

Н. В. Майка, кандидат юридичних наук,
викладач кафедри цивільного права та процесу
Тернопільського національного економічного
університету

А. Б. Майка, адвокат

ПІДВОДНІ ТЕЧІЇ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ТА ДОДАТКОВОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ»

Статтю присвячено аналізу положень Закону України «Про товариства з обмеженою відповідальністю та додатковою відповідальністю» з погляду запобігання рейдерству. Розглянуто визначення поняття «рейдерство», зроблено узагальнення норм законодавства.

Ключові слова: рейдерство, виключення учасника з ТОВ, корпоративний договір, значний правочин.

N. V. Maika, A. B. Maika. Frozen floorsthe law of Ukraine “About companies with limited and additional responsibility”

The article is devoted to the analysis of the provisionsthe law of Ukraine “About companies with limited and additional responsibility” in terms of preventing raider attacks. The article analyzes foundationsof legal acts and the state of scientific development of providing raider attacks.

Today, the processes of raider hobbies become more conscious, organized and massive, due to factors such as: the absence of a special law on raiding, imperfection corporate law, the instability of the political situation, and others factors.

The main problem in current legislation is absence definition of “raider”. Although this definition is used by society, legal circles, state institutions. That’s why, at first important step is introduced legal definition at the legislative level.

Actually, the term “raider” was introduced in the period when Britain was considered “the ruler of the seas”. In the modern sense, the riders are specialists in capturing someone else's property through a special-drawn business conflict.

The adopted Law became one of the most significant events in the history of legal reform of corporate law of Ukraine. The Law introduced many positive innovations, as well as existing negative provisions in terms of preventing raider attacks.

Were analyzed: 1) possibility to exclude a participant from LLC via delaying the deposit or part of it, in the case of death, the announcement absent or dead a participant by a court; 2) the possibility of limiting the charter of LLC changes the parity of participants; 3) list of issues that are solved unanimously by all participants of the LLC; institute of significant transaction; 4) the mechanism for monitoring the activities of the executive body of LLC; 5) cases are specified of bringing to officials responsibility.

The unconditional advantage of the new Law is the detailing regarding the procedurer to conclude a corporate agreement. Corporate agreements may also be subject to abuse, with the fact that the corporate agreement is confidential. In fact, corporate agreement becomes the second constituent document of LLC, which is allowed to include provisions that contradict the statute.

Key words: raiding, exclusion of a participant from LLC, corporate agreement, significant transaction.

Постановка проблеми. Сьогодні проблема рейдерських захоплень в Україні надзвичайно актуальна. Статистика останніх років говорить про те, що випадки рейдерських захоплень почастишали. На практиці рейдерські захоплення є наслідком нестабільної політичної ситуа-

ції, що склалася в нашій країні, у зв'язку з порушенням територіальної цілісності держави з боку агресора.

Тому головним питанням корпоративних учасників сьогодні є, як захистити свій бізнес та активи від незаконного захоплення.

Прийняття Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – Закон) стало однією з найбільш вагомих подій в історії правового реформування корпоративного права України, адже Закон уперше забезпечив лібералізацію корпоративного управління, гнучкість ведення підприємницької діяльності, захист бізнесу від рейдерства. Одним із найгостріших питань сьогодні є захист бізнесу від рейдерських атак, які можуть проявитися в багатьох сферах і найрізноманітніших формах. Практикам важливо чітко розуміти, які саме важелі для захисту бізнесу надає новий Закон і на які способи захисту варто звернути особливу увагу.

Тому нині назріла потреба аналізу цього Закону та виділення основних норм, що захищають підприємницьку діяльність від незаконного посягання на чужу власність.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Цією проблематикою через її актуальність, що зростає, займається багато вітчизняних і зарубіжних науковців. Серед них, можна згадати таких як Ю.А. Берлач, В.С. Варналій, Т.І. Сабецька, О.А. Мельниченко, Т.І. Хатнюк, А.О. Єфіменко.

Мета статті – аналіз позитивних і негативних положень Закону в механізмі захисту від рейдерства.

Виклад основного матеріалу. Передумовами зародження рейдерства в Україні став перехід до ринкових відносин і супровідний йому процес активного перерозподілу власності. Сьогодні процеси рейдерських захоплень стають більш свідомими, організованими та масовими, що пояснюється такими чинниками, як: 1) недосконалість і неоднозначність тлумачення чинного корпоративного законодавства, а також відсутність спеціального закону про рейдерство, що дає можливість рейдерам уникати відповідальності за вчинені протиправні дії; 2) нестабільність політичної ситуації; 3) недосконалість вітчизняної судової системи, висока корумпованість органів державної виконавчої й судової влади, а також залучення до рейдерства правоохоронних органів або ж їхня бездіяльність; 4) перерозподіл власності між фінансово-промисловими групами; 5) недоліки корпоративного управління, низький рівень корпоративної культури на підприємстві, надто складна структура компанії, помилки в оформленні засновницьких документів і прав власності на активи, порушення прав акціонерів і невиплата дивідендів, непрозора діяльність підприємства; 6) імпорт негативного зарубіжного досвіду щодо реалізації рейдерських технологій, а також формування рейдерських команд і капіталів [2, с. 343].

Законодавство України не містить визначення терміна «рейдерство», хоча саме поняття досить широко використовується в суспільстві, у правових колах, в тому числі й державними інституціями.

Власне, термін «рейдерство» введений у період, коли Велика Британія вважалася «володаркою морів». У той час рейдерами називали воєнні кораблі, які поодинокі здійснювали рейди (раптові напади, нальоти) з потоплення торгових суден супротивників, а отже, «рейдер» перекладається з англійської як «загарбник». У сучасному розумінні рейдери – це спеціалісти із захоплення чужої власності за допомогою спеціально розіграного бізнес-конфлікту. У англо-американській правовій системі під рейдерством розуміють «ситуацію, в якій одна компанія намагається заволодіти іншою компанією без схвалення цього дирекцією компанії-мети, тобто відбувається поглинання компанії проти волі її керівництва й ради директорів» [3, с. 6].

В Україні та інших країнах СНД рейдерством називають кримінальні схеми із захоплення активів підприємств за участю бандитів і корумпованих урядовців [4, с. 176].

Сучасні науковці в ході дослідження цього питання також сформулювали багато визначень і характеристик поняття «рейдерство». Так, на думку Ю.А. Берлача, рейдерство варто розуміти як процес захоплення фірми у власність проти волі її власників/власника, що здійснюється шляхом реалізації різних протиправних дій з боку захоплювача з метою швидкого перепродажу об'єкта рейдерського нападу чи подальшого управління ним [5, с. 62]. З.С. Варналій та І.І. Мазур зазначають, що рейдерство – це недружнє поза межами дії цивільного законодавства, спрямоване проти волі власника захоплення чужого майна на користь іншої особи, встановлення над майном повного контролю нового власника в юридичному й фізичному розумінні з використанням корумпованості чиновників і (або) із застосуванням сили [6, с. 130]. На думку О.А. Мельниченко й В.І. Пушкарьової, «рейдерство – це умисна діяльність команди професіоналів, яка використовує корумпованість в органах державної влади та корпоративні конфлікти для отримання «законного» контролю над ліквідними активами чужих компаній як джерела власних надприбутків чи інших вигід» [7, с. 107]. Заслужує на увагу й визначення А.О. Єфименка, який стверджує, що рейдерство – «це вилучення майна на формально законних підставах, основу яких становить злочин, зловживання правом або прогалини в законі чи системні недоліки функціонування державних інститутів (судової та правоохоронної систем, системи реєстрації юридичних осіб)» [8, с. 118].

Уважаємо, що відсутність визначення терміна «рейдерство» в чинному законодавстві є його прогалиною, хоча саме поняття досить широко використовується в суспільстві, у правових колах, у тому числі й державними інституціями. А так створює чудову атмосферу вилучення майна на формально законних підставах, основу яких становить злочинні дії. Тому передусім правовою необхідністю є закріплення визначення цього поняття на законодавчому рівні.

Прийнятий Закон запровадив багато як позитивних нововведень, так і негативних. Перейдемо до аналізу положень цього Закону.

Перше, що ми розглянемо, положення про виключення учасника товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ).

Закон істотно змінив можливість виключення учасника з ТОВ. Запроваджено тільки два випадки виключення учасника: 1) якщо учасник прострочив унесення вкладу чи його частини (абз. 1 ч. 2 ст. 15); 2) у разі смерті, оголошення судом безвісно відсутнім або померлим учасника – фізичної особи – чи припинення учасника – юридичної особи, частка якого в статутному капіталі товариства становить менше ніж 50 відсотків і якщо протягом року з дня закінчення строку для прийняття спадщини, встановленого законодавством, спадкоємці (правонаступники) такого учасника не подали заяву про вступ до товариства відповідно до закону (ч. 2 ст. 23).

У першому випадку негативним аспектом норми ст. 15 Закону є надана можливість несумлінному учаснику всупереч волі ТОВ залишитися в його складі. Як приклад можна навести внесення учасником протягом визначеного терміну в статуті тільки частини належного з нього вкладу. Оскільки вважається, що учасник прострочив унесення частини вкладу, виконавчий орган має надіслати йому письмове попередження про прострочення. Попередження має містити інформацію про невнесену своєчасно частину вкладу та додатковий строк, наданий для погашення заборгованості. Додатковий строк, наданий для погашення заборгованості, встановлюється виконавчим органом чи статутом, але не може перевищувати 30 днів. До закінчення строку, визначеного в попередженні, цей учасник, відповідно до ч. 3 ст. 21 Закону, може відчужити частину своєї частки, в якій вона є оплаченою, іншим особам (набувачу). Щоб частина частки потрапила до особи без застосування норми про переважне право, таке

відчуження може бути здійснене шляхом укладення договору міни чи договору дарування. Після того, як ТОВ прийме рішення про виключення цього учасника, який не вніс вклад для погашення заборгованості протягом наданого додаткового строку (п. 1 ч. 2 ст. 15), він може наступного дня знову набути статусу учасника, для цього набувач подарує або іншим способом відчужить йому раніше отриману від нього частину частки.

Ми вважаємо, що ця норма є прогалиною у правовому регулюванні корпоративних відносин, а так можливістю рейдерів на законних підставах захопити частку в статутному капіталі.

У другому випадку ми вважаємо, що це є перевагою Закону. Раніше смерть одного з учасників, якому належало більше ніж 50% акцій, могла призупинити господарську діяльність, якщо виявлялося, що не було жодного спадкоємця. Ці нововведення полегшують життя ТОВ у тому випадку, коли один із учасників помирає. Якщо спадкоємець не вступив у права протягом року, його виключають із учасників, і товариство продовжує підприємницьку діяльність. Таке рішення приймається без урахування голосів учасника, який виключається.

Наступне положення Закону, що викликає інтерес, є можливість обмеження статутом ТОВ зміни співвідношення часток учасників.

Частина 3 ст. 12 Закону передбачає, що статутом ТОВ можуть бути передбачені обмеження щодо зміни співвідношення часток учасників. Відповідні положення можуть бути внесені до статуту, змінені або виключені з нього одноставним рішенням загальних зборів учасників, у яких узяли участь усі учасники товариства. Ця новація Закону надає гарантії відвернення протизаконної зміни часток учасників.

Іншим позитивним нововведенням Закону є сформований вичерпний перелік питань, які вирішуються одностайно всіма учасниками ТОВ, а саме: про перерозподіл часток між учасниками; про створення інших органів, визначення порядку їхньої діяльності; про прийняття рішення про придбання ТОВ частки учасника чи її частини.

Важливим положенням Закону є запровадження інституту значного правочину. Статутом товариства може бути передбачено особливий порядок надання згоди уповноваженими на те органами ТОВ на вчинення певних правочинів залежно від вартості предмета правочину чи інших критеріїв (значні правочини). Рішення про надання згоди на вчинення правочину, якщо вартість майна, робіт або послуг, що є предметом такого правочину, перевищує 50% вартості чистих активів станом на кінець попереднього кварталу, приймаються виключно загальними зборами учасників.

Законом удосконалено механізм контролю за діяльністю виконавчого органу ТОВ і конкретизовано випадки притягнення до відповідальності посадових осіб. Зокрема, передбачена відповідальність у таких випадках: посадові особи, винні в уведенні в оману учасників щодо фінансового стану, зокрема, шляхом подання (включення) недостовірної інформації до документів ТОВ, що призвело до здійснення неправомірних виплат, несуть разом із учасниками солідарну відповідальність за зобов'язанням щодо повернення виплат (ч. 5 ст. 26); члени виконавчого органу солідарно несуть субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями ТОВ у разі порушення обов'язку щодо скликання загальних зборів учасників протягом 60 днів з моменту зниження вартості чистих активів товариства більше як на 50% порівняно із цим показником станом на кінець попереднього року та визнання ТОВ банкрутом до закінчення трирічного строку з дня зниження вартості чистих активів (ч. 4 ст. 31); члени наглядової ради товариства та члени виконавчого органу несуть відповідальність перед ТОВ за збитки, заподіяні товариству їхніми винними діями або бездіяльністю (ч. 2 ст. 40); посадові особи товариства, винні в порушенні порядку вчинення значних правочинів (ч. 5 ст. 44) або правочинів із заінтересованістю (ч. 4 ст. 45), солідарно відповідають за збитки, завдані ТОВ.

Згідно з ч. 7 ст. 24 Закону, ТОВ зобов'язане протягом одного року з дня, коли воно дізналося чи мало дізнатися про вихід учасника, виплатити такому колишньому учасникові вартість його частки. Цією самою нормою передбачено, що статутом товариства, який діє на момент виходу учасника, може встановлюватися інший строк для здійснення такої виплати. Передбачивши право ТОВ установити в статуті «інший строк», законодавець так дозволяє регламентувати в установчому документі більш тривалий строк для розрахунків із колишнім учасником. Керуючись принципом «дозволено все, що не заборонено законом», ТОВ може передбачити в статуті строк для розрахунків, наприклад, 50 років. У такому разі вихід учасників не спричинятиме для нього жодних майнових наслідків, що надає рейдерам можливість виключити учасника й не оплачувати йому вартість частки.

Безумовною перевагою нового Закону є деталізація порядку укладення корпоративного договору. Однак корпоративні договори можуть також стати предметом зловживань, притому що корпоративний договір є конфіденційним. Корпоративний договір, який укладається між усіма або декількома учасниками ТОВ щодо реалізації прав та обов'язків учасників, фактично може встановити інший порядок здійснення прав учасників, управління, порядок його діяльності, ніж той, що передбачений законом чи статутом ТОВ. Причому такий договір фактично стає другим установчим документом ТОВ, до якого дозволено включати положення, що суперечать статуту. Унаслідок наявності таких двох установчих документів ТОВ може утворитися два різні правові режими діяльності його учасників і навіть дві системи управління: одна – за статутом, інша – за корпоративним договором.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Відсутність законодавчого визначення поняття «рейдерство» в чинному законодавстві є його прогалиною, так як сприяє можливості вилучення майна на формально законних підставах, основу яких становить злочинні дії. Тому передусім правовою необхідністю є закріплення визначення цього поняття на законодавчому рівні. Стосовно питання запобігання рейдерству прийнятий Закон запровадив багато як позитивних нововведень, так і негативних. Однозначно позитивними є виключення учасника в разі його смерті, оголошення судом безвісно відсутнім або померлим, частка якого в статутному капіталі товариства становить менше ніж 50%; обмеження статутом товариства зміни співвідношення часток учасників; сформовано вичерпний перелік питань, які вирішуються одноголосно всіма учасниками ТОВ; особливий порядок надання згоди уповноваженими на те органами ТОВ на вчинення певних правочинів залежно від вартості предмета правочину; вдосконалено механізм контролю за діяльністю виконавчого органу ТОВ і конкретизовано випадки притягнення до відповідальності посадових осіб.

Негативними ж є можливість учасника відчужити свою частку без застосування норми про переважне право шляхом укладення договору міни чи договору дарування; передбачення статутом ТОВ, який діє на момент виходу учасника, інший строк для здійснення виплати частки; надання корпоративному договору статусу другого установчого документа ТОВ, який може включати положення, що суперечать статуту ТОВ.

Список використаних джерел:

1. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06.02.2018 № 2275-VIII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2018. № 13. Ст. 69.
2. Сабецька Т.І. Механізми протидії рейдерству як складова формування стратегії економічної безпеки підприємств. *Економіка та суспільство*. 2001. № 7–8. С. 341–348.
3. Шляхи подолання рейдерства: удосконалення законодавства та посилення реагування правоохоронних органів на протиправні дії його організаторів і виконавців: аналітична довідка. Київ: Міжвідом. наук.-дослід. центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при РНБО, 2008. 127 с.

4. Хатнюк Ю.А. Визначення поняття рейдерства та його характеристика у законодавстві України. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2013. № 4. С. 174–185.
5. Берлач Ю.А. Правове визначення рейдерства. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2009. № 1. С. 60–62.
6. Варналій З.С. Рейдерство в Україні: передумови та шляхи подолання. *Стратегічні пріоритети*. 2010. № 2 (3). С. 129–136.
7. Мельниченко О.А. Протидія рейдерству як складова державної політики щодо економічної безпеки. *Актуальні проблеми державного управління*. 2015. № 1 (47). С. 102–109.
8. Єфименко А.О. Рейдерство або ринок контролю. *Юридичний журнал*. 2008. № 11. С. 116–122.