

# ЮРИДИЧНІ НАУКИ

DOI: <https://doi.org/10.32839/2304-5809/2019-10-74-120>

УДК 347.721

Варава К.І.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

## ДЕЯКІ ПИТАННЯ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ ВИКОРИСТАННЯ МЕХАНІЗМІВ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ МОЖЛИВОСТЕЙ У СИСТЕМУ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

**Анотація.** Сучасна сфера корпоративних правовідносин характеризується великою кількістю корпоративних конфліктів, пов'язаних із недобросовісними діями стосовно господарських товариств та членів їх органів управління. Нерозвиненість сфери захисту корпоративних можливостей компанії, дозволяє використовувати їх всупереч інтересам компанії, на користь директорів чи третіх осіб. У статті досліджено теоретичні аспекти доктринального розуміння концепції корпоративних можливостей. З'ясовано співвідношення понять добросовісність і фідучіарність. Виявлено основні проблеми незахищеності корпоративних можливостей компанії. Проаналізовано чинне законодавство у сфері захисту корпоративних можливостей компанії від недобросовісних дій їх директорів. Систематизовано механізми правового забезпечення захисту корпоративних можливостей з урахуванням міжнародного досвіду.

**Ключові слова:** корпоративні можливості, фідучіарний обов'язок, директор, добросовісність, конфлікт інтересів, захист.

Varava Kateryna

Yaroslav Mudryi National Law University

## SOME ISSUES OF IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL MECHANISMS OF PROTECTION OF CORPORATE OPPORTUNITIES IN THE SYSTEM OF NATIONAL LEGISLATION

**Summary.** The article explores the theoretical aspects of the doctrinal understanding of the concept of corporate opportunities. The correlation of the concepts of good faith and fiduciary is clarified. The main problems of insecurity of corporate capabilities of the company are revealed. The current legislation in the field of protecting corporate capabilities of the company from dishonest actions of directors is analyzed. The mechanisms of legal support for the protection of corporate opportunities are systematized, taking into account international experience. The article makes recommendations for the possible reform of national legislation in the field of corporate governance and introducing rules governing the protection of corporate opportunities. Corporate relations in Ukraine are characterized by a large number of corporate conflicts related to fraudulent actions against companies (companies) and members of their governing bodies (directors). Unfortunately, current Ukrainian legislation does not provide protection for a company's corporate capabilities, which allows it to be used against its interests, for the benefit of directors or third parties. This has negative consequences for the infringing company and its shareholders. It is found that the most pressing issue for Ukrainian companies is the issue of holding company officials accountable. In this context, it seems appropriate to introduce a legal mechanism whereby, when prohibiting the use of corporate opportunities, a director who has violated his fiduciary duty and used a corporate opportunity against the interests of the company shall be deprived of profits derived from the wrongful transaction in favor of the company. Thus, the implementation of the relevant legislation in the national legislation, which ensures the priority of realization of the "opportunity" of the company, taking into account the foreign experience of such approaches, will contribute to the effective protection of the rights of shareholders and investors, will stimulate foreign financial investments and economic development of Ukraine.

**Keywords:** corporate opportunities, fiduciary duty, director, honesty, conflict of interest, protection.

**Постановка проблеми.** Вітчизняне середовище корпоративних правовідносин характеризується значною кількістю корпоративних конфліктів, пов'язаних із недобросовісними діями стосовно господарських товариств (далі – компанії) та членів їх органів управління (далі – директорів). На жаль, сучасне українське законодавство не забезпечує захист корпоративних можливостей компанії, що дозволяє використовувати їх всупереч її інтересам, на користь директорів чи третіх осіб. Це призводить до негативних наслідків для компанії та її акціонерів, права яких порушуються.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання використання корпоративних можливос-

тей директорами компаній наразі є малодослідженими в українській цивілістиці. Науковці у своїх працях торкалися лише окремих складових проблеми захисту корпоративних прав та відповідальності за їх порушення без ґрунтовного аналізу самого феномену корпоративних можливостей.

Так, зокрема, деяким питанням відповідальності виконавчих органів щодо захисту корпоративних прав присвячено праці І.В. Лукач, І.І. Гришиної, Р.А. Майданика, Л.Л. Чантурия, В.В. Щербакова та ін.

Окремо місце в дослідженні корпоративних можливостей посідають питання фідучіарних правовідносин і фідучіарного обов'язку, які до-

сліджувались Р.А. Майдаником, Н.М. Дихтою, О.В. Полтавським, Є. Мічуріним, О. Поротіковою, С. Радченко та іншими вченими.

Аналіз деяких аспектів захисту корпоративних можливостей здійснено у роботах М.К. Корраді, Т. Вульфа, С. Вітні, А.М. Пацеса, Гойман, І. Калаура, С. Серьогіна, А. Смітюха, І.В. Спасибо-Фатеевої, О. Чернокальцевої та ін.

Проте наразі дослідниками не запропоновано переконливої концепції впровадження правового механізму захисту корпоративних можливостей у національне законодавство, що гальмує процес його гармонізації з європейським законодавством з регулювання корпоративних відносин.

**Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми.** Оскільки питання захисту корпоративних можливостей у вітчизняній правовій науці залишається відкритим, нами зроблено спробу, спираючись на міжнародний досвід, розглянути основні доктринальні положення концепції їх захисту та доцільність їх впровадження в національне законодавство.

**Мета статті.** Метою статті є дослідження правової природи явища корпоративних можливостей в аспекті захисту компаній від недобросовісних дій директорів, виявлення й формулювання найбільш суттєвих правових механізмів захисту корпоративних можливостей з урахуванням зарубіжного досвіду, а також встановлення обов'язків директорів утримуватися від використання корпоративних можливостей всупереч інтересам компанії.

**Виклад основного матеріалу.** Відносини у сфері корпоративного управління компаніями, що здійснюється її директорами, ґрунтуються на засадах добросовісності, розумності та діяльності в інтересах товариства.

Становлення добросовісності як правового поняття традиційно пов'язується з римським правом, яке на ранньому етапі розвитку було пройняте суворим формалізмом.

З розвитком економічних відносин виникла необхідність коригування цивільного права, у результаті чого правники почали посилалися на вимоги людяності та совісті, що давало змогу формально правильні вимоги розглядати як такі, що не заслуговують захисту через явну недобросовісність позивача (*bona fides*) [2, с. 151]. У науковій літературі поняття доброї совісті визначається як концептуальна основа довірчого правовідношення (фидуціарного) і результат взаємного визнання контрагентів, уповноважений суб'єкт яких (фидуціарій) наділений фидуціарними, надмірними для досягнення мети повноваженнями на умовах правочинів доброї совісті (*obligationes bonae fidei*) [3, с. 7].

Однією з фундаментальних концепцій, що покладена в основу корпоративного управління, є концепція фидуціарних обов'язків, яка застосовувалася в римському праві (фидуціарний від лат. *fiducia* – довіра). Фидуціарний обов'язок існує там, де одна особа, клієнт або власник покладає особливу надію або висловлює довіру іншій особі, фидуціару, та покладається на нього, тоді як фидуціар діє на власний розсуд з використанням власного досвіду [1].

Сьогодні національне законодавство не оперує поняттям «фидуціарний обов'язок», а вико-

ристовує поняття добросовісності, яке відноситься до категорії оціночних, що унеможлиблює його чітке визначення й спричиняє неясність при вирішенні питання добросовісності дій осіб.

Ці підходи зафіксовані у ч. 1 ст. 40 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» та ч. 1 ст. 63 Закону України «Про акціонерні товариства».

Аналогічні норми директорів закріплені у законодавстві інших країн, яке передбачає дві групи обов'язків: дбайливості (*duty of care*) і лояльності (*duty of loyalty*), що в сукупності називаються фидуціарними обов'язками.

У вітчизняному законодавстві була спроба використання подібного поняття, зокрема у Постанові правління НБУ 2007 р., де зазначалось, що фидуціарний обов'язок – це обов'язок діяти якнайкраще в інтересах іншої особи. Фидуціар зобов'язаний діяти з урахуванням інтересів всіх акціонерів та клієнтів, а не з особистих (приватних) інтересів. Від фидуціара завжди вимагається діяти добросовісно та безпристрасно. Фидуціар має бути чесним і не повинен вести справи в такий спосіб, що надає йому необумовлені вигоди або завдає шкоди інтересам клієнтів або акціонерів.

Фактично національний принцип добросовісності здійснення повноважень виконавчим органом є еквівалентом фидуціарного обов'язку, який вимагає від директорів діяти та приймати рішення виключно в інтересах компанії. Однак на практиці однією з основних проблем виконання фидуціарного обов'язку є те, коли директори використовують у власних інтересах корпоративні можливості, які потенційно можуть бути корисними для їхньої компанії.

Під корпоративними (бізнес) можливостями розуміється змога вигідно робити інвестиції, використовувати інформацію, майно та можливості компанії, яка виникає у директора як фидуціарія та спрямована на задоволення власних інтересів чи інтересів третіх осіб, замість інтересів компанії [5]. Директори мають переваги у першочерговому отриманні інформації, яка потенційно стає корпоративною можливістю, яку вони мають представити своїй компанії. Однак, в обхід фидуціарному обов'язку розкрити можливість для компанії, директори можуть використовувати корпоративні можливості для розвитку власного бізнесу чи бізнесу третіх осіб.

Доктрина корпоративних можливостей є продуктом американської та британської систем права, де велика кількість судових прецедентів із захисту корпоративних можливостей сформувала потребу в законодавчому регулюванні даних відносин. Британський та американський підходи відрізняються в механізмах захисту корпоративних прав. Так, американський підхід передбачає встановлення суб'єкта «права на можливість», яке мають реалізувати компанії, і її акціонери правомірно очікують, що вона скористається цією «можливістю» [6].

Під корпоративними можливостями відповідно § 5.05(b) корпоративного управління ALI (AMERICAN LAW INSTITUTE) розуміється:

1) будь-яка можливість займатися підприємницькою діяльністю, про яку дізнається директор або вищий керівник:

а) у зв'язку з виконанням своїх функцій або за обставин, які повинні розумно їх приводити до

думки, що особа, яка звертається до них з пропозицією, очікує, що вона буде доведена компанії; або

б) завдяки інформації, отриманій у процесі корпоративного управління, або відносин власності, що надає їм підстави обґрунтовано вважати, що у компанії має бути інтерес у здійсненні відповідної діяльності; або

2) будь-яка можливість займатися підприємницькою діяльністю, про яку вищий керівник дізнається й напевно знає, що така діяльність тісно пов'язана з тією, якою компанія займається або розраховує займатися [8].

Проблемним при вирішенні питання про використання корпоративних можливостей є механізм визначення приналежності можливості саме компанії. Для цієї мети суди розробляють критерії визначення приналежності можливості залежно від таких обставин: 1) чи спроможна компанія фінансово скористатися відповідною можливістю; 2) чи відноситься ця можливість до сфери діяльності компанії; 3) який інтерес та очікування компанії в певній можливості; 4) чи використання можливості компанії призведе до невиконання фідучіарного обов'язку директором. Однак єдиної системи критеріїв визначення приналежності «можливості» законодавчо не закріплено [7].

За британським підходом захист корпоративних можливостей вимагає уникнення фактичного або потенційного конфлікту інтересів між інтересами та обов'язками директора. Виходячи зі статусу директора як фідучіарія, британське законодавство не дозволяє йому обходити заборони щодо використання корпоративних можливостей компанії, що обмежує їхній обсяг. Це спрощує процедуру вирішення спорів, коли директор не в змозі використовувати доводи, що компанія не могла або не скористалася б можливістю. Директору не дозволяється ані отримувати прибуток від діяльності, аналогічній тій, якою займається компанія, ані ставити себе в становище, в якому існує конфлікт його інтересів та обов'язків. Зокрема, він не повинен отримувати прибуток від майна, придбаного в результаті його відносин з компанією, директором якої він є.

За наявності конфлікту інтересів компанія «резервує» свою «можливість» для уникнення негативних наслідків конфлікту. Тим самим британський правовий механізм захисту корпоративних можливостей компанії дозволяє запобігти конфлікту інтересів директора та компанії. Це положення закріплене у частинах 1, 2 ст. 175 Закону про компанії 2006 р. (UK Companies Act).

До XX ст. захист корпоративних можливостей був визнаний і закріплений лише в Америці та Британії, однак з розвитком корпоративних відносин потреба у впровадженні подібного правового механізму з'явилась у більшості країн Європи. Так, у Німеччині заборона використання корпоративних можливостей закріплена у § 4.3.1 Кодексу корпоративного управління (GERMAN CORPORATE GOVERNANCE CODE)

[9, с. 9], який приписує членам Правління дотримуватися найкращих інтересів компанії. При прийнятті рішень вони не повинні переслідувати будь-які особисті інтереси, на них поширюється заборона вчинення будь-яких неконкурентних правочинів протягом усього строку дії їх повноважень, що спрямовано на неприпустимість використання ними корпоративних можливостей, призначених для компанії.

Відповідно до Закону про компанії Іспанії директор компанії зобов'язаний не використовувати корпоративних можливостей по відношенню до інвестицій або діяльності, яка зачіпає активи компанії, коли ці інвестиції були відомі учаснику компанії внаслідок його стану, або якщо компанія була зацікавлена в них.

Отже, в цих приписах вбачаються аналогічні до американського підходу захисту корпоративних можливостей.

В Україні законодавство не передбачає ефективного механізму захисту корпоративних можливостей компанії при конфлікті інтересів і обов'язків директорів. Вітчизняна судова практика також демонструє незахищеність корпоративних можливостей і відсутність блокування схильності директорів діяти у власних інтересах, що негативно відбивається на майновому стані українських компаній. Таке становище має бути подолане шляхом внесення змін до українського законодавства. Крім того, відповідно до European Model Company Act, який є альтернативою гармонізації корпоративного права Європейського Союзу, серед положень, що рекомендуються впровадити у національне законодавство для створення єдиного, уніфікованого корпоративного простору в Європі, в секції 9.06 також наголошується на необхідності впровадження захисту корпоративних можливостей компанії. Зокрема, в ньому зазначається, що коли директор знаходиться в ситуації конфлікту інтересів, він не може особисто або від імені третіх осіб використовувати корпоративну можливість без дозволу незацікавлених директорів або загальних зборів [10, с. 215].

Найбільш актуальною для українських компаній є питання притягнення посадових осіб компанії до відповідальності [4]. У цьому контексті слушним видається впровадження правового механізму, за яким при забороні використання корпоративних можливостей, директор, який порушив свій фідучіарний обов'язок і використав корпоративну можливість всупереч інтересам компанії, позбавляється прибутку, отриманого від неправомірного правочину, на користь компанії.

**Висновки і пропозиції.** Запровадження в національне законодавство відповідних норм, якими забезпечується пріоритет реалізації «можливості» компанії, враховуючи іноземний досвід подібних підходів, сприятиме ефективному захисту прав акціонерів та інвесторів, стимулюватиме зовнішні фінансові інвестиції та економічний розвиток України.

## Список літератури:

1. Про схвалення Методичних рекомендацій щодо вдосконалення корпоративного управління в банках України : Постанова Правління Національного банку України від 28.03.2007 р. № 98. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0098500-07> (дата звернення: 16.09.2019).
2. Бакалінська О.О. Концептуальні підходи до визначення змісту поняття добросовісність в західній правовій доктрині. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 4. С. 150–154.

3. Майданик Р.А. Проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. 28 с.
4. Спасибо-Фатеева І., Кібенко О., Борисова В. Корпоративне управління : монографія / за ред. проф. І. Спасибо-Фатеевої. Харків : Право, 2007. 500 с.
5. Marco Claudio Corradi. Corporate Opportunities Doctrines Tested in the Light of the Theory of the Firm – a European (and US) Comparative Perspective. 2016.
6. Terence Woolf. The Venture Capitalist's Corporate Opportunity Problem. 2001. COLUM.BUS.L.REV. 473, 489–496.
7. Simon Witney. Corporate Opportunity Law and the Non-Executive Director. 16 J.CORP.L.STUD. 145, 149. (2016).
8. Alessio M. Paces, Controlling the Corporate Controller's Misbehavior. 11J.CORP.L.STUD. 177, 203–204. (2011).
9. GERMAN CORPORATE GOVERNANCE CODE (amended on 7 February 2017). URL: <https://www.evotec.com/f/5202a774a3be91abb06ee05e30bc050d.pdf/> (дата звернення: 16.09.2019).
10. NORDIC & EUROPEAN COMPANY LAWLSN Research Paper Series/ No. 16-26 / European Model Companies Act (First edition, 2017). URL: <https://ssrn.com/abstract=2929348> (дата звернення: 16.09.2019).

## References:

1. Pro skhvalennia Metodychnykh rekomendatsii shchodo vdoskonalennia korporatyvnoho upravlinnia v bankakh Ukrainy [About approval of Methodological recommendations for improvement of corporate governance in banks of Ukraine] : Postanova Pravlinnia Natsionalnoho banku Ukrainy vid 28.03.2007 r. № 98. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0098500-07> (in Ukrainian)
2. Bakalinska, O.O. (2009). Kontseptualni pidkhody do vyznachennia zmistu poniattia dobrosovisnist v zakhidni pravovii doktryni [Conceptual approaches to defining the content of the concept of good faith in Western legal doctrine]. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*, no 4, pp. 150–154. (in Ukrainian)
3. Maidanyk, R.A. (2003). Problemy rehuliuвання dovirchych vidnosyn u tsyvilnomu pravi [Problems of regulation of trust relations in civil law]. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv. (in Ukrainian)
4. Spasybo-Fatieieva, I., Kibenko, O., & Borysova, V. (2007). Korporatyvne upravlinnia [Corporative management]. I. Spasybo-Fatieieva (Ed.). Kharkiv : Pravo. (in Ukrainian)
5. Marco Claudio Corradi (2016). Corporate Opportunities Doctrines Tested in the Light of the Theory of the Firm – a European (and US) Comparative Perspective.
6. Terence Woolf (2001). The Venture Capitalist's Corporate Opportunity Problem. COLUM.BUS.L.REV, pp. 473, 489–496.
7. Simon Witney (2016). Corporate Opportunity Law and the Non-Executive Director. 16 J.CORP.L.STUD, pp. 145, 149.
8. Alessio M. Paces (2011). Controlling the Corporate Controller's Misbehavior. 11J.CORP.L.STUD, pp. 177, 203–204.
9. GERMAN CORPORATE GOVERNANCE CODE (amended on 7 February 2017) (2017). URL: <https://www.evotec.com/f/5202a774a3be91abb06ee05e30bc050d.pdf/>
10. NORDIC & EUROPEAN COMPANY LAWLSN Research Paper Series/ No. 16-26 / European Model Companies Act (First edition, 2017) (2017). URL: <https://ssrn.com/abstract=2929348>