи. У цьому разі ми отримуємо один із специфічних способів захисту корпоративних прав, відмежуємо корпоративний договір від рішення загальних зборів юридичної особи і окрім застосування мір цивільно-правової відповідальності отримуємо один із засобів захисту при внутрішньокорпоративному механізмі.

Висновки

Підсумовуючи проведені дослідження, слід зазначити, що проблема істотного удосконалення захисту корпоративних прав набуває фундаментального характеру у зв'язку з реформуванням діючого законодавства, входженням України до міжнародного співтовариства та обрання напрямку гарантованості в здійснення прав та інтересів учасників корпоративних відносин. В умовах ринкових перетворень, глобалізаційних процесів, реформування територіальної організації влади слушним є звернення до питання корпоративних прав та окремих аспектів їх охорони і захисту, враховуючи спеціальні засади, особливі форми та способи захисту корпоративних прав. Учасники корпоративних відносин мають широкий спектр вибору як способів, так і форм захисту своїх прав, які не заборонені законодавством. Саме вибір ефективних, дієвих форм та способів захисту порушеного права є запорукою досягнення цілі – захист прав та інтересів – приватноправових або публічно правових з одночасним збереженням балансу зазначених інтересів. Останнім часом багато уваги приділяється такому нетрадиційному засобу захисту корпоративних прав, як непрямий позов.

Непрямий позов – це нетрадиційний спосіб захисту порушеного корпоративного права чи інтересу товариства і власне індивідуального корпоративного майнового інтересу акціонера, що у звичайній ситуації не уповноважений виступати від імені юридичної особи, яка звертається в силу прямої вказівки закону до суду із позовом про вирішення спору про право. З прийняттям оновленого ГПК України, справи у спорах між товариством та його посадовою особою (включаючи посадових осіб, повноваження яких припинені) про відшкодування збитків, завданих такою посадовою особою товариству її діями чи бездіяльністю залишилися підвідомчими господарським судам та розглядаються за місцезнаходженням юридичної особи. Отже ми отримали різновид позову та

¹ Бенедисюк, С., Кремньова, А. (2017). Інститут корпоративних договорів: як скористатися наданими можливостями і при цьому не наскочити на підводне каміння. *Закон і Бізнес* <http://zib.com.ua/ua/128498-institut_korporativnih_dogovoriv_novi_mozhливosti_ta_minimiz.html> (2017, червень, 11).

новий засіб захисту корпоративних прав похідний (непрямий) позов. Слово «похідний» означає, що особа, яка подає позов, має лише корпоративні права щодо товариства, права якого й порушуються неправомірною поведінкою з боку органів управління. Таким чином, законодавчо розширився перелік засобів захисту корпоративних прав, але враховуючи специфіку, механізм права на похідний позов поки обмежується колом заявників – акціонерами (учасниками) товариств до посадової особи товариства, яка спричинила товариству збитки.

Інститут корпоративних договорів також є одним з найбільш ефективних засобів захисту прав та інтересів інвесторів і може бути використаний при застосуванні внутрішньо корпоративних механізмів захисту: на загальних зборах, наглядовою радою, виконавчим органом, адже саме цих органів стосуються питання корпоративного управління.

References:

1. *Zakon pro vnesennya zmin do Hospodars'koho protsesual'noho kodeksu Ukrayiny, Tsyvil'noho protsesual'noho kodeksu Ukrayiny, Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrayiny ta inshykh zakonodavchykh aktiv 2017 (Verkhovna Rada Ukrayiny)* [The Law on Amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedural Code of Ukraine, the Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine and other legislative acts of 2017 (Verkhovna Rada of Ukraine)]. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny* [Information from the Verkhovna Rada of Ukraine], 48, 5. [in Ukrainian].
2. *Zakon pro vnesennya zmin do deyakykh zakonodavchykh aktiv Ukrayiny shchodo zakhystu prav investoriv 2015 (Verkhovna Rada Ukrayiny)*. [The Law on Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on the Protection of Investors' Rights 2015 (Verkhovna Rada of Ukraine)]. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny* [Information from the Verkhovna Rada of Ukraine], 25, 188. [in Ukrainian].
3. *Zakon pro sudoustruy ta status suddiv 2016 (Verkhovna Rada Ukrayiny)*. [Law on the Judiciary and Status of Judges 2016 (Verkhovna Rada of Ukraine)]. *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny* [Information from the Verkhovna Rada of Ukraine], 31, 7. [in Ukrainian].
4. *Ukaz pro Stratehiyu reformuvannya sudoustroyu, sudochynstva ta sumizhnykh pravovykh instytutiv na 2015 – 2020 roky 2015 (Prezydent Ukrayiny)*. [Decree on the Strategy for the Reform of the Judiciary, Judiciary and Related Legal Institutions for 2015-2020 2015 (President of Ukraine)]. *Uryadovyy kur'yer* [Government Courier], 92. [in Ukrainian].
5. *Ukaz pro Stratehiyu staloho rozvytku "Ukrayina – 2020" 2015 (Prezydent Ukrayiny)*. [Decree on the Ukraine-2020 Sustainable Development Strategy 2015 (President of Ukraine)]. *Uryadovyy kur'yer* [Government Courier], 6. [in Ukrainian].
6. Benedysyuk, S., Kremn'ova, A. (2017). Instytut korporatyvnykh dohovoriv: yak skorystatsya nadanyimi mozhlyvostyamy i pry ts'omu ne naskochyty na pidvodne kamynnyia [The Institute of Corporate Contracts: How to take advantage of the opportunities provided while not jumping on pitfalls]. *Zakon i Biznes* [Law and Business]. <http://zib.com.ua/ua/128498-institut_korporativnih_dohovoriv_novi_mozhливosti_ta_minimiz.html> [in Ukrainian]. (2018, June, 11).
7. Borodkin, V. G. (2015). Tsivil'no-pravove reguluvannya korporativnogo dogovoru: *Avtoreferat dissertatsii na polucheniye nauchnoy stepeni kandidata yuridicheskikh nauk* [Civil law-regulation of corporate contract: Abstract of the thesis for PhD degree in Law]. Moscow: Rossiyskiy gosudarstvennyy universitet pravosudiya [Moscow: Russian State University of Justice]. [in Russian].
8. *Instytut korporatyvnykh dohovoriv: yak skorystatsya nadanyimi mozhlyvostyamy* [The Institute of Corporate Contracts: How to take advantage of the opportunities provided] (2017) <<http://old.court.gov.ua/sud0618/13/346572/>> [in Ukrainian]. (2018, June, 11).
9. Kvyat, O., Fol'varochna, A. (2018). Korporatyvnyy dohovor – novela korporatyvnoho zakonodavstva Ukrayiny [Corporate Contracts – A New Approach to Corporate Laws of Ukraine]. *Yurydychna Hazeta Online* [Legal Newspaper Online] <<http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/korporativniy-dohovir--novela-korporativnogo-zakonodavstva-ukrayini.html>> [in Ukrainian]. (2018, June, 11).
10. Lavrinenko, I. (2016). Pokhidnyy pozov po-ukrayins'ky [The original lawsuit in Ukrainian]. *Yurydychna Hazeta Online* [Legal Newspaper Online] <<http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/pohidniy-pozov-poukrayinski.html>> [in Ukrainian]. (2018, June, 11).
11. Luts', V.V. (2010). Korporatyvne pravo Ukrayiny: pidruchnyk [Corporate Law of Ukraine: Textbook]. Kyiv: Yurinkom-Inter. [in Ukrainian].
12. Pavlenko, V., Volyans'ky, V. (2015). Aktsioneram i kerivnykam pidpnyemstv varto pidhotuvatsya do zaprovadzhennya instytutu pokhidnogo pozovu [Shareholders and business managers should be prepared for the introduction of a derivative law institute]. *Zakon i Biznes* [Law and Business]. <http://zib.com.ua/ua/117269-aktsioneram_i_kerivnykam_pidpriemstv_varto_pidgotuvatsya_do_.html> [in Ukrainian]. (2018, June, 11).
13. Syhydyn, M.M. (2013). Korporatyvnyy dohovor u systemi tsivil'no-pravovykh dohovoriv [Corporate agreement in the system of civil contracts]. *Aktual'ni problemy vdoskonalennya chynnoho zakonodavstva Ukrayiny* [Actual problems of improving the current legislation of Ukraine], 33, 139-147. [in Ukrainian].