

Міністерство освіти і науки України  
ДВНЗ «Прикарпатський національний  
університет імені Василя Стефаника»

Навчально-науковий юридичний інститут

Міжнародний журнал  
**ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО**

International Journal  
**LAW & SOCIETY**

**Журнал засновано**  
у 2014 році

**Видається**  
двічі на рік

**Випуск 8**

**Івано-Франківськ - 2018**

**ISSN 2410-4787**

**Свідоцтво**

про державну реєстрацію КВ 20893-10623 Р  
від 21 липня 2014 року

**Головний редактор:**

Васильєва В.А.,  
доктор юридичних наук, професор

**Відповідальний секретар:**

Кобецька Н.Р.,  
кандидат юридичних наук, професор

**М68 Міжнародний журнал «Право і суспільство» [текст]:** за ред. д-ра юрид. наук, проф. Васильєвої В.А. - Випуск 8. – Івано-Франківськ: Фоліант, 2018. - 134 с.

Випуск підготовлено за матеріалами Міжнародної науково-практичної конференції, організованої Лабораторією проблем корпоративного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г.Бурчака НАПрН України спільно з навчально-науковим юридичним інститутом ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника» (м.Івано-Франківськ, 5-6 жовтня 2018 р.) Висвітлюються результати наукових досліджень порівняльно-правової характеристики корпоративного права України та інших європейських країн. Для студентів, слухачів, курсантів юридичних факультетів, науковців, практичних працівників та всіх зацікавлених осіб

**Адреса редакційної колегії:**

76018, м. Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а

Тел.: (0342) 59-61-33

E-mail: lawdept@pu.if.ua

© Навчально-науковий юридичний інститут  
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені  
Василя Стефаника», 2018

© Фоліант, 2018

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

**Jamie Benidickson, Prof,** Директор академії екологічного права МСОП, Професор юридичного факультету університету Оттави (Канада, Оттава)

**Pawel Czubik, Prof, Dr hab,** Член консультативної ради міністерства закордонних справ Республіки Польща, Професор Економічного університету (Польща, Краків)

**William Henry De Soto, Associate Professor (доцент),** Професор факультету політичних наук Техаського університету (США, Техас)

**Andrzej Herbet, Prof, Dr hab,** Заступник декана Факультету права, канонічного права та адміністрації Католицького університету ім. Павла II (Польща, Люблін)

**Monika Jurčová, PhD. doc. JUDr.** професор, завідувач кафедри цивільного та комерційного права Трнавського університету (Словаччина, Трнава)

**Konrad Kohutek, Prof, nadzw, Dr hab,** Завідувач кафедри публічного господарського права Академії А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)

**Jerzy Malec, Prof, Dr hab,** Ректор Краківської Академії імені А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)

**Nilufer Oral, Prof,** Голова академії екологічного права МСОП, Професор юридичного факультету Стамбульського університету (Туреччина, Стамбул)

**Piotr Pinior, Prof, Dr hab,** завідувач кафедри господарського та корпоративного права, заступник декана факультету права та адміністрації Сілезького університету (Польща, Катовіце)

**Přemysl Raban, Prof. JUDr.** професор кафедри комерційного права Університету Західної Богемії (Чехія, Пльзень)

**George Tumanishvili, Prof,** Професор факультету права державного університету Ілії (Грузія, Тбілісі)

**Jan Widacki, Prof, Dr hab,** Декан факультету права, адміністрації і міжнародних відносин, Директор Інституту кримінального права та кримінології, Завідувач кафедри кримінології, криміналістики і наук про поліцію Академії А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)

- Mariusz Załucki, Prof, nadzw, Dr hab**, Голова інституту приватного права Академії А.Ф.Моджевського, завідувач кафедри цивільного права (Польща, Краків)
- Алиев Амир**, проф., д.ю.н., завідувач кафедри ЮНЕСКО по правам людини і інформаційному праву юридичного факультету Бакінського Державного Університету (Азербайджан, Баку)
- Зорин Георгий Алексеевич, проф., д.ю.н.**, професор кафедри кримінального процесу і криміналістики Гродненського державного університету ім. Янки Купали (Білорусь, Гродно)
- Чебуранова Светлана Егоровна, доц., к.ю.н.**, Декан юридичного факультету Гродненського державного університету ім. Янки Купали (Білорусь, Гродно)
- Адамович Сергій Васильович, проф., д.і.н.**, Професор кафедри теорії та історії держави і права Юридичного інституту ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)
- Борисов Вячеслав Іванович, проф., д.ю.н.**, Професор кафедри кримінального права Національного юридичного університету ім.Ярослава Мудрого, акад. НАПрН України, академік-секретар відділу кримінально-правових наук НАПрНУ, член Міжнародної асоціації кримінального права (Україна, Харків)
- Васильсва Валентина Антонівна, проф., д.ю.н.**, Заслужений юрист України, Директор Юридичного інституту, Завідувач кафедри цивільного права ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)
- Кобецька Надія Романівна, проф., д.ю.н.**, Завідувач кафедри трудового, екологічного та аграрного права ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)
- Крупчан Олександр Дмитрович, проф., д.ю.н.**, Заслужений юрист України, академік НАПрН України, Директор НДІ ПП ім. Ф.Г.Бурчака (Україна, Київ)
- Луць Володимир Васильович, проф., д.ю.н.**, академік НАПрН України, Голова спеціалізованої Ради НДІ ПП ім. Ф.Г.Бурчака (Україна, Київ)
- Фріс Павло Львович, проф., д.ю.н.**, Заслужений діяч науки і техніки України, Завідувач кафедри кримінального права Юридичного інституту ПНУ ім. В. Стефаника, член Міжнародної асоціації кримінального права (Україна, Івано-Франківськ)

**Attilio Altieri**

*PhD Student in Commercial and Company Law, University of  
Foggia-Siena (Italy), Lawyer of the Bari Bar/Court (Italy)*

## **EUROPEANISATION VERSUS REGULATORY COMPETITION: THE CASE OF BUSINESS ENTITIES**

### **1. Introduction**

The opposing phenomenon of harmonisation and regulatory competition involved the Business Entities since the European Community foundation, trying to photograph the political, historical and normative reality that accompanied the “European corporate law”.

The aim of this essay is to describe the harmonisation and competition process, starting from the reconstruction of the different legal basis and giving an account of the present direction which seems to emerge into Europe with 27 States.

Preliminary, it's necessary to mark the field of research with a close definition, through the specification at EC level, of the “Business Entities” case in point.

It can read the definition of “Business Entities” into the article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), previously article 48 TEC, compared to which the formulation is remained unaltered.

The article declaims that “Companies or firms” means companies or firms constituted under civil or commercial law, including cooperative societies, and other legal persons governed by public or private law, save for those which are non-profit-making

By the read of the article's test it deduces that the lemma of Business Entities assumes an improper and wide meaning. In fact, it refers to all forms of business with a lucrative purpose, including among them also cooperatives and the business entities with no legal personality, such could be individual business in Italy or the OHG (*Offene Handelsgesellschaft*) in Germany, but provided of an adequate autonomy from their partners, forming, so, an independent allocation centre of legal subjective positions, both substantive also processual [1, p. 50].

Furthermore, companies have to be in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Union. In this way the businesses, such economic subject operating in the internal market, were equalized to

the persons so to ensure also to them the same freedom of establishment and movements, guaranteed by the Rome Treaty to persons and capitals [1, p.52].

The equating of businesses entities to the persons and the subsequent recognition to the first ones of the freedom of establishment is the paradigm on which is developed the whole construction of the European Company Law [2, p. 6-10].

## **2. The present circumstances**

Although the legal basis remained essentially unchanged after the 2012 Action Plan, there were no new Corporate Action Plans (except for the Capital Markets Union Action Plan of 2015 and a specific focus for SMEs) [3, p.5].

It's advisable to explore the possible causes of this process: continuing difficulty of obtaining the political consensus needed, due to growing influence of liberal doctrines and the progressive enlargement of the Union to other countries with different legal and historical traditions; a brake on the process of harmonisation was put by the introduction of the principles of subsidiarity and proportionality with the 1992 Maastricht Treaty (now article 5 TEU); the increased tendency towards regulatory competition, whose emergence was born under uniform rules of private international law, in favour of the law of incorporation, and freedom of choice of the law of incorporation as a corollary of freedom of establishment (a palpable example is provided by the case law of the Court of Justice with Centros [4] and Uberseeing [5]) [3, p.9; 6, p.10].

After the crisis of the Welfare State, a series of liberal doctrines came into being, echoing Adam Smith's theories, they considered it appropriate to entrust market regulation to the operators themselves.

With the economic crisis, all this has inevitably led to a rethinking of the full freedom of the self-regulatory market [6, p.12].

Moreover, the progressive enlargement of the Union to other countries with different legal and historical traditions has led to complexity of the legal landscape, as the European Union has had to face the harmonisation of very fragmented realities between them.

## **3. The principles of subsidiarity and proportionality**

The principle of subsidiarity, art. 5, par. 3, TEU claims that "Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level."

The principle of proportionality, art. 5, par. 4, TEU states that "Under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties."

Both principles are used to identify the legal basis and the ratio of harmonisation, to direct the action of the European legislator. About this field, there are a lot of examples: directive 2004/25/EC, about the takeover bids, 25 whereas “Since the objectives of the action envisaged... cannot be sufficiently achieved by the Member States... and can therefore... be better achieved at Community level, the Community may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty.”; formula that is found in the directive 2005/56/EC, about cross-border mergers of limited liability companies, 15 whereas, and in the directive 2007/36/EC, on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, 14 whereas.

At the same time, these principles represented the brake on the evolution of harmonisation in the European society, following the change of political will [7, p. 3].

Even though some of the efforts have been successful, there are two areas of company law that would appear to be totally impervious to harmonisation: corporate governance and the regulation of corporate groups; by abandoning these projects can be coherent with the principle of subsidiarity in European law, despite the number and volume of green papers, action plans, reflection groups’ reports and advisory groups’ studies [8, p.10].

#### **4. The increased tendency towards regulatory competition**

First of all, to understand the regulatory competition, it is important to talk about the phenomenon of convergence of national laws. There are three ways: a) the first is unilateral amendment, whereby one state adopts a law already in force in another jurisdiction. Such a choice usually stems from a comparative study of law and requires no cooperation with the country that originated the rule: we can call this “non-cooperative adaptation”; b) a second path to legal convergence is harmonisation: two or more Member States transfer part of their sovereignty to a supranational body, enabling it to lay down binding principles for the drafting of national legislation (an example of harmonisation is EU directives); c) the third approach is unification, whereby a multilateral treaty or a supranational body establish a single, detailed rule applicable in all the jurisdictions. Unification may result from an international treaty or directly from legislation by a supranational authority. This is typically the case of European regulations [9].

The unification and harmonisation processes involve proposed or aborted European legal entity types, by corresponding to companies:

- The European Company [10]
- The European Cooperative Society [11]
- The European Private Company [12]

- The Single Member Company [13]

The European Economic Interest Grouping lies outside the perimeter of this study.

### 5. The European legal entity types

It is time to start speaking about the European legal entity types, by dealing with the structure and the legal framework [2]. By beginning with the European Company, the discussion on the statute for a European company (*Societas Europaea, or SE*) lasted for decades. It should have become the ‘flagship’ of European company law; but after a long legislative ‘skimming’ exercise the structure of the SE emerged significantly ‘trimmed down’. About the structure of SE regulation, it is possible to outline the following considerations. First are the common rules, which have been unified and apply to all SEs regardless of the Member State in which they are incorporated: e.g. the rules on company name, share capital, legal personality and currency, the formation of the company and fundamental governance arrangements, in which Member States can choose between a one-tier and a two-tier board structure. The Regulation also calls for the application of important national provisions that were previously harmonised by directives, such as rules on capital formation, mergers, and annual accounts. There is also extensive reference to national rules that did not undergo any harmonisation, such as directors’ liability, the possibility for a company or for another legal entity to be a member of one of the corporate bodies, the matters for which the general meeting is competent, and the procedure for amending the by-laws. These issues, like the rules on liquidation and insolvency proceedings, are subject to significantly different provisions in different Member States. Under the SE Regulation, countries also retain significant scope for adapting some other rules, such as identifying the categories of transactions that require authorisation by the strategic oversight body in the two-tier system or an express decision by the board of directors in the one-tier system, while shareholders enjoy significant freedom to design the articles of association [10; 3, p.275 and next].

Just few reflections about the European Cooperative Company and its legal structure: the statute of the European Cooperative Company (*Societas Cooperativa Europaea, or SCE*) was a ‘socio-political tag-along’ to the SE; maybe this is why it did not engender much debate. In any event, the consequence is that many of the problems pointed up in our analysis of the SE are present in the SCE, which also has the dual Regulation-Directive structure and whose articles are patterned closely on those of the SE statute. The main differences are designed to serve the peculiar needs of the cooperative company [11; 3, p.224 and next].



By moving on the European Private Company, it is important to claim that the proposal for a European Private Company (*Societas Privata Europaea*, or *SPE*) was seen as offering an opportunity to facilitate the growth of small and medium-sized enterprises, and it was studied in depth. The first SPE Proposal aspired to independence from national company law: its statute was supposed to be ‘uniform and definitive’ and to ‘dispense with references to national law’. This idea is in accord with the concept of legal unification and appears clearly in the Commission’s language, with the reference to uniformity, legal certainty and flexibility. But the proposal was heavily amended, the last compromise version being released in May 2011 (the SPE Compromise). While the original Proposal allowed the SPE to have its registered and head offices in different Member States, as amended it made national law applicable, so as to ‘ensure that SPEs are not used for the purpose of evading the SPEs’ obligations in the territory of the Member State where they are established’. A second important point is the minimum legal capital requirement. The first draft put it at one euro and prohibited Member States from instituting any higher threshold. The final compromise version allowed countries to raise the legal minimum to 8,000 euros but required the Commission to revise this provision within two years from the adoption of the Regulation. The third controversial element of the draft SPE Regulation was worker participation. The original version simply referred to the law of the State of incorporation, thus dropping the prospect of pure unification. This solution did not prove to be viable, and although a complex new draft was proposed, the matter was too controversial for agreement. Arguably it was these three elements that led to the project’s demise, but it must be admitted that in its first draft the SPE Regulation came closer than other EU company types to legal unification and could have been a viable instrument for small and medium-sized enterprises [12; 14; 15; 16].

To conclude, it is necessary to analyse the Single Member Company. The Commission saw that the failure of the SPE project was not due to lack of demand for a unified legal form for small companies and so put forward a new proposal for a *Societas Unius Personae*. Two public consultations and an impact assessment have been carried out, so we cannot argue that the difficulties facing unification stem from lack of commitment or resources.

The SUP directive requires a minimum legal capital of one euro, exactly as in the first SPE draft, but also requires Member States to allow online company formation and the free separation of registered and head offices, while protecting creditors through a balance-sheet test and a solvency statement. The articles of association are standardised and governance is simplified, with a prohibition on forming a company with more than one member [13].

Concisely, the probable causes of the failure of these European forms of company would be: the role of interest groups; the possibility of inappropriate incentives; enforcement, perhaps the greatest weakness of today's European Company Forms; the cost impact of regulation.

### **6. The regulatory competition**

Competition between the rules consists of the different phenomenon of the attitude of the states in the face of the possibility that companies choose a particular applicable law. A different phenomenon is the regulatory arbitrage: it's only the possibility to choose the applicable rules and regulations. Entrepreneurs in every nation can choose freely between national and foreign company forms. Faced with the possibility of regulatory arbitrage by companies, states can remain indifferent or react. The reaction can take several modes: try to prevent regulatory arbitrage through harmonisation; or by applying "public order" exception or similar exceptions. Therefore, also by having regard to the possibility of arbitration, to seek to attract new societies or transfers of existing companies (competition) or at least not to lose it (defensive competition) [17, p.8].

When an order decides to compete, it can propose efficient rules or, instead, rules that only aim to benefit people who are able to influence the choice of applicable law. In the first case, there would be a race to the top, towards the best corporate law; in the second a race to the bottom, towards the more favourable right to those who enforce the choice of applicable law, because it would be supposed to be less protective to those who undergo the choice.

For there to be an active competition among regulations - where states compete to attract new companies - a number of preconditions are required, some of which have only recently begun to be verified in the European Union [17, p.10; 18, p.4].

### **7. The relationship and potential interaction between national legislatures in shaping national company forms**

Regulatory convergence among member States can be obtained by unilateral amendment, giving rise to regulatory competition; but if the choice between incorporating under a national or a European form is unfettered, in order to incorporate under the law of a different Member State regulatory arbitrage must be legal. Back in 1999 the Centros jurisprudence allowed letterbox companies to be set up and to operate throughout Europe, thus making regulatory competition at least theoretically practicable.

As far as public companies are concerned, there is not much room for regulatory arbitrage. National regimes show a significant degree of overlap, thanks mainly to EU harmonisation over past decades. Although important

areas of company law are still not covered, they are unlikely to justify mass migrations [19].

The case of limited companies, those that might be interested in expanding abroad using a SUP, is rather different. If what they are interested in is reduced setup costs through a low minimum capital requirement plus a single, flexible legal structure, the fact is that many Member States already offer it. Such simplified company forms have been instituted in a good many countries for some time now, and although they are not perfectly identical they all serve substantially the same purpose [18].

So there does appear to be an inter pairs competition to establish popular company forms, but the cause was clearly not the emergence of aggressive and competitive European company forms, but rather a string of decisions by the European Court of Justice in favour of freedom of establishment. In other words, vertical competition was superseded by horizontal competition.

Member States protect the domestic status quo both by influencing supranational measures and by shaping the national company forms they control to make them more competitive. This unilateral amendment process may give birth to national models that resemble one another more and more closely.

The root of the problem with European Company Forms, then, can be traced to the workings of a sort of dual regulatory competition: one implicit and negative, in the form of Member State rejection of potentially popular company forms at European level, and another explicit and positive, in the form of spontaneous cross-country emulation, at least as far as small companies are concerned. The two types of competition have substantially different effects: one prevents legal unification, the second is likely to bring national laws towards convergence [20, p.15 and next].

Non-cooperative convergence can be an effective alternative to cooperative unification, at least for now, bringing comparable advantages while circumventing supranational political roadblocks.

#### **8. The possible definition of the current “European Company Law” situation: the facts**

Nowadays, it is possible to explain the current “European Company Law” situation, through the descriptions of facts which have been happening into the European Legal framework. They are mainly the (private) project for an European Model Company Act (“EMCA”) and the Americanisation of the European Company law.

Starting from the first of these two phenomena, the EMCA is intended as a model statute regulating corporations, somehow akin to the American

Model Business Corporation Act. The document has been prepared by an independent group of academics and practitioners not formally affiliated with political institutions or interest groups [21].

The EMCA is divided in 12 chapters dedicated, respectively, to general principles, formation of companies, registration, transformation and re-registration, shares, financial structure, capital, governance and management, directors' duties and liabilities, shareholders' meeting and protection of minorities, financial statements and auditing, restructuring, dissolution and liquidation, groups of companies, and branches of foreign companies [21].

The intention of the drafters is to offer a coherent and comprehensive model act that might be the basis for further European harmonisation or used by current and future Member States as a blueprint for their legislation, bypassing the political compromises and bureaucratic hurdles of European legislation. The drafters should be commended for a significant effort, and the project is a welcomed occasion to discuss the future of European corporate law. The EMCA will definitely contribute to a deeper understanding of corporate law, and might concretely contribute to the development of the corporate laws of the European Union and single States, especially new Members with a less advanced corporate law system [21].

Under present conditions, it is possible to draw some critical considerations. Firstly, The EMCA, as explicitly stated in the Introduction, is intended to avoid over-detailed provisions and offer primarily general principles. This approach is justified by the need to leave enough fine-tuning room to single legislatures to adapt the model to local needs. This approach raises some questions in terms of the actual utility that the document will have, especially for jurisdictions characterized by a modern and sophisticated corporate law system.

Secondly, the theoretical underpinnings of the EMCA are not entirely clear. For example, the Introduction indicates that the aim is to favour harmonisation, but that the EMCA can also promote regulatory competition.

Also, the EMCA claims to be not restricted by European legislation, and therefore to contain also solutions at odds with existing European law when the latter is not optimal. This claim is fair but it must also be observed that, in reality, often the EMCA was drafted with a careful eye aimed at making it compatible with EU law. In addition and not surprisingly, often the solutions offered follow the experience of one or a few Member States, rather than advancing new approaches.

Lastly, stylistically and technically this first draft still requires an attentive fine-tuning for consistency and precision in its language and wording. This is particularly important since one of the purposes of the document is to be a reference for jurisdictions less conversant in corporate law [21].

About the second mentioned phenomenon – the Americanisation of the European Company Law – we can briefly assert that it consists of the tendency to give priority to issues with cross-border reflexes. It may well be configurable in an interstate commerce clause for Europe [22, p.3 and next].

Although in the EU we do not have the explicit legal basis for an interstate commerce clause – unlike the USA – we have the principle of subsidiarity and the flexibility clause (art. 352 TFEU). Then, since the finance has no borders, both cross-border transactions and cross-border interest-related finance have moved European legislation (the most significant examples are offered by the numerous directives mentioned earlier) [22, p.7].

Furthermore, the use of soft law instruments has increased so much that it has become a source of law. In fact, in its Action Plan (COM(2003) 284 Final), the European Commission calls for “alternative tools for regulation”, in other words alternatives to EU Directives implemented in national company laws. One alternative is “soft law”, such as corporate governance codes and other self-regulatory measures.

Consequently, the Commission recommendations are used mostly in corporate governance matter and the EMCA can be considered an instrument of soft law.

### **9. The attitude to the spontaneous convergence of the regulations: an Italian example**

A well-known example of a company that engaged at the same time in a cross-border merger and in regulatory arbitrage is Fiat’s combination with U.S. company Chrysler to create Fiat Chrysler Automobiles (‘FCA’) in 2014: the choice was made to incorporate the resulting company in the Netherlands, one of reasons for that choice being that Fiat’s controlling shareholders could take advantage of the absence of a ban on ‘loyalty shares’ in Dutch company law (unlike in Fiat’s incorporation state, Italy, until then) and hence reinforce their grip on the company [23, p.521].

After Centros decision, nevertheless, the preconditions for the development of an active market to attract the formation of companies have never been realised, and indeed, experience has shown that those who could take on the role of European Delaware - England - are well watched from doing so.

In the middle of the year 2000 a lot of continental entrepreneurs, especially German, formed new companies in England to escape the cost of constitution and the minimum capital requirement. Many European states “reacted” by providing special forms of companies with lower constitutional costs and reduced capital. Then, the bubble of pseudo-foreign societies soon deflated,

probably more as a result of the observed cost of maintaining an English company than due to defensive competition [23, p.550].

Instead, there was a form of “defensive” competition between the rules, with regard first of all to the rules on capital and, more recently, on shares with increased voting rights and multiple voting rights.

The discipline, introduced in 2014 in Italy, which allows the issuance of shares with increased voting rights and multiple voting rights, is probably also born as reaction to the transfer to the Netherlands of Fiat’s registered office [23, p.533].

### **10. The post-Brexit Hamlet-like scenarios**

One may wonder whether things may change after Brexit. That could well be the case, if any evidence existed either of interest group resistance to harmonising measures coming predominantly from the UK or of UK interest groups having opposing interests to those prevailing in continental Europe, so that, with the former out of the way, the latter could successfully coalesce to push for a given uniform legislative outcome. Yet, resistance to harmonising measures is definitely not a British-only tradition, as the generalised opposition at the Council level against many of the proposals put forth by the European Commission in the field of shareholder rights exemplifies [24, p.17 and next].

And while one may expect pro-institutional investors, and therefore pro-shareholder pressures, to come more from the UK than from elsewhere, given its comparatively large asset management and insurance industry, continental European dominant shareholders and insiders appear historically to have had little appetite for advocating for an increase in harmonised rules [24, p.28].

Rather, they have opposed EU legislation. It would be surprising if that will no longer be the case in the future.

### **11. Conclusion**

EU company laws are not uniform, despite half a century of harmonisation measures, and will most likely never be. Yet, they do fit together well, if that means that private parties may set up companies that will be recognised as such across the EU to do business anywhere within the EU, reincorporate midstream in a different Member State at reasonable cost (possibly with the exception of the few countries of destination that adopt the real seat doctrine), reorganise their business across EU Member States’ borders without the need for reincorporating (again, with the exception of companies set up in real state doctrine Member States) and do business with companies from other Member States without facing unreasonable company-law related transaction costs [25].

In a less ambitious meaning, thus, the long quest for a harmonised European company law has been successful. More, of course, can be done to make diverse national company laws fit even better together, such as by simplifying the tools for mid-stream re-incorporations, namely the rules on cross-border mergers [26, p.16 and next].

It goes without saying that attempts to make European company laws more uniform and more ‘beautiful’ will never stop. But it is comforting to think that, if they fail, much has already been achieved in the field of company law that is instrumental to the Treaty’s goal of market integration.

1. A. Herbert, *Europeanisation of corporate law - some remarks on the background of Polish law*, in *Teka Kom. Praw. – OL PAN*, 2016, 50–58
2. *Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law*, Brussels, 5 April 2011
3. *Study on the Law Applicable to Companies-Final Report*, June 2016
4. *Case C-212/97, Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 1999 E.C.R. I-1459
5. *Case C-208/00, Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, 2002 E.C.R.I-9919
6. M. Gelter, *Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court’s Accidental Vision for Corporate Law*, in *www.ssrn.com*, February 2015
7. G. Hertig – J.A. McCahery, *Company and Takeover Law Reforms in Europe: Misguided Harmonisation Efforts or Regulatory Competition?*, in *www.ssrn.com*, August 2003
8. T. Baums – P. Krüger Andersen, *The European Model Company Law Act Project*, in *www.ssrn.com*, March 2008
9. L. Enriques, *EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial Are They?*, in *www.ssrn.com*, May 2005
10. *Council Regulation (EC) No. 2157/2001 on the Statute for a European Company (SE Regulation)*, 2001 O.J. (L) 294/1
11. *Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE)*, 2003 O.J. (L) 207/1
12. *Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company*, presented by Commission, Brussels, COM(2008) 396/3
13. *Proposal for a directive of the European parliament and of the council on single-member private limited liability companies* COM/2014/0212 final
14. P. Davies, *The European Private Company (SPE): Uniformity, Flexibility, Competition and the Persistence of National Laws*, in *www.ssrn.com*, May 2010

15. J. Armour – W.G. Ringe, *The European Private Company (SPE): Uniformity, Flexibility, Competition and the Persistence of National Laws*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), January 2011
16. M. Siems – L. Herzog – E. Rosenhäger, *The European Private Company (SPE): An Attractive New Legal Form of Doing Business?*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), February 2009
17. J. Armour, *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), June 2005
18. M.W. Løfquist, *Europeanisation of Banks' Corporate Governance - The Impact of Two Crises*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), July 2015
19. C.M. Radaelli, *Europeanisation: Solution or problem?*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), October 2004
20. *European company law experts, Response to the European commission's consultation on the future of European company law*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), May 2012
21. *European Model Company Act (EMCA), First Edition, 2017*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), November 2017
22. L. Enriques, *Company Law Harmonisation Reconsidered: What Role for the EC?*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), November 2005
23. R. Ghetti, *Il problema delle forme societarie europee tra unificazione, armonizzazione e concorrenza*, in *Rivista delle Società*, 2016, 521 – 567
24. H. Eidenmueller, *Collateral Damage: Brexit's Negative Effects on Regulatory Competition and Legal Innovation in Private Law*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), May 2018
25. P. Santella, *Prospettive del diritto societario europeo*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), June 2010
26. K.J. Hopt, *The European Company Law Action Plan Revisited: An Introduction*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), February 2010

**Attilio Altieri. Europeanisation versus Regulatory Competition: The Case of Business Entities**

The opposing phenomenon of harmonisation and regulatory competition involved the Business Entities since the European Community foundation, trying to photograph the political, historical and normative reality that accompanied the “European corporate law”.

The article presents the possible definition of the current «European Company Law» situation, overcoming both the model of Europeanisation and, possibly, the model of the Regulatory Competition: coherently, it can be affirmed that the direction taken is towards an «Americanisation» of the company law of Community background. Among the warnings may be the cold reception of the (private) project for a European Model Company Act; the tendency to give priority to issues with



cross-border reflexes (configurable in an interstate commerce clause for Europe); the use of soft law instruments; the attitude to the spontaneous convergence of the regulations (as happened with the Fiat-Chrysler case and the fall of the prohibition of multiple voting shares in Italy); the post-Brexit Hamlet-like scenarios.

**Keywords:** Europeanisation, Regulatory Competition, Business Entities, company, Brexit.

**Васильєва В.В.**

*кандидат юридичних наук,  
науковий співробітник  
Лабораторії проблем  
корпоративного права  
НДІ приватного права  
та підприємництва імені  
акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН  
України*

**Vasylieva V.V.**

*PhD, scientific researcher  
at the Private Law and  
Entrepreneurship Research  
Scientific Institute named after  
acad. F.G. Burchak of The  
National Academy of Legal  
Sciences of Ukraine*

## **ЮРИДИЧНА ОСОБА ПУБЛІЧНОГО ПРАВА ТА ЮРИДИЧНА ОСОБА ПРИВАТНОГО ПРАВА: ДО ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ**

УДК 347.191

Частиною 2 ст. 81 ЦК України передбачено поділ юридичних осіб на юридичні особи публічного та юридичних осіб приватного права. Критерієм, який при цьому застосовано законодавцем для такого поділу, є порядок створення юридичної особи. Якщо вона створюється в добровільному порядку шляхом заснування її особами на підставі домовленості між собою, то вона вважається юридичною особою приватного права. Якщо ж вона створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, то це юридична особа публічного права.

У той час як кваліфікація юридичних осіб, заснованих фізичними чи юридичними особами приватного права, як юридичних осіб приватного права, є безсумнівною, то статус юридичних осіб, створених державою, не завжди є однозначним.

ЦК України серед юридичних осіб публічного права називає:

- державні підприємства, навчальні заклади, створені державою (ч.2 ст.167 ЦК України);
- навчальні заклади, створені АРК (ч.2 ст. 168 ЦК України);
- комунальні підприємства, спільні комунальні підприємства, заклади, створені територіальними громадами (ч. 2 ст.169 ЦК України).

Господарський кодекс України у частині класифікації господарських організацій (підприємств) не закріплює формальний поділ на юридичних осіб публічного права та юридичних осіб приватного права.

Поняття «юридична особа публічного права» зустрічається також і в інших нормативно-правових актах, де до них відносять:

- міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, територіальні органи центрального органу виконавчої влади (ст.ст. 4, 13, 21 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 №3166-VI);

- архівні установи сільської, селищної, міської ради (наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження типового положення про архівну установу сільської, селищної, міської ради...» від 2.06.2014 №864/5);

- територіальні органи центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції (ст. 21 Закону України «Про зайнятість населення» від 05.07.2012);

- Фонд гарантування вкладів фізичних осіб (ст. 3 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23.02.2012) та ін.

За ознаками, притаманними юридичній особі публічного права, до останніх також можна віднести казенні підприємства (ст. 76 ГК України), комунальне унітарне підприємство (ст. 78 ГК України), однак слід зауважити, що Кодекс не кваліфікує їх як особи публічного права.

Також слід зауважити, що Законом України «Про акціонерні товариства» передбачено існування публічних акціонерних товариств, однак їх схожість з юридичними особами публічного права є виключно фонетичною.

Як бачимо, законодавство не дає чіткого та вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб публічного права та не створює, навіть у загальному вигляді, їх системи. Отже, нормативний критерій розмежування юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права не є достатнім.

Про це свідчить норма Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», який поширюється на державну реєстрацію всіх юридичних осіб, незалежно від організаційно-правової форми, власності та підпорядкування, їхньої символіки (ст. 3 Закону), в якій визначено, що в Єдиному державному реєстрі відомості про розпорядчий акт, на підставі якого створено юридичну особу, обов'язково вносяться лише стосовно державних органів і органів місцевого самоврядування як юридичних осіб (ч. 3 ст. 9 Закону), а не всіх осіб публічного права.

О. О. Посикалюк слушно зауважує, що поняття “юридичні особи публічного права” охоплює достатньо широке коло юридичних осіб з надто відмінним правовим статусом, серед яких юридичні особи, які як можуть здійснювати владні повноваження, так і ті, що не можуть здійснювати владні повноваження; які як визнаються суб'єктами господарювання, так

і ті, що не належать до суб'єктів господарювання; діяльність яких спрямована на одержання прибутку, так і ті, що не мають на меті отримання прибутку [1, с. 49].

Аналіз норм ЦК України свідчить, що додатковими ознаками розмежування має бути не тільки юридична природа акту, на підставі якого була створена юридична особа, але і організаційно-правова форма, а також мета створення і діяльності юридичної особи та функції, що покладаються на неї.

Так, при кваліфікації юридичної особи публічного права як такої слід враховувати мету створення юридичної особи. Мета створення юридичної особи публічного права полягає у задоволенні публічного інтересу. Такої думки притримується більшість науковців. Так, В. І. Борисова визначає публічних юридичних осіб саме через мету їх діяльності, а саме - задоволення державних інтересів, тобто визнані державною і забезпечені правом інтереси соціальної спільноти, задоволення яких слугує неодмінною умовою і гарантією існування та розвитку держави [2, с. 7-8].

Виходячи з приблизного переліку юридичних осіб публічного права, що згадуються в нормах різних законодавчих актів, можна стверджувати, що завданням(и) юридичних осіб публічного права є:

- задоволення публічних інтересів та потреб значної кількості людей (йдеться про створення насамперед органів державної влади або місцевого самоврядування);

- реалізація функцій держави, що належать до виключної компетенції держави;

- задоволення соціальних потреб суспільства, які не можуть бути повністю задоволені підприємствами, що перебувають у приватній власності (йдеться про створення державних підприємств, діяльність яких може бути або є збитковою, однак їх функціонування є необхідним для забезпечення суспільних потреб).

Окрім того, для юридичних осіб публічного права специфічним є правовий режим майна, яке їм належить. Державне майно належить їм на праві господарського відання чи оперативного управління. Юридичні особи публічного права не є власниками майна, для них майнова ознака має дещо формальний характер, оскільки майно належить їм на підставі речових прав. Право на управління державою юридичними особами публічного права базується на повноваженнях держави-власника, а управління державою юридичними особами приватного права - на володінні корпоративними правами.

Юридичні особи публічного права володіють також спеціальною правосуб'єктністю, яка полягає у встановленні особливостей призначен-

ня керівних органів та їх відповідальності, на них впливає плановість державних програм розвитку та підпорядкованість публічним інтересам.

Окрім закріпленого права держави створювати юридичні особи публічного права (державні підприємства, навчальні заклади тощо), у ст. 167 ЦК України передбачається право держави створювати юридичні особи приватного права (підприємницькі товариства тощо), брати участь у їх діяльності на загальних підставах. До підприємницьких товариств, відповідно до ст. 84 ЦК України, належать господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи. Виходячи зі змісту цієї правової норми, створення державою підприємницького товариства у формі акціонерного товариства є створенням юридичної особи приватного права. Наявність держави в особі відповідного органу у складі його засновників та володіння нею корпоративними правами щодо товариства не дає жодних підстав вважати таку юридичну особу юридичною особою публічного права.

Так само той факт, що акціонерна компанія утворюється на основі власності держави, не зумовлює того, що новостворена особа є юридичною особою публічного права. Держава, передаючи майно у власність юридичної особи, набуває корпоративних прав щодо неї. Неможливе «розщеплення» участі держави, як одного і того ж суб'єкту, і в цивільних, і в публічних правовідносинах.

Показовою справою, де піднімається проблема визначення акціонерного товариства юридичною особою приватного права чи юридичною особою публічного права, є справа щодо банкрутства Державної акціонерної компанії «Хліб України», в якій позовні вимоги щодо майна Компанії, головним чином, ґрунтувались на твердженні про те, що дана компанія є юридичною особою публічного права [3]. Державна акціонерна компанія «Хліб України» була заснована на виконання Постанови Кабінету міністрів України №1000 від 22 серпня 1996 року «Про утворення Державної акціонерної компанії «Хліб України». Компанія утворена у формі відкритого акціонерного товариства, засновником якої виступило міністерство.

Компанія стала правонаступником прав і обов'язків Головного управління по хлібопродуктах та Головного управління комбікормової промисловості Міністерства сільського господарства і продовольства, які були ліквідовані. Внаслідок ліквідації вищезазначених управлінь майно, що залишилось після проходження ліквідаційної процедури, було передане Міністерством в статутний фонд Компанії. Власником переданого майна

є заснована державною юридична особа у вигляді державної акціонерної компанії, а натомість міністерство, як засновник та основний акціонер, набуло 100% корпоративних прав щодо даної Компанії. Це підтверджується Статутом Компанії, де зазначається, що власником майна (в тому числі коштів), переданого їй у власність засновником та акціонерами, є Компанія, а не держава. А це означає, що Компанія має самостійний баланс, володіє, користується та розпоряджається належним їй майном на свій розсуд, вчиняючи стосовно нього будь-які дії, що не суперечать законодавству, Статуту та меті діяльності Компанії. Натомість, у державній власності перебувають корпоративні права, які посвідчуються акціями, і належать державі в особі міністерства.

Пункт 2 Постанови Кабінету міністрів України від 22 серпня 1996 року № 1000 Про утворення державної акціонерної компанії «Хліб України», а також Статут Компанії встановлює, що Компанія на рівних з іншими суб'єктами комерційної діяльності умовах і конкуруючи з ними бере участь у посередницьких операціях із закупівлі зерна, продуктів його переробки, незернової сировини для державних, регіональних та інших потреб. Твердження, що Компанія є юридичною особою публічного права, є хибним, оскільки неможливе існування права власності держави одночасно і на майно Компанії, і на її ж корпоративні права щодо останньої.

Також необхідно відрізнити, коли створення юридичної особи вирішується розпорядчим актом органу публічної влади, а коли рішення державного органу є за своєю суттю рішенням власника майна і засновника юридичної особи. В останньому випадку не викликає сумніву, що йдеться про створення юридичної особи приватного права, незважаючи на те, що статутний капітал був сформований за рахунок майна, що перебувало у державній власності, а рішення про створення було прийняте міністерством, однак не в якості держави як суверену, а як правосуб'єктним власником майна.

При цьому розмір частки, що належить державі, не впливає на статус такого товариства і не перетворює його на особу публічного права.

Таким чином, держава в особі уповноваженого органу є власником акцій акціонерного товариства, а звідси впливає, що акції та посвідчені ними корпоративні права перебувають у державній власності. У той самий час, власником майна державного акціонерного товариства є саме товариство, як юридична особа приватного права і, відповідно до ч. 1 ст. 325 ЦК України, така власність належить до приватної. Саме це є найбільш суттєвою економічно-правовою ознакою відмінності правового

статусу юридичних осіб приватного права від юридичних осіб публічного права.

Таким чином, слід визнати, що одним з ключових критеріїв розмежування юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права слід вважати організаційно-правову форму, в якій створена юридична особа, що дозволяє організаціям, групі фізичних осіб, об'єднанням або державі брати участь у цивільному обороті. В цивільно-правових відносинах держава діє на рівних правах з іншими учасниками цих відносин, а для участі у приватно-правових відносинах та у цивільному обороті на загальних засадах держава обирає ті ж організаційно-правові форми діяльності, що і суб'єкти приватного права.

1. *Posykaliuk O. To the question about the notion of a legal entity of public law. University Scientific Notes, 2015, No. 1 (53). P. 46-59.*
2. *Borisova V. I. To the problem of participation of public legal entities in civil legal relations. Materials of the international scientific and practical conference «Transformation of relations in Ukraine: organizational legal and economic problems». Odessa: ONU MONU, Astroprint. 2003. P. 7-8.*
3. *Resolution dated March 10, 2016 of the Supreme Economic Court of Ukraine in case No. 17/04/05/10-01-14-05-08/4129 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56481788>*

**Васильєва В.В. Юридична особа публічного права та юридична особа приватного права: до питання розмежування.**

У даній статті автор висловлює думку, що порядок створення юридичної особи не може бути визначальним критерієм для поділу юридичних осіб на юридичних осіб приватного та юридичних осіб публічного права. Додатковими ознаками розмежування має бути не тільки юридична природа акту, на підставі якого була створена юридична особа, але і організаційно-правова форма, а також мета створення і діяльності юридичної особи та функції, що покладаються на неї.

Досліджується, що створення державою підприємницького товариства у формі акціонерного товариства є створенням юридичної особи приватного права. Той факт, що акціонерна компанія утворюється на основі власності держави, не зумовлює того, що новостворена особа є юридичною особою публічного права. Держава, передаючи майно у власність юридичної особи, набуває корпоративних прав щодо неї.

Як висновок автором обґрунтовується, що одним із ключових критеріїв розмежування юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права слід вважати організаційно-правову форму, в якій створена юридична особа, що дозволяє організаціям, групі фізичних осіб, об'єднанням або державі брати участь у цивільному обороті.

---

**Ключові слова:** юридична особа приватного права, юридична особа публічного права, держава, акціонерне товариство.

**Vasileva V.V. Legal person of public law and legal person of private law: the problems of delimitation**

In this article the author's opinion is that the procedure for the creation of a legal entity can not be the determining criteria for the division of legal entities into legal entities of private and legal persons of public law. Additional features of the distinction should be not only the legal nature of the act, on the basis of which was formed a legal entity, but also the organizational and legal form, as well as the purpose of the creation and operation of the legal entity and the functions entrusted to it.

It is researched that the creation of a state-owned enterprise in the form of a joint-stock company is the creation of a legal entity of private law. The fact that a joint-stock company is formed on the basis of state ownership does not imply that a newly formed person is a legal entity of public law. The state by transferring its property to the ownership of a legal entity acquires corporate rights instead.

As the author's conclusion, it is proved that one of the key criteria for the distinction between legal entities of private law and legal persons of public law should be considered the organizational legal form in which a legal entity is created, which allows organizations, a group of individuals, an association or a state to participate in civil turnover.

**Keywords:** legal person of private law, legal person of public law, state, joint-stock company.



**Вінтоняк Н.Д.**

*молодший науковий  
співробітник Науково-  
дослідного інституту  
приватного права і  
підприємництва ім.  
академіка Ф. Г. Бурчака  
НАПрН України*

**Vintonyak N.D.**

*researcher of Scientific  
Research Institute of Private  
Law and Entrepreneurship  
named after academician F.G.  
Burchak, National Academy of  
Law Sciences of Ukraine*

## **«СІМЕЙНИЙ БІЗНЕС» ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ ПОДРУЖЖЯ**

УДК 347

Сімейний бізнес складає основу економіки багатьох розвинених країн та становить понад 70 відсотків усіх світових компаній. Існують різні підходи до поняття сімейного бізнесу. Американські джерела подають такі визначення: «Сімейний бізнес є комерційною організацією, в якій прийняття рішень залежить від кількості поколінь родини, пов'язаних по крові або шлюбу, які тісно пов'язані з фірмою керівництвом або правом власності. Власник-менеджер підприємницької фірми не вважається сімейним бізнесом, тому що йому не вистачає кількох поколінь, розміру і впливу сім'ї, які створюють унікальну динаміку і відносини сімейного бізнесу». Американські практики та теоретики вважають основою ознакою сімейного бізнесу — право власності родини на підприємство, яке передавалось з покоління в покоління.

У німецьких джерелах наведено: «Сімейний бізнес — це бізнес, на який значною мірою впливає сім'я або обмежена кількість власників з сімейними відносинами». Французькі вчені подають таке визначення: «Сімейний бізнес — це компанія, більша частина капіталу якої належить одній або декільком сім'ям. Сімейний бізнес — це коли власниками є принаймні три покоління» [1, с. 390-391].

Польські вчені зазначають, що широкі визначення мають загальні і розпливчасті описи сімейного бізнесу, засновані на таких критеріях як контроль над стратегічними рішеннями і намір зберегти підприємство під контролем родини. Згідно з трохи вужчим визначенням сімейного бізнесу, засновник бізнесу або його/її нащадки управляють бізнесом, який залишається під контролем членів сім'ї [2, с. 27].

В літературі зустрічаються різні терміни, що є синонімами до «сімейного бізнесу», зокрема, «сімейна компанія», «сімейне підприємство»,

МІЖНАРОДНИЙ ЖУРНАЛ «ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО»

«сімейна фірма», «бізнес у власності сім'ї», «компанія у власності сім'ї». Однак жодний термін немає усталеного визначення та має різні підходи до тлумачення.

В Кодексі корпоративного управління для приватних та сімейних компаній України, розробленому Професійною асоціацією корпоративного управління, пропонується визначення «сімейної компанії» як приватної компанії, контрольний пакет акцій якої належить одному власнику, або кільком власникам, які є близькими родичами [3, с. 11]. У Посібнику IFC «Корпоративне управління в сімейному бізнесі» під сімейною компанією розуміється підприємство, більше половини акцій якого перебуває у власності родини, що контролює компанію, в тому числі засновника(ів), який(які) має(ють) намір передати справу своїм нащадкам [4].

За даними EFB (European Family Business – Європейський Сімейний Бізнес) сімейні підприємства складають важливу частину (в середньому 40-50% всіх робочих місць) приватної зайнятості в Європі. Фірма будь-якого розміру є сімейним бізнесом, якщо:

- права для прийняття рішень знаходяться у розпорядженні фізичної особи (осіб), які управляють фірмою або у володінні фізичної особи (осіб), які мали (або) придбали статутний капітал фірми, або знаходяться у володінні подружжя, батьків, дітей чи спадкоємців;
- більшість прав для прийняття рішень можуть бути як непрямими так і прямими; принаймні один представник родини чи родичів офіційно бере участь в управлінні фірми;
- компанії підпадають під визначення сімейного підприємства, коли особа, яка створила або придбала фірму (статутний капітал) або члени її сім'ї чи нащадки мають 25 % прав, внесених до їх статутного капіталу [5].

На погляд вчених, під сімейним можуть вважатися такі варіанти організації бізнесу, що підходять принаймні під один із пунктів такого шаблону: єдиним власником підприємства є один член родин, кілька інших представників родини обов'язково беруть трудову чи управлінську участь у цьому бізнесі; підприємство у спільній власності членів родини як із їх трудовою та (чи) управлінською участю, так і без неї; бізнес знаходиться в акціонерній форм власності, члени родини у сукупності володіють не менш як 25 % акцій із правом голосу як із трудовою та (чи) управлінською участю членів родини, так і без неї; бізнес переходить із покоління в покоління [6, с. 102]. З аналізу іноземних та вітчизняних джерел з проблем розвитку сімейного бізнесу випливає, що сімейний бізнес – це бізнес, коли право власності на певне підприємство або повністю, або

більшою мірою належить членам однієї родини, а також передається наступним поколінням за правом спадковості [1, с. 392]. Тобто, основними характеристиками сімейного бізнесу є те, що:

- сім'я володіє більшістю голосуючих акцій або ефективно контролює бізнес;
- один або кілька членів сім'ї (або) подружжя бере участь в управлінні бізнесом;
- більше, ніж одне покоління є чи буде в майбутньому брати участь у бізнесі [8, с. 418].

В Україні поняття «сімейного бізнесу» є досить розмитим та жодне з визначень, яке з ним ототожнюється не закріплене на рівні законодавства. Була спроба дати визначення сімейного підприємства у проекті Закону України «Про сімейне підприємство» 2010 року згідно якого сімейне підприємство визначалося як форма підприємницької діяльності громадян із створенням юридичної особи, які виявили бажання здійснювати діяльність у сфері громадського харчування, надання готельних та побутових послуг, виготовлення та/або продажу товарів кінцевому споживачу з метою отримання прибутку. та визначення сімейного підприємства у проекті Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо стимулювання розвитку сімейного підприємництва)» 2013 року. Сімейне підприємство згідно проекту закону це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з обов'язковим використанням праці членів своєї сім'ї з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

Згідно Державного класифікатора України (Класифікація організаційно-правових форм господарювання ДК 002:2004), затвердженого Наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики № 97 від 28.05.2014 року «Про затвердження національних стандартів України, державних класифікаторів України, національних змін до міждержавних стандартів, внесення зміни до наказу Держспоживстандарту України від 31 березня 2004 року № 59 та скасування нормативних актів» зазначається, що сімейне підприємство - це підприємство, засноване на власності та праці громадян України - членів однієї сім'ї, які проживають разом. Водночас, зазначається, що чинним законодавством не передбачається створення та державна реєстрація підприємств з цією організаційно-правовою формою.

Жодної необхідності законодавчого закріплення в Україні сімейних підприємств як організаційно-правової форми немає. Однак виникає ба-

гато питань у зв'язку з тим, що сімейний характер присутній у різних організаційно-правових формах юридичних осіб корпоративного типу. Крім того, не потрібно ототожнювати «сімейний бізнес» з так званим «бізнесом» подружжя, коли виникає необхідність визначення правового режиму акцій, часток, придбаних за рахунок спільного майна.

З розвитком цивільного обороту все більшої популярності набуває так би мовити «бізнес» подружжя, коли обидва з подружжя вносять спільне чи особисте майно до статутного капіталу юридичної особи чи здійснюють купівлю акцій або ж коли один з подружжя вносить спільне майно до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу, набуваючи права на участь в корпорації та інших прав, які в сукупності в літературі іменуються як корпоративні. Особливе значення, як зазначає І. В. Жилінкова, цей фактор набуває у тому випадку, коли має місце руйнація шлюбних відносин, розірвання шлюбу та поділ майна подружжя. Сьогодні непоодинокими є випадки, коли предметом поділу є подружнє майно, що має не споживчий, а саме виробничий характер, коли сторони включають до «подільного списку» частки у статутному фонді господарських товариств, пайові внески в підприємницькі кооперативи, набуті за час шлюбу цінні папери тощо. Причому, сторона, яка наполягає на поділі, нерідко не хоче задовольнитися компенсацією, а вимагає поділу саме «бізнесу» [8, с. 6].

На сьогодні, на жаль, не сформовано чіткого підходу до «поділу корпоративних прав» при поділі спільної сумісної власності. Поділ «бізнесу» подружжя викликає багато проблем. Ця проблема має не тільки теоретичне значення, а й практичне. Судова практика переповнена спорами щодо поділу майна між подружжям, переданого до статутного капіталу приватного підприємства, товариства з обмеженою відповідальністю та інших юридичних осіб корпоративного типу. Тому необхідно визначити загальні підходи до визначення правового режиму акцій чи часток в статутному капіталі, які сформовані за рахунок майна подружжя. Адже володіння «бізнесом» в Україні залежить від організаційно-правової форми юридичної особи. До прикладу, якщо це товариство з обмеженою відповідальністю, то власником так званого «бізнесу», а саме власником корпоративних прав буде особа, що володіє часткою в статутному капіталі, якщо ж це акціонерне товариство, то відповідно власником корпоративних прав буде особа, що придбала акції.

Бобрик В. І. зазначає, що неоднозначність правового режиму часток в різних видах юридичної практики не сприяє розвитку в Україні сімейно-му бізнесу. На погляд вченого, в сімейному законодавстві України варто

визначити чіткі «правила гри» для учасників сімейних компаній. І такі правила мають стосуватися як заснування компаній й формування її статутного капіталу (зокрема, обов'язковість отримання письмового дозволу іншого з подружжя на внесення будь-якого спільного майна до статутного капіталу господарського товариства чи сплати акцій), так і наслідків припинення шлюбних відносин і спадкування (корпоративну власність варто визначити такою, що є спільною сумісною, лише якщо внесок до статутного капіталу чи набуття корпоративних прав було здійснено за рахунок майна, що є спільною сумісною; присудження корпоративних прав компанії тому з подружжя, який зареєстрований її учасником (є акціонером), при врахуванні їх вартості при присудженні майна іншому з подружжя) [9, с. 34].

Розглядаючи корпоративні права подружжя крізь призму різних організаційно-правових форм необхідно закріпити норми, які будуть мати однакове застосування у спорах, де діяльність юридичних осіб переплітається із сімейними відносинами. І в першу чергу це стосується проблемних питань, що виникають з поділу спільного майна подружжя, внесеного до статутного капіталу юридичних осіб корпоративного типу. Акцент потрібно робити на тому, що корпоративні права належать тому з подружжя, що є учасником юридичної особи корпоративного типу, інший з подружжя в результаті передачі в статутний капітал юридичної особи майна, що перебуває в них на праві спільної сумісної власності корпоративних прав не набуває, а набуває права вимоги до іншого з подружжя. Такий підхід, як зазначає В. А. Васильєва є не тільки очевидним з погляду доктрини, а й універсальний і врівноважить наступні завдання: 1) забезпечить стабільність майнових інтересів та майнового обороту; 2) забезпечить майнові права усіх суб'єктів, в тому числі і одного з подружжя; буде однотипним для усіх організаційно-правових форм, наскільки це можливо [10, с. 12].

Тому, для забезпечення як прав кожного з подружжя так і стабільності діяльності юридичних осіб корпоративного типу (корпорацій) необхідно враховувати наступне:

1. Вклад юридичної особи корпоративного типу може формуватися за рахунок об'єктів, що перебувають в подружжя на праві спільної сумісної власності. Корпоративні права належать тому з подружжя, що є учасником юридичної особи корпоративного типу, інший з подружжя в результаті передачі в статутний капітал юридичної особи майна, що перебуває в подружжя на праві спільної сумісної власності корпоративних прав не набуває.

2. Інший з подружжя, який не є учасником юридичної особи корпоративного типу набуває право вимоги виплати йому певних сум у разі поділу спільного майна між подружжям. Зокрема, він має право на:

- поділ одержаних доходів, отриманих іншим з подружжя – учасником корпорації;
- частину майна одержаного іншим з подружжя – учасником корпорації у разі його виходу з неї;
- частину майна, одержаного іншим з подружжя – учасником корпорації у разі її ліквідації.

Якщо спільне майно всупереч інтересам сім'ї були використані одним із подружжя для внесення вкладу до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу, то другий з подружжя має право на компенсацію вартості частини майна. У випадку, якщо компенсація за рахунок майна одного з подружжя – учасника буде неможливою, інший з подружжя, може вимагати звернення стягнення на частину майна корпорації.

1. *Kulinyak I. Ya. Family business: the essence of the concept / I. Ya. Kulinyak, O. V. Koshik // Scientific herald of NLTU of Ukraine. 2014. Issue 24.9 P. 390-394.*
2. *Sulkovsky L. Characteristics of Polish Family Small and Medium Enterprises / Lukash Sulkovsky // Marketing in Ukraine. 2012. № 5. S. 25-38.*
3. *Corporate Governance in Private and Family Companies: A Guide. Materials of the project «Improvement of corporate governance in the sector of small and medium business» / Author-compiler O. Okunev; K., 2012. С. 11 / URL: [https://cgpa.com.ua/wp-content/uploads/images/files/Korporat\\_Upravl&titul.pdf](https://cgpa.com.ua/wp-content/uploads/images/files/Korporat_Upravl&titul.pdf)*
4. *IFC Corporate Governance in the Family Business: A Guide / S. Abuzaied, International Finance Corporation. P. 13 // Access mode: [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/d47d350045fcabbf827ebb9916182e35/Family\\_Business\\_Governance\\_Handbook\\_Ukrainian.pdf?MOD=AJPERES](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/d47d350045fcabbf827ebb9916182e35/Family_Business_Governance_Handbook_Ukrainian.pdf?MOD=AJPERES)*
5. *European Family Business // URL: <http://www.europeanfamilybusinesses.eu/family-businesses/definition>*
6. *Derid I.O. Family Business: Essence and Specificity in Different Countries of the World / Bulletin of the VN Karazin Kharkiv National University. Series: International Relations. Economy. Country Studies. Tourism. 2014. No. 1144, issue no. 3 (1). Pp. 101-104.*
7. *Solonenko Yu. V. Management of family business in a market economy // Economics and management organization. 2016 No. 3 (23). Pp. 417-423.*
8. *Zhilinkova I. V. Corporate Relationships in the Matrimonial Matters / Legal Bulletin of Ukraine. 2008. No. 3. P. 6-7.*

9. *Bobrik V. I. Family Companies in Ukraine: Some Problems of Legal Regulation and Corporate Governance / Corporate Law of Ukraine and European Countries: Issues of Theory and Practice [text]: Collection of scientific papers on the materials of the XV International Scientific and Practical Conference (6-7 October 2017, Ivano-Frankivsk) / Research Institute of Private Law and Entrepreneurship acad. F. G. Burchak of the NALS of Ukraine; for ed. dr. in law sciences, acad. NALS of Ukraine V.V. Luts. Ivano-Frankivsk, 2017. 290 p.*
10. *Vasilieva V. A. Joint joint ownership of spouses and corporate rights // Corporate Laws [text]: Collection of scientific works on the materials of the All-Ukrainian Scientific and Practical Conference (27-28 September 2013, Ivano-Frankivsk) / Research Institute of Private Law and entrepreneurship after acad. F. Burchak, NALS of Ukraine; for ed. dr. law sciences, acad. NALS of Ukraine V.V. Luts. Ivano-Frankivsk, 2013. 231 p.*

**Вінтоняк Н.Д. Сімейний бізнес через призму корпоративних прав подружжя**

У статті проаналізовано іноземні та вітчизняні джерела щодо визначення сімейного бізнесу. В літературі зустрічаються різні терміни, що є синонімами до «сімейного бізнесу», зокрема, «сімейна компанія», «сімейне підприємство», «сімейна фірма» тощо. Однак жодний термін немає усталеного визначення та має різні підходи до тлумачення. В Україні була спроба закріпити на рівні законодавства поняття сімейного підприємства. На думку автора жодної необхідності законодавчого закріплення в Україні сімейних підприємств як організаційно-правової форми немає.

«Сімейний бізнес» в Україні часто розглядається через призму корпоративних прав подружжя, коли постає питання щодо визначення правового режиму акцій, часток придбаних за спільні кошти чи майно. Судова практика переповнена спорами щодо поділу майна між подружжям, переданого до статутного капіталу приватного підприємства, товариства з обмеженого відповідальністю та інших юридичних осіб корпоративного типу. Оскільки, сімейний характер присутній у різних організаційно-правових формах юридичних осіб корпоративного типу, автор пропонує закріпити чіткі підходи до правового регулювання корпоративних прав подружжя. Вирішити дане питання необхідно з урахуванням прав та інтересів кожного з подружжя та юридичної особи корпоративного типу. Крім того, вироблений підхід повинен бути однотипним для всіх організаційно-правових форм та мати однакове застосування у судовій практиці.

**Ключові слова:** сімейний бізнес, сімейна компанія, сімейне підприємство, корпоративні права, спільне майно подружжя.

**Vintoniak N.D. Family business through the prism of corporate rights of spouses**

The article analyzes foreign and domestic sources for the definition of family business. There are different terms in the literature that are synonymous with “family business”, in particular, “family company”, “family enterprise”, “family firm”, etc. However, no term has a well-defined definition and has different approaches to interpretation. In Ukraine, an attempt was made to consolidate the concept of a family enterprise at the level of legislation. According to the author, there is no need for legislative consolidation of family enterprises as an organizational-legal form in Ukraine.

“Family business” in Ukraine is often viewed through the prism of corporate rights of spouses when it comes to determining the legal regime for shares, shares purchased for common funds or property. Juridical practice is full of disputes regarding the division of property between spouses, transferred to the charter capital of a private enterprise, limited liability company and other corporate entities. As the family character is present in various organizational and juridical forms of legal entities of corporate type, the author proposes to consolidate clear approaches to the legal regulation of corporate rights of spouses. In order to resolve this issue, it is necessary to take into account the rights and interests of each spouse and legal entity of a corporate type. In addition, the developed approach should be the same for all organizational and juridical forms and have the same application in judicial practice.

**Keywords:** family business, family company, family business, corporate rights, joint property of spouses.



**Jędrzej Jerzmanowski**

*PhD, Associate Professor at the Chair of Civil, Commercial and Insurance Law at the Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University in Poznań*

## **ON THE NEED TO EXAMINE THE REASONABILITY OF MAINTAINING A COMPLETE BAN ON FINANCIAL ASSISTANCE IN UKRAINIAN LAW IN THE CONTEXT OF EU AND POLISH LEGISLATION**

### **1. Introduction**

Pursuant to Article 23(5) of Ukrainian Joint-Stock Companies Law (Act of 17/09/2008 № 514-VI), joint-stock companies cannot provide financial assistance for the acquisition of their own shares to third parties. This pertains to financial assistance provided by companies in the form of loans and loan facilities and by providing a surety (or other type of security) for liabilities incurred by third parties to acquire shares of those companies (a so-called financial assistance ban).

The history of financial assistance bans dates back to the 1920s. It starts with the measures adopted in the United Kingdom following the financial crisis triggered by the takeover boom of 1919-1920. One of the causes of the crisis was the widespread use of a strategy that involved the financing of corporate buyouts using the assets of acquired companies. The British legislator concluded that “companies cannot be bought with their own money” and in Section 16 of the Companies Act 1928 explicitly banned companies from providing financial assistance for the acquisition of their own shares, in particular by way of making loans and providing security.

From that moment on, special regulations on the financing of acquisition of companies' own shares have not only made their way into the legislation of most European states, but have also spread to other continents. Their introduction was not limited to the legal systems that rely on the British Companies Act (such as Australia, New Zealand, India, Singapore, the Republic of South Africa, Nigeria or certain Canadian provinces) – they became a rule in states that follow the Roman, Portuguese (e.g. Angola, a former Portuguese colony), French, Spanish (e.g. Paraguay) or Italian (e.g. Venezuela) legal traditions. Meanwhile, no equivalent laws can be found in such states as the US, Switzerland, Russia, the Chinese People's Republic, Brazil and the United Arab Emirates [1; 2, p. 629-639; 3].

Over time, the approach to financial assistance has evolved. Many countries have gradually decided to ease their absolute bans on financial assistance. However, as evidenced by Article 23 of the Joint-Stock Companies Law, Ukraine has not decided to make a similar move. Ukrainian law still mandates a ban of financial assistance, which, interestingly, is exceptionally strict, as it does not allow for any exemptions for ordinary activity of banks and activities related to the acquisition of shares by employees or on employees' behalf (such exemptions are typical for most legal systems that have opted for the ban).

In 2008, Poland decided to relax its financial assistance ban. This paper sets out to discuss current Polish legislation, the EU model it is based upon and encourage Ukrainian legal scholars to examine the potential for easing the Ukrainian financial assistance ban. This topic is attracting more and more attention among foreign legal scholars [see e.g. 4; 5; 6; 7]. In this article I present selected outcomes obtained in research carried out by me within a project financed with the funds awarded by the Polish National Science Centre, decision No. DEC-2013/09/N/HS5/04309.

## 2. EU model

The diffusion of financial assistance regulations in Europe is largely attributable to the EU model. The first financial assistance ban made its way into EU law in 1976 following the adoption of the Second Directive of the Council No. 77/91/EEA of 13/12/1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (EU OJ L 26 of 31/1/1977 p.1). Its provisions remained in force unchanged for nearly three decades. Pursuant to Article 23(1) of the Second Directive, a company could not advance funds, make loans, nor provide security with a view to the acquisition of its shares by a third party. The only exceptions from the ban on financial assistance were set forth in Article 23(2) and 23(3) of the Second Directive. They exempted the transactions concluded by banks and other financial institutions in the normal course of business and transactions effected with a view to the acquisition of shares by or for the company's employees or the employees of an associated company (on condition that they did not cause the reduction of company's net assets below a specified level) from that ban.

Over time the ban on financial assistance, whose economic reasonability has not been supported with evidence, has come under growing criticism. On

the one hand, the ban was shown to fail in preventing abuse it was meant to eliminate, while blocking economically reasonable *bona fide* transactions on the other. In consequence, in 2006, the EU legislator amended the Second Directive and replaced a general ban on financial assistance with a general approval of such practices, conditional only upon satisfying the premises laid down in Article 23(1)(2)-(5) of the amended directive. Pursuant to those provisions, such transactions take place under the responsibility of the administrative or management body at fair market conditions, and require thorough investigation of the credit standing of the third party, or each counterparty in the case of multilateral transactions. The transaction requires prior approval of the general meeting granted by a qualified majority of 2/3 of votes (or, potentially, ordinary majority of votes if at least a half of subscribed share capital is represented at the meeting). The administrative or management body must present a written report to the general meeting, indicating the reasons for the transaction, the interest of the company in entering into such a transaction, the conditions on which the transaction is entered into, the risks involved in the transaction for the liquidity and solvency of the company and the price at which the third party is to acquire the shares. The report must be submitted to the register for publication. The aggregate financial assistance granted to third parties cannot result in the reduction of the net assets below the specified amount (as a rule the subscribed share capital plus provisions that cannot be disbursed under law or corporate statutes). The company must include, among the liabilities in the balance sheet, a reserve, unavailable for distribution, of the amount of the aggregate financial assistance. Where a third party by means of financial assistance from a company acquires that company's own shares issued in the course of an increase in the subscribed capital, such acquisition or subscription must be made at a fair price.

Apart from amending Article 23(1) of the Second Directive, the EU legislator added new Article 23a aimed at preventing the conflicts of interests in transactions with company's affiliates. It mandates that member states introduce appropriate safeguards ensuring that financing transactions between company and members of the company's or its parent's administrative or management body, the parent or individuals acting in their own name, but on behalf of the members of such bodies or on behalf of such undertaking, do not conflict with company's own interests.

The Second Directive was repealed by Directive 2012/30/EU of the European Parliament and the Council of 25/10/2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second

paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (EU OJ L 315 of 14/11/2012, p.74), which contained analogous rules to those included in the Second Directive (in its wording of 2006). Subsequently, in 2017, Directive 2012/30/EU was repealed by Directive of the European Parliament and the Council (EU) 2017/1132 of 14/06/2017 relating to certain aspects of company law.

### **3. Polish regulation**

Polish legislation has followed the developments in EU law. In 2000, the newly adopted Polish Code of Commercial Companies (CCC) of 15/09/2000 (OJ 2017.1577 as amended), introduced a ban on financial assistance to Polish law. Article 345(1) CCC provided that “Company cannot make any loans, provide security, advance funds or directly or indirectly finance in any other way the acquisition or subscription of its own shares”. The only exceptions from this rule involved performances delivered within ordinary activity of financial institutions and performances to the employees of the company or its affiliate, made in order to facilitate the acquisition of or subscription for shares issued by the company.

In 2008, in the wake of the amendment to the Second Directive, the general ban on financial assistance was waived. The recast Article 345(1) now reads: “company may, as a rule, either directly or indirectly, finance the acquisition or the subscription of shares it issues, in particular by extending a loan, disbursing an advance payment or establishing a collateral”. The legislator introduced a general approval of financial assistance, but made its validity dependent on compliance with certain procedural requirements laid down in Article 345(2)-(7) CCC. Those provisions require, among other things, that financial assistance be extended on arm’s length terms and following an investigation of debtor’s solvency (Article 345(2)). Additionally, to provide financial assistance it is necessary to: establish a reserve capital allotted to financing (Article 345(4)); prepare company’s management board’s report on financing (Article 345(6)) to be submitted to registry court and published (Article 345(7)); adopt a general meeting’s resolution on financing (Article 345(5)); and acquire or subscribe for the shares issued by company for a fair price (Article 345(3)).

### **4. A potential relaxation of the Ukrainian ban on financial assistance in the context of Polish experiences**

Many European Union member states have decided not to ease their financial assistance bans. Of 28 EU members, a small minority chose to

implement the latest European regulation on financial assistance. This group includes: Belgium, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Greece, the Netherlands, Luxembourg, Poland, Hungary and Italy [1; 8, p. 11]. Also outside the European Union (for instance in Ukraine), bans on financial assistance are still quite frequent. Was Poland right then to relax the ban on financial assistance for the acquisition or subscription of shares issued by joint-stock companies? In my view – it was. As a rule, the amendment to Article 345 CCC of 2008 should be seen as a positive development. My empirical research (involving an analysis of announcements on financial assistance published in the official journal entitled *Monitor Sądowy i Gospodarczy*) has shown that the rules governing financial assistance are being practically applied in Poland, and companies do provide financial assistance for the acquisition or subscription of their own shares [5, p.337-338]. Had the Polish legislator failed to ease the ban on financial assistance, some of the transactions that we have observed over the recent years could not have gone through. Business operations would have been affected by unnecessary restrictions.

It seems that the Ukrainian legislator could consider the potential relaxation of the financial assistance ban as well. Inspiration can be drawn both from UE law and national legislation in those countries where specific solutions that go beyond the model laid down in Directive 2017/1132 were adopted (such as Italy and the Czech Republic). Additionally, the Ukrainian legislator enjoys more freedom in this respect, as it is not bound by the EU law and is not required to transpose those provisions of Directive 2017/1132 that it finds too far-reaching. This pertains, in particular, to the rules that determine premises for legality of financial assistance. It is precisely due to the difficulties with complying with certain of those criteria that many EU member states have rejected the new European financial assistance regime. For instance, Polish regulation regarding financial assistance is particularly burdensome when it comes to the requirement to establish reserve capital for that purpose from funds that, pursuant to Article 348(1) CCC, could be allocated to distribution among shareholders (Article 345(4) CCC). Importantly, companies with large cash provisions (which could establish reserve capital to finance the acquisition on their own) are not typically the ones being acquired. Rather, buyouts concern companies of weaker financial and organisational standing (but with a major growth potential). Such companies are unable to meet the condition referred to in Article 345(4) CCC. It is equally troublesome that Article 345(2) CCC mandates the investigation of the solvency of the debtor, namely the acquiring party, while (in the case of leveraged transactions), such solvency ratios in typical circumstances are not very high.

Importantly, the Ukrainian legislator should be weary of defining the catalogue of financial assistance forms too broadly. Polish lawmakers fell into this trap and constructed a catalogue of financial assistance forms which is completely open. Article 345(1) CCC provides that: “company may, as a rule (...) finance the acquisition or the subscription of shares it issues, **in particular** [boldfaced by JJ] by extending a loan, disbursing an advance payment or establishing a collateral”. This approach is exceptional when compared to regulations in other countries, which typically list specific forms of financial assistance. At first glance to open the catalogue of financial assistance forms could seem to be the right move, as a way of preventing the evasion of law. However, this assumption has not been confirmed in practice. An open catalogue of financial assistance forms turned out to be a source of major interpretative problems. They mostly concern the so-called MLBOs (merger leveraged buyouts) – the dominant form of corporate buyouts in the market. In an MLBO, a party intending to go ahead with a buyout incorporates a special purpose vehicle that obtains debt financing and then acquires shares in the company being bought out. Subsequently, both companies merge, and the acquiring or newly incorporated company repays the liabilities incurred by the special purpose vehicle using, among other things, assets of the acquired company to repay the debt. Should such transactions be classified as a form of financial assistance within the meaning of Article 345 CCC, it would be necessary to make their legality dependent on compliance with the criteria laid down in Article 345(2)-(7) CCC. Those criteria are, however, completely inadequate as far as MLBOs are concerned [5, p. 118-129]. In fact, it would be most appropriate to exempt MLBO transactions from financial assistance rules and introduce a separate regulation in the Code. Preferably, the regulation should find its place in the section on corporate mergers and should require that the documentation developed during the merger process specify the manner of repayment of liabilities incurred to effect the buyout by the surviving company [5, p. 155-158]. Article 2501-bis of the Italian Codice Civile can serve as an inspiration for potential amendments in this field (Codice Civile of 16/3/1942, Gazzetta Ufficiale No. 79 of 4/4/1942, Serie Generale as amended). Furthermore, it would be recommendable to prevent excessively leveraged companies from participating in MLBOs, in order to prevent subsequent bankruptcies of companies involved in such transactions. In this respect, interesting solutions can be found in Czech law. One of the criteria which determine the admissibility of financial assistance in the Czech Commercial Code is that it cannot cause the financing company to go bankrupt (§ 161f (1)(h) of the Obchodní zákoník Act No. 513/1991).

Insofar as other issues that deserve Ukrainian legislator's attention are concerned, when drafting a new financial assistance regulation it would be useful to refer to the matters of conflict of interest inherent in the transactions with affiliates, management in particular. Directive 2017/1132 contains relevant rules to this effect (Article 65), but they are implemented into Polish law only to a small extent. Particular problems appear in the case of MBO transactions, as conflict of interest is inherent to them and affects every single stage of the process. On the one hand, the managers – as representatives of the company – must act in the best interest of the company and aim at maximising the benefits of its shareholders (sellers of shares). Failure to meet this duty exposes them to risk of penal and civil liability. On the other hand, however, as the buyers (or subscribers) of the shares of that company they are personally interested in ensuring that the MBO transaction be carried out on the best terms and conditions for themselves. Importantly, managers have a major advantage when compared to the sellers of shares due to the asymmetry in the access to information. In the end, board members, and not shareholders, have the best knowledge of the company's situation, including its corporate opportunities, and the actual value of the company's shares. Furthermore, they can influence the share price.

However, despite the clear mandate laid down in Article 65 of Directive 2017/1132, the Polish legislator failed to introduce “appropriate safeguards” to ensure that the financing is not in conflict with the best interest of the financing company when the other party to the financing transaction is an affiliate – managers of the company, its parent, the parent itself and individuals acting in their own name but on behalf of such entities. Lawmakers concluded that other commonly binding regulations of Polish company law (Article 371(1), Article 15(2), Article 344 and Article 20 CCC in particular) guarantee a sufficient level of protection in transactions with affiliates. I do not share this view. In my opinion, Article 65 of Directive 2017/1132 requires broader transposition into Polish law. Polish legislator is right to point out to a number of general safeguards in the Code of Commercial Companies, but the effectiveness of those measures in MLBOs is low. They do not ensure appropriate protection required by Article 54 of Directive 2017/1132 when the counterparty is company's affiliate.

Similar remarks apply to the general rules governing liability established by Polish provisions on financial assistance. The effectiveness of claims for damages, compensation or organisational claims that can be submitted to persons liable for breach is illusory, since in practice there are either no entities interested in pursuing the claims (the manager who has become the owner of

the company will not submit a claim against himself) or even if such entities do exist (minority shareholders) they lack sufficient determination to engage in disputes, or to initiate *actio pro socio* litigation, which is simply financially unreasonable to them. This problem requires Polish legislator's interference as well. It is necessary to fully implement Article 65 of Directive 2017/1132 in Polish law. I believe that the most appropriate way of implementing EU provisions would involve ensuring – in cases referred to in Article 65 of Directive 2017/1132 – that shareholders have more reliable and fuller access to information on financing before they vote to adopt a relevant resolution. This objective can be achieved by extending the required content of management board's report on financing drafted as a part of a process to provide company's financial support to its affiliates and mandating the audit of the report by a certified auditor. What is more, it is advisable to introduce a requirement that transactions with affiliates be compliant with the best interest of the company. When drafting the potential new financial assistance solutions, the Ukrainian legislator should take these matters into account as well.

### Conclusions

As the results of empirical research have shown, to prohibit financial assistance completely is no longer a reasonable choice. To examine the ban on financial assistance in Ukrainian law seems a worthwhile task for Ukrainian legal scholars and the national legislator, as it could contribute to increasing the number of transactions in the Ukrainian capital market. When drafting the new law, it is recommendable that the Ukrainian lawmakers rely on the experiences of the states that have already eased their financial assistance bans (e.g. Poland, Italy, the Czech Republic). As far as the Polish case is concerned, it is useful to consider the following (1) the catalogue of financial assistance forms should not be too broad, to avoid the inclusion of such transactions that cannot comply with financial assistance legality criteria; (2) the drafted regulation should explicitly govern the admissibility of MLBO transactions and prevent mergers of excessively leveraged companies on their basis; and (3) it is particularly important to establish effective mechanisms preventing the conflict of interest in transactions when financial assistance is provided to an affiliate.

1. D. Van Gerven, *Capital directive in Europe – the rules on incorporation and capital of limited liability companies*, Cambridge 2014
2. G. Griffiths (red.), *International acquisition finance – law and practice*, Oxford 2006
3. Ch. Martin, S. Perry, *Private equity – jurisdictional comparisons*, London 2014



4. J. Jendrszczok, *Die Grenzen der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs in der Schweiz und in Deutschland: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der gesellschafts- und zivilrechtlichen Beschränkungen der Heranziehung des Vermögens der Aktiengesellschaft zur Akquisitionsfinanzierung*. Berlin, 2017
5. J. Jerzmanowski, *Finansowanie przez spółkę akcyjną nabycia lub objęcia emitowanych przez nią akcji w procesie wykupu menedżerskiego*. Warszawa 2016
6. M. Sattler, *Financial assistance de lege ferenda*, Hamburg 2014
7. J. Brosius *Die finanzielle Unterstützung des Erwerbs eigener Aktien – §71a AktG im Gesamtgefüge des Kapitalerhaltungsrechts*, Köln 2011
8. G. Strampelli, *Rendering (once more) the financial assistance regime more flexible*, *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2012, Nr 18

**Jerzmanowski J., On the need to examine the reasonability of maintaining a complete ban on financial assistance in Ukrainian law in the context of EU and Polish legislation**

As the results of empirical research have shown, to prohibit financial assistance completely is no longer a reasonable choice. To examine the ban on financial assistance in Ukrainian law seems a worthwhile task for Ukrainian legal scholars and the national legislator, as it could contribute to increasing the number of transactions in the Ukrainian capital market. When drafting the new law, it is recommendable that the Ukrainian lawmakers rely on the experiences of the states that have already eased their financial assistance bans (e.g. Poland, Italy, the Czech Republic). As far as the Polish case is concerned, it is useful to consider the following (1) the catalogue of financial assistance forms should not be too broad, to avoid the inclusion of such transactions that cannot comply with financial assistance legality criteria; (2) the drafted regulation should explicitly govern the admissibility of MLBO transactions and prevent mergers of excessively leveraged companies on their basis; and (3) it is particularly important to establish effective mechanisms preventing the conflict of interest in transactions when financial assistance is provided to an affiliate.

**Keywords:** financial assistance, leveraged buyouts, management buyouts.

**Зозуляк О.І.**

*доктор юридичних  
наук, доцент, доцент  
кафедри цивільного права  
навчально-наукового  
юридичного інституту  
ДВНЗ “Прикарпатський  
національний університет  
імені Василя Стефаника”*

**Zozuliak O.I.**

*Doctor of Law, associate  
professor of Civil Law  
Department, Educational  
Scientific Law Institute,  
V. Stefanyk Precarpathian  
University*

## **ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ НЕПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ**

УДК 347.191.1

Зростання участі непідприємницьких юридичних осіб у цивільних правовідносинах обумовлює необхідність належного врегулювання їх цивільно-правового статусу в цілому та конкретної непідприємницької організації зокрема. Вирішення зазначеного завдання неможливе поза межами доктринальних напрацювань щодо їх систематизації за певними правовими критеріями. Тут одразу варто зауважити, що тих кількох статей, якими окреслюється система непідприємницьких товариств на рівні ЦК України навряд чи достатньо для твердження про те, що в Кодексі закладено послідовний підхід до визначення системи непідприємницьких юридичних осіб. Більше того, доводиться констатувати відсутність системного підходу до врегулювання юридичних осіб в цілому, що не слід сприймати у відриві від проблемних питань систематизації непідприємницьких структур зі статусом юридичної особи. Крім того, на сьогодні розвиток національного законодавства у сфері регламентації найрізноманітніших юридичних осіб від політичних партій та релігійних організацій до об'єднань організацій роботодавців та товариств споживчої кооперації розвивається вкрай непослідовно і вести мову про системність в окресленій сфері відносин, на жаль, не доводиться.

Непідприємницькі юридичні особи як системне явище були предметом досліджень багатьох фахівців у сфері цивільного та господарського права, зокрема: С. С. Алексеева, О. А. Беляневич, В.І.Борисової, С. М. Братуся, О. М. Вінник, В. П. Грибанова, І. П. Грешникова, А. С. Довгерта, Н. В. Козлової, В. В. Кочина, В. М. Кравчука, Н. С. Кузнецової,

А. Я. Курбатова, Д. С. Лещенка, В. В. Луця, Р. А. Майданика, В. К. Мамутова, О. О. Первомайського, О. А. Пушкіна, О. О. Серової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Є. О. Суханова, Ю. К. Толстого, Б. Б. Черепакіна, Я. М. Шевченко, В. С. Щербини, В. Ф. Яковлєва та інших. Водночас постійні динамічні процеси, що мають місце в Україні, поява нових видів та організаційно-правових форм непідприємницьких організацій зі статусом юридичної особи, вимагають комплексного перегляду сучасної доктрини, чинного законодавства України і практики його застосування з метою приведення механізму правової регламентації системи непідприємницьких юридичних осіб у відповідність до сучасних суспільних запитів.

Метою цієї статті є дослідження системи непідприємницьких юридичних осіб та їх місця серед юридичних осіб в цілому.

На думку Н. М. Оніщенко, система – це упорядкована сукупність елементів, взаємопов'язаних і взаємодіючих один з одним, яка має відносну самостійність і органічну єдність, характеризується внутрішньою цілісністю і автономністю функціонування» [7, с. 63]. Подібний підхід щодо поняття «система» висловлює Л. А. Луць, зазначаючи, що це цілісна сукупність (комплекс) закономірно розташованих та взаємопов'язаних і взаємодіючих елементів. До основних ознак системи, як правило, відносяться: комплексність (сукупність) елементів; впорядкованість та подільність елементів; наявність зв'язків між ними; наявність цілісних властивостей [4, с. 48]. Враховуючи наведені підходи щодо поняття та ознак системи, В. П. Шаганенко використовує їх з метою характеристики ознак системи права. Дослідник зауважує, що основним матеріалом щодо побудови системи права є її первинні елементи, зокрема, норми права, які знаходяться у постійному взаємозв'язку. Будь-які норми права покликані регулювати суспільні відносини. Проте, відносини у суспільстві знаходяться у постійній динаміці та взаємозв'язку. Отже, норми права безперервно взаємодіють, створюють галузі та інститути. Внаслідок цієї взаємодії, з одного боку, збільшується обсяг правового регулювання, з іншого боку, створюються загальні принципи та способи регулювання окремих груп суспільних відносин. З'являється процес диференціації норм права за галузями та інститутами [9, с. 36-40]. З наведеним підходом щодо ознак системи права погоджуємось та вважаємо, що у такому ключі варто рухатись і при дослідженні інших правових явищ, у тому числі цивільно-правових.

У наукових розробках І. В. Венедиктової, що пов'язані із дослідженням системи охоронюваних законних інтересів у приватному праві, ос-

тання визначається як відмежувальна множинність взаємодіючих елементів, для якої важливою є взаємодія щодо ознак, які повторюються. Дослідниця наводить ряд ознак, що притаманні системі, які зводяться до таких: цілісність; єдність; структурованість; ієрархічність; стабільність; ефективність; диференційованість [2, с. 168-169]. Очевидно, що таке розуміння ознак системи є прийнятним і при дослідженні системи юридичних осіб в цілому та непідприємницьких зокрема. З урахуванням наведеного, вважаємо, що система юридичних осіб повинна складатись із сукупності елементів – конкретних юридичних осіб, що мають своє місце у цій системі, є впорядкованими та перебувають між собою у взаємозв'язку. Важливою ознакою системи юридичних осіб повинен бути стабільний і, водночас, динамічний характер. Вважаємо за необхідне дати власне визначення поняття «система юридичних осіб» – як об'єктивно існуючої будови юридичних осіб, у межах якої відбувається забезпечення функціонування різних юридичних осіб, що обумовлено метою та завданнями, які стоять перед ними.

Проблематика функціонування непідприємницьких юридичних осіб обумовлена тим, що з однієї сторони вони є елементом загальної системи юридичних осіб, а з іншої – мають власну внутрішню будову (сукупність елементів), що дозволяє сприймати їх як системоутворююче явище. У першій іпостасі непідприємницькі юридичні особи виступають елементом системи, у другій – самою системою. Внутрішня система непідприємницьких юридичних осіб повинна бути зрозумілою та логічною, адже незрозумілість внутрішньої системи непідприємницьких юридичних осіб тягне за собою незрозумілість системи юридичних осіб у цілому.

Питання систематизації пов'язані з необхідністю визначення критеріїв для поділу правових категорій на певні класифікаційні групи. У юридичній літературі класифікація будь-якого поняття передбачає його розподіл, який, на думку М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського, може здійснюватися двома способами. Перший спосіб – це дихотомія, або інакше «поділ навпіл». З її допомогою, використовуючи послідовно один визначений критерій, ділять поняття на дві групи, з яких одну характеризує наявність цієї підстави, а іншу її відсутність. При другому способі, за допомогою визначених підстав створюється необмежена кількість груп. У кожній з них вказані підстави відповідним чином індивідуалізуються [1, с. 383]. Як слушно зауважує І. Р. Калаур, у цивілістичній доктрині запропоновано два шляхи вирішення питання щодо обрання критеріїв при диференціації тих чи інших правових явищ. Перший із них зводиться до пошуку одного критерію диференціації, який можна було б застосову-

вати на всіх етапах поділу. Другий – передбачає застосування на кожному етапі поділу самостійного критерію диференціації [3, с. 68-70]. Як з позиції доктрини, так і правозастосовчої практики, більшою мірою має місце у застосуванні дихотомічний поділ певних правових явищ, адже його використання дозволило в різних інститутах цивільного права (передусім договірному) побудувати фундаментальні класифікаційні критерії поділу тих чи інших цивільно-правових явищ. Хоча, слід вказати, що застосовується також класифікація, відповідно до якої за допомогою визначених критеріїв створюється необмежена кількість груп. Водночас, який би підхід у класифікації не використовувався, важливо, щоб при його застосуванні була змога вийти на логічне розуміння системи тих чи інших правових категорій.

При найрізноманітніших законодавчих та доктринальних підходах до систематизації юридичних осіб, науковці завжди виділяли групу юридичних осіб, що діють з непідприємницькою метою. Дослідження групи непідприємницьких юридичних осіб у рамках єдиної системи дозволяє розглядати їх не як різнорідну сукупність окремих видів юридичних осіб, котрі не мають зв'язків між собою, а як відповідну сукупність, що містить в своїй основі єдність та взаємозв'язок. Як вбачається, основна проблема, що стоїть перед законодавцем у частині вдосконалення правового становища непідприємницьких юридичних осіб лежить в площині класифікації останніх та підбору відповідних критеріїв поділу. Аналіз наукових джерел різних історичних періодів кодифікації вітчизняного законодавства дозволяє стверджувати, що сучасна система непідприємницьких юридичних осіб є результатом еволюції їх видів та розширення напрямів (мети) діяльності останніх. Така система поєднує у собі ті непідприємницькі структури зі статусом юридичної особи, котрі мають багатовікову історію свого існування, та новітні, появу яких зумовлено сучасними реаліями розвитку цивільного обороту та найрізноманітнішими соціально-політичними та економічними чинниками.

Особливо гостро в частині систематизації непідприємницьких юридичних осіб стоїть проблема віднесення до певного виду цих суб'єктів права нових їх видів та організаційно-правових форм. Як слушно відзначає А. В. Меняєв, відсутність визначених критеріїв, «правил», на основі яких могло б вирішитись питання щодо доцільності введення тих чи інших організаційно-правових форм, послужило законодавчою основою для масового створення непідприємницьких організацій, що не мають формоутворюючих ознак. У цьому зв'язку, наголошує автор, непідприємницькі організації слід чітко класифікувати, що дозволить виділити

юридично значимі та виключити зайві критерії розмежування організаційно-правових форм [4, с. 6].

Систему, як послідовне розташування певних складових, що входять у неї, слід будувати з узагальнення спільних рис, що характерні для певної сукупності правових явищ (у нашому випадку – непідприємницьких організацій) до виокремлення характеристик, що є індивідуалізуючими для тієї чи іншої непідприємницької юридичної особи. Очевидно, що для окреслення чіткого вектора розвитку законодавства про систему непідприємницьких юридичних осіб, слід дати відповідь на ключове питання з приводу того, які основні критерії слід закладати в основу системи непідприємницьких юридичних осіб, що й спробуємо з'ясувати далі.

Продовжуючи розвивати міркування щодо пошуку класифікаційних критеріїв при здійсненні систематизації непідприємницьких юридичних осіб, що були б затребуваними цивілістикою, серед наведених нами важливе значення має критерій мети. Втім, його недостатньо для побудови єдиної ієрархічної системи непідприємницьких організацій. Саме тому є сенс звернутись до різноманітних цивільно-правових критеріїв класифікації юридичних осіб в цілому. Такими критеріями виступають, зокрема : склад засновників, форма власності, спосіб організації управління, умови відповідальності юридичної особи тощо. Кожен із наведених критеріїв втілений або на рівні ЦК України, або на рівні спеціальних законів, якими регламентовані засади правового становища тих чи інших непідприємницьких юридичних осіб. Водночас більшість із них є такими, що деталізують елементи системи юридичних осіб, проте не такими, що створюють її каркас.

На нашу думку, в частині систематизації непідприємницьких юридичних осіб варто використовувати ступеневу дихотомічну класифікацію, що останніми роками застосовується у праві договірному. Структурність ступеневої системи, як відзначає В. Г. Олюха, проявляється в тому, що «поділ договорів відбувається в системній класифікації від загального до особливого» [8, с. 176]. Як правильно відзначає І. Р. Калаур, групи договорів кожного наступного рівня є елементами підсистеми попереднього рівня систематизації договорів. Відтак, ключові ознаки окремого типу договорів притаманні договорам усіх його підтипів, які, водночас, мають власні (видові) ознаки. Відповідно, конституційні ознаки окремо взятого підтипу властиві договорам усіх його підвидів [3, с. 68-70]. Ступенева система цивільно-правових договорів, продовжує автор, найбільш послідовно відповідає принципам моделювання сучасного правового регулювання договірних відносин у ЦК України, дає змогу ви-

явити специфіку правової регламентації кожного окремо взятого із них і водночас виробити уніфіковані правові норми для однотипних відносин. З цього випливає, що зазначена систематизація опосередковує два протилежні процеси – уніфікацією та диференціацією правового матеріалу в спектрі регулювання договірних відносин. Перший процес спрямований на моделювання правил поведінки, які властиві всім договорам окремо взятої групи і підлягають застосуванню, якщо спеціальними правилами не передбачено інших можливих варіантів поведінки. Диференціація правових норм, як полярний процес, зумовлена неповторністю складу окремих договірних відносин, що втілюється в життя через відповідний поіменованій договірний інститут [3, с. 68]. З урахуванням наведеного, в сучасній цивілістиці поширеною є класифікація договорів, яка передбачає їх об'єднання в певні групи – типи, види, підвиди. Кожна з цих груп, як відзначає Г. В. Озернюк, є елементом структури системи договорів, вони співвідносяться між собою як ціле та частина і відображають ієрархічність побудови вказаної системи [6, с. 95]

З огляду на наведені вище позиції дослідників щодо ступеневої системи, спробуємо застосувати останню до непідприємницьких юридичних осіб, використовуючи конструкцію «група», «підгрупа», «організаційно-правова форма», «вид», а також з урахуванням доцільності зміни класифікаційних критеріїв та рівнів щодо юридичних осіб у цілому. Зважаючи на це, критерієм першого рівня класифікації юридичних осіб виступає порядок створення. За наведеним критерієм усі юридичні особи поділяються на юридичні особи публічного та приватного права. Цей критерій отримав своє вираження у ст. 81 ЦК України. Далі вбачаємо потребу зміни класифікаційних рівнів та закріплення критерію устрою як критерію другого рівня класифікації. За цим класифікаційним критерієм усі юридичні особи слід поділити на юридичні особи унітарного та корпоративного типу. Наведений критерій, на нашу думку, повинен витіснити конструкцію організаційно-правової форми юридичної особи на нижчий щабель. Критерієм третього рівня класифікації виступає критерій специфіки розподілу прибутку. За цим критерієм усі юридичні особи поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Даний критерій, вважаємо, повинен витіснити критерій поділу товариств на підприємницькі та непідприємницькі.

З наведеного випливає, що непідприємницька юридична особа знаходиться на третьому класифікаційному щаблі, адже вона може бути як юридичною особою публічного, так і приватного права, а за устроєм – юридичною особою унітарного типу чи юридичною особою корпора-

тивного типу. Така роль невідприємницької юридичної особи у системі юридичних осіб у цілому.

Далі ж використаємо конструкцію «група», «підгрупа», «організаційно-правова-форма», «вид» з тим, щоб окреслити внутрішню структуру невідприємницьких юридичних осіб. Отже, як ми наводили вище, невідприємницькі юридичні особи виступають самостійною групою юридичних осіб. Окреслена група юридичних осіб поділяється на дві підгрупи: 1) невідприємницькі юридичні особи корпоративного типу; 2) невідприємницькі юридичні особи унітарного типу. При цьому, невідприємницькі юридичні особи корпоративного типу можуть діяти виключно як юридичні особи приватного права, а невідприємницькі юридичні особи унітарного типу можуть діяти і як юридичні особи приватного права, і як юридичні особи публічного права. У межах кожної із підгруп невідприємницьких юридичних осіб вбачаємо за доцільне виокремлювати кілька організаційно-правових форм. У рамках організаційно-правових форм кожної із підгруп виділяються конкретні види невідприємницьких юридичних осіб. У наведеному проявляється сутність обраного нами підходу щодо систематизації невідприємницьких юридичних осіб.

З урахуванням наведених основних, а також ряду додаткових критеріїв формується внутрішня система невідприємницьких юридичних осіб, яка повинна бути логічною, а також такою, яка б передбачала можливість для появи нових видів невідприємницьких юридичних осіб. Серед додаткових критеріїв – це специфіка управління, форма власності, кількісні, вікові та інші вимоги щодо засновників, наявність чи відсутність майнового зв'язку між учасниками такої юридичної особи та самою юридичною особою, особливості відповідальності учасників за зобов'язаннями останньої. Саме ці критерії обумовлюватимуть особливості структури невідприємницьких юридичних осіб. Якщо основні критерії визначають місце невідприємницьких юридичних осіб у системі юридичних осіб загалом, то набір різних додаткових критеріїв формує внутрішню систему невідприємницьких юридичних осіб у рамках тієї чи іншої організаційно-правової форми. Власне, організаційно-правова форма невідприємницької юридичної особи дозволяє об'єднувати певні групи невідприємницьких організацій за сукупністю спільних рис, що їм притаманні.

Підсумовуючи наведене, вважаємо, що внутрішня система невідприємницьких юридичних осіб, може бути відображена наступним чином. Невідприємницькі юридичні особи є самостійною групою юридичних осіб. Підгрупою досліджуваних суб'єктів права виступають невідприємницькі юридичні особи унітарного типу та невідприємницькі юридичні



особи корпоративного типу. У структурі кожної із підгруп функціонує кілька організаційно-правових форм, у межах яких виділяються конкретні види непідприємницьких юридичних осіб.

1. *Braginsky M. I. Contract law. Book One: Common Positions / Edition 2-nd. M.: «Statute», 2003. 761 p.*
2. *Venediktova I. V. Methodological principles of the law-protected interests in private law: monograph. Kharkiv: New Word, 2011. 260 p.*
3. *Kalaur I.R. Contractual obligations for the transfer of property for use: problems of theory and practice. Monograph. Ternopil: Textbooks and manuals, 2014. 480 p.*
4. *Luts L. A. Criteria of system analysis - methodological bases of the legal system study. Visnyk of Lviv university. 2001. Issue 36. P. 48-51.*
5. *Menyaev A. V. Legal status and system of non-profit organizations in Russian civil law: author's abstract of diss. for degree of PhD in Law. Samara. 2011. 20 p.*
6. *Ozernyuk G.V. The system of civil contracts under the legislation of Ukraine and foreign countries. Scientific Bulletin of the International Humanitarian University. Series «Jurisprudence». 2011. Issue 1. P. 91-95.*
7. *Onischenko N.M. General characteristics of the legal system as an intergrating category of jurisprudence. Legal State: Yearbook of Scientific Papers of the Institute of State and Law after V. Koretsky of the National Academy of Sciences of Ukraine. Issue 2. K.: «The Legal Book», 2000. P. 62-75.*
8. *Olyukha V.G. Contract in civil law: concept, functions and system: diss. for PhD in Law. Kyiv National University after Taras Shevchenko. 2003. 191 p.*
9. *Shaganenko V.P. The system of law: concept, essence and significance. Legal Education and Science. 2013. No. 4. P. 36 - 40.*

#### **Зозуляк О. І. Система непідприємницьких юридичних осіб: теоретико-правовий аналіз**

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу питань, пов'язаних із проблематикою розробки системи «непідприємницьких юридичних осіб». У науковій праці аналізуються концепції провідних вчених України щодо сутності системи правових явищ в цілому та непідприємницьких юридичних осіб зокрема.

Робиться висновок з приводу того, що непідприємницькі юридичні особи виступають самостійною групою юридичних осіб, що поділяється на дві підгрупи: 1) непідприємницькі юридичні особи корпоративного типу; 2) непідприємницькі юридичні особи унітарного типу. У межах кожної із підгруп непідприємницьких юридичних осіб вбачаємо за доцільне виокремлювати кілька організаційно-правових форм, які вміщують у собі конкретні види непідприємницьких юридичних осіб.

---

**Ключові слова:** юридична особа, непідприємницька юридична особа, система непідприємницьких юридичних осіб.

**Zozuliak, O. I. Non-entrepreneurial Legal Entity: the Theoretical and Legal Analysis of the system**

The article is devoted to the theoretical and legal analysis of issues related to the range of problems connected with development of such legal model as ‘non-entrepreneurial legal entity’. In the scientific work the author makes an analysis of those concepts which are submitted by the leading Ukrainian scholars and concern the formation of civil-law terminology in general and that is applied to the non-entrepreneurial legal entities, in particular.

The author has concluded that it is expedient to apply the set of criteria during formation of the non-entrepreneurial legal entity. The article gives the definition of non-entrepreneurial legal entity in the narrow and broad meanings.

The author presents one’s own definition of the system of the non-entrepreneurial legal entity, as a legal entity of public or private law, whether of corporate or unitary type, which is specially established in the different areas of social life and endowed with a special legal capacity.

The non-entrepreneurial legal entity shall be entitled to carry out activities with a view to profit but it doesn’t distribute it among participants (members).

**Key words:** legal entity, non-entrepreneurial legal entity, characteristics of a non-entrepreneurial legal entity.

**Лаптева М.І.**

*аспірантка кафедри  
цивільного права № 2  
Національного юридичного  
університету імені Ярослава  
Мудрого*

**Lapteva M.I.**

*postgraduate student of the  
Department of Civil Law № 2,  
Yaroslav Mydryi National Law  
University*

## **ШЛЮБ ТА ФАКТИЧНІ ШЛЮБНІ ВІДНОСИНИ (СПІЛЬНІ ТА ВІДМІННІ РИСИ)**

УДК 347

**Постановка проблеми.** Відповідно до статті 21 Сімейного кодексу України (далі СК України) шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану. Далі законодавець визначив, що проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя. Однак, у ст. 74 СК України визначено, що якщо жінка й чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності. Набувають такі особи і взаємні права на утримання, які належать подружжю (ст. 91 СК України). На перший погляд, вказані особи мають обсяг взаємних прав та обов'язків майнового характеру, який дорівнює обсягу майнових прав та обов'язків подружжя. Таким чином, необхідно розібратися із сімейними категоріями «шлюб» і «фактичні шлюбні відносини», їх спільні та відмінні риси.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Визначені категорії досліджували такі учені як: В. Ф. Маслов, І. В. Жилінкова, З. В. Ромовська, В. В. Надьон, В. К. Антошкіна, В. І. Борисова, Я. В. Новохатська та ін.

**Виклад основного матеріалу.** З прийняттям СК України, особи (жінка та чоловік), які бажають створити сім'ю, мають право на: 1) шлюб, і 2) фактичні шлюбні відносини (в суспільстві прийнято називати «цивільний шлюб»). Зразу ж слід зазначити, що термін «цивільний шлюб» - це шлюб, зареєстрований у встановленому законом порядку. Тому, це не правильний термін, який можна почути в суспільстві, мова йде про не зареєстровані відносини у встановленому законом порядку, отже, особи проживають без реєстрації, тобто як визначає закон проживають однією сім'єю (фактичні шлюбні відносини). І. В. Жилінкова відмічала, що фактичні шлюбні відносини за своєю суттю – це шлюбні відносини,

які не мають державного визначення та реєстрації. Вони відзначаються серйозністю намірів сторін і спрямовані на тривале співжиття жінки та чоловіка. У зв'язку з цим для теорії та практики важливим є визначення ознак фактичних шлюбних відносин [1].

Ще з часів римського приватного права існував прообраз фактичного шлюбу під назвою «конкубінат», який визначався як співжиття дозволене законом, коли у чоловіка було відсутнє бажання вступати до шлюбу, а у жінки – намір наслідувати соціальне становище чоловіка. Першою державою, яка на законодавчому рівні врегулювала питання фактичного подружжя, була Швеція. Уперше признавати такі відносини між чоловіком та жінкою започаткував Цивільний кодекс України в статті 283, в коментарі до неї сказано: «Заслугують окремого розгляду права осіб, які перебувають у так званих фактичних відносинах. Оскільки такі особи проживають разом з наймачем і ведуть з ним спільне господарство, вони за судовою практикою, що склалась, визнаються, як правило, членами сім'ї і, таким чином, мають рівне право на житлову площу» (ЦК України, 1971 рік). Цю тезу повторить Житловий кодекс України, у 1989 р. в статті 64 при визначенні поняття члена сім'ї.

Потім, не називаючи «фактичні відносини», стаття 17 Закону України «Про власність» (ВВР, 1991, № 20, ст. 249) закріпила набуте в результаті спільної праці членів сім'ї як їхню спільну сумісну власність (цей Закон втратив чинність у 2007 р.).

Після прийняття цього Закону, а також постанови Пленуму Верховного Суду України № 20 від 22 грудня 1995 року «Про судову практику у справах за позовом про захист приватної власності» суди почали застосовувати частину 1 статті 17 Закону «Про власність» у майнових спорах осіб, які проживали однією сім'єю, тобто які знаходилися у фактичних шлюбних відносинах, а після набуття чинності Сімейним кодексом стали визнавати права фактичного подружжя на майно на підставі статті 74 СК України.

Фактичні шлюбні відносини були визначені і Кодексом про сім'ю, опіку, шлюб РСФСР від 19.07.1926 р., а також Указом від 08.07.1944 р., відповідно до яких Цей шлюб прирівнювався до зареєстрованого, відповідно, і майно, набуте в такому шлюбі визнавалося спільним, наступало право на стягнення аліментів, на одержання спадку після смерті одного з такого подружжя, на пенсію та інше. З прийняттям указу від 10.11.1944 р. таке право втрачалося, якщо «шлюб» не був зареєстрований.

Верховний Суд України в своїй постанові від 20 лютого 2012 р. визначив, фактичні шлюбні відносини так, коли чоловік і жінка не перебу-

вають у будь-якому іншому шлюбі та між ними склалися усталені відносини, що притаманні подружжю.

Виникає питання чи можна на осіб, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між особою застосовувати правовий статус подружжя?

На це питання не було б відповіді, якщо б свого часу З. В. Ромовська (авторка нового СК України) не пояснила наступне: «Розвиток нашого законодавства має йти не шляхом надання жінці та чоловіку, які спільно проживають без шлюбу, прав та обов'язків подружжя, а надання їм прав та обов'язків, як особам, які проживають однією сім'єю. Ці права можуть бути тотожними за змістом... але підстави їх виникнення є різними» [2, с. 68-69]. На це пояснення І. В. Жилінкова зазначала, що якщо розвернути пояснення З. В. Ромовської, то воно виглядатиме наступним чином: а) жінка та чоловік, які проживають однією сім'єю без шлюбу, не мають прав та обов'язків подружжя; б) вони набувають прав та обов'язків як особи, які проживають однією сім'єю; в) загальних прав та обов'язків осіб, які проживають однією сім'єю, не існує; г) тому права та обов'язки жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю без шлюбу, збігаються з правами та обов'язками подружжя [1, с. 87].

Зазначені автори постійно оперують категорією «сім'я». Сім'я - це група людей, які спільно проживають, пов'язаних особисто-спорідненою близькістю (подружжя, батьки, діти та ін.). Така близькість виникає головним чином на основі взаємної любові чоловіка і жінки, які вступають в шлюб для задоволення природної потреби народження і виховання дітей [3, с. 11]. У сім'ї людина знаходить задоволення своїм одвічним прагненням до особистого щастя, до досягнення прекрасного і піднесеного. Шлюб, спорідненість і на цій основі особиста прихильність – цементуючий початок сімейного союзу. Вони породжують такі риси та особливості відносин між його членами, як взаємна турбота, допомога і підтримка один одного [3, с. 11].

Слід зазначити, що в СК України вперше міститься окрема стаття присвячена «сім'ї». В етимологічному словнику «сім'я» походить від слова «сьем», що означає «робітник, слуга, домочадець» [1, с. 374]. Відповідно до ст. 3 СК України сім'я є первинним та основним осередком суспільства. Сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства. Тобто в цьому положенні закон і передбачає фактич-

ні шлюбні відносини, які підпадають під категорію сім'ї, а саме: спільне проживання чоловіка і жінки; спільний побут; взаємні права та обов'язки.

Судова практика трактує ознаки спільного проживання сім'єю таким чином: чоловік та жінка проживають разом; ведуть спільне господарство; мають єдиний бюджет.

Тривалість спільного проживання як критерій наявності сім'ї на законодавчому рівні не визначений, що може бути спірним моментом з точки зору кваліфікації взаємин подружжя. Видається, що такий строк має бути достатнім для того, щоб стверджувати, що між чоловіком та жінкою склалися усталені відносини, які притаманні подружжю.

Варто наголосити, що одне лише спільне проживання не є достатнім для визнання фактичного подружжя сім'єю без наявності інших ознак сім'ї. Наявність спільних дітей та взаємні права та обов'язки фактичного подружжя, що виникають у зв'язку з їхнім народженням (виховання та утримання дітей) також можуть свідчити про те, що між чоловіком та жінкою склалися усталені відносини, що притаманні подружжю.

Таким чином, особи, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою не вважаються подружжям, однак на визначених осіб закон покладає взаємні майнові права та обов'язки. Щодо немайнових прав та обов'язків, то слід зазначити, що закон звільняє зазначених осіб від обов'язкового здійснення суб'єктивних прав та виконання суб'єктивних обов'язків, які можуть виникати відносно один одного. На перший погляд, шлюб та фактичні відносини дуже схожі, і навіть в суспільстві можна почути від молоді розмови, що взагалі не потрібно укладати шлюб, можна проживати разом без реєстрації і при цьому вважатися, як подружжя з взаємними правами і обов'язками. Розберемося більш ретельно з цим розумінням.

Ітак, закон переважно охороняє права осіб, які перебувають у зареєстрованому шлюбі. Цей висновок робиться з аналізу норм сімейного законодавства, в якому переважно визначаються особисті немайнові та майнові сімейні права подружжя, тобто осіб, які перебувають у зареєстрованому шлюбі. І декілька посилань можна зустріти стосовно осіб, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах. Цій категорії осіб свої права потрібно доводити, як правило, у судовому порядку, на відміну від подружжя, права та обов'язки яких прямо передбачено у законі. Так, наприклад:

1) у випадку, коли майно, придбане фактичним подружжям за спільні кошти, оформлюється на когось одного. Якщо при зареєстрованому

шлюбі це не має юридичного значення, то за умов «фактичних шлюбних відносин» має, і воно досить велике. Майно, оформлене на одного з учасників фактичних відносин, є виключно його майном, тобто факт проживання сім'єю не визначений, режим майна – приватна власність особи, яка є набувачем майна. Друга сторона права на таке майно не має права, доки не доведе в судовому порядку, що воно є спільним. На підтвердження цьому факту, Верховний Суд України в своїй постанові від 20 лютого 2012 р., зазначив, що для визначення осіб як таких, що перебувають у фактичних шлюбних відносинах, для вирішення майнового спору на підставі ст. 74 СК України, суд повинен встановити факт проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу в період, протягом якого було придбано спірне майно. Під час укладення однією з осіб, що проживали сім'єю, стосовно спільного майна договору, який потребує нотаріального посвідчення або державної реєстрації, згода іншого не вимагається.

При зареєстрованому шлюбі така згода не тільки вимагається, але й має бути належним чином оформлена (нотаріально засвідчена);

2) за необхідності поділу майна, нажитого під час проживання однією сім'єю без шлюбу, та недосягнення згоди шляхом укладення нотаріально посвідченого договору, необхідно звернутися до суду з позовом про визнання факту проживання однією сім'єю, визнання майна спільною сумісною власністю/визнання права власності на 1/2 частину цього майна та поділ такого майна/визначення частки у спільній сумісній власності/стягнення грошової компенсації за частку у спільному майні.

У позові необхідно довести, що особи у певний проміжок часу проживали однією сім'єю й набули в цей час майно, яке вони бажають поділити. Доказами проживання однією сім'єю можуть бути: довідки ЖЕО, реєстраційний запис у паспорті, показання свідків, які можуть підтвердити факт спільного проживання, листування й інше. Матеріальну підтримку можна доводити документами (спільна сплата рахунків, оформлення кредиту тощо).

Так, рішенням Заліщицького районного суду від 31 грудня 2013 року задоволено позов Висоцької Л. Д. до Висоцького М. С. про визнання права власності на 1/2 частину квартири як об'єкта спільної сумісної власності подружжя. Суд виходив з того, що спірна квартира набута сторонами під час перебування сторін у фактичних шлюбних відносинах відповідно до ст. 74 СК України.

Однак, колегія суддів не погодилась з таким висновком і 20.02.2014 року ухвалила нове рішення, яким скасувала рішення місцевого суду і відмовила позивачці у задоволенні позовних вимог про поділ квартири.

При цьому колегія виходила з того, що ст. 74 СК України, на яку послались позивачка та суд, набула чинності з 2004 року, а спірна квартира придбана у 1992 році. Таким чином, правовідносини, які виникли між сторонами повинні регулюватись нормами закону, який діяв на той час, а саме Законом України «Про власність», за змістом якого майно, придбане внаслідок спільної праці членів сім'ї є їх спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлене письмовою угодою між ними;

3) проживання однією сім'єю жінки й чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них права на спадкування за законом у першу чергу (п. 21 постанови Пленуму ВСУ №7 від 30.09.2008 «Про судову практику у справах про спадкування»). Тобто, один із подружжя визнається спадкоємцем за законом, лише якщо він перебував у зареєстрованому шлюбі з померлою особою, причому правове значення тут має факт перебування в зареєстрованому шлюбі, а не наявність фактичних шлюбних відносин. Особу, яка проживала з померлим однією сім'єю, законодавцем віднесено аж до четвертої черги спадкоємців за законом. До того ж, щоб потрапити до четвертої черги спадкування, обов'язковим є ще й проживання зі спадкодавцем сім'єю не менше п'яти років до часу відкриття спадщини.

Згідно з ч. 2 ст. 1259 ЦК України фізична особа, яка є спадкоємцем за законом наступних черг, може за рішенням суду одержати право на спадкування разом із спадкоємцями тієї черги, яка має право на спадкування, за умови, що вона протягом тривалого часу опікувалася, матеріально забезпечувала, надавала іншу допомогу спадкодавцеві, який через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво був у безпорадному стані. Таким чином, за наявності обставин, вказаних у ст. 1259 ЦК України, чоловік (жінка), що проживали спільно зі спадкодавцем однією сім'єю, можуть отримати право на спадкування разом з спадкоємцями попередніх черг. Спир про таке право вирішуватиметься в судовому порядку.

**Висновки.** Незважаючи на те, що законодавець ввів у СК України категорію осіб, які проживають однією сім'єю але не перебувають у шлюбі між собою («фактичні шлюбні відносини»), в певних передбачених законом випадках прирівнює її до категорії «шлюбу», однак, на практиці помітна перевага, все таки зареєстрованих шлюбних відносин.

Щодо фактичних шлюбних відносин, то всі дії, що будуть вчинятися особами, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі між собою щодо набуття спільного майна повинні бути належним чином оформлені, для того, щоб в подальшому спростити процедуру поділу спільного майна визначених категорій осіб.



1. *Family Code of Ukraine: Scientific and Practical Commentary / Ed. I.V. Zhilinkova. X.: Xylon, 2008. 855 p.*
2. *Romovska Z. V. Family Code of Ukraine: Scientific and practical commentary. K., 2006. P. 68-69.*
3. *Tsyganenko G. P. The etymological dictionary of the Russian language. K., 1989. P. 374.*
4. *Kharkiv civilian school: Anthology of family law: monograph / under the general. ed. prof. I.V. Spasibo-Fateeva. Kharkov: Right. 2013. 240 p.*

**Лаптева М. І. Шлюб та фактичні шлюбні відносини (спільні та відмінні риси)**

З прийняттям Сімейного кодексу України, особи (жінка та чоловік), які бажають створити сім'ю, мають право на: 1) шлюб, і 2) фактичні шлюбні відносини.

Особи, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою не вважаються подружжям, однак на визначених осіб закон покладає взаємні майнові права та обов'язки. Щодо немайнових прав та обов'язків, то слід зазначити, що закон звільняє зазначених осіб від обов'язкового здійснення суб'єктивних прав та виконання суб'єктивних обов'язків, які можуть виникати відносно один одного. На перший погляд, шлюб та фактичні відносини дуже схожі, і навіть в суспільстві можна почути від молоді розмови, що взагалі не потрібно укладати шлюб, можна проживати разом без реєстрації і при цьому вважатися, як подружжя з взаємними правами і обов'язками.

У статті доведено, що не зважаючи на те, що законодавець ввів у Сімейний кодекс України категорію осіб, які проживають однією сім'єю але не перебувають у шлюбі між собою («фактичні шлюбні відносини»), в певних передбачених законом випадках прирівнює її до категорії «шлюбу», однак, на практиці помітна перевага, все таки зареєстрованих шлюбних відносин.

Щодо фактичних шлюбних відносин, то всі дії, що будуть вчинятися особами, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі між собою щодо набуття спільного майна повинні бути належним чином оформлені, для того, щоб в подальшому зпростити процедуру поділу спільного майна визначених категорій осіб.

**Ключові слова:** шлюб, фактичні шлюбні відносини, права, обов'язки, спільна власність, приватна власність.

**Lapteva M. I. Marriage and actual marriage relations (common and distinctive features)**

With the adoption of the Family Code of Ukraine, persons (women and men) who wish to establish a family have the right to: 1) marriage, and 2) actual marriage relations.

Individuals living with one family, but not married to each other, are not considered spouses, however, in certain persons, the law imposes mutual property rights and obligations. Regarding non-property rights and obligations, it should be noted that

the law exempts the said persons from the mandatory exercise of subjective rights and the exercise of subjective obligations that may arise in relation to one another. At first glance, marriage and actual relationships are very similar, and even in a society you can hear from young people that they do not have to marry at all, you can live together without registration and at the same time be considered as a marriage with mutual rights and responsibilities.

The article shows that despite the fact that the legislator has introduced into the Family Code of Ukraine the category of persons living with one family but not married to each other («actual marriage relations»), in certain cases provided for by law, equates it to the category «Marriage», however, in practice has a significant advantage, nevertheless registered marriage relations.

With regard to actual marriage relations, all actions that will be committed by persons who are living together, but not married to each other in relation to the acquisition of joint property, must be duly executed in order to further simplify the procedure for the division of joint property of certain categories of persons.

**Keywords:** marriage, actual marriage relations, rights, responsibilities, common property, private property.

**Мартинюк І.В.**

*асистент кафедри права  
інтелектуальної власності  
та корпоративного права  
Національного університету  
«Одеська юридична  
академія»*

**Martyniuk I.V.**

*assistant of Intellectual  
Property and Corporate  
Law Department, National  
University "Odessa Law  
Academy"*

## **КОРПОРАТИВНІ ДОГОВОРИ У ТОВАРИСТВАХ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ ТА АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВАХ: ДО ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ**

УДК 347.721:(347.725+347.724)

Верховна Рада України 23 березня 2017 року прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» (надалі – Закон про корпоративні договори). Підписаний даний Закон був дещо пізніше і тільки 18 лютого 2018 року набрав чинності.

Зазначений Закон передбачає можливість укладення корпоративних договорів між акціонерами акціонерних товариств і учасниками (засновниками) товариств з обмеженою відповідальністю з метою врегулювання їхньої спільної діяльності, надає можливість для міноритарного акціонера/учасника впливати на ключові питання діяльності товариства та гарантує можливість кожного інвестора в будь-який момент вийти зі складу товариства, повернути свою інвестицію та прибуток від неї.

Проблеми, пов'язані з запровадженням корпоративних договорів до законодавства та корпоративної практики досліджено у наукових працях таких відомих учених, як В.І. Борисова, В.А. Васильєва, В.В. Васильєва, О.М. Вінник, О.П. Віхров, Н.С. Глузь, А.В. Зеліско, О.І. Зозуляк, Ю.М. Жорнокуй, О.Р. Кібенко, О.О. Кот, В.М. Кравчук, І.В. Лукач, В.В. Луць, І.М., І.В. Спасибо-Фатєєва, Т.Б. Штим, О.С. Яворська та ін.

Попри те, що багато з питань корпоративних договорів були предметом низки наукових розвідок, відсутнє комплексне дослідження цієї категорії і, як наслідок цього, відсутня єдина концепція корпоративного договору. Зазначене свідчить про необхідність системного підходу у дослідженнях цивільно-правового розуміння корпоративного договору

з урахуванням останніх змін у законодавстві та судовій системі, зумовлених, зокрема, прагненням України інтегруватися до єдиного європейського простору.

Отже, актуальність теми дослідження зумовлена потребою у дослідженні корпоративного договору, його ролі у захисті корпоративних прав із врахуванням економічних і правових перетворень в Україні, які вимагають інтегрування у світове економічне і правове співтовариство.

Закон про корпоративні договори вводить в українське законодавство низку нових правових інститутів:

1. Договір про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю.

За договором про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю (надалі – корпоративний договір ТОВ) його сторони зобов'язуються реалізовувати у спосіб, передбачений договором, права, які надаються учасникам (засновникам) товариства з обмеженою відповідальністю, та/або утримуватися від реалізації зазначених прав.

Корпоративним договором ТОВ може бути передбачено обов'язок сторін: голосувати у спосіб, передбачений договором, на загальних зборах учасників (засновників); погоджувати придбання або відчуження частки за заздалегідь визначеною ціною; утримуватися від відчуження часток до настання визначених у договорі обставин; вчиняти інші дії, пов'язані з управлінням товариством з обмеженою відповідальністю, його припиненням або виділом з нього нової юридичної особи.

Корпоративний договір ТОВ також може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник вправі або зобов'язаний придбати або продати частки у статутному капіталі товариства та визначати випадки (які можуть залежати чи не залежати від дій сторін), коли таке право або обов'язок виникає. Предметом корпоративного договору ТОВ не можуть бути зобов'язання сторони договору голосувати згідно з вказівками органів управління ТОВ, щодо часток якого укладений договір, крім випадків, якщо стороною договору є особа, яка одночасно входить до складу органу управління товариства. Корпоративний договір ТОВ укладається в письмовій формі на визначений строк або без визначення строку. Корпоративний договір ТОВ є обов'язковим тільки для його сторін. За загальним правилом, інформація про зміст корпоративного договору ТОВ не підлягає розкриттю і є конфіденційною. Однак інформація про укладення корпоративного договору ТОВ повинна бути повідомлена товариству протягом трьох робочих днів з дати його укладення.

Будь-який інший договір, укладений стороною корпоративного договору ТОВ в порушення корпоративного договору, може бути визнаний судом недійсним за позовом заінтересованої сторони корпоративного договору ТОВ у випадках, якщо буде доведено, що інша сторона за договором знала або повинна була знати про обмеження, передбачені корпоративним договором ТОВ. Порушення корпоративного договору ТОВ не може бути підставою для визнання недійсними рішень органів управління ТОВ.

Таким чином, навіть укладення корпоративного договору не створює безумовних підстав для визнання недійсними рішень органів управління товариством. Проте, в силу обмеженості суб'єктного складу корпоративного договору, такі положення є логічними та обґрунтованими, крім того, існує можливість передбачити інші ефективні засоби захисту прав учасників.

У разі порушення корпоративного договору ТОВ, яким передбачено обов'язок учасника придбати або продати частку у статутному капіталі ТОВ за заздалегідь визначеною ціною та/або у разі настання визначених у договорі обставин, заінтересована сторона корпоративного договору ТОВ може подати до суду позов про примусове виконання обов'язку шляхом зобов'язання сторони договору придбати (продати) частку на умовах, визначених договором.

Корпоративним договором ТОВ можуть передбачатися способи забезпечення виконання зобов'язань і заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань (відшкодування збитків, стягнення неустойки тощо).

Кредитори товариства та інші треті особи можуть укласти договір з учасниками ТОВ, за яким останні з метою забезпечення інтересів кредиторів зобов'язуються реалізовувати свої корпоративні права у спосіб, передбачений договором, або утримуватися (відмовитися) від їх реалізації, в тому числі: голосувати у спосіб, передбачений договором, на загальних зборах учасників товариства; узгоджено вчиняти інші дії, пов'язані з управлінням товариством; придбавати або відчужувати частки в статутному капіталі за певною ціною чи за умови настання визначених у договорі обставин; утримуватися від відчуження часток до настання визначених у договорі обставин.

## 2. Договір між акціонерами

Договір між акціонерами – це договір, предметом якого є реалізація акціонерами - власниками простих та привілейованих акцій прав на акції та/або прав за акціями, передбачених законодавством, статутом та іншими внутрішніми документами товариства (надалі – акціонерний договір).

За договором між акціонерами його сторони зобов'язуються реалізувати у спосіб, передбачений таким договором, свої права та / або утримуватися від реалізації зазначених прав [2, с. 21]. Зокрема, вони можуть: голосувати у спосіб, передбачений договором, на загальних зборах акціонерів; погоджувати придбання або відчуження акцій за заздалегідь визначеною ціною та/або у разі настання визначених у договорі обставин; утримуватися від відчуження акцій до настання визначених у договорі обставин; вчиняти інші дії, пов'язані з управлінням товариством, його припиненням або виділом з нього нового товариства.

Акціонерний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких акціонер вправі або зобов'язаний придбати або продати акції товариства, та визначати випадки (які можуть залежати чи не залежати від дій сторін), коли таке право або обов'язок виникає. Предметом акціонерного договору не можуть бути зобов'язання сторони договору голосувати згідно з вказівками органів управління товариства, щодо акцій якого укладений цей договір, крім випадків, якщо стороною договору є особа, яка одночасно входить до складу органу управління товариства. Акціонерний договір укладається в письмовій формі на визначений строк або без визначення строку. Акціонерний договір є обов'язковим тільки для його сторін. Договір, який стосується прав на акції та/або прав за акціями, укладений стороною акціонерного договору в порушення такого договору, може бути визнаний судом недійсним за позовом заінтересованої сторони акціонерного договору лише у випадку, якщо буде доведено, що інша сторона за відповідним договором знала або повинна була знати про обмеження, передбачені акціонерним договором. Інформація про укладення акціонерного договору повинна бути повідомлена товариству протягом трьох робочих днів з дати його укладення. Публічне акціонерне товариство розкриває інформацію про наявність акціонерного договору у порядку, встановленому для розкриття особливої інформації про емітента. За загальним правилом, інформація про зміст акціонерного договору не підлягає розкриттю і є конфіденційною. Порушення акціонерного договору не може бути підставою для визнання недійсними рішень органів товариства. Особа, яка відповідно до акціонерного договору набула право визначати варіант голосування на загальних зборах акціонерів за акціями товариства, зобов'язана повідомити товариству про набуття такого права у випадку, якщо в результаті такого набуття ця особа самостійно або разом із своєю афілійованою особою або особами прямо або опосередковано отримує можливість розпоряджатися більше ніж 10, 25, 50 або 75 відсотками голосів за розміщеними простими акціями товариства.

Акціонерним договором можуть передбачатися способи забезпечення виконання зобов'язань та заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань (відшкодування збитків, стягнення неустойки тощо).

Зазначені положення надають нові інструменти кредиторам, коли необхідно звернути стягнення на предмет забезпечення. Відтепер згода учасників на отримання у власність частки у порядку звернення стягнення може бути передбачена корпоративним договором з кредитором, що надає йому певні гарантії захисту прав та законних інтересів [3, с. 188].

Про самостійне, особливе місце корпоративного договору в системі цивільно-правових договорів відзначав у своїх роботах Сигидин М.М., аргументуючи: специфічним предметом договору - є узгоджені дії учасників господарського товариства щодо управління корпоративними правами організаційного (немайнового) характеру; специфічним суб'єктом складом - є виключно учасники господарського товариства - власники корпоративних прав, які реалізують свої правомочності щодо управління товариством; сферою застосування - в межах юридичної особи корпоративного типу; акцесорним характером - укладення корпоративного договору на підставі положень установчих документів господарського товариства; спрямованістю договору на досягнення спільного для учасників результату - управління корпоративними правами [4, с. 141] .

В. А. Бородкін, обґрунтовуючи неоднорідність корпоративного договору, зазначаючи, що корпоративний договір складається з трьох договірних видів, кожен з яких має свій предмет (договір простого товариства, організаційний договір, договір купівлі-продажу і опціону), в той же час вважає, що корпоративний договір за рахунок певного регулювання корпоративних відносин створює корпоративно-правовий ефект, який поширюється на учасників корпоративного договору в їх відносинах з корпорацією (внутрішній ефект) і при певних умовах може поширюватися на товариство і третіх осіб (зовнішній корпоративно-правовий ефект) [5, с. 8] .

З позиції захисту корпоративних прав розглядає корпоративний договір О.В. Бігняк. На думку науковця, є декілька чинників, які свідчать на користь його позиції.

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

По-друге, за допомогою корпоративного договору є можливість врегулювати корпоративні конфлікти, наприклад у разі ситуацій, коли при-

йняття будь-якого рішення загальними зборами або наглядовою радою є неможливим через відмінності позицій учасників/акціонерів, які володіють однаковою кількістю голосів (50/50). Йде мова про застереження в договорі «deadlock provision», яким передбачено порядок вирішення розбіжностей щодо ключових питань управління компанією та в основі якого лежить принцип недопущення знищення суб'єкта господарювання лише тому, що партнери не можуть досягти згоди в розв'язанні певної проблеми. А отже чітко прописані умови «deadlock provision» є засобом захисту на етапі досудового врегулювання спору із застосуванням альтернативних форм захисту.

По-третє, будучи внутрішнім договором юридичної особи та маючи організаційно-правову складову, корпоративний договір є синергією умов стосовно корпоративного управління та захисту корпоративних прав [3, с. 192].

Таким чином, підсумовуючи проведене дослідження, можна зробити висновок про таке.

1. Корпоративний договір не є універсальною категорією і його умови можуть відрізнятися в залежності від організаційно-правової форми юридичної особи – корпоративного утворення. Тому ми можемо говорити про корпоративні договори у ТОВ та корпоративні договори у АТ. Можливо, є сенс зберегти назву акціонерних угод стосовно корпоративних договорів у АТ, зважаючи на їх специфіку.

2. Корпоративні договори, незважаючи на їх відмінності, є дієвим інструментом захисту корпоративних прав у корпоративних правовідносинах.

1. *The Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine regarding Corporate Contracts» dated 23.03.2017. [Electronic resource] - Access mode: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1984-19>*
2. *Paplik O. The contract between the shareholders of the company as a way of implementing corporate rights. Entrepreneurship, economics and law. - 2018. No. 3. P. 19-24.*
3. *Bigniak O. V. Protection of corporate rights: problems of theory and practice: monograph / O.V. Hornet. NU OLA. Odessa: Legal literature, 2018. 408 p.*
4. *Sigidin M. M. Corporate agreement in the system of civil contracts. Current problems of improving the current legislation of Ukraine: scientific articles. P. 139-147.*
5. *Borodkin V. G. Civil law regulation of the corporate agreement: author's abstract dissertation of cand. in law sciences. M., 2015. P. 8-9.*



### **Мартинюк І.В. Корпоративні договори у товариствах з обмеженою відповідальністю та акціонерних товариствах: до проблеми співвідношення**

Стаття присвячена корпоративним договорам у товариствах з обмеженою відповідальністю та акціонерних товариствах. В статті приділяється увага змінам законодавства в сфері корпоративних договорів, стану висвітлення даної теми в вітчизняних наукових дослідженнях та безпосередньо обґрунтовується актуальність даного дослідження. Проводиться аналіз нових правових інститутів, які були введені до законодавства, а саме: договору про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю та договору між акціонерами. Досліджено сторони та обов'язки сторін за договором про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю, щодо договору між акціонерами розкрито поняття договору між акціонерами, сторони даного договору, обов'язки сторін та наслідки які можуть виникнути внаслідок невиконання договірних зобов'язань. Розглянуто підходи науковців щодо місця корпоративного договору в системі цивільно-правових договорів та позиції щодо сутності корпоративного договору. Також в статті приводяться аргументи щодо значення корпоративного договору в регулюванні відносин між учасниками (засновниками) товариства з обмеженою відповідальністю та акціонерного товариства.

**Ключові слова:** господарське товариство; корпоративний договір; товариство з обмеженою відповідальністю; акціонерне товариство; корпоративні права.

### **Martynyuk I.V. Corporate agreements in limited liability companies and joint stock companies: to the problem of correlation**

The article is devoted to corporate agreements in limited liability companies and joint-stock companies. The article focuses on changes in the legislation in the field of corporate agreements, the coverage of this topic in domestic scientific studies, and the relevance of this study is directly substantiated. An analysis of the new legal institutes that were introduced into the legislation, namely: the agreement on the exercise of the rights of the shareholders (founders) of the limited liability company and the agreement between shareholders. The parties and obligations of the parties under the agreement on realization of the rights of the participants (founders) of the limited liability company are investigated, the agreement between the shareholders discloses the notion of an agreement between the shareholders, the party to this agreement, obligations of the parties and consequences which may arise as a result of failure to fulfill contractual obligations. The approaches of scientists to the place of the corporate agreement in the system of civil legal agreements and the position regarding the essence of the corporate agreement are considered. Also there are arguments about the importance of the corporate agreement in the regulation of relations between the shareholders (founders) of the limited liability company and the joint-stock company in the article.

**Key words:** economic society; corporate agreement; limited liability company; joint-stock company; corporate rights.

**Piotr Pinior**

*Dr hab. Prof. US, Head of the Department of Commercial Law  
Faculty of Law and Administration University of Silesia in  
Katowice*

## **TYPES OF SHAREHOLDERS' RESOLUTIONS IN PRIVATE LIMITED COMPANIES**

### **1. Introduction**

The provisions of the Polish Commercial Companies Code (the Official Journal of Laws of the Republic of Poland, 2017.1577, as amended, hereinafter abbreviated as CCC) concerning private limited companies provides for four methods in which resolutions are passed by shareholders. The first method for adopting resolutions is calling a general meeting, as set out in the provisions of art. 235 and 238 CCC. The second option is to adopt resolutions despite the shareholders' meeting not having been officially called, as regulated in art. 240 CCC. The third alternative consists in the adoption of a resolution in writing without calling a meeting, as laid down in art. 227 § 2 CCC. The last option would be voting by means of the ICT system. It was implemented into Polish law in the act of 11 November 2014 (OJL, 2015.4), however, the provision of art. of 2401 CCC granting the possibility of e-voting entered into force on 1 April 2016.

The provision of Art. 227 § 1 CCC introduces a rule that shareholders' resolutions shall be adopted at a shareholder's meeting, thus it is doubtful whether the written vote and voting by way of the ICT system may still be considered a resolution of the general meeting. In this respect we must distinguish between two terms, namely, the general meeting as a body of a legal person and the shareholders' meeting as a place where resolutions are passed. A private limited company is a legal person acting by means of its bodies. Since the general meeting of shareholders is a company body, it follows that the resolutions adopted by the shareholders are always the resolutions of a body of a juristic person, irrespective of the manner of their adoption. The difference between the traditional general meeting and the written voting or e-voting is that the resolutions adopted in writing or by means of the electronic system do not have to be adopted in the physical presence of the shareholders at the same place and time. Therefore, the resolutions of shareholders must be treated as the resolutions of the general meeting of shareholders, whether this applies to shareholders' meeting and written resolutions or e-voting, even if they take place without the shareholders being necessarily present at the same place.

## **2. Resolutions at the shareholders' meeting**

In general, the shareholders' meeting shall be called by the management board (art. 235 § 1 CCC), meaning that a formal resolution of the management board is required. As the Supreme Court held in its judgment of 26 March 2014 (V CSK 220/13), calling an annual and extraordinary general meeting falls into the sphere of conducting the company's affairs and requires

a resolution of the management board. This judgment is commonly adopted in the literature [1, p. 1148; 5, p. 580; 6, p. 640]. Under the circumstances specified in art. 235 § 2 CCC, the supervisory body shall also have the right to call a general meeting. Moreover, one or more shareholders representing at least 10% of the share capital (so called minority right) shall have the right to call a general meeting upon authorization from the registry court (art. 236-237 CCC).

A shareholders' meeting shall be called by notices sent by registered mail or courier at least two weeks prior to its scheduled date. The notice may also be sent by e-mail, provided that a shareholder has given written consent to such a form of notification and stated an address to be used for this purpose (art. 238 § 1 CCC). The notice shall specify the date, time and venue of the meeting and its detailed agenda. No resolution may be adopted on matters which are not included in the agenda, unless the entire share capital is represented at the meeting and none of the persons present objected to the adoption of the resolution.

Unless the provisions of the Code or the articles of association provide otherwise, the meeting shall be valid irrespective of the number of shares represented thereat. Shareholders' meetings shall be held at the company's registered office, unless the articles of association provide otherwise (art. 234 § 1 CCC). A meeting may also be held at any other place in the Republic of Poland if all the shareholders consent thereto in writing.

A shareholders' meeting must be held at least once a year. The annual shareholders' meeting shall be held within six months after the end of each financial year (art. 231 § 1 CCC). The matters exclusively reserved to the competences of the annual meeting include: examination and approval of the management report on the operations of the company and the financial statement for the previous financial year; resolution on distribution of profits or coverage of losses if, pursuant to art. 191 § 2 CCC, these matters have not been excluded from the scope of powers of shareholders' meeting; acknowledgement of the fulfillment of duties by members of the company's authorities. The extraordinary meeting shall be convened in instances specified by law or the articles of association, and also in cases where the authorities or

persons authorized to convene the meeting deem it appropriate (art 232 CCC). The competences of the general meeting include e.g. disposal or lease of the business enterprise, acquisition or disposal of real property, amendments to the articles of association. The resolutions shall be adopted by an absolute majority of votes, unless the provisions of the code or articles of association provide otherwise (art. 245 CCC). For instance, amendments to the articles of association or winding-up of the company require a majority of two-thirds of votes. A resolution or an amendment to the articles of association which would result in a broader scope of shareholders' duties or a restriction of rights attached to the shares or personal rights require the consent of all the shareholders concerned.

Pursuant to art. 247 § 1 CCC, voting at the general meeting shall be open. A secret ballot shall be ordered in the case of election and voting on motions to remove members of the company's authorities or liquidators, or to hold such a person liable, and on motions concerning personal issues. Furthermore, a secret ballot shall be ordered at the request of at least one shareholder from among those present or represented at the shareholders' meeting (art. 247 § 2 CCC).

Shareholders may participate in the meeting and exercise their voting rights by proxy (art. 243 § 1 CCC). In order to be valid, the power of attorney shall be executed in writing and attached to the minutes' book.

### **3. General meeting without being officially called**

A general meeting of shareholders may also be held without being officially called, as regulated in art. 240 CCC, provided that the entire share capital is represented and none of persons present objected to holding the meeting or placing any matters on the agenda. Resolutions are essentially adopted by this method in single-member companies or companies with a small number of shareholders. It allows for a meeting to be held within a short time, without having to wait two weeks from the date of its official convocation. The initiative to pass a resolution lies with the management board or supervisory organs, as well as with the shareholders. The meeting does not have to be held at the company's registered office, as the obligation resulting from art. 234 §1 CCC is not applicable [5, p. 580]. In this case, it must be assumed that the provision of art. 240 CCC lays down the requirements exclusively for holding a meeting.

It is also essential that the entire share capital is represented for the whole duration of the meeting. Should one or more shareholders leave the meeting, no resolution may then be adopted, however, the resolutions adopted thus far remain valid.

The procedure of informal convocation is applicable both to annual and extraordinary meetings [5, p. 588]. It must be noted that in the case where

the management board fails to call an obligatory annual meeting within the prescribed time limit, it shall be liable to a fine of up to PLN 20 000 to be imposed by the registry court (art. 594 CCC). Moreover, such a failure constitutes the basis for removal of the management board, or even its liability for the damage towards the company.

It should also be mentioned that resolutions concerning merger of companies, division or transformation must be adopted during an officially convened general meeting, given that in such instances two obligatory notices concerning the meeting have to be issued and even the period for its convocation is longer, i.e. at least a month prior to the date of the general meeting.

Shareholders may participate in an informally convened meeting and exercise their voting rights by proxy. The resolutions adopted during informally convened meeting shall be recorded in the minutes' book. The minutes shall state the competence of the meeting to adopt resolutions (representation of the entire capital and lack of objections), the list of adopted resolutions, the number of votes cast in favor of each resolution put to the vote. An attendance list signed by all the participants shall be attached to the minutes.

#### **4. Written resolutions**

Pursuant to art. 227 § 2 CCC, resolutions may be adopted without holding a shareholders' meeting if all the shareholders consent in writing to the decision to be taken or to voting in writing. This provision in fact foresees two different types of voting. The first one, when all the shareholders consent in writing to the decision to be taken, means that the resolution is adopted unanimously. The second one, when all the shareholders consent to a written vote means that the unanimity is required only for this special form of the adoption of resolutions, whereas the resolutions shall be adopted by majority vote required for each particular resolution. Taking into consideration the requirements for the resolutions, voting in writing is in practice possible in companies with a small number of shareholders.

As regards the technical manner of the adoption of resolutions, two specific possibilities exist. The text of the resolution may be signed consecutively by each shareholder or, alternatively, each shareholder obtains a separate text of the resolution which shall then be sent back to the company. The initiative to pass a resolution lies with the management board or supervisory organs, as well as with the shareholders.

Certain doubts as to the scope of the resolutions to be adopted in writing are mentioned in the Polish literature, given the fact that two terms, "shareholders' resolution" and "resolution of the general meeting," appear in the applicable provisions of law. Therefore, it is partly stated in the literature that in cases

when the provision requires a “resolution of the general meeting,” the voting in writing is excluded [3 (2012), p. 416]. Nonetheless, the different terms used by the legislator do not reverse the fact that shareholders adopt resolutions as an organ of a legal person [6, p. 599].

The Supreme Court in its judgment of 29 August 2013 (I CSK 713/12) stated that in the light of the provisions of the Commercial Companies Code, the adoption of resolutions in writing is permissible in private limited companies on condition that such a possibility is not excluded by law or articles of association, or the form of a notarial deed is not required for the resolution.

The written vote is *expressis verbis* excluded in the provision of art. 231 § 4 of CCC on the matters listed for an annual general meeting. The written vote is also excluded in resolutions concerning merger, division or transformation of a company, as the provisions introduce special information rights for shareholders (art. 505, 540, 561 CCC). Moreover, as stated by the Supreme Court, resolutions which require the form of a notarial deed shall also not be adopted by means of a written vote. The form of a notarial deed is in fact required in private limited companies only for amendments to the articles of association, the resolution for winding-up of a company, or transferring its registered office abroad.

Shareholders may exercise their voting rights by way of written vote personally or by proxy [1, p. 1103; 5, p. 595]. Pursuant to art. 248 § 3 CCC, the management board is obliged to record the adopted resolutions in writing in the minutes’ book.

In the case of a written vote, a shareholder who was omitted in voting or who did not consent to a written vote, or who voted against the resolution and, upon being notified of the resolution, filed his objection within two weeks, has a right to file a statement of claim for repealing a resolution or for declaring the resolution invalid.

### **5. Adopting resolutions in the ICT system**

This new form of adopting resolutions, regulated by art. 2401 CCC, is only allowed for companies established by means of the model deed in the electronic registration system (ICT) for private limited companies (excluding those whose articles of association were later changed in the form of a notarial deed – art. 4 § 1 p. 15 CCC). The scope of the resolutions which may be adopted by means of e-voting is established by the Regulation of the Ministry of Justice of 14 January 2015 on the model resolutions of private limited companies available in the ICT system (the Official Journal of Laws of the Republic of Poland 2017.1005).

Pursuant to art. 2401 § 2 CCC, the adoption of a resolution by e-voting does not require calling a general meeting, provided that each shareholder’s

voting rights are exercised, meaning that 100% votes must be cast. Given that the shareholders may vote “in favor” or “against” the resolution, the resolution does not have to be adopted unanimously, nonetheless, all shareholders must cast their vote. The resolution shall be deemed to be passed on the date the last shareholder casts the vote [1, p. 1179; 3, p. 544].

The voting right is exercised by a statement given in the ICT system confirmed by a qualified electronic signature or a signature authorized by the ePUAP profile (electronic Platform of Public Administration Services). Moreover, it is possible to raise an objection to a resolution when casting a vote. The objection is necessary should a shareholder intend to make a claim against the resolution. Given that the adoption of a resolution by e-voting requires votes cast by all the shareholders, it is easier to foil the adoption of the resolution by refraining from voting rather than raising a claim afterwards [4, p. 581; 1, p. 1179; 3, p. 545]. Where the resolution has to be filed at the registry court, the application shall also be made by means of the ICT system.

As mentioned in the introduction, the type of resolutions to be adopted in the ICT system is specified in the Regulation of the Ministry of Justice of 14 January 2015. The Regulation allows the following resolutions to be adopted by the shareholders: appointment and removal of management board members, appointment and removal of supervisory board members, approval of the financial statements, distribution of profits among shareholders, coverage of losses of the company, appointment of a proxy for the execution of the articles of association of the company, voluntary redemption of shares, further existence of the company, dissolution of the company and amendments to the articles of association. The introduction of an amendment to the articles of association (as well as the dissolution of the company) does not require in this case the form of a notarial deed (art. 255 § 4 CCC).

It is worth noting that in the course of appointment and removal of management board and supervisory board members, as well as the appointment of a proxy, the provision of art. 247 § 2 CCC which requires taking a secret-ballot vote is excluded due to technical reasons.

All the resolutions adopted by e-voting shall be recorded in the minutes' book in the form of printouts from the ICT system confirmed by the management board. The printouts do not have to be confirmed by all management board members, but in the manner prescribed for representing the company, as revealed in the registry court.

1. A. KIDYBA, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol I. Warsaw 2017*
2. A. Opalski (Ed.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II B. Warsaw 2018*

3. M. RODZYNKIEWICZ, *Kodeks spółek handlowych. Warsaw 2018*
4. M. LEŚNIAK (in:) *Informatyzacja postępowania cywilnego. Komentarz. Ed. J. Gołaczyński, D. Szostek, Warsaw 2016*
5. J.A. STRZĘPKA, W. POPIOŁEK, P. PINIOR, E. ZIELIŃSKA, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Ed. J. A. Strzępka, Warsaw 2015*
6. S. SOŁTYSIŃSKI, A. SZAJKOWSKI, A. SZUMAŃSKI, J. SZWAJA, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II. Warsaw 2014*

**Pinior P., Types of shareholders' resolutions in private limited companies**

The provisions concerning private limited companies in Poland provide for four methods in which resolutions are passed by shareholders: during formally convened general meetings, during meetings held without having been officially called (art. 240 CCC), in writing without a need to hold a meeting (art. 227 § 2 CCC) and by means of the ICT system, also called e-voting (art. 2401 CCC). Resolutions of shareholders must be treated as the resolutions of the general meeting of shareholders, as is the case with the shareholders' meeting, written resolutions and voting in the ICT system, given that the resolutions come from an organ of a legal person, irrespective of the manner of their adoption.

Taking into account the requirements for the resolutions, the written vote, voting in the ICT system or resolutions adopted without officially calling a general meeting can be used in practice in single-member companies or in companies with a small number of shareholders. It should also be noted that voting in the ICT system is accessible only to the companies established by means of the model deed in the electronic registration system for private limited companies and the scope of the resolutions adopted by way of the ICT system is rather narrow.

**Key words:** private limited company, general meeting, resolution of shareholders.



**Paweł Relidzyński**

*mgr., PhD Candidate in Law, Department of Commercial Law,  
Faculty of Law and Administration, University of Silesia in  
Katowice*

## **LEGAL STATUS AND CREDITOR'S PROTECTION OF ASSOCIATION AS AN ENTREPRENEUR**

### **1. Introduction**

As a rule, an association is thought of as an entity associating citizens, the fundamental objectives of which are not-for-profit. A similar definition was included in art. 2.1 of the Law of Associations Act (Journal of Laws of 2017, item 21, as amended, hereinafter referred to as the LAA), under which an association is a voluntary, self-governing, permanent society operating not-for-profit. It should be emphasized that under art. 2.2 of the LAA, an association determines its objectives or operation programs on its own. The fact that the objectives of an association are of non-profit character does not mean that an association may not conduct business activities.

First of all, it should be indicated that the association assets mainly result from membership fees, donations, inheritances, bequests, incomes from own activities, incomes resulting from assets and from public generosity (art. 33 of the LAA). The above-mentioned assets are often insufficient for covering the outlays associated with executing the statutory objectives of the association, and so the managing body may make the decision on starting business activities. In the light of art. 34 of the LAA, an association may conduct business activities in accordance with the general principles specified in separate provisions. However, it should be emphasized, that that entitlement is vested solely with the associations that are legal entities, entered in the register of entities of the National Court Register (*hereinafter referred to as: an association or a registered association*). The Law of Associations Act also regulates the functioning of unincorporated associations which, however, are not vested with the above-mentioned entitlement. Furthermore, it should be emphasized that due to the non-profit character of an association, the income from its business activities must be used solely for execution of statutory objectives and may not be distributed among its members.

What is more, it should be noted that the fact that a registered association conducts business activities means that it has the capacity to declare bankruptcy under the Bankruptcy Law Act (Journal of Laws of 2017, item

2344, as amended, hereinafter referred to as the BLA) (1, P. 288). As a result, if an association becomes insolvent, the members of its management board may incur liability for damages under art. 21.3 of the BLA, which constitutes a necessary mechanism of protecting creditors. That is because the provisions of the LAA do not introduce liability of members of the management board of an association or members of an association for its liabilities in the case when enforcement from association assets proves ineffective.

## **2. Types and Characteristics of Associations**

As indicated above, under the Law of Associations Act, there are two types of associations: registered and unincorporated associations. The names introduced by the Act are not random, mainly because of the legal character of both entities, as well as their organizational structure and entitlements granted to them.

Under art. 17 of the LAA, registered associations are the legal persons, the legal personality of whom appears upon entry in the National Court Register. A registered association may be established by at least seven persons with full capacity for acts in law and not deprived of public rights (art. 9 in conjunction with art. 3.1 of the LAA). As a side note, it should be added that prior to amendment of the Law of Associations Act, the minimum number of members was fifteen and it was the largest number of members necessary to establish an association among all the European statutory laws (1, p. 105). These persons are obliged to adopt the association statute, to elect the founding committee and the bodies. As a legal person, under art. 38 of the Civil Code (Journal of Laws of 2018, item 1629, as amended, hereinafter referred to as the CC) a registered association acts through its bodies, i.e. the meeting of members, management board and internal control body. It should also be emphasized that one person may not hold the mandate of member of the management board and the mandate of member of the internal control body (1, p. 166). In turn, the Law of Associations Act does not introduce additional requirements for the minimum number of members of the bodies or for the name of the supervisory body. Therefore, those issues, as well as the term of members of bodies and the rules of appointing or dismissing them, or representation, should be specified in the provisions of the association statute.

A simplified type of association is unincorporated association that does not have legal personality. However, it may acquire rights on its own behalf, including ownership and other property rights, or contract liabilities, sue and be sued. The result of lack of legal personality of an unincorporated association is liability of each member of an association for the liabilities of that association. Under art. 40 of the LAA, that liability is unlimited, joint and several with the remaining members and with the association. What is important, it appears

at the moment when enforcement from association assets proves ineffective. Just like in the case of commercial partnerships, the fact that the liability of members appears only at the moment of ineffectiveness of enforcement, does not constitute an obstacle to suing a member of an association before enforcement proves ineffective.

As indicated above, an unincorporated association may conduct business activities and is not subject to entry in the register of associations of the National Court Register. Those associations, however, are entered in a special register of unincorporated associations, maintained by the head (starosta) of each commune (gmina), i.e. the smallest self-government unit in Poland. Under art. 40 section 2 of the LAA, three persons are needed to establish an unincorporated association who need to adopt regulations and appoint a representative or a management board. Contrary to a registered association, the appointment of a supervisory body is optional.

The only possibility of conducting business activities after establishing an unincorporated association, is to transform it into a registered association. In the light of art. 42a sections 1 and 2 of the LAA, an unincorporated association with at least seven members may transform into a registered association under a resolution, in which all of its members consent to the transformation. The subject resolution should also include the name and registered office of the association, appointment of bodies, adoption of statute, as well as the financial statement of the unincorporated association drawn up on the given date in the month prior to the month of adoption of the transformation resolution. The transformation itself takes place upon entering the association in the register of associations of the National Court Register (art. 42c of the LAA). It should be added that in the light of art. 42d of the LAA, as a result of transformation is that the registered association retains all the rights and obligations of the unincorporated association. The doctrine is correct to indicate that that provision expresses the principle of continuity and not universal succession (1, p. 465), because a transformed registered association is not the legal successor of the unincorporated association, but the very same entity. As a side note, members of the unincorporated association are responsible as before, i.e. jointly and severally with the association, for the obligations of the unincorporated association occurring prior to the date of transformation for the period of one year of the date of transformation. That liability appears when the enforcement against the assets of the association proves ineffective.

### **3. An Association as an Entrepreneur**

As indicated above, in the light of art. 34 of the LAA, an association may conduct business activities in accordance with the general principles

specified in separate provisions. What is more, the income from business activities of an association must be spent on executing statutory objectives and may not be distributed among its members. What should be mentioned here is the commendable resolution of the Supreme Court of 27 February 1990 (file reference No.: III PZP 59/89), under which the income from business activities of an association may not be distributed among its members also when those members are employees of that association. That is because the fact of employment of an association member under an employment agreement for the purpose of conducting business activities does not mean that that member is privileged in terms of having a share in the income of the association generated as a result of business activities.

Therefore, the business activities conducted by an association under the above-mentioned art. 34 of the LAA, is of subsidiary and non-independent character in relation to its fundamental – statutory activities (1, 285). The separate provisions, referred to in the above-mentioned article, include, among others, the regulations of the Law of Entrepreneurs Act (Journal of Laws of 2018, item 646, as amended, hereinafter referred to as the LOE) and of the Act on the National Court Register (Journal of Laws of 2018, item 986, as amended, hereinafter referred to as the ANCR (2, online version).

Under art. 4.1 of the LOE, an entrepreneur is a natural person, legal person or an organizational unit not being a legal person, vested with legal personality under a separate act, that performs business activities. Without a doubt, that definition allows to state the thesis that a registered association with legal personality is an entrepreneur, if it performs business activities which, under art. 3 of the LOE, should be understood as organized gainful activities performed on one's own behalf and in a continuous manner (3, p. 270). It should be emphasized that the need to spend the income generated from business activities for execution of statutory objectives and the prohibition to distribute it among the association members results in that those activities may not be called business activities. In the light of the uniform decisions issued by the Supreme Court, an example of business activity is also not-for-profit activity that only aims to cover the costs incurred with own income (Resolution of the Supreme Court of 6 December 1991, file reference No.: III CZP 117/91, Resolution of the Supreme Court of 30 November 1992, file reference No.: III CZP 134/92 Resolution of the Supreme Court of 6 August 1996, file reference No.: III CZP 84/96, Resolution of the Supreme Court of 11 May 2005, file reference No.: III CZP 11/05). One of the examples given by the Supreme Court is activity of housing associations. The business activities conducted by such associations are not conducted for gain but, due to the

fact that it is subject to the fundamental principle of economic efficiency, it is included in the term of “business activity” (Resolution of the Supreme Court of 6 December 1991, file reference No.: III CZP 117/91).

Furthermore, it should be noted that a registered association is obliged to submit an application for entry in the register of entrepreneurs maintained by the Registry Court with jurisdiction for the registered office of the association (art. 36 point 13 of the ANCR), which application must include the subject of activity. It is only the entry in the subject registry under art. 17.1 of the LOE that allows an association to start conducting business activities. As a result, an association conducting business activities is entered both in the register of associations and in the register of entrepreneurs of the National Court Register.

As a side note, it should be indicated that an association may conduct business activities also indirectly, in the form of a separate organization, e.g. by holding stocks or shares in a commercial company or partnership (1, p. 287).

#### **4. Business Activities and Statutory Activities**

The business activities conducted by an association are of auxiliary and non-independent character in relation to main activities, i.e. statutory activities. As a result, what should be approved is the position expressed by the Province Administrative Court in Bydgoszcz in its judgement of 15 April 2014 (file reference No.: I SA/BD 223/14), under which the conduct of business activities for the purpose of financial gain may not constitute a statutory purpose of an association, and may only constitute its auxiliary activities, as one of the sources of income to be used for executing its statutory objectives. Furthermore, that Court indicated that as statutory activities of an association may not directly constitute business activities, in the light of judicial decisions the business activities of that type of entities only include external activities (among entrepreneurs), for example for the purpose of providing services to third parties. Therefore, the activities conducted for the purposes of the same legal person or of the members associated therein, do not constitute business activities. In other words, the collection of membership fees by an association that organizes classes in acrobatics, for the purpose of financing those classes, may not be considered business activity. However, the organization of an acrobatics show for which third parties have to buy tickets, will constitute business activity.

This example is consistent with the contents of the judgement issued by the Province Administrative Court in Warsaw on 18 September 2006 (file reference No.: III SA/WA 1976/06), under which membership fees are paid by the association members on account of belonging to the association and

constitute the assets to be used for executing its statutory objectives. As a result, according to the Court, there are no legal grounds for claiming that those fees constitute remuneration for execution of statutory objectives. Remuneration would appear if, in exchange for a financial gain, an association provided services within statutory objectives to the persons other than members of the association.

### **5. Protection of Creditors in the case of Insolvency of Association**

As indicated above, the result of conduct of business activities by an association, is that that association may declare bankruptcy, which has been confirmed in the decisions of the Supreme Court (see Decision of the Supreme Court of 19 June 1996, file reference No. III CZP 66/96). First of all, it should be indicated that the position of the Supreme Court raises no doubts also from the point of view of literal interpretation of the provisions of the Bankruptcy Law Act. That is because, under art. 5.1 of the BLA, the provisions of that act apply to the entrepreneurs as defined in art. 431 of the Civil Code, unless the Act specifies otherwise. In turn, under the above-mentioned provision of the Civil Code, an entrepreneur is a legal person conducting business activities on its own behalf. That definition is similar to the above-mentioned definition of an entrepreneur from the Law of Entrepreneurs Act, so there are no grounds for considering that, under the Civil Code, an association conducting business activities is not an entrepreneur, and so that the provisions of the Bankruptcy Law Act do not apply thereto.

Furthermore, the above-mentioned position of the Supreme Court is commendable also from the point of view of protection of creditors. That is because it should be emphasized that under the Law of Associations Act, there are no mechanisms protecting the creditors of an association that conducts business activities that would, for example, introduce joint and several liability of members of the management board of an association for its liabilities in the case when enforcement from the assets of that association proves ineffective. It is only under the Bankruptcy Law Act that creditors may seek damages from members of the management board of the association. Under art. 21.1 of the BLA, members of the management board of an association have 30 days of the date of occurrence of the grounds for declaring bankruptcy, for filing for bankruptcy. If they do not do it, they will be liable to the creditors for the damage resulting from failure to file such a petition. In such a case, it is assumed that that damage covers the amount of unsatisfied liability of the creditor, due to the creditor from the association (art. 21.3a of the BLA).

Furthermore, it should be noted that the grounds for declaring an association bankrupt is its insolvency which, under art. 11 sections 1 and 2 of the BLA, appears in the following cases:

1) if the debtor has lost capacity to satisfy its payable liabilities. Therefore, the act introduces the presumption, under which the debtor loses its capacity to satisfy its payable liabilities if the delay in the satisfaction of those liabilities exceeds three months;

2) if the financial liabilities of a debtor being a legal person exceed the value of its assets and that condition is maintained for the period of more than twenty-four months.

As a side note, the court will dismiss the petition for bankruptcy if the assets of the insolvent debtor are not sufficient for covering the costs of proceedings or if they only suffice for covering those costs (art. 13.1 of the BLA).

## 6. Final Remarks

Both the literature and judicial decisions raise no doubts that an association conducting business activities is an entrepreneur as defined in art. 4 of the Law of Entrepreneurs Act. This is not changed by the fact that one of the properties of business activities is their gainful character. That is because, in the light of the decisions of the Supreme Court indicated in point four, the restriction introduced in the act, i.e. the need to spend the income from the business activities of a registered association on execution of its statutory objectives and the prohibition to distribute it among its members, does not mean that such activities may not be considered business activities as defined in the Law of Entrepreneurs Act (formerly: Act on Freedom of Business Activity).

Additionally, it should be indicated that the fact that a registered association has the right to conduct business activities is a positive thing, in particular taking into account the limited possibility of generating income for executing statutory objectives. However, it should be emphasized that the Law of Associations Act does not include provisions protecting creditors in the case of insolvency of a registered association that conducts business activities. As indicated above, in such a case there will apply the provisions of the Bankruptcy Law Act which specify liability for damages of members of the management board of an association in the case of untimely filing of a petition for bankruptcy. Despite that, the formulation of the *de lege ferenda* postulate must be considered sensible – it is associated with introduction, in the Law of Associations act, of the provision similar to art. 299 of the Code of Commercial Companies and Partnerships (Journal of Laws of 2017, item 1577, as amended). Under that postulate, in the enforcement from the assets of an association conducting business activities proves ineffective, the members of its management board you bear joint and several liability for its liabilities which would certainly constitute an additional protective mechanism for the creditors of such an association.

1. E. HADROWICZ, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz (Law of Associations. Commentary)*, Warsaw 2016.
2. A. RZETECKA-GIL, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz. (Law of Associations. Commentary)*, LEX 2017.
3. P. SUSKI, *Stowarzyszenia i fundacje. (Associations and Foundations)*, Warsaw 2011.

**Relidzyński P. Legal status and creditor's protection of association as an entrepreneur**

The article indicates the types of associations under the Polish Law of Associations Act, and analyzes their legal character and organizational structure, with particular attention to the entitlement to conduct business activities. Then, there was presented the legal status of an association conducting business activities and there were described the requirements indicated in separate acts, the meeting of which is necessary for an association to start business activities under Polish law. What is more, as the Law of Associations Act does not include regulations regarding the potential liability of members of the management board of an association in the case of ineffective enforcement from the assets of that association, so the article analyzed the mechanisms of protecting creditors, available in the Bankruptcy Law Act. That is because that Act applies to the associations conducting business activities, which was confirmed by the Supreme Court.

**Keywords:** association, business activity, creditor protection.



**Рекова Ж.О.**

*аспірантка кафедри  
цивільного права № 2  
Національного юридичного  
університету імені Ярослава  
Мудрого*

**Rekova Zh.O.**

*postgraduate student of the  
Department of Civil Law № 2,  
Yaroslav Mydryi National Law  
University*

## **ПОСЛУГА В ЕКОНОМІЧНОМУ ТА ПРАВОВОМУ ЗНАЧЕННІ**

УДК 347

**Постановка проблеми.** В юридичній науці визначення «послуги» як правової категорії викликає великий інтерес. Після прийняття Цивільного кодексу України (16.01.2003 р.) (далі ЦК України) категорія «послуга» отримала законодавчу регламентацію. Однак, незважаючи на прогресивний характер такого кроку, визначення послуги так і не запропоновано законодавцем, незважаючи на те, що послуга розглядається як самостійний об'єкт цивільних прав (ст. 177 ЦК України). Зупинимо увагу на проблемі визначення категорії «послуга».

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Постановці та розгляду певних аспектів цього питання приділено увагу в наукових працях таких вчених, як: М. О. Барінов, В. І. Борисова, С. О. Ємельянчик, І. В. Жилінкова, О. С. Іоффе, Ю. Х. Колмиков, О. А. Красавчіков, В. В. Луць, Р. А. Майданик, І. Б. Новицький, О. А. Пушкін, І. Я. Сенюта, Д. І. Степанов, Є. О. Суханов, Є. Д. Шешенин, В. Ф. Яковлев та ін.).

**Виклад основного матеріалу.** Термін «послуга» був уперше запропонован Ж. Б. Сеєм у його роботі «Graite d'Economic Politique» у 1803 році. На початку ХІХ століття французький економіст Фредерік Бастиа прийшов до висновку, що суспільний розвиток складається із послуг, які люди надають один одному. Він розглядав послуги як діяльність людей, яка передбачається для людей і споживається людьми. Як будь-яка діяльність, вона матеріалізується у споживчій вартості, а представлена в такій якості послуга стає товаром. В свою чергу, Е. М. Агабабьян визначає послугу як корисний ефект, який виникає в процесі продуктивної праці як цілеспрямованої діяльності. Корисний ефект є не що інше як сукупність корисних властивостей, які спрямовані на задоволення певної потреби людини [1, с. 24]. За визначенням Ф. Котлера, послуга – це об'єкти продажу у вигляді дій, вигод або задоволення. З цього випливає, що послуги не зберігаються і клієнту пропонується щось таке, що не має матеріальної

форми [2, с. 638]. А. І. Горанин під послугою розуміє важливу економічну категорію, яка є ключовим пунктом для правильного розуміння сутності процесів обслуговування... [3, с. 31]. М. Б. Росинський приходиться до висновку, що послуга – це специфічна політико-економічна категорія, яка виражає відносини праці, яка реалізується безпосередньо як корисний ефект діяльності і яка функціонує в базі споживання [4, с. 10].

У тлумачному словнику російської мови «послуга» розуміється як дія, що приносить користь, допомогу іншому. Таким чином, все зводиться до двох пов'язаних між собою елементів: мети, якої послуга служить («допомога», «користь»), і засобам досягнення цієї мети (вчинення тим, хто надає послугу, дії). Об'єднання цих елементів є, необхідним для виділення відповідного поняття. У ЦК України мова йде про послуги саме як про певні дії (діяльність). Отже, поняття «послуга» може вживатися для позначення самих різних явищ, які можна об'єднати в дві групи: 1) економічні; 2) правові.

Щодо економічного змісту послуги, то «послуга є не що інше, як корисна дія тієї чи іншої споживчої вартості - товару чи, праці чи» [5, с. 203-204]. З цього визначення випливає, що джерелом послуги можуть виступати матеріальні блага (речі, товари). Товар надає послугу тим, що є предметом споживання, тобто саме певну споживчу вартість. Слід також зазначити, що споживча вартість може міститися не тільки в товарі або в речах, але й в певній діяльності, іншими словами в праці. Виходячи з цього, послуга як споживча вартість може бути або матеріальною (надання послуг за допомогою товару, речі), або нематеріальною (надання послуги працею [6, с. 9], наприклад, надання медичних послуг).

Розподіл послуг на матеріальні й нематеріальні підтримується в літературі. Так, М. В. Кротов вважає, що в залежності від того, в якій формі виражається результат діяльності з надання послуг, а також в залежності від того, чи може бути гарантований позитивний результат цієї діяльності, розрізняють послуги матеріальні і нематеріальні. Матеріальні послуги отримують об'єктивований вираз або в предметі природи, або в особистості споживача послуг. Вони знаходять своє вираження в створенні нової речі, її переміщення, внесення в неї змін тощо. До матеріальних послуг відносяться також ті, які втілюються в особистості самої людини (наприклад, послуги перукаря, доктора, перевізника). При цьому результат матеріальних послуг може бути гарантований послугодавцем. Для нематеріальних послуг характерно те, що діяльність послугодавця не втілюється в уречевленому результаті, а також те, що послугодавець не гарантує досягнення пропонованого позитивного результату [7, с. 538].

За словами В. І. Борисової, послуга - це певне матеріальне благо, яке надається однією особою (виконавцем) та споживається іншою особою (замовником) у процесі вчинення виконавцем певних дій або здійснення певної діяльності [8, с. 268]. Навпаки, І. В. Жилінкова вважала, що послуга - це певне нематеріальне благо, яке надається однією особою (виконавцем) і споживається іншою особою (замовником) у процесі вчинення певних дій або здійснення певної діяльності. Водночас для замовника за договором послуга, незважаючи на її нематеріальну сутність, виступає як певне благо, заради якого він і вступає у договірні відносини. Якби послуга не мала такої якості, то вона не виступала б предметом багатьох видів договорів. Саме для отримання нематеріального корисного ефекту дій (діяльності) виконавця до нього і звертається замовник [9, с. 267-268].

Таким чином, послуга в економічному сенсі ширше послуги в її правовому розумінні. Послуга в економічному сенсі об'єднує такі споживчі вартості (предмети споживання), як товар (річ), речовинний результат праці, а також праця, не пов'язана з речовим результатом.

На таке співвідношення економічної і правової послуги звертається увага в літературі. Так, Є. Д. Шешенин справедливо зауважує, що економічне поняття послуги ширше юридичного поняття як предмета договірної зобов'язання з надання послуг; останній обмежується такою діяльністю, яка не виробляє речової споживчої вартості [10, с. 151]. Таким чином, юридичне поняття послуги охоплює тільки ту сферу економічних відносин з надання послуг, споживча вартість якої полягає в самій доцільній діяльності, тобто у праці. Д. І. Степанов вважає, що під дією (як певним рівнем поведінки) слід розуміти серію рухів тіла, спрямованих на один об'єкт. А оскільки слід враховувати, що послуга є більш складним явищем, то має йтися саме про сукупність дій, які послідовно змінюють і доповнюють одна одну (операція). Це і характеризує послуги як дії.

З урахуванням викладеного автор визначає послуги як різновид об'єктів цивільних правовідносин, які дістають вияв у певній правомірній операції, тобто у цілеспрямованих та доцільних діях виконавця або у діяльності, яка є об'єктом зобов'язання, має нематеріальний ефект, нестійкий уречевлений результат, пов'язаний з іншими договірними правовідносинами, і характеризується властивостями здійсненності, невіддільності від джерела, миттєвого споживання, неформалізованості якості [11, с. 17].

У свою чергу, послуга в юридичному сенсі поділяється на різні види, а саме: 1) виділяють послуги фактичного характеру (перевезення, зберігання); 2) послуги юридичного характеру (доручення, комісія); 3) по-

слуги, як фактичного, так і юридичного характеру (транспортне експедирування, управління майном); 4) послуги грошово-кредитного характеру (позика, кредит, факторинг, банківський рахунок, банківський вклад, безготівкові розрахунки, страхування) [12, с. 3].

Цивільно-правове регулювання економічних відносин з надання послуг досягається за допомогою різного роду зобов'язальних відносин. Вибір конкретного різновиду зобов'язання залежить від виду послуги. Так, економічні відносини з надання послуг від передачі товару регулюються зобов'язаннями з передання майна у власність.

Економічні відносини з надання матеріальних послуг, пов'язані з результатом праці, регулюються зобов'язаннями підрядного типу, в результаті виконання яких досягається створення матеріалізованого результату. Оскільки інтерес споживача задовольняє не процес надання послуги (обслуговування), а результат цієї діяльності, то і об'єктом цивільних правовідносин виступає матеріалізований результат. Він може виражатися в створенні нової речі, а також в здійсненні будь-яких операцій з існуючими речами [13, с. 23].

Коли матеріалізований результат виражається в створенні нової речі, об'єктом правовідносин виступає саме ця річ. Поняття результату в цьому випадку конкретизується настільки, що об'єкт економічних відносин - послуга в правовідносинах трансформується в об'єкт річ. Іншими словами, саме річ як кінцевий результат задовольняє інтерес споживача, що і враховується при виборі форми правового опосередкування відносин з надання матеріальних послуг першого виду. Так, А. Є. Шерстобітов зазначає, що передача інформації в тому випадку, коли її носій має речовий характер, по суті, являє собою передачу речі, що володіє специфічною властивістю носія інформації [14, с. 17].

При наданні деяких матеріальних послуг створення нової речі не відбувається, в цьому випадку результат виражається в будь-яких змінах існуючих благ: збереження або відновлення споживчих властивостей речей (наприклад, ремонт речі) тощо. Особливістю зазначених відносин є те, що виділити результат діяльності у вигляді окремо існуючого предмета неможливо, він матеріалізується в речах і невіддільний від них. До матеріальних послуг даного виду відносяться не тільки послуги, спрямовані на зміну і створення речей, але й послуги, об'єктом впливу яких виступає людина, тобто особисті матеріальні послуги. Вони також втілюються у цивільно-правову форму зобов'язання по виконанню робіт. У зв'язку з тим, що об'єктом впливу послуги виступає людина, певні вимоги пред'являються до процесу надання послуги (дотримання санітарних

норм, комфортність, безпеку і т.п.), що втілюється в покладанні на виконавця додаткових обов'язків і надання послугоодержувачу права вимагати їх виконання, якості їх виконання, наприклад, надання послуг медичного характеру. Однак виокремлюються такі послуги, які не приводять до зміни й створення речей, які не виражаються в особистості самого споживача послуг, а характеризуються тим, що діяльність послугодавця не втілюється в уречевленому результаті (наприклад, консультаційна послуга). Даний вид послуг регулюється зобов'язаннями з надання послуг. Питання про виділення ефективної, результативної діяльності зачіпають таку проблему: як відокремити результат отримуваний від послуги, від результату виконаних робіт. Як розмежувати категорію послуги і роботи? Різниця між ними зафіксовані ще в римському праві.

Римське право у складі договорів найму розрізняло, зокрема, «найм робіт» та «найм послуг». А вже в XIX ст. до Французького цивільного кодексу була включена глава III «Про найм роботи та послуги», в якій виділені розділи «Про найм послуг та робочих», «Про перевезення на землі та по воді», а також «Підряд».

У Німецькому Цивільному Уложенні у складі розділу «Окремі види зобов'язань» поряд з договором підряду були врегульовані трудовий договір і ряд інших договорів, що традиційно відносяться до договорів послуг (договори доручення, зберігання та ін.). При цьому в главі «Підряд» включено поряд з виготовленням або зміною речі також інший результат, досягнутий шляхом «виконання роботи або надання послуги». Згодом главу розділили на дві частини: «Договори підряду» та «Туристичного обслуговування». Відповідно вважали за доцільне змінити колишню її назву на «Підряд та подібні договори» («Werkvertrag und ähnliche Verträge»). Тим самим було абсолютно очевидно підкреслено поява відмінних від підряду договорів, предметом яких є один з видів послуг як таких. В одному з останніх за часом прийняття Цивільному кодексі Квебека (1991) в розділі, присвяченому поіменним договорам, є глава «Договір особистого найму» («Nominate Contracts»), під яким мається на увазі те, що зазвичай має назву «Трудовий договір», а також «Договір на підприємство або послугу» («Contract of Enterprise or for Service»). В останньому виділені як загальні приписи, що застосовуються одночасно до робіт та послуг, так і особливі щодо робіт («General Provisions applicable to Both Services and Works» і «Special Provisions respecting Works»). Остання глава має на увазі договір, за яким однією зі сторін виступає підрядник або виконавець.

У дореволюційній та радянській юридичній науці і практиці особливий правовий режим зобов'язання з надання послуг склався не відразу.

Наприклад, І. Л. Брауде стверджував, що в договорі підряду «робота може складатися у виготовленні будь-якої речі або в наданні послуги» [15, с. 53]. Особливу позицію займав протягом певного часу О. Ю. Кабалкін пропонуючи всі типи договорів, що укладаються об'єднати в 12 груп [16]. Автор підкреслював, що в цій класифікації не повинно бути місця самостійному договору послуг. Ті договори, які зазвичай відносять до зазначеної групи договорів (доручення, комісія, зберігання та ін.), були названі договорами «про вчинення юридичних або фактичних дій».

І все-таки панівна в літературі точка зору відділяла договір послуг від договору підряду (О. С. Іоффе, М. О. Барінов, Ю. Х Колмиков, Є. Д. Шешенин, В. Ф. Яковлев, О. А. Пушкін, Є. О. Суханов), що на сьогоднішній день спостерігається У ЦК України та в теорії.

Аналіз статті 901 ЦК України дозволяє дійти **висновку**, що в певних видах послуг, сама дія набуває значення явища, що здатне змінити стан предметів матеріального та нематеріального світу. По-перше, важливим є не виготовлення, обробка, переробка, ремонт речі або виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові, що має місце при договорі підряду (ч. 2 ст. 837 ЦК України), а щось, що не має речового результату – продукт дії або діяльності, що не має майнового вираження, тобто сукупність якостей, що має сама дія або діяльність. По-друге, для послуг характерним також є те, що, вони тісно пов'язані з особою виконавцем та процесом виконання ним певних дій або здійснення певної діяльності. Це означає, що послуга існує тільки тоді, коли вона надається. По-третє, послуга не має результату, який мав би окремий уречевлюваний вигляд, матеріальне втілення. У цьому і полягає корисний ефект послуги, що задовольняє потребу замовника і споживається в процесі надання, саме це і є ознакою послуги як правової категорії.

Отже, послуга – це певна нематеріальна дія (діяльність), виражена у конкретному корисному результаті, яка створена особистою працею особи і невідокремлена від виконавця та являє собою певні зміни у зовнішньому світі або стані суб'єкта.

1. *Agababyan E. M. Economic analysis of services: monogr. Moscow: Economics, 1968. 160 p.*
2. *Fundamentals of Marketing / ed. F. Kotler, G. Armstrong, D. Saunders and others; [per. with English.] M.: Izd. House Williams, 2006. 942 p.*
3. *Goranin A. I. Domestic services under socialism. Minsk: Science and Technology, 1977. 238 p.*
4. *Rosinsky M. B. Scope of services in the economy of developed socialism. Saratov: Izd. Saratov Un-ta, 1976. 152 p.*

5. Marx K., Engels F. T. 23. P. 203-204.
6. Barinov N. A. *Services (Socio-legal aspect): monogr.* Saratov: Izd. Stilo, 2001. 185 p.
7. *Civil law: study. Ch. 2 / Ed. A. P. Sergeeva, Yu. K. Tolstoy.* Moscow: «Prospekt», 1998. 784 p.
8. *Civil law of Ukraine: textbook: 2 t. / Per constituency. Ed. V. I. Borisova, I. V. Thank-Fateyeva, V. L. Yarotsky.* K. Yurincom Inter, 2006. T. 2. 552 p.
9. *Civil law of Ukraine: textbook: 2 t. / Per constituency. Ed. V. I. Borisova, I. V. Thank-Fateyeva, V. L. Yarotsky.* K. Yurincom Inter, 2006. T. 2. 552 p.
10. Sheshenin E. D. *Subject of the obligation to provide services. Sat Student tr Sverdlovsk Law. in-that Yield 3. Sverdlovsk, 1964. pp. 148-160.*
11. Stepanov D. I. *Services as an object of civil rights. Russian justice. 2005. № 2. P. 15-34.*
12. *Civil law: a textbook in 2 t. / Otv. Ed. E. A. Sukhanov. M.: Statut, 2011. T. 2: Obligatory law. 1208 s.*
13. Barinov N. A. A. *The rights of citizens under the contract of a household order and their protection. Saratov, 1973. P. 23.*
14. Shersbotov A. E. *Civil law regulation of the obligation to transfer information. Abstract of diss. for cand. in law sciences. M., 1980. 28 p.*
15. Braude I. L. *Contracting Agreement. Certain types of obligations. M.: Gosyuridadat., 1954. P. 53.*
16. Kabalkin A. Yu. *Sphere of services: civil law regulation. M.: Nauka, 1972. 199 p.*

**Рекова Ж. О. Послуга в економічному та правовому значенні**

На сьогоднішній день в Цивільному кодексі України відсутнє легальне визначення послуги, незважаючи на те, що законодавець визначає послугу як окремий об'єкти цивільних прав. Тому автор ставить за мету проаналізувати сутність послуги в економічному та правовому розумінні та запропонувати визначення послуги.

Аналіз статті 901 ЦК України дозволяє дійти висновку, що в певних видах послуг, сама дія набуває значення явища, що здатне змінити стан предметів матеріального та нематеріального світу. По-перше, важливим є не виготовлення, обробка, переробка, ремонт речі або виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові, що має місце при договорі підяду (ч. 2 ст. 837 ЦК України), а щось, що не має речового результату – продукт дії або діяльності, що не має майнового вираження, тобто сукупність якостей, що має сама дія або діяльність. По-друге, для послуг характерним також є те, що, вони тісно пов'язані з особою виконавцем та процесом виконання ним певних дій або здійснення певної діяльності. Це означає, що послуга існує тільки тоді, коли вона надається. По-третє, послуга не має результату, який мав би окремий уречевлюваний

вигляд, матеріальне втілення. У цьому і полягає корисний ефект послуги, що задовольняє потребу замовника і споживається в процесі надання, саме це і є ознакою послуги як правової категорії.

Отже, послуга – це певна нематеріальна дія (діяльність), виражена у конкретному корисному результаті, яка створена особистою працею особи і невідокремлена від виконавця та являє собою певні зміни у зовнішньому світі або стані суб'єкта.

**Ключові слова:** послуга, економічний зміст, правовий зміст, матеріальне благо, нематеріальне благо, корисний ефект.

**Rekova Zh. O. Service in economic and legal sense**

Currently, the Civil Code of Ukraine lacks a legal definition of the service, despite the fact that the legislator defines the service as a separate object of civil rights. Therefore, the author aims to analyze the essence of the service in economic and legal terms and to offer a definition of service.

An analysis of Article 901 of the Civil Code of Ukraine makes it possible to conclude that in certain types of services, the very effect becomes the significance of a phenomenon that is capable of changing the state of objects of the material and immaterial world. First, it is important not to manufacture, process, process, repair a thing or perform other work with the transfer of its result to the customer, which takes place under a contract (Part 2 of Article 837 of the Civil Code of Ukraine), and something that has no real result - a product of action or activity that has no property expression, that is, a set of qualities having the same activity or activity. Secondly, it is also characteristic of services that they are closely related to the person performing and the process of performing certain activities or carrying out certain activities. This means that the service exists only when it is provided. Thirdly, the service does not have a result that would have a distinct, predictable appearance, material embodiment. This is the beneficial effect of a service that meets the customer's needs and is consumed in the process of providing it, which is exactly a feature of the service as a legal category.

Thus, a service is a certain intangible act (activity), expressed in a concrete beneficial result, which is created by a person's personal work and is not separated from the performer and represents certain changes in the external world or state of the subject.

**Keywords:** service, economic content, legal content, material good, intangible good, useful effect.



**Сіщук Л.В.**

*кандидат юридичних наук,  
науковий співробітник  
Лабораторії проблем  
корпоративного права  
НДІ приватного права  
і підприємництва імені  
академіка Ф. Г. Бурчака  
НАПрН України*

**Sishchuk L.V.**

*PhD, Researcher of  
Laboratory of Corporate  
Law Problems, Research  
Institute of Private Law and  
Entrepreneurship named after  
acad. F. H. Burchak, National  
Academy of Legal Sciences of  
Ukraine*

## **ОРГАНИ УПРАВЛІННЯ У ТОВАРИСТВІ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ: ОГЛЯД НОВЕЛ ЗАКОНОДАВСТВА**

УДК: 347.191.1.

В умовах європейської інтеграції України одним із напрямків її стрімкого руху вперед є адаптація законодавства України до європейських стандартів. Не оминуло уваги законодавця й питання щодо удосконалення корпоративних законів, що регулюють правовий статус окремих юридичних осіб корпоративного типу, метою яких стало запровадження новітніх механізмів регулювання внутрікорпоративних відносин. Зокрема, одним із найбільш важливих змін стало прийняття Верховною Радою України Закону України № 2275-VIII «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», який набув чинності від 17. 06. 2018 р. Зазначена подія отримала позитивні відгуки в наукових колах, оскільки проблематика відсутності належного правового регулювання правового статусу товариств з обмеженою відповідальністю в умовах реального часу була предметом дискусій вже досить тривалий період. Крім того, як показує правозастосовна та судова практика, більшість питань, що виникали в сфері діяльності товариств з обмеженою відповідальністю, були наслідком відсутності гнучких методів регулювання, яких потребують сучасні бізнес-структури. Тому запровадження на законодавчому рівні нових інститутів щодо здійснення корпоративного управління в товариствах з обмеженою відповідальністю та способів реалізації корпоративних прав їх учасниками стало рушійним кроком до змін у правовому середовищі. Однак відразу після прийняття Закону постало й не менш важливе питання – як зазначені події вплинуть на інвестиційний клімат в цілому та правовий стан товариств з обмеженою відповідальністю зокрема.

*Метою* статті є здійснити аналіз нормативних положень Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» у частині визначення структури управління товариством, нових підходів до порядку створення і функціонування органів управління, а також розкриття переваг і недоліків запропонованих змін в практичній сфері їх застосування.

В. І. Борисова зазначає, що корпорація як юридична особа – самостійний по відношенню до своїх учасників суб'єкт правовідносин, яка набуває права і бере на себе обов'язки через свої органи, що діють в межах прав, наданих їм за законом або статутом. Орган корпорації – це правова конструкція, яка створюється з метою надання можливості сформувати і виразити волю останньої, відстоювати її інтереси, а через них і інтереси її акціонерів (учасників, членів) [1, с. 36 – 37]. Оскільки через органи управління юридична особа може реалізувати свою право- та дієздатність, то питання, що стосується порядку їх створення та функціонування має важливе значення і має бути врегульовано як у нормах закону, так і на локальному рівні в статутах і положеннях про органи управління.

Згідно ст. 28 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (надалі – Закон) органами товариства є загальні збори учасників, наглядова рада (у разі утворення) та виконавчий орган. Відповідно до вказаних положень у товариствах з обмеженою відповідальністю може існувати дво – або трьох ланкова система корпоративного управління, що визначається на розсуд самого товариства і зазначається в його установчих документах. Тобто товариство може функціонувати з такими органами управління як загальні збори і виконавчий орган, а у разі необхідності посилення контролю за діяльністю товариства є можливість утворювати наглядову раду. Така позиція законодавця сприймається позитивно, оскільки відповідає особливостям правового статусу товариств з обмеженою відповідальністю та специфіці їх діяльності в кожному конкретному випадку на той чи інший період часу. У зв'язку з цим, варто розглянути новели Закону про органи управління товариств з обмеженою відповідальністю.

*Загальні збори товариства.* У новому Законі передбачено, що загальні збори учасників є вищим органом товариства (ст. 29), які можуть вирішувати будь-які питання діяльності товариства (ст. 30). Щодо підстав та порядку скликання загальних зборів, то визначено, що загальні збори товариства можуть скликатися у випадках, визначених Законом і статутом, а також на вимогу виконавчого органу, на вимогу наглядової ради товариства або на вимогу учасника або учасників товариства, які на день

подання вимоги в сукупності володіють 10 або більше відсотками статутного капіталу товариства (ст. 31).

Отже, ініціювати скликання загальних зборів може як наглядова рада, якщо вона створена в товаристві, так і виконавчий орган. При цьому Законом покладено обов'язок ініціювати скликання загальних зборів на виконавчий орган, якщо вартість чистих активів товариства знизилася більш як на 50 відсотків порівняно з цим показником станом на кінець попереднього року, оскільки у разі ігнорування зазначених вказівок і доведення товариства до банкрутства члени виконавчого органу будуть нести солідарно субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями товариства. Вважаємо, що такий підхід законодавця є виваженим та сприятиме дотриманню принципу добросовісності членами виконавчого органу по відношенню до товариства при виконанні ними своїх службових обов'язків.

Що стосується учасників товариства, то на відміну від положень Закону України «Про господарські товариства», у якому передбачалося, що позачергові загальні збори повинні бути скликані на вимогу виконавчого органу або учасників товариства, що володіють у сукупності більш як 20 відсотками голосів (ст. 61), новим Законом приведено у відповідність з цивільним законодавством (ст. 98 ЦК України) питання про відсоток голосів, якими мають володіти учасники для ініціювання скликання загальних зборів, а саме 10 %, що вказує на позитивні зміни у виробленні єдиної моделі управління в юридичних особах корпоративного типу з ієрархічною структурою корпоративного управління.

Неможливо оминати увагою й порядок проведення загальних зборів товариства, адже новели законодавства визначають інші підходи в цьому напрямку. В першу чергу, це стосується кворуму загальних зборів, що, як правило, має чітко або в окреслених рамках зазначатися у спеціальному законі. За загальним правилом, кворум загальних зборів визначається як кількість голосів учасників у відсотковому відношенні, за наявності яких загальні збори слід вважати правочинними. Відповідно до попереднього законодавства передбачалося, що загальні збори учасників вважаються повноважними, якщо на них присутні учасники (представники учасників), що володіють у сукупності більш як 50 відсотками голосів. Проте дозволялося установчими документами встановлювати й інший відсоток голосів учасників (представників учасників), якщо в товаристві була відсутня державна частка (ст. 60 Закону України «Про господарські товариства»).

Згідно ж до нововведень Закону, кворум загальних зборів учасників товариства відсутній, а у ст. ст. 33 і 35 зазначається, що учасники можуть

брати участь у загальних зборах через особисту присутність або представника, в режимі відеоконференції або шляхом заочного голосування.

З одного боку, варто відзначити зазначені зміни як позитивні, оскільки вони наближені до регулювання порядку проведення загальних зборів учасників товариства з обмеженою відповідальністю, що визначається законодавством країн Європейського Союзу. Для прикладу, норми КТТ Польщі не передбачають кворуму як передумови прийняття рішень у товариствах з обмеженою відповідальністю. Хоча в законодавстві є застереження, що засновницький договір може ставити в залежність дійсність зборів від участі у ньому учасників, які репрезентують відповідну кількість або вартість часток (ст. 241 КТТ). Водночас законодавча вимога встановлення кворуму передбачена у загальних положеннях (наприклад, ст. 506 § 1 КТТ - рішення про злиття/приєднання товариств) [4, с. 101].

Однак, з іншого боку, незважаючи на схожість положень законодавства окремих європейських країн, передбачено різні підходи до їх формування. З цих позицій, якщо брати до уваги відсутність у вітчизняних бізнес-структур навиків формулювання положень статутних документів відповідно до специфіки свого статусу, то існує ризик виникнення корпоративних конфліктів між учасниками товариств з обмеженою відповідальністю.

Щодо форм проведення загальних зборів, то як зазначає Р. Б. Сабодаш, законодавець допускає різні форми проведення загальних зборів: із фізичною присутністю учасників, змішані (збори, на яких допускається фізична присутність учасників та участь окремих учасників у загальних зборах у режимі відеоконференції), та віртуальні загальні збори учасників (збори, які проводяться без фізичної присутності учасників товариства). Водночас вчений робить висновок, що вочевидь, заочне голосування та прийняття рішень методом опитування є не формою проведення загальних зборів, а лише дистанційним голосуванням учасників [7, с. 134].

Проте, якщо вести мову про заочне голосування, то в Законі не визначено строків, впродовж яких учасник має проголосувати за те чи інше питання, що винесено на порядок денний загальних зборів. Більш детально у Законі описано процедуру прийняття рішень загальних зборів учасників шляхом опитування, оскільки відповідно до ст. 36 будь-яке рішення може прийматися учасниками шляхом опитування, якщо інше не встановлено статутом і крім випадків, передбачених цією статтею Закону. Також детально розписано процедуру та строки, в межах яких ініціатор опитування може організувати прийняття рішення учасниками товариства без скликання загальних зборів учасників товариства в класичному варіанті їх проведення.

Тим не менш, виникає необхідність детального врегулювання питання порядку проведення загальних зборів та прав і обов'язків учасників у статуті та/або корпоративному договорі, що на даний час ще не є гарантією належного здійснення права на участь у загальних зборах та правомірною їх проведення, оскільки відсутня практика правозастосування у цьому напрямку. З даного приводу фахівцями – практиками в галузі корпоративного права зазначається, що відміна кворуму для проведення загальних зборів товариства стала можливою завдяки введенню нових процедур проведення загальних зборів учасників, а саме: відеоконференції, заочного голосування або прийняття рішення шляхом опитування (тобто «дистанційне» проведення загальних зборів). Але існують й виправдані застереження, що залишився ризик блокувати прийняття рішень на загальних зборах недобросовісними учасниками, які можуть ігнорувати відеоконференції, заочні голосування та письмові опитування. Адже у ст. 29 Закону передбачається, що учасники товариства мають право, а не обов'язок бути присутніми на загальних зборах учасників, брати участь в обговоренні і голосувати з питань порядку денного.

І. Дерев'яно з цього приводу зазначає, що тут є певна алогічність та деструктивність. Без відповідного кворуму та визначеної кількості голосів ухвалення будь-яких рішень неможливе, що негативно позначиться на діяльності товариства. Наявна на сьогодні судова практика демонструє безпорадність товариств та/або учасників перед систематичною неявкою мажоритарних учасників на загальні збори товариства [2].

Не розкритим залишається й питання щодо способів прийняття рішень загальними зборами учасників по-новому. Згідно ст. 34 Закону рішення загальних зборів учасників можуть прийматися кваліфікованою більшістю голосів (3/4) або простою більшістю голосів усіх учасників товариства, які мають право голосу з відповідних питань, а рішення загальних зборів учасників з питань, передбачених пунктами 4, 5, 9, 10 ч. 2 ст. 30 Закону, приймаються одностайно всіма учасниками товариства, які мають право голосу з відповідних питань. Законом також дозволено в статуті встановлювати іншу кількість голосів учасників товариства (але не менше, ніж більшість голосів), крім рішень, які приймаються одностайно. Тобто наразі обмеження у вигляді кворуму зняте, але новий Закон містить норму, що встановлює мінімальну кількість голосів, які необхідні для прийняття того чи іншого рішення.

Втім тут слід врахувати й певні застереження. На перший погляд, з положень Закону випливає, що наявність кворуму відсутня, але у ході прийняття рішень, особливо з тих питань, які законом мають прийматися

одноставно всіма учасниками, виникає думка про необхідність наявності в таких ситуаціях де-факто 100-відсоткової участі учасників у прийнятті визначених законом рішень. Крім того, з тексту Закону та окремого формулювання «рішення приймається учасниками товариства, які мають право голосу з відповідних питань» залишається незрозумілим з яких питань і які учасники мають право голосу, а з яких не мають такого права. Якщо законом не передбачено кворуму учасників для проведення загальних зборів та прийняття рішень на них, також виникає логічне питання – чи йде мова про всіх учасників, які присутні на загальних зборах товариства, чи всіх учасників товариства, незалежно від їх фактичної участі у місці проведення загальних зборів учасників.

З цього приводу В. І. Цікало зазначає, що в ст. 40 Другої Директиви 77/91/ЄЕС Ради Європейського Співтовариства передбачена можливість прийняття рішень з питань, визначених статутом, за допомогою двох способів: 1) більшістю голосів учасників від загального розміру належних їм часток, без встановлення вимоги про наявність кворуму; 2) більшістю голосів від присутніх учасників, за умови наявності кворуму. Директива дає можливість обрати один із цих двох способів [8, с. 300]. Враховуючи зазначені положення, можна зробити висновок, що у Законі обрано перший із вищенаведених способів прийняття рішень загальними зборами товариства, відмінний від способу, закріпленого попереднім законодавчим актом.

Але в контексті європейського законодавства, якщо обирається спосіб голосування без кворуму, то прив'язка визначення кількості голосів учасників здійснюється до розміру частки учасника у статутному капіталі. Щодо українського законодавства, то прив'язка кількості голосів учасників здійснюється до голосів учасників з відповідних питань і, як вже зазначалося вище, у законодавчому акті не дається відповіді щодо яких «відповідних питань» іде мова. Крім того, у Законі відсутня прив'язка щодо голосів учасників товариства з обмеженою відповідальністю до частки у статутному капіталі, що навряд чи можна вважати позитивною законодавчою новелою.

Тому виникає питання, чи це нові, інноваційні шляхи вибору українським законодавцем способів корпоративного управління чи звичайне порушення правил юридичної техніки, що в практиці правозастосування в майбутньому може приводити до значних конфліктів у товариствах і судового вирішення спорів про визнання рішень загальних зборів недійсними.

Для прикладу, згідно положень Закону Австрії про ТОВ обрано другий спосіб прийняття рішень загальними зборами, що визначений євро-

пейськими стандартами. Якщо інше не визначено Законом чи статутом, рішення приймаються простою більшістю голосів, тобто 50% і більше присутніх голосів. Водночас є й такі рішення, для яких вимагається кваліфікована більшість: 1) поглинання товариства і зміна внаслідок цього корпоративної форми – 90% присутніх на зборах голосів; 2) внесення змін до статуту щодо поглинання, іншої форми реорганізації чи поділу ТОВ – 75% голосів присутніх на зборах [3, с. 78]. Тобто тут прив'язка робиться до кількості голосів учасників, присутніх на загальних зборах із вказівкою на наявність кворуму.

У зв'язку з цим, виправдано можна дійти висновку про необхідність деталізації правил про способи прийняття рішень загальними зборами у нормативних положеннях Закону, що в майбутньому має створити сприятливі умови для більш прозорої та налагодженої роботи вищого органу управління товариств з обмеженою відповідальністю.

*Виконавчий орган товариства.* В правовій літературі зазначається, що виконавчий орган – це волевиявляючий орган корпорації, який здійснює функцію безпосереднього управління нею. Він створюється за рішенням загальних зборів з встановленням компетенції цього органу та складу. Він підзвітний в своїй діяльності загальним зборам учасників (акціонерів, членів) корпорації, організовує виконання їх рішень і несе перед ними відповідальність за ефективність роботи корпорації [1, с. 39].

Згідно нормативних положень нового Закону питання щодо діяльності виконавчого органу також містить свої особливості. Зокрема, закріплено презумпцію створення у товаристві одноосібного виконавчого органу, назва якого «директор», якщо інше не визначено статутом (ч. 4 ст. 39). Щодо наявності в товаристві колегіального органу, то така можливість може бути передбачена у статуті з визначенням кількісного складу його членів (ч. 5 ст. 39).

Крім того, Законом урегульовано порядок проведення засідань виконавчого органу товариства та обмеження щодо обрання членів виконавчого органу, а саме те, що фізична особа, яка є членом колегіального виконавчого органу товариства або діє як одноосібний виконавчий орган, не може бути членом наглядової ради цього товариства (ч. 9 ст. 39). Оскільки члени виконавчого органу є посадовими особами товариства, які несуть відповідальність у межах своїх повноважень, важливим позитивним нормативним положенням є визначення у ст. 42 Закону таких понять, як «посадова особа товариства», «афілійована особа», «конфлікт інтересів».

*Наглядова рада товариства.* Чинне законодавство визначає органами контролю в господарських товариствах наглядову раду та ревізійну

комісію. Наразі передбачено створення цих двох органів лише в акціонерних товариствах [6, с. 176]. Щодо товариств з обмеженою відповідальністю, то Законом визначено нових підхід, згідно якого відсутні положення про необхідність створення ревізійної комісії чи обрання ревізора для здійснення контролю за господарсько-фінансовою звітністю товариства. Разом із тим, питання про створення наглядової ради належить до компетенції загальних зборів учасників, що має бути відображено у статуті товариства. І хоча така можливість не є обов'язковою, втім у тих товариствах, де значна увага буде приділятися питанню удосконалення системи управління та залучення і підвищення довіри іноземних інвесторів, створення наглядової ради стане необхідністю, що буде продиктовано практикою ведення бізнесу, оскільки згідно європейських стандартів наявність наглядової ради є гарантією прозорої діяльності товариств з обмеженою відповідальністю.

Так, А. В. Мягкий зазначає, що створення наглядової ради у товариствах з обмеженою відповідальністю обумовлюється такими основними чинниками: - підвищується інвестиційна привабливість вітчизняного бізнесу, оскільки наглядова рада існує у товариствах цієї організаційно-правової форми більшості країн світу, і її існування виступає додатковою гарантією успішності бізнесу для іноземних учасників; - досить швидко приймаються рішення в інтересах учасників товариства, які немає потреби відкладати до скликання загальних зборів; - запроваджується постійний контроль за діяльністю виконавчого органу, що дозволяє попереджати можливі зловживання з боку останнього; - включення до складу наглядової ради професійних менеджерів та осіб із високим досвідом корпоративного управління дасть змогу підвищити показники діяльності підприємства та досягти кращих фінансових результатів [6, с. 186 – 187].

Звичайно, варто погодитися й з І. В. Лукач, що саме лише створення наглядової ради в товаристві з обмеженою відповідальністю не в змозі вирішити всіх існуючих проблем в товаристві, але буде надавати учасникам можливість самостійно вирішувати питання контролю за виконавчим органом у випадку, якщо товариство буде мати таку необхідність [5, с. 161]. Так, згідно положень ч. 3 ст. 38 Закону порядок діяльності наглядової ради, її компетенція, кількість членів і порядок їх обрання, у тому числі незалежних членів наглядової ради, розмір винагороди членів наглядової ради, а також порядок обрання та припинення їхніх повноважень визначаються статутом товариства. З наведеного випливає, що саме учасники товариства і саме у статуті мають право відобразити основні засади діяльності наглядової ради, що є позитивним нововведенням.



Втім, варто відзначити й той факт, що нині законодавець занадто вузько визначає сферу правового регулювання діяльності наглядової ради та можливих векторів руху в напрямку розкриття специфіки повноважень її членів. Тому для вироблення ефективних методів діяльності наглядової ради доцільно ще додатково розробляти кожним товариством положення про наглядову раду, в якій детально прописувати повноваження членів наглядової ради, порядок проведення засідань наглядової ради, можливість створення комітетів наглядової ради тощо.

Таким чином, аналіз окремих положень Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» дає підстави для висновку, що в ньому запроваджено нові механізми корпоративного управління в товариствах з обмеженою відповідальністю, які відзначаються своєю гнучкістю і диспозитивністю у визначенні багатьох питань функціонування органів управління товариством. У зв'язку з цим, незважаючи на окремі неточності та неузгодженості законодавчих норм, перші спроби тлумачення законодавства вказують більше на позитивні аспекти правового регулювання, а наявність прогалин, які суттєво б впливали на діяльність товариств з обмеженою відповідальністю покаже лише правозастосовна і судова практика. Адже основне завдання законодавця виконано, а саме надано учасникам товариства право обирати модель корпоративного управління, згідно якої будуть враховані як приватні інтереси інвесторів, так й корпоративний інтерес компанії в цілому.

1. *Borisova V. I. Organ korporaciyi yak institucionalno-funkcionalnij yiyi predstavnik. Korporativne pravo Ukrayini ta yevropejskih krayin: pitannya teorii ta praktiki: Zbirnik naukovih prac za materialami XV Mizhnarodnoyi naukovo-praktichnoyi konferenciyi (6-7 zhovtnya 2017 r., m. Ivano-Frankivsk) / NDI privatnogo prava i pidpriyemnictva im. akademika F. G. Burchaka NAprN Ukrayini; za red. d-ra yurid. nauk, akad. NAprN Ukrayini V.V. Lucyа. Ivano-Frankivsk, 2017. S. 36 – 38.*
2. *Derev'yanko I. Zakon pro TOV: sho zminilosya i navisho? Yuridichna Gazeta. URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/zakon-pro-tov-shcho-zminilosya-i-navishcho.html>*
3. *Korporativne pravo Avstriyi ta Ukrayini: monografiya / Vasilyeva V. A., Kovalishin O. R., Viktoriya Robertson [ta in.]; za red. prof. V. A. Vasilyevoyi. Ivano-Frankivsk, 2015. 250 s.*
4. *Korporativne pravo Polshi ta Ukrayini: monografiya / Vasilyeva V. A., Kovalishin O. R., Gerbet Andzhej [ta in.]; za red. prof. V. A. Vasilyevoyi. Ivano-Frankivsk, 2016. 375 s.*
5. *Lukach I. V., Firsanova V. D. Problemi ta perspektivi stvorenniya naglyadovoyi radi v tovaristvi z obmezhenoyu vidpovidalnistyu vidpovidno*

- do zakonodavstva Ukrayini. Porivnyalno-analitichne pravo. №2. 2014. S. 159 – 161.*
6. *Myagkij A. V. Korporativne upravlinnya za zakonodavstvom Ukrayini: dis. na zdobuttya nauk. stup. kand. yurid. nauk: 12.00.04. Kiyiv, 2017. 229 s.*
  7. *Sabodash R. B. Provedennya zagalnih zboriv uchashnikov TOV v rezhimi videokonferenciyi: problemi identyfikaciyi uchashnikov. Korporativne pravo Ukrayini ta krayin Yevropejskogo Soyuzu: noveli zakonodavstva: Zbirnik naukovih prac za materialami XVI Mizhnarodnoyi naukovopraktichnoyi konferenciyi (5-6 zhovtnya 2018 r., m. Ivano-Frankivsk) / NDI privatnogo prava i pidpriyemnictva imeni akad. F. G. Burchaka NAPrN Ukrayini; za red. d-ra yurid. nauk, akad. NAPrN Ukrayini V. V. Lucyu. Ivano-Frankivsk, 2018.S. 133 – 137.*
  8. *Tsikalo V. I. Spivvidnoshennya mizh priynyattya rishen zagalnymi zborami tovaristva ta yih povnovazhnistyu. Korporativne pravo Ukrayini ta inshih yevropejskih krayin: shlyahi garmonizaciyi: Zbirnik naukovih prac za materialami Mizhnarodnoyi naukovopraktichnoyi konferenciyi (2-3 zhovtnya 2015 r., m. Ivano-Frankivsk) / NDI privatnogo prava i pidpriyemnictva im. akademika F. G. Burchaka NAPrN Ukrayini; za red. d-ra yurid. nauk, akad. NAPrN Ukrayini V. V. Lucyu. Ivano-Frankivsk, 2015. S. 298 – 300.*

**Сіщук Л. В. Органи управління у товаристві з обмеженою відповідальністю: огляд новел законодавства**

У статті проаналізовано положення Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» щодо порядку створення та функціонування органів управління. Визначено, що законодавчі новели спрямовані на забезпечення оптимально гнучкої системи корпоративного управління в товариствах з обмеженою відповідальністю. Розкрито підстави скликання загальних зборів товариства з обмеженою відповідальністю, охарактеризовано форми проведення та способи прийняття рішень учасниками товариства на загальних зборах. Також здійснено порівняльно-правову характеристику норм Закону з загальними європейськими стандартами та законодавством окремих країн Європейського Союзу. Увагу приділено й регламентації діяльності виконавчого органу та наглядової ради.

**Ключові слова:** корпоративне управління, загальні збори, виконавчий орган, наглядова рада, посадова особа.

**Sishchuk L.V. Management bodies in a limited liability company: an overview of the legislation**

The article analyzes the provisions of the Law of Ukraine «On Companies with Limited and Additional Liability» regarding the procedure for the establishment and functioning of management bodies. Determined that the legislative novelties aimed at ensuring optimal flexible system of corporate governance in companies with limited

liability. The grounds for the convening of the general meeting of the limited liability company are disclosed, the forms of conducting and the procedure of decision-making by the participants of the company at the general meeting are described. A comparative legal description of the law of the European Union with the general European standards and legislation of the countries of the European Union has also been carried out.

Particular attention is paid to the regulation of the executive body and supervisory board. The presumption of creation in a limited liability company of a sole executive body is determined. Positive view is taken of the definition of concepts such as «official of a company», «affiliated person», «conflict of interests». It is proposed at the legislative level to consolidate the norm on the obligation of the company to approve at the general meeting of the participants the provisions on the executive body and the provisions of the supervisory board, which prescribe in detail the powers of members and functioning of these controls.

**Key words:** corporate governance, general meeting, executive body, supervisory board, official.

**Стець Андрій**

*доктор права (PhD),  
політолог, радник з  
правових питань, спеціаліст  
експертизи документів,  
викладач факультету права  
та адміністрації, м. Зелена  
Гура (Республіка Польща)*

**Stets Andriy**

*PhD, political scientist, legal  
adviser, expert of document  
examination, lecturer of  
the Faculty of Law and  
Administration, Zelena Gora  
(Republic of Poland)*

## **КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЗАХИСТ ГІДНОСТІ ЛЮДИНИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ**

УДК 342.723

У демократичній, правовій державі інститут гідності людини є тією фундаментальною основою, на якій базуються права людини. Повага і захист гідності людини у цій державі є справою кожного органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, справою всього народу.

Особлива роль у правовому регулюванні та захисті гідності людини у демократичній, правовій державі належить її конституції. Саме конституції є основним джерелом правового регулювання інституту гідності людини, ключовим засобом його забезпечення у всіх сферах державного і суспільного життя, корпоративних і приватних правовідносин.

Зусилля юристів, особливо практикуючих, які надають послуги з питань захисту гідності людини, можуть бути приречені на невдачу, якщо їх формальні пропозиції не враховують системних фактичних перешкод, що виникають на шляху вирішення тієї чи іншої справи. У таких ситуаціях треба застосовувати принцип верховенства права, який дозволяє інтегрувати правові та соціальні аспекти вирішення таких справ і досягати справедливості й рівності для всіх. Тому не можна переоцінювати значення правового регулювання та захисту гідності людини, бо без даного принципу, це регулювання і захист перетворюються часом у чисту формальність.

Відомо, що правові гарантії діють у межах правової системи країни, де вони взаємодоповнюють та взаємозамінюють одна одну. Взаємозв'язок між ними може бути різноманітний, що дає змогу систематизувати їх за певними підставами.

На думку проф. В. Погорілка, є два види юридичних гарантій: нормативно-правові та організаційно-правові, які діючи разом, забезпечують інституціональну реалізацію захисту людської гідності. Серед всіх правових гарантій гідності людини слід виділяти конституційні гарантії, які є базовими гарантіями, на основі яких формуються і розвиваються всі інші правові гарантії даного інституту: судові, адміністративні, фінансові, організаційно-правові і т.д.

Конституційний розвиток посткомуністичних держав Центральної та Східної Європи після подій, пов'язаних з рухом «Солідарності» у Польщі (1980-1990 роки) та зруйнуванням Берлінської стіни (1989 рік), привів до формування в них європейських спільних демократичних цінностей: гідності та прав людини, конституційної демократії та верховенства права. Дані цінності нині закріплені в демократичних конституціях Польщі, Угорщини, Чехії тощо, а також - у конституціях деяких пострадянських держав: Грузії, Естонії, Литви, Латвії, Молдови та України.

Як відомо, особливого значення інститут гідності людини набрав після другої світової війни, коли був закріплений в міжнародно-правових актах, зокрема, у положеннях Загальної декларації прав людини ООН 1948 року (далі – Декларація 1948 року). А також - в актах національного законодавства та практиці його застосування європейськими країнами конституційної демократії (Італія, Франція, Бельгія, ФРН та інші).

Людська гідність або краще - природна людяність - означає, що людина виступає як найважливіша і визначальна цінність серед усіх інших соціальних цінностей та є їх кінцевою метою. Саме таке розуміння категорії гідності людини забороняє застосовувати або відмовлятися від будь-яких діянь, що призводять до її порушень суб'єктами, насамперед, наділеними публічною владою.

Декларація 1948 року разом з низкою наступних міжнародно-правових документів покликана захищати людство від гуманітарних катаклізмів у майбутньому. У тому ж 1948 році була прийнята окрема Конвенція про запобігання злочинам геноциду та покарання за нього, а потім, серед інших, - Конвенція про заборону застосування тортур та інших жорстоких, нелюдських та таких, що принижують гідність, видів поведінки та покарання (1984 рік).

Політичні, соціальні, інтелектуальні, культурні та економічні зміни за останні півстоліття перевершили очікування творців Декларації 1948 року. Тому необхідним стало створення та ухвалення нових міжнародних конвенцій й інших документів, які б у нових умовах дозволяли ефективно захищати гідність і права людини.

В Європі - члени Ради Європи - захищають гідність і права людини у своїх країнах завдяки Європейській конвенції із захисту прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція 1950 року), низці супутніх протоколів до неї. Для контролю за виконанням цієї Конвенції створено Європейський суд з прав людини.

Незважаючи на широку міжнародну нормативно-інституційну базу, положення про гідність і права людини у багатьох європейських країнах нерідко мають характер декларацій. Хоча ці положення можуть реально здійснюватися безпосередньо на території держав через їх конституційні механізми, що нормативно визначають поведінку людей та державних органів, які гарантують гідність і права людини, тобто не теоретично чи ілюзорно, а практично й ефективно [1].

Серед інших варто піднімати проблему гідності людей, які зубожіють, шукають притулку чи стали біженцями. Проблема біженців, наприклад, дуже дратує сучасну Європу, бо біженці – це бідність, що обмежує людську гідність [2]. Але ситуація часто змушує людей виїжджати за кордон у пошуках мирного життя, коли в їх країні точиться війна.

В Україні через війну Росії на українському Донбасі виникла проблема переселенців, число яких перевищило за один мільйон чоловік. Захист гідності цих людей взяла на себе Україна, але робиться це дуже повільно та суперечливо.

На жаль, через політику деяких західних країн (ФРН тощо) та Російської Федерації, Україна не може стати членом ні НАТО, ні Європейського Союзу. Останні міжнародні організації стали заручниками імперських, геополітичних концепцій Росії, яка руйнує основи їх створення та функціонування.

Сучасні економічні інтереси нерідко ігнорують духовні цінності та здобутки гуманізму, які були досягнуті завдяки філософії І. Канта, який відкидав ставлення до людини як до предмета чи об'єкта. Його ідеї були втілені європейськими політичними діячами - К. Аденауером, Ж. Моне, Р. Шуманом та П.-А. Спаком. Останні мали на меті будівництво мирної, єдиної та багатой Європи, де немає бідності та воєнної небезпеки. Це сталося і європейський приклад став зразком цивілізованості та людяності.

Як відомо, захист гідності людини є конституційним обов'язком держави [3]. Сьогодні говорити про захист гідності людини як про найвищу соціальну цінність в Україні, коли майже щодня гинуть громадяни України від окупаційних військ Російської Федерації та їх найманців на українському Донбасі, дуже важко. Це означає, що відбувається розрив між системою цінностей, що формується в Центральній і Східній Європі

протягом останніх 25 років, та в Україні, а тому дана проблема заважає євроінтеграційній політиці останньої.

Одночасно в Європі відбувається суперечливий процес, що ставить під сумнів систему європейських спільних демократичних цінностей. Захист гідності людини найчастіше є справою самих громадян, [4] які залежно від їх рівня юридичної просвіти і сучасного менталітету, політичної та конституційної культури, вступають у боротьбу за свою гідність.

У багатьох країнах існує конституційно-судова практика захисту гідності людини. Так, цікавим прикладом може служити практика Конституційного Трибуналу Республіки Польща (далі – Конституційний Трибунал), який у своїх рішеннях вважає, що законодавець, спираючись на поняття гідності людини, формує систему цінностей, навколо яких побудована Конституція Польщі [5], основа всього правопорядку. Гідність людини не може розглядатися як ознака або набір прав, наданих державою, тому що вона перш за все є протиположною державі. Залишаючись саме джерелом прав і свобод, гідність людини визначає спосіб їх сприйняття та реалізації державою. Очевидно, що у всіх публічних заходах слід враховувати існування тієї чи іншої сфери особистої автономії, в якій людина може повною мірою реалізуватися у суспільстві.

А з іншого боку, публічна діяльність не повинна призводити до створення правових чи фактичних обставин, що можуть позбавити людину почуття гідності [6]. Гідність — це поняття моральної свідомості, яке виражає уявлення про цінність всякої людини, як моральної особистості, а також категорія етики, що означає особливе моральне ставлення людини до самої себе і ставлення до неї з боку суспільства, в якому визнається цінність особистості.

Гідність людини не може бути утилізована, втрачена або навіть замінена будь-яким іншим матеріальним благом чи духовною цінністю. Вона - постійна та об'єктивна властивість кожної людини. Саме така характеристика людської гідності є широко прийнятою в польській науці конституційного права, включаючи Конституційний Трибунал [7].

Проблема гідності викликає багато суперечливих думок і дискусій через факт того, що це поняття позначає суб'єктивне ставлення особистості до самої себе. Кожна людина є цінною та неповторною. Усі ми різні, але прагнення стати гідною людиною має стати нашою спільною рисою. Ця різноманітність вимагає також захисту.

Під гідністю людини у науці конституційного права треба розуміти сукупність особистих прав і свобод, реалізація яких дозволяє кожній людині стати, бути і залишитися особистістю [8]. У суб'єктивному сенсі це є усвідомлення людиною своєї суспільної ваги, самоповага.

В Україні проблеми правового регулювання і захисту гідності людини носять більш складний, суперечливий характер ніж у Польщі. Гідність є одним з ключових понять Конституції України [9] (статті 3, 21, 28, 41, 68, 105). В ній, зокрема, визнано гідність однією з «найвищих соціальних цінностей» в Україні (стаття 3), задекларовано, що «усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах» (стаття 21) та що «кожен має право на повагу до його гідності» (стаття 28).

Гідність українських громадян захищається, зокрема, Цивільним кодексом України та охороняється Кримінальним кодексом України.

Зокрема, у Цивільному кодексі гідність людини визнано особистим немайновим благом (стаття 201); задекларовано право на повагу і недоторканність «гідності та честі» фізичних осіб (стаття 297, пункти 1, 2); зафіксовано право фізичних осіб звернутися до суду з позовом про захист їх гідності та честі (стаття 297, пункт 3); приниження «честі та гідності фізичної особи» визнано моральною шкодою, що підлягає відшкодуванню (стаття 23).

Таке широке закріплення у зазначеному кодексі механізмів захисту гідності людини в Україні має особливе значення, враховуючи тривалий час її перебування у складі тоталітарної радянської держави, що грубо нехтувала інститутом гідності людини у публічній сфері. Радянська влада не раз вдавалася до масового політичного терору, включаючи Голодомори, що знищили мільйони українців; значно більше ніж їх загинуло у Другій світовій війні.

Сучасні проблеми реалізації, захисту та охорони гідності людини в Україні привертають все більше уваги політиків, науковців і юристів-практиків, наслідком чого є проведення відповідних заходів [10] тощо. Ситуація вимагає розробки фундаментальної доктрини гідності людини в Україні, основу якої заклав проф. Л. Юзьков, перший Голова Конституційного Суду України (1992-1995 роки).

Як вже зазначалось, український конституцієдавець і законодавець широко закріплює питання захисту порушеної гідності людини. Можливо що після конституційної реформи судової влади 2016 року справи захисту гідності будуть рухатись швидше і краще, оскільки принцип верховенства права став обов'язковим при розгляді справ не тільки у Конституційному Суді, але і в судах загальної юрисдикції (стаття 129 Конституції України). Це значить, що буде легше виявляти порушення та захищати гідність людини у всіх випадках посягань, зокрема, органів і посадових осіб державної влади тощо.

Право кожного на повагу та захист його гідності в Україні належить до публічно-особистих, невід'ємних прав людини, а тому будь-яке її по-



рушення органом державної влади, її посадовою особою тощо дає підстави для її захисту. Проте без усвідомлення та розуміння такого захисту з боку держави і забезпечення його належного рівня - людина не може бути повноправним членом суспільства.

Власне, цього розуміння державою свого правозахисного обов'язку поки що бракує в Україні. Для судів корисним має бути посилення на доктрину цивільного права, де поняття честі і гідності - це важливі духовні, нематеріальні блага, втілені у самій особі громадянина. Конституційна доктрина права кожного на повагу до його гідності отримало розвиток у чинному законодавстві України, але поки ще не в практиці того ж Конституційного Суду. Можливо саме через Цивільний кодекс України (стаття 297) цей Суд з часом розкриє конституційний зміст особистого немайнового права фізичної особи, що забезпечує її соціальне буття, право на повагу до гідності та честі, яким особа володіє довічно [11].

Конституція України гарантує захист гідності людини, а також проголошує рівність громадян. Однак її норми як норми прямої дії поки що не реалізуються (стаття 8). Як впливає із закономірностей, що містяться у статті 28 Конституції України, в їх нормативному сенсі держава має не лише утримуватися від посягання на гідність особи, а й зобов'язана забезпечити дієвий захист всім особам від таких посягань з боку третіх осіб.

Отже, дотримання вищезгаданих норм законодавства про гідність людини повинно привести до того, що організація суспільства, де закон і правовий порядок мають пріоритет над державою та іншими інститутами політичної і соціальної влади, стане справжнім фундаментом правової держави.

Сьогодні в Україні є необхідним справжнє визнання народу єдиним джерелом і верховним носієм влади в державі та реально забезпечувати гідність, права і свободи індивідів системою соціально-економічних, політичних, організаційних та правових гарантій. При цьому самі закони, що забезпечують зазначені конституційні цінності, мають бути правовими, тобто відповідати вимогам права як синоніму справедливості, конституційної демократії, гуманізму й моральності.

#### **Висновки:**

1. Конституційна система України базується на фундаментальній ролі гідності людини як конституційної цінності для формування і захисту прав і свобод громадян.

2. З огляду на те, що Україна довгий час перебувала у складі Радянського Союзу, який систематично порушував гідність і права людини, сьогодні є відчутними залишки тоталітарних практик з цих питань.

3. Кожна людина як індивідуальність є самоцінністю, а тому її гідність - непорушна і має бути належно захищена.

4. В Україні є потреба використання досвіду демократичних держав щодо фундаментальної ролі гідності людини як конституційної цінності та передумови для розвитку прав і свобод громадян, механізмів їх забезпечення та захисту.

1. A. Redelbach, *Prawa naturalne, prawa złowej, wymiar sprawiedliwości, Toruń - Wydawnictwo Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, 2000. - S. 117.*
2. G.Müller-Ubóstwo and God-fearing, *Sandomierz - Wydawnictwo Diecezjalne in Sandomierzu, 2015, S. 17-81.*
3. *The rights and freedoms of man and citizen in Ukraine (Doctrine of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Ukraine): Teach. manual; introduction. word and comrade Ed. prof. Martynenko P.F., Kampa VM .. - K .: Yurincom Inter, 2013. - P. 142.*
4. B. Banaszak, M. Jabłoński, *Obowiązki podstawowe złowieka i obywatela [w:] Red. K. Działocha, A. Preisner, Wolności i Prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce. Warszawa - Wydawnictwo Sejmowe, 2006. - S. 238-240.*
5. B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych demokratycznych, Kraków - Wydawnictwo Zakamycze, 2004, S. 254-255.*
6. *Decision of the Constitutional Tribunal - Wyrok 04.04. 2001 r. K 11/00, OTK 2001, No 3, pos. 54*
7. M. Chmaj, *the Divine Merciful, who has come to know His Wisdom, [w:] M. Chmaj, L. Leszczynski, W. Skrzydło, J. Sobczak, A. Wróbel, in the Constitutions of Wolności i Prawa w Polsce. Zasady ogólne. Kraków - Wydawnictwo Zakamycze, 2002 S. 73-75.*
8. O. Sovgir, N. Shuklyn, *Constitutional Law of Ukraine - Full Course, Kyiv: Publishing House Yurinkom Inter, 2012. - P. 145.*
9. Grishchenko I., *Approaches to the definition of concepts of honor, dignity and business reputation / I. Gryshchenko // State and Law. Collection of scientific work. Legal and political sciences. - Kyiv: Institute of State and Law. VM Koretsky National Academy of Sciences of Ukraine, 2014. - P. 221-227.*
10. Savchin MV *Contemporary trends of constitutionalism in the context of globalization and legal pluralism: monograph. - Uzhgorod, RIK-U, 2018. - P. 18, 23, 41, 146, 276, 368.*
11. V. Fedorenko, *Constitutional Law of Ukraine: Textbook, K.: Publishing House Lyra-K, 2016. - P. 223-224.*

---

**Стець А. Конституційний захист гідності людини: порівняльно-правовий аналіз**

Конституційний захист гідності людини: порівняльно-правовий аналіз. Практика судів та органів конституційної юстиції щодо забезпечення і захисту гідності людини в Україні є орієнтиром для правової, а відтакі суспільно-політичної системи, де гідність особи - це сукупність моральних та інтелектуальних рис людини, що відповідають загальноприйнятим моральним цінностям.

**Ключові слова:** гідність людини, права людини і громадянина, Загальна декларація прав людини ООН 1948 року.

**Stets A. Constitutional protection of human dignity: comparative legal analysis**

The practice of constitutional regulation and protection of human dignity in Ukraine as the foundation of a democratic state of law. The article is an attempt to define the term of human dignity. Identifies the basic problems related to the protection of law and civil liberties in the legal order of Ukraine. The article also contains problems related to the application of the law in the field of protection of human dignity.

The right of everyone to respect and protect his dignity in Ukraine belongs to public-private, inalienable human rights, and therefore any violation by any state body, its official, etc., provides grounds for its protection. However, without awareness and understanding of such protection from the state and ensuring its proper level - a person can not be a full member of society.

The author concludes that: 1. The constitutional system of Ukraine is based on the fundamental role of human dignity as a constitutional value for the formation and protection of the rights and freedoms of citizens. 2. Given that Ukraine has long been part of the Soviet Union, which systematically violated human dignity and human rights, today there are tangible remnants of totalitarian practices on these issues. 3. Every individual as an individual is an intrinsic value, and therefore her dignity is immutable and must be properly protected. 4. Ukraine needs to use the experience of democratic states regarding the fundamental role of human dignity as a constitutional value and the prerequisites for the development of human rights and freedoms, mechanisms for their provision and protection.

**Key words:** Human dignity, human and civil rights, Universal Declaration of Human Rights of 1948.

**Стратюк О.М.**

*аспірантка кафедри  
цивільного права  
навчально-наукового  
юридичного інституту  
ДВНЗ «Прикарпатський  
національний університет  
ім. В. Стефаника»*

**Stratiuk O.M.**

*PhD candidate, Civil Law  
Department, Educational  
Scientific Law Institute,  
Precarpathian University  
named after V. Stefanyk*

## **РЕОРГАНІЗАЦІЯ ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ЗАКОНОДАВЧІ АСПЕКТИ**

УДК: 347.191.6.

Функціонування юридичних осіб в ринковому середовищі в умовах економічної конкуренції зумовлює необхідність постійного оновлення її підприємницького становища, запровадження новітніх механізмів регулювання її конкурентоспроможності та можливості здійснювати підприємницьку діяльність з отриманням максимально значних прибутків в обраній сфері. Одним із підходів до посилення позицій на ринку або вирішення інших тактичних цілей юридичних осіб є застосування такого правового інструменту як реорганізація, що супроводжується системними змінами в управлінні їх майновими ресурсами.

Оскільки організаційно-правова форма товариств з обмеженою відповідальністю є найбільш поширеною серед власників бізнесу, ефективне нормативне врегулювання питань їх діяльності є доволі актуальним. В його основу має бути покладений принцип, згідно з котрим реальні проблеми функціонування товариств мають диктувати законотворчість і узгоджуватися з процедурними та організаційними моментами порядку створення, діяльності та припинення юридичних осіб [5]. Реорганізація товариств з обмеженою відповідальністю не є виключенням із загального правила.

*Метою статті є здійснити огляд наукових підходів до поняття «реорганізація» як правового явища, що зумовлює зміну майнового становища товариств з обмеженою відповідальністю, а також охарактеризувати законодавчі новели правового регулювання способів реорганізації товариств з обмеженою відповідальністю в умовах наближення вітчизняного законодавства до законодавства Європейського Союзу.*

Оскільки легального визначення поняття «реорганізація» немає, варто розглянути теоретичні засади, вкладені в основу цієї дефініції. Так, в правовій літературі існує ряд підходів до розкриття сутності реорганізації. Н. В. Щербакова зазначає, що реорганізація є одним із двох можливих способів припинення юридичних осіб, а її відзначною рисою є наявність правонаступництва [8]. Але О. Кібенко акцентує увагу на те, що така теорія має певні недоліки, бо не охоплює усі форми реорганізації, оскільки при такій формі реорганізації, як виділення, взагалі не відбувається припинення юридичної особи [3].

Ю. М. Юркевич замість поняття реорганізації вживає поняття припинення юридичних осіб з правонаступництвом і зазначає, що це склад юридичних фактів, пов'язаний з переходом єдиного майнового комплексу юридичних осіб – правопередників до їх правонаступників, в результаті якого відбувається припинення юридичних осіб – правопередників та, як правило, утворення нових юридичних осіб [9, с. 7 – 8]. Фактично поняття реорганізації та правонаступництва в даному аспекті мають тотожне змістове навантаження.

Варто погодитися з позицією Д. В. Жекова, який зазначає, що традиційний підхід до реорганізації юридичної особи як до правонаступництва, рівно як і реорганізації як форми припинення юридичної особи не в повному обсязі відповідає потребам практики, що особливо відчувається, коли мова йде про захист прав кредитора, а також працівника, що звільняється з юридичної особи, яка проходить реорганізацію [2, с. 43]. Крім того, більшість вчених погоджуються з тією думкою, що при реорганізації відбувається не тільки припинення, але й створення юридичних осіб.

У зв'язку з цим, реорганізацію слід розглядати крізь призму сукупності ознак, які притаманні даному правовому явищу, не ототожнюючи таку процедуру тільки зі зміною організаційно-правової чи майнової складової як кваліфікуючої ознаки реорганізації. Це процес, якому притаманні такі ознаки: 1) має місце універсальне правонаступництво, яке полягає у переході майна, прав і обов'язків від юридичної особи – правопередника до юридичної особи – правонаступника; 2) при здійсненні реорганізації відбувається припинення та / або створення юридичних осіб, які перебувають у процесі реорганізації; 3) суб'єктами, які беруть участь у проведенні реорганізації, виступають юридичні особи; 4) при проведенні реорганізації може відбуватися зміна майнового становища юридичної особи – правонаступника [7, с. 35].

З урахуванням наведеного, проаналізуємо чинне законодавство, що регулює процес реорганізації товариств з обмеженою відповідальністю.

Відповідно до ч. 1 ст. 104 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), юридична особа припиняється в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. У разі реорганізації юридичних осіб майно, права та обов'язки переходять до правонаступників. З наведених положень випливає, що реорганізації характерні такі ознаки, як припинення юридичних осіб і правонаступництво. При цьому саме така ознака як наявність правонаступництва є основною, що дозволяє розмежовувати форми припинення юридичних осіб – реорганізацію та ліквідацію. В іншому випадку відмінності між такими правовими явищами на законодавчому рівні не можливо було б віднайти.

У правовій літературі зазначається, що процедура реорганізації юридичної особи, незалежно від правової форми її проведення, складається з чотирьох етапів: 1) етап ініціювання реорганізації; 2) етап здійснення реорганізаційних заходів; 3) етап складення і затвердження підсумкового документа реорганізації; 4) етап державної реєстрації.

Зі змісту ст. 105 – 109 ЦК України випливає, що на першому етапі відбувається обговорення і прийняття рішення про реорганізацію юридичної особи, на другому етапі призначається комісія з реорганізації, ведеться облік майна, здійснюється повідомлення кредиторів про реорганізацію та задоволення їх вимог, на третьому етапі складається передавальний акт (розподільний баланс), яким підтверджується завершальна стадія проведення реорганізації щодо вирішення правової долі майна юридичної особи і четвертий етап, яким, власне, й завершується реорганізація юридичної особи, що відображається у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань.

Однак зазначені вище етапи проведення реорганізації, що закріплені на рівні ЦК України, є універсальними і можуть застосовуватися будь-якими юридичними особами приватного права, які можуть бути як підприємницькими, так і непідприємницькими організаціями, товариствами чи установами. Якщо враховувати той факт, що товариство з обмеженою відповідальністю є окремою організаційно-правовою формою підприємницьких товариств, які мають свою специфіку і щодо врегулювання правового статусу яких прийнято спеціальний закон, то варто проаналізувати нормативні положення щодо реорганізації таких товариств.

В першу чергу з аналізу положень ст. 11 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – Закон) випливає, що в результаті реорганізації відбувається створення товариств з обмеженою відповідальністю. Втім, ознайомлюючись з главою VI За-

кону «Виділ та припинення товариства», можна дійти висновку, що термін «реорганізація» не застосовується у спеціальному законодавстві, а використовується правова конструкція «припинення юридичної особи з правонаступництвом» та «виділ товариства». Неузгодженість термінології щодо порівняння загальних та спеціальних норм, які містяться на рівні кодифікованого та спеціальних законів, дозволяє зробити висновок про відсутність єдиних підходів до розуміння поняття «реорганізація» як правового явища в правовій доктрині та, як наслідок, відсутність комплексного наукового дослідження зазначеного вище поняття і його правової природи неоднозначно впливає на формування узгодженої законодавчої термінології.

В теорії правових досліджень традиційно під правонаступництвом розуміється перехід прав та обов'язків учасника цивільних правовідносин до іншої особи, що зумовлено об'єктивним спотворенням структури такого правовідношення (смерть фізичної особи, припинення юридичної особи) або суб'єктивною необхідністю його зміни (відступлення права вимоги тощо) [4, с. 49]. При цьому зазначається, що обов'язковою умовою реорганізації юридичної особи є універсальне правонаступництво. Разом із тим, методологічно правильно і важливо розрізняти правонаступництво та реорганізацію як явища, що мають різну правову природу. правонаступництво відображає зміну суб'єктного складу у правовідносинах, змістом яких є відповідні права та обов'язки, на підставі певного юридичного факту або юридичного складу (прийняття рішення про реорганізацію, затвердження передавального акту) [1, с. 7].

Водночас варто звернути увагу на те, що на відміну від загальних положень про реорганізацію юридичних осіб, у спеціальному законі подано визначення всіх форм реорганізації юридичних осіб, а саме визначено поняття «виділ товариства», «злиття товариства», «приєднання товариства», «поділ товариства», «перетворення товариства», з визначення яких впливає не тільки сутність зазначених правових форм реорганізації, але й визначено організаційно-правові форми юридичних осіб, що беруть участь у реорганізації товариств з обмеженою відповідальністю, що має важливе значення для практичної сфери і вносить позитивні зміни у правове регулювання процесу реорганізації.

Так, згідно ст. 49 – 52 Закону, у результаті злиття, приєднання, поділу, виділу та перетворення товариства з обмеженою відповідальністю відбувається передання всього його майна, всіх прав та обов'язків іншим господарським товариствам – правонаступникам згідно передавального акта та розподільного балансу. При цьому також визначено, що основним

документом, що фіксує обсяг прав і зобов'язань товариства, яке прийняло рішення про реорганізацію, виступає передавальний акт (розподільний баланс), що, відповідно до ч. 3 ст. 107 ЦК України затверджуються учасниками юридичної особи або органом, який прийняв рішення про її припинення, крім випадків, встановлених законом.

У той же час неможливо залишити поза увагою питання про порядок реалізації прав учасників (акціонерів) та їх переходу при реорганізації, що зумовлено можливістю зміни не тільки правового та економічного становища реорганізованих юридичних осіб, але й суб'єктного складу їх учасників, а також зміни чи припинення корпоративних прав, якими володіють останні [6, с.162]. Донедавна це питання врегульовувалося тільки у Законі України «Про акціонерні товариства» шляхом закріплення положень про договір злиття (приєднання) та план поділу (виділу, перетворення).

На даний момент правову конструкцію договору про припинення товариства з обмеженою відповідальністю передбачено у ст. ст. 53, 54 нового Закону, що визначають можливість укласти договір про припинення, який визначатиме умови передачі майна, прав та обов'язків юридичним особам - правонаступникам, розмір часток кожного учасника у статутному капіталі кожної юридичної особи - правонаступника або коефіцієнти конвертації часток в акції (якщо правонаступниками є акціонерні товариства), склад органів юридичних осіб - правонаступників та інші умови припинення, а також порядок конвертації часток у разі припинення і виділу товариства, що спрямовані на охорону прав учасників щодо збереження їхніх часток при здійсненні реорганізації товариств з обмеженою відповідальністю.

Позитивно сприймаються й положення про захист прав кредиторів при проведенні реорганізації товариств з обмеженою відповідальністю, у яких деталізовано умови, порядок і строки задоволення їх вимог до товариства з метою забезпечення балансу інтересів як кредиторів товариства, що реорганізується, так і самого товариства з обмеженою відповідальністю. Адже О. А. Беяневич, досліджуючи питання реорганізації шляхом злиття, зазначає, що відповідно до ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Європейськими співтовариствами і Україною законодавство про компанії є тією сферою, у якій повинна бути забезпечена приблизна адекватність законів України законодавству ЄС. Стаття 13 Директиви 2011/35/ЄС покладає на законодавство держав-членів забезпечення адекватної системи захисту інтересів кредиторів товариств, що зливаються. Кредитори мають право на отримання адекватних гарантій,



якщо фінансовий стан товариств, що зливаються, робить необхідним такий захист і якщо такі кредитори не завжди вже мають такі гарантії [1, с. 6].

З урахуванням наведених положень, у ст. 55 Закону закріплено гарантії захисту прав кредиторів, які отримали повідомлення про прийняття рішення про реорганізацію товариства з обмеженою відповідальністю, а саме передбачено, що кредитор такого товариства, вимоги якого до товариства не забезпечені договором забезпечення, має право звернутися з письмовою вимогою про здійснення на вибір товариства однієї з таких дій: 1) надання забезпечення виконання зобов'язання; 2) дострокового припинення або виконання зобов'язання (зобов'язань) перед кредитором та відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором між товариством та кредитором. Крім того, визначено, що виділ або припинення товариства не можуть бути завершені до задоволення вимог, заявлених кредиторами.

Проте, аналіз окремих положень Закону щодо припинення та виділу товариств з обмеженою відповідальністю дає підстави для висновку, що в ньому містяться й певні недоліки, а саме відсутні норми, що детально визначали б етапи та специфіку здійснення процедури злиття, приєднання, поділу, виділу та перетворення товариств. Разом із тим, у зазначених нормах присутні положення, що дублюють норми ЦК України з таких питань, як несення субсидіарної відповідальності за зобов'язаннями товариства у разі поділу (виділу) та про солідарну відповідальність товариств, якщо правонаступників товариства з обмеженою відповідальністю є декілька.

Зазначені упущення є свідченням недосконалості юридичної техніки щодо законодавчого врегулювання відносин, які виникають під час реорганізації товариств з обмеженою відповідальністю, що потребує доопрацювання, уточнення та узгодження окремих правових положень.

1. *Belianevych O. A. Pytannia pravonastupnytstva pry reorhanizatsii sub'iekta hospodariuvannia shliakhom zlyttia. Mizhnarodnyi zhurnal «Pravo i suspilstvo»: za red. d-ra yuryd. nauk, prof. Vasylievoi V. A. Vypusk 5. Ivano-Frankivsk: Foliant, 2017. S. 5 – 15.*
2. *Zhekov D. V. Poniattia reorhanizatsii yurydychnoi osoby: zakonodavchyi ta doktrynalnyi pidkhody. Chasopys tsyvilistyky. Vypusk 17. S. 41 – 45.*
3. *Kibenko O. Otnosytel'no opredelenyya ponyatyaya «reorhanyzatsyya»: sravnytel'naya kharakterystyka prava Ukrainy y Evropeyskoho soyuza. URL: <http://ilf-ua.com/ru/publications/articles/docshow/113/>*

4. Kostruba A. V. *Vstanovlennia pravonastupnytstva yurydychnoi osoby – kredytdavtsia v kredytnykh vidnosynakh pry zmini nazvy ta vydiv diialnosti: problemni pytannia praktyky «onovlenoho skladu» Verkhovnoho Sudu. Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo. № 4. 2018. S. 45 – 51.*
5. Pavych I. *Pliusy i minusy novykh normatyvnykh pravyl dlia TOV i TDV. Zakon i Biznes. URL: [http://zib.com.ua/ua/123086-plyusi\\_i\\_minusi\\_novih\\_normativnih\\_pravil\\_dlya\\_tov\\_i\\_tdv\\_.html](http://zib.com.ua/ua/123086-plyusi_i_minusi_novih_normativnih_pravil_dlya_tov_i_tdv_.html)*
6. Sishchuk L. V. *Znachennia dohovoru zlyttia (pryednannia) pry zdiisnenni reorhanizatsii. Korporatyvni pravochyny: Materialy Vseukrainskoi naukovo-praktychnoi konferentsii, 27 – 28 veresnia 2013 roku. Ivano-Frankivsk: Prykarpatskyi natsionalnyi universytet imeni Vasylia Stefanyka, 2013. S. 158 – 165.*
7. Sishchuk L. V. *Reorhanizatsiia yurydychnykh osib: teoretyko-pravovi aspekty. Pryvatne pravo i pidpriemnytstvo. Zbirnyk naukovykh prats. Vyp. 14, 2015 r. / Redkol.: Krupchan O. D. (hol. red.) ta in. K.: Naukovodoslidnyi instytut pryvatnoho prava i pidpriemnytstva imeni akademika F. H. Burchaka Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy, 2014. S. 32 – 36.*
8. Shcherbakova N. V. *Poniattia reorhanizatsii yak sposobu prypynennia pidpriemstv, yoho vidminnost vid likvidatsii. Visnyk Khmelnytskoho instytutu rehionalnoho upravlinnia ta prava.*
9. Yurkevych Yu. M. *Prypynennia yurydychnykh osib z pravonastupnytstvom: dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.03. Lviv, 2009. 209 s.*

**Стратюк О.М. Реорганізація товариства з обмеженою відповідальністю: теоретичні та законодавчі аспекти**

У статті проаналізовано наукові погляди, що визначають ознаки реорганізації як правового явища, що існує поряд з ліквідацією та є однією з форм припинення юридичних осіб. Визначено, що універсальне правонаступництво є ключовою ознакою реорганізації, оскільки визначає мету та правові наслідки проведення реорганізації як процедури, що зумовлює зміну майнового стану юридичної особи.

На основі аналізу норм Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» наведено позитивні зміни, які пропонує законодавець щодо реорганізації товариств, а саме окреслено правові форми реорганізації з визначенням організаційно-правових форм юридичних осіб, з якими товариство з обмеженою відповідальністю може здійснювати реорганізацію. Закріплено положення про договір про припинення товариств та про захист прав кредиторів, що спрямовані на забезпечення юридичних гарантій здійснення прав кредиторів та учасників товариства з обмеженою відповідальністю при проведенні реорганізації.

**Ключові слова:** правонаступництво, злиття, приєднання, поділ, виділ, перетворення, договір про припинення, учасники, кредитори, передавальний акт, розподільний баланс.

**Stratiuk O.M. Reorganization of a limited liability company: theoretical and legislative aspects**

The article analyzes the scientific views that determine the signs of reorganization as a legal phenomenon that exists along with liquidation and is one of the forms of termination of legal entities. It is determined that universal succession is a key feature of reorganization, since it defines the purpose and legal consequences of the reorganization as a procedure that causes a change in the property status of a legal entity.

Based on the analysis of the Law of Ukraine «On limited and additional liability» are positive changes suggested lawmakers on reorganization of companies, for example, legal forms of reorganization are defined with the definition of organizational and legal forms of legal entities with which a limited liability company may reorganize. Contains a provision of an agreement to terminate the companies and on the protection of creditors, aimed at ensuring legal guarantees of the rights of creditors and members of limited liability companies during the reorganization.

At the same time, a number of shortcomings of the current legislation are identified, namely, there are no norms that would detail the stages and specifics of the implementation of the merger, admission, division, separation and transformation of the partnership. In that Act there are provisions duplicate provisions of the Civil Code of Ukraine on issues such as incurring vicarious liability for the company's obligations in the event of division (separation) and the companies jointly and severally liable if the successor limited liability companies are few.

**Key words:** succession, merger, accession, division, separation, transformation, termination agreement, participants, lenders, transfer act, distributive balance.

**Ana Tokhadze**

*MA, PhD Candidate, Visiting Lecturer Law Faculty,*

*Iv. Javakhishvili Tbilisi State University*

## **COMPARATIVE ANALYSIS OF PREEMPTIVE RIGHTS IN GEORGIAN AND UKRAINIAN LLCs – A STATUTORY RULE OR A CONTRACTUAL PRIVILEGE**

### **1. Introduction**

The article briefly displays an objective coverage of the legal consequences of the shareholders' preemptive rights in limited liability companies (furthermore, LLCs) in Ukraine and Georgia. Over the past few years, individual shareholders have reshaped into professional and institutionalized funds, which bestows a wider range of controlling mechanisms on their part (1, pp.15-18, 113-118). Albeit, the protection of shareholders' property rights has attracted interest in the academic circle. Indeed, recent scholastic endeavors endorse the actuality of the topic (2, pp.1-6; 3, pp.53-54, 61-68.); nevertheless, the extant literature on the recent legislative novelties still, have hitherto failed to provide an in-depth comparative study. Contemporary European company law has been paying a thorough attention to the legal framework, which, has, so far, manifested in the establishment of the shareholders' enhanced participation in corporate governance (4, pp.253-265). Thus, a new tendency revealed itself in legislative novelties and adoption of new legal mechanisms (5). Likewise, such an inclination has been followed by a number of countries, including Ukraine and Georgia. In both of these countries, a business organization's practice shares a lot in common, including the fact, that LLCs are one of the frequently incorporated business forms. The Ukrainian Parliament has, recently, adopted a new law on "Limited Liability Companies and Additional Liability Companies" (6). In 2017 Georgia also amended the regulatory policy in regards to the LLCs (7). Recent legislative revisions in both of these countries have had a significant impact on the exercise of the shareholders' preemptive rights, which for now embraces meticulous procedural provisions on the matter. By comparing Georgian and Ukrainian regulations, the paper elucidates an essence of the shareholders' whether a statutory or a contractual privilege towards the "first refusal to buy a share" and illustrates novel insight into the topic. The premise of the article is to bridge between the Georgian and the Ukrainian legislative novelties, and hence, to expose coherent challenges with respect to the equal and fair treatment of the shareholders.

## **2. Brief Elucidation of the Preemptive Right**

### **2.1. “Right to the First Refusal” – Shareholders’ Perspective**

At an outset, partner’s identity plays a crucial role in LLCs, since in the closed companies all members are closely concerned to each other. Hence, in most of the cases, shareholders are reluctant about selling their holding or letting the third-party in (8, pp.197-199). Although, due to the personal reasons a shareholder might wish to exit the company by cashing-in own share at a decently fair price. Access to the secondary market envisages the share disposal at a premium price. However, market efficiency and availability cannot be guaranteed. The complexity of the share valuation and less forcibility of the share’s price in the closed companies (9, pp.277-278) may also trigger hesitation on behalf of the third-party while making investments. Therefore, at some point, the shareholders’ preemptive right creates certain availability of the share transfer and increases the probability of share liquidity. Thus, a member wishing to sell the shares may count on the fellow shareholder’s preemptive rights. On the flip side, the members do not anticipate alien identity by losing the control over the new memberships.

In general, a preemptive right is a remedy to protect the share participation from the dilution (10, pp.520-522). Shareholders’ expansion of the participation interest in the equity capital is feasible through the first offer to buy shares. Additional shares can be obtained to the extent equivalent to the previous participation. Therefore, the principle of proportionality is meticulously observed.

### **2.2. Preemptive Right as a Shield of LLCs’ Capital Structure**

Due to the company’s distinct legal personality (11, pp.3, 5-9) free transfer of the shares is described as one of the coherent features of all capitalistic business organizations. Therefore, the share transfer cannot affect the legal existence nor a financial standing of the company. However, the Articles may impose an approval requirement by the shareholder’s meeting, which must be granted by weighing the best interests of the company against to the right to sell the share (12, pp.24-25). However, public corporations do not usually accommodate stringent regulations on the share transfer and thus, are subjected to a public trade. Restriction on transferability is prevailing in the small or medium-sized, closely-held companies (13, pp.2-24; 14, pp.5-8). This kind of mechanism restricts a free admission of a new participant and sustains personal, closed capital structure of the company. In the absence of such a condition, it may be deducted, that the same objective is targeted by the preemptive right. From the perspective of the company, this can be utilized as a defensive tool from the hostile takeovers; especially when the sale of the majority ownership is considered.

### 3. Comparison of the Legislative Novelties

In 2008 Georgian Entrepreneurial Law adopted US-American provisions, which had become a bedrock of the exclusion of mandatory articles and the selection of default rules. Liberalization of entrepreneur policy had an immense impact over the Articles regulating the companies' capital structure along with the shareholders' property rights. Consequently, nowadays "Entrepreneurs Law of Georgia" spells more space for default rules, which has been criticized for jeopardizing capital maintenance of the company (15, pp.1-10). Although, with an expressed political intention (16) of complying with a European standard, Georgia and Ukraine has been undertaking regulatory amendments and yet, plausible revisions are being held. Introduced innovation is a step forward.

#### 3.1. Challenges while Exercising the Preemptive Right

As a result of the vast contractual freedom in the LLCs Law (17, pp.223-225), in some of the countries preemptive right is not exercised upon the mandatory regulation, instead, it is established through the Articles. According to the Georgian law, preemptive right is defined as a selling member's obligation to offer shares to fellow shareholders at the same price and terms, which would be negotiated with the third-party (18, Sec.461.8). Yet, this obligation may be altered via the Articles. As it is stated in the Ukrainian law, member's preemptive right may also be abolished (19, Sec.20.6.); however, if the share is intended to be sold to a third party, the Charter may prescribe a member's obligation to hold negotiations on the sale with the fellow members at first (20, *ibid*). The latter is a way favorable solution for the sake of the company's closed structure and shareholder's ownership. Georgian policy is absent from such a strategy, but it can be adopted through the Charters. As stated in the Georgian law, the Articles in respect to the preemptive right may be amended by an ordinary majority (if the higher requirement is not set), whilst Ukrainian law posits, that at least, all members must attend the meeting resolving the editions to the Articles (21). Therefore, it may be deducted that Ukrainian law enables stronger defensive shield in support of the shareholders' rights. However, it may also be argued, that in the need of exclusion of the preemptive right such a requirement might prolong related processes. Conforming to the Georgian regulations, the member wishing to sell a share must address fellow shareholders in written (electronic communication is also allowed), whereby an amount of the shares, price and payment date is to be fixed (22, Sec.461 2; 3; 6; 7). In spite of the default nature of governing rule, the Article may even disregard an obligation to address in written. Consequently, there is a higher possibility that an offer will fail to be delivered. Under the Ukrainian law

written address is highly emphasized and is perceived as a crucial protection mechanism (23, Sec.20.3.). The responding consent of the fellow shareholders must be sent in due time, which is the case of Georgia is stipulated by 10 days at least; nevertheless, the Ukrainian law observes longer time-frame, such as 30 days (24, Sec.461 2; 25, Sec.20.3.). Therefore, it is quite clear, that Ukrainian regulations consider a better support of shareholders' access and enjoyment of the preemptive rights. Whilst 10 days may seem insufficient period for obtaining relevant fund in order to exercise the preemptive rights. Georgian regulations leave a regulatory gap which in practice may result in shareholders' unequal and unfair treatment. Moreover, Ukrainian law frames due date for concluding the purchase agreement and assists both of the parties with ample remedies, which in Georgian policy is missing.

### **3.2. Risk of a De Facto Withdrawal of the Preemptive Right**

The shareholders' preemptive right can be fully or partially excluded upon the resolution of the meeting. The reasons causing exclusion may vary in a wide range, such as third-party debt financing, for the means of raising additional capital in a timely fashion. The cumbersome regulations might hamper further capitalization. All members of the LLCs are bounded by the duty of loyalty to the fellow members along with the company (26, p.225). A decision on withdrawal must be endorsed by the relevance of such a measure: exclusion must be begotten from the best interest of the company, should be suitable for the intended purpose and should be used as a last resort (27, p.154). Since the Georgian policy does not state this criterion, there is a higher risk, that majority may achieve abrogation of preemptive rights through the resolution devoid of any objective argumentation. Despite the legal capability to sue the decision, time-consuming disputes and related costs might discourage a resented member to do so. De facto exclusion from the preemptive right (28, p.155) is often times related to the overpricing of the selling shares. Due to such circumstance, it is impossible for the fellow shareholders to purchase the selling shares. Georgian regulations do not encompass legal preconditions for the share valuation. Neither does a shareholder carry an obligation upon which the basis for the calculation of the share price would be stated. In contrast, the Ukrainian regulations, the company enables an access to the financial documents which are necessarily needed for determining the share price (29).

### **4. Concluding Remarks**

Brief comparative analysis has given a prudent capacity to conclude the following remarks. The first part of the paper endeavors to display the advantages of the preemptive rights in LLCs. As it is found, such a right provides a better strategy against dilution of the shareholder ownership and

a closed structure in the company. The second part of the thesis displays the legislative novelties in Georgian and Ukrainian regulatory environment. Subsequently, the paper aims to give remarks on building a credible policy for achieving a defensive shield in favor of the shareholders. Upon the comparative analysis, thesis vividly draws existing regulatory lapses in Georgia. Firstly, it is highly recommended to reconsider the due time of the responding consent in which the shareholders have to exercise their preemptive rights. Ukrainian law enables a feasible access to the financial documents upon which the share prices are fairly stipulated. It would be indeed beneficial to encourage Georgian shareholders' to actively utilize their non-property rights in order to fairly determine the share value. Due to the rapid need for debt financing, it is also recommended to avoid the cumbersome procedure for the exclusion or alteration of the preemptive rights.

1. Magnier, V. (2017). *Comparative Corporate Governance*. UK: Edward Elgar (pp. 15-18, 113-118).
2. Yan, W. (2017). *The Role of Representatives of Minority Shareholders in the System of Corporate Governance*. Frankfurt am Mein: Peter Lang GmbH (pp. 1-6);
3. Hill, J. G. (2015). *Images of Shareholder – shareholder power ad shareholder powerlessness*. In J. G. Hill & R. S. Thomas (Eds.), *Research Handbook on Shareholder Power* (pp. 53-54, 61-68). UK: Edward Elgar.
4. Bratton W. W. (2017). *Corporate Law Reform in the Era of Shareholder Empowerment*. In B. Choudhury & M. Petrin (Eds.), *Understanding the Company* (pp. 253-265). UK, Cambridge: Cambridge University Press.
5. *Directive 2017/828 of the European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EC as regards the Encouragement of Long-term Shareholder Engagement*.
6. *Law of Ukraine, “Limited Liability Companies and Additional Liability Companies” of 2018*. Supreme Council of Ukraine, data N.13.
7. *Amendments to the Georgian “Law on Entrepreneurs” of 2017*. Georgian Parliament, data N.812-II.
8. Bachmann, G., Eidenmüller, H., Fleischer, H., Schön, W. (2014). *Regulating Closed Corporation*. Germany: De Gruyter (pp. 197-199).
9. Digman, A. (2011). *Company Law, Hicks & Goo’s Cases & Materials* (7th ed.). US, NY: Oxford University Press (pp. 277-278).
10. Vantoruzzo, M. (2013). *Issuing new shares and preemptive rights: a comparative analysis*. *Richmond Journal of Global Law & Business* 12(4), pp. 520-522.



11. French, D., Mayson, St., Ryan, Ch. (2017). *Mayson, French & Ryan on Company Law (34th ed.)*. GB: Bell & Bain (pp. 3, 5-9).
12. Wirth, G., Arnold, M., Greene M. (2004). *Corporate Law in Germany*. München: H.C. Beck Verlag (pp. 24-25).
13. Davies, P. (2002). *Introduction to Company Law*. US, NY: Oxford University Press (pp. 2-24).
14. Bachmann, G., Eidenmüller, H., Fleischer, H., Schön, W. (2014). *Regulating Closed Corporation*. Germany: De Gruyter (pp. 5-8).
15. Burduli, I., Makharoblishvili, G., Egnatashvili, D., Giguashvili, G. (2016). *Development of Contemporary Georgian Corporate Law*. Georgia, Tbilisi: World of Lawyers (pp. 1-10).
16. *Upon the Association Agreements between European Union and Ukraine, as well as, Georgia*.
17. Bainbridge, St. (2014). *Business Agencies, Partnership & LLCs (2nd ed.)*. US: Foundation Press (pp. 223-225).
18. Georgian “Law on Entrepreneurs” (2018). Sec. 461 (8).
19. Ukrainian Law, “Limited Liability Companies and Additional Liability Companies” (2018). Sec. 20.6.
20. Ukrainian Law, “Limited Liability Companies and Additional Liability Companies” (2018). Sec. 20.6.
21. “The relevant provisions may be introduced into the statute, amended or excluded from it by unanimous decision of the general meeting of participants, which was attended by all members of the company.” Ukrainian Law, “Limited Liability Companies and Additional Liability Companies” (2018). Sec. 20.6.
22. Georgian “Law on Entrepreneurs” (2018). Sec. 461 2; 3; 6; 7.
23. Ukrainian Law, “Limited Liability Companies and Additional Liability Companies” (2018). Sec. 20.3.
24. Georgian “Law on Entrepreneurs” (2018). Sec. Sec. 461 2;
25. Ukrainian Law, “Limited Liability Companies and Additional Liability Companies” (2018). Sec. 20.3.
26. Bainbridge, St. (2014). *Business Agencies, Partnership & LLCs (2nd ed.)*. US: Foundation Press (p. 225).
27. Wirth, G., Arnold, M., Greene M. (2004). *Corporate Law in Germany*. München: H.C. Beck Verlag (p.154).
28. Wirth, G., Arnold, M., Greene M. (2004). *Corporate Law in Germany*. München: H.C. Beck Verlag (p.155).
29. Ukrainian Law, “Limited Liability Companies and Additional Liability Companies” (2018). Sec. 22.2;

---

**Tokhadze A. Comparative Analysis of Preemptive Rights in Georgian and Ukrainian LLCs – A Statutory Rule or A Contractual Privilege**

To date, the protection of shareholders' property rights has been greatly argued. Recently, Ukraine and Georgia have undertaken vast legislative amendments in respect to the LLCs. Legislative revisions have had a significant impact on the exercise of the shareholders' preemptive right, which at present is executed under the meticulous procedural provisions. The premise of the paper is to bridge between Georgian/Ukrainian legislative novelties; hence, to expose coherent lapses with respect to the equal and fair treatment of the shareholders. By the same token, thesis endeavors to understanding the essence of the preemptive rights from the perspective of the shareholders as well as the company. An exclusion of the preemptive right is also reasoned. The paper gives concluding remarks on building the credible police in favor of shareholders' enjoyment of preemptive rights.

**Key words:** Preemptive rights in LLCs, Georgian and Ukrainian regulations., shareholders' protection.

**Щербакова Н.В.**

*кандидат юридичних наук,  
доцент, доцент кафедри  
цивільного права і процесу  
Донецького національного  
університету імені Василя  
Стуса*

**Shcherbakova N.V.**

*PhD in Law, Associate  
Professor of the Civil Law  
and Process Department,  
Vasyl Stus Donetsk National  
University*

## **ПИТАННЯ ЗМІСТУ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ**

УДК 347.4

Конструкція корпоративних договорів, як свідчить міжнародна практика, була запроваджена задля задоволення потреб розвитку засобів регулювання відносин між акціонерами (учасниками) господарських товариств. Саме корпоративний договір став дієвим інструментом в багатьох країнах, за допомогою якого стає можливим ефективно врегулювати особливості корпоративного управління в конкретному товаристві. Як відзначають дослідники, «використання договірної механізми у корпоративних відносинах дозволяє юридично забезпечити узгоджений їхніми учасниками баланс економічних інтересів, який у кожній конкретній ситуації є унікальним та, більше того, постійно змінюється» [1, с. 21].

В науковій літературі дослідженням питань корпоративних договорів, акціонерних угод, договорів про реалізацію прав учасників (засновників) товариства займалося чимало науковців, зокрема О.М. Вінник [2], Т.В. Грибкова [3], Д.В. Ломакін [4], Ю.О. Доронін [5], І.В. Спасибо-Фатеева [6], І.С. Шиткіна [7], Т.Б. Штим [8] тощо. Однак чіткості в розумінні цього правового явища, правової природи як з поглядів науковців, так і з поглядів практиків виявити не вдається, що потребує подальшого доопрацювання.

Запровадження в законодавство такого зручного механізму управління компанією як «корпоративний договір» дозволить покращити бізнес-клімат, сприятиме залученню іноземних інвестицій та закладатиме передумови для створення нових та ефективної діяльності існуючих підприємств. Саме на досягнення цих цілей і спрямовані сучасні реформи корпоративного права, які почали вже втілюватися цього року, зокрема мова йде про довгоочікуваний Закон України «Про товариства з обмеженою відповідальністю та додатковою відповідальністю» [9] (далі – Закон про ТОВ та ТДВ), який набрав чинності з 17 червня 2018 року. Завдяки

останньому набула свого легального значення така правова конструкція як «корпоративний договір».

Безперечно, введення в законодавство корпоративного договору – це значний прорив в сфері корпоративного управління та врегулювання корпоративних відносин між учасниками господарських товариств.

Стаття 7 Закону про ТОВ та ТДВ, яка так і називається «Корпоративний договір», передбачає та закріплює наступне: (1) поняття корпоративний договір (ч.1 ст.7); (2) безвідплатність такого договору (ч.1 ст.7); (3) обов'язковість вчинення його в письмовій формі (ч.1 ст.7), з визначенням дати та строку дії договору (ч.2 ст.7); (4) зміст корпоративного договору (відповідні умови) (ч.3 ст.7); (5) конфіденційність корпоративного договору (ч.5 ст.7); (6) підстави нікчемності корпоративного договору (ч.1, ч.4, 6 ст.7).

Втім необхідно визнати, що при всіх перевагах врегулювання багатьох питань про корпоративний договір, які раніше не були передбачені в законодавстві, деякі недоліки мають місце, зокрема вважаємо за доцільним зупинитися на такому важливому питанні як зміст корпоративного договору, тобто на таких істотних умовах, на яких укладається відповідний договір.

Істотними умовами договору згідно абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України вважаються: умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Істотні умови корпоративного договору можливо виокремити із:

(а) визначення, яке надається в ч. 1 ст. 7, де зазначено, що під корпоративним договором розуміється такий договір, за яким учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації (що становитиме таку істотну умову як предмет договору), а також –

(б) ч.3 ст.7 Закону про ТОВ та ТДВ, де вказується, що корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає (що становитиме такі істотні умови, які необхідні для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди).

З приводу предмета корпоративного договору (акціонерної угоди, договору про здійснення прав учасників господарського товариства) в науковій літературі висловлюються різні думки.

Як зазначає, Г.Г. Гнідченко, предмет корпоративного договору, акціонерної угоди зокрема, виступає об'єкт цивільного обороту, з приводу якого учасники можуть здійснювати дії (бездіяльність), які спрямовані на здійснення визначеним способом в угоді прав, посвідчених акціями, і (або) утриматися від здійснення вказаних прав [10, с. 175-180].

На думку С.О. Сліпченко, предметом корпоративного правочину є корпоративні правовідносини, зміст яких становлять корпоративні права та обов'язки [11, с. 41-45].

В свою чергу І.С. Шиткіна, вказуючи, що предметом акціонерної угоди виступають певні права та обов'язки, групує останні за такими напрямками, як:

(а) права та обов'язки, пов'язані із участю в управлінні справами товариства;

(б) права та обов'язки, пов'язані із переходом прав на акції, в тому числі із відчуженням акцій (часток);

(в) інші права та обов'язки сторін, пов'язані із створенням, діяльністю, реорганізацією та ліквідацією товариства, які сторони вважають за потрібне передбачити в угоді [7, с. 492].

Натомість В. Цикало вважає, що «...предметом договору між учасниками (акціонерами) господарського товариства є не зобов'язання сторін, і навіть не права, що їм належать, а способи здійснення прав учасників господарського товариства» [12, с. 72]. Свою позицію автор підтверджує тим, що зобов'язання, зазначені в договорі про здійснення прав учасників господарського товариства, не мають самостійного характеру, а сам договір про здійснення прав учасників господарського товариства не спрямований на встановлення, зміну або припинення нових прав учасника, він визначає, не заборонені законом та внутрішніми правовими актами товариства, способи здійснення уже існуючих прав.

Втім убачається дещо обмеженим представляти способи здійснення прав учасників в якості самостійного предмету корпоративного договору. По-перше, корпоративний договір ставить на меті визначити серед всіх можливих прав, які надаються за корпоративним законодавством учасникам, саме ті права та повноваження, щодо яких будуть встановлені відповідні правила їх сумісного здійснення та реалізації. Як зазначають практикуючі юристи, корпоративний договір спрямований на чітке розмежування предмета корпоративного договору та предмета закону і статуту, тобто у корпоративному договорі передбачаються зобов'язання сторін про реалізацію їхніх повноважень певним чином, а безпосередньо повноваження сторін можуть бути встановлені в законі та статуті [13].

По-друге, існування автономії волі учасників (акціонерів) під час укладення таких договорів може обмежуватися імперативними нормами корпоративного права. У зв'язку із чим необхідно визначити якими правовими рамками можуть бути обмежені ті взаємні права та обов'язки, які учасники або акціонери можуть встановити відповідною угодою (акціонерною угодою, корпоративним договором).

Як бачимо предмет корпоративного договору є комплексним, в якому необхідно врахувати всі складові: відповідні права та повноваження учасників; правові рамки обмеження прав та обов'язків; правила поведінки, за якими відбувається здійснення та реалізація таких прав та повноважень. Згідно ст. 7 Закону про ТОВ та ТДВ, предметом корпоративного договору виступають певні дії у вигляді обов'язків активного типу (обов'язок реалізовувати свої права та повноваження певним чином) або обов'язків пасивного типу (обов'язок утриматися від реалізації таких прав та повноважень) у відповідно встановлений спосіб реалізації таких прав та повноважень. Це дає підстави стверджувати, що зміст корпоративного договору можуть становити дві групи умов:

(а) умови майнового характеру з приводу

- здійснення права на купівлю частки у статутному капіталі господарського товариства (у тому числі, обов'язок утриматися від здійснення переважного права);

- здійснення права на продаж частки у статутному капіталі господарського товариства (у тому числі, обов'язок продажу частки за заздалегідь визначеною ціною);

(б) умови організаційно-управлінського характеру з приводу

- здійснення права на участь в управлінні господарським товариством (у тому числі, обов'язок сторін голосувати у певний спосіб на загальних зборах учасників, узгоджено вчиняти інші дії, пов'язані з управлінням товариством);

- здійснення прав, пов'язаних із припиненням господарського товариства, або виділом із нього нової юридичної особи (у тому числі, право на участь у розподілі активів товариства у разі його ліквідації).

Перший комплекс прав та обов'язків майнового характеру, які законодавець вказав в якості приблизних умов корпоративного договору, пов'язаний із переходом прав на частку. Відповідно до ч. 3 ст. 7 Закону про ТОВ та ТДВ корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає. З метою удо-

сконалення законодавства можливо запровадити в якості предмета корпоративного договору наступне: передбачити право або обов'язок продажу або викупу одним учасником частки іншого учасника або переважне право їх купівлі; заборону на передачу часток третім особам; зобов'язання передавати іншим учасникам корпоративного договору дивіденди або інші виплати, отримані у зв'язку із правом участі в товаристві.

Другий комплекс прав та обов'язків організаційно-управлінського характеру передбачає прийняття учасниками на себе зобов'язань щодо здійснення певним чином своїх прав (або) утримання від здійснення зазначених прав, в тому числі: (а) голосувати певним чином на загальних зборах учасників товариства; (б) узгоджувати варіант голосування із іншими учасниками, здійснювати узгоджено інші дії, пов'язані із управлінням товариством. Проте відповідно до ч. 4 ст. 7 Закону про ТОВ та ТДВ корпоративний договір, яким встановлюється обов'язок учасників забезпечити голосування згідно з вказівками органів управління товариства, є нікчемним. Щодо питань голосування відповідним чином в корпоративному договорі, на думку спеціалістів, можливо також встановити: 1) загальні критерії або принципи, на базі яких учасники повинні будуть голосувати на загальних зборах; 2) обов'язок голосувати відповідним чином за вказаним колом питань (наприклад, «за» схвалення відповідних видів правочинів) на всіх або окремих видах зборів; 3) обов'язок голосувати відповідно із вказівками іншого учасника; 4) обов'язок утриматися від права голосу протягом визначеного часу [14, с. 54]. Такий підхід використовується в зарубіжних правопорядках.

Втім слід зазначити, що тут є небезпідставні побоювання, що суди будуть визнавати недійсними умови корпоративних договорів про «голосування відповідним чином», які встановлюють інший, ніж вказано в законі, порядок подачі та підрахунку голосів на загальних зборах. При наявності імперативної норми в законодавстві, корпоративний договір не може містити розширений перелік питань, рішення по яким можуть бути прийняті кваліфікованою більшістю голосів.

Практичним залишається питання відповідальності за порушення змісту (умов) корпоративного договору. Закон про ТОВ та ТДВ не містить якихось спеціальних положень, які регулювали би ці питання. Убачається, що реальним механізмом захисту у разі порушення прав, пов'язаних із управлінням товариством, можуть бути різного роду грошові виплати (збитки, неустойка, компенсація).

Треба зазначити, що до недавнього часу Закон України «Про господарські товариства» передбачав таку норму, згідно якій сторони договору

про реалізацію прав учасників (засновників) могли передбачати способи забезпечення виконання зобов'язань, що випливають з цього договору, і заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань (ч. 11 ст. 51-1) [15]. Ця норма втратила свою чинність, але це не означає, що сторони корпоративного договору не можуть передбачити подібні способи захисту своїх прав. На практиці конфлікт між правом учасника вільно використовувати свій голос і необхідністю забезпечити виконання зобов'язань за договором пропонують вирішити, установивши можливість забезпечувати виконання зобов'язань за корпоративними договорами неустойкою [13]. В той же час в юридичній літературі зазначається, що саме компенсація як спосіб забезпечення виконання корпоративного договору вбачається більш переважним [7, с. 496-497]. Наявність в корпоративному договорі умови про компенсацію в твердій сумі як способу забезпечення його виконання, не дозволить суду знизити розмір договірної неустойки згідно ч. 3 ст. 551 ЦК України, а також не потребує доведення розміру спричинених збитків.

Цікавим представляється зарубіжний досвід щодо врегулювання питань змісту корпоративних договорів. Так, в науковій літературі, передбачено, що за змістом корпоративні договори (в юрисдикціях розвинених країн, як англосаксонської, так і континентальної системи права) поділяються на дві групи: (а) про порядок реалізації повноважень, що випливають з факту володіння акцією (часткою); (б) про особливості здійснення прав на акції (частку) [16, с. 15].

Договори першої групи можуть містити такі типові положення: 1) умови, пов'язані із заснуванням компанії та внесенням вкладів; 2) умови, що визначають цілі, завдання, напрями діяльності компанії; 3) умови, які стосуються голосування певним чином з певних питань (voting agreements);

4) положення про управління (management/control provisions) – такі положення застосовуються у країнах англосаксонської правової системи лише у закритих корпораціях за умови, що всі учасники є сторонами акціонерної угоди; у країнах континентального права (в тому числі і в Україні) порядок корпоративного управління визначений законом, а отже предметом корпоративного договору бути не може; 5) положення щодо фінансування та розподілу активів; 6) положення про право акціонера/учасника на отримання інформації про діяльність; 7) умови про порядок вирішення спорів між акціонерами/учасниками, включаючи врегулювання безвихідної ситуації (deadlock situation).



У договорах другої групи про здійснення прав акціонерів/учасників на акції/частку найчастіше використовуються такі положення: 1) положення про блокування (lock-up provisions) – заборона відчуження акцій/частки та/або їх передання як забезпечення до настання певної події або дати з метою захисту цілісності бізнесу на певний період часу; 2) право переважної купівлі (right of first refusal); 3) опціон на продаж (put options) – акціонер/учасник має право (але не обов'язок) протягом встановленого строку продати свої акції (частину акцій)/частку іншим учасникам, а вони зобов'язані купити за ціною встановленою в договорі (ціна зазвичай визначається на підставі дійсної вартості (fair value)); 4) опціон на купівлю (call options) – акціонер/учасник має право (але не обов'язок) протягом встановленого строку купити акції (частину акцій)/частку інших учасників, а вони зобов'язані продати їх за ціною визначеною договором; 5) право отримання частки прибутку від подальшого продажу акцій/частки (catch-up clauses); 6) право «потягнути за собою» (drag-along rights) – надає одному з акціонерів/учасників право примусити іншого приєднатися до продажу їм своїх акцій/частки третій особі (при цьому акціонер/учасник – ініціатор продажу повинен надати іншим акціонерам/учасникам таку ж ціну, умови угоди; які отримав і сам); 7) право послідувати (tag-along rights/co-sale agreement) – надає право міноритарному акціонеру/учаснику скористатися вигодою угоди, яку може мати мажоритарний акціонер/учасник у разі продажу своїх акцій/частки в компанії; наприклад, якщо мажоритарний акціонер вирішить продати компанію, то він надає право міноритарному акціонеру приєднатися до угоди та продати свою частку на таких самих умовах; 9) оцінка (valuation) – в угоді учасники можуть встановити, що дійсна вартість акцій (часток) повинна визначатися незалежним експертом або відповідно з обумовленим в договорі механізмом; 10) право вимагати публічної пропозиції (initial public offering clauses) [17].

Таким чином, аналіз вищенаведених положень змісту корпоративних договорів, які застосовуються в зарубіжному законодавстві, показує, що задля уникнення довготривалих та фінансово обтяжливих судових процесів надзвичайно важливо у корпоративному договорі чітко передбачити всі необхідні умови, відповідні юридичні інструменти, які допоможуть бізнес-партнерам в подальшому уникнути негативних наслідків, ефективно та цивілізовано вирішити корпоративний спір у майбутньому, захистити свої законні права та охоронювані законом інтереси.

## Висновки

1. Змістом корпоративного договору виступають його істотні умови: предмет, умови майнового характеру та умови організаційно-управлінського характеру.

2. Предмет корпоративного договору – є комплексним, в якому необхідно врахувати всі складові: відповідні права та повноваження учасників; правові рамки обмеження прав та обов'язків; правила поведінки, за якими відбувається здійснення та реалізація таких прав та повноважень. Предметом корпоративного договору виступають певні дії у вигляді обов'язків активного типу (обов'язок реалізовувати свої права та повноваження певним чином) або обов'язків пасивного типу (обов'язок утриматися від реалізації таких прав та повноважень) у відповідно встановлений спосіб реалізації таких прав та повноважень.

3. До умов майнового характеру в корпоративному договорі відносяться умови з приводу: (а) здійснення права на купівлю частки у статутному капіталі господарського товариства (у тому числі, обов'язок утриматися від здійснення переважного права); (б) здійснення права на продаж частки у статутному капіталі господарського товариства (у тому числі, обов'язок продажу частки за заздалегідь визначеною ціною). До умов організаційно-управлінського характеру в корпоративному договорі відносяться умови з приводу: (а) здійснення права на участь в управлінні господарським товариством (у тому числі, обов'язок сторін голосувати у певний спосіб на загальних зборах учасників, узгоджено вчиняти інші дії, пов'язані з управлінням товариством); (б) здійснення прав, пов'язаних із припиненням господарського товариства, або виділом із нього нової юридичної особи (у тому числі, право на участь у розподілі активів товариства у разі його ліквідації).

4. Способи забезпечення виконання зобов'язань, що впливають із корпоративного договору, і заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань необхідно передбачати в самому корпоративному договорі. Пропонується в корпоративному договорі застосовувати такий спосіб забезпечення виконання зобов'язань як компенсацію в твердій сумі, що є більш дієвий механізм у порівнянні із договірною неустойкою.

5. Доопрацювати ч. 1 та ч. 3 ст. 7 Закону про ТОВ та ТДВ та конкретизувати перелік відповідних умов, які можуть бути включені до змісту корпоративного договору, враховуючи зарубіжний досвід.

1. Vavulin D., A, Fedotov V. N. *Legal basis of the joint stock agreement. Law and economy. 2009. No. 8. P. 21-24.*

2. Vinnik O.M. *Joint Stock Deals. Legal Ukraine. 2010. No. 5. P. 26-27.*

3. Gribkova T.V. *Shareholding agreements as a means of legal regulation of corporate relations: author's abstract. dis for obtaining a scientific degree cand. in law sciences.* M., 2011. P. 8-9.
4. Lomakin D.V. *Corporate legal relations: general theory and practice of its application in economic societies.* Moscow: Statute, 2008. P. 311-326.
5. Doronin Yu.A. *Contract on the procedure for the exercise of rights by members of economic societies.* [Electronic resource]. Access mode: [http://www.kmcon.ru/main/articles/jurist12/jurist12\\_3415.html](http://www.kmcon.ru/main/articles/jurist12/jurist12_3415.html)
6. *Civilizations: on the way of the formation of doctrines: selected scientific works / I. V. Spasibo-Fateeva.* Kharkiv: Golden Pages, 2012. P. 163-182.
7. Shitkina I.S. *Shareholders agreements (agreements on the exercise of participant rights) as a source of regulation of rights and obligations of participants of the corporation.* *Corporate law: a training course: a textbook / resume.* I.S. Shitkina. M.: KNORUS, 2011. P. 486-500.
8. Shtym T.B. *Joint-stock agreements, transactions with interest and significant transactions in joint-stock companies: abstract of dissertation for cand. in law sciences: 12.00.04 / Tatiana Bogdanovna Shtym.* Kyiv, 2015. 20 p.
9. *About limited liability companies and additional liability: Law of Ukraine dated February 6, 2018, No. 2275-VIII (coming into force on June 17, 2018) // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine. 2018. No. 13. Art. 69*
10. Gnidchenko G. G. *Concepts and features of a corporate agreement.* *Corporate Truths: Materials of the All-Ukrainian Scientific and Practical Conference, September 27-28, 2013.* Ivano-Frankivsk: Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, 2013. P. 175-180.
11. Slipchenko S.O. *Some issues of definition of the subject of corporate transactions.* *Corporate Laws: Materials of the All-Ukrainian Scientific and Practical Conference, September 27-28, 2013.* Ivano-Frankivsk: Precarpathian National University named after Vasyl Stefanyk, 2013. p. 41-45.
12. Tsikalo V. *The subject of the agreement on the exercise of the rights of participants in an economic partnership // Entrepreneurship, economy and law. 2017. № 2. P. 68-73.*
13. Savchenko S., Drobyazko K. *Corporate relations in the updated legislation as a safeguard of corporate conflicts / S. Savchenko, K. Drobyazko* [Electronic resource]. Access mode: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2018/4/4/169441.htm>.
14. Kudelin A. *Joint stock agreement on Russian law. Ch. 1. Corporate Lawyer.* 2009. N. 10. P. 54.
15. *On Business Associations: The Law of Ukraine of September 19, 1991.* *Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine. 1991. No. 49. Art. 682.*

16. *Stepanov V.V. Shareholding agreements: foreign experience and potential problems of Russian law enforcement // Papers of young researchers on comparative law. 2010. No. 1 (6). P. 15-21.*
17. *Yurgelevich S. Foreign models of corporate agreements // Bulletin of the Center for Commercial Law. - 2016. - No. 49. - P. 18-23. - [Electronic resource]. - Access mode: [http://commerciallaw.com.ua./attachments/article/1016/Visnyk-2016-49\\_03\\_02.pdf](http://commerciallaw.com.ua./attachments/article/1016/Visnyk-2016-49_03_02.pdf)*

**Щербакова Н. В. Питання змісту корпоративного договору**

Стаття присвячена аналізу питань змісту корпоративного договору. Змістом корпоративного договору виступають його істотні умови: предмет, умови майнового характеру та умови організаційно-управлінського характеру. Предмет корпоративного договору – є комплексним, в якому необхідно врахувати всі складові: відповідні права та повноваження учасників; правові рамки обмеження прав та обов’язків; правила поведінки, за якими відбувається здійснення та реалізація таких прав та повноважень. Способи забезпечення виконання зобов’язань, що випливають із корпоративного договору, і заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов’язань необхідно передбачати в самому корпоративному договорі. Пропонується в якості відповідальності за невиконання умов корпоративного договору застосовувати компенсацію в твердій сумі.

**Ключові слова:** корпоративний договір, зміст договору, предмет договору, умови майнового характеру, умови організаційно-управлінського характеру, права та обов’язки, повноваження, відповідальність за невиконання корпоративного договору, компенсація.

**Scherbakova N.V. Questions of table of contents of corporate agreement**

The article is sanctified to the analysis of table of contents of corporate agreement. As table of contents of corporate agreement come forward its substantial conditions: subject, conditions of property character and conditions of organizationally-administrative character. Subject of corporate agreement - is complex in that it is necessary to take into account all constituents: corresponding rights and plenary powers of participants; legal frameworks of limitation of rights and duties; rules of behavior, after that there are realization of such rights and plenary powers. Methods of providing of fulfilling commitment, that follow from a corporate agreement, and the measures of civil liability for non-fulfillment or improper implementation of such obligations it is necessary to provide for in a corporate agreement. It is suggested as responsibility for non-fulfillment of conditions of the corporate agreement to apply indemnification in a hard sum.

**Keywords:** corporate agreement, table of contents of agreement, subject of agreement, conditions of property character, conditions of organizationally-administrative character, rights and duties, plenary powers, responsibility for non-fulfillment of corporate agreement, indemnification.

## Зміст

<i>Altieri A.</i> Europeanisation Versus Regulatory Competition: The Case Of Business Entities.....	5
<i>Васильєва В.В.</i> Юридична особа публічного права та юридична особа приватного права: до питання розмежування .....	18
<i>Вінтоняк Н.Д.</i> «Сімейний бізнес» через призму корпоративних прав подружжя.....	25
<i>Jerzmanowski J.</i> On The Need To Examine The Reasonability Of Maintaining A Complete Ban On Financial Assistance In Ukrainian Law In The Context Of EU And Polish Legislation.....	33
<i>Зозуляк О.І.</i> Теоретико-правові аспекти систематизації непідприємницьких юридичних осіб ....	42
<i>Лантєва М.І.</i> Шлюб та фактичні шлюбні відносини (спільні та відмінні риси).....	51
<i>Мартинюк І.В.</i> Корпоративні договори у товариствах з обмеженою відповідальністю та акціонерних товариствах: до проблеми співвідношення .....	59
<i>Piniór P.</i> Types Of Shareholders' Resolutions In Private Limited Companies .....	66
<i>Relidzyński P.</i> Legal Status And Creditor's Protection Of Association As An Entrepreneur .....	73
<i>Рекова Ж.О.</i> Послуга в економічному та правовому значенні .....	81
<i>Сіщук Л.В.</i> Органи управління у товаристві з обмеженою відповідальністю: огляд новел законодавства.....	89
<i>Стець А.</i> Конституційний захист гідності людини: порівняльно-правовий аналіз .....	100
<i>Стратюк О.М.</i> Реорганізація товариства з обмеженою відповідальністю: теоретичні та законодавчі аспекти .....	108

<i>Tokhadze A.</i> Comparative Analysis Of Preemptive Rights In Georgian And Ukrainian LLCs – A Statutory Rule Or A Contractual Privilege .....	116
<i>Щербакова Н.В.</i> Питання змісту корпоративного договору .....	123

## Contents

<i>Altieri A.</i> Europeanisation Versus Regulatory Competition: The Case Of Business Entities .....	5
<i>Vasilieva V.V.</i> Legal person of public law and legal person of private law: the problems of delimitation .....	18
<i>Vintoniak N.D.</i> Family business through the prism of corporate rights of spouses .....	25
<i>Jerzmanowski J.</i> On The Need To Examine The Reasonability Of Maintaining A Complete Ban On Financial Assistance In Ukrainian Law In The Context Of EU And Polish Legislation.....	33
<i>Zozuliak O.I.</i> Non-entrepreneurial Legal Entity: the Theoretical and Legal Analysis of the system .....	42
<i>Lapteva M.I.</i> Marriage and actual marriage relations (common and distinctive features) .....	51
<i>Martynyuk I.V.</i> Corporate agreements in limited liability companies and joint stock companies: to the problem of correlation .....	59
<i>Pinior P.</i> Types Of Shareholders’ Resolutions In Private Limited Companies .....	66
<i>Relidzyński P.</i> Legal Status And Creditor’s Protection Of Association As An Entrepreneur .....	73
<i>Rekova Zh. O.</i> Service in economic and legal sense .....	81
<i>Sishchuk L.V.</i> Management bodies in a limited liability company: an overview of the legislation .....	89

<i>Stets A.</i> Constitutional protection of human dignity: comparative legal analysis .....	100
<i>Stratiuk O.M.</i> Reorganization of a limited liability company: theoretical and legislative aspects .....	108
<i>Tokhadze A.</i> Comparative Analysis Of Preemptive Rights In Georgian And Ukrainian LLCs – A Statutory Rule Or A Contractual Privilege .....	116
<i>Scherbakova N.V.</i> Questions of table of contents of corporate agreement.....	123

Наукове видання

Міжнародний журнал  
**ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО**

International Journal  
**LAW & SOCIETY**

В редакції авторів наукових статей

Комп'ютерна верстка і правка Ігор КОЗИЧ

Підписано до друку 29.11.2018.

Формат 70x100. Папір офсетний.

Гарнітура «Times New Roman».

Ум.друк.арк. 12,65. Обл.-вид.арк. 13,75. Вид № в61315/18.

Тираж 100 прим.

Виготовлювач друкарня «Фоліант»  
(ПП Віконська О.В.), м.Івано-Франківськ,  
вул. Старозамкова, 2, тел./факс  
(0342) 50-21-65; (багатоканальний)

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи Серія ІФ №24  
foliant.drukarnja@gmail.com