



USAID
ВІД АМЕРИКАНСЬКОГО НАРОДУ



Українське комерційне право

*Правові аспекти діяльності товариств
з обмеженою відповідальністю:
проблеми та шляхи їх розв'язання*

№12

УКРАЇНСЬКЕ КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО

*Правові аспекти діяльності
товариств з обмеженою
відповідальністю:
проблеми та шляхи
їх розв'язання*

№12

«**УКРАЇНСЬКЕ КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО**» – науково-практичне видання
Центру комерційного права.

Цей часопис має сприяти створенню доктрини комерційного права в Україні, з одного боку, а з іншого, стати практичним посібником для юристів, державних службовців, підприємців – усіх, хто має відношення до підприємництва.

Він покликаний акумулювати думки теоретиків, досвід практиків і добру волю посадовців для розвитку ринкового середовища в Україні.

Дванадцятий номер журналу «Українське комерційне право» присвячено проблемам регулювання діяльності товариств з обмеженою відповідальністю (надалі — ТОВ), які на сьогодні є найбільш поширеною організаційно-правовою формою ведення малого та середнього бізнесу. За висновками більшості фахівців у цій сфері, правове регулювання цього інституту є застарілим та таким, що не відповідає сучасним вимогам щодо гнучкості та ефективності регулювання.

У журналі розглянуто широке коло теоретичних і практичних питань, пов'язаних із діяльністю товариств з обмеженою відповідальністю. Серед них, зокрема, питання щодо прав учасників, виходу учасників із товариства, здійснення управління ТОВ, питання щодо реорганізації товариства та ін. Автори статей, визнані фахівці в сфері корпоративного права, надають своє бачення шляхів вирішення практичних проблем, в тому числі висловлюють пропозиції до подальшої зміни законодавства, що регулює діяльність ТОВ, а також коментують підготовлений робочою групою Центру комерційного права проект Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю».

Журнал адресований юристам-практикам, науковцям, державним службовцям, суддям, студентам і аспірантам юридичних навчальних закладів, широкому колу громадськості.

Цей часопис видано за підтримки американського народу через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID). Видання не обов'язково відображає погляди USAID або уряду США. За зміст несе відповідальність благодійна організація «Центр комерційного права», яка може не поділяти позицій авторів щодо висвітлених ними проблем.

© Центр комерційного права, 2012

ISBN 978-966-7572-47-1



Scientific-practical
journal

Ukrainian commercial law

№12, 2012

**Legal Aspects of
Limited Liability
Company's
Operation:
Issues and
Solutions**

Editorial Board:

Valentyna Danishevskaya
Yuriy Popov
Yuriy Voshchynar

Scientific editor:

Inna Spasibo-Fateyeva

Executive secretary:

Anna Lukanina

Contents

Foreword 3

Inna Spasibo-Fateyeva

Rights of the Limited Liability

Company Participants 7

Volodymyr Kravchuk

Recalling the Limited Liability Company CEO 14

Olena Kibenko, Anastasiya Zaleska

Participant's Withdrawal from the Limited

Liability Company: Outstanding Issues

and Practical Recommendations. 21

Vasyl Krat

Preemption Right to the LLC

Ownership Interest 30

Oleh Pecheny

Inheriting the LLC Ownership Interest 37

Yuriy Mytsa

Reorganization of Limited Liability Companies:

Legal Risks 44

Yuriy Popov

Derivative (Indirect) Actions:

International Practice and Ukrainian Prospects. 55

Науково-практичний
журнал

Українське комерційне право

№ 12, 2012

**Правові аспекти
діяльності
товариств з
обмеженою
відповідальністю:
проблеми та шляхи
їх розв'язання**

Редакційна рада:

Валентина Данішевська,
Юрій Попов, Юрій Вощинар

Науковий редактор:

доктор юридичних наук
Інна Спасибо-Фатєєва

Відповідальний секретар:

Анна Луканіна

**Відгуки та пропозиції
просимо надсилати
за адресою:**

Україна, 01024, м. Київ,
вул. Круглоунівер-
ситетська, 13
**Центр комерційного
права**

тел.: (044) 490-65-75
факс: (044) 490-65-74

E-mail: clc@clc.com.ua

Web-site:
www.commerciallaw.com.ua

Зміст

Передмова 3

Інна Спасибо-Фатєєва

Права учасників товариства з обмеженою
відповідальністю 7

Володимир Кравчук

Відкликання голови виконавчого органу
товариства 14

Олена Кібенко, Анастасія Залеська

Вихід учасника із товариства з обмеженою
відповідальністю: проблемні питання
та практичні рекомендації 21

Василь Крат

Переважне право купівлі частки
в статутному капіталі товариства
з обмеженою відповідальністю 30

Олег Печений

Проблеми спадкування права на частку у
статутному капіталі товариства з обмеженою
відповідальністю 37

Юрій Мица

Реорганізація товариств з обмеженою
відповідальністю: юридичні ризики 44

Юрій Попов

Похідні (непрямі) позови: іноземний
досвід та українські перспективи 55

Передмова

Закон України «Про господарські товариства» було прийнято у 1991 році, і на той час він був одним із найпрогресивніших законів, що поряд із законами про власність, про підприємництво, про підприємства заклав ту правову базу, на якій відбулася перебудова суб'єктного складу цивільних правовідносин. Завдяки цьому Закону в Україні почали з'являтися товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ), які були і залишаються одним із найпопулярніших видів господарських товариств. Це мало таке істотне значення, яке сьогодні важко собі уявити, адже зараз в осіб, які хочуть започаткувати свій бізнес, є досить широкий вибір можливостей обрання відповідної організаційної форми. На той же час були лише кооперативи та так звані малі підприємства. Коли ж з'явилися інші варіанти, пропонувані згадуваним Законом, почалося інтенсивне створення ТОВ та перетворення існуючих юридичних осіб на ТОВ. Майже вся «мала приватизація» також мала наслідком виникнення ТОВ як правонаступників державних та комунальних підприємств. А вже згодом і акціонерні товариства з незначною кількістю акціонерів також почали перетворюватися на ТОВ.

Перевагою цього виду господарських товариств стало насамперед те, що його учасники не несуть відповідальності за боргами товариства. Для цього достатньо було сформувати мінімальний статутний капітал, розмір якого був посилюючий і на ті часи..

Отже, багато чого привабливого є в ТОВ, але проміжок часу, який сплинув із дня набрання чинності Законом України «Про господарські товариства», безумовно, значний. Протягом більш ніж 20 років відбулися істотні зміни в законодавстві (зокрема, прийнято новий Цивільний кодекс України 2003 року, Закон України «Про акціонерні товариства»), ускладнилися правовідносини, в яких перебувають суб'єкти і в тому числі ТОВ, постали численні питання та з'явилися проблеми, які слід вирішувати на законодавчому рівні. Тобто виникло багато причин для внесення змін до цього Закону, а краще – для прийняття окремого закону, яким би регулювалося правове становище ТОВ. Для осмислення тих засад, що повинні бути покладені в основу цього закону, є сенс в аналізі тих складних ситуацій, в яких опинилися ТОВ, не маючи належної правової бази, якою б повною мірою регулювалися відносини за їх участі. Матеріали для цього аналізу надає насамперед судова практика, а також дослідження, що провадяться науковцями та фахівцями. Адже головним акцентом при обговоренні загальних підходів до прийняття будь-якого закону є наявність проблем та пропонувані в проекті закону шляхи або моделі їх вирішення.

Задля цього колектив авторів, які взяли участь у цій збірці, задався метою висвітлити деякі з цих проблем, аби чіткіше вказати на їх наявність, виявити їх джерела та запропонувати власні бачення з їх усунення.

У статті доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента НАПрНУ **І. В. Спасибо-Фатєєвої** розкривається юридична природа прав учасників ТОВ. Це основоположне питання, відповідь на яке впливає на здійснення особами цих прав та їх належний захист. Адже на практиці склалися досить різноманітні уявлення про ці права – і як про суто майнові, і навпаки – як особисті немайнові, і як комплексні, що поєднують в собі зазначені вище дві складові, і як особливі – корпоративні, і як організаційні. Без визначення того, яку ж насправді юридичну природу мають права учасників, неможливо вирішити, чи допустимо ці права передавати іншій особі, а якщо так, то яким чином і що буде належним об'єктом у правовідносинах, де фігурують ці права.

Матеріали судової практики переконують у тому, що часто права учасників вважаються оборотоздатними, тобто відчужуваними. При цьому продається або спадкується корпоративне право учасника. Такий підхід не бездоганий, оскільки корпоративні права не можна вважати суто майновими, а лише майнові права є оборотоздатними. Особисті ж немайнові права такими бути не можуть, оскільки вони щільно пов'язані з особою. Більше того, у ст. 100 ЦКУ передбачено, що право участі є особистим немайновим правом, яке, таким чином, окремо передаватися не може. Внаслідок цього одразу постає запитання: чи можуть вони передаватися не окремо, а якщо так, то разом з якими правами?

У статті **І. В. Спасибо-Фатєєвої** на ці запитання надається відповідь, яка дозволяє уникнути численних неузгодженостей в законодавстві. Пропонується виходити з того, що об'єктом права, який може відчужуватись, є не права учасників ТОВ, а частка у його статутному капіталі. Маючи суто майнову природу, цей об'єкт оборотоздатний. З придбанням же такої частки в особи виникають і права учасника ТОВ (корпоративні права).

Втім, можливі й випадки, коли частка у статутному капіталі переходить до іншої особи (наприклад у порядку спадкування), а корпоративні права в неї не виникають, оскільки набувач права на частку може лише вимагати сплати вартості майна ТОВ пропорційно цій частці.

Ще один важливий і спірний аспект, пов'язаний з часткою у статутному капіталі ТОВ, — це право на неї подружжя. Гостроти йому надає те, що лише один із подружжя виступає учасником ТОВ та має відповідні права (корпоративні). Проте, як доводиться в статті, інший з подружжя зберігає право спільної власності на частку, завдяки чому може вимагати виплати йому вартості майна ТОВ пропорційно половині частки того з подружжя, який є учасником цього товариства.

Одним із найважливіших питань, що постають в підприємницькій діяльності, є управління. В економіці застосовується вираз «управління бізнесом, капіталом, справами»; в юриспруденції — майном, юридичною особою. Звідси важливим для ТОВ є те, як працюють його органи, які управляють ним, адже без цього юридична особа як така існувати не може. Діяльність ТОВ, від якої очікуються прибутки (оскільки ТОВ є підприємницьким товариством), значною мірою залежить від рівня управління ним.

Окремі аспекти управлінської діяльності в ТОВ висвітлюються у **статті доктора юридичних наук, судді Львівського окружного адміністративного**

суду В. М. Кравчука «Відкликання голови виконавчого органу товариства». У цій статті автор торкається тих майнових наслідків, які настають у разі порушення головою виконавчого органу ТОВ вимог до дій, які він здійснює, управляючи товариством, тобто при неналежному виконанні ним своїх повноважень, а також розглядає наслідки особистого порядку такої їхньої поведінки.

Будучи по суті менеджером, керівник ТОВ перебуває з останнім в трудових відносинах. Він уповноважений здійснювати юридично значимі дії, виступаючи від імені товариства в цивільному обороті, організовуючи внутрішню діяльність у ньому, здійснюючи певною мірою правомочності власника з володіння, користування і розпорядження майном товариства тощо. Керівник, нездатний забезпечити належний рівень управління, порушує зазначене у ст. 65 ГК право власника щодо господарського використання свого майна. Тому одним із найважливіших питань є те, яким чином припинити неналежне управління з боку керівника. В статті йдеться про його відсторонення, звільнення, відставку, переобрання, відкликання. Всі ці аспекти доволі складні, адже дії, які при цьому мають місце, регулюються не лише цивільним, а й трудовим законодавством.

Ще одна стаття, в якій висвітлюються проблемні питання вибуття учасника зі складу ТОВ, авторами якої є доктор юридичних наук **О. Р. Кібенко та А. С. Залеська**, досліджуються практичні проблеми, з якими може зіткнутися учасник, що має намір вийти із товариства.

У статті підіймаються численні проблемні питання, а саме: як розмежувати вихід учасника з товариства із відчуженням ним своєї частки, з якої дати учасник вважається таким, що вийшов із товариства; чи може учасник відкликати свою заяву про вихід із товариства; яким чином має розраховуватися вартість частки учасника, яка підлягає сплаті у зв'язку з його виходом із товариства; як розрахуватись з учасником, який не повністю сплатив свою частку; яким чином учасник може захиститися від дій або бездіяльності, метою яких є протидія виходу учасника, з боку товариства.

На підставі аналізу чинного законодавства та судової практики автори доводять, що вирішення означених питань без істотного реформування чинного законодавства, що регулює діяльність ТОВ, є неможливим.

За наявності в когось з учасників ТОВ наміру скористатися своїм переважним правом придбати відчужувану іншим учасником частку спрацьовує відповідний правовий механізм, покликаний забезпечити належну реалізацію цього права. Переважне право учасників крізь призму виникнення, здійснення та захисту проаналізував у своїй статті **В. І. Крат**. Він торкається також умов продажу частки та порядку доведення надсилання учасникам ТОВ пропозиції придбати частку, аналізує, чи може учасник ТОВ вимагати реалізації свого переважного права в разі міні частки, а не її купівлі-продажу, вказує на колізію переважних прав у певних випадках та пропонує шляхи її вирішення. І логічним завершенням такого дослідження стали види порушень переважного права та його захист. До випадків порушення переважного права купівлі частки у статутному капіталі ТОВ автор, зокрема, відносить: укладення договору купівлі-продажу частки зі сторонньою особою всупереч приписам закону про переважне право учасників ТОВ; укладення дого-

вору купівлі-продажу частки з іншою особою на відмінних умовах, аніж вказані в письмовому повідомленні; продаж частки за іншою ціною, ніж зазначена в письмовому повідомленні, та ін. Спираючись на матеріали практики, автор зазначає на те, як слід поводитись в тому чи іншому випадку, коли виникає потреба у захисті прав.

Одним із шляхів зміни учасника ТОВ є спадкування його частки, чому присвячена стаття *кандидата юридичних наук, доцента О. П. Печеного «Проблеми спадкування права на частку у статутному капіталі ТОВ»*. Ним розкриваються два аспекти відповідної проблематики: предмет спадкового правонаступництва, тобто що саме спадкується і переходить до спадкоємців; реалізація спадкоємцями своїх прав щодо частки у статутному капіталі ТОВ, яка є *стадійною* і не повною мірою вписується в класичні канони оформлення спадкових прав. Не обходячи увагою жодного з питань, які постають на практиці та в теорії, автор дає на них відповіді з належним рівнем обґрунтування своєї позиції. Так, він правомірно вказує на те, що право на частку у статутному капіталі, перебуваючи у складі спадщини, виникає у спадкоємців із моменту її відкриття. Саме на цей момент визначається розмір частки, її вартість, інші показники. І це дійсно важливо, оскільки впливає на чимало інших відносин, з якими пов'язані спадкові відносини. Іншим моментом, який заслуговує на окрему увагу, є набуття спадкоємцями права щодо ТОВ (зокрема права на отримання вартості частки померлого у грошовому вираженні), але відсутність в них можливості ставати автоматично учасниками товариства з правами, що обумовлені часткою у статутному капіталі. Набуття статусу учасника може відповідно до статуту ТОВ пов'язуватись із наявністю згоди інших учасників товариства, про що зазначається у ч. 5 ст. 147 ЦКУ.

У статті *кандидата юридичних наук Ю. В. Мици «Реорганізація товариств з обмеженою відповідальністю: юридичні ризики»* автор, рухаючись від загальних положень про реорганізацію до окремих їх проявів стосовно тих чи інших видів реорганізації ТОВ, виявляє окремі проблемні питання, пов'язані з цими процесами. Зокрема це стосується перетворення ТОВ на інше товариство, складу етапів процедури реорганізації, серед яких її ініціювання, здійснення різноманітних реорганізаційних заходів, складання і затвердження підсумкового документа з реорганізації (роздільного (передавального) акта (балансу)), державна реєстрація, на етапі якої здійснюється реєстрація юридичних осіб, створених у результаті реорганізації ТОВ, та реєстрація припинення останнього.

Остання стаття збірки *Ю. Ю. Попова «Похідні (непрямі) позови: іноземний досвід та українські перспективи»* присвячена визначенню похідних (непрямих) позовів як позовів про захист прав товариства, з якими звертаються учасники товариства, з'ясуванню статусу ТОВ та його учасника у судовому процесі. У цій статті автор дає оцінку спроби запровадження похідних позовів у ч. 2 ст. 72 Закону України «Про акціонерні товариства» (у редакції, що була чинна до 02.03.2011). Проведений автором аналіз відповідних матеріальних та процесуальних аспектів відносин захисту прав ТОВ та їх учасників дозволила йому сформулювати пропозиції щодо запровадження інституту похідних позовів у законодавстві України.

Інна Спасибо-Фатєєва,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України

Права учасників товариства з обмеженою відповідальністю

Учасниками називаються особи, які беруть участь у товаристві з обмеженою відповідальністю (далі — ТОВ). Їх участь буває майновою (адже вони роблять внески до статутного капіталу ТОВ), особистою (або організаційною, оскільки учасники ТОВ управляють ним) та трудовою (якщо учасник ТОВ працює в ньому).

Майнова участь обумовлює й особисту участь: від вкладу учасника залежить розмір його частки у статутному капіталі ТОВ, яка впливає на обсяг його організаційних прав (зокрема голосування на загальних зборах). А от праця учасника в ТОВ не обумовлена ані його майновими, ані немайновими (особистими, корпоративними) правами, і трудові відносини регулюються трудовим, а не цивільним та корпоративним законодавством. Тобто трудова участь у ТОВ не входить до складу прав його учасників, на відміну від учасників повного товариства та повних учасників командитного товариства, які мають працювати в них, і така їхня діяльність є підприємницькою.

Учасники ТОВ мають права, передбачені ст. 116 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) та ст. 10 Закону «Про господарські товариства», які зазвичай іменуються корпоративними (ст. 167 ГК України). Ці права стосуються, насамперед, участі в розподілі прибутку, власне для чого учасники і вносили свої вклади до статутного капіталу ТОВ. Учасникам має забезпечуватися доступ до контролю за належним використанням внесених ними коштів/майна, що стали власністю ТОВ. Для цього вони мають право участі в управлінні товариством.

Отже, в українському законодавстві використовуються такі терміни стосовно прав учасників ТОВ: 1) право участі; 2) корпоративні права; 3) право на частку у статутному капіталі; 4) права учасників.

Право участі врегульовано в ст. 100 ЦКУ як особисте немайнове право, що не може передаватися іншій особі.

Корпоративними є права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) цієї організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами (ст. 167 ГК). Отже, корпоративні права є комплексними, що включають в себе майнові та немайнові права учасників.

Частка у статутному капіталі є різновидом майнових прав, з якими можна укласти правочини, тобто є об'єктом.

Права учасників ТОВ є суб'єктивними цивільними правами, що надаються учасникам господарського товариства, вони є тими можливостями, яких набувають особи шляхом участі в товаристві (ст. 116 ЦКУ). Ці права не належать до об'єктів цивільних прав, з якими укладаються правочини, а становлять зміст правовідносин.

З наведених міркувань випливає такий логічний рядок:

- 1) корпоративні права належать учаснику ТОВ;
- 2) ці права обумовлені його часткою у статутному капіталі;
- 3) корпоративні права є суб'єктивними правами учасників господарських товариств, що реалізуються в корпоративних відносинах, які складаються між учасником та ТОВ, — участі в загальних зборах, розподілі прибутку тощо;
- 4) частки у статутному капіталі ТОВ є об'єктами, з якими учасники можуть вчиняти правочини (купівлі-продажу, дарування, спадкування, управління тощо);
- 5) якщо частка є об'єктом, то вона фігурує не лише в договірних та спадкових правовідносинах, а й у відносинах власності. Тобто може йтися про право власності на частку, а отже, і про спільну власність на неї.

З наведених міркувань стає зрозумілим, що корпоративні права є однією складовою правовідносин — їх змістом, а частка у статутному капіталі — іншою складовою — об'єктом. Зрозуміло також, що й правовідносини ці не ті ж самі, бо корпоративні права реалізуються в корпоративних правовідносинах, які мають свою специфіку в порівнянні з загальноцивільністичними відносинами. Право на частку або акції виступає об'єктом суто цивільних правовідносин (купівлі-продажу, спадкування тощо), а корпоративні права в такому разі «приховуються» за правом на частку. Адже у набувача частки виникають такі ж корпоративні права, які мав відчужувач. Право ж на частку «приховується» в корпоративних правовідносинах, адже, виходячи з того, що особа є учасником, тобто має право на частку, вона в змозі реалізувати свої корпоративні права. В іншому випадку це стає неможливим (так, її не допустять до участі в загальних зборах, не виплатять дивіденди).

Отже, учасник ТОВ має *«право на частку»* (право власності, завдяки якому він може продати її тощо) та *«права з частки»* (корпоративні права), які є взаємопов'язаними, але реалізуються в різних за своєю природою правовідносинах і мають різні об'єкти.

Право на частку виникає в особи, яка внесла вклад до статутного капіталу ТОВ. Тобто замість вкладу, що передається у власність ТОВ, особа набуває права на частку в його статутному капіталі. З цього випливає, що поняття «вклад» та «частка» не є тотожними.

Вкладами до статутного капіталу може бути будь-яке майно: гроші, цінні папери, інші речі або майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку (ч. 2 ст. 115 ЦКУ). Практично так само регулюється це питання й ГК (ч.

1 ст. 86). Винятки, заборони і уточнення щодо цього містяться в законодавстві України і стосуються, зокрема: а) неможливості перебування у юридичної особи на праві власності певних видів майна; б) внесення майна особою, яка не є його власником; в) заборони внесення векселів як вкладів (ст. 12 Закону України «Про обіг векселів в Україні»); г) передання майна, що перебуває у податковій заставі, підлягає письмовому узгодженню з податковим органом; д) формування (збільшення) статутного капіталу окремих видів юридичних осіб, наприклад банків, яке може здійснюватися винятково шляхом грошових внесків (ч. 1 ст. 32 Закону України «Про банки і банківську діяльність»); е) використання для формування статутного капіталу товариства бюджетних коштів, коштів, одержаних у кредит та під заставу (ч. 3 ст. 86 ГК). Крім того, законодавством передбачається в окремих випадках необхідність перевірки аудитором (аудиторською організацією) фінансового стану засновників — юридичних осіб щодо їх спроможності здійснити відповідні вклади до статутного капіталу господарського товариства, а майнового стану засновників-громадян — підтвердження декларацією про їхні доходи і майно, посвідченою відповідним податковим органом.

Головною умовою, яка висувається до майна, що вноситься як вклад, є те, щоб воно мало грошову оцінку. Це необхідно насамперед для того, аби визначити частку особи у статутному капіталі ТОВ, але не тільки. Внесок учасника має своє призначення — сформувати капітал ТОВ, а за відсутності його грошової оцінки це буде неможливо. Учасник за цих причин не може звільнитися від обов'язку вкладу. Не допускається й внесення в якості вкладу обов'язку учасника щодо виконання робіт чи надання послуг товариству.

Проблемним є питання про те, чи виникає право спільної власності подружжя на частку в статутному капіталі ТОВ, якщо вклад вноситься одним із подружжя. За такої ситуації останній стає учасником ТОВ і набуває корпоративних прав, обумовлених його часткою у статутному капіталі. Однак ця частка сформована за рахунок вкладу, внесеного учасником із спільного майна подружжя. Тому першоджерело формування частки обумовлює і її правовий режим, який не може автоматично змінитися зі внесенням вкладу одним із подружжя до статутного капіталу ТОВ. І другий з подружжя не може позбавитися права на те майно, яке одержав той з подружжя, хто виступає учасником товариства.

Отже, важливо усвідомлювати, що при цьому не йдеться про корпоративні права — їх має лише учасник товариства, тобто один із подружжя. І реалізуються ці права в корпоративних (внутрішніх) відносинах абсолютно без жодних перешкод з боку іншого з подружжя, адже ці права належать лише тому, хто має корпоративний зв'язок із товариством. Цілком зрозуміло, що другий з подружжя не закликається до участі в загальних зборах, не інформується про стан роботи ТОВ, від нього не вимагається ніякої згоди для реалізації будь-яким учасником товариства (в тому числі й другим із подружжя) своїх корпоративних прав.

Щодо прав на частку у статутному капіталі ТОВ, то вона належить не лише його учаснику на праві власності, а є правом спільної власності подружжя.

Саме тому, коли йдеться про поділ майна між подружжям, то до його складу входить і частка у статутному капіталі ТОВ, що належить одному з них. Ані другий з подружжя, ані спадкоємці не можуть вимагати прийняти їх до ТОВ, тому що вони як були, так і залишилися сторонніми особами для товариства¹. У них відсутній корпоративний зв'язок із ним, а наявний лише майновий, що зводиться до вимоги виплатити певні суми.

Порівняємо цю ситуацію з іншою, коли хтось із подружжя, який розпорядився спільними коштами, зробив відповідні вкладення, наприклад, до банківської установи. Так само як і у випадку інвестування до статутного капіталу ТОВ, той з подружжя, хто вніс кошти, є стороною договору і учасником договірних відносин. Але другий з подружжя, безумовно, має право вимагати відповідних виплат у разі поділу майна.

Дещо непослідовно роз'яснив цю проблему Верховний Суд України у постанові № 11 від 21.12.2007 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя», в п. 28 якої зазначається, що вклад до статутного фонду господарського товариства не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. При чому ВСУ посилається на ст. 12 Закону України «Про господарські товариства», згідно з якою власником майна, переданого йому засновниками і учасниками, є саме товариство. Натомість варто звернути увагу на те, що твердження ВСУ стосується *вкладу* до статутного капіталу, а не частки в ньому. Вкладом же є те майно або кошти, які вносить учасник при створенні господарського товариства або при вступі до нього, про право подружжя на які взагалі в цій Постанові не йдеться².

Оскільки внесення вкладу до статутного капіталу ТОВ є дією, якою обумовлюється зміна власника майна (право на яке переходить від учасника до ТОВ), слід вести мову про його оборот, а відтак — по договірні відносини, що при цьому складаються. При створенні ТОВ ці договірні відносини ґрунтуються на договорі між учасниками, який хоча і не є обов'язковим (ст. 142 ЦКУ), але зазвичай укладається. Якщо ж особа стає учасником вже створеного ТОВ (наприклад, вносить свій вклад, вступаючи до цього товариства, тим самим збільшуючи його статутний капітал), договір укладається між нею та товариством.

¹ При цьому не торкатимемося проблематики спадкування частки і набуття прав учасника спадкоємцями, адже це питання потребує окремого аналізу, враховуючи непослідовність законодавця і, зокрема, проблематичність сприйняття ч. 5 ст. 147 ЦКУ.

² До речі, не можна погодитися й з тим, що вклад не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, якщо він вноситься за рахунок їхніх спільних коштів. Поняттям вкладу можна оперувати лише до державної реєстрації товариства або змін до державного реєстру (у випадку подальшого внесення вкладу). Тобто в цей проміжок часу ще не встановлюється корпоративний зв'язок між особою, яка вносить вклад, і товариством. Ця особа ще не є учасником товариства. А отже, вклад являє собою виділене зі спільного майна подружжя майно (кошти) з наміром їх передати у власність товариства. І тому немає підстав стверджувати, що вклад не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, оскільки майно (кошти), яке становить цей вклад, ще не змінило свого правового режиму.

За чинним законодавством статутний капітал ТОВ є суто номінальним показником, адже, якщо донедавна його мінімальний розмір встановлювався на рівні еквіваленту однієї мінімальної заробітної плати, то сьогодні закон взагалі не висуває жодних вимог до його розміру. Внаслідок цього статутний капітал ТОВ вже не виконує гарантійну функцію, а покликаний лише засвідчити обсяг корпоративних прав його учасників та визначити розмір тих вимог, які вони (або їхні спадкоємці чи кредитори) можуть висувати до товариства (ст.149 ЦКУ).

Втім, нерідко учасники ТОВ визначають досить значний розмір своїх вкладів, що потрібно їм для початку своєї діяльності або для її розширення в подальшому (при прийнятті нового учасника, який інвестує кошти для цього).

Внесення вкладів при цьому має відбуватися в річний строк (ч. 3 ст. 144 ЦКУ). Якщо вклад має вноситися в негрошовій формі, варто було б визначити стисліші строки для цього, оскільки, по-перше, зі спливом часу втрачається сенс в таких вкладах, бо їх призначення — саме в переданні майна для початку діяльності ТОВ; по-друге, позначення у статуті ТОВ розміру його статутному капіталу не відповідає дійсності та вводитиме в оману осіб, які матимуть намір вступити до правовідносин із ТОВ.

Внесення вкладу, будучи обов'язком учасника та існуючи в договірних правовідносинах, має виконуватися належним чином. В протилежному випадку має йтися про відповідальність. Натомість з ч. 3 ст. 144 ЦКУ не впливають майнові негативні наслідки, які тягне за собою невиконання особою обов'язку зі своєчасного внесення вкладу. В цій нормі лише вказується на можливість загальних зборів щодо прийняття рішення про виключення учасника, який не вніс (не повністю вніс) свій вклад, про зменшення статутного капіталу ТОВ на невнесену суму або навіть про ліквідацію ТОВ. Між тим не завадило б учасника, який не вніс або не повністю вніс свій вклад, притягнути до майнової відповідальності, яка зазвичай настає за невиконання (неналежне виконання) грошового зобов'язання.

Виходячи з сутності вкладів та їх пов'язаності з частками у статутному капіталі та, відповідно, корпоративними правами, слід зазначити також наступне. 1) Вклади мають вноситися всіма учасниками ТОВ без виключення. Ніхто не вправі звільнятися від цього обов'язку. 2) Попри те, що це договірний обов'язок учасника, не можна застосовувати ст.ст. 599-607 ЦКУ про різні підстави припинення зобов'язальних правовідносин, зокрема прощення боргу, зарахування вимог учасника до ТОВ, замість внесення ним вкладу тощо. Це пов'язано з тим, що відносини з приводу обов'язку особи внести вклад до ТОВ не просто припиняються з його виконанням, а трансформуються на інші правовідносини — корпоративні. Не можуть в особи виникнути корпоративні права, якщо вона не склала майнової участі в товаристві. Так само не може особа вимагати виплати їй вартості майна пропорційно її частці у статутному капіталі ТОВ (ч. 2 ст. 148 ЦКУ), якщо нею не було внесено вклад.

Розмір статутного капіталу ТОВ може змінюватися у бік збільшення або зменшення. Збільшення відбувається завдяки внесено учасниками ТОВ додат-

кових вкладів (ч. 6 ст. 144 ЦКУ), але це може бути й за рахунок нерозподіленого прибутку ТОВ (крім прибутку поточного року). Відповідно до ч. 3 ст. 87 ГК, рішення ТОВ про зміни розміру статутного капіталу набирає чинності з дня внесення цих змін до Державного реєстру.

Отже, статутний капітал ТОВ не є раз і назавжди заданою величиною. Не можуть вважатися незмінними і частки в ньому учасників. Вони можуть збільшуватися при внесенні ними додаткових вкладів або зменшуватися, якщо одним із учасників внесено додатковий вклад, а іншим – ні, адже в останньому випадку відбувається перерозподіл між учасниками розмірів часток у статутному капіталі.

При цьому не має значення, як називається майно, що додатково вноситься учасниками, – вклад чи внесок. Головна його сутність та призначення – збільшити статутний капітал ТОВ. Збільшення статутного капіталу за наявності боргів учасників щодо оплати вкладів забороняється.

У контексті цього питання слід торкнутися такої проблеми, як зміна часток учасників ТОВ при збільшенні його статутного капіталу. Якщо таке збільшення мало місце за рахунок нерозподіленого прибутку товариства, то співвідношення часток учасників у статутному капіталі не змінюється. Адже всі вони набувають прирощення пропорційно розміру своїх часток.

Інша справа, якщо йдеться про додаткові внески учасників ТОВ. Чинною редакцією ч. 2 ст. 51 Закону зазначається, що зміни вартості майна, внесеного як вклад, та додаткові внески учасників не впливають на розмір їхньої частки у статутному (складеному) капіталі, зазначеної в установчих документах товариства, якщо інше не передбачено установчими документами? Відтак, чи слід розуміти цю норму як таку, що спрямована на фіксацію незмінності часток учасників у статутному капіталі?

Відповідь на це запитання має бути негативною.

По-перше, виходячи з того, що статутний капітал та частки в ньому можуть змінюватися, як про це згадувалось вище. По-друге, якщо змодельовати ситуацію, коли ця норма вважалася б такою, що ґрунтується на імперативному приписі незмінності часток учасників, то це не узгоджувалося б із численними нормами не лише про зміну статутного капіталу, а й про виключення або вихід учасника з ТОВ із внесенням іншими учасниками вкладів для підтримання статутного капіталу в існуючому обсязі. І найголовніше, по-третє, це тлумачення цієї норми у структурно-системному зв'язку з іншими нормами Закону. Так, ця норма міститься в статті, що має назву «Особливості змісту установчих документів ТОВ». Це є визначальним, адже вона не міститься ані в ст. 52, ані в ст. 16 цього Закону. Це свідчить про те, що спрямованість такого регулювання полягає в тому, аби відомості, що є публічними (які містяться у статуті ТОВ та Державному реєстрі), були незмінними, доки не відбудеться державна реєстрація змін до статуту ТОВ. Така фіксація часток учасників покликана забезпечити належність і достовірність відповідної інформації, що доступна всім користувачам Державного реєстру. Крім того, вона забезпечує й права самих учасників ТОВ, які не залежать від жодних змін ані у коливанні ринкових цін на

майно, яке було ними внесено як вклади, ані від різного роду внесків кимось із учасників, що було викликане різними обставинами при здійсненні ТОВ своєї діяльності. І навпаки, якщо учасники усвідомлено і узгоджено (відповідно до статуту та Закону) приймають рішення про те, що внесення додаткових внесків якраз спрямовано на зміну розміру статутного капіталу та часток учасників, то це має відобразитися у статуті ТОВ.

Необхідність у зменшенні статутного капіталу ТОВ виникає з різних причин, зокрема внаслідок проведення з учасником ТОВ, що вибув, розрахунків. Адже, якщо учасник вибуває з ТОВ, це неминуче відбивається на розмірі його статутного капіталу, в якому вже не буде частки такого учасника. Разом із тим інші учасники можуть одночасно прийняти рішення про поповнення статутного капіталу шляхом внесення додаткових вкладів з додержанням пропорційності, передбаченої статутом, або ж ні.

В певних випадках ТОВ зобов'язане зменшити свій статутний капітал. Це викликано вимогою ЦКУ про додержання його співвідношення з активами товариства: якщо за результатами фінансового року вартість чистих активів ТОВ виявиться меншою від статутного капіталу, останній має також зменшитися (ч. 4 ст. 144 ЦКУ). Оскільки ж зміна статутного капіталу може негативно відобразитися на майновому стані осіб, які перебувають у правовідносинах з ТОВ (насамперед його кредиторами), останні мають не лише повідомлятися про це, але й їм мають бути забезпечені їхні права. Для цього вони наділяються можливістю вимагати дострокового припинення або виконання відповідних зобов'язань ТОВ та відшкодування ним збитків (ч. 5 ст. 144 ЦКУ). Проте, не завадило б підсилити правові механізми охорони прав кредиторів, передбачивши субсидіарну відповідальність учасників перед кредиторами за зобов'язаннями товариства, якщо зменшення статутного капіталу останнього супроводжувалося виплатами на користь учасників.

Володимир Кравчук,

суддя Львівського окружного адміністративного суду,

доктор юридичних наук

Відкликання голови виконавчого органу товариства

Виконавчий орган товариства – це орган, який забезпечує виконання рішень загальних зборів учасників та управління поточною діяльністю товариства. Цей орган безпосередньо реалізовує стратегію повсякденної діяльності товариства, тому від ефективності його роботи залежить досягнення цілей товариства.

Виконавчий орган створюється загальними зборами товариства, які визначають його кількісний та персональний склад. У ст. 62 Закону України «Про господарські товариства» (далі – ЗГТ) передбачено можливість створення у ТОВ колегіального виконавчого органу (дирекції, яку очолює генеральний директор) або одноособового (директор).

Правовою основою виникнення правовідносин між товариством та головою виконавчого органу є факт його обрання або призначення в установленому порядку. Ці відносини тривають до відставки, переобрання або відкликання, які є підставами припинення повноважень виконавчого органу товариства.

Відставка виконавчого органу – це процедура припинення повноважень з ініціативи цього органу. Відставка здійснюється шляхом подання відповідної особистої заяви члена виконавчого органу або колективної заяви всіх членів. За правовим характером заява про відставку – це заява про звільнення за власним бажанням. При цьому особа продовжує виконувати свої повноваження до вирішення питання про відставку в установленому порядку.

Переобрання – це спосіб припинення повноважень виконавчого органу товариства у зв'язку з обранням нового складу цього органу. Повноваження перебраної особи припиняються одночасно з виникненням таких повноважень у новообраної, якщо інший строк не встановлено рішенням вищого органу.

Відкликання – це процедура припинення повноважень виконавчого органу управління за рішенням вищого органу управління у зв'язку з невиконанням (неналежним виконанням) цим органом покладених на нього обов'язків. Відкликання – це форма корпоративної відповідальності членів органів управління перед вищим органом.

На відкликанні зупинимося докладніше, оскільки одним із найгостріших проявів корпоративних конфліктів є конфлікти між учасниками та директором. Ситуація ще більше ускладнюється з огляду на те, що трудове право, яке виходить із пріоритетності прав працівника, конкурує з корпоративним правом.

Відповідно до п. 3 ч. 4 ст. 145 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), до виключної компетенції загальних зборів учасників товариства з обмеженою відповідальністю належить створення та відкликання виконавчого органу товариства. Тотожну норму містить п. "г" ст. 41 ЗГТ.

Відповідно до ч. 3 ст. 99 ЦКУ, члени виконавчого органу можуть бути у будь-який час усунені від виконання своїх обов'язків, якщо в установчих документах не визначено підстави для усунення членів виконавчого органу від виконання своїх обов'язків.

У наведених статтях, як і в ЦКУ загалом, не використовується термін «звільнення» (або припинення трудового договору), а застосовуються інші – «відкликання» та «усунення». Відтак постає запитання: як ці терміни між собою співвідносяться? Звільнення – це процедура припинення трудового договору. Цей термін застосовується у трудовому праві. Підстави для дострокового розірвання трудового договору, укладеного на невизначений строк, з ініціативи власника або уповноваженого ним органом передбачені ст. 40, 41 Кодексу законів про працю (далі – КЗпП).

Відкликання – це спосіб дострокового припинення повноважень виконавчого органу з ініціативи загальних зборів учасників товариства. Це поняття є цивільно-правовим, точніше – корпоративним за галузевою належністю. В свою чергу, відкликання є підставою для припинення повноважень посадової особи, тобто звільнення. На відміну від трудового договору, який може бути розірвано лише на підставах, передбачених законом, підстав для відкликання виконавчого органу закон не передбачає.

У рішенні від 12.01.2010 № 1-рп/2010 Конституційний Суд України розтлумачив ч. 3 ст. 99 ЦКУ як таку, що передбачає право компетентного (уповноваженого) органу товариства у будь-який час і на будь-яких підставах усунути особу (осіб) від виконання обов'язків члена (членів) виконавчого органу за умови, якщо в установчих документах товариства не визначено таких підстав. Усунення члена виконавчого органу товариства від виконання своїх обов'язків, передбачене ч. 3 ст. 99 ЦК, не є відстороненням працівника від роботи в розумінні ст. 46 КЗпП.

У п. 3.2 мотивувальної частини цього Рішення зазначено, що "усунення" відповідно до ч. 3 ст. 99 ЦКУ є дією уповноваженого органу товариства, спрямованою на унеможливлення здійснення членом його виконавчого органу в межах корпоративних відносин з товариством повноважень у сфері управлінської діяльності. Необхідність такої норми зумовлена специфічним статусом члена виконавчого органу, який отримав від уповноваженого органу товариства право на управління. За природою корпоративних відносин учасникам товариства має бути надано можливість у будь-який час оперативно відреагувати на дії особи, яка здійснює представницькі функції із завданням шкоди інтересам товариства, шляхом позбавлення її відповідних повноважень.

З огляду на таке розуміння термінів «відкликання» і «усунення» виконавчого органу є синонімами.

Підставами для усунення (відкликання) можуть бути вчинення членом виконавчого органу дій, що завдають шкоди товариству, неналежне ставлення

до своїх обов'язків, вчинення злочину, вимога третіх осіб (прокурора, органу державного управління, профспілкового комітету) тощо. Слова "у будь-який час" слід тлумачити так, що усунення допускається до спливу строку повноважень виконавчого органу. "У будь-який час" не означає, що усунення відбувається негайно. Повинна бути дотримана процедура усунення, передбачена законом або установчими документами.

Такої підстави для звільнення, як відкликання, КЗпП не містить. Постає запитання: яку підставу для звільнення записати до трудової книжки? Відповідно до п. 2.25 Інструкції про порядок ведення трудових книжок працівників, затвердженої наказом Міністерства праці України, Міністерства юстиції України, Міністерства соціального захисту населення України від 29.07.1993 № 58, записи про причини звільнення у трудовій книжці повинні провадитись у точній відповідності з формулюванням чинного законодавства із посиланням на відповідну статтю, пункт закону. Оптимальним виходом із ситуації є укладення з директором трудового контракту, в якому буде зазначено додаткову підставу для звільнення – відкликання. Однак про це слід подбати ще під час оформлення відносин із найманим директором.

Слід звернути увагу, що, відповідно до ст. 9 ЦКУ, положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Оскільки процедуру відкликання та припинення трудових відносин у зв'язку із цим не врегульовано трудовим законодавством, звільнення, на мою думку, можливо провести на підставі норм ЦКУ. Якщо трудового контракту немає, то припинення трудового договору з директором товариства з обмеженою відповідальністю відбувається на підставі п. 3 ч. 4 ст. 145 ЦКУ. У трудовій книжці слід написати: "Звільнений у зв'язку із відкликанням з посади (п. 3 ч. 4 ст. 145 ЦКУ)".

Рішення про відкликання виконавчого органу приймається загальними зборами учасників. Слід враховувати, що збори проводяться у чітко регламентованому порядку, з завчасним повідомленням усіх учасників про час, місце, порядок денний зборів. Тому негайне звільнення директора в товаристві неможливе.

Щойно директору стане відомо, що його збираються відкликати, його ставлення до роботи може істотно змінитися. На першому плані постануть його особисті інтереси, а не інтереси товариства. У такій ситуації доцільно було б обмежити його повноваження з тим, щоб уникнути його зловживань. Якщо цього не зробити, може статися так, що новому директору вже не буде чим керувати. Краще цьому запобігти.

До порядку денного зборів обов'язково слід включити питання про відкликання директора, оскільки розгляд питань, не включених до порядку денного, як правило, не допускається. Допускається прийняття такого рішення за підсумками звіту про роботу товариства. Тому, коли ініціатори зборів хочуть завуальовувати свою мету, до порядку денного можна включити питання «про звіт директора щодо роботи товариства у I півріччі 2012 року». Якщо за наслідками розгляду цього питання збори вважатимуть роботу незадовільною і приймуть

рішення про відкликання директора, то, на мій погляд, за межі порядку денного збори не вийдуть.

Рішення про відкликання директора приймається більшістю голосів присутніх. Якщо директором є учасник, можна застосувати ч. 3 ст. 98 ЦКУ, за якою учасник товариства не має права голосу при вирішенні загальними зборами товариства питань щодо вчинення з ним правочину та щодо спору між ним і товариством. Складність застосування цієї норми полягає у тому, щоб довести, що відкликання директора – це питання про спір між директором і товариством. Якщо товариство прийме рішення про відкликання директора-учасника без урахування його голосу, а останній вважатиме, що це зроблено неправильно, він може оскаржити рішення у суді. В свою чергу, товариство буде посилатися на те, що між товариством і учасником виник спір і доказом цього є його скарга до суду, що зараз розглядається. Суд фактично розглядатиме спір про те, чи був спір, коли вирішувалося питання про відкликання директора.

Для того щоб усунути учасника від голосування, можна перед тим, як поставити на голосування проект рішення про відкликання його з посади директора, запропонувати йому піти у відставку. Якщо учасник у відставку йти не бажає, то між ним і товариством виникає спір щодо продовження виконання директором трудових обов'язків. У такий спосіб спір, який фактично існує, одержує правову фіксацію у протоколі зборів. Після цього збори можуть вирішувати питання про відкликання директора-учасника без урахування його голосу. Якщо директору належить частка у розмірі 40% та більше статутного капіталу, то є висока ймовірність того, що збори будуть заблоковані через його неявку. У зв'язку із відсутністю кворуму збори не зможуть розпочати роботу.

Рішення про відкликання директора набуває чинності негайно після його ухвалення. У цей самий час припиняються його повноваження як директора. Цей день вважається днем звільнення. У конфліктній ситуації між директором і товариством недоцільно відкладати припинення його повноважень на інший час.

Відповідно до ст. 40 КЗпП, не допускається звільнення працівника з ініціативи власника або уповноваженого ним органу в період його тимчасової непрацездатності, а також у період перебування працівника у відпустці. Тому директор може намагатися піти на лікарняний і у такий спосіб запобігти звільненню. Разом з тим, вважаю, що це стосується тільки звільнення, тобто припинення трудових відносин. Відкликати директора, тобто припинити з ним корпоративні відносини, можна й тоді, коли він тимчасово непрацездатний. У такому разі відкликаний він буде у день прийняття відповідного рішення, а звільнений – у перший день виходу на роботу.

Наслідки відкликання виконавчого органу багато у чому такі самі, що й наслідки його звільнення з власної ініціативи, які ми вже розглядали вище. Але є й принципова різниця, якщо розглядати їх з позиції роботодавця.

Відповідно до ст. 47 КЗпП, власник або уповноважений ним орган зобов'язаний у день звільнення видати працівникові належно оформлену трудову книжку і провести з ним розрахунок. Якщо директор не бажає одержувати трудову книжку або не надає її для внесення запису про звільнення, доцільно направити йому

письмове повідомлення з пропозицією надати трудову книжку і одержати повний розрахунок. У подальшому таке повідомлення захистить товариство від звинувачень у несвоєчасній видачі трудової книжки і розрахунку.

У разі звільнення працівника з ініціативи власника або уповноваженого ним органу останній зобов'язаний також у день звільнення видати йому копію наказу про звільнення з роботи. У зв'язку з тим, що відкликання є підставою для звільнення з ініціативи товариства, звільненому директору слід надати витяг із протоколу зборів учасників у частині, що стосується відкликання. Якщо директор відмовляється його одержати під розписку, витяг слід надіслати рекомендованим поштовим відправленням з описом вкладення.

Про відкликання директора слід повідомити весь колектив товариства. Це доцільно зробити на зборах трудового колективу, пояснивши усім, що відбулося звільнення директора, він не має жодних повноважень, а виконання його наказів вважається порушенням трудової дисципліни. Одночасно потрібно вказати, хто є керівником товариства (навіть якщо це тимчасова особа). Важливо, щоб звільнений директор не мав підтримки колективу.

Доцільно обмежити доступ звільненого до службових приміщень товариства. Якщо є охорона, то її слід повідомити про заборону звільненому директору перебувати на території товариства. Якщо охорони немає, то її слід на цей час найняти. Особливо важливо, щоб звільнений не мав вільного доступу до свого колишнього кабінету. Якщо з обставин зрозуміло, що звільнений може вдаватися до зловживань, доцільно опечатати його службовий кабінет, сейф та інші приміщення, де можуть знаходитися документи. Ще краще забезпечити цілодобову охорону.

Одночасно звільненому слід запропонувати передати печатку та документи, що перебували у його віданні. Якщо він відмовляється це зробити добровільно, створюється комісія товариства, бажано із залученням незацікавлених, а ще краще – авторитетних осіб, наприклад дільничного інспектора міліції, начальника ЖЕК, депутата місцевої ради, у присутності яких відкривається кабінет директора й описуються усі виявлені там речі та документи. Якщо ключів від сейфу немає, він відкривається примусово і описується його вміст. Усі виявлені документи і речі описуються у протоколі, який посвідчується підписами усіх членів комісії. Доцільно проводити відеофіксацію. Наведений протокол запобігає можливим звинуваченням з боку звільненого директора щодо буцімто умисного знищення документів, які були в кабінеті (сейфі), з метою його компрометації. Також згодом він не зможе стверджувати, що в його кабінеті були цінні речі, які пропали.

Якщо печатка не виявлена і залишається в розпорядженні звільненого директора, слід звернутися до районного відділу міліції, оскільки, відповідно до ст. 357 Кримінального кодексу України, це є злочином. Факт перебування печатки у сторонньої особи може дати підстави припустити, що ця печатка використовується нею з протиправною метою, а саме для підробки документів.

Якщо колишній директор не бажає передавати документи, слід провести ревізію наявної документації і скласти перелік відсутніх документів. Цей пере-

лік разом із вимогою про повернення документів, що перебували у його віданні, треба направити звільненому. Це, звісно, не означає, що ці документи буде повернено, однак це перший крок для їх відновлення.

Доцільно скасувати усі довіреності, які видавалися колишнім керівником, адже, за загальним правилом, зміна керівника юридичної особи не є підставою для припинення повноважень її представників.

Можливим є також витребування документів та печатки в судовому порядку, однак цей спосіб захисту є неефективним, оскільки потребує багато часу, а рішення важко виконати. Якщо судитися, то краще з приводу відшкодування шкоди, завданої товариству такими незаконними діями.

У разі виникнення конфлікту навколо відкликання директора учасникам слід остерігатися таких потенційних небезпек:

- відсутності частини документів;
- неповноти (недооформленості) документів;
- наявності неконтрольованих бланків із відбитком печатки у сторонніх осіб;
- появи документів, підписаних заднім числом, тобто виданих буцімто ще в той час, коли директором була звільнена особа;
- вчинення дій, які ставлять товариство в залежність від директора або контрольованих ним осіб;
- вчинення директором дій, які не відповідають інтересам товариства;
- заявлення претензій кредиторами, які мали особисті стосунки зі звільненим директором;
- створення колишнім директором товариства-конкурента;
- переманювання клієнтів, споживачів;
- переманювання та звільнення частини працівників, які бажають працювати разом зі звільненим директором;
- витоку конфіденційної інформації та використання комерційної таємниці підприємства;
- поширення звільненим недостовірної інформації;
- ініціювання звільненим різноманітних перевірок фінансово-господарської діяльності товариства.

Усі ці та інші фактори повинні братися до уваги ще до того, як розпочнеться відкрита кампанія щодо відкликання директора. Учасникам слід пам'ятати, що директор – це ключова фігура у структурі управління товариством, тому його звільнення неодмінно відобразиться на основній діяльності товариства. Непродумані дії можуть призвести до втрати бізнесу.

Олена Кібенко,

*керуючий партнер ЮФ «Кібенко, Оніка і партнери»,
доктор юридичних наук*

Анастасія Залеська,

*юрист ЮФ «Кібенко, Оніка і партнери»,
здобувач Харківського національного
університету внутрішніх справ*

Вихід учасника із товариства з обмеженою відповідальністю: проблемні питання та практичні рекомендації

Чинне законодавство України передбачає право учасника товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ) на вихід із товариства (ст. 148 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 № 435-IV – (далі – ЦКУ), ст. 88 Господарського кодексу України від 16.01.2003 № 436-IV (далі – ГКУ) та ст. 54 Закону України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 № 1576-XII). Проте практика реалізації цього права залишається далеко не однозначною, що обумовлено недосконалим правовим регулюванням у цій сфері.

На практиці у зв'язку із виходом учасника найчастіше виникають наступні запитання:

- 1) які саме дії мають вважатися виходом учасника з товариства;
- 2) з якої дати учасник вважається таким, що вийшов із товариства;
- 3) чи може учасник відкликати свою заяву про вихід із товариства;
- 4) яким чином має розраховуватися вартість частки учасника, що підлягає сплаті у зв'язку із його виходом із товариства;
- 5) чи може товариство або його учасники протидіяти виходу учасника (не вчиняти передбачені чинним законодавством дії, пов'язані з документальним оформленням виходу учасника, – не скликати чи не проводити загальні збори, на яких розглядається питання про вихід учасника, не проголосувати за рішення щодо змін до статуту, пов'язаних із виходом учасника, не здійснювати державну реєстрації змін до статуту тощо).

Повідомлення про вихід: вимоги законодавства

Відповідно до ст. 148 ЦКУ, учасник ТОВ має право вийти з товариства, повідомивши товариство про свій вихід не пізніше ніж за три місяці до виходу, якщо інший строк не встановлений статутом.

Відповідне формулювання закону викликає запитання: учасник, який виходить, мусить скласти одне чи два повідомлення (перше – повідомлення *про намір вийти зі складу учасників*, друге – повідомлення *про вихід*)? Втім, вбачається, що достатнім буде й одне повідомлення, у якому б зазначалася дата складення та дата, яку учасник зазначає як дату виходу з товариства, враховуючи строки повідомлення, встановлені законом чи статутом.

Можна взагалі поставити запитання ширше: а навіщо законом передбачене таке попереднє повідомлення товариства про вихід учасника? Адже товариство все одно має досить значний «люфт» для здійснення розрахунків з учасником – йому надається цілий рік для того, щоб виплатити учаснику, що виходить, компенсацію, тобто підготуватися до того, що економічна база товариства зменшиться, знайти відповідні резерви. За таких умов виділення додаткових трьох місяців на попереднє повідомлення вбачається недоцільним. Відповідна позиція була втілена в проекті Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», який передбачає, що учасник у будь-який момент може вийти з товариства без попереднього повідомлення (більш того, строки розрахунків товариства з учасником у проекті скорочуються з одного року до чотирьох місяців).

Аналіз змісту ч. 3 ст. 29 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» дозволяє дійти висновку, що повідомлення про вихід може мати дві форми:

- 1) заяви про вихід із товариства – для фізичної особи;
- 2) рішення про вихід зі складу засновників (учасників) – для юридичної особи.

Щодо юридичних осіб слід зазначити, що рішення про вихід є внутрішнім документом, тому формально воно також має супроводжуватися листом – заявою про вихід, адресованою товариству.

На сьогодні чинне законодавство України не передбачає, що заява фізичної особи – учасника ТОВ про вихід має бути нотаріально посвідченою. Відповідно до ч. 3 ст. 29 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», у разі внесення змін до установчих документів, пов'язаних зі зміною складу засновників (учасників) юридичної особи, додатково подається примірник оригіналу (ксерокопія, нотаріально засвідчена копія) заяви фізичної особи про вихід зі складу засновників (учасників). Таким чином, сьогодні Закон не вимагає нотаріального посвідчення заяви фізичної особи про вихід (така вимога існувала до того, як Законом від 21.04.2011 № 3263-VI були внесені зміни до зазначеної статті).

Втім, на практиці учасники – фізичні особи й сьогодні продовжують складати нотаріально посвідчені заяви, що викликає додаткові витрати для них.

Розмежування виходу з товариства та відчуження частки

Поширена практична помилка виникає при вирішенні питання про розмежування виходу учасника із ТОВ і продажу учасником своєї частки іншим учасником, товариству чи третім особам. Якщо проаналізувати саму природу виходу учасника із товариства, то можна дійти висновку, що такий вихід передбачає зменшення статутного капіталу. Ця позиція підтримується й іншими фахівцями, зокрема Пилипенко О. І.,¹ Белоусовим М. О.² Учасник, так би мовити, просто забирає свою частку в ТОВ, не бажаючи більше перебувати у відповідних корпоративних правовідносинах. При цьому учасник не бажає продати, подарувати чи іншим чином відступити ТОВ, або іншим учасникам чи учаснику товариства, або ж третій особі свою частку. Саме ця особливість і відрізняє вихід із товариства від продажу частки. Проте на практиці ці два поняття часто підміняють, і виходом учасника із ТОВ називають саме продаж або відчуження іншим чином своєї частки учасником. Так, на практиці учасники, які не бажають здійснювати нотаріальне посвідчення договору купівлі-продажу частки та сплачувати пов'язані із цим витрати, складають заяву про вихід у зв'язку із продажем частки. Втім, якщо учасник виходить із товариства, не може йтися про відступлення частки будь-якій особі, вихід учасника – це припинення участі у товаристві без правонаступництва відносно прав та обов'язків учасника.

Слід звернути увагу на те, що вихід учасника є дією, в результаті якої повинен бути зменшений статутний капітал. Відповідно, необхідно отримувати дозвіл на це кредиторів. Це може істотно ускладнити процедуру виходу, а отже ТОВ часто припускаються помилки, зазначаючи у протоколі, що статутний капітал не зменшується, а частка учасника переходить до товариства. Такий «перехід» може розглядатись як безпідставне набуття майна товариством. Більш того, на практиці трапляються випадки коли учасник і частку залишає товариству, і компенсацію за цю частку отримує, як при виході.

Для того щоб не зменшувати статутний капітал при виході учасника, інші учасники можуть:

- 1) прийняти рішення про збільшення своїх часток шляхом внесення додаткових вкладів (із тим щоб розмір капіталу залишився таким, який був до виходу учасника);
- 2) прийняти рішення про викуп частки учасника самим ТОВ чи його учасниками (втім, у такому разі означені відносини перестають регулюватися нормами законодавства про вихід учасника, а до них застосовуються норми про відступлення частки).

¹ Пилипенко О. І. Розрахунки з власниками корпоративних прав у випадку виходу із товариства: обліковий аспект [Текст] / О. І. Пилипенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_gum/Vzhdtu_econ/2010_3_1/84.pdf

² Белоусов М. О. Вихід учасника з товариства: юридичний та бухгалтерський аспект [Текст] / М. О. Белоусов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/ptmbo/2010_3/4.pdf

Варто зазначити, що неузгодженість у розумінні термінів «вихід» із ТОВ та «продаж своєї частки у статутному капіталі» ТОВ має місце й при розгляді відповідних справ у суді³.

Визначення дати виходу

Одним із найбільш дискусійних у сфері виходу учасника із ТОВ є питання встановлення моменту виходу. Так, законодавчі акти не визначають, з якої дати учасник може вважатися таким, що вийшов із ТОВ. Тлумачення щодо встановлення дати виходу учасника зі складу ТОВ було надане судовою та виконавчою ланками влади, причому підхід до розуміння цього питання не є однаковим.

Відповідно до п. 3.5 Рекомендацій Вищого господарського суду від 28.12.2007 № 04-5/14 «Про практику застосування законодавства при розгляді справ, що виникають із корпоративних відносин», учасник вважається таким, що вийшов із ТОВ, з моменту прийняття загальними зборами рішення про виключення учасника з товариства на підставі його заяви про вихід, а у випадку відсутності такого рішення — з дати закінчення строку, встановленого законом або статутом товариства для повідомлення про вихід із товариства.

Відповідно ж до п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів», вихід зі складу учасників ТОВ не пов'язується ні з рішенням зборів учасників, ні з внесенням змін до установчих документа товариства. У зв'язку з цим *моментом виходу учасника з товариства є дата подання ним заяви про вихід відповідній посадовій особі товариства або вручення заяви цим особам органами зв'язку*. Позиція ВСУ вбачається не зовсім виваженою, враховуючи, що учасник подає заяву про вихід завчасно, бо така заява є його попередженням про вихід. Тому було б логічніше спиратися на дату закінчення строку, встановленого законом або статутом товариства для повідомлення про вихід з товариства, а не на дату подання заяви (або скасувати вимогу про попередження товариства про вихід, як це слушно зроблено у проекті Закону «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»).

У роз'ясненні ж Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва, наданого в листі від 18.06.2009 № 7184 «Про момент виходу учасника зі складу ТОВ», зазначається, що для третіх осіб відомості про зміну складу засновників *набувають чинності тільки після внесення цих змін до Єдиного державного реєстру*. Відповідна позиція ще раніше була також представлена в іншому листі Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва – від 28.07.2004 № 5114 «Про надання роз'яснень».

Тож на сьогодні відсутній єдиний підхід до розуміння питання моменту виходу учасника з ТОВ, що породжує виникнення й інших суперечностей.

³ Рішення Господарського суду Донецької області від 18.06.2008 № 12/60пн [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1983809>

Тому законодавцю необхідно звернути увагу на цей факт та внести відповідні зміни до законодавства. Так, проект Закону «Про товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю» передбачає, що учасник є таким, що вийшов із товариства, із дати подання відповідної заяви. Враховуючи відсутність вимоги про попереднє повідомлення товариства про вихід, така позиція розробників законопроекту здається слушною та заслуговує на підтримку.

Проблемним є також питання можливості відкликання заяви учасника про вихід із ТОВ. На сьогодні така можливість на законодавчому рівні не закріплена. Але відсутність прямої заборони на відкликання заяви про вихід, по суті, дозволяє таке відкликання. При цьому виникає складність в іншому: як було зазначено вище, момент виходу учасника із ТОВ чітко не встановлений, і в тому випадку, якщо розглядати такий момент із дня подання відповідної заяви про вихід, її відкликання в односторонньому порядку стає саме по собі неможливим. Вважаємо, що відкликання заяви про вихід після її отримання товариством допускається лише за згодою самого товариства. Втім, у такому разі також незрозуміло, який орган має вирішувати питання про допустимість такого відкликання. На нашу думку, це можуть зробити лише загальні збори учасників ТОВ. Оскільки на практиці такі ситуації (подання заяви та її подальше відкликання шляхом подання нової заяви) трапляються досить часто, то доцільно було б врегулювати відповідні правовідносини у законі. На жаль проект Закону «Про товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю» не містить відповідних норм.

ВГСУ звертає увагу на те, що заява про вихід учасника з товариства є формою реалізації передбаченого законом права учасника на припинення корпоративних відносин шляхом виходу з товариства, а не правочином. Враховуючи це, не підлягають задоволенню позовні вимоги щодо визнання заяви про вихід із товариства недійсною, оскільки законом не передбачено застосування такого способу захисту права (абз. 5 п. 3.5 Рекомендацій президії Вищого господарського суду України від 18.06.2009 № 04-06/83).

Із висловленою позицією важко погодитись, адже саме заява учасника є юридичним фактом, дією, яка викликає зміну прав та обов'язків, що існують між учасником та товариством – корпоративні відносини припиняються і виникають відносини інші – зобов'язальні (у товариства виникають обов'язки здійснити юридичні дії, пов'язані із виведенням учасника зі складу і виплатити учаснику компенсацію його частки). Тлумачити такі дії як суто реалізацію учасником свого корпоративного права не можна. Відповідна позиція знаходить відображення й у судовій практиці (у рішенні за справою № 2-6834/2006 від 18 вересня 2007р. ВГСУ обґрунтовує те, що заява учасника про вихід з товариства є одностороннім правочином).

Розрахунки з учасником

Відповідно до ст. 54 Закону України «Про господарські товариства», учасник, який виходить із ТОВ, має право одержати вартість частини майна, пропорційну його частці у статутному капіталі товариства. Виплата проводиться

після затвердження звіту за рік, у якому він вийшов з товариства, і у строк до 12 місяців із дня виходу. На вимогу учасника та за згодою товариства вклад може бути повернутий повністю або частково у натуральній формі. Учаснику, який вибув, виплачується належна йому частка прибутку, одержаного товариством цього року до моменту його виходу. Майно, передане учасником товариству тільки в користування, повертається в натуральній формі без винагороди.

При цьому, відповідно до п. 7 Інформаційного листа Вищого господарського суду України від 27.02.2012 № 01-06/224/2012 «Про доповнення до інформаційного листа Вищого господарського суду України від 15.03.2011 № 01-06/249 «Про постанови Верховного суду України, прийняті за результатами перегляду судових рішень господарських судів», обов'язок товариства сплатити вартість частки учаснику, який виходить з товариства, виникає з моменту повідомлення учасником про вихід; невиконання такого обов'язку тягне за собою передбачені ст. 625 ЦКУ наслідки прострочення виконання грошового зобов'язання.

Найчастіше конфлікти між учасником, що виходить, та товариством виникають із питань розрахунку суми, що підлягає виплаті учаснику як компенсація вартості частки у майні товариства. Чинне законодавство не дає чіткої відповіді на запитання щодо того, яка вартість майна – балансова чи ринкова – має братись як базова при здійсненні розрахунків; мають враховуватися лише активи чи також і борги (зобов'язання) товариства; чи має бути зменшена сума компенсації учаснику, який не повністю сплатив свою частку, тощо.

ВГСУ звертає увагу на те, що, відповідно до ч. 1 ст. 190 ЦКУ, майном, крім речей, вважаються майнові права та *обов'язки*. У ч. 1 ст. 66 та у ст. 139 ГКУ зауважується, що майно підприємства становлять речі та інші цінності (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна підприємства. На підставі наведених норм ВГСУ вважає, що вартість частки майна товариства, належної до сплати учаснику, що виходить (виключається) з товариства, повинна визначатися з розрахунку вартості усього майна, що належить товариству, в тому числі основних засобів, нематеріальних активів, оборотних активів, майна не виробничого призначення тощо з *урахуванням майнових зобов'язань товариства*.

Майно підприємства обліковується на його балансі, де відображається вартість активів підприємства та джерела їх формування. Тому, на думку ВГСУ, в основу розрахунку вартості частини майна товариства, належної до сплати учаснику, що виходить із товариства, за загальним правилом, повинна братися *балансова вартість майна товариства*.

Втім, ВГСУ також звертає увагу на те, що будь-який учасник товариства має право вимагати проведення з ним розрахунків виходячи з дійсної (ринкової) вартості майна товариства. Положеннями (стандартами) бухгалтерського обліку передбачена можливість переоцінки балансової вартості для таких категорій активів товариства, як основні засоби (п. 16 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 7 "Основні засоби", затвердженого наказом Міністерства фінан-

сів України від 27.04.2000 № 92), нематеріальні активи (п. 19 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 8 "Нематеріальні активи", затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 18.10.99 № 242), довгострокові і поточні біологічні активи (пп. відповідно 16.1 та 22 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 2 "Баланс", затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 31.03.1999 № 87).

Експерта оцінка майна може бути проведена добровільно, перед процедурою виходу. У такому разі за її результатами має бути змінено балансову вартість відповідних активів. Таким чином, розрахунки з учасником все одно базуватимуться на скоригованій відповідно до проведеної оцінки балансовій вартості майна.

У разі розгляду відповідного спору судом може бути задоволене клопотання учасника про здійснення експертної оцінки дійсної (ринкової) вартості основних засобів, нематеріальних активів, довгострокових або поточних біологічних активів для обчислення вартості частини майна, належної до сплати такому учаснику.

Чинним законодавством також не врегульоване питання щодо належного інформування учасника про розмір компенсації, яку має бути виплачено під час проведення розрахунків. Це створює підстави для маніпулювання даними фінансової звітності для заниження вартості частки учасника.

У проекті Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» закріплено, що не пізніше 30 днів із дати виходу виконавчий орган товариства зобов'язаний повідомити учаснику, який вийшов, вартість його частки. Проект передбачає, що товариство зобов'язане надавати учаснику, який вийшов, необмежений доступ до документів фінансової звітності, інших документів, необхідних для визначення вартості цілісного майнового комплексу товариства на дату виходу учасника. Вбачається доцільнішим передбачити у законі, що виконавчий орган має направити учаснику письмовий розрахунок вартості його частки до якого додати завірену фінансову звітність товариства та інші документи, що використовувалися для здійснення розрахунку. Це спростить доступ учасника до зазначеної інформації.

На практиці виникає запитання, чи підлягає сплаті учаснику вартість частки у майні ТОВ у повному розмірі у випадку, коли він не повністю сплатив свій внесок до статутного капіталу. На сьогодні законодавство не містить жодних обмежень, що на практиці призводить до ситуації, коли учасник, що не вніс до капіталу товариства ані копійки, при виході має право вимагати компенсації вартості своєї частки, розмір якої зазначений у статуті товариства повною мірою. Практика свідчить, що до статутів ТОВ часто включаються норми, які містять спеціальні приписи щодо такої ситуації, згідно з якими учасник отримує вартість частки у майні товариства відповідно до розміру своєї сплаченої частки. Доцільно було б таку норму передбачити й чинним законодавством. Втім, проект Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» містить дещо іншу норму. Ч. 5 ст. 17 передбачає, що якщо учасник не повністю сплатив свій внесок, виплата вартості частки здійснюється за вирахуванням боргу учасника за внеском до капіталу товариства. Такий підхід

здається невинуватим, адже учасник фактично отримує компенсацію, приріст від капіталу, якого він не надавав товариству.

Ще одним із питань, що заслуговують на додаткову увагу, є порядок проведення загальних зборів ТОВ, які проводяться після отримання заяви учасника про вихід. Як свідчить практика, до порядку денного таких зборів включаються зазвичай питання щодо виходу учасника та внесення відповідних змін до статуту ТОВ. Виходячи з положень чинного законодавства, можна дійти висновку, що фактично проведення загальних зборів ТОВ є, так би мовити, формальним, оскільки вихід учасника із ТОВ є добровільним та безумовним актом, що не потребує отримання будь-якої згоди. У зв'язку з цим незрозуміло: чи потрібно виносити на голосування загальних зборів ТОВ питання про вихід учасника? Відповідь однозначна – ні. Адже, оскільки загальні збори ТОВ не можуть проголосувати проти, то й саме голосування є в цьому випадку абсурдним. Втім, на сьогодні більшість протоколів містять відповідне питання та результати голосування за ним. Між тим на голосування повинне виноситися питання про внесення відповідних змін до статуту ТОВ. До порядку денного також доцільно включати питання про умови та порядок розрахунків з учасником або навіть більш широке за змістом питання — «про правові наслідки виходу учасника», у такому разі учасники можуть зафіксувати у рішенні загальних зборів повний алгоритм взаємодії з учасником, який вийшов з товариства.

Відповідальність за боргами товариства

Хотілося б звернути увагу на одну новацію, включену до проекту Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Відповідно до ч. 6 ст. 17 законопроекту, учасник, що вийшов з товариства, несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями товариства, які виникли у товариства до дати виходу учасника, в межах виплаченої йому товариством суми або вартості отриманого від товариства майна. Така субсидіарна відповідальність вбачається невинуватеною з наступних міркувань. Учасник, який виходить із товариства, отримує частину майна товариства із урахуванням усіх зобов'язань товариства, що існують на дату виходу. Тобто на суму цих зобов'язань (боргів, пасивів) зменшується вартість майна (активів) товариства, які беруться до уваги при розрахунку розміру компенсації. Якщо при цьому ми ще встановлюємо у законі норму про субсидіарну відповідальність учасника за зобов'язаннями, що виникли до моменту його виходу, то виходить, що учасник нестиме відповідальність у подвійному розмірі. Встановлення субсидіарної відповідальності було б виправданим у випадку, якщо б вартість частки учасника не зменшувалась на суму зобов'язань товариства (тобто при розрахунку бралися б до уваги усі активи товариства, а не лише чисті активи, тобто власний капітал).

Чи слід виключити таку норму із проекту? Практика свідчить, що ані державні реєстратори, ані органи державної податкової служби не перевіряють правильність розрахунку вартості частки учасника. Тому на практиці трапля-

ються випадки, коли учасник, який контролює товариство, спонукає виконавчий орган до того, щоб при розрахунку отримати суму компенсації чи майно, яке істотно перевищує дійсну вартість його частки, тим самим порушуючи інтереси кредиторів та інших учасників товариства. Вбачається, що для захисту інтересів кредиторів може бути використана така субсидіарна відповідальність. Але ця відповідальність має застосовуватися лише до зобов'язань, які виникли до моменту виходу учасника, але *не були враховані при розрахунку вартості його частки у майні товариства*.

Протидія виходу учасника: способи захисту

Неможливість учасника формально завершити процедуру виходу без проведення загальних зборів та державної реєстрації змін до статуту істотно ускладнює процедуру виходу у тому випадку, коли виконавчий орган товариства, загальні збори чи навіть окремі учасники будуть незгодні з таким виходом і своєю діяльністю/бездіяльністю перешкоджатимуть оформленню виходу.

ВСУ у Постанові від 24.10.2008 № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» зазначає, що у разі, якщо товариство не вчиняє дії у зв'язку з поданням учасником заяви про вихід з товариства (не вирішується питання про внесення змін до установчих документів товариства, про їх державну реєстрацію), учасник товариства вправі звернутися до господарського суду з позовом про зобов'язання товариства до державної реєстрації змін в установчих документах товариства у зв'язку зі зміною у складі учасників товариства на підставі ст. 7 Закону «Про господарські товариства». Втім, такі позови є безперспективними, адже державна реєстрація змін до статуту може бути проведена виключно на підставі наданого рішення загальних зборів та змін до статуту чи статуту у новій редакції. Таким чином, якщо суд й зобов'яже ТОВ здійснити державну реєстрацію змін до статуту, на практиці таке рішення буде виконати неможливо.

Захистити учасника у такому випадку можливо лише у два способи:

- 1) усунувши необхідність зазначати відомості щодо учасників ТОВ у статуті; у такому разі документальне оформлення виходу учасника покладатиметься на виконавчий орган ТОВ, який у випадку отримання заяви від учасника про вихід у передбачений законом строк муситиме подати відповідні відомості (форму) до державного реєстратора для внесення відповідного запису до ЄДР;
- 2) надавши суду можливість вносити зміни до статуту ТОВ замість загальних зборів.

Обидва ці способи відомі за кордоном і, як вбачається, могли б ефективно працювати в Україні. Втім, перевагу слід надати все ж таки першому із наведених способів, адже в умовах значної корумпованості судової гілки влади наділення суду такими широкими повноваженнями може створити підґрунтя для істотних зловживань.

Вихід учасника зі значною часткою

Чинне законодавство України не дає відповіді на запитання, чи може учасник зі значною часткою (від 50% до 100%) вийти з товариства. Формально таке право надається будь-якому учасникові без жодних обмежень. Втім, зрозуміло, що учасник одноосібного товариства (тобто ТОВ з одним учасником) не зможе скористатися таким правом, адже товариство не зможе функціонувати без учасників. Але потенційно таке право може реалізувати учасник, що має частку у 99,9% статутного капіталу.

Вихід учасника зі значною часткою може істотно дестабілізувати роботу товариства, адже учаснику, що виходить, слід віддати більше половини усіх активів товариства. У такому випадку міноритарні учасники потребують додаткового захисту, який чинним законодавством не передбачений. У проєкті Закону «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» пропонується закріпити спеціальну норму щодо врегулювання виходу із товариства учасника зі значною часткою. Згідно з проєктом, учасник товариства, чия частка у капіталі товариства не перевищує 50%, має право у будь-який час вийти з товариства незалежно від згоди інших його учасників або товариства. Учасник, чия частка в капіталі товариства перевищує 50%, може вийти з товариства лише з дозволу товариства, рішення про надання якого приймається одностановно загальними зборами учасників, у яких беруть участь всі інші учасники товариства.

З іншого боку, слід захистити і права мажоритарного учасника, якому фактично блокується вихід з товариства. Тому вбачається доцільним запропонувати більш компромісний варіант, згідно з яким на зборах, що ухвалюють рішення про надання згоди на вихід учасника з товариства, має також обов'язково розглядатись питання про припинення діяльності товариства. Таким чином, учасник все ж таки матиме змогу отримати вартість своїх активів, але вже не в індивідуальному порядку – шляхом розрахунку з учасником, що вийшов, – а через проведення звичайної ліквідаційної процедури. Це дозволить захистити права інших учасників товариства, а також надасть додаткові гарантії кредиторам ТОВ.

Василь Крат,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права № 1

Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Переважне право купівлі частки у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю

Істотна зміна основних засад правового регулювання призводить до виникнення нових та трансформації існуючих цивільно-правових інститутів. Саме таким правовим утворенням є феномен переважних прав. У першу чергу вони асоціюються з переважним правом купівлі частки у праві спільної часткової власності, хоча й мають ширшу сферу застосування у різноманітних правовідносинах. До їх різновидів належить й переважне право учасника товариства з обмеженою відповідальністю¹ купівлі частки (її частини) у статутному капіталі (абз. 2 ч. 2 ст. 147 Цивільного кодексу України², ч. 3 ст. 53 Закону України «Про господарські товариства»).

Переважне право купівлі частки (її частини) в статутному капіталі ТОВ подібне до переважних прав, що існують у речових та зобов'язальних правовідносинах. Разом з тим в наявні особливості, які варто проаналізувати крізь призму проблематики виникнення, здійснення та захисту переважного права учасника ТОВ.

Виникнення переважного права. Переважне право купівлі частки у статутному капіталі ТОВ характеризується особливістю виникнення, оскільки воно може виникнути лише за умови, що статутом не передбачено заборони відчуження частки третім особам. Такий висновок зумовлений положеннями абз. 1 ч. 1 ст. 147 ЦК, в якому встановлено, що відчуження учасником ТОВ своєї частки (її частини) третім особам допускається, якщо інше не встановлено статутом товариства.

Переважне право виникає разом із суб'єктивним правом учасника ТОВ на частку у статутному капіталі та перебуває в пасивному стані до отримання повідомлення про намір продати частку іншим учасником ТОВ. Тобто остаточно виникнення переважного права купівлі частки у статутному капіталі ТОВ пов'язується з волею суб'єкта припинити своє право на частку.

¹ Далі – ТОВ.

² Далі – ЦК.

Останнім юридичним фактом, від якого залежить виникнення переважного права учасника ТОВ, є *повідомлення про намір продати частку* (далі – повідомлення). Основним питанням, яке виникає при аналізі сутності цього повідомлення, є те, чи можливо його вважати офертою, тобто пропозицією укласти договір (ст. 641 ЦК)? Причому це питання не суто теоретичне³, оскільки впливає на «вибір» тих норм цивільного законодавства, що підлягають застосуванню. При цьому необхідно враховувати, що:

- а) оферту може надіслати будь-яка зі сторін майбутнього договору (ст. 641 ЦК), а повідомлення має змогу вчинити тільки учасник ТОВ;
- б) на відміну від пропозиції, вчинення повідомлення – це обов'язок учасника, котрий має намір відчужити свою частку шляхом укладення договору купівлі-продажу;
- в) адресування повідомлення, на противагу оферті, завжди обмежується заздалегідь визначеним колом осіб у правовому сенсі (учасником (-ами)), а не в економічному – як це відбувається зазвичай при виборі майбутнього контрагента за договором;
- г) зазначене повідомлення відзначається організаційним характером, адже за його допомогою відбувається саме організація продажу частки у статутному капіталі ТОВ. Не дивно, що ініціатива у цьому питанні належить учасникові ТОВ, оскільки саме він зацікавлений у правомірній реалізації належної йому частки з метою недопущення настання негативних наслідків у випадку порушення переважних прав інших осіб;
- г) повідомлення відіграє подвійну роль – інформативну та пропозиційну. Інформативна має своїм змістом інформування носія (-ів) переважних прав про намір продати частку у статутному капіталі ТОВ і про його (їх) можливість реалізувати переважне право. Натомість, з іншого боку, це повідомлення характеризується певними властивостями, які «наближають» його до оферти. За допомогою повідомлення має місце пропозиція укласти договір, адже в ньому обов'язково має бути вказана ціна та інші умови продажу частки. На відміну від оферти, воно не завжди має своїм результатом укладення договору саме того розміру частки й на зазначених умовах. У разі множинності суб'єктів переважного права застосовується така конструкція вирішення колізії переважних прав, як пропорційність здійснення переважного права;
- д) порівняно з пропозицією укласти договір це повідомлення може адресуватися декільком носіям переважного права (у випадку коли учасників троє і більше). Оферта, як відомо, має бути адресована визначеній особі. Певну подібність повідомлення можна виявити з так званою «публічною офертою», зверненою до невизначеного кола осіб. Однак у публічній

³ Наприклад, Вищий господарський суд України вказав, що «суб'єкт переважного права має пріоритет у укладенні угоди про придбання частки лише на тих умовах, які визначені для інших осіб і які зазначені в оферті продавця корпоративних права». Див.: Постанова Вищого господарського суду України від 24.04.2012 у справі № 32/178-57/180 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/23691407>.

оферті вбачається намір суб'єкта укласти договір із будь-якою особою, що погодиться на таку пропозицію. Учасник, який вчинив повідомлення декільком учасникам ТОВ, не має не лише такого наміру, але й спроможності з кожною особою укласти договір стосовно відчуження певної частки у статутному капіталі ТОВ, оскільки він реалізує одну частку. Обмеженість учасника ТОВ тільки однією часткою унеможлиблює її продаж кожному з носіїв переважного права, які виявили бажання її придбати.

Тому на підставі викладеного слід констатувати неможливість кваліфікації повідомлення про продаж як оферти.

У повідомленні має бути обов'язково зазначена *ціна та інші умови продажу* (абз. 2 ч. 2 ст. 147 ЦК). Під *ціною* слід розуміти грошову суму, за яку учасник ТОВ має намір продати частку у статутному капіталі ТОВ. До *інших умов продажу* з огляду на те, що відчужується такий об'єкт, як частка у статутному капіталі ТОВ, можна віднести, зокрема, розмір частки (вся або частина), порядок оплати (з розстроченням або відстроченням платежу), форму розрахунків, обов'язок щодо сплати витрат, пов'язаних з оформленням договору, забезпечення виконання зобов'язань за договором (наприклад встановлення неустойки).

Варто акцентувати увагу, що законодавець у абз. 2 ч. 2 ст. 147 ЦК використовує словосполучення *«пропонувалася для продажу третім особам»*. Його тлумачення зумовлює висновок, що повідомлення про намір продати частку має обов'язково надсилатися іншим учасникам ТОВ тільки після формування пропозиції третім особам. Під *«третіми особами»* потрібно розуміти учасників цивільних відносин, які не є учасниками ТОВ. Відтак, у разі наміру продати частку учаснику ТОВ інші учасники не мають переважного права на купівлю частки.

В абз. 2 ч. 2 ст. 147 ЦК не встановлюється, що повідомлення про продаж повинно бути вчинене письмово. Разом з тим з метою забезпечення доказовості факту надіслання повідомлення доцільно здійснювати його відправлення цінним листом з описом або вручати під розписку безпосередньо учасникам ТОВ.

Слід звернути увагу, що повідомлення про продаж частки у статутному капіталі має надсилатися учасникам ТОВ тільки у разі наміру укласти договір купівлі-продажу. Проте Верховним судом України вказується, що *як купівлю-продаж частки (її частини) у статутному капіталі товариства відповідно до гл. 54 ЦК необхідно розуміти також і передання її у власність за договором міни* (п. 31 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24.10.2008 р. № 13).

Тобто передумовою для застосування *преважного права купівлі при укладенні договору міни* є використання у § 6 гл. 54 ЦК термінів «покупець», «продавець» (ч. 2 ст. 715 ЦК) та словосполучення «до договору міни застосовуються загальні положення про купівлю-продаж» (ст. 716 ЦК). Разом з тим це обґрунтування навряд чи виглядає логічним та враховує сутність переважного права купівлі частки та договору міни, оскільки:

- а) законодавець оперує словосполученням «до договору міни застосовуються загальні положення про купівлю-продаж» (ст. 716 ЦК), тобто § 1 гл. 54

ЦК. Загальні положення про купівлю-продаж не передбачають вказівки або припису щодо переважного права купівлі. Це й не дивно, адже переважне право купівлі частки повинно бути дотримане до стадії укладення договору (учасник ТОВ має повідомити інших учасників про намір продати частку). Адже воно є елементом правового режиму частки, встановленого для випадків її продажу;

- б) наявність вказівки про застосування загальних положень про купівлю-продаж свідчить про їх поширення на виконання та припинення зобов'язання, що виникло на підставі укладення договору міни. Такий висновок обумовлений системним тлумаченням фрази «елементи яких містяться в договорі міни, якщо це не суперечить суті зобов'язання» (ст. 716 ЦК);
- в) у договорі міни для відчужувача основне значення має набуття у власність визначеного майна, а при купівлі-продажу продавець прагне отримати лише певну грошову суму;
- г) навіть якщо припустити, що при міні поширюються правила про переважне право купівлі, то у випадку порушення переважного права унеможливується виконання приписів ч. 4 ст. 362 ЦК щодо внесення на депозит суду речей, визначених родовими ознаками.

Здійснення переважного права. Під здійсненням переважного права слід розуміти реалізацію його носієм тих правомочностей, що складають зміст цього права. Суб'єкт переважного права може реалізувати або не здійснювати його. Іншими словами, обрання способу здійснення повністю залежить від волі носія права, але обмежується тими правовими можливостями, що складають зміст переважного права.

Специфіка здійснення переважного права учасника ТОВ проявляється в тому, що регулятором цієї процедури може бути: 1) закон (абз. 2 ч. 2 ст. 147 ЦК, ч. 3 ст. 53 Закону України «Про господарські товариства»); 2) статут ТОВ; 3) домовленість учасників ТОВ.

Системне тлумачення положень абз. 2 ч. 2 ст. 147 ЦК дозволяє стверджувати, що статутом або домовленістю поміж учасниками ТОВ допускається зміна:

- а) порядку здійснення переважного права. При цьому поняттям порядку здійснення охоплюється тільки пропорційність щодо розміру часток;
- б) строку здійснення переважного права. Тобто може бути передбачений більший або менший за місяць строк реалізації переважного права купівлі.

Необхідно зазначити, що законодавець у абз. 2 ч. 2 ст. 147 ЦК, не цілком коректно закріпив допустимість зміни процедури здійснення і статутом, і домовленістю учасників: не визначивши, який із регуляторів має перевагу. Адже не виключені ситуації, за яких домовленість учасників суперечитиме статуту (або ж навпаки). Домовленість учасників у контексті визначення договору (ч. 1 ст. 626 ЦК) має розумітися саме як договір, у якому учасники ТОВ встановлюють правила здійснення переважного права купівлі. При цьому щодо договору учасників про визначення правил здійснення переважного права

виникає й ряд інших проблем. Зокрема: кількісний склад учасників, що повинні його укладати (всі суб'єкти переважного права чи й учасник, який продає частку); чи відбувається припинення такого договору після здійснення переважного права; чи він є чинним і стосовно наступних учасників ТОВ тощо.

Видається, що положення статуту (як основного корпоративного акту) повинні мати перевагу над таким договором. Хоча у перспективі це потребує або виключення домовленості поміж учасниками ТОВ із регуляторів процедури здійснення переважного права, або ж вироблення правил співвідношення статуту і такої домовленості.

Учасник ТОВ може як здійснювати переважне право, так і відмовитися від його реалізації або не здійснювати його протягом строку, передбаченого абз. 2 ч. 2 ст. 147 ЦК. Учасник позбавлений можливості «передавати» своє переважне право купівлі частки іншим особам. Неможливість «передачі» переважного права купівлі викликана тим, що воно належить учаснику ТОВ та вторинне до його права на частку. Таким чином, інша особа, яка не є учасником ТОВ, не може набути переважного права. За умови зміни учасника ТОВ (наприклад спадкування, виділ юридичної особи) новий учасник ТОВ разом із правом на частку у статутному капіталі набуває й переважне право. Тобто має місце залежна оборотоздатність, адже перехід переважного права учасника ТОВ відбувається разом із правом на частку.

У чинному законодавстві не встановлено правил, яких повинен дотримуватись учасник ТОВ із моменту отримання повідомлення про намір продати частку. Єдине, на чому акцентує законодавець, що він має *«скористатися своїм переважним правом»* (абз. 2 ч. 2 ст. 147 ЦК).

Аналіз положень ЦК дозволяє припустити кілька варіантів поведінки носія переважного права залежно від кількісного складу учасників ТОВ:

- а) якщо учасників ТОВ двоє, носій переважного права може повідомити про намір реалізувати переважне право або навіть направити оферту, враховуючи ціну та інші умови продажу, зазначені в повідомленні учасника ТОВ. Відсутність чітких приписів щодо «користування переважним правом» не обмежує його суб'єкта у змісті, лише б воно втілювало бажання придбати частку за ціною та на інших умовах продажу, вказаних у повідомленні. Якщо учасник ТОВ зазначить меншу ціну та/або відмінні умови продажу, такого роду повідомлення слід розцінювати як відмову від здійснення переважного права на пропонованих умовах. Звісно, носій переважного права не позбавлений можливості позначити умови, які не були конкретизовані, але на його думку мають важливе значення;
- б) якщо учасників ТОВ як мінімум троє, то, отримавши повідомлення про намір продати частку, кожен із них наділений можливістю виявити бажання її придбати. У разі якщо тільки один учасник має бажання придбати частку, ситуація розвивається аналогічним чином, як і при двох учасниках ТОВ. Інші правові засоби використовуються в тому випадку, коли двоє з них виявили бажання придбати частку. Це зумовлено тим, що має місце колізія переважних прав.

Під колізією *преважних прав* розуміється виникнення одночасної можливості здійснення цих прав у двох чи більше учасників ТОВ стосовно укладення договору купівлі-продажу однієї й тієї ж самої частки з однієї підстави. Для вирішення колізії переважних прав купівлі учасників ТОВ передбачено *пропорційність у здійсненні переважного права*.

За загальним правилом такий спосіб вирішення колізії переважних прав учасників ТОВ полягає в тому, що розмір частки, яку може купити кожен із суб'єктів переважного права, визначається з урахуванням їх частки у статутному капіталі ТОВ. Наприклад, у ТОВ є три учасники (Іванов – 60%, Петров – 20%, Сидоров – 20%). При здійсненні відчуження частки у статутному капіталі Івановим (60%), кожен з інших учасників матиме можливість реалізувати своє переважне право на купівлю частки в статутному капіталі у розмірі 30%.

Пропорційність у здійсненні переважного права застосовується тільки у тому разі, якщо загальна кількість учасників ТОВ – троє і більше⁴, та за умови, що вона не змінена статутом або домовленістю учасників. При цьому на етапі здійснення переважного права учасник, який планує продати частку у статутному капіталі ТОВ, не наділяється правом обирати ту особу, з якою буде укладатися договір купівлі-продажу частки.

Порушення переважного права та його захист. До випадків порушення переважного права купівлі частки в статутному капіталі ТОВ можна віднести, зокрема:

- а) укладення договору купівлі-продажу частки з іншою особою без направлення письмового повідомлення носієві переважного права;
- б) вчинення удаваного правочину з метою «обійти» переважне право;
- в) укладення договору купівлі-продажу частки з іншою особою на відмінних умовах, аніж вказано в письмовому повідомленні;
- г) продаж частки за іншою ціною, ніж зазначена в письмовому повідомленні;
- г) укладення договору купівлі-продажу частки до спливу строку реалізації переважного права при неотриманні відмови від здійснення тощо.

Відсутність належного правового регулювання способу захисту переважного права учасника ТОВ зумовлюється суперечливістю при правозастосуванні.

Верховним судом України звертається увага, що продаж учасником частки (її частини) з порушенням переважного права купівлі інших учасників (ч. 2 ст. 147 ЦК, ч. 2 ст. 53 Закону «Про господарські товариства») *не зумовлює недійсність такого правочину*. У цьому разі будь-який учасник товариства має право пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця за аналогією з нормою ч. 4 ст. 362 ЦК (п. 31 Постанови Пленуму Верховного суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24.10.2008 р. № 13).

Умовою задоволення позову про переведення прав та обов'язків виступає дійсність укладеного договору купівлі-продажу частки, а також внесення пози-

⁴ Якщо учасників ТОВ тільки двоє, то при продажу частки у статутному капіталі лише один із них матиме переважне право купівлі.

вачем на депозитний рахунок суду грошової суми, яку за договором повинен сплатити покупець (ч. 4 ст. 362 ЦК).

Відсутність «юридичного ефекту» від договору через його недійсність або неукладеність призводить до неможливості переведення прав та обов'язків за договором.

Внесення позивачем на депозитний рахунок суду грошової суми, то це правило, по-перше, покликане створити механізм правової охорони прав інших учасників ТОВ, які не бажають мати серед свого складу сторонню особу, задля чого, власне, і встановлене законом їх переважне право. По-друге, внесенням суми на депозитний рахунок суду учасник, який виразив намір придбати частку, реалізуючи своє переважне право в примусовому порядку, підтверджує свою платоспроможність. В разі винесення судом рішення про задоволення позову про переведення на нього прав покупця сума з депозитного рахунку суду перераховується особі, яка сплатила вартість частки «колишньому» учаснику (покупцю за договором купівлі-продажу частки, укладеним з порушенням переважного права), або учаснику, який продав цю частку, у разі, якщо розрахунків за договором ще не відбулося. Такий механізм має забезпечити захист прав особи-набувача частки за договором, інакше у її відчужувача залишились би й кошти, які він одержав на виконання цього договору, і кошти з депозитного рахунку суду. Тоді набувач мав би заявляти ще один позов до відчужувача частки про повернення йому сплаченої суми, що значною мірою ускладнило б механізм захисту і взагалі є невиправданим.

Разом із тим, при вказаному механізмі захисту слід зважати й на те, що таке тлумачення призводить до «появи» способу припинення: а) права власності, не передбаченого ч.1 ст. 346 ЦК, що не суперечить закону, адже в ч. 2 цієї статті зазначається на можливість припинення права власності й в інших випадках, встановлених законом; б) корпоративних прав, яких набуває сторона за договором купівлі-продажу частки. Враховуючи те, що з набуттям частки в статутному капіталі до особи переходять і корпоративні права, то логічно, що з примусовим припиненням її права власності на частку вона позбавлятиметься й корпоративних прав.

Олег Печений,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права Національного університету

«Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»

Проблеми спадкування права на частку у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю

Проблема спадкування права на частку у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю викликає складнощі у двох аспектах. По-перше, складною і неоднозначною вбачається відповідь на питання про предмет спадкового правонаступництва, тобто що саме спадкується і переходить до спадкоємців. А по-друге, реалізація спадкоємцями своїх прав щодо частки у статутному капіталі ТОВ та інших підприємницьких товариств є *стадійною* і не повною мірою вписується у класичні канони оформлення спадкових прав. Невипадково у цивільному праві європейських країн, наприклад Франції, спадкування прав учасників господарських товариств поряд зі спадкуванням зобов'язальних прав за окремими договорами, спадкуванням сімейних реліквій, авторських прав, місць поховання на цвинтарі розглядається як аномальне спадкування, із запровадженням винятків із загальних правил¹.

Передусім слід визначити, *що* в аспекті досліджуваного питання, входить до складу спадщини.

Незважаючи на те що спадщина є базовою, основоположною категорією спадкового права, без якої не можуть виникати спадкові та інші правовідносини, Цивільний кодекс України (далі – ЦКУ) не містить визначення спадщини, у ст. 1218 ЦКУ лише йдеться про склад спадщини, до якої входять усі *права* та *обов'язки*, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини.

Традиційно доктриною цивільного права в поняття спадщини вкладався майновий зміст, хоча трактовка його дещо відрізняється: як сукупності майнових прав, що переходять після смерті особи до її спадкоємців (Серебровський В. І.), як майна, яке належало померлому і майнових прав, зокрема прав на отримання авторської винагороди, прав вимоги за зобов'язаннями (Гордон М.

¹ Guevel D. Successions. Liberalites. 2e ed. — Paris Armand Colin, 2004. — P. 59. Jubault Ch. Lea successions. Les liberalites. Montchrestien, EJA, 2005. P. 262-264.

В.), як майнових прав і майнових обов'язків (Антимонов Б. С.). Окремими авторами спадщина розглядається як майновий конгломерат².

До складу спадщини, за задумом законодавця, входять права та обов'язки спадкодавця, а не конкретні предмети, речі, майно. Такий підхід якісно відрізняє ЦКУ від ЦК РФ і від цивільних кодексів європейських країн. Відповідно, до складу спадщини входить право на частку у статутному капіталі ТОВ, яке, будучи майновим правом, належало спадкодавцеві за життя. Виходячи з буквального розуміння ст. 1218 ЦКУ, до складу спадщини включається не сама частка у статутному капіталі, а право на неї. Однак у судовій практиці, навіть на рівні вищих судових інстанцій ця теза не завжди сприймається.

Так, скасовуючи ухвалу апеляційного суду і передаючи справу на новий апеляційний розгляд, Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ вказав, що ст. 12 Закону України «Про господарські товариства» встановлено, що товариство є власником майна, переданого йому учасниками у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу; продукції, виробленої товариством у результаті господарської діяльності; одержаних доходів; іншого майна, набутого на підставах, не заборонених законом. Тому, на думку касаційного суду, вклад до статутного фонду господарського товариства не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя та не може входити до складу спадщини³. Така позиція глибоко помилкова. По-перше, суд не відмежував понять вкладу до статутного капіталу товариства і частки у статутному капіталі, що є різними, оскільки вклад існує тільки у момент його внесення. А по-друге, суд не вбачив різниці між майном, правами і обов'язками самого товариства і правами учасників щодо цього товариства як юридичної особи. До складу спадщини включається не майно товариства, про яке йдеться у ст. 12 Закону України «Про господарські товариства», а права його учасників на частку у статутному капіталі.

Право на частку у статутному капіталі необхідно відмежовувати від права на участь у товаристві. Право на участь у товаристві (ст. 100 ЦКУ) як немайнове право до складу спадщини не включається, тоді як право на частку (пай), будучи правом майновим, переходить до спадкоємців. У зв'язку з цим слід звернути увагу на роз'яснення, викладені у Постанові Пленуму Верховного Суду України № 7 від 30.05.2008 «Про судову практику у справах про спадкування», за якою, вирішуючи спір про спадкування частки учасника підприємницького товариства, необхідно враховувати, що це допускається ст. ст. 130, 147, 166 ЦКУ, ст. ст. 55, 69 Закону України «Про господарські товариства» і не підпадає під заборону п. 2 ч. 1 ст. 1219 ЦКУ. При цьому спадкується не право на участь, а право на частку у статутному (складеному) капіталі. Видається, що не зовсім точною є думка З. В. Ромовської, яка вважає, що принципово допускається можливість успадковуваного членства у господарському товаристві або, напри-

² Коментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. — М.: Юрист, 2002. — С. 51.

³ Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22.06.2011. Справа № 6-6662св10. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/16772820>.

клад, у Товаристві аристократичних родин⁴, оскільки авторкою допускається неправомірне ототожнення права на участь і права на частку (пай).

Вірніше говорити, що право на частку включається до складу спадщини і переходить до спадкоємців, а право на участь до складу спадщини не включається, зі смертю спадкодавця припиняється і виникає у того, хто успадкував частку, але тільки з прийняттям останнього до товариства.

Слід сказати, що законодавець при визначенні специфіки спадкування окремих об'єктів (ст. 1225-1232¹ ЦКУ) не визначив певної специфіки спадкування права на частку, яка б враховувала природу цього права, що, на нашу думку, не випадково. Аналіз норм ЦКУ, які регулюють перехід частки учасника ТОВ до інших осіб, наприклад ст. 147, свідчить, що законодавець застосовує не зовсім характерний для спадкування термін «перехід частки до спадкоємців», хоча вірніше було б казати «включення до складу спадщини». Очевидно, цим законодавець прагнув підкреслити специфіку спадкування права на частку, яка проявляється у тому, що, відповідно до ч. 5 ст. 147 ЦКУ, частка переходить до спадкоємця фізичної особи, якщо статутом товариства не передбачено, що такий перехід допускається лише за згодою інших учасників товариства. Відповідно, підлягає вирішенню питання про момент переходу до спадкоємців права на частку. Цей момент може бути пов'язаний з кількома обставинами: відкриттям спадщини (ч. ч. 1, 2 ст. 1220 ЦКУ), прийняттям спадщини спадкоємцем (ст. 1268 ЦКУ), видачею спадкоємцю свідоцтва про право на спадщину (ст. ст. 1296, 1298 ЦКУ), внесенням змін до складу учасників товариства тощо. Видається, що в цьому випадку необхідно застосовувати ч. 5 ст. 1268 ЦКУ, у якій, враховуючи особливості акта прийняття спадщини, міститься положення про належність спадщини спадкоємцеві з моменту її відкриття, незалежно від часу прийняття. Тому право на частку у статутному капіталі, перебуваючи у складі спадщини, виникає у спадкоємців з моменту її відкриття. Саме на цей момент визначається розмір частки, її вартість, інші показники. Частка як цінність, виражена у грошовій формі, входить до складу спадщини і переходить до спадкоємців відповідно до загальних правил, тобто з моменту відкриття спадщини⁵. Некоректно пов'язувати момент переходу частки і з моментом прийняття спадщини, ні тим більше з рішенням загальних зборів про зміну складу учасників, ні з внесенням змін до статуту товариства. Адже воля інших учасників товариства не може виключити переходу частки до спадкоємців⁶.

Однак необхідно мати на увазі, що, хоча право на частку і виникає у спадкоємців з моменту відкриття спадщини, здійснити це право вони можуть лише у межах тих правомочностей, які мають спадкоємці щодо спадщини. Коло юридично значимих дій, зокрема правочинів, які можуть бути вчинені щодо спадщини, має досить вузький характер і зумовлене природою спадщини. Так,

⁴ Ромовська З. В. *Українське цивільне право. Спадкове право: Підручник* — К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. — С. 49.

⁵ Новоселова, Л. А. *Наследование доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью [Текст] / Л. Новоселова // Хозяйство и право. — 2010. — № 11. — С. 26 — 47.*

⁶ Новоселова, Л. А. *Наследование доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью [Текст] / Л. Новоселова // Хозяйство и право. — 2010. — № 11. — С. 26 — 47.*

цивільне законодавство України допускає такі дії зі спадщиною, як прийняття спадщини (ст. 1268 ЦКУ), відмова від прийняття спадщини (ст. 1273 ЦКУ), поділ спадщини (ст. 1278 ЦКУ), перерозподіл спадщини (ст. 1280 ЦКУ), управління спадщиною (ст. 1285 ЦКУ), оформлення, державна реєстрація прав на спадщину (ст. ст. 1296-1299 ЦКУ). Натомість у національній правовій системі не передбачається укладання зі спадщиною таких звичайних для інших об'єктів правочинів, як купівля-продаж, дарування, застава, найм тощо.

Право на частку у статутному капіталі, «вивільнене» зі складу спадщини, виникає у спадкоємців з того моменту, коли припиняються спадкові відносини, тобто з моменту отримання свідоцтва про право на спадщину. З цього часу у них виникає право набути (не набути) статус учасника товариства.

Існує позиція, що спадкоємець може стати учасником товариства і без отримання свідоцтва про право на спадщину щодо частки у статутному капіталі, наприклад, коли він є спадкоємцем за заповітом, відповідно до якого він успадковує частку у статутному капіталі. Видається такий підхід необґрунтованим, оскільки його реалізація може призвести до порушення прав спадкоємців, які мають право на спадщину незалежно від змісту заповіту (ст. 1241 ЦКУ) або ж вважаються такими, що прийняли спадщину, якщо ними не подано заяву про відмову від її прийняття (ч. ч. 3, 4 ст. 1268 ЦКУ).

Таким чином, спадкоємець реалізує свої спадкові права щодо частки у статутному капіталі шляхом отримання в нотаріальному порядку свідоцтва про право на спадщину, однак після цього повинен отримати згоду інших учасників товариства. Спадкоємці набувають права стосовно ТОВ (зокрема право на отримання вартості частки померлого у грошовому вираженні), але не стають автоматично учасниками товариства з правами, що обумовлені часткою у статутному капіталі. Можливість набуття статусу учасника може відповідно до статуту ТОВ пов'язуватись із наявністю згоди інших учасників товариства, про що йдеться у ч. 5 ст. 147 ЦКУ. Оскільки ця норма не встановлює форми і порядку надання згоди іншими учасниками, практичне наповнення змісту норми може істотно відрізнятись. Виділимо три основні підходи до розуміння положень ч. 5 ст. 147 ЦКУ.

Перший. Окремого рішення про прийняття спадкоємців до кола учасників не вимагається.

Другий. Прийняття спадкоємців до складу учасників ТОВ здійснюється загальними зборами учасників.

Третій. Питання про прийняття спадкоємців розглядається і вирішується кожним учасником окремо.

Відповідно до роз'яснень судових органів (п. 30 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів», Узагальнення практики вирішення корпоративних спорів), прийняття рішення про вступ спадкоємця (правонаступника) учасника до ТОВ (ТДВ) належить до компетенції загальних зборів учасників. Таким чином, суди при застосуванні ч. 5 ст. 147 ЦКУ схиляються лише до одного варіанту вирішення проблеми.

Видається, що цей підхід є результатом занадто звуженого погляду на проблему і не вирішує усіх питань, які можуть виникнути.

По-перше, роз'яснення судових органів не узгоджуються з буквальним змістом норми ЦКУ, де йдеться *про згоду інших учасників*, а не про рішення загальних зборів.

По-друге, не враховується ситуація, коли загальні збори учасників товариства провести не можливо. Наприклад, помер єдиний учасник товариства. В цьому випадку наведені роз'яснення взагалі втрачають сенс.

По-третє, частка спадкодавця може бути настільки значною (наприклад 80%), що унеможлиблює скликання загальних зборів.

Отже, оформлення вступу спадкоємця до ТОВ шляхом прийняття рішення виключно загальними зборами учасників не може вважатися єдиним вірним підходом до вирішення проблеми, а є лише однією з форм, в які втілюється згода інших учасників товариства. Така форма може бути і іншою (наприклад, заяви інших учасників товариства, опитування цих учасників), що буде відповідати смислу ч. 5 ст. 147 ЦКУ

Чинне законодавство не передбачає порядку і строків звернення спадкоємців із відповідною заявою до товариства, а так само чітко не регламентує і відповідних дій з боку товариства, що є певним упущенням законодавця, оскільки цим створюється стан невизначеності у корпоративних правовідносинах. Цю прогалину може бути усунено шляхом прийняття товариством відповідного власного локального акта.

За відсутності спадкоємців за заповітом і за законом усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття виникають умови для визнання спадщини відумерлою, а орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини зобов'язаний подати до суду заяву про визнання спадщини відумерлою (ч. 1 ст. 1277 ЦКУ). Слід сказати, що перелік умов відумерлості спадщини є вичерпним і розширювальному тлумаченню не підлягає. Тому якщо спадкоємець прийняв спадщину, але не звернувся до товариства із заявою про прийняття, відмовився від прийняття до складу товариства або товариством йому відмовлено, або ж є підстави для переходу частки у статутному капіталі до товариства (відповідно до статуту і локальних актів товариства), умови для визнання спадщини відумерлою відсутні. Оскільки перехід відумерлої спадщини до територіальної громади не є спадкуванням, у цьому випадку територіальною громадою набувається лише право на частку у статутному капіталі, відповідно вона не може розраховувати на прийняття до складу товариства, а лише на виплату вартості частки, право на яку перейшло до неї як відумерла спадщина.

Окремо слід зупинитись на питаннях захисту прав на інтересів окремих осіб при спадкуванні частки у статутному капіталі ТОВ, причому необхідно сказати, що в цій площині мають враховуватись права та інтереси як спадкоємців, такі і самого товариства.

Досить типовою є ситуація, коли спадкоємці за певних причин не можуть отримати свідоцтво про право на спадщину, наприклад, вони позбавлені можливості документально підтвердити склад спадкового майна і належність його

спадкодавцеві. Так, по одній зі справ нотаріус відмовив у видачі свідоцтва про право на спадщину, оскільки товариством на нотаріальний запит не було надано довідки про розмір у відсотковому вираженні частки у статутному капіталі.

У такому разі за відсутності у спадкоємця необхідних для видачі свідоцтва про право на спадщину документів нотаріус роз'яснює йому процедуру вирішення зазначеного питання в судовому порядку (п. п. 4.18, п. 4 гл. 10 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Мініюсту України від 22.02.2012 № 296/5). За відсутності можливості оформити спадкові права шляхом отримання свідоцтва про право на спадщину спадкоємець не позбавлений можливості звернутися до суду з позовом про визнання права на частку у статутному капіталі товариства. Відповідачем у справах з такими вимогами буде саме товариство, третіми особами повинні бути залучені інші спадкоємці. При розгляді позову підлягають встановленню наступні обставини: факт відкриття спадщини і прийняття її позивачем, іншими спадкоємцями; вид спадкування; належність частки у статутному капіталі ТОВ спадкодавцеві, її розмір, сплата частки у статутному капіталі на момент відкриття спадщини. Рішення суду, яким задоволено позов, є підставою для підставою для звернення спадкоємця до товариства із заявою про прийняття до складу учасників. При цьому, розглядаючи питання про визнання права на частку, суд не може вирішувати питання про визнання спадкоємця учасником ТОВ, оскільки це є виключною компетенцією самого товариства.

Права та охоронювані інтереси спадкоємців потребують захисту у випадку, коли спадкоємець, отримавши свідоцтво про право на спадщину, звернувся із відповідною заявою до ТОВ, однак у прийнятті до складу учасників йому відмовлено. Оскільки дане питання вирішується товариством на власний розсуд, спадкоємець не вправі оскаржувати відмову у прийнятті до складу учасників товариства, незалежно від мотивів її винесення та способу оформлення (рішення загальних зборів чи інший спосіб). У разі пред'явлення спадкоємцем позовів про визнання відмови недійсною, такі вимоги задоволенню не підлягають. Спадкоємець може захищати свої права лише позовом про стягнення вартості успадкованої частки у статутному капіталі ТОВ. Відповідачем у цьому випадку також виступає саме товариство. Справи такої категорії хоча набувають ознак корпоративних спорів, однак за суб'єктним складом підвідомчі загальним, а не господарським судам, оскільки спадкоємці ще не набули статусу учасника товариства, як того вимагає п. 4 ч. 1 ст. 12 ГПК України. Вищий господарський суд України роз'яснив з цього приводу, що ст. 12 ГПК не відносить до складу сторін корпоративного спору осіб, які мають право на набуття корпоративних прав шляхом вступу до господарського товариства або придбання акцій. Тому господарським судам слід виходити з того, що справи у спорах, вступом до господарських товариств спадкоємців, правонаступників, осіб, яким було відчужено частку у статутному капіталі господарських товариств тощо, розглядаються залежно від суб'єктного складу сторін спору загальними або господарськими судами (пп. 1.10 п. 1 Рекомендацій президії ВСУ від 28.12.2007 № 04-5/14 «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин»).

Складнішою є ситуація, коли у відповідь на заяву спадкоємця товариство не вчиняє жодних дій, не приймає рішень про прийняття його до складу товариства чи відмову у прийнятті. У такому разі при визначенні належного способу захисту прав спадкоємця у судовій практиці допускаються помилки. А. звернувся до суду із позовом, в якому просив про виділ частки у майні товариства в натурі, тобто виділити йому в натуральній формі у власність частину будівлі ресторану загальною площею 258,3 кв. м, що становить 18,42/100 частини будівлі, вартістю 3.161.858,06 грн. Місцевий суд у позові відмовив. Рішенням апеляційного суду позов А. було задоволено, виділено у власність позивача з майна ТОВ в будівлі ресторану певні приміщення. Суд касаційної інстанції дійшов висновку про необхідність скасування рішення апеляційного суду із залишенням в силі рішення суду першої інстанції. Колегія суддів суду касаційної інстанції дійшла висновку про те, що суд першої інстанції, відмовляючи в задоволенні позовних вимог, дійшов вірного висновку про те, що права А. не порушені, оскільки він має можливість захистити свої права шляхом подання позову до суду про повернення йому частки в грошовій формі⁷. Таким чином, спадкоємець має право подати позов про стягнення з товариства вартості частки у грошовій формі.

Законодавство ніяк не вирішує питання про захист прав самого товариства від недобросовісних спадкоємців, які, зокрема, зволікають тривалий час із прийняттям рішення про вступ або відмову у вступі до товариства. Проект Закону про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю⁸ передбачає у цьому випадку, що, коли протягом двох років із дати смерті учасника товариства не отримало від спадкоємця заяви щодо прийняття до товариства, загальні збори учасників залежності від розміру частки спадкодавця можуть прийняти рішення про ліквідацію товариства або про оплатне вилучення його частки на користь товариства.

⁷ Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26.10.2011. Справа № 6-22079св11. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. — Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/19512458>.

⁸ Проект Закону див. на сайті Центру комерційного права www.commerciallaw.com.ua (прим. ред.).

Юрій Мица,

кандидат юридичних наук, викладач Інституту підвищення кваліфікації
Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Реорганізація товариств з обмеженою відповідальністю: юридичні ризики

1. Загальні зауваження щодо змісту категорії реорганізації юридичних осіб

Традиційно у правовій площині ризик визначається як об'єктивна категорія, зміст якої полягає в можливості настання невігідних наслідків. При цьому юридичні ризики складають особливу групу ризиків. Їх сутність становить можливість настання таких невігідних наслідків, які полягають у завданні шкоди правам та/або законним інтересам суб'єкта права чи у створенні загрози настання такої шкоди. Переважно відповідна група ризиків пов'язана з недосконалістю правового регулювання тих чи інших суспільних відносин або практики застосування відповідних правових норм. Зазначене є цілком справедливим для ситуації, що склалася в українському правовому полі щодо врегулювання відносин із приводу реорганізації юридичних осіб, адже найбільші ризики створює саме фрагментарність, суперечливість та небездоганна юридична техніка викладення відповідних законодавчих норм.

У Цивільному кодексі України (далі – ЦКУ) до 19.12.2011р.¹ не використовувався термін «реорганізація» як узагальнююче позначення припинення юридичної особи з правонаступництвом. З цієї дати положення ч. 1 ст. 104 ЦКУ про те, що юридична особа **припиняється** в результаті передання всього свого майна, прав та обов'язків іншим юридичним особам – правонаступникам (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або в результаті ліквідації, розвиваються приписами ч. 3 ст. 105 ЦКУ, згідно з якими комісія з припинення юридичної особи може існувати або як ліквідаційна комісія, або як комісія з **реорганізації**. При цьому питання виділу врегульовано окремо у ст. 109 ЦКУ. Процедурні аспекти реорганізації повною мірою стосуються виділу (за деякими визначеними законом винятками).

¹ Дата набрання чинності Законом України від 19.05.2011 р. № 3384-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедур припинення юридичних осіб та підприємницької діяльності фізичних осіб – підприємців за їх рішенням», яким ст. 105 ЦК України викладена в нині чинній редакції.

Крім того, у низці законодавчих актів України, прийнятих після набрання чинності ЦКУ, застосовується конструкція реорганізації юридичної особи з ужиттям відповідної термінології (хоча й не завжди послідовно).

Натомість вітчизняна цивілістична доктрина з питань правонаступництва вже досить давно звертала увагу на необхідність розмежування наступництва: а) в окремих правах та обов'язках (сингулярного правонаступництва), б) в усій сукупності прав та обов'язків (універсального правонаступництва) та в) в окремих стійких сукупностях прав та обов'язків, у тому числі виділених з усієї сукупності прав та обов'язків, належних правонадавачу². Останній різновид правонаступництва, продовжуючи термінологічну аналогію з сингулярним та універсальним правонаступництвом, можна було б визначити як часткове або парцелярне.

2. Проблемні питання визначення форм реорганізації ТОВ (проблема перетворення)

Реорганізація ТОВ може бути здійснена шляхом злиття, приєднання, поділу, перетворення, останнє з яких має найбільш спірний зміст серед усіх конструкцій реорганізації.

У найзагальнішому вигляді **перетворення ТОВ може бути визначене як вид його реорганізації, що передбачає зміну організаційно-правової форми ТОВ (правопопередника) з переданням усього його майна (прав та обов'язків) та особистих немайнових прав новій юридичній особі (правонаступнику), яка утворюється в результаті перетворення.**

У науково-практичній літературі останніх років зустрічається твердження, що перетворення не призводить до припинення юридичної особи, адже остання при цьому продовжує існувати як така, а змінюється лише її організаційно-правова форма. Втім, така позиція не лише суперечить чітким і недвозначним приписам ЦКУ, які визначають перетворення як спосіб припинення юридичної особи з правонаступництвом (ч. 1 ст. 104, ст. 108), а є неточною й по суті. Дійсно, у ч. 1 ст. 80 ЦКУ прямо і недвозначно вказується, що юридична особа є організацією. У свою чергу, організація є певним соціальним утворенням, тобто системою істотних соціальних зв'язків, через які люди чи їх групи об'єднуються для досягнення поставлених цілей в єдине структурно та функціонально диференційоване соціальне ціле. Зазначене у площині цивільного права знаходить своє вираження у такій класичній ознаці юридичної особи, як організаційна єдність – здатність виступати у цивільному обороті як єдине ціле. При цьому організаційна єдність юридичної особи – це сплав більшої чи меншої кількості певних соціальних зв'язків, конкретні суб'єкти яких можуть змінюватися за незмінності їхніх функціональних ролей. Отже, зворотним боком організаційної єдності виступає структурна та функціональна диференціація внутрішніх

² Див.: Черпахин Б.Б. *Правопреемство по советскому гражданскому праву*//Черпахин Б.Б. *Труды по гражданскому праву*. – М.: Статут, 2001. – С. 322.

зв'язків юридичної особи. Причому деякі з цих зв'язків (щодо організації управління, щодо статусу учасників (членів), щодо майнової основи діяльності тощо) є настільки істотними з позицій закону, що та чи інша передбачена законодавством модель їх поєднання та взаємодії, модель взаємного «розташування» суб'єктів у цих зв'язках стає відносно імперативною – тобто можливо обрати ту чи іншу модель, але, обравши її, слід підпорядковуватися приписам закону щодо неї³. Організаційно-правова форма юридичної особи саме і є такою моделлю, законодавчо визначеною моделлю структурної та функціональної диференціації організаційної єдності юридичної особи.

Зважаючи на наведене, зміна організаційно-правової форми такої юридичної особи, як ТОВ, не може бути охарактеризована як «просто» порівняно другорядна зміна його правового статусу на кшталт створення чи ліквідації філіалу, представництва чи якогось органу управління. Навпаки, зміна організаційно-правової форми (перетворення) ТОВ означає, що в результаті цього процесу повністю знищується структура реорганізовуваної юридичної особи і створюється нова структура за іншою моделлю, з іншими істотними соціальними зв'язками, з іншим набором та характером функцій її складових. За таких умов ТОВ, що реорганізується, позбавляється організаційної єдності, одразу ж набуваючи її знову як нова за структурно-функціональною моделлю юридична особа. Тому законодавець цілком обґрунтовано визначає перетворення як один зі способів припинення юридичної особи з правонаступництвом (ч. 1 ст. 104, ст. 108 ЦКУ).

Оскільки ЦКУ та інші акти цивільного законодавства не містять легального визначення організаційно-правової форми, а ч. 1 ст. 83 ЦКУ недвозначно закріплює відкритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права, на практиці можуть виникнути складності у визначенні того, чи змінюється організаційно-правова форма ТОВ внаслідок певних процедур. Для більш-менш задовільного вирішення цього питання слід керуватися Державним класифікатором ДК 002:2004 Класифікація організаційно-правових форм господарювання, затвердженим наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 28.05.2004 № 97. При цьому відсутність державної реєстрації цього наказу у Міністерстві юстиції України в судовій практиці не вважається перешкодою для його застосування при вирішенні спорів (див., наприклад, ухвалу ВАСУ від 15.05.2007 у справі № 6/32⁴ та постанову ВГСУ від 11.05.2006 у справі № 8/840⁵). Зазначене повністю знімає (принаймні з позицій практики) питання щодо того, чи є перетворенням зміна ТОВ на, наприклад, командитне або акціонерне товариство в межах загальної форми господарських товариств.⁶

³ Зазначена особливість, зокрема, дозволяє відносити імперативні цивільно-правові норми, які закріплюють особливості побудови організаційно-правових форм юридичних осіб, до абсолютно імперативних в розумінні ст. 6 ЦК, тобто до таких, відступлення від приписів яких за згодою суб'єктів цивільних правовідносин не допускається, виходячи з їх змісту та із суті відносин між сторонами.

⁴ Все про бухгалтерський облік. – 2008. – серпень. – № 75.

⁵ База даних «Ліга:Закон», файл SD062253.LHT.

⁶ Відповідний спір виник в літературі з огляду на недосконалу редакцію ст. 83 ЦК України, яка при

3. Склад етапів процедури реорганізації. Ініціювання реорганізації

Процедура реорганізації ТОВ (як і будь-якої юридичної особи) незалежно від форми такої реорганізації складається з чотирьох етапів:

- а) Етап ініціювання реорганізації – на цьому етапі уповноважені за законом чи відповідно до статуту ТОВ особи (учасники) або органи приймають рішення про його реорганізацію та створюють спеціальний орган для здійснення відповідних заходів.
- б) Етап здійснення реорганізаційних заходів – на цьому етапі створений на попередньому етапі спеціальний орган повністю або частково (відповідно до змісту рішення про реорганізацію) інвентаризує майно, права та обов'язки ТОВ, що реорганізується, виконує визначені законодавством та рішенням про реорганізацію інформаційні та інші обов'язки, вирішує претензії кредиторів, вчиняє інші дії, необхідні для проведення реорганізації відповідно до законодавства та рішення про реорганізацію.
- в) Етап складання і затвердження підсумкового документа з реорганізації – на підставі даних, отриманих на попередньому етапі спеціальним органом, уповноваженим на здійснення реорганізаційних заходів, складається ним та належним чином оформлюється підсумковий документ з реорганізації ТОВ (роздільний (передавальний) акт (баланс)), який подається на затвердження і затверджується органом, який прийняв рішення про реорганізацію.
- г) Етап державної реєстрації – на цьому етапі здійснюється державна реєстрація юридичних осіб, створених у результаті реорганізації ТОВ, та державна реєстрація припинення останнього.

Для характеристики етапу ініціювання реорганізації ТОВ ключове значення має питання про органи та особи, уповноважені приймати рішення про його реорганізацію.

За змістом ч. 1 ст. 106 та ч. 2 ст. 109 ЦКУ рішення про реорганізацію юридичної особи може бути прийняте: а) учасниками юридичної особи; б) органом юридичної особи, уповноваженим на це установчими документами; в) судом; г) відповідним органом державної влади.

У випадку прийняття рішення про реорганізацію учасниками або органом ТОВ така реорганізація є добровільною. Якщо ж рішення про реорганізацію приймається судом або відповідним органом державної влади, йдеться, за загальним правилом, про примусову реорганізацію. Примусова реорганізація за змістом ч. 1 ст. 106 ЦКУ допускається лише у випадках, передбачених законом. Причому термін «закон» вживається у сенсі «нормативно-правовий акт, що має юридичну силу закону України» (абз. 2 ч. 2 ст. 4 ЦКУ).

назві «Організаційно-правові форми юридичних осіб» у своїй ч. 1 визначає, що юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом, не пояснюючи, того, чи повинні такі «інші форми» бути одно порядковими за рівнем узагальнення категоріям товариств та установ.

Наявність учасників як суб'єктів корпоративних правовідносин є характерною для товариств (абз. 1 ч. 2 ст. 83 ЦКУ). При цьому учасники товариства у процесі управління ним об'єднані в організаційно оформлений орган товариства – загальні збори учасників (ч. 2 ст. 97 ЦКУ). Через це виникає слушне запитання: чи може рішення про реорганізацію ТОВ прийматися саме його учасниками як такими, а не загальними зборами, в яких беруть участь ці ж учасники? Вважаємо, що на це запитання слід відповісти негативно, адже загальні збори учасників ТОВ є його вищим органом управління (ст. 145, ст. 151 ЦКУ), до компетенції якого віднесені ці питання.

Отже, учасники ТОВ в аспекті здійснення управління ним завжди об'єднані в певний орган – загальні збори. Чітке ж розмежування у ч. 1 ст. 106 ЦКУ повноважень на прийняття рішення про реорганізацію юридичної особи її учасниками та уповноваженим на це установчими документами органом слід пояснювати так, що термін «учасники» у цій нормі вжито у ширшому, ніж його буквальний зміст, сенсі – на позначення власне не організованих у загальні збори учасників юридичної особи (з урахуванням принципової можливості такого випадку за приписами спеціального законодавства в силу невичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб у ч. 1 ст. 83 ЦКУ), а також інших осіб з вирішальним впливом. Учасники ж ТОВ поза загальними зборами як формою їх участі в управлінні ним не можуть приймати рішення про його реорганізацію.

Положення ч. 1 ст. 106 ЦКУ (з урахуванням приписів ч. 2 ст. 109 ЦКУ) визначають, що реорганізація юридичної особи може бути здійснена, зокрема, за рішенням органу такої юридичної особи, уповноваженого на це установчими документами. Разом з тим, ґрунтуючись у вирішенні розглядуваного питання переважно на приписах установчих документів юридичної особи, не слід забувати, що повноваження певних органів для істотної частини організаційно-правових форм юридичних осіб (в тому числі й щодо права приймати рішення про реорганізацію) визначені законодавчо і в більшості таких випадків відповідні норми закону є абсолютно імперативними й не можуть бути змінені у бік обмеження приписами установчих документів юридичної особи. Зазначене є цілком справедливим і для ТОВ, але слід мати на увазі, що за змістом п. «ї» ч. 5 ст. 41 та ч. 1 ст. 59 Закону України "Про господарські товариства" прийняття рішення про припинення ТОВ належить до компетенції загальних зборів учасників ТОВ. Показово, що легальним переліком виключної компетенції загальних зборів учасників ТОВ (ч. 4 ст. 145 ЦКУ) прийняття рішення про його реорганізацію у будь-якій формі до виключної компетенції вищого органу управління ТОВ не віднесено. Отже, остаточно вирішити питання про орган конкретного ТОВ, уповноважений приймати рішення про його реорганізацію, можна виключно на підставі змісту статуту такого ТОВ. Звісно, такий режим правового регулювання є недосконалим і потребує внесення відповідних змін до чинного законодавства щодо віднесення прийняття рішення про реорганізацію ТОВ до виключної компетенції загальних зборів його учасників.

Положення ч. 1 ст. 106 ЦКУ (з урахуванням приписів ч. 2 ст. 109 ЦКУ) визначають, що реорганізація юридичної особи може бути здійснена, зокрема,

за рішенням суду. Для правильного тлумачення положень ч. 1 ст. 106 ЦКУ щодо допустимості примусової реорганізації юридичної особи за рішенням суду істотне значення має усвідомлення тієї обставини, що суд за чинним процесуальним законодавством України позбавлений права ініціювати судовий процес. Це можуть зробити лише інші уповноважені на це процесуальним законом особи, які набувають при цьому статусу певної особи, яка бере участь у справі. Такий висновок однозначно випливає з прямих приписів ст. 2 ГПК, ст. 3 ЦПК, ч. 2 ст. 11 КАС. Тому положення ч. 1 ст. 106 ЦКУ щодо реорганізації юридичної особи за рішенням суду слід розуміти в тому сенсі, що суд, якщо обов'язковість реорганізації юридичної особи прямо передбачена законом, може задовольнити звернення (позов, заяву, подання тощо) уповноваженої на це особи чи органу про примусову реорганізацію юридичної особи.

Щодо ТОВ зазначене питання має особливе значення з огляду на ч. 1 ст. 141 ЦКУ, відповідно до положень якої, у разі перевищення встановленої законом максимальної кількості ТОВ підлягає перетворенню на АТ протягом одного року.⁷ Примітно, що в цій нормі законодавцем використано конструкцію позитивного обов'язку (на відміну, наприклад, від однорідних ситуацій у ч. 1 ст. 132 та ч. 1 ст. 139 ЦКУ).

4. Етап здійснення реорганізаційних заходів

На цьому етапі створений на попередньому етапі реорганізації ТОВ спеціальний орган повністю або частково (відповідно до змісту рішення про реорганізацію) інвентаризує його майно, права та обов'язки, виконує визначені законодавством та рішенням про реорганізацію інформаційні та інші обов'язки, вирішує претензії кредиторів, вчиняє інші дії, необхідні для проведення реорганізації відповідно до законодавства та рішення про реорганізацію.

Найбільш спірним на цьому етапі реорганізації є питання про статус спеціального органу з реорганізації, в тому числі про характер та межі його повноважень.

Відповідно до ч. 3 ст. 105 ЦКУ учасники юридичної особи, суд або орган, що прийняв рішення про припинення юридичної особи, призначають комісію з припинення юридичної особи (комісію з реорганізації, ліквідаційну комісію), голову комісії або ліквідатора. Виконання функцій комісії з припинення юридичної особи (комісії з реорганізації, ліквідаційної комісії) може бути покладено на орган управління юридичної особи. Проведення в законі такої ясно вираженої функціональної аналогії (майже функціональної тотожності) між спеціальним органом з припинення (реорганізації) юридичної особи та органом управління цієї юридичної особи дозволяє стверджувати, що спеціальний орган з реорганізації за своєю правовою природою є спеціальним тимчасовим органом відповідної юридичної особи, функції якого полягають у здійсненні всього комплексу заходів щодо реорганізації юридичної особи. Зазначене під-

⁷ Максимальна кількість учасників ТОВ – 100 юридичних та/або фізичних осіб – визначена частиною другою ст. 50 Закону України "Про господарські товариства". До 11.06.2011 р. така максимальна кількість становила 10 осіб, а до 20.06.2007 р. взагалі законом не встановлювалася.

тверджується й матеріалами практики ВГСУ, який у п. 2 інформаційного листа від 14.12.2007 № 01-8/973 «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права» зазначив, що ліквідаційна комісія не має статусу ні юридичної, ні фізичної особи, ані державного чи іншого органу, а тому не може бути стороною (і взагалі учасником) судового процесу й виступати в ньому від власного імені.

Отже, повноваження спеціального органу з реорганізації юридичної особи є повноваженнями органу цієї юридичної особи. Проте положення ч. 4 ст. 105 ЦКУ, відповідно до яких до комісії з припинення юридичної особи (комісії з реорганізації, ліквідаційної комісії) або ліквідатора з моменту призначення переходять повноваження щодо управління справами юридичної особи, істотно ускладнюють вирішення питання про склад та межі повноважень відповідного органу.⁸

Ключовим для розуміння зазначеної норми є питання про зміст поняття «управління *справами* юридичної особи», адже за змістом ст. 97 та ст. 101 ЦКУ органи юридичної особи управляють юридичною особою, а не її справами. Слід зазначити, що в судовій практиці тлумачення положень відповідних положень ст. 105 ЦКУ є неоднозначним. Найбільш показовими в цьому аспекті є наступні правові позиції судів України вищих інстанцій з розглядуваного питання:

- а) за змістом ст. 105 ЦКУ до комісії з припинення повноваження щодо управління справами юридичної особи переходять лише частково, тобто лише ті повноваження, які пов'язані з припиненням юридичної особи (постанова ВГСУ від 11.04.2007 у справі № 266/5-23⁹);
- б) за змістом ст. 105 ЦКУ до комісії з припинення переходять повноваження з управління юридичною особою взагалі (а не повноваження з управління справами юридичної особи!), через що, зокрема, голова виконавчого органу юридичної особи після призначення комісії з її припинення не уповноважений підписувати угоди від імені такої юридичної особи (постанова ВГСУ від 25.07.2007 у справі № 14/18пд¹⁰);
- в) за змістом ст. 105 ЦКУ перехід до комісії з припинення повноважень щодо управління справами юридичної особи позбавляє виконавчий орган цієї юридичної особи права укладати від її імені договори (постанова ВСУ від 12.02.2008 у справі № 7/94¹¹).

Таким чином, практика судів України схиляється до позиції, що перехід до комісії з припинення повноважень щодо управління справами відповідної юридичної особи у будь-якому випадку позбавляє повноважень виконавчий орган такої юридичної

⁸ Розглядуваний аспект проблеми не стосується реорганізації шляхом виділу. Спочатку (до 16.10.2011 р.) за змістом ч. 2 ст. 109 ЦК на правовідносини з виділу положення ч. 3 ст. 105 ЦК не поширювалися. Після 16.10.2011 р., коли набрав чинності Закон України від 22.09.2011 р. № 3795-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» такий самий висновок впливає з того, що ст. 105 ЦК присвячена виконанню рішення про припинення юридичної особи, а виділ згідно із ч. 1 ст. 104 ЦК до форм припинення юридичної особи не належить.

⁹ Див.: Санація та банкрутство. – 2007. – № 2.

¹⁰ Див.: База даних «Ліга:Закон», файл SD071675.LHT.

¹¹ Див.: Юридична практика. Судовий випуск. – 2008. – № 3. – 25 березня.

особи. Зазначене знаходить своє підтвердження і в положеннях абз. 1 ч. 4 ст. 105 ЦКУ, друге речення чинної редакції¹² якого передбачає, що голова комісії, її члени або ліквідатор юридичної особи не лише виступають у суді від імені юридичної особи, яка припиняється, а й представляють її у відносинах із третіми особами.

Однак необхідно зробити з цього питання два істотних зауваження.

По-перше, чинне законодавство не обмежує орган, що прийняв рішення про реорганізацію ТОВ, у праві замінити склад комісії з реорганізації чи взагалі її ліквідувати з покладенням її функцій на орган управління ТОВ. Так само орган, що прийняв рішення про реорганізацію ТОВ, вправі (переважно це стосується добровільної реорганізації) скасувати своє рішення про реорганізацію і ліквідувати комісію з реорганізації. Порухувати судовий спір з цього питання комісія з реорганізації не може, адже, як було зазначено вище, не є суб'єктом процесуального права.

По-друге, чинне законодавство не обмежує орган, що прийняв рішення про реорганізацію ТОВ, у праві визначити таким рішенням межі повноважень спеціального органу з реорганізації, в тому числі й залишивши певну частину повноважень за іншими (регулярними, постійними) органами ТОВ¹³. Можливість прийняття органом, який прийняв рішення про реорганізацію ТОВ, відповідних положень про комісію з припинення з визначенням повноважень комісії та її окремих членів і голови визнається і практикою судів України (постанова ВГСУ від 11.04.2007 у справі № 266/5-23¹⁴).

5. Етап складання і затвердження підсумкового документа з реорганізації

На цій стадії реорганізаційного процесу на підставі даних, отриманих на попередньому етапі, спеціальний орган, уповноважений на здійснення реорганізаційних заходів, складає та належним чином оформлює підсумковий документ з реорганізації ТОВ (роздільний (передавальний) акт (баланс)), який подається на затвердження і затверджується органом, який прийняв рішення про реорганізацію. Отже, ключовими для характеристики цього етапу мають бути питання про: а) документ, що має бути складений за результатами реорганізації; б) зміст та оформлення такого документа.

Відповідно до ч. 2 ст. 107 ЦКУ, спеціальний орган з реорганізації за результатами проведення реорганізаційних заходів складає передавальний акт (у разі

¹² В редакції Закону України від 19.05.2011 № 3384-VI.

¹³ Зазначення у чинній редакції другого речення абз. 1 ч. 4 ст. 105 ЦК України на уповноваженість голови комісії, її членів або ліквідатора юридичної особи не тільки виступати у суді від імені юридичної особи, яка припиняється, а й представляти її у відносинах з третіми особами, нічого не змінює в розглядуваному висновку. По-перше, визначаючи повноваження спеціального органу з реорганізації юридичної особи, законодавець ніяк не обмежив повноваження вищих органів управління такої юридичної особи; по-друге, питання про обмеженість кола повноважень спеціального органу з реорганізації юридичної особи тією метою, для якої він створений, чинною редакцією розглядуваної норми не знято.

¹⁴ Див.: Санация та банкрутство. – 2007. – № 2.

злиття, приєднання або перетворення) або розподільчий баланс (у разі поділу). У разі реорганізації шляхом виділу за змістом ч. 1 ст. 109 ЦКУ складається розподільчий баланс.

Разом з тим, ч. 4 ст. 59 ГК приписує складати у разі реорганізації юридичної особи шляхом поділу чи виділення роздільний акт (баланс), не уточнюючи, чи слід складати обидва вказані документи або ж один із них і який саме.

На практиці слід складати підсумковий документ з реорганізації таким чином, щоб формально виконати вимоги усіх вказаних законодавчих приписів. При цьому слід мати на увазі певні особливості форми та змісту підсумкового документа з реорганізації.

Справа в тому, що баланс як такий є документом встановленої форми бухгалтерської звітності. Його форма, а також вимоги щодо складання визначені Положенням (стандартом) бухгалтерського обліку 2 «Баланс», затвердженим наказом Міністерства фінансів України від 31.03.1999 № 87. Звісно, зазначеним положенням затверджено форму просто балансу, а не розподільчого балансу, але форма останнього взагалі не визначається законодавством, через що іншого орієнтиру щодо форми при складанні розподільчого балансу немає. Тим більше що в тих окремих нормативно-правових актах, видавці яких спромоглися дати хоча б якісь вказівки щодо методики складання розподільчих балансів, прямо вказується на необхідність їх складання за загальними правилами та за формами, встановленими для бухгалтерського обліку та звітності (див., наприклад, Додаток 5 до п. 1.2 Типового плану реструктуризації та досудової санації господарських товариств, у статутних фондах яких державна частка становить більше ніж 50 відсотків, затвердженого наказом Фонду державного майна України від 17.11.2004 № 2502).

При цьому баланс характеризує склад майна ТОВ, по-перше, лише за вартісними показниками, а по-друге, лише за певними обліковими групами. Тому безпосередньо з самого балансу, якщо тільки його форму буде використано для складання розподільчого балансу, з'ясувати індивідуалізований склад майна, прав та обов'язків, що до нього включені, є неможливим. Таким чином, у будь-якому випадку, крім суто розподільчого балансу, що складається за формою балансу загального з певною модифікацією реквізитів (найменування «розподільчий баланс», позначка про затвердження тощо), при поділі має складатися додаток до розподільчого балансу, який буде індивідуалізовано, так би мовити, поштучно, перераховувати усе майно, права та обов'язки, які формують статті балансу. Такий додаток доцільно йменувати «Роздільний акт» (така термінологія побічно дозволить також виконати вимоги ч. 4 ст. 59 ГК) з вказівкою у його тексті, що він є невід'ємною частиною відповідного розподільчого балансу. Тільки за таких умов можливе точне додержання при поділі (як і виділі) вимог ч. 2 ст. 107 ЦКУ, відповідно до яких усі підсумкові документи з реорганізації мають містити положення про правонаступництво щодо всіх зобов'язань ТОВ, що припиняється (реорганізується шляхом виділу), стосовно всіх його кредиторів та боржників, включаючи зобов'язання, які оспоруються сторонами.

Підсумковий документ з реорганізації ТОВ має забезпечувати абсолютно точну ідентифікацію включених до нього майна, прав та обов'язків. Внаслідок цього він має містити щодо кожної речі усі її індивідуалізуючі ознаки (а щодо речей, визначених родовими ознаками, – індивідуалізувати їх сукупність), а щодо кожного зобов'язання – усі його індивідуальні реквізити (сторони, дата виникнення, номер (за наявності), предмет, сума тощо). Нерухомі речі мають включатися до підсумкового документа з реорганізації за тими найменуваннями, що зазначені у відповідних правовстановлюючих та реєстраційних документах на таку нерухомість.

Підсумковий документ з реорганізації затверджується загальними зборами учасників ТОВ або органом, який прийняв рішення про реорганізацію юридичної особи. Форма та порядок прийняття рішення про затвердження підсумкового документа з реорганізації в цілому аналогічні формі та порядку прийняття рішення про реорганізацію юридичної особи. Втім, рішення про реорганізацію все ж не є тотожним рішенням про затвердження її підсумкового документа, тому якщо чинне законодавство чи статут ТОВ встановлюють кваліфіковану більшість на загальних зборах для прийняття рішення про реорганізацію, а не для прийняття рішення про затвердження її підсумкового документа, то останнє рішення приймається у загальному порядку й вимоги про кваліфіковану більшість на нього не поширюються.

Розглядуваний етап процедури реорганізації також містить у собі ризики, пов'язані зі збереженням корпоративного контролю учасників ТОВ, що реорганізується, як за цим ТОВ, так і за його правонаступниками. Зазначене є надзвичайно актуальним, адже саме на цій стадії реорганізації здійснюється складання її підсумкових документів, які фіксують майновий стан, перерозподіл майна, прав та обов'язків юридичної особи, що реорганізується, а також формування проектів установчих документів її правонаступників. При цьому існує потенційна небезпека такого перерозподілу корпоративного контролю, за якого будуть порушені права та законні інтереси учасників, які безпосередньо процедуру реорганізації не контролюють. Наприклад, цілком можливим є асиметричний розподіл майна та часток у статутних капіталах правонаступників, за якого «непотрібні» учасники стануть учасниками того з правонаступників, що отримує менше майна і більше зобов'язань (боргів). Трапляються на практиці й більш «цікаві» приклади; так, до набрання чинності Законом України «Про акціонерні товариства» траплялися випадки реорганізації акціонерних товариств шляхом виділу, за якого єдиним учасником правонаступника ставав правопередник, а акціонери останнього учасниками правонаступника не були; звідси, наступним кроком в такій «комбінації» було відчуження частки у статутному капіталі правонаступника іншій особі і банкрутство правопередника з його ліквідацією, внаслідок чого акціонери повністю позбавлялися корпоративного контролю над підприємством та його ресурсами. Сьогодні подібні схеми щодо акціонерних товариств є юридично неможливими, адже положеннями ч. 2 ст. 80 Закону України «Про акціонерні товариства» законодавчо закріплено принцип збереження адекватного та пропорційного корпоративно-

го контролю за будь-якої реорганізації АТ. Очевидно, що аналогічна законодавча конструкція є актуальною й для ТОВ: необхідно на законодавчому рівні закріпити вимогу про те, щоб у випадку будь-якої реорганізації ТОВ було забезпечене збереження адекватного та пропорційного корпоративного контролю учасників правопередника над усіма правонаступниками, якщо тільки інше не буде встановлено домовленістю усіх зацікавлених осіб. Такий підхід дозволить значно знизити рівень ризику втрати корпоративного контролю у процедурах реорганізації ТОВ, зберігаючи одночасно диспозитивність у регулюванні відповідних відносин.

Юрій Попов,
головний експерт із правознавства
Центру комерційного права

Похідні (непрямі) позови: іноземний досвід та українські перспективи

Виникнення похідних позовів у країнах англосаксонської правової сім'ї (країнах «загального права») пов'язують з «процессом "распыления" акцій среди множества акционеров, когда фигура единоличного собственника корпорации перестала существовать, а управление сосредоточилось в руках менеджеров, действовавших подчас в своих собственных интересах, а не на благо нанявших их акционеров»¹. Хоча з наведеною цитатою, строго кажучи, можна погодитись лише після певних уточнень (під «власником корпорації», мабуть, слід розуміти акціонера або учасника; менеджерів, тобто посадових осіб, наймає все ж юридична особа, а не акціонери або учасники), зміст її в цілому вірно відбиває ту обставину, що розподіл повноважень щодо управління юридичною особою здатен призвести до конфлікту між членами вищого органу управління (особливо міноритарними) і посадовими особами – членами виконавчого органу або наглядової ради, які дійсно можуть діяти всупереч інтересам юридичної особи, дбаючи про свій власний інтерес або про інтерес мажоритарних акціонерів чи учасників.

Сутність подібних конфліктів можна проілюструвати на прикладі знаменитої справи *Foss v. Harbottle*, вирішеної англійським судом 25.03.1843 р.². З позовом звернулись два учасники корпорації «The Victoria Park Company» на ім'я Foss і Tornton до інших учасників та директорів компанії, стверджуючи, що останні продали компанії власні земельні ділянки за непомірно високою ціною, чим завдали збитків компанії. Foss і Tornton подали позов «від свого імені та від імені інших учасників, крім відповідачів», вимагаючи між іншим від відповідачів «відшкодування компанії збитків та витрат», завданих відповідачами³.

¹ Журбин Б.А. Групповые и производные иски в судебно-арбитражной практике. <http://www.lawmix.ru/commlaw/380/>

² *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461.

³ Turner A.S. *Shareholders and corporations: separate legal personality and its consequences*. P.3. <http://www.bfrs.ca/PDF/ShareholdersCorporations.pdf>

В позові було відмовлено. Обґрунтовуючи рішення, суддя Wigram зазначив, зокрема, таке: «"The Victoria Park Company" є корпорацією, і предметом позову проти відповідачів у цій справі є шкода, завдана не виключно позивачам; це є шкода, завдана корпорації в цілому індивідами, яким корпорація ввірила повноваження, що мали використовуватися лише на користь корпорації... замість формального представлення корпорації як позивача, позов у цій справі подано двома індивідуальними членами корпорації, нібито від свого імені та від імені всіх інших членів корпорації, крім тих, яким приписується завдання шкоди – тим самим позивачі присвоїли собі повноваження судитися від імені корпорації і представляти саму корпорацію. Не було і не могло бути успішно обґрунтовано, що є самоочевидною можливістю будь-якого індивідуального члена корпорації таким чином присвоювати собі право виступати в суді від імені корпорації. Згідно з правом, корпорація і сукупні члени корпорації є не одним і тим самим для подібних цілей; і єдиним питанням може бути, чи можуть заявлені у цій справі факти виправдати відхід від правила, яке, *prima facie*, вимагає, що корпорація може виступати в суді в своїй особі виходячи з корпоративного устрою або в особі когось, кого право визначило бути її представником»⁴.

Це рішення є видатним, зокрема, у тому відношенні, що, мабуть, уперше в історії корпоративного права суд визначив статус юридичної особи, на чию користь пред'явлена вимога, як позивача. Одночасно суд охарактеризував статус індивіда, який звернувся до суду з позовом на користь позивача, як його представника. При цьому суд дійшов висновку, що окремі учасники Foss і Thornton, які звернулися до суду з позовом на користь позивача-корпорації, насправді не є позивачами, а тим самим самочинно присвоїли собі повноваження представників корпорації, яка насправді є позивачем.

Водночас з наведеного прикладу зрозуміло, що принаймні у середині XIX сторіччя почала поставати проблема зловживань з боку менеджменту та мажоритарних учасників, які могли діяти всупереч інтересам юридичної особи. При цьому міноритарні учасники не могли нічого протиставити, бо, з одного боку, як випливає з рішення у справі Foss v. Harbottle, члени юридичної особи та сама юридична особа є різними суб'єктами права, з іншого – у питаннях, які віднесені до компетенції загальних зборів учасників юридичної особи, воля юридичної особи формується за правилом «majority rule» (яке також виводиться з рішення у справі Foss v. Harbottle), тобто більшістю голосів учасників. Таким чином, мажоритарні учасники мали змогу ухвалити будь-яке рішення, зокрема лише від них залежало, чи буде юридична особа позиватись до своїх посадових осіб щодо відшкодування завданої шкоди, чи не буде. Зазначена проблема потребувала вирішення, і як показано нижче, таке рішення невдовзі було знайдено.

Власне, ця проблема є одним із проявів більш широкої проблеми формування волі юридичної особи та подолання дефектів такого формування і наслідків дефектного волевиявлення. Воля юридичної особи формується людьми, які

⁴ *Ibid.*, P3-4.

входять до складу її органів і мають діяти відповідно до певних правил, а також іншими людьми – зокрема тими, що діють на підставі довіреності, працівниками у випадках, коли їх дії вважаються діями юридичної особи тощо (людський субстрат). Як слушно зазначив Б.Б.Черепакін, «ни у кого не вызывает сомнения, что без людей, без людского субстрата не может быть юридического лица и его деятельности»⁵. Воля юридичної особи має формуватись принаймні таким чином, щоб дії юридичної особи були спрямовані на досягнення цілей юридичної особи і при цьому були правомірними. Якщо ці критерії не витримано, можуть застосовуватися різноманітні заходи, спрямовані на подолання дефектів волі юридичної особи та наслідків дефектного волевиявлення. До одного з різновидів таких заходів можна віднести і коригування людського субстрату юридичної особи через інститут законного представництва. Так, якщо боржник не виконує судові рішення, таке виконання здійснює державний виконавець, чиї повноваження щодо розпорядження майном боржника є повноваженнями законного представника боржника; таку саму природу мають і повноваження арбітражного керуючого у процедурі банкрутства⁶. Процесуальним законним представником громадянина або держави може бути прокурор в адміністративному, цивільному та господарському процесах⁷ (див. ч.2 ст.60 Кодексу адміністративного судочинства України, ч.2 ст.45 Цивільного процесуального кодексу України, ч.2 ст.29 Господарського процесуального кодексу України – далі «ГПК»).

Оскільки сутністю законного представництва юридичної особи є коригування її людського субстрату шляхом введення до нього нових людей, які мають формувати волю юридичної особи у тому чи іншому відношенні (можливо, з одночасним усуненням від такого формування членів наявного людського субстрату), важливо, щоб цим новим людям були притаманні відповідні вольові якості. Якщо дефект формування волі юридичної особи полягає у неналежній поведінці посадових осіб, то ця проблема може бути вирішена вищим органом юридичної особи, у тому числі, і шляхом позбавлення таких посадових осіб їхніх повноважень або здійсненням такого впливу на виконавчий орган юридичної особи, щоб було подано позов до винної посадової особи (зокрема, про відшкодування завданої нею шкоди). Як зазначив у своєму рішенні у справі *Brown v. Tenney*⁸ Вищий суд штату Іллінойс, «мажоритарні чи контролюючі учасники зазвичай можуть переконати корпорацію подати позов від свого імені»⁹ (мається на увазі позов до посадової особи). Якщо ж цього не відбувається, то це має свідчити про

⁵ Черепакін Б.Б. Волеобразование и волеизъявление юридического лица // Правоведение. – 1958. – № 2. – С.43 – 50. Цитується за: Черепакін Б.Б. Труды по гражданскому праву. – М. – Статут. – 2001. – 479 с. (на С.296).

⁶ Попов Ю. Правова природа виконавчого провадження та банкрутства // Вісник Центру комерційного права. – 2009. – № 4. – с. 9-10. http://www.commerciallaw.com.ua/attachments/125_Visnyk-2009-04-06_04_press.pdf

⁷ Попов Ю. О возбуждении дел в хозяйственном суде по исковым заявлениям прокуроров // http://porov-yuyu.narod.ru/9_prokuror.htm

⁸ *Brown v. Tenney*, 532 N.E.2d 230, 232-33 (Ill. 1988).

⁹ *Chander A. Minorities, Shareholder and Otherwise*. <http://www.yalelawjournal.org/pdf/113-1/ChanderFINAL.pdf>

дефект формування волі також і у вищому органі юридичної особи: наприклад, якщо контролюючий учасник одночасно є посадовою особою, яка і завдає шкоди юридичній особі, або ж якщо шкода, що завдається посадовою особою юридичній особі, вигідна контролюючому учаснику. Саме у такому випадку доцільно наділити міноритарних учасників повноваженнями процесуального представника юридичної особи, аби вони могли звернутись із відповідним позовом попри небажання чи спротив посадових осіб та мажоритарних учасників юридичної особи. Міноритарні учасники найкраще підходять на цю роль, бо у випадку правопорушень з боку посадових осіб юридичної особи, що здійснюються з відома мажоритарних учасників чи навіть за їх ініціативою, саме міноритарії є зацікавленими, мають «інтерес» у припиненні таких правопорушень та подолання їх негативних наслідків. Слово «інтерес» взято у лапки, бо, звичайно, йдеться про економічний, а не юридичний інтерес.

Саме такий шлях і обрали Англія, США та багато інших країн.

Так, ще у 1855 році Верховний Суд США у рішенні у справі *Dodge v. Woolsey*¹⁰ зазначив, що «тепер немає сумніву, ні в Англії, ні в США, що суди справедливості обох країн мають юрисдикцію щодо корпорацій, за зверненням одного чи кількох учасників; ... якщо акти¹¹, які, як передбачається, будуть вчинені, створюють те, що розцінюється правом як порушення довіри». У цьому рішенні ще навіть не згадується термін «похідний позов», який набув поширення пізніше.

Позов, з яким учасник юридичної особи може звернутись від імені цієї юридичної особи, дістав назву «shareholder's derivative action» або «derivative suit» (похідний позов).

Спершу похідний позов був визнаний англосаксонським прецедентним правом, а наразі він здебільшого закріплений у законодавстві (що, втім, не виключає його подальшого розвитку також англосаксонським прецедентним правом там, де воно діє).

Як висловився R.J. Magnuson щодо похідного позову, «скривджений міноритарій одержує мантию самої корпорації, аби виправити правопорушення, спричинене тими, хто тимчасово контролює долю корпорації»¹². Згідно з іншим образним висловом, наведеним у судовому рішенні у справі *Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp.*¹³, учасник, що подає похідний позов, «steps into corporation's shoes»¹⁴ (дослівно — «взуває чоботи корпорації»). Загалом «похідні позови

¹⁰ *Dodge v. Woolsey*, 59 U.S. 331 (1855) <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=59&invol=331>

¹¹ Маються на увазі дії посадових осіб.

¹² Magnuson R.J. *Shareholder Litigation*. – 1992. § 8.01. Цитується за: Swanson C. *Juggling Shareholder Rights and Strike Suits in Derivative Litigation: The ALI Drops the Ball*. // MINN. L. REV. – 1993. – v. 77. – P.1339 – 1392 (At P.1344) <http://law.hamline.edu/workarea/downloadasset.aspx?id=1533&libID=1537>

¹³ *Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 548 (1949).

¹⁴ Swanson C. *Juggling Shareholder Rights and Strike Suits in Derivative Litigation: The ALI Drops the Ball*. // MINN. L. REV. – 1993. – v. 77. – P.1339 – 1392 (At P.1340) <http://law.hamline.edu/workarea/downloadasset.aspx?id=1533&libID=1537>

дозволяють учасникам подавати позов похідним чином від імені їх корпорації»¹⁵, дозволяють учаснику «позиватись від імені корпорації за правопорушення, вчинене щодо компанії»¹⁶, «у похідному позові учасник позивається до директорів компанії від імені компанії»¹⁷. Слід зазначити, що в англomовній літературі та судових рішеннях не завжди послідовно дотримуються наведеної термінології. Так, можна зустріти характеристику учасників як «номінальних позивачів» чи навіть просто «позивачів» (які, однак, позиваються від імені компанії). Втім, з контексту відповідних документів зазвичай можна зробити висновок, що йдеться всього лише про не дуже вдале застосування термінології. Зокрема, під терміном «позивач» («plaintiff») може розумітися не сторона у справі, а той, хто від її імені подає позов.

Як влучно зазначено в рішенні Верховного Суду США у справі *Koster v. Lumbermens Mut. Cas. Co.*¹⁸, похідний позов, з яким учасник звертається до суду, «не є його власним, а є позовом корпорації»; остання «є дійсною стороною, а учаснику лише дозволено діяти на захист її інтересів, приблизно як особа може діяти для індивіда, бо він є недієздатним і неспроможним себе захистити». В іншому рішенні Верховного Суду США — у справі *Ross v. Bernhard*¹⁹ — підкреслюється, що корпорація є обов'язковою стороною процесу, а акціонер — у кращому випадку номінальним позивачем; вигоди процесу належать корпорації, і вона є зв'язаною його результатами.

Цікавим є питання про те, яким може бути предмет похідного позову. Оскільки єдиною особливістю похідного позову є те, що похідний позов подається не уповноваженою посадовою особою юридичної особи і не представником за довіреністю, а тим, хто є законним представником в силу вказівки права, то теоретично предмет похідного позову може бути будь-яким²⁰. Втім, наділяти учасника юридичної особи такими широкими повноваженнями, вочевидь, було б нерозумно, бо це означало би надмірне втручання в дії виконавчого органу, що здатне серйозно завадити йому здійснювати поточну роботу, а також надавало б міноритарним учасникам чудову можливість зловживати шляхом подання так званих «strike suits» (які, до речі, і без того трапляються) — позовів учасників, які мають на меті «легальний шантаж» посадових осіб та мажоритарних учасників юридичної особи. Відтак можливий предмет похідного позову слід визначати з політико-правових міркувань доцільності. Це питання по-різному вирішується в різних правопорядках. Втім, здається, всюди, де

¹⁵ Swanson C. *Ibid.*

¹⁶ Frank A. *Can Shareholders Sue for Harm to their Company? After 160 Years, Foss v. Harbottle Still Rules.* http://www.rosenbaum.com/Frank_PDFs/Foss%20Vs%20Harbottle.pdf

¹⁷ Sykes J., Gregory L. *Shareholder Actions in England & Wales: New Rules But Little Action* http://www.alfainternational.com/files/tbl_sl2Publications/FileUpload92/265/SHAREHOLDER%20ACTIONS%20IN%20ENGLAND%20&%20WALES%20-%20New%20Rules%20but%20Little%20Action.pdf

¹⁸ *Koster v. Lumbermens Mut. Cas. Co.*, 330 U.S. 518 (1947) <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=330&invol=518#522>

¹⁹ *Ross v. Bernhard*, 396 U.S. 531, 538 (1970) <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=396&invol=531>

²⁰ Наприклад, за правилами ГПК прокурор може звернутись від імені відповідного органу з будь-яким позовом, з яким може звернутись сам орган.

визнається похідний позов, його предметом може принаймні бути відшкодування юридичній особі шкоди, завданої їй посадовими особами.

Крім того, предметом похідного позову, зокрема, може бути вимога до третіх осіб²¹, винних юридичній особі, якщо вона не звертається з таким позовом в особі уповноважених посадових осіб. Предметом похідного позову може бути вимога міноритарних учасників до мажоритарних учасників. У цьому році Вищий суд штату Вірджинія рішенням у справі *Cattano v. Bragg*²² визнав можливість міноритарного учасника звернутись до суду з похідним позовом до мажоритарного учасника про ліквідацію корпорації. У країнах континентального права предметом похідного позову може бути визнання правочину, вчиненого юридичною особою, недійсним.

Подальший розвиток похідного позову призвів навіть до того, що він перестав відповідати своєму визначенню як позову, з яким саме учасник юридичної особи може звернутись від імені цієї юридичної особи. Так, у штаті Нью-Йорк існує можливість звернутись з таким позовом не тільки в учасника, а й в одного з директорів юридичної особи. Не виключено, що така можливість з'явиться і у штаті Делавер. Нещодавно суд справедливості цього штату відмовив у розгляді подібного позову у справі *Schoon v. Smith*²³, поданого від імені юридичної особи до генерального директора «міноритарним директором» — одним із п'яти директорів, призначеним міноритарним учасником. «Міноритарний директор» мотивував необхідність розгляду поданого ним позову тим, що саме він як директор найкраще володіє ситуацією, на протипагу міноритарному учаснику, отож може краще захистити інтереси юридичної особи. Хоча суд і відмовив у розгляді позову, але обґрунтував відмову тим, що міноритарний учасник як раз цієї юридичної особи добре володіє її справами, звертався до суду з іншими позовами, що стосуються її діяльності, постійно контактує з «міноритарним директором», а відтак здатен самостійно звернутись з похідним позовом. За такої аргументації можна очікувати, що іншим разом суд може розглянути подібний позов по суті. Крім того, у цьому ж рішенні суд послався на своє інше рішення — у справі *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*²⁴ — яким визнається можливість кредиторів юридичної особи, яка знаходиться у стані неспроможності, звернутись з похідним позовом від її імені.

Як зазначалось вище, запровадження похідного позову несе в собі небезпеку зловживань таким позовом з боку міноритарних учасників, його перетворення на «strike suit». Для запобігання цьому у країнах англо-саксонської правової сім'ї запроваджено так зване «standing», що передбачає перевірку учасника, який звернувся з похідним позовом, на відповідність певним вимогам, та оцінку доцільності і корисності позову для юридичної особи. У зв'язку з цим у

²¹Малышев П. Косвенные иски акционеров в судебной практике США // Рос. юрид. журн. — 1996. — № 1. — С. 95–104. (на С.95) <http://forum.yurclub.ru/index.php?download=3125>

²²*Cattano v. Bragg*, 283 Va. 638, 649 (2012) <http://caselaw.findlaw.com/va-supreme-court/1599319.html>

²³*Schoon v. Smith*, 2008 Del. Lexis 67 (Del. Feb. 12, 2008) <http://caselaw.findlaw.com/de-supreme-court/1278359.html>

²⁴*North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*, 930 A.2d 92 (Del.2007).

рішенні Верховного Суду США у справі *Ross v. Bernhard*²⁵ зазначається, що похідний позов має дуалістичну природу: по-перше, можливість позивача²⁶ позиватись від імені корпорації, по-друге, власне позов корпорації. Такий підхід частково, з меншим ступенем дискреційності розсуду суду, запозичений Німеччиною, де Закон про акціонерні товариства у § 148 передбачає процедуру допуску до розгляду позову про відшкодування шкоди посадовими особами²⁷ (втім, у зазначеному Законі йдеться про позов, що подається за рішенням загальних зборів).

Як справедливо зазначає Л.А.Островська, «країни з достатньо розвиненими фондовими ринками визнають у тій чи іншій формі інститут похідного позову, незалежно від того, до якої правової сім'ї належить їхня правова система»²⁸.

Цікавим є досвід Російської Федерації у запровадженні похідного позову. У п.3 ст.53 Цивільного кодексу Російської Федерації зазначено таке: «3. Лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Оно обязано по требованию учредителей (участников) юридического лица, если иное не предусмотрено законом или договором, возместить убытки, причиненные им юридическому лицу». Легко помітити, що останнє речення, з одного боку, не передбачає відшкодування збитків на вимогу самої юридичної особи, але при цьому передбачає можливість пред'явлення відповідної вимоги засновником (учасником). Від цього складається враження, ніби позивачем у справі про стягнення збитків може бути засновник (учасник) юридичної особи, але не сама юридична особа. Крім того, викликає подив, що відшкодування збитків має здійснюватись виключно на чийсь вимогу, адже боржник має виконувати свій обов'язок, не чекаючи будь-якої вимоги. У ст. 71 Федерального закону РФ «Об акционерных обществах» зроблено спробу виправити деякі із зазначених недоліків, а крім того, обмежити коло акціонерів, які можуть звертатися з позовом. Зокрема, в абзаці першому п.5 цієї статті сказано: «Общество или акционер (акционеры), владеющие в совокупности не менее чем 1 процентом размещенных обыкновенных акций общества, вправе обратиться в суд с иском ... о возмещении причиненных обществу убытков ...». Отож, і ця норма не позбавлена недоліку. Крім того, цитованих норм вочевидь недостатньо, бо навіть якщо витлумачити їх належним чином – тобто як можливість акціонера виступати законним процесуальним представником товариства, – залишається незрозумілим, як співвід-

²⁵ *Ross v. Bernhard*, 396 U.S. 531, 538 (1970) <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=396&invol=531>

²⁶ Тут термін «позивач», звичайно, використано неточно.

²⁷ *Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах. Перевод с немецкого / Сост.: Бергманн В.; Пер.: Дубовицкая Е.А. — М.: Волтерс Клувер, 2009. — 632 с. (на С.366-367).*

²⁸ *Островська Л.А. Непрямі (похідні) позови: міжнародний досвід та законодавство України. автореферат дис.... канд. юрид. наук. Одес. нац. юрид. акад. — Одеса. — 2008. — 19 с. http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&Z21ID=&Iimage_file_name=DOC/2008/08oladzu.zip&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1*

носяться процесуальні повноваження такого представника і посадової особи товариства, яка вправі виступати в суді від його імені.

Відтак не дивно, що в російській літературі склалися досить різноманітні точки зору на сутність похідного позову. Так, деякі дослідники вважають, що «в качестве истца по иску могут выступать как само общество, так и его акционеры»²⁹. Н.Г.Елисеев розглядає кілька варіантів: акціонерне товариство як позивач, що діє самостійно; акціонерне товариство — позивач, що діє через акціонера як свого законного представника; акціонерне товариство як співпозивач; акціонерне товариство як відповідач; акціонерне товариство як третя особа, що заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору; акціонерне товариство як третя особа, що не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, — і доходить висновку, що «статус АО в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, является наиболее типичным, а часто единственно возможным вариантом процессуального статуса АО в производстве по косвенному иску»³⁰. Б.А.Журбин переконливо доводить, що акціонера, який подав похідний позов, слід вважати представником акціонерного товариства (хоча пропонує називати його не «законним», а «особливим» представником), але при цьому робить несподіваний висновок, що «производный иск представляет собой самостоятельную категорию исков, выделяемую наряду с личными и групповыми исками по характеру защищаемого интереса»³¹. Близьку позицію займає і О.І.Чугунова³². В.Ярков пропонує два варіанти: вважати акціонерне товариство позивачем, а акціонера — його представником; вважати акціонерне товариство та акціонера співпозивачами³³. Позиції окремих авторів відзначаються непослідовністю та суперечливістю. Так, П.П.Колесов пише, що ознакою похідного позову є «процессуальное соучастие, когда один или несколько акционеров выступают в защиту всех акционеров»³⁴, далі зазначає, що «Участник юридического лица является процессуальным истцом. Истцом выступает само юридическое лицо, а предъявившего иск участника можно рассматривать в качестве законного представителя»³⁵, а кінець кінцем доходить висновку, що «Определим процессуальное положение

²⁹ Фомичева Н.В. Акционерные общества в России (гражданско-правовой аспект) / Под ред. З.И. Цыбуленко. Саратов: СГАП, 2005. С. 100. Цитується за: Журбин Б.А. Вказана праця.

³⁰ Елисеев Н.Г. Процессуальный статус акционерного общества в производстве по косвенному иску // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2005. № 8. С. 161 — 170. http://www.szrf.ru/doc.phtml?nb=00_07&issid=2005008000&docid=29

³¹ Журбин Б.А. Вказана праця.

³² Чугунова Е.И. Производные иски в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. <http://www.dissercat.com/content/proizvodnye-iski-v-grazhdanskom-i-arbitrazhnom-protseesse>

³³ Ярков В. Защита прав акционеров по Закону "Об акционерных обществах" с помощью косвенных исков // Хозяйство и право. — 1997. — № 12. — С.43 — 55. (на С.47). <http://www.hozpravo.ru/archive/1997/1997-12.pdf>

³⁴ Колесов П.П. Процессуальные средства защиты права / НовГУ имени Ярослава Мудрого. — Великий Новгород, 2004. — 220 с. (на С.79) http://karatunov.net/down/Mirknig.com_Part_2/%ED%E0%F3%EA%E0%20%E8%20%F3%F7%E5%E1%E0/%5B1181146869%5D%CF%F0%EE%F6%E5%F1%F1%F3%E0%EB%FC%ED%FB%E5%20%F1%F0%E5%E4%F1%F2%E2%E0%20%E7%E0%F9%E8%F2%FB%20%EF%F0%E0%E2%E0.-pdf

³⁵ Колесов П.П. Там само (на С.84).

ние лиц, участвующих в деле, исходя из представленных в процессуальном праве России институтов процессуального соучастия и представительства, невозможно»³⁶.

Причиною такого різнобою, окрім невдалого формулювання законодавчих норм РФ, здається, великою мірою є впевненість більшості дослідників у тому, що учасник (акціонер), подаючи похідний позов, захищає своє право чи свій інтерес, хоча й опосередковано – через захист права юридичної особи, а похідний позов є засобом захисту інтересів учасників. Зазначений підхід видається хибним. Можливість подання учасником похідного позову зовсім не є правом учасника, а відноситься до його повноважень як представника юридичної особи. Захисна роль позову ніяк не може залежати від того, хто саме звертається до суду від імені юридичної особи. Отож похідний позов, що подається учасником, виконує ті самі функції, що й позов, який подається посадовою особою юридичної особи від її імені. Тому похідний позов, як і «звичайний», не має жодного стосунку до захисту прав чи інтересів учасників. Це досить переконливо доводить Г.Л.Осокіна³⁷, яка найбільш послідовно дотримується розуміння ролі учасника юридичної особи як її процесуального представника.

В законодавстві України наразі немає норм, подібних до наведених вище норм російського законодавства. Цей факт слід оцінити позитивно: проблем вони не вирішують, але цілком здатні викривити уявлення про сутність похідних позовів. Водночас наприкінці дев'яностих – початку нульових років значного поширення набули позови акціонерів, які подавалися нібито від їх імені, але стосувалися захисту не їхніх прав, а прав акціонерних товариств. Такі позови називалися «непрямими»³⁸.

Конституційний Суд України (КСУ) у своєму рішенні № 18-рп/2004 від 1 грудня 2004 р. у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) зазначив, що «положення частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України треба розуміти так, що акціонер може захищати свої права та охоронювані законом інтереси шляхом звернення до суду у випадку їх порушення, оспорювання чи невизнання самим акціонерним товариством, учасником якого він є, органами чи іншими акціонерами цього товариства». Втім, фундаментальною властивістю будь-якої природної (нестучної) мови є її неоднозначність. Відтак будь-який текст, зокрема і юридичний, може бути витлумачений по-різному; не є виключенням і рішення КСУ³⁹. Отож не викликає подиву, що рішення КСУ не призвело до зникнення подібної практики, а суди трактували рішення

³⁶ Колесов П.П. Там само (на С.84).

³⁷ Осокіна Г. Косвенные иски: Реальность или фикция // *Хозяйство и право*. — 2001. — № 1. С. 83 — 88. http://www.hozpravo.ru/archive/2001/2001_1.pdf

³⁸ Наразі, скільки можна судити, терміни «похідний» та «непрямий» позов використовуються скоріше як синоніми (можливо, під впливом робіт російських дослідників).

³⁹ Попов Ю.Ю. Про шкідливість офіційного «обов'язкового» тлумачення. http://popov-yuyu.narod.ru/25_Officialnoe_tolkovanie_KSU.htm

КСУ на свій розсуд; іноді їх рішення були діаметрально протилежними за своєю суттю⁴⁰.

Можливо, дещо більший вплив на судову практику мав п.51 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 року № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів», де зазначено, що «Законом не передбачено право акціонера (учасника) господарського товариства звертатися до суду за захистом прав чи охоронюваних законом інтересів товариства поза відносинами представництва». Водночас і цей документ не здатний зупинити спроб учасників та акціонерів подавати подібні позови в умовах відсутності необхідного інституту похідних позовів.

Спроба запровадити похідні позови була зроблена у Законі України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 року № 514-VI. У ч.2 ст.72 цього Закону передбачалось таке: «У разі недотримання особою, заінтересованою у вчиненні товариством правочину, вимог, передбачених статтею 71 цього Закону⁴¹, та вчинення товариством правочину з юридичною особою, всі акції (частки, паї) якої належать цій особі та/або її афілійованим особам, товариство або будь-хто з його акціонерів має право вимагати визнання цього правочину судом недійсним і відшкодування збитків та/або моральної шкоди». Звичайно, ця норма була вкрай невдалою, тож слід вітати її виключення Законом України від 03.02.2011 р. № 2994-VI.

Таким чином, станом на сьогодні право України щодо похідних позовів нагадує право Англії станом на березень 1843 р. Зокрема, чинне законодавство України не визнає можливості подання похідних позовів⁴², хоча необхідність у цьому, безперечно, існує. Виходячи з обґрунтованої вище правової природи похідного позову як позову, з яким учасник (акціонер) юридичної особи може звернутись від імені цієї юридичної особи, можна сформулювати такі **рекомендації** щодо заповнення зазначеної прогалини.

1. Перш за все необхідно визначитись із можливим предметом похідного позову. Видається, що наразі найбільш актуальними є вимоги:
 - про відшкодування господарському товариству шкоди, завданої його посадовою особою;
 - про визнання недійсним правочину, вчиненого господарським товариством з порушенням вимог, встановлених до вчинення правочину із заінтересованістю.
 Тож пропонується передбачити, що учасник (акціонер) господарського товариства може звертатись до суду з такими вимогами від імені господарського товариства.
2. Для запобігання зловживанням похідними позовами з боку міноритарних акціонерів можна встановити для них «майновий ценз» — визначити,

⁴⁰ Ковалишин О.Р. Непрямий (похідний) позов як засіб захисту учасників корпоративних відносин // Вісник Академії адвокатури України. — 2010. — № 1. — С.61 – 67. (на С.63) http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Vaau/2010_1/text/10korukv.pdf

⁴¹ У ст.71 цього Закону встановлені правила прийняття рішення про вчинення правочину, щодо якого є заінтересованість.

⁴² Островська Л.А. Вказана праця.

що звертатись з похідним позовом вони можуть лише за умови володіння певним відсотком акцій. Тим самим будуть виключені випадки, коли акціонер придбає незначну кількість акцій з метою здійснювати «легальний шантаж» посадових осіб акціонерного товариства та мажоритарних акціонерів.

З огляду на те, що частки у статутному капіталі інших господарських товариств, крім акціонерних, не пристосовані до швидкого обороту, подібні обмеження щодо таких товариств видаються зайвими.

3. Видається доцільним віднести спори про відшкодування господарському товариству шкоди, завданої його посадовою особою, до підвідомчості господарських судів, зокрема і в тому разі, коли спір є трудовим. Пропонується також визначити підсудність таких спорів за місцезнаходженням господарського товариства.
4. Слід передбачити можливість учасників (акціонерів), які не звертались з похідним позовом, взяти участь у справі в якості процесуальних представників господарського товариства на рівні з тими учасниками (акціонерами), які з таким позовом звернулись, а також і в разі, коли господарське товариство звернулось з позовом в особі уповноваженої посадової особи. Це дасть змогу уникнути випадків, коли посадова особа ініціює подання не вигідного для неї позову з метою одержати відмову в позові.
Крім цього, слід передбачити правила про повідомлення учасників (акціонерів) про порушення справи.
5. Необхідно подбати про співвідношення повноважень учасників (акціонерів) та інших процесуальних представників, аби посадові особи господарського товариства не заблокували позов (наприклад, відмовившись від нього). Для цього варто встановити, що позивач за похідним позовом або за позовом, предмет якого може бути предметом похідного позову, може відмовитись від позову, зменшити позовні вимоги, змінити предмет або підстави позову, укласти мирову угоду тільки за згодою всіх учасників (акціонерів). Аналогічні правила доцільно встановити щодо відмови від апеляційної та касаційної скарги.

Підписано до друку 10.10.2012р.
Формат 70х100/16. Обсяг 5,8 ум.друк.арк. Наклад 500 прим.
Гарнітура PeterburgC. Друк офсетний, Зам. № 30

ПП "Арктур — А". Свідоцтво про внесення до державного реєстру
суб'єктів видавничої справи Серія ДК №3320 від 19.11.2008р.
Київ, вул. Жилянська, 7-А/3