

¹ Матеріали курсу підготовки медіаторів із кола посадовців, які займають керівні посади в органах виконавчої, законодавчої та судової влади. Спільна програма Європейської Комісії та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України». – К., 2010.

² *Иво Айртсен*. Деятельность в области восстановительного правосудия в Европе / Иво Айртсен // Вестник восстановительной юстиции. – М., 2000. – Вып. 3 – Ст. 6.

³ Матеріали курсу підготовки медіаторів із кола посадовців, які займають керівні посади в органах виконавчої, законодавчої та судової влади. Спільна програма Європейської Комісії та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України». – К., 2010.

⁴ *Клименко О. В.* Механізми розгляду конфліктів в охороні здоров'я / О. В. Клименко // Електронне наукове фахове видання «Державне управління: удосконалення та розвиток» включено до переліку наукових фахових видань України з питань державного управління : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dy.nauka.com.ua/?op=1&z=680>

⁵ *Михайлова Х. Л.* Международные и национальные стандарты при урегулировании споров в сфере предоставления медицинских услуг : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Х. Л. Михайлова. – М., 2009. – 157 с.

⁶ *Белінська О. В.* Медіація – альтернативне вирішення спорів / О. В. Белінська // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 1 (5). – С. 158–173.

⁷ Там само.

Резюме

Гордієнко Р. Л. Медіація та її роль у консалтинговій діяльності в сфері охорони здоров'я.

У статті розкриваються питання ролі медіації у консалтинговій діяльності в сфері охорони здоров'я. Показано її особливий зміст та функції щодо неюрисдикційної форми захисту прав людини.

Ключові слова: медіація, консалтингова діяльність, охорона здоров'я, медицина.

Резюме

Гордиенко Р. Л. Медиация и ее роль в консалтинговой деятельности в сфере здравоохранения.

В статье раскрываются вопросы роли медиации в консалтинговой деятельности в сфере здравоохранения. Показано ее особенное содержание и функции относительно неюрисдикционной формы защиты прав человека.

Ключевые слова: медиация, консалтинговая деятельность, здравоохранение, медицина.

Summary

Gordienko R. Mediation and its role in consulting activities in healthcare.

In the article the author determine the role of mediation in consulting activities in the field of health care. The author also expands the special content and features on non-judicial forms of protection of human rights.

Key words: mediation, consulting activities, health, medicine.

УДК 347.72

О. В. КУЧМІЄНКО

Ольга Володимирівна Кучмієнко, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД В УКРАЇНСЬКИХ РЕАЛІЯХ

Досі в науці лишаються неохопленими питання визначення чітких критеріїв розмежування форм та видів зловживання правом в корпоративних правовідносинах, систематизація та аналіз способів протидії зловживанню правом в корпоративних правовідносинах (попередження та захисту); дослідження значення інтересу як критерію кваліфікації зловживання правом; аналіз впливу останніх законодавчих змін на систему проявів та протидії зловживання правом в корпоративних правовідносинах; дослідження правової природи та ефективності запровадження нових інститутів та зарубіжний досвід у цій сфері.

Метою статті є формування єдиного підходу до аналізу форм зловживання правом та способів його протидії шляхом огляду найважливіших аспектів явища зловживання правом в корпоративних правовідносинах.

Серед авторів доробок з дослідження окремих аспектів зловживання правом в корпоративних правовідносинах можна назвати І. Алексєєва, О. Ковалишин, О. Колеснікова, Х. Колінчука, О. Коломійцеву, О. Кузнецова, І. Тимаєву, В. Пашутіну, О. Поротикову, І. Саракун, О. Серьогіна, С. Серьогіна А. Смітоха, Д. Токарева, О. Чернокальцеву та інших.

У попередніх дослідженнях ми вже розглядали поняття зловживання правом, яке серед іншого порушує і принципи верховенства права. У науці та практиці зарубіжних країн для позначення «зловживання правом»

використовується ряд термінів, серед яких *abuse of law* (зловживання об'єктивним правом), *abuse of rights* (зловживання суб'єктивним правом), *evasion* (ухилення, обхід), *circumvention* (обхід), *avoidance* (законний обхід закону), *unfair prejudice* (несправедливе порушення інтересів учасника товариства) та інші. Найбільш універсальним терміном є *abuse of rights*¹. Однак не завжди такі терміни є точним відповідником діям, які можуть кваліфікуватись як зловживання правом в розумінні ЦК України.

Зловживання правом є системою, яка завжди засновується на бажанні реалізувати інтерес найвигіднішим для себе чином, у тому числі правовими засобами, які для цього не передбачені. Синергетика є методологічним підходом, що досліджує системи з точки зору їх індивідуального формування та функціонування під впливом зовнішніх факторів. Інтерес є системоутворюючим елементом системи – вся система виникає у відповідь на наявний інтерес. Останній дає можливість об'єктивніше оцінити ту чи іншу ситуацію з точки зору зловживання правом: визначає мету реалізації права, допомагає з'ясувати відповідність мети діяльності засобам її реалізації, є універсальним засобом для побудови стратегії захисту відповідних корпоративних прав у межах всіх правових систем, відповідає загальноправовим принципам права: верховенства права, добросовісності, розумності. Відтак, для докорінної зміни системи – боротьби з конкретним проявом зловживання правом – варто впливати на інтерес, який формує таку поведінку.

Свідченням зловживання правом у відносинах між учасником та товариством є **здійснення права без цілі задоволення свого правоохоронюваного інтересу**. Якщо за допомогою права особа реалізує правоохоронюваний інтерес, який не суперечить суті такого права, відсутні інші передбачені механізми для реалізації такого правоохоронюваного інтересу (такий інтерес не є частиною іншого суб'єктивного права), а також така реалізація не може порушити правоохоронювані інтереси інших осіб, то вести мову про зловживання правом немає підстав. Дії особи повинні оцінюватись на предмет їх спрямованості на задоволення інтересу як учасника товариства або відповідно для задоволення загальнокорпоративного інтересу з боку товариства. Також свідченням наявності в діяльності особи зловживання правом є використання права всупереч його меті, яке порушує інтереси інших осіб. Використання такого критерію кваліфікації зловживання правом могло б стати умовою захисту інтересів держави у спорі з ВАТ «Укрнафта» на основі недобросовісної мети її укладення або вимоги розірвати угоду на підставі недобросовісного здійснення своїх прав за умовами Угоди з метою, що не відповідає інтересам товариства та спрямована на задоволення майнових інтересів обмеженого кола осіб.

У зарубіжній науці та практиці, в тому числі на рівні судових установ ЄС, виділяють **такі ознаки зловживання правом, як:** 1) відсутність порушення норми права (формальна правомірність); 2) в більшості випадків – порушення інтересів інших осіб; 3) порушення мети норми права.

Переходячи до дослідження системи проявів зловживання правом зазначимо, що система простих форм зловживання правом не може бути вичерпною з огляду на свою багатогранність, однак у межах роботи нами було окреслено її структуру та охарактеризовано деякі форми.

Видається зручною дворівнева систематизація форм за суб'єктом зловживання та засобом зловживання.

Зловживання з боку учасників товариства відбувається:

1. Правом на отримання прибутку (мажоритарними акціонерами):

1.1. систематична політика «нульового дивіденду»;

1.2. рішення про виплату надмірно завищених дивідендів.

2. Правом на одержання частини вартості майна, пропорційну його частці в статутному капіталі ТОВ при виході.

3. Правом на управління товариством (наприклад, визначення занадто короткого часу для реєстрації учасників):

3.1. неявка на загальні збори;

3.1.1. голосування «проти» певних питань;

3.2. внесення питань до порядку денного загальних зборів (припинення повноважень виконавчого органу, обраного на тих же зборах);

3.2.1. висунення кандидатів в інші органи товариства (пропозиція обрати одного кандидата до наглядової ради і ревізійної комісії);

3.3. призначення максимальної кількості представників з метою перешкоджання у проведенні загальних зборів з огляду на відсутність вільних місць;

3.4. чисельне ініціювання позачергових загальних зборів протягом короткого періоду;

3.5. зловживання правом на оскарження рішень загальних зборів та інших органів товариства;

3.5.1. проведення загальних зборів не в той час, що вказаний у повідомленні, хоч він був попередньо додатково погоджений;

3.5.2. оскарження рішення наглядової ради про призначення виконавчого органу, що було прийнято 12 років тому;

3.6. при поданні заяви про вжиття заходів забезпечення позову про визнання недійсним рішення загальних зборів;

3.6.1. вимоги про накладення арешту на акції або частку в статутному капіталі; 3.6.2. заборона включення конкретних питань до порядку денного.

4. Правом на визнання недійсним правочину:

4.1. щодо вчинення якого є заінтересованість;

4.2. у сфері значного правочину.

5. Правом контролю за діяльністю товариства (наприклад, ініціювання частих аудиторських перевірок).
6. Правом на інформацію (найчастіше міноритарними акціонерами):
 - 6.1.1. отримання інформації про акціонерне товариство як процес, що потребує фінансових затрат від товариства і відволікання його співробітників від безпосередніх трудових функцій, а також такий, що супроводжується іншими негативними наслідками;
 - 6.1.2. отримання інформації про акціонерне товариство з метою повідомлення її невизначеному колу осіб виключно з метою створення негативних наслідків для акціонерного товариства в сфері його ділової репутації, що врешті-решт призводить до негативних майнових наслідків (втрата інвесторів, контрагентів тощо);
 - 6.2. вимога про надання інформації, яка є конфіденційною або становить комерційну таємницю;
 - 6.3. запит у товариства інформації без ідентифікуючих ознак або без зазначення періоду видання;
 - 6.4. запит про надання інформації особою, яка мала можливість ознайомитись з необхідними документами в інший спосіб, ніж це передбачено ст. 116 ЦКУ або запит опублікованої інформації.
7. Правом на вихід учасника зі значною часткою з ТОВ.
8. Оскарженням рішення особою, яка стала акціонером (учасником) товариства після проведення оскаржуваних загальних зборів.

Товариство може зловживати своїми правами в особі його органів:

1. З боку загальних зборів:
 - 1.1. прийняття невідповідних рішень (систематично надавати переваги комусь) для міноритаріїв;
 - 1.2. поширеними є випадки зловживання правом товариством на визначення порядку виплати дивідендів.
2. З боку наглядової ради (наприклад, при призначенні одноособового виконавчого органу, схвалення значного правочину та правочину із заінтересованістю):
 - 2.1. для обходу порядку вчинення правочинів із заінтересованістю – звільнити, а потім знову призначити директора;
 - 2.2. неодноразове скликання позачергових загальних зборів для очікування сприятливого моменту для прийняття рішень;
 - 2.3. систематичне неприйняття рішення про проведення загальних зборів;
 - 2.4. скликання загальних зборів без включення обов'язкових питань порядку денного, щоб рішення неможливо було виконати – без призначення виконавчого органу.
3. Виконавчим органом при підготовці і проведенні загальних зборів, розпорядженні майном:
 - 3.1. способи реалізації фактичної заінтересованості (одна особа підписує правочин як представник двох сторін: довіреність для вчинення правочину з одного боку, як орган товариства – з іншого);
 - 3.2. виведення активів товариства шляхом укладення правочинів до 10 відсотків.
4. Правом приймати рішення про зміну місця реєстрації товариства як фактична зміна місця проведення загальних зборів.
5. Поєднанням учасника товариства і органу товариства в одній особі.
6. Правом товариства на надання інформації в порядку, що не суперечить Закону України «Про акціонерні товариства».

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів» від 7 квітня 2015 р. № 289-VIII (набрання чинності з травня 2016 р.) було внесено суттєві позитивні зміни до корпоративного законодавства, які серед іншого впливають і на форми зловживання правом та способи протидії їм. Однак деякі положення навпаки можуть бути використані для зловживання правом. Вказаним законом суттєво удосконалено порядок вчинення правочинів, щодо здійснення яких є заінтересованість. Водночас так і не вирішеною лишилась проблема інформування про зміст заінтересованості. У законі використовується поняття «ознаки заінтересованості». У межах нашого дослідження ми дійшли висновку про те, що поняттям, яке дасть змогу точніше встановити суть заінтересованості та уникнути зловживання правом на повідомлення товариства про це є «зміст заінтересованості». Відтак, у Статуті товариства доцільно передбачити норму, яка лумачитиме поняття «ознаки заінтересованості у вчиненні правочину» як «зміст заінтересованості». Також не зайвим було б і додаткове роз'яснення НКЦПФР (Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку України) або вищих судових інстанцій.

Утім, законодавчо невирішеним лишилося ***питання про конкретний орган або особу, якій повинна бути повідомлена інформація від заінтересованої особи в межах обов'язку поінформувати товариство про наявність заінтересованості*** (ч. 4 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства»), в тому числі у випадку, коли заінтересованою особою є член органів товариства. Пропонуємо врегулювати дане питання в Статуті, передбачивши, що «Заінтересована особа інформує товариство про наявність та зміст заінтересованості, а також надає іншу інформацію, передбачену Законом, виконавчому органу товариства, якщо така особа не входить до складу одноособового виконавчого органу. У такому випадку особа повідомляє відповідну інформацію наглядовій раді, а якщо вона не створена – кожного акціонера особисто». Зміст терміна «істотні умови правочину» в межах ч. 10 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства» в редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів» є занадто вузьким для встановлення суті заінтересованості. Відтак, пропонуємо в ч. 10 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства» слова «істотні умови» замінити на «істотні умови та інші умови, умови та відомості, що мають значення, якщо це передбачено Статутом».

Серед складних форм зловживання правом виділяють *грінмейл та недружні поглинання*, що не виключає існування менш поширених додаткових форм. Необхідно враховувати відмінність у явищах грінмейлу західних та пострадянських традицій. «Пострадянський грінмейл» хоч і не є правопорушенням, однак значно більш наблизений до девіантної поведінки, ніж грінмейл західного зразка.

Грінмейл має амбівалентну природу. Серед позитивних наслідків грінмейлу в зарубіжній літературі виділяють: 1) підвищення ринкової ціни акцій товариства внаслідок проявів інтересу до набуття контролю з боку міноритарного акціонера; 2) іноді виступає способом протидії недружнім поглинанням; 3) виявляє такі порушення та зловживання з боку виконавчого органу або наглядової ради, які не були відомі загальним зборам в особі акціонерів; 4) виступає загальним заходом поліпшення підприємницького середовища через усунення неефективних його учасників; 5) якщо грінмейл виступає першою стадією поглинання, відмінного від недружніх, то часто підковите оновлення персонального складу товариства та його органів має соціально позитивний ефект, підвищуючи ефективність товариства².

У межах категорії «недружні поглинання» дії, спрямовані на отримання контролю над об'єктом поглинання, що відбуваються за межами корпоративних правовідносин, або такі, що реалізуються у формі кримінальних, адміністративних чи інших правопорушень, не входять до поняття «зловживання правом в корпоративних правовідносинах». У зарубіжній літературі розрізняють щонайменше два типи недружніх поглинань залежно від кінцевої мети такого поглинання під умовними назвами: а) захоплення; б) знищення. В першому випадку метою є отримання контролю і здійснення підприємницької діяльності; в другому може бути усунення конкурента шляхом банкрутства чи іншого припинення товариства тощо. Такі цілі визначають обрання тактики.

Способи попередження зловживання правом в корпоративних правовідносинах можна класифікувати за спрямованістю заходів – на загальні та спеціальні; за засобом зловживання – способи попередження зловживання окремими правами (на прибуток, управління, інформацію тощо); за обсягом – стратегії та точкові способи, спрямовані на попередження конкретного прояву зловживання.

Загальними способами попередження зловживання правом в корпоративних правовідносинах є: 1) удосконалення судової практики; 2) виконання вимоги чіткості правового регулювання; 3) розвиток нормативного регулювання: скасування отримання печатки суб'єктами господарювання; зменшення кворуму загальних зборів товариств; зміни до Закону України «Про депозитарну систему» щодо укладення договору на обслуговування рахунка дематеріалізованих цінних паперів; заходи, запроваджені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» № 289-VIII від 7 квітня 2015 р.: інститут незалежних директорів; зміни в порядку виплати дивідендів; внесення інформації, визначеної у пропозиціях щодо членів наглядової ради у бюлетень для кумулятивного голосування (зміни до ст. 38 Закону); зміни у порядку регулювання правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість; 4) використання заходів, передбачених ч. 4 ст. 67 ГПК України; 5) переважне право купівлі частки в статутному капіталі (акцій); 6) реформування організаційно-правових форм товариств; 7) реформування підходів до ревізійної комісії в ТОВ та ТДВ; 8) способи протидії грінмейлу: запровадження високих ставок податків на дохід, отриманий від грінмейлу; внесення осіб до «чорного списку»; заборона виплати платежів за грінмейл; повернення прибутків, отриманих від грінмейлу; 9) встановлення цивільно-правової відповідальності посадових осіб товариства; 10) уніфікація фінансової звітності товариств відповідно до міжнародної практики; 11) створення окремих державних органів та організацій, покликаних сприяти захисту прав господарських товариств та їх учасників; 12) створення спеціальних компенсаційних фондів.

У межах дослідження було розглянуто найбільш поширені та найцікавіші *спеціальні способи попередження зловживання правом у корпоративних правовідносинах:*

1. Забезпечення балансу інтересів учасників корпоративних правовідносин, у тому числі застосування доктрини «зобов'язання вірності спільній меті товариства».

2. Укладення акціонерних угод.

3. Заснування товариства за англо-американським правом.

4. Реалізація повноважень товариств при визначенні підстав для відмови у включенні до порядку денного пропозицій акціонерів – власників менше, ніж 5 відсотків акцій.

5. Вибір адекватної організаційно-правової форми товариства меті учасників та особливостям їх взаємовідносин (врахування критеріїв та способів обрання персонального складу органів товариства (наприклад, наглядової ради в АТ)).

6. Врахування структури власності товариства.

7. Способи попередження зловживання правом на інформацію: надавати лише запитуваний обсяг інформації, не збільшуючи його за власною ініціативою; перевіряти правомочність адресата запиту; у разі недостатності часу для своєчасного надання запитуваної інформації попереджати про це учасника для уникнення звинувачень в ухиленні від її надання; надавати копії документів лише на платній основі; контроль за доступом до інсайдерської інформації; попередження виявів корпоративної розвідки, стороннього впливу на керівництво; використання в свою чергу в службі економічної безпеки способів і методів конкурентної розвідки; ведення журналу адресатів та наданої інформації, що дасть змогу зробити висновки про інтерес осіб, а також фактичну афілійованість або спрямованість на об'єднання зусиль певних учасників.

8. Способи попередження недружніх поглинань: консолідація контрольного пакета акцій або частки при наявності великої кількості міноритаріїв; запровадження серйозного контролю за збереженням доку-

ментів та печатки (у разі наявності) товариства; запровадження системи підбору працівників до органів управління товариством; обрання такої моделі виконавчого органу, за якої передбачено наявність незалежних менеджерів (залучених зовнішніх консультантів, наприклад); високий рівень забезпечення діяльності товариства та своєчасне виправлення помилок; створення позитивного образу керівництва товариством; заходи для підвищення інтересу членів органів управління в добросовісній поведінці; запровадження посади корпоративного секретаря; правильне та досконале складання установчих документів товариства, в тому числі із урахуванням стратегій попередження недружніх поглинань (не всі з них можуть поки що бути застосовані в Україні з огляду на імперативність українського корпоративного законодавства).

9. Способи попередження дублювання органів товариства: створення індивідуальних форм внутрішніх документів; послуга державного реєстратора щодо запиту до товариства перед внесенням найважливіших змін до реєстру.

10. Передання акцій в заставу.

11. Заборона скликання наступних загальних зборів акціонерів до проведення вже скликаних.

12. Моніторинг зміни складу акціонерів: систематичне надання інформації, аналогічної зведеному обліковому реєстру акціонерів; використання розкритої, згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодоодержувачів юридичних осіб та публічних діячів» № 1701-VII від 14 жовтня 2014 р.; встановлення додаткових заходів контролю за розпорядженням майном товариства, особливо щодо товариств, відмінних від акціонерних; інформаційна робота з меншоритарними учасниками.

Потребує уточнення позиція ВГСУ, висловлена в постанові Пленуму ВГСУ від 29 травня 2013 р. № 11 «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними»: «представником не може вважатися орган юридичної особи, в тому числі її керівник, навіть якщо він діяв всупереч інтересам цієї особи: представництво в даному разі визначається за правилами глави 17 ЦК», а саме в частині посилення на главу ЦК щодо представництва. На нашу думку, таке посилення є зайвим.

З метою попередження зловживання правами з боку учасників корпоративних правовідносин доцільно, крім вже розглянутих заходів³:

– в ч. 10 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства» слова «істотні умови» замінити на «істотні умови та інші умови, умови та відомості, що мають значення, якщо це передбачено Статутом»;

– врегулювати порядок вчинення правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість у товариствах, відмінних від акціонерних;

– ч. 1 ст. 63 Закону України «Про господарські товариства» викласти в такій редакції: «Контроль за діяльністю дирекції (директора) товариства з обмеженою відповідальністю здійснюється ревізійною комісією, що утворюється загальними зборами учасників товариства з їх числа, в кількості, передбаченій установчими документами, але не менше трьох осіб. Члени дирекції (директор) не можуть бути членами ревізійної комісії. У товариствах, де кількість учасників становить менше трьох осіб, допускається утворення ревізійної комісії в складі однієї особи – ревізора. В товаристві, утвореному в складі одного учасника, який призначений директором даного товариства, ревізійна комісія не утворюється до включення до складу учасників товариства інших осіб»;

– встановити заходи захисту інтересів товариства при виході учасника з ТОВ.

Система способів захисту виглядає наступним чином. Судовий порядок захисту може бути здійснений таким шляхом:

1. Пред'явлення позовів про визнання недійсним договорів та інших правочинів (купівлі-продажу акцій або правочинів щодо відчуження часток в статутному капіталі ТОВ; про визнання недійсним рішення загальних зборів товариства про внесення змін до статутних документів; про визнання прав на частку в статутному капіталі; про виключення учасника з ТОВ).

2. Здійснення забезпечувальних засобів як міжгалузевих способів юрисдикційного характеру.

3. Розгляд спору за місцезнаходженням товариства.

4. «Узаконення» результатів приватизації шляхом звернення до суду із залученням відповідного державного органу.

5. Підняття «корпоративної завіси».

6. Колективні позови.

7. Непрямі (похідні) позови як способи захисту від зловживання правом: визначення кола осіб, уповноважених подавати непрямий позов; оприлюднення в окремих категоріях справ інформації щодо розгляду справи; використання в одній справі кількома акціонерами свого права на звернення до суду в інтересах товариства з різними вимогами або відстоювання відмінних позицій; похідний позов як спосіб захисту від зловживання правом з боку товариства або порушення інтересів акціонера.

8. Способи захисту від зловживання правом на непрямий (похідний) позов: обов'язкове пред'явлення претензії товариству з питання, порушеного у похідному позові; впровадження спеціального судового комітету наглядової ради; визначення, чий інтересам похідний позов відповідає, а чий – суперечить; неможливість повернення майна з чужого добросовісного володіння; відшкодування збитків членами виконавчого органу або іншою посадовою особою товариства; можливість продовження представництва у справі іншим акціонером.

Адміністративний порядок захисту носить більше міжгалузевий характер в контексті зловживання правом, оскільки жоден з адміністративних органів наразі не наділений повноваженнями зі встановлення

факту зловживання. Відтак, такий арсенал засобів є вужчим порівняно зі свободою захисних стратегій, застосованих у приватному порядку. Серед них згадують використання міжгалузевих способів захисту: звернення до Антимонопольного комітету України, Фонду державного майна України, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку України; встановлення факту зловживання правом в корпоративних правовідносинах адміністративними органами (лише на рівні дискусії).

Неюрисдикційні способи захисту від зловживання правом є найбільш поширеними, як в Україні, так і в зарубіжних країнах, об'єднуючи заходи як юридичного, так і фактичного характеру. Така поширеність пояснюється їх особливістю максимально враховувати обставини конкретного прояву зловживання правом – форми, тактики, стратегії. Тому неюрисдикційними способами захисту є (1) виключення учасника з товариства; (2) ініціювання аудиторської або ревізійної перевірки; (3) тактика «не можеш завадити – очолюй»; заочне проведення загальних зборів; (4) примусовий викуп акцій («сквіз-аут») та право вимоги обов'язкового викупу акцій («селл-аут»); (5) самозахист у вигляді переведення активів на іншу юридичну особу та продовження використання майна «мішенню» на праві оренди; (6) узгодженість і координація дій між добросовісними учасниками товариства при грінмейлі та початку недружніх поглинань: визначення ціни продажу акцій; «контркупка» акцій «товариства – мішені»; тактика «акулячої отрути»; прийняття ризику грінмейла в обмін на відмову недобросовісного учасника від подальшого недружнього поглинання: (6.1) *standstill agreements* (договори про гарантії виконання зобов'язань зі сплати грінмейлу), (6.2.) підняття ціни продажу та розподілення прибутку); (7) викуп частки агресора; (8) додаткова емісія; (9) розробка стратегії захисту, особливо у випадку складних форм зловживання правом; (10) оперативне «заплутування слідів»; (11) самопоглинання; (12) «захист Пекмена». (13) перенесення «боротьби на територію агресора».

Суттєві зміни щодо форм та способів протидії зловживання правом в корпоративних правовідносинах передбачені Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» від 19 березня 2015 р. № 272–VIII та Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 7 квітня 2015 р. № 289–VIII, який набирає чинності в частині, що стосується корпоративних прав, з травня 2016 року. Зазначені законодавчі зміни є безумовним кроком вперед у контексті протидії зловживанню правом в корпоративних правовідносинах. Водночас дані новації можуть створити нові умови для зловживання правом у цій сфері, протидія яким має здійснюватись як окремими тактичними заходами, так і формуванням практики застосування норм щодо зловживання правом, збільшенням гнучкості корпоративного законодавства та надання можливості врегулювати окремі питання на локальному рівні. Перспективним напрямом розробок у цій сфері видається подальше дослідження зарубіжного досвіду протидії зловживанням, а також перегляд норм, що регулюють діяльність ТОВ у частині підвищення їх диспозитивності та зменшення кворуму.

Запровадження **інституту незалежних директорів** покликано прямо та опосередковано протидіяти таким проявам зловживання правом, як право на контроль за діяльністю товариства (у тому числі при аудиторських перевірках); право на отримання прибутку (винагорода посадовим особам товариства, завищений розмір якої впливає на зменшення; ситуація погіршується, коли учасник товариства є членом такого виконавчого органу); з боку товариства – вчинення правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість та недобросовісні дії з відстороненням директора тощо.

У зарубіжній науці детально досліджується залежність кількості незалежних директорів та ефективності їх діяльності⁴. Для того, щоб максимально «розмити» голоси незалежних директорів при прийнятті наглядовою радою непрофільних для них рішень (аудит, винагорода, призначення), тобто випадків, коли рішення приймається всім складом наглядової ради, може бути створена наглядова рада з великою чисельністю членів. Тому для максимально ефективного використання переваг інституту незалежних директорів, в тому числі як засобу протидії зловживанню правом мажоритарними акціонерами та (або) товариством в особі його органів, є сенс створювати наглядову раду з кількістю членів в три, в крайньому випадку – п'яти осіб. Забезпечення незалежності директора протягом часу здійснення його повноважень, розширення категорій товариств, де такі директори будуть включені до наглядових рад, а також збільшення пропорційної кількості незалежних директорів у складі рад, збільшення витрат на утримання наглядової роботи з огляду на рівень їхньої винагороди, високий рівень якої є гарантією професійності та добросовісності такого директора, є чинниками, що підлягають врахуванню при подальших змінах законодавства та обранні тієї чи іншої моделі корпоративного управління і форми товариства.

Конкретний прояв зловживання правом є системою з синергетичної точки зору, критерієм кваліфікації якої є здійснення права всупереч правоохоронюваному інтересу, на досягнення якого спрямоване певне право за наявності інших засобів його реалізації, що суперечить меті здійснення права. Сформована система способів попередження та захисту зловживання правом у корпоративних правовідносинах дає змогу системно досліджувати останні нововведення у сфері корпоративних правовідносин з точки зору їх впливу на імовірність зловживання правом у корпоративних правовідносинах. Такими нововведеннями є інститути незалежних директорів, похідного позову в Україні; сквіз-ауту та селл-ауту як інститутів, що вже давно відомі в іноземній практиці, але розвиваються в українському цивільному праві.

⁴ Cerioni L. The “abuse of right” in EU company law and EU tax law: A re-reading of the ECJ case-law and the quest for a unitary notion. – 2010. – 28 p. – P. 11, 13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bura.brunel.ac.uk/handle/2438/4141>; Faull

Jonathan. Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law // *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer* // Oregon: Bloomsbury Publishing, 2011. – 662 p. – P. 320; *Weatherill Stephen*. Fitting Abuse of rights into EU Law Governing the free movement of goods and services // *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer* // Oregon: Bloomsbury Publishing, 2011. – 662 p. – P. 49–57.

² *Macey J. R., McChesney F. S.* A Theoretical Analysis of Corporate Greenmail / Jonathan R. Macey, Fred S. McChesney // *The Yale Law Journal*. – 1985. – № 1 (November) – P. 13–61. – P. 18, 20; *Shleifer Andrei, Vishny Robert W.* Greenmail, white knights and shareholders' interest // *Rand Journal of Economics*. – 1986 – Vol. 17 (3) – P. 293–294.

³ Кучмієнко О. Зловживання правом у цивільних корпоративних правовідносинах та механізм протидії: теоретичні проблеми та практичні пропозиції / О. В. Кучмієнко // *Науковий вісник Херсонського державного університету*. – 2014. – Вип. 2 – Т. 1. – С. 193–200. – С. 197. – (Серія «Юридичні науки»).

⁴ *Pilar Giraldez and Jose Mauel Hurtado*. Do independent directors protect shareholder value? // *Business Ethics. A European Review*. – Volume 23. – Number 1. – January 2014. – P. 91–103.

Резюме

Кучмієнко О. В. Зловживання правом у корпоративних правовідносинах: зарубіжний досвід в українських реаліях.

У статті окреслено систему форм, способів попередження й захисту, а також основні проблеми та шляхи їх вирішення у сфері зловживання правом у корпоративних правовідносинах. Розглянуто зарубіжні підходи до відносно нових інститутів українського законодавства: похідного позову, незалежних директорів та сквіз-ауту і селл-ауту. Запропоновано нові підходи до кваліфікації зловживання правом в корпоративних правовідносинах та їх практичне застосування – наприклад, у справі ВАТ «Укрнафта». Проаналізовано зміни, запроваджені Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» від 19 березня 2015 р. та Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 7 квітня 2015 р. на предмет їх впливу на систему форм та способів протидії зловживанню правом.

Ключові слова: зловживання правом, інтерес, систематизація, синергетика, незалежні директори.

Резюме

Кучмієнко О. В. Злоупотребление правом в корпоративных правоотношениях: зарубежный опыт в украинских реалиях.

В статье описана система форм, способов предупреждения и защиты, а также основные проблемы и пути их решения в сфере злоупотребления правом в корпоративных правоотношениях. Рассмотрены зарубежные подходы к относительно новым институтам украинского законодательства: непрямого иска, независимых директоров, селл-аута и сквиз-аута. Предложены новые подходы к квалификации злоупотребления правом в корпоративных правоотношениях и их практического применения – например, в деле ОАО «Укрнафта». Проанализированы изменения Закона Украины «О внесении изменений в Закон Украины «Об акционерных обществах»» от 19 марта 2015 г. и Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно защиты прав инвесторов» от 7 апреля 2015 г. на предмет их влияния на систему форм и способов противодействия злоупотреблению правом.

Ключевые слова: злоупотребление правом, интерес, систематизация, синергетика, независимые директора.

Summary

Kuchmiienko O. Abuse of rights in corporate relations: international experience in Ukrainian reality.

The article is devoted to a comprehensive analysis of abuse of rights system in legal corporate relations as well as the system of measures aimed to prevent and protect from such abuses. Also main problems in the field and ways of their solutions are discussed. Foreign approaches to newish institutions in Ukrainian legislation such as independent directors, indirect claims, squeeze – out and sell-out are addressed. New approaches to qualification of abuse of rights in corporate relations and application in practice thereof are proposed. For instance, in Ukrnafta PJS case. The latest legislative amendments provided by the Law of Ukraine “On amending of the Law of Ukraine “On Joint Stock Companies”” as of 19 March 2015 and the Law of Ukraine “On amending of some legislative acts regarding protection of investors' rights” as of 07 April 2015 were outlined as well as their influence on abuse of rights system and counteraction measures thereof in legal corporate relations.

Key words: abuse of rights, interest, systematization, synergetics, independent directors.