

**ЗВІТ про питання, які обговорювались під час зустрічі із розробниками законопроекту № 2011-1
«Про товариства з обмеженою відповідальністю»**

Відкриваючи зустріч, **Л.Антоненко** зазначив:

«Сьогодні ми хочемо підвести перші проміжні підсумки громадського обговорення Концепції реформування корпоративного права, розробленою ініціативною групою АПУ.

Нагадаю, що Концепція виходить із розуміння, що більшість українських компаній, які створені сьогодні у формі акціонерних товариств, по суті є приватними компаніями, але через своє приватизаційне минуле позбавлені переваг приватно-правового методу регулювання: акціонери в цих компаніях не можуть на власний розсуд врегулювати відносини між собою і компанією. Крім того, ми побачили, що обидва зареєстровані сьогодні в Раді законопроекти «Про товариства з обмеженою відповідальністю» досить обережно використовують диспозитивний метод регулювання, часто вирішуючи замість акціонерів деякі важливі аспекти їх співіснування. Професійне співтовариство оцінює цю обережність як крок назад порівняно із значно більш ліберальним законодавством країн, з якими Україна має найтісніші економічні стосунки – Кіпром і Російською Федерацією.

Раніше на засіданні Комітету ми обговорювали із Анатолієм Амеліним, членом Комісії по цінних паперах, які кроки може зробити уряд в напрямку реалізації цілей реформи. Ми бачимо три пріоритетні напрямки:

- По-перше, акціонерним товариствам повинна бути надана можливість викупити так званих баластних акціонерів - приватизаційну спадщину цих компаній, яка створює не виправдані додаткові витрати, позбавляючи компанії гнучкості в виборі інструментів регулювання корпоративних відносин, якими користуються приватні компанії.
- По-друге, уряд повинен створити умови для перетворення у приватні компанії існуючих сьогодні «квазі-публічних» акціонерних товариств, які значно скоротили чисельність власних акціонерів за рахунок викупу баластних акціонерів.
- По-третє, необхідно ухвалити такий закон про приватні компанії, який дозволить квазі-публічним товариствам перереєструватись у товариства з обмеженою відповідальністю, не втративши переваг акціонерної форми.

До таких переваг ми відносимо, перш за все, стабільність домовленості сторін про створення сумісного бізнесу і простоту виходу із бізнесу через відсутність обмежень на продаж акцій третім особам.

Запропонована поважними колегами модель зберігає у цьому відношенні існуючий стан речей і позбавляє приватні компанії цих переваг. В проекті є імперативні норми, які надають учаснику необмежене право вийти із компанії, забравши свою інвестицію. Також, мажоритарний учасник має право «виключити» міноритарного учасника із компанії, якщо суд погодиться із доводами мажоритарія про те, що міноритарій «суттєво перешкоджає» діяльності компанії.

Імперативний характер цих норм робить українське ТОВ неконкурентною корпоративною формою порівняно із кіпрськими і російськими компаніями. Вони також позбавляють стимулів акціонерів квазі-публічних акціонерних товариств привести форму існування їх компанії у відповідність із суттю, тобто перейти із публічної у приватну площину. Пропонується ці норми зробити диспозитивними, тобто надати можливість учасникам компаній прийняти одностайне рішення про відмову від їх застосування.

Ми вітаємо кроки, які зробили автори законопроекту №2011-1, до послаблення обмежень на обіг часток в ТОВ. Маємо на увазі запропонований законопроект новий підхід до оформлення угод купівлі-продажу часток, який не вимагає більше внесення змін до статуту, а відтак і отримання згоди від інших учасників компанії на продаж частки одного з учасників компанії. Ми пропонуємо зробити наступний крок у цьому напрямку, передбачивши право учасників компанії одностайним рішенням змінити статут компанії, виключивши з нього положення про існування переважного права учасників на купівлю частки, що відчужується. Слід також обмежити монополію державного реєстратора на внесення змін до державного реєстру, в якому ведеться облік прав власності на частки в ТОВ. Пропонується наділити цим правом нотаріусів та/або депозитарні установи, надавши компаніям право вибору способу обліку корпоративних прав – в державному реєстрі або в депозитарній системі (з обов'язковим публічним розкриттям інформації про власників часток).

Ці заходи з лібералізації корпоративного законодавства пропонується доповнити можливістю окремих учасників домовитися між собою шляхом укладання договору між учасниками про встановлення тих або інших обмежень на реалізацію певних прав, наприклад, на свободу виходу із компанії або відчуження частки. Деякі члени АПУ критично поставились до концепції договору між учасниками, якою вона запропонована проектом №2011-1. По-перше, ми не зрозуміли, чому строк дії цього договору обмежений трьома роками. По-друге, проект надто вузько формулює предмет договору як договору про покладення додаткових обов'язків на учасника. Незрозуміло, чи можна договором обмежити права учасника порівняно із їх обсягом відповідно до закону або статуту. Наприклад, чи може учасник відмовитись від права на вихід із компанії або права на голосування певним чином? Саме такого роду обмеження в правах, а не лише додаткові обов'язки, в більшості випадків стають предметом договору між учасниками у кіпрських або російських компаніях» - підсумував **Л.Антоненко**.

Про універсальний поділ компаній на публічні і приватні

У своїх відповідях на ці запитання **В.Данішевська та її колеги** звернули увагу на те, що запропонований законопроект не розглядає товариство з обмеженою відповідальністю як єдину корпоративну форму для тих компаній, які *Концепція реформування корпоративного права*, розроблена ініціативною групою АПУ, називає «приватними». На думку авторів законопроекту, існування декількох законів (про ТОВ, про АТ, про кооперативи), які регулюють приватні по своїй суті компанії (ТОВ, приватні АТ, кооперативи, зокрема виробничі) є цілком прийнятним, оскільки дають змогу бізнесу обирати ті організаційно-правові форми, які видаються їм більш прийнятними для реалізації тих чи інших задач.

Водночас видається доцільним переглянути певні норми Закону про АТ, аби зробити акціонерну форму більш привабливою для приватних компаній. Це стосується норм щодо регулювання і контролю, які можуть бути цілком виправданими для публічних АТ, але виявитися невиправдано обтяжливими для приватних АТ.

Про запозичення товариствами з обмеженою відповідальністю переваг акціонерної форми і розширення диспозитивності регулювання

В.Данішевська: Ми почули вас і не маємо принципових зауважень до пропозиції про доповнення проекту тими положеннями, які дозволять товариствам з обмеженою відповідальністю запозичити ті особливості акціонерної форми, які можуть розглядатись як переваги і для форми ТОВ. Водночас ми наголошуємо, що процес міграції приватних акціонерних товариств у товариства з обмеженою відповідальністю повинен бути еволюційним, заснованим на рішенні самих акціонерів, а не на вольовому акті держави. З свого боку, дійсно, ми вважаємо за необхідне докласти зусиль для підвищення привабливості товариств з обмеженою

відповідальністю як приватно - правової форми ведення бізнесу. Зокрема, цілком можливо і навіть бажано обговорити питання підвищення рівня диспозитивності деяких норм, зокрема, про переважне право у разі відчуження часток третім особам та про вихід учасників з товариства. В цих питаннях диспозитивність може реалізуватися шляхом прийняття одностайного рішення усіма учасниками про включення до статуту альтернативної порівняно із законом моделі регулювання. Зміна цього регулювання також вимагатиме одностайного рішення учасників.

До речі, що стосується диспозитивності у питанні переважного права. Проектом 2011-1 переважне право у разі відчуження часток третім особам не є абсолютним, а учасник, що бажає відхилитися від нього, має змогу це зробити, якщо вдасться до продажу своєї частки на аукціоні. Тим самим досягається певний баланс інтересів: з одного боку, учасник може позбутися своєї частки, одержавши за неї ціну, що визначається у процесі конкурентних торгів, з іншого боку, учасники, які залишаються, здатні не допустити появи нового учасника, якщо дадуть за частку більшу ціну.

Інший підхід пропонується щодо питання про виключення винного учасника. З огляду, зокрема, на важливість особистих відносин між учасниками товариств з обмеженою відповідальністю, з моменту свого виникнення в Німеччині конструкція товариства з обмеженою відповідальністю передбачала надання учасникам права своїм рішенням виключити з товариства учасника, який діє всупереч інтересам товариства, зокрема підтримує зв'язок з конкурентом. Однак практика застосування цього механізму відповідно до положень чинного законодавства виявила, що в умовах відсутності наведення підстав для виключення цей механізм перетворився на інструмент розправи більшості над меншістю, підступних інтриг та зухвалих захоплень. Отож проектом, перш за все, пропонується чітко визначити підстави, за наявності яких це може відбутися. Такими підставами є суттєве ускладнення учасником діяльності товариства або її унеможливлення, завдання значної шкоди товариству діями учасника, участь учасника (його афілійованої особи) у капіталі або у виконавчому органі господарського товариства, яка є конкурентом товариства. При цьому проектом передбачено, що виключення несправного учасника здійснюється лише в судовому порядку.

Зазначений підхід до виключення учасника базується на уявленні про примат інтересів товариства. Слід розуміти, що товариство – це не тільки і не стільки учасники, скільки ланка в економічній системі, яка забезпечує суспільство продукцією, від існування та самопочуття якої залежить забезпечення населення робочими місцями. Недарма законодавство про банкрутство направлене, в тому числі, на виявлення можливості збереження бізнесу, хоча б для цього необхідно було змінити структуру участі. Саме економічний і соціальний інтереси суспільства спонукають державу опікуватися регулюванням щодо товариств. Тому учасник, який шкодить товариству, має бути усунений. Але ж цей підхід вочевидь виключає такий ступінь диспозитивності, за якого учасники мали б змогу встановити у статуті заборону ініціювання виключення винного учасника.

Слід підкреслити, що в деяких країнах законодавчо передбачена можливість виключення з товариства навіть мажоритарного учасника, якщо він шкодить товариству. Проект 2011-1 так далеко не йде: звернутися із позовом до суду про виключення учасника можна лише за рішенням загальних зборів, що не дозволяє виникнути ситуації виключення контролюючого учасника. Втім, вважаємо, що це питання потребує подальшого обговорення.

В.Данішевська: До речі, в нашому проекті ми вже зробили крок у напрямку розширення сфери застосування корпоративної форми товариства з обмеженою відповідальністю. Так, ми відмовились від обов'язкової вимоги реорганізації товариства з обмеженою відповідальністю у публічну компанію, якщо число учасників у компанії перевищує 100. Ми вважаємо, і в цьому ми погоджуємося з вами, що кількість учасників не може бути критерієм публічності компанії, таким критерієм є розміщення акцій компанії на фондовому ринку, а перетворення компанії в акціонерне товариство є лише однією із передумов виходу компанії на публічний ринок акцій, а не самодостатня мета регулювання.

Ми почули також ваше зауваження про те, що метод регулювання відносин у приватній компанії із великою кількістю учасників відрізнятиметься від методу регулювання відносин у компанії із декількома учасниками. Наприклад, існування обмежень на відчуження часток є цілком виправданим у компаніях з невеликою кількістю учасників. Але ці обмеження дійсно видаються недоречними у компаніях із декількома десятками – тим більше сотнями – учасників. Тому видається слушною, наприклад, ваша пропозиція про те, що закон повинен заборонити такі обмеження у компаніях із великою кількістю учасників. Це дозволить «відкрити» такі компанії і створить додаткові стимули для передачі більш ефективного власнику контролю над компанією із неконцентрованою акціонерною власністю. Існуюча вимога про те, що у такому разі компанію слід трансформувати у публічну, є дійсно невиправдано жорсткою, а, можливо, і абсурдною з огляду на природу публічної компанії. Отже, тієї ж мети «відкриття» компанії для поглинання можливо досягти значно більш економічними заходами, які дозволять компанії залишитись у приватно-правовій площині.

Про угоди між учасниками (акціонерні угоди)

В.Данішевська: Ми виходили із того, що широкий загал учасників товариств ще погано знайомий із цим інструментом і його можливостями. Запропонована модель регулювання виходить із того, що через певний період роботи за договором (за проектом – три роки) його дія припиняється, і сторони отримують можливість переосмислити можливі недоліки їх первісної домовленості і домовитись на нових, більш прийнятних для них, умовах. Ми почули ваші пропозиції і не заперечуємо проти того, щоб відмовитись від імперативного характеру цієї норми, передбачивши, що встановлений законом строк дії договору може бути змінений за домовленістю сторін. Зокрема, можливо погодитись, що цей строк має бути продовжений до 5-7 років – тобто стандартного «інвестиційного горизонту» фондів прямих інвестицій.

Що стосується примушення учасника до виконання обов'язку із угоди в натурі, то воно проектом не передбачене. Це пояснюється тим, що угоди учасників здебільшого стосуються прийняття учасниками обов'язків певним чином використовувати чи не використовувати свою правоздатність. Припущення, що такі обов'язки можуть бути виконані примусово, суперечать нормам ЦК, які забороняють обмеження правоздатності (ч.1 ст.27, ч.2 ст.91 ЦК).

Л.Антоненко: Інша стаття Цивільного кодексу натомість прямо передбачає, що «особа може відмовитися від свого майнового права» (стаття 12 ЦКУ). Отже, обмеження можливості реалізації існуючих прав не тотожне обмеженню можливості мати права. Але в загалі-то ми вбачаємо суперечність між статтями 27 і 12 Цивільного кодексу і пропонували б вирішити її так само, як ця суперечність вирішена у цивільному законодавстві Росії. Стаття 22 ЦК ФР передбачає, що законом можуть бути передбачені випадки, коли угоди про обмеження дієздатності є цілком законними. Угода між учасниками товариства і є таким випадком.

В.Данішевська: Вважаємо, що п.3 ст.22 ЦК РФ є помилковим і не рекомендуємо його відтворювати в українському законодавстві.

Справа в тому, що жодної суперечності між цитованими вище нормами не існує: у ч.1 ст.27 ЦК (як і у ч.2 ст.91 ЦК) йдеться про правоздатність, а у ч.3 ст.12 – про суб'єктивне майнове право.

Наприклад, якщо законом та/або статутом передбачене беззастережне право на вихід учасника, то це означає, що учасник вправі вчинити односторонній правочин: зробити заяву про свій вихід. Нагадуємо, що можливість вчинення правочинів відноситься саме до правоздатності, а не до майнових прав. Наслідком же вчинення такого правочину є, по-перше, припинення участі у товаристві, по-друге, виникнення майнового обов'язку товариства із сплати учаснику вартості частини майна товариства і кореспондуючого майнового права учасника вимагати сплати цих коштів.

Тому якщо угода між учасниками передбачає обов'язок учасника не виходити з товариства, то це зовсім не означає, що учасник втратив таку можливість. Водночас якщо учасник використовує свою правоздатність всупереч умовам угоди, то настануть наслідки, передбачені законом та угодою, зокрема виникне обов'язок учасника відшкодувати збитки та сплатити неустойку.

З цих же позицій слід відповідати і на інше ваше питання: чи може угода між учасниками суперечити закону чи статуту? Звичайно, не може. Наприклад, якщо відповідно до закону кожен учасник має кількість голосів, пропорційну його частці у статутному капіталі, то угода між учасниками не може містити положення про те, що одна сторона угоди «передає» чи «делегує» іншій свої голоси. Водночас угода між учасниками може містити положення про те, що учасник бере на себе обов'язок голосувати тим чи іншим чином з певних питань.

Л.Антоненко: Ми дещо загубились: то чи може угода між учасниками передбачати, що учасник відмовляється від свого права на вихід із компанії, в той час як статут гарантує це право? Чи не є порушенням статуту положення угоди про те, що особи, які її підписали, втрачають право голосувати на власний розсуд і зобов'язуються голосувати певним чином, або втрачають право на вихід із компанії і зобов'язуються не виходити із неї у відсутність передбачених угодою підстав?

В.Данішевська: Дивіться, слід розрізняти правоздатність і правомочності, які до неї входять, з одного боку, і суб'єктивні майнові права – з іншого (хоча і те, і інше часто називають одним терміном «право»).

Тому відповідь на перше питання така. Якщо закон чи статут гарантує можливість виходу з товариства, то угода між учасниками не може передбачати, що учасник відмовляється від цієї правомочності. Водночас угода між учасниками може передбачати, що учасник зобов'язується не використовувати цю правомочність. Іншими словами, зобов'язання учасника не використовувати свою правомочність не знищує цю правомочність.

Аналогічно відповідь на друге питання така. Положення угоди про те, що особи, які її підписали, втрачають право голосувати на власний розсуд, є порушенням закону і статуту, але положення про те, що вони зобов'язуються голосувати певним чином, не є порушенням закону чи статуту. Положення угоди про те, що особи, які її підписали, втрачають право на вихід із товариства, є порушенням закону і статуту, але положення про те, що вони зобов'язуються не виходити із нього у відсутність передбачених угодою підстав, не є порушенням закону чи статуту.

У всіх цих випадках потерпіла сторона угоди, яка розраховувала на певну поведінку іншої сторони, не може сподіватись на те, що вона зможе в судовому порядку примусити сторону-порушника дотримуватися положень угоди, але вона може стягти з такої сторони неустойку і збитки.

Про облік корпоративних прав

В.Данішевська: Важливою новелою проекту 2011-1 є виключення інформації про розмір статутного капіталу та переліку учасників товариства з переліку відомостей, що підлягають обов'язковому закріпленню в статуті. Ця вимога входить в конфлікт із механізмами, що регулюють відчуження або перехід часток учасників у статутному капіталі, оскільки незалежно від підстав набуття особою прав на частку вимагає внесення змін до статуту і створює неприйнятний для багатьох покупців ризик блокування реєстрації змін у складі учасників та порушення прав особи, що набула частку на законних підставах. Тому замість включення відомостей про статутний капітал та учасників до статуту проектом 2011-1 передбачено відображення цих відомостей у Єдиному державному реєстрі та чіткі правила, що захищають права всіх заінтересованих осіб. Для цього, зокрема, проектом пропонується низка змін до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців», у першу чергу доповнення його новою статтею 19-1 «Державна реєстрація змін статутного капіталу та складу учасників товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю».

Ще однією з переваг такого підходу є можливість встановлення механізму недопущення перехоплення контролю над товариством або негативного впливу виконавчого органу на загальні збори учасників через використання корпоративних прав, що припадають на частку в статутному капіталі, що набуті самим товариством. Так, передбачається встановити, що при відображенні в Єдиному державному реєстрі відомостей про передання частки у статутному капіталі самому товариству автоматично зменшується розмір статутного капіталу на розмір відповідної частки у статутному капіталі. Таким чином, час володіння товариством часткою у власному капіталі фактично зводиться до «уявної секунди». Тим самим всі ризики зловживань, пов'язаних з таким володінням, повністю нівелюються.

Що ж до питання, чи не варто запровадити можливість обліку корпоративних прав також і в депозитарній системі, звертаємо увагу на таке. Наразі, дійсно, існує проблема перевантаженості державних реєстраторів, що спричиняє незручності для підприємців. Водночас ця проблема є загальною, тож і вирішувати її слід загальним чином. Зокрема, існують ініціативи щодо наділення повноваженнями реєстраторів нотаріусів (як це вже зроблено в сфері реєстрації прав на нерухомість), і видається, що їх реалізація вирішить проблему раз і назавжди.

Ми з задоволенням зустріли вашу позитивну оцінку цих новел і сподіваємося, що вони стануть у нагоді бізнесу.

Про участь нотаріуса в обігу часток

В.Данішевська: З метою запобігання рейдерству, до якого товариства з обмеженою відповідальністю є дуже вразливими, передбачається, що більшість документів, на підставі яких вносяться зміни до відомостей про частки учасників у статутному капіталі, мають бути нотаріально посвідчені чи видаватись нотаріусами. При цьому саме на нотаріуса покладається перевірка законності таких дій, зокрема і з'ясування питання про те, чи має учасник право на вихід, на вступ до товариства, на передання частки та чи є на це згода товариства чи інших учасників у випадках,

коли така згода вимагається. Видається, що це є єдиним шляхом для недопущення зловживань, які за відсутності контролю за законністю з боку нотаріуса неодмінно траплятимуться.

Водночас для двох випадків передбачено винятки – коли частка продана з аукціону та коли передання частки здійснюється за згодою всіх учасників. В обох цих випадках задля спрощення і здешевлення обороту передбачено лише нотаріальне засвідчення справжності підписів, при цьому ризики зловживань видаються мінімальними.

Нам приємно було переконатися у вашому розумінні необхідності і корисності цих новел. Видається, що нам вдалося досягти балансу у тому відношенні, що участь нотаріуса передбачена тоді і лише в тому обсязі, який дійсно є необхідним для забезпечення обороту.