

## ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

### проектів Закону України

**«Про товариства з обмеженою відповідальністю та товариства з додатковою відповідальністю»**

**реєстр. № 2011 від 14.01.2013 (внесений н.д. Ю.М.Воропаєвим) і**

**«Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»**

**реєстр. № 2011-1 від 25.01.2013 (внесений н.д. К.М.Ляпіною та І.А.Горіною)**

Обидва проекти направлені на вдосконалення законодавства України у частині регулювання відносин щодо найпоширенішого виду господарського товариства – товариства з обмеженою відповідальністю (далі – товариство або ТОВ). Пропонується також врегулювати відносини щодо товариств з додатковою відповідальністю.

Водночас проекти пропонують різні підходи до тих чи інших аспектів діяльності товариств.

#### **1. Учасники товариства**

Проект **2011** обмежує суб'єктний склад учасників лише фізичними і юридичними особами та встановлює, що їх може бути не більше 100 осіб.

Проект **2011-1** таких обмежень не містить, виходячи з того, що:

- відсутні підстави забороняти бути учасниками товариства іншим суб'єктам цивільного права (державі, територіальним громадам тощо);

- досвід країн, що застосовують (застосовували) обмеження кількості учасників, виявив їх штучність, оскільки конфліктний потенціал різних колективів з однаковою кількістю учасників може суттєво відрізнятись, тоді як механізми виявлення порушень цієї норми та застосування санкцій виявилися, з одного боку, надто жорсткими (аж до ліквідації), з іншого - неефективними.

#### **2. Статут**

Проект **2011** традиційно вимагає вміщення до статуту цілої низки обов'язкових відомостей:

- 1) повне та скорочене (у разі його наявності) найменування товариства;
- 2) місцезнаходження товариства;
- 3) розмір та склад статутного капіталу товариства;

4) перелік учасників товариства із зазначенням адреси їх місцезнаходження (місця проживання);

5) розмір та номінальну вартість частки у статутному капіталі товариства кожного з учасників;

6) розмір резервного капіталу товариства у разі його формування;

7) склад та компетенцію органів товариства, порядок прийняття ними рішень;

а також спосіб повідомлення учасників про скликання зборів (ч.1 ст.32).

За проектом **2011-1** єдиним обов'язковим реквізитом статуту є найменування товариства. Такий підхід викликаний, перш за все, бажанням максимально спростити започаткування бізнесу (особливо малого). Саме мінімальні вимоги до статуту дозволяють уникнути негативних наслідків технічних помилок, які можуть бути допущені учасниками при складанні установчих документів. Так, учасники можуть взагалі не зазначати у статуті багатьох положень, які наразі є обов'язковими, і тоді будуть застосовуватись правила, встановлені у законі. Для цього проектом передбачено велику кількість диспозитивних норм, які підлягають застосуванню, якщо статутом не передбачене інше. Приклад: у товаристві діє одноосібний виконавчий орган, якщо статутом не передбачено обрання колегіального органу (ст.33). Такий підхід пропонує альтернативу використанню модельного статуту, який наразі передбачений законодавством, причому пропонований підхід є значно простішим, бо не передбачає вчинення будь-яких дій щодо переходу від «звичайного» статуту до модельного і навпаки.

Відсутність вимог щодо включення до статуту місцезнаходження товариства має глибоке підґрунтя. Тим самим послідовно втілюється державна політика з цього питання, започаткована ще у 2005 році, вірність якої вже перевірена часом. Дійсно, відповідно до визначення (ст.93 ЦК) місцезнаходження юридичної особи – це питання факту: місцезнаходження встановлюється за місцем переважного знаходження керівництва (себто виконавчого органу), де воно здійснює щоденне керування діяльністю юридичної особи. Звичайно, ніхто не знає краще за сам виконавчий орган, де він фактично переважно знаходиться. Слід також взяти до уваги, що законодавством передбачені вкрай негативні наслідки неспівпадіння місцезнаходження юридичної особи та адреси, яка зареєстрована у реєстрі як місцезнаходження. Відтак, прямим обов'язком виконавчого органу у випадку зміни місцезнаходження є його швидка реєстрація. Водночас місцезнаходження може змінитися дуже несподіванно – наприклад, якщо офіс раптом зруйновано (зокрема, пожежею), чи власник - орендодавець офісу несподівано припинив доступ юридичної особи до офісу (байдуже – правомірно чи ні). У всіх цих і

подібних випадках виконавчий орган повинен негайно знайти нове приміщення, де він буде керувати діяльністю юридичної особи, і негайно ж його зареєструвати у реєстрі як місцезнаходження юридичної особи. Отже, таке і право, і обов'язок належить саме виконавчому органу, а не зборам товариства (що наразі і впливає з порядку реєстрації місцезнаходження відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців»). Звідси впливає шкідливість вимоги включення до статуту відомостей про місцезнаходження товариства.

Важливою новелою проекту **2011-1** є виключення інформації про розмір статутного капіталу та переліку учасників товариства з переліку відомостей, що підлягають обов'язковому закріпленню в статуті. Натомість з метою захисту прав учасників на їх частки та запобіганню рейдерським захопленням часток передбачено відображення цих відомостей у Єдиному державному реєстрі, про що докладно сказано нижче.

### **3. Внесення вкладів**

За проектом **2011**:

- вкладом можуть бути кошти та інше майно, крім боргових емісійних цінних паперів та векселів;
- статутом можуть бути визначені види майна, які не можуть бути вкладом;
- імперативно визначено, що вклад має бути внесеним протягом 1 місяця;
- неустойка за прострочення внесення вкладу не встановлюється;
- у разі прострочення понад 3 місяці загальні збори учасників можуть зменшити його частку до розміру фактично оплаченої, або ліквідувати ТОВ.

За проектом **2011-1**:

- обмежень на види майна, яке може бути вкладом, не встановлено;
- учасник може внести негрошовий вклад тільки у разі, якщо це передбачено договором між засновниками, визначено майно та його грошова оцінка;
- вклад має бути внесеним протягом 1 року, але статутом цей строк може бути скорочено;
- у разі невнесення вкладу сплачується пеня;
- у разі прострочення внесення вкладу понад 3 місяці передбачені ті ж наслідки, що передбачені і проектом 2011, але учасникам надається додаткова опція: замість зменшення частки винного учасника до розміру

фактично оплаченої, вони можуть виключити такого учасника зовсім, повернувши йому внесену ним часткову оплату вкладу. Крім того, у проекті 2011 передбачено, що голоси винного учасника при прийнятті таких рішень не враховуються. Тим самим ліквідована прогалина, нещодавно констатована Конституційним Судом України (рішення № 1-рп/2013), яка полягала у неможливості прийняття таких рішень без врахування голосів учасника, який не вніс вклад (внаслідок чого винний учасник міг блокувати таке рішення).

#### **4. Зміна розміру статутного капіталу, оборот часток:**

##### **4.1 Збільшення розміру статутного капіталу за рішенням учасників.**

Обидва проекти передбачають можливість збільшення розміру статутного капіталу із залученням додаткових внесків учасників та третіх осіб. При цьому, в обох проектах враховано, що вартість додаткових внесків може не співпадати з сумами, на які збільшуються частки учасників. На відміну від проекту **2011**, проектом **2011-1** передбачений механізм захисту учасників, насамперед, міноритарних, від «розмивання» їх часток, штучного зменшення їх питомої ваги у статутному капіталі за рахунок підвищення питомої ваги інших учасників або третіх осіб, які будуть прийняті до ТОВ. Перш за все, це можливість вносити додаткові внески пропорційно часткам учасників у статутному капіталі (ч.4 ст.9), а також мінімальний строк внесення вкладів учасниками – 6 місяців (ч.3 ст.9) та максимальний строк внесення вкладів третіми особами – 1 місяць (ч.6 ст.9). Останні правила мають запобігати недружнім діям проти окремих учасників, коли зненацька приймається рішення про значне збільшення статутного капіталу, і при цьому, встановлюється невеликий строк внесення внесків, аби такі учасники не встигли акумулювати достатньо коштів для підтримання співвідношення своїх часток, але значний строк внесення внесків третіми особами. Водночас, якщо всі учасники приймають рішення одностайно і бажають змінити ці правила, зокрема, з огляду на термінову потребу товариства у грошових коштах, вони можуть це зробити (ч.7 ст.9 та ст.10).

Між тим, проектом **2011** не передбачена можливість збільшення розміру статутного капіталу без залучення додаткових внесків. Проектом **2011-1** така можливість передбачена. При цьому, співвідношення розмірів часток учасників у статутному капіталі не змінюється. Цей спосіб збільшення статутного капіталу є корисним, якщо ТОВ має прибуток, і учасники бажають використати його для збільшення статутного капіталу. У цьому разі було б вочевидь нерозумним вимагати, аби учасники спершу направили прибуток на виплату собі дивідендів, одержали б ці дивіденди, після чого провели б процедуру збільшення розміру статутного капіталу із залученням додаткових внесків та внесли б товариству одержані раніше дивіденди назад.

##### **4.2 Зменшення розміру статутного капіталу за рішенням учасників.**

Обидва проекти передбачають можливість зменшення розміру статутного капіталу за рішенням товариства, причому таким чином, щоб співвідношення розмірів часток учасників у статутному капіталі не змінювалося.

Водночас, проектом **2011** додатково передбачена можливість зменшення розміру статутного капіталу шляхом анулювання частки, що належить товариству. Таким чином, проектом **2011** допускається ситуація, за якої товариство протягом певного часу володіє часткою у власному капіталі. Проект **2011-1** такої можливості не допускає. Натомість, у ч.2 ст.14 імперативно встановлено, що у разі набуття товариством частки у своєму статутному капіталі його розмір зменшується на розмір цієї частки. Механізм реалізації цього правила передбачений у пропонуваній проектом ч.11 ст.19-1 **Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців»**: у разі виключення або виходу учасника з ТОВ, а також у разі передання частки у статутному капіталі самому товариству (наприклад, за договором купівлі-продажу чи дарування), державний реєстратор вносить запис про зменшення розміру статутного капіталу на розмір відповідної частки у статутному капіталі. Тим самим усувається небезпечна ситуація, коли товариство протягом певного часу виступає власним учасником, та нівелюється підґрунтя для пов'язаних з цим зловживань (перерозподіл прав голосу, виведення активів).

#### **4.3 Вихід учасника.**

Проектом **2011** передбачене беззастережне право будь-якого учасника вийти з ТОВ, вартість частки виплачується протягом року. Проектом **2011-1** безумовне право на вихід надається лише учаснику, чия частка не перевищує 50% статутного капіталу. Це пояснюється тим, що контролюючий учасник в переважній більшості випадків здійснює контроль над товариством і його виконавчим органом, отож надання йому можливості вийти з товариства в умовах, коли він контролює виконавчий орган, створює надзвичайно високий ризик порушення прав учасників товариства шляхом виведення більшої частини активів на підставі виплати йому компенсації вартості його частки в капіталі товариства. Тому проектом передбачено, що він може вийти лише за згодою інших учасників. Втім, це не порушує інтересів контролюючого учасника, бо він може замість виходу прийняти рішення про ліквідацію товариства. З огляду на негативний досвід практики застосування механізму виходу в чинному законодавстві (якщо вартість частки виплачується протягом значного строку, то це нерідко призводить до зловживань - виведення активів із тим, щоб ухилитися від виплат учаснику, що виходить, або кредиторам) проектом **2011-1** пропонується скоротити строк, в який товариство має виплатити вартість частки учаснику, який вийшов, до 3 місяців (ч.6 ст. 12). Вважається, що цей строк, з одного боку, є цілком достатнім для переведення частини активів товариства у ліквідну форму та здійснення виплат, з іншого боку, цей строк дозволить

учаснику, що вийшов, швидше отримати контроль над своїм майном та повернути його у продуктивне використання.

#### **4.4 Виключення учасника.**

Проектом **2011** можливість виключення учасника з ТОВ всупереч його волі не передбачена. Проектом **2011-1** така можливість встановлена, учасник може бути виключений за рішенням суду. Слід зазначити, що можливість виключення учасника визнається у передових правопорядках, а в окремих країнах (зокрема, у Німеччині) передбачена навіть можливість виключення контролюючого учасника, якщо суд дійде висновку, що він своїми діями шкодить товариству.

#### **4.5 Спадкування частки та набуття її правонаступником**

Проектом **2011** передбачене беззастережне право товариства відмовити у прийнятті до товариства спадкоємця чи правонаступника учасника. Проект **2011-1** пропонує диференційований підхід: якщо частка не перевищує 50%, необхідна згода інших учасників на вступ до ТОВ, якщо перевищує – учасник може вступити до товариства за своєю волею. Втім, це правило є диспозитивним: передбачена можливість встановити статутом товариства окремий режим щодо вільного переходу частки в капіталі в межах членів родини (ч.2 ст.18).

#### **4.6 Відчуження частки**

Обидва проекти передбачають переважне право учасників товариства на придбання частки у разі його продажу. Водночас у проекті **2011** таке право поширюється і на інші випадки відчуження (зокрема на міну і дарування). Це, з одного боку, відкриває шлях до блокування переважного права шляхом укладення договору міни частки на таке індивідуально визначене майно, якого завідомо не буде в інших учасників. З іншого боку, учасник не зможе подарувати свою частку, бо у зв'язку з безвідплатністю напевне хтось із учасників скористається переважним правом. Ці проблеми вирішуються у проекті **2011-1** через поширення переважного права учасників товариства на придбання частки лише у разі його продажу, в інших же випадках для відчуження потрібна згода всіх учасників, але переважне право не діє. Воно не діє також у разі продажу частки з аукціону, адже на аукціоні в конкурентній боротьбі (на відміну від продажу за пропозицією) є можливість встановити справжню ціну частки. І сплатити її, звичайно, має той, хто її запропонував. Дотримання в цьому випадку переважного права призвело б до зниження конкуренції, а відтак і до неможливості отримати справжню ціну (при цьому інтереси учасників не порушуються, бо вони теж мають змогу взяти участь в аукціоні і запропонувати вищу ціну).

#### **4.7 Застава частки та звернення стягнення на неї**

Проектом **2011** передбачено, що застава частки допускається виключно за згодою учасників товариства. Крім того, встановлено, що у разі невиконання

учасником своїх зобов'язань інші учасники вправі виконати таке зобов'язання. Тоді частка учасника розподіляється між рештою учасників. Дещо відмінні правила передбачені цим проектом для звернення стягнення на частку: інші учасники можуть виплатити кредиторам не суму у розмірі боргів учасника, а суму у розмірі вартості частки, яка визначається як частина майна товариства на підставі бухгалтерської звітності (при цьому, подальша доля частки учасника – боржника проектом не визначена). Легко побачити, що у першому випадку захищаються інтереси кредиторів, але учасник – боржник може постраждати, бо сума боргу може бути менше вартості його частки. У другому випадку страждатимуть кредитори, бо вартість частки, визначена на підставі бухгалтерської звітності, може не відображати дійсної вартості. Цих недоліків позбавлений проект **2011-1**, який не пропонує ніяких спеціальних правил у цих відносинах. Отож будуть діяти загальні правила: учасник зможе надати свою частку в заставу за своїм бажанням, а якщо на частку (байдуже – заставлену чи ні) звертається стягнення, то вона буде продана на аукціоні за справжню ціну.

#### **4.8 Захист інтересів кредиторів.**

Проектом **2011** передбачено, що якщо товариство вирішило зменшити розмір статутного капіталу, то воно має повідомити про це кредиторів, які можуть вимагати або забезпечення у вигляді застави чи поруки, або дострокового виконання зобов'язань (ч.ч.7, 8 ст.17). Водночас, легко побачити, що у разі зменшення розміру статутного капіталу, як це передбачено зазначеним проектом у ст.17, майнова сфера товариства жодним чином не змінюється (змінюється лише номінальна вартість часток учасників). Тому і майбутнє зменшення розміру статутного капіталу ніяких загроз кредиторам не несе. І додаткового захисту в цьому випадку вони не потребують. З огляду на це проект **2011-1** не містить подібних правил. Натомість в цьому проекті пропонується передбачити інші захисні механізми, що застосовуватимуться у випадках виникнення реальних загроз. Так, у ст.15 встановлено, що якщо зменшення статутного капіталу товариства супроводжувалося переданням майна товариства учасникам, такі учасники несуть субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями товариства, які виникли до дня внесення до єдиного державного реєстру змін щодо зменшення статутного капіталу, в межах отриманих учасниками коштів (вартості отриманого майна), щоб запобігти вилученню учасниками коштів напередодні банкрутства товариства. Ця норма охоплює, зокрема, випадки, коли учасник виходить з товариства, чи його виключають, чи виплачують вартість частки спадкоємцям або правонаступникам учасника. У всіх цих випадках, дійсно, майнова сфера товариства зменшується, але не завдяки факту зменшення статутного капіталу, а лише як наслідок виплат учасникам. Покладення на таких учасників субсидіарної відповідальності (лише в межах отриманих ними сум) дійсно відповідатиме меті справедливого захисту інтересів кредиторів і запобігання зловживанням. При цьому, кредитори не

залежатимуть від дій виконавчого органу товариства (який може попередити чи не попередити того чи іншого кредитора про зменшення статутного капіталу), бо така субсидіарна відповідальність виникатиме в силу закону. Тобто, автоматично, не потребуючи вчинення будь-яких дій ні з боку товариства, ні з боку кредитора.

#### **4.9 Захист прав учасників на частки, запобігання рейдерським захопленням часток.**

Проект **2011** дотримується традиційного для українського законодавства підходу, за якого розмір часток учасників встановлюється статутом. Водночас ця вимога входить в конфлікт із механізмами, що регулюють відчуження або перехід часток учасників у статутному капіталі, оскільки, незалежно від підстав набуття особою прав на частку, вимагає внесення змін до статуту і створює неприйнятний для багатьох інвесторів ризик блокування реєстрації змін у складі учасників та порушення прав особи, що набула частку на законних підставах. Тому, замість включення відомостей про статутний капітал та учасників до статуту, що є анахронізмом в часи існування єдиного реєстру юридичних осіб, проектом **2011-1** передбачено відображення цих відомостей у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців та чіткі правила, що захищають права всіх заінтересованих осіб. Це передбачено у пропонуваному проектом **2011-1** змінах до **Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців»**. Зокрема, набувачу частки надається можливість власними діями досягти відображення його права на частку у реєстрі, незалежно від бажання чи небажання інших учасників проводити збори та вносити зміни до статуту. З цією метою у пропонуваній новій ст.19-1 згаданого Закону встановлено, що за загальним правилом реєстрація передання частки здійснюється на підставі свідоцтва про передання частки, яке видається нотаріусом. Тож нотаріус перевірить, чи є право переважної купівлі в інших учасників, і чи не порушене воно. У разі продажу частки з аукціону, за якої право переважної купівлі не діє, свідоцтво складається організатором аукціону, але справжність його підпису має бути засвідчена нотаріально. За наявності ж згоди всіх учасників на передання частки, коли ризик зловживань є мінімальним, свідоцтво складається самим учасником, якому належить частка, та її набувачем, а справжність їх підписів та підписів всіх учасників товариства засвідчується нотаріально. У разі, якщо учасник подає заяву про вихід із товариства чи заяву про вступ до товариства, такі заяви підлягають нотаріальному посвідченню, аби нотаріус перевірів, чи може учасник вчинити ці дії одноосібно, а якщо вимагається згода інших учасників, то чи є така згода. Нотаріально мають посвідчуватись і рішення загальних зборів товариства, що впливають на зміну співвідношення часток учасників (зокрема, про збільшення розміру статутного капіталу та про виключення учасника з товариства). Це правило не застосовується, якщо після



зміни розміру статутного капіталу співвідношення розмірів часток учасників не змінюється, бо в такому випадку ризик зловживань мінімальний. У цій же ст.19-1 згаданого Закону передбачено, що після внесення до реєстру відомостей про зміни у складі учасників чи розмірі їх часток інформація про це надсилається як товариству, так і всім особам, які були зазначені у реєстрі в якості учасників як до, так і після внесення запису до реєстру. Цей захід теж слугуватиме захисту інтересів учасників, якщо попри всі перестороги до реєстру все ж було внесено неправильний запис. Кореспондуючі зміни проектом **2011-1** запропоновані і до Закону України «Про нотаріат» та Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито».

## **5. Участь у товаристві:**

### **5.1 Доступ учасників до документів товариства.**

Проект **2011** у ч.9 ст.32 встановлює, що від дати надіслання учасникам повідомлення про проведення зборів учасників до дати їх проведення товариство повинно надати учасникам можливість ознайомитися з документами, необхідними для прийняття рішень з питань порядку денного зборів учасників, за місцезнаходженням товариства у робочі дні, робочий час та в доступному місці, якщо інший порядок ознайомлення не передбачений статутом товариства. А у п.3 ч.1 ст.7 встановлює право учасника отримувати інформацію про діяльність товариства у встановленому його статутом порядку. Проект **2011-1** у ст.19 не віддає порядок отримання інформації на відкуп статуту, бо таке містить небезпеку встановлення статутом обтяжливих правил внаслідок впливу контролюючого учасника. Тож ці правила передбачено встановити безпосередньо законом. Крім того, проект **2011-1** надає учасникам значно ширші можливості: їм гарантується право необмеженого доступу до всіх документів товариства, а також можливість одержати копії документів. Ці норми, з одного боку, унеможливають найбільш поширені та зухвалі зловживання менеджерів або контролюючих учасників, які намагаються всіляко обмежити доступ інших учасників до інформації про господарську діяльність товариства та його фінансовий стан. З іншого боку, таке право дозволить значно підвищити довіру учасників один до одного і дозволить уникнути руйнівних конфліктів, в основі яких підозри і недовіра. Це право учасників вважається одним з основоположних у конструкції товариства з обмеженою відповідальністю в законодавстві європейських країн. Єдиним випадком, коли таке право учасника може бути обмежене, є випадок, коли учасник або його афілійовані особи є конкурентами товариства, а документи, яких стосується запит учасника, містять інформацію, використання якої конкурентами може завдати товариству шкоди.

### **5.2 Угоди між учасниками.**

Йдеться про надзвичайно важливий і новий для України інструмент, яким є угоди між учасниками, які в міжнародній практиці відомі під назвою

«**shareholder agreements**». Проект **2011** не передбачає його запровадження. У проекті **2011-1** цьому інструменту присвячена ст.20. Спираючись на практику розвинутих країн, пропонується забезпечити учасникам товариств значний простір для врегулювання своїх відносин за допомогою договорів, що стосуються здійснення повноважень учасників. Конфлікт між правом учасника вільно використовувати свій голос та необхідністю виконання зобов'язань за договором пропонується вирішити, встановивши можливість забезпечувати виконання зобов'язань за такими договорами неустойкою. Максимальний строк договору становить 3 роки. Це правило має зменшити ризики захоплення контролю над товариством та змови окремих груп учасників проти інших. Цій же меті слугує і вимога безоплатності договору, встановлена у ч.1. Задля запобігання використанню договору між учасниками для внутрішньокорпоративних змов та інтриг встановлена умова про набуття договором чинності лише після передання такого договору товариству для ознайомлення учасників.

### **5.3 Дивіденди.**

Обидва проекти передбачають розподіл прибутку між учасниками виключно пропорційно їх часткам у статутному капіталі товариства, належність права на отримання дивідендів тим особам, які були учасниками на момент прийняття рішення про розподіл прибутку (навіть якщо згодом їх частки перейшли до інших осіб) і заборону на розподіл прибутку, якщо не є повністю оплаченими вклади учасників, товариство має зобов'язання по виплатам учасникам, що вийшли з ТОВ (за проектом **2011-1** – також учасникам, які були виключені), та якщо сума чистих активів товариства є меншою, ніж розмір його статутного капіталу, або стане меншою внаслідок розподілу прибутку. При цьому, проектом **2011** імперативно встановлено правило про виплату дивідендів грошовими коштами та 3-місячний строк виплати, а проект **2011-1** дозволяє виплату дивідендів іншим майном, якщо за це проголосували всі учасники, та можливість встановлення іншого строку виплати. Крім того, з метою захисту кредиторів проект **2011-1** містить додаткову заборону на розподіл прибутку, якщо на момент прийняття рішення або на момент виплати товариство відповідає ознакам неплатоспроможності (банкрутства), або якщо вказані ознаки з'являться у товариства в результаті прийняття такого рішення. Проектом **2011-1** (на відміну від проекту **2011**) передбачені наслідки порушення обмежень на виплату дивідендів: вони мають бути повернені товариству. При цьому, у зв'язку із високими ризиками зловживань щодо виплат прибутку (виведення активів, введення посадовими особами учасників в оману задля збереження своїх посад, тощо) передбачається встановлення солідарної відповідальності посадових осіб, діями яких учасники були введені в оману, за повернення неправомірно виплачених коштів.

### **6. Органи та посадові особи товариства.**

Обидва проекти передбачають наявність в товаристві двох обов'язкових органів: зборів учасників та виконавчого органу. Обидва проекти передбачають і можливість обрання ревізійної комісії. Обидва проекти встановлюють кворум зборів у розмірі більше половини голосів учасників, на відміну від чинного законодавства, яке вимагає 60% голосів. Новелою (порівняно з чинним законодавством) обох проектів є можливість створення наглядової ради. Однак, згідно з проектом **2011-1** у товариствах, у яких кількість учасників є більшою, ніж десять осіб, наглядова рада створюється обов'язково.

Однією з головних відмінностей між акціонерними товариствами та товариствами з обмеженою відповідальністю є стійка тенденція щодо обмеження повноважень загальних зборів акціонерів (у зв'язку із витратністю, громіздкістю, обмеженими можливостями щодо обговорення та прийняття рішень) та збереження необмеженої компетенції загальних зборів учасників щодо будь-яких питань. Загальні збори повинні мати повноваження розглянути будь-яке питання, і їх рішення має бути обов'язковим для всіх органів товариства. Саме такого концептуального підходу дотримується чинне законодавство. Саме це передбачено загальною нормою ч.1 ст.98 ЦК. Виходячи з такого підходу нема необхідності визначати компетенцію загальних зборів, бо вона охоплює рішення з усіх питань діяльності товариства (відповідно до ч.1 ст.98 ЦК), що і передбачено у проекті **2011-1**. Більше того, враховуючи, що компетенція інших органів товариства, звичайно, має бути визначена, цілком ймовірним є припущення, що спроба визначити ще й компетенцію загальних зборів може призвести до того, що певне питання виявиться таким, що не увійде до компетенції жодного органу товариства. Виходячи з цих міркувань до проекту **2011-1** не включений перелік повноважень загальних зборів. У проекті **2011** міститься перелік питань, які не можуть бути переданими іншим органам товариства (ч.ч.2, 3 ст.29). У проекті **2011-1** і такого переліку немає, бо відповідно до ст.33 цього проекту виконавчий орган здійснює поточне управління справами товариства, а питання, які вирішують збори (внесення змін до статуту, утворення органів тощо) до поточного управління справами не відносяться.

Проектом **2011** передбачене проведення чергових та позачергових зборів. У проекті **2011-1** такого поділу немає, бо порядок проведення зборів у всіх випадках є однаковим.

За проектом **2011** спосіб повідомлення учасників має бути визначений статутом. У проекті **2011-1** з метою захисту міноритарних учасників встановлено, що учасники мають повідомлятися письмово. Однак, кожен учасник за своїм бажанням може обрати повідомлення електронною поштою.

Обидва проекти передбачають можливість проведення зборів у заочній формі (тобто шляхом опитування). При цьому, проект **2011-1** додатково

передбачає можливість учасника взяти участь у зборах шляхом заочного голосування, надавши своє волевиявлення в письмовій формі.

Проект **2011** встановлює, що компетенція наглядової ради, порядок її утворення та діяльності визначаються статутом. Проект **2011-1** встановлює зазначені правила та регламентує відносини членів наглядової ради і товариства.

Проект **2011-1**, на відміну від проекту **2011**, регламентує конфлікт інтересів посадових осіб, встановлює обмеження на суміщення посад тощо.

### **7. Недійсність рішення загальних зборів учасників товариства**

Проект **2011** містить у ст.37 правило, що рішення зборів учасників товариства, прийняте з порушенням вимог законодавства або статуту товариства, яке порушує права і законні інтереси учасника товариства, може бути визнано судом недійсним за заявою учасника товариства, який не брав участі в голосуванні або голосував проти оспорюваного рішення. Така заява може бути подана до суду протягом двох місяців з дати, коли учасник товариства дізнався або повинен був дізнатися про прийняте рішення. Суд має право з урахуванням усіх обставин справи залишити в силі рішення, яке оскаржується, якщо голосування учасника товариства, який подав заяву, не могло вплинути на результати голосування, допущені порушення не є суттєвими і рішення не спричинило заподіяння збитків даному учаснику товариства.

Проект **2011-1** виходить з того, що існує потреба не у спеціальному регулюванні, а у встановленні загальних правил щодо недійсності рішення загальних зборів учасників товариства. Ця проблема є досить гострою, оскільки численні внутрішні конфлікти між групами учасників, учасниками та менеджерами різних товариств приймають форми судових спорів щодо недійсності рішень загальних зборів. Механізм оспорювання рішень загальних зборів також нерідко використовується для порушення прав кредиторів, які покладаються на рішення загальних зборів контрагента при укладанні договорів. Проектом **2011-1** пропонується замінити ч. 5 ст. 98 ЦК України, у якій лише згадується про право учасника товариства оспорювати рішення її загальних зборів, новою статтею 98<sup>1</sup> «Недійсність рішення загальних зборів учасників товариства», яка містить чіткі критерії нікчемності та оспорюваності рішень загальних зборів товариства. Так, пропонується, що рішення загальних зборів, які не відповідають закону, є нікчемними (ч. 1 ст. 98<sup>1</sup>). Рішення, які не відповідають установчим документам товариства, є також нікчемними (ч. 2 ст. 98<sup>1</sup>), але товариство не може посилатися на нікчемність цих рішень у відносинах з третіми особами, які діяли добросовісно (ч. 4 ст. 98<sup>1</sup>). Такий диференційований підхід базується на презумпції того, що особи, які вступають у цивільно-правові відносини з товариством, є обізнаними щодо вимог,

встановлених законом, що однак не гарантує їх обізнаності із індивідуальними положеннями установчих документів товариства. Аналогічний підхід застосовується до регулювання визнання недійсними рішень загальних зборів, які хоча за своїм змістом не входять в конфлікт із вимогами закону чи установчих документів, але були ухвалені із порушенням процедури (ч. 3 ст. 98<sup>1</sup>). Як правило, кредитори товариства не тільки не мають змоги контролювати дотримання товариством процедури при ухваленні загальними зборами рішення, на яке вони спираються, будуючи свої відносини з товариством, але і позбавлені можливості отримати інформацію про такі порушення. Слід, однак, враховувати, що порушення процедури прийняття рішення може призвести до суттєвого спотворення волі товариства, і тому необхідно забезпечити учасників товариства правом вимагати визнання рішення загальних зборів недійсним (ч. 3 ст. 98<sup>1</sup>). Комплексне вирішення проблеми недійсності рішень загальних зборів з підстав процедурних порушень при їх прийнятті вимагає певного обмеження в часі ризику визнання такого рішення недійсним з тим, щоб гарантувати певну стабільність відносин як між учасниками товариства, так і між товариством та його контрагентами. Цього пропонується досягти шляхом доповнення частини 2 статті 258 ЦК України «Спеціальна позовна давність» додатковим пунктом 8, відповідно до якого до вимог про визнання недійсним рішення загальних зборів застосовуватиметься скорочений строк позовної давності в один рік.

### **8. Значні правочини та правочини із заінтересованістю.**

Проект **2011-1** (ст.ст. 45 та 46) визначає, який правочин є значним, який орган і у якому порядку приймає рішення щодо його укладання. Задля попередження ухилення від регулювання пропонується наступне. Якщо замість кількох правочинів, що вчиняються товариством, міг би бути вчинений один значний правочин, то ці правочини вважаються значними. Цей проект визначає, який правочин товариства визнається правочином, щодо вчинення якого є заінтересованість, а посадова особа або учасник товариства визнається заінтересованою особою, порядок прийняття рішення про його укладання, наслідки недотримання процедури. Вводить правило «маджоріті оф міноріті» - заборону заінтересованій особі (як посадовій особі так і учаснику) приймати участь у голосуванні з питань щодо вчинення/не вчинення такого правочину.

Правила, що встановлені у ст.ст. 45 та 46 проекту **2011-1**, передбачають, що виконавчий орган не може вчинити значні правочини і правочини з заінтересованістю за власним рішенням, а має отримати на це спеціальне повноваження шляхом одержання згоди, яка надається загальними зборами або наглядовою радою (причому голосування відбувається за спеціальними правилами). Це означає, що якщо вимоги ст.ст. 45 та 46 не дотримані, то виконавчий орган не мав повноважень на вчинення правочину, відтак, такий правочин є не вчиненим (договір – неукладеним), тобто не створює юридичних наслідків, на які він направлений. У разі вчинення значного правочину з

добросовісним контрагентом такий правочин все ж буде вважатися укладеним завдяки спеціальному правилу абзацу другого ч.3 ст.92 ЦК. Водночас в інших випадках спроб вчинити значний правочин, а також у всіх випадках спроб вчинити правочин із заінтересованістю (тут добросовісного контрагента бути не може) такий правочин все ж буде вважатися неукладеним. Така ситуація може виявитись не вигідною для товариства. По-перше, загальні збори чи наглядова рада можуть дійти висновку, що не дивлячись на порушення встановленого порядку правочин все ж є вигідним для товариства. По-друге, може з'ясуватись, що хоча правочин і не є вигідним для товариства, але він вже частково або повністю виконаний, а застосування правил про кондикцію тепер є менш вигідним для товариства, ніж остаточне виконання правочину чи «узаконення» результатів виконання. Так, необхідність демонтувати чи вилучити устаткування або матеріали, які були придбані за завищеною ціною, може бути пов'язане із ризиком руйнування чи втрати корисних властивостей важливим об'єктом. Інший приклад: контрагент вже отримав кошти від товариства, і добитися фактичного стягнення з нього цих коштів на підставі ст.1212 ЦК є проблематичним з огляду на його фінансовий стан. Водночас, контрагент вже передав товариству певне майнове право (наприклад, право оренди земельної ділянки чи об'єкт інтелектуальної власності) і товариству краще легалізувати його. Як раз для таких випадків у ч.2 ст. 241 ЦК передбачена загальна норма, яка дозволяє конвалідацію неукладеного правочину, вчиненого представником з перевищенням повноважень. Втім, ця загальна норма в даному випадку не дуже підходить з двох причин. По-перше, необхідно виключити застосування ч.1 ст.241 ЦК, якою передбачено, що правочин вважається схваленим зокрема у разі, якщо особа, яку представляють, вчинила дії, що свідчать про прийняття його до виконання. Звичайно в нашому випадку не можна допустити, щоб, наприклад, прийняття виконання за правочином (яке здійснюється працівниками товариства під керівництвом виконавчого органу) вважалось його схваленням. По-друге, необхідно визначити спеціальний порядок схвалення – воно має здійснюватись загальними зборами або наглядовою радою. Обидві цілі досягаються встановленням спеціального правила про те, що якщо правочин, вчинений без дотримання порядку вчинення значного правочину чи правочину з заінтересованістю, буде схвалений товариством в порядку, встановленому для надання згоди на вчинення такого правочину, він створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки товариства з моменту його вчинення. Саме це і пропонується у статті 47 проекту **2011-1**. При цьому, слід мати на увазі, що навіть у разі схвалення правочину на підставі ст.47 цього проекту товариство не позбавлене права вимагати відшкодування збитків з винних осіб на підставі ч.5 ст.45 та ч.11 ст.46 проекту.

Проект **2011** подібних правил не містить.

## **9. Припинення та виділення товариства.**

Проект **2011** містить главу V, присвячену виділу та припиненню, а проект **2011-1** у главі VI передбачає лише особливості такого регулювання, аби за межами таких особливостей застосовувались загальні правила іншого законодавства (ЦК, Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців») і не створювалось дублювання норм.

Проект **2011-1** містить загальну заборону конвертації часток у статутному капіталі товариств, які припиняються (ч.1 ст.50). У проекті **2011** подібне правило передбачено лише для приєднання і поділу.

Мінімізація ризику безпідставної зміни співвідношення часток учасників товариства, що припиняється, в статутному капіталі товариства – правонаступника є метою норм, викладених у частинах 2 (поділ), 3 (злиття та приєднання), 4 (виділ), 5 (перетворення) статті 50 проекту **2011-1**. Крім того, положення частини 2 статті 50 проекту **2011-1**, якою вимагається, щоб при здійсненні поділу кожен учасник товариства, що припиняється, отримав таку саму частку у статутному капіталі кожного з товариств - правонаступників, дозволяє запобігти доволі розповсюдженій практиці порушення прав та інтересів учасників через непропорційний розподіл активів та зобов'язань між правонаступниками та зміні складу учасників таких товариств. У проекті **2011** подібне правило передбачено лише для виділу і поділу.

Проектом **2011** передбачено, що: злиття ТОВ допускається якщо у злитті беруть участь лише ТОВ, а також якщо у злитті бере участь принаймні одне ТОВ і при цьому товариство - правонаступник також буде створено у формі ТОВ; що приєднання ТОВ (до ТОВ) допускається, якщо у приєднанні бере участь принаймні одне ТОВ; що товариство з обмеженою відповідальністю може бути поділено лише на товариства з обмеженою відповідальністю. Проект **2011-1** подібних обмежень не містить. Натомість враховано, що юридичні особи залежно від обсягу прав учасників можна поділити на ті, які вправі або не вправі розподіляти прибуток між учасниками, та на ті, які вправі або не вправі розподіляти майно між учасниками у разі ліквідації (наприклад, господарські товариства можуть розподіляти і прибуток, і майно, а установи не можуть ні того, ні іншого, бо не мають учасників). Отож проектом **2011-1** передбачено внесення змін до ст.104 **Цивільного кодексу України**, якими встановлюється загальне правило, що у разі реорганізації учасник не може одержати більше прав щодо майна юридичної особи – правонаступника, ніж він мав щодо майна правопопередника.

У ст.52 проекту **2011** встановлюються правила щодо захисту прав кредиторів, які значною мірою переказують окремі норми іншого законодавства (ст.ст.105, 107, 109 ЦК). Проект **2011-1** подібних положень не містить, не вбачаючи потреби у спеціальному регулюванні у цій сфері. У зв'язку з цим застосовуватимуться згадані загальні норми.

Оскільки чинне законодавство не містить жодних вимог до осіб, які здійснюють ліквідацію товариства, що досить часто призводить до зловживань, проектом **2011-1** пропонується розповсюдити вимоги, що пред'являються цим проектом до посадових осіб товариства (ст. 44), також на членів ліквідаційної комісії (ліквідатора), та встановити обов'язок звітувати (ст. 51). У проекті **2011** подібне правило не передбачено.

#### **10. Усунення суперечностей між проектом та чинним законодавством.**

Проектом **2011-1** передбачено повне усунення суперечностей з чинним законодавством. У проекті **2011** ця мета досягається не повною мірою, зокрема не передбачено внесення необхідних змін до Господарського кодексу України.

#### **11. Відповідальність посадових осіб та їх звільнення.**

Однією з найбільших проблем, що негативно впливає на бізнес-клімат України та робить українські корпорації непривабливими для інвесторів, є відсутність практики притягнення менеджерів до відповідальності. Одним з головних правових бар'єрів на шляху розвитку практики притягнення посадових осіб до майнової відповідальності є розповсюдження на регулювання відносин між посадовими особами та товариством норм **Кодексу законів про працю України**. Проектом **2011-1** пропонується внести в КЗпП відповідні зміни, які дозволять зняти зайві обмеження щодо обрахування розміру завданої шкоди (ст. 130 КЗпП), забезпечивши можливість включати до неї неодолені доходи, суттєво зменшити випадки застосування до менеджерів обмеження майнової відповідальності посадової особи (ст. 133 КЗпП), виключивши з переліку такі поширені випадки зловживань, як «зайві виплати», «розкрадання» та «випуск недоброякісної продукції». Проектом **2011-1** пропонується також передбачити таку підставу для звільнення, як припинення повноважень посадових осіб (ст.41 КЗпП), забезпечивши можливість розірвання трудового договору без наведення підстав при припиненні повноважень посадових осіб. В якості компенсації для захисту інтересів посадових осіб пропонується встановити мінімальний розмір вихідної допомоги при розірванні трудового договору у зв'язку із припиненням повноважень посадової особи в розмірі середньої заробітної плати за шість місяців (ст. 44 КЗпП).

Проект **2011** такого регулювання не передбачає.

#### **12. «Похідний» позов («shareholder's derivative action», «derivative suit»).**

Проектом **2011-1** пропонується привнести в українське законодавство один з найефективніших інструментів захисту учасниками своїх порушених прав – **похідний позов**. Саме існування механізму похідного позову справляє значний дисциплінуючий вплив на поведінку та стандарти діяльності посадових осіб, позбавляючи їх відчуття повної безкарності, якщо на їх боці виступає контролюючий учасник. Механізм похідного позову є одним з найпотужніших



правових інструментів, які стимулюють процес виявлення та усунення недоліків у регулюванні та формуванні атмосфери відповідальності та підзвітності посадових осіб компаній.

На жаль, в українській практиці є досить поширеною ситуація, коли посадові особи товариства або контролюючий учасник (група учасників) завдають шкоди товариству через вимивання активів та вилучення прибутку і при цьому блокують будь-які спроби учасників оскаржити такі дії чи притягнути винних посадових осіб до відповідальності. Така ситуація досягається тим, що особи, які мають діяти від імені та в інтересах товариства, є тими ж самими особами, діями яких товариству завдається шкода. Для вирішення цієї проблеми у корпоративному законодавстві переважної більшості країн успішно застосовується механізм похідного позову, який полягає в тому, що за учасниками товариства закріплюється право у певних випадках звернутися в суд від імені товариства. Іншими словами, інститут похідного позову належить до різновиду законного процесуального представництва. Видається доцільним запровадити цей інститут і у праві України. При цьому слід врахувати сумний досвід Російської Федерації, де інститут похідного позову спробували запровадити не у процесуальному, а в матеріальному праві. Звичайно, ця помилка мала катастрофічні наслідки для працездатності інституту. Такої ж помилки припустився і український законодавець, зробивши несміливу спробу запровадити похідні позови Законом від 17.09.2008 № 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 Закону, 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 від 03.02.2011 №2994-VI. Тож проектом **2011-1** пропонується не наступати на ті ж граблі і запровадити похідний позов у змінах до Господарського процесуального кодексу України (деталі висвітлені у поясненнях до цих змін).

Водночас саме у матеріальному законі необхідно встановити регулювання цивільних відносин щодо відшкодування судових витрат, понесених учасником. Задля запобігання зловживань поданням похідного позову, аби не стимулювати подання учасниками завідомо безнадійних позовів (чи то з точки зору одержання позитивного судового рішення, чи то з точки зору його фактичного виконання) у ст.22 проекту **2011-1** пропонується встановити, що такі витрати відшкодовуються лише в межах фактично одержаних товариством сум.

Механізм похідного позову полягає у наданні кожному учаснику права звернутися в суд від імені товариства для притягнення до відповідальності

посадових осіб товариства за збитки, завдані їх незаконними діями. Як свідчить практика розвинених країн, саме механізм похідного позову дозволяє притягнути до відповідальності недобросовісних посадових осіб, які діють всупереч інтересам товариства і при цьому користуються підтримкою контролюючого учасника, або здатні ефективно заблокувати роботу загальних зборів у випадку відсутності частини учасників, чи їх неспроможності до адекватних дій (тимчасова непрацездатність чи неготовність спадкоємців).

Саме запровадженню механізму похідного позову і присвячені пропозиції проекту **2011-1** щодо внесення змін до **Господарського процесуального кодексу України**. Зміни до статті 12 ГПК мають на меті включити до підвідомчості господарських судів таку надзвичайно важливу для належного розвитку корпоративних відносин категорію спорів, як спори між господарським товариством та його посадовою особою. З огляду на унікальність ситуації, яка склалася в Україні, коли більшість посадових осіб товариства вважаються працівниками товариства, до відносин яких із товариством застосовуються норми трудового права, значна кількість позовів про притягнення недобросовісних посадових осіб до відповідальності матиме характер трудових спорів. Тому проектом пропонується вилучити обмеження щодо виключення трудових спорів з підвідомчості господарських судів (п. 4 ч.1 статті 12 ГПК). Зміни до ч.5 ст.16 ГПК викликані необхідністю розгляду за місцезнаходженням господарського товариства всіх спорів, передбачених п. 4 ч.1 статті 12 ГПК (з урахуванням внесених змін до нього). З метою зробити можливим подання позовів до посадових осіб товариства пропонується розширити коло позивачів та відповідачів звернувшись до більш широкого терміну «особа» замість «підприємства та організації» при визначенні кола осіб, що можуть виступати позивачами та відповідачами по господарських спорах (ч.2 та 3 статті 21 ГПК). Нова редакція ч.5 статті 28 ГПК має надати учасникам товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю можливість виступати від імені товариства у спорах про відшкодування збитків, завданих товариству його посадовою особою, на підставі закону, без необхідності надання довіреності (надання якої може бути заблоковане посадовими особами товариства), що і є суттю похідного позову. Тут же встановлене правило, яке не дозволить недобросовісному виконавчому органу чи недобросовісному учаснику звести нанівець діяльність інших учасників у процесі шляхом відмови від позову, укладення мирової угоди тощо. Всі ці дії можуть мати місце лише за згодою всіх учасників товариства, що суттєво ускладнює можливості для особи, що подала позов, вдатися до інтриги та шантажу переслідуючи власні інтереси. Водночас стара редакція ч.5 статті 28 ГПК України є непотрібною, бо «здійснення повноважень сторони відособленим підрозділом» це насправді робить керівник підрозділу на підставі довіреності (тобто він є представником за довіреністю на загальних підставах).

Метою положень, що запропоновані для внесення змін до статей 56, 57, 59, 63, 64, 87, 95, 111-1 ГПК України є забезпечення належної інформованості всіх учасників товариства щодо всіх подробиць процесу, для уникнення ситуації подання похідного позову з метою програти справу і тим самим унеможливити притягнення винних осіб до відповідальності.

Проектом **2011** запровадження похідного позову не передбачено.

### **13. Недійсність договорів та їх розірвання**

Проектами передбачено вчинення цілої низки правочинів: це і договори, якими сторони беруть на себе обов'язки щодо здійснення повноважень учасників (у проекті 2011-1), і правочини про передання частки у статутному капіталі товариства, і договори про продаж частки третім особам або учасникам, і односторонні правочини – рішення зборів про виключення учасника, заяви учасника про вихід з товариства тощо. Невідповідність таких правочинів закону означає, що вони заборонені законом, а тому має тягти їх нікчемність. Втім, від встановлення у проекті **2011-1** низки спеціальних норм щодо такої нікчемності розробників утримало усвідомлення існування загальної проблеми у законодавстві України, яку, за усталеною традицією континентального, особливо пандектного права і слід вирішити у загальному порядку.

Підхід до недійсності цивільних правочинів, встановлений наразі, перш за все, у Цивільному кодексі України, не застосовується ані в країнах континентального права, ані в країнах загального права, тобто є небаченим у світі. Так, за ЦК невідповідність правочину закону не тягне автоматично його нікчемності, а натомість є підставою для його оспорення. Такий підхід з точністю «до навпаки» відображає загальноприйнятий усталений підхід: за загальним правилом правочин, що не відповідає законодавству, є нікчемним; оспорюваним є правочин, вказаний у законі (який стосується виключно дефектів волі).

Помилковість існуючого українського небаченого підходу впливає, зокрема, з такого. Будь-яка імперативна норма, яка встановлює обов'язковість певної поведінки, або відносно диспозитивна норма, яка встановлює межі дозволеної поведінки, тим самим імперативно забороняє іншу поведінку, крім обов'язкової, або імперативно забороняє поведінку, що виходить за межі дозволеної. Вчинення правочину, який не відповідає законодавству, означає здійснення особою незаконних дій, спрямованих на заборонене (зокрема, у заборонений спосіб) набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Дієвість законодавчої заборони за загальним правилом не може залежати від волі особи, і в будь-якому разі не може залежати від волі недобросовісної особи. Держава (зокрема, в особі суду) не може забезпечувати примусове виконання правочину, який державою же і заборонений. Звідси

впливає необхідність загального правила про нікчемність правочину, який не відповідає законодавству.

Недотримання цієї перевіреної часом і світовим досвідом максими призводить до вкрай негативних практичних наслідків. Наприклад, наразі договір двох осіб про продаж одне одному майна (зокрема, частки у статутному капіталі) третьої особи, не дивлячись на його очевидну протизаконність, є тим не менше дійсним, якщо він не був визнаний судом недійсним за позовом однієї із сторін.

Тому, з одного боку, суди змушені виносити завідомо несправедливі рішення, якщо вимоги позивача базуються на незаконному правочині, але відповідач власного позову про визнання правочину недійсним не пред'являє з будь-яких причин (їх може бути безліч, зокрема, і дуже поважних). З іншого боку, допущення у ЦК позовів про визнання недійсними не тільки оспорюваних правочинів, а й нікчемних, надає можливість недобросовісним боржникам створювати штучні перешкоди у своєчасному винесенні рішень шляхом звернення з надуманими позовами про недійсність до інших судів. Це, зокрема, сприяє і перевантаженню судової системи, яка змушена розглядати зайві справи, ініційовані недобросовісними боржниками.

Невдалим є визначення правочину, який порушує публічний порядок, що міститься наразі у ч.1 ст.228 ЦК. По-перше, ця частина включає і ті правочини, які не можуть вважатись нікчемними, наприклад, договір з власником про знищення його майна (договір з власником про знесення його будинку, утилізацію автомобіля тощо). По-друге, невдалий спосіб формулювання викликає уявлення, ніби ч.1 ст.228 ЦК містить вичерпний перелік правочинів, що порушують публічний порядок, хоча він явно не охоплює всіх таких правочинів. Слід зазначити, що у всіх правопорядках як континентального, так і загального права визнається нікчемність правочину, який не відповідає законодавству або суперечить моральним засадам суспільства (у країнах загального права – також прецедентному праву та «public policy» - засадам державної чи публічної політики). Водночас, ніде не робиться спроб дати «розшифровку» моральних засад суспільства або невідповідності таким засадам. Це не випадково: саме відсутність подібних розшифровок надає закону гнучкості, дозволяє змінювати правозастосування, якщо суспільне уявлення про моральні засади суспільства з часом змінилися. Прикладів у західній традиції багато. Так, у Німеччині свого часу вважався нікчемним договір оренди помешкання для надання у ньому сексуальних послуг, а наразі такий договір вважається дійсним; в Англії свого часу вважалося дійсним парі щодо того, чиї батьки проживуть довше, а зараз вони вважаються такими, що суперечать моральним засадам суспільства (Цвайгерт К, Кетц Х. Введение в сравнительное правовоедение в сфере частного права. Том II. М. – 2000. – С.82). Тому, проектом **2011-1** пропонується у ч.1 ст.228 ЦК встановити, що правочин вважається

таким, що порушує публічний порядок, якщо він не відповідає законодавству або суперечить моральним засадам суспільства. У ч.3 ст.228 ЦК йдеться про правочин, що не відповідає інтересам держави і суспільства. Водночас такий правочин вочевидь є таким, що суперечить моральним засадам суспільства. Крім того, у цій частині передбачена публічно-правова санкція за вчинення такого правочину, що не відповідає предмету регулювання ЦК. До того ж норма дублює ч.1 ст.208 Господарського кодексу, що є самостійною підставою для виключення ч.3 ст.228 ЦК. Відповідні зміни пропонуються і до ч.1 ст.203 ЦК.

Для уникнення конфлікту між нормами ЦК та ст.207 «Недійсність господарського зобов'язання» Господарського кодексу України, проектом **2011-1** пропонується виключити статтю 207 ГК України (наразі ця стаття не застосовується, оскільки вона «не містить особливостей регулювання господарських відносин, а містить загальні правила про недійсність господарських зобов'язань, які суперечать ЦК України як за термінологією, так і за змістом»<sup>1</sup>). З тих же міркувань пропонується виключити ч.2 статті 208 ГК України. До ч.1 ст.208 пропонуються зміни з урахуванням усталеної судової практики, підтриманої Верховним Судом України (якщо уповноважений державний орган вважає, що господарський договір є нікчемним як такий, що укладений з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то він звертається до суду не з позовом про визнання договору недійсним, а з позовом про стягнення коштів на підставі ст.208 ГК, мотивуючи позов нікчемністю договору).

Чинна редакція ч.4 ст.653 ЦК не дозволяє повернення того, що було виконане сторонами за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору. Це спричиняє значні труднощі у правозастосуванні і викликає справедливі нарікання з боку практикуючих юристів, зокрема суддів (див.: Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України /Під редакцією Яреми А. Г., Ротаня В. Г. - К.: Реферат, 2005, С. 165). Водночас, скоріш за все, малося на увазі встановити правило щодо так званих «триваючих договорів», які передбачають здійснення сторонами час від часу зустрічного виконання (наприклад, періодичні поставки товарів, оренда). За цим правилом не підлягає поверненню лише те, за що вже було одержано зустрічне виконання до моменту зміни або розірвання договору (тобто якщо зобов'язання в цій частині припинено виконанням). Водночас, не слід намагатися прописати це у ч.4 ст.653 ЦК, бо розірвання договору на майбутнє не може вплинути на зобов'язання в частині, що вже припинене виконанням в минулому. Тому ч.4 ст.653 ЦК проектом **2011-1** пропонується виключити.

Проектом **2011** внесення подібних змін не передбачено.

---

<sup>1</sup> п.21 Інформаційного листа Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. N 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України».

#### 14. Приватні підприємства та подібні дефектні форми

Запроваджена біля 20 років тому організаційна форма приватного підприємства, закріплена наразі у ст.113 ГК України, певний час користувалася попитом серед представників малого бізнесу. Однак, такі переваги конструкції приватного підприємства, як відсутність вимог щодо мінімального розміру статутного капіталу<sup>2</sup> та обмежена відповідальність засновника, які на початку викликали ентузіазм підприємців, виявилися не в змозі компенсувати такі недоліки, як відсутність чіткого правового режиму майна приватного підприємства, незрозумілий обсяг прав засновника - учасника, відсутність чіткої межі між майном засновника та майном приватного підприємства. Невизначеність правового режиму майна приватного підприємства і, відповідно, легкість його вилучення, забезпечили погану репутацію приватного підприємства як партнера по комерційних операціях. Положення ГК також не містять відповідей на питання, пов'язані з управлінням приватним підприємством із кількома учасниками та комплексом відчужуваних прав при продажу «приватного підприємства» як бізнесу.

Додаткові складнощі виникають у разі, коли засновником приватного підприємства є одружена фізична особа. Окрім і без того складного питання про наявність чи відсутність права власності засновника на майно приватного підприємства, виникає додаткове питання про наявність чи відсутність права чоловіка чи дружини засновника на це ж майно, тобто чи є таке майно об'єктом права спільної сумісної власності подружжя.

Про складність цього питання свідчить, зокрема, той факт, що навіть рішення Конституційного Суду України від 19.09.2012 № 17-рп/2012<sup>3</sup>, в якому воно розглядається, у п.2.2 містить судження, що *«Вклад до статутного капіталу та виділене із спільної сумісної власності подружжя майно (кошти) передаються у власність приватного підприємства»*, а п.1 резолютивної частини містить висновок: *«... майно приватного підприємства є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя»*. Отож навіть Конституційному Суду України не вдалося уникнути суперечливості при вирішенні цього питання.

Звичайно, збереження засновником права власності на те саме майно, яке він передав у власність створеній ним юридичній особі, не тільки являє собою нечуваний у світі феномен (однаковий, до того ж найбільш повний, обсяг прав на майно не може одночасно належати різним особам), а й призводить до вкрай небажаних наслідків. Головним із них є неприпустиме зниження

<sup>2</sup> Наразі вимоги щодо мінімального розміру статутного капіталу скасовані для більшості підприємств, у тому числі для товариств з обмеженою відповідальністю.

<sup>3</sup> Рішення Конституційного Суду України від 19.09.2012 № 17-рп/2012 у справі за конституційним зверненням приватного підприємства "ІКІО" щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України (справа № 1-8/2012).

оборотоздатності майна, адже незрозуміло, хто саме може майном розпоряджатися – засновник чи підприємство, що заважає укладенню договорів щодо такого майна, бо контрагент ніколи не може бути впевненим у дійсності договору. Навіть укладення договору одного і того ж змісту «про всяк випадок» і з підприємством, і з засновником такої впевненості не дає: по-перше, може виявитись, що засновник має чоловіка (дружину), та приховав це під час укладення договору; по-друге, може виявитись, що засновник вже продав все майно підприємства комусь іншому, але до Єдиного державного реєстру юридичних та фізичних осіб – підприємців не було внесено відомості про зміну засновника. Перевірити наявність цих обставин під час укладення договору контрагент не може. Це призводить, з одного боку, до наявності сприятливих умов для зловживань, а з іншого – заважає використовувати приватному підприємству майно для здійснення господарської діяльності, бо не кожному потенційному контрагенту достане сміливості (чи безрозсудства) вступати у відносини з таким непрозорим і непередбачуваним суб'єктом, як приватне підприємство.

Зокрема, зазначене має вкрай негативний вплив на кредитування, яке стає надто ризикованою справою. Банки несуть збитки із-за неможливості звернути стягнення на заставлене майно приватного підприємства. При цьому навіть державна реєстрація прав на нерухоме майно, передане в іпотеку, проблеми не вирішує – на відомості з державного реєстру неможливо покластися, бо поряд із зареєстрованим власником нерухомого майна – приватним підприємством, зненацька з'являється ще й засновник (можливо, навіть не зареєстрований в іншому реєстрі - Єдиному державному реєстрі юридичних та фізичних осіб – підприємців), а на додаток ще й його подружжя.

Отже чинне регулювання відносин, пов'язаних з приватними підприємствами, слід визнати катастрофічним. Втім, з точки зору законодавця значно важливішим є не питання про те, як є сьогодні, а питання про те, як має бути завтра. Чому, власне, мають наступати різні правові наслідки передання майна у якості внеску до статутного капіталу юридичної особи? Чому при переданні засновником майна, скажімо, товариству з обмеженою відповідальністю, товариство набуває право власності і засновник його втрачає, а при переданні майна приватному підприємству воно також набуває право власності (як це зазначено у згаданому рішенні КСУ), але засновник теж зберігає право власності на це ж майно? Чи варто зберігати такий нечуваний у світі підхід? Вочевидь відповідь на це питання має бути негативна.

Якщо ж виходити з того, що при переданні засновником майна у власність приватного підприємства засновник має втрачати право власності на це майно, то зникають відмінності між приватним підприємством і товариством з обмеженою відповідальністю. Дійсно, в обох випадках засновник не несе відповідальності за зобов'язаннями юридичної особи, зокрема і додаткової (як

у випадку товариств з додатковою відповідальністю), не випускає акції (як у випадку з акціонерними товариствами) тощо. Втім, відмінність все ж залишається: на відміну від товариств з обмеженою відповідальністю внутрішній устрій приватного підприємства є непрозорим, а будь-яке регулювання відсутнє.

Викладене свідчить про необхідність відмовитись від такої організаційної форми юридичної особи, як приватне підприємство. Всі завдання, які воно може вирішити, значно краще вирішуються за допомогою форми господарського товариства, перш за все – товариства з обмеженою відповідальністю, при цьому проблеми, описані вище, не виникають. Так, у п.28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 № 11<sup>4</sup> зазначено: *«власником майна, переданого йому засновниками і учасниками, є саме товариство. Вклад до статутного фонду господарського товариства не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя»*. Отож засновник, що передає створеному ним господарському товариству майно у власність, втрачає право власності на це майно; натомість він набуває майнові і немайнові корпоративні права - право на частку у статутному капіталі (у випадку одного засновника – стовідсоткову частку).

Всі вищенаведені аргументи стосуються і таких організаційних форм юридичної особи, як підприємства з іноземними інвестиціями (ст.116 ГК) та «іноземні» підприємства (ст.116 ГК). Вони не користуються попитом в учасників економічних відносин, які не сприймають таких «суб'єктів господарювання» без встановленої законом системи органів із визначенням їх компетенції, прав та обов'язків учасників, їх механізмів вирішення спорів між учасниками тощо. Конструкції «підприємства з іноземними інвестиціями» та «іноземного підприємства» не знайшли розуміння і підтримки, в першу чергу, у іноземних інвесторів, які не сприймають їх в якості самостійних організаційно-правових форм. За відсутності будь-якого регулювання ці суб'єкти є непрозорими і незрозумілими для потенційних контрагентів. Як і у випадку приватного підприємства, всі завдання, які вони можуть вирішити, значно краще вирішуються за допомогою форми господарського товариства, перш за все – товариства з обмеженою відповідальністю.

До того ж термін «іноземне підприємство» є невдалим, оскільки в більшості країн застосовується саме у значенні іноземної юридичної особи (нерезидента), і таким чином вводить в оману підприємців (саме у такому в самому ГК застосовується термін «іноземні юридичні особи» - див., наприклад, ч.2 ст.129 ГК та багато інших; термін «іноземні банки» - ч.1 ст.334). Слід також

<sup>4</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя».



зазначити, що поняття «підприємство з іноземними інвестиціями» застосовується Законом України «Про режим іноземного інвестування» не як окрема організаційно-правова форма, а як *«підприємство (організація) будь-якої організаційно-правової форми, іноземна інвестиція в статутному капіталі якого, за його наявності, становить не менше 10 відсотків»* (п.3 ст.1), при цьому *«На території України підприємства з іноземними інвестиціями створюються і діють у формах, передбачених законодавством України»* (ст.16). Отож є необхідність зняти суперечність між ГК, який визначає підприємство з іноземними інвестиціями як окрему організаційну форму, і зазначеним Законом.

Тож від таких дефектних організаційних форм юридичної особи, як підприємства з іноземними інвестиціями та іноземні підприємства теж слід відмовитись.

Виходячи з викладеного, перш за все проектом **2011-1** пропонується виключити статті 113, 116, 117 глави 11 ГК, які допускають можливість створення приватних підприємств, підприємств з іноземними інвестиціями та «іноземних» підприємств як окремих організаційних форм підприємств.

Стаття 114 ГК України «Фермерське господарство» насправді не містить регулювання. Так, ч.1 містить парафраз ч.1 ст.1 Закону України «Про фермерське господарство», ч.2 майже дослівно цитує друге речення ч.1 ст.3 зазначеного Закону, а ч.3 фактично відсилає до Закону України «Про фермерське господарство». Відомо, що дублювання, особливо не дослівне, є шкідливим, бо створює підґрунтя для колізій. Слід також взяти до уваги, що зазначений Закон був прийнятий раніше за ГК, тобто і діяв, і буде діяти незалежно від того, чи буде фермерське господарство згадане у ГК, чи ні. Відтак виходячи з вимог юридичної техніки цю статтю з глави 11 слід виключити як шкідливу.

Тому пропонується виключити всю главу 11 ГК.

У зв'язку з виключенням статей 116 та 117 ГК необхідно виключити також частину другу статті 63 ГК, внести зміни до частини першої статті 392 ГК та виключити статтю 396 ГК.

Водночас термін «приватне підприємство» видається доцільним зберегти у тому розумінні, в якому він вживається у ч.1 ст.63 – тобто не як організаційну форму підприємства, а як один з видів підприємств за ознакою форми власності. Саме у такому значенні цей термін зазвичай використовується у законодавстві. Зокрема, поняття «приватне підприємство» у такому значенні охоплює і фермерське господарство (яке у ст.63 взагалі не згадується). Тому, пропонується у частині першій статті 63 ГК уточнити, що в ній йдеться про

підприємства, які можуть бути створені у передбачених законом організаційних формах.

У п.п. 2 - 5 прикінцевих положень проекту **2011-1** передбачений безболісний перехід до нового регулювання підприємств, зареєстрованих як приватне підприємство, підприємство з іноземними інвестиціями, іноземне підприємство. Так, проектом **2011-1** передбачено, що будь-яке переоформлення документів у зв'язку із зміною їх найменувань, внесення змін до статутів здійснюється безоплатно. Законодавство про товариства з обмеженою відповідальністю застосовуватиметься до таких підприємств автоматично, вчинення будь-яких дій з боку цих підприємств не вимагається. Це означає, що протягом значного часу допускається діяльність цих підприємств із старими найменуваннями. Тим не менше ця обставина не створить незручностей для державних органів чи третіх осіб, бо всім буде відомо: якщо підприємства мають найменування «приватне підприємство "X"», «підприємство з іноземними інвестиціями "Y"», іноземне підприємство "Z"», то ці підприємства є відповідно товариством з обмеженою відповідальністю "X", товариством з обмеженою відповідальністю "Y", товариством з обмеженою відповідальністю "Z".

Водночас, проектом **2011-1** передбачено, що такі підприємства не зможуть внести зміни до своїх статутів доти, доки вони не зазначать у своєму найменуванні, що вони є товариствами з обмеженою відповідальністю. Таким чином, проект не вимагає від підприємств змінити найменування протягом певного часу, тобто спеціально цим займатися. Але ж в кожного підприємства рано чи пізно виникає потреба у внесенні змін до статуту, і коли така потреба виникне, підприємство обов'язково заразом приведе своє найменування і статут у відповідність до законодавства. До того моменту статут діятиме лише у частині, що не суперечить законодавству. Видається, що такий підхід не буде обтяжливим ні для підприємств, ні для їх контрагентів.

Проектом **2011** внесення подібних змін не передбачено.