

**Непрямой иск:
зарубежный опыт и перспективы имплементации
в Украине**

**Derivative Suit (Indirect Action):
Foreign Experience and Prospects of Its Implementation
in Ukraine**

**Олександр Романович Ковалишин
[Oleksandr Romanovich Kovalyshyn]**

Abstract: *Systematic misbehaviour by businessmen and corporate entities is rather often. While Enron and WorldCom were the battle cries for corporate reform in the United States of America, so it was with Ahold and Parmalat across Europe. No country is immune from the fact that company officers may misbehave, injuring investors, consumers and destroying shareholder capital. Derivative action is a kind of lawsuit to prevent these violations. Derivative suit is a lawsuit brought by a corporation (JSC or LLC) shareholder against the directors, management or other shareholders of the corporation for a failure by management. This type of suit often arises when there is mismanagement, self-dealing, fraud or dishonesty which are ignored by the officers and the Board of Directors of a corporation. Derivative action is more and more spread in Europe. One of the legal sources for its implementation is the European Shareholders' Rights Directive. The Shareholders' Rights Directive 2007/36/EC sets out the minimum requirements relating to the holding of meetings in the European Union, where it is shareholders holding shares in companies on a regulated market. There are also several others that regulate the procedure of litigation. Ukraine isn't a pioneer of the derivative suit implementation. But not long ago it was implemented also in the Ukrainian legislation. This scientific paper reveals the legal basis of its functioning as well as the position of the Ukrainian scientists.*

Key Words: *Derivative Suit; Shareholders' Minority Rights; Protection of Investors; Capital Companies; Comparison of Derivative Suits; Ukraine.*

Аннотация: *Систематические нарушения бизнесменов и корпоративных предприятий встречаются довольно часто. В то время как компании Enron и WorldCom были поводами для корпоративной ре-*

формы в Соединенных Штатах Америки, скандалы вокруг компаний *Ahold* и *Parmalat* были прологом к соответствующим реформам по всей Европе. Ни одна страна не застрахована от того, что чиновники компании могут неправильно себя вести, причиняя ущерб инвесторам, потребителям и разрушая акционерный капитал. Производный иск – это вид судебного иска, цель которого состоит в том, чтобы предотвратить эти нарушения. Производный иск – вид судебного иска, который инициируется акционером корпорации против директоров, правления или других акционеров корпорации за нарушения со стороны правления. Этот тип иска часто возникает, когда есть неэффективное руководство, злоупотребления, мошенничество, которые проигнорированы должностными лицами и советом директоров корпорации. Производные иски становятся все более распространенными в Европе. Один из юридических источников для его внедрения – Директива ЕС о правах акционеров. Директива 2007/36/ЕС о правах акционеров излагает минимальные требования, касающиеся проведения общих собраний. Есть также несколько других, которые регулируют процедуру тяжбы. Украина не состоит среди пионеров внедрения производного иска. Но с недавних пор последний был также имплементирован в украинском законодательстве. Данная научная статья раскрывает правовую основу его функционирования а также позиции украинских ученых.

Ключевые слова: Производный иск; права миноритарных акционеров; защита инвесторов; компании капиталов; сравнения производных исков; Украина.

Введение

1 мая 2016 в Украине вступил в силу Закон Украины от 7 апреля 2015 № 289-VIII «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно защиты прав инвесторов».¹ Его положения направлены на дерегуляцию хозяйственной деятельности акционерных обществ и внедрение высоких требований для публичных акционерных обществ, акции которых включены в бир-

¹ *Law of Ukraine on Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine on Protection of Investors' Rights No. 289-VIII* [2015-04-07]. Supreme Council of Ukraine, 2015, No. 25, p. 188 [in the Ukrainian original *Закон України Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів № 289-VIII* [2015-04-07]. Відомості Верховної Ради України, 2015, № 25, ст. 188].

жевой реестр. Принятие данного Закона обусловлено необходимостью улучшения инвестиционного климата в Украине, обеспечение защиты прав иностранных инвесторов, прежде всего, из стран соседей – Словакии, Польши, Венгрии.

Этим документом повышается уровень защиты прав инвесторов, в частности из-за введения косвенного (производного) иска – права миноритарного акционера подать иск в интересах общества о возмещении вреда, введение ответственности должностных лиц хозяйственных обществ в случае нанесения ущерба обществу их неправомерными действиями. А также вводится институт независимых директоров, которые будут представлять интересы миноритарных акционеров в публичных акционерных обществах. Этим Законом изменяется порядок формирования наблюдательного совета акционерных обществ. Теперь членами наблюдательных советов могут быть только физические лица, а если член наблюдательного совета избран как представитель акционера, то акционер может изменить своего представителя без проведения общего собрания общества.

В связи с принятием вышеуказанного Закона украинские компании с 1 мая 2016 могут находиться в листинговых списках акций только одной из фондовых бирж в связи с повышением требований к эмитентам в части корпоративного управления.

В общем Закон регулирует ряд вопросов, связанных с корпоративными правоотношениями. Но автор предлагает остановиться более подробно именно на особенностях правового регулирования косвенного (производного) иска, приняв во внимание генезис его развития в Украине и сравнив также опыт его законодательного закрепления в ряде других стран.

Обзор косвенных исков за рубежом

Соединенные Штаты Америки. Косвенные иски впервые получили популярность в Соединенных Штатах Америки. Там они стали эффективным средством защиты интересов меньшинства против злоупотреблений большинства акционеров. В Соединенных Штатах Америки иск в интересах корпорации называют производным иском (derivative action). Практике известны немало интересных примеров относительно косвенных исков. Одно из самых известных судебных дел – *Shaffer v. Heitner*, которое продвинулось вплоть до

Верховного Суда а базировалось на принципах косвенного иска против Greyhound Bus Lines.

Германия. В Федеральной Республике Германии процедура подачи косвенного иска регулируется Акционерным законом Германии (Aktiengesetz, AktG). Интересно, что норма, которая закрепляет право акционера на косвенный иск, появилась лишь в 2005 году (§ 148 AktG).²

Правом на подачу косвенного иска обладают акционеры, которые в совокупности являются владельцами не менее 1 % уставного капитала общества. При этом совокупная стоимость акций должна быть не менее 100 000 EUR (§ 148 AktG). Акционер должен подтвердить, что он владел акциями еще до того момента, как ему стало известно о неправомерных действиях органов управления или причиненном ущербе обществу. Так же акционер должен обратиться сначала к обществу с требованием о подаче иска к члену его органа управления. И только в случае отказа компании от инициирования процесса, акционер получает возможность реализовать право на производный иск.

Япония. В Японии условия для представления косвенного иска одни из самых жестких. Одним из условий является владение хотя бы одной акцией не позднее 6 месяцев перед тем как заявить требование к компании о предъявлении иска к членам органа правления.³ Акционер теряет право на иск, если в процессе производства он теряет статус акционера (например продаст акции).

Необходимым условием является предъявление требования о подаче иска компанией к членам органов управления. Лишь по истечении 60 дней с момента предъявления требования к компании, акционер получает возможность подать иск в суд. Этот срок может быть короче, если до его истечения компания откажет в заявленном требовании.

Великобритания. В Соединенном королевстве был принят Закон о компаниях (Companies Act, 2006). В нем закреплена возможность

² *Aktiengesetz* [онлайн]. 2017 [цит. 2017-06-23]. Доступно: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>.

³ SHISHIDO, Z. Japanese Corporate Governance: The Hidden Problems of Corporate Law and Their Solutions. *Delaware Journal of Corporate Law*. 2000, vol. 25, no. 2, с. 189-233. ISSN 0364-9490.

предоставления косвенного или дословно деривативного иска (ст. 260 – 264 Закона).⁴ Существенной особенностью является то, что акционер (участник) общества, желающий подать деривативный иск должен обладать корпоративными правами на момент подачи иска в суд. Обладание ими на момент их нарушения не является обязательным.

Генезис института косвенного иска в Украине

Что касается возможности применения непрямого (производного) иска непосредственно при решении корпоративных конфликтов, то в украинском законодательстве до недавнего времени отсутствовало прямое указание на возможность предъявления косвенного иска. Хотя предпосылки для предъявления такого иска все же были и есть на сегодняшний день.

В свое время определенной преградой для возможности применения косвенных исков при решении корпоративных споров на практике была невозможность участия физических лиц в хозяйственном процессе. Благодаря принятию Закона Украины от 15 декабря 2006 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно определения подсудности дел по вопросам приватизации и по корпоративным спорам»⁵ и унификации законодательства о подведомственности при решении данного рода конфликтов теперь неважно, физическое лицо или юридическое лицо желает защищать интересы компании.

Важным правовым актом является решение Конституционного Суда Украины № 18-рп/2004 от 1 декабря 2004. В мотивировочной части Решения указано, что акционер может защищать свои права и охраняемые законом интересы путем обращения в суд в случае их нарушения, оспаривания или непризнания самым акционерным обществом, участником которого он является, органами или другими акционерами этого общества. Вместе с тем подчеркивается, что порядок судебной защиты нарушенных кем-либо, в том числе и тре-

⁴ *Companies Act 2006.*

⁵ *Law of Ukraine on Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine Regarding Determination of Jurisdiction of Cases on Privatization and Corporate Disputes № 483-V [2006-12-15]. Supreme Council of Ukraine, 2007, No. 9, p. 77 [in the Ukrainian original Закон України Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів № 483-V [2006-12-15]. Відомості Верховної Ради України, 2007, № 9, ст. 77].*

тремя лицами, прав и охраняемых законом интересов акционерного общества, не могут являться тождественными простой совокупности индивидуальных охраняемых законом интересов его акционеров, а должны определяться законом.⁶

Следует обратить внимание на такие два момента. Во-первых, в связи с тем, что Решение ссылается на специальный закон, то оно оставило открытым вопрос о защите интересов акционерного общества его акционером (акционерами) с помощью косвенного иска. Это привело к тому, что в дальнейшем принимались различные решения о возможности защиты участниками (акционерами) хозяйственных обществ интересов самого общества. Суды трактовали Решение Конституционного Суда Украины по своему усмотрению. Иногда их решения были диаметрально противоположными по своей сути.

Во-вторых, стоит обратить внимание на ту часть Решения Конституционного Суда Украины, в которой есть такая формулировка «... охраняемый законом интерес, [...] является самостоятельным объектом судебной защиты в целях удовлетворения индивидуальных и коллективных потребностей...». Анализируя выше сказанную формулировку можно сделать вывод, что охраняемый законом интерес также неразрывно связан с потребностями коллектива (в нашем случае – потребностями общества). В случае необходимости может использоваться для защиты интересов акционерного общества в целом.

Решение Конституционного Суда Украины совершенно не учитывало позиции Европейского Суда по правам человека, высказанной в ряде судебных решений. В деле «Совтрансавто-Холдинг против Украины», Европейский Суд по правам человека пришел к выводу: «... нарушением прав акционеров является не только механическое лишение акций, а в равной степени – обесценивание акций вследствие уменьшения доли акционера в уставном капитале акционерного общества и обесценивание акций в результате распродажи имущества акционерного общества по значительно заниженным

⁶ *Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 18-rp/2004* [Case about the Interest Protected by Law] [2004-12-01]. Official Journal of Ukraine, 2004, No. 50, p. 3288 [in the Ukrainian original *Рішення Конституційного Суду України № 18-рп/2004* [Справа про охоронюваний законом інтерес] [2004-12-01]. Офіційний вісник України, 2004, № 50, ст. 3288].

ценам».⁷ То есть связь между совершением крупной сделки и правами и интересом акционера проявляется не только в наличии нарушенных корпоративных прав, но и в нарушении интересов акционера.

В делах «Беелера против Италии» от 5 января 2000 № 33202/96 и «Принц Ганс-Адам II де Лихтенштейн против Германии» от 12 июля 2001 № 42527/98 отмечалось, что право собственности в соответствии с решениями Суда не ограничивается правом собственности на физические вещи, и предусматривает, что право требования, законный интерес и правомерное ожидание лица, к которым относятся, например, интересы, обусловленные корпоративными правами акционера, также должны получить прямую эффективную защиту.⁸

Такая непоследовательность судей особенно удивляла в связи с принятием 23 февраля 2006 Закона Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского Суда по правам человека», статьей 17 которого предусмотрено, что суды Украины применяют при рассмотрении дел Конвенцию и практику Европейского Суда по правам человека как источник права. То есть, несмотря на то, что Украина относится к романо-германской правовой группе и прецедент не является источником права в Украине, практика Европейского Суда по правам человека становится обязательной для исполнения.

Специальным законом в понимании Конституционного Суда Украины является Закон Украины «Об акционерных обществах».⁹ На

⁷ SHEVCHUK, S. *Court Protection of Human Rights: Practice of the European Court of Human Rights in the Context of the Western Legal Tradition*. Kiev: Referat, 2006. 848 p. ISBN 966-8058-14-3 [in the Ukrainian original ШЕВЧУК, С. *Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції*. Київ: Реферат, 2006, с. 547. ISBN 966-8058-14-3].

⁸ PAVLENKO, V. and V. VOLANSKY. The Shield or Sword for Investors? Shareholders and Directors of Companies Should Prepare for the Introduction of the Derivative Claim. *Law and Business*. 2015, no. 27, pp. 4-8 [in the Ukrainian original ПАВЛЕНКО, В. и В. ВОЛЯНСЬКИЙ. Щит чи меч для інвестора? Акціонерам і керівникам підприємств варто підготуватися до запровадження інституту похідного позову. *Закон і Бізнес*. 2015, № 27, с. 4-8].

⁹ *Law of Ukraine on Joint Stock Companies No. 514-V* [2008-09-17]. Supreme Council of Ukraine, 2008, No. 50-51, p. 384 [in the Ukrainian original *Закон України Про акціонерні товариства № 514-V* [2008-09-17]. Відомості Верховної Ради України, 2008, № 50-51, ст. 384].

момент принятия данного Закона (2008 год) в нем было следующее положение: «В случае несоблюдения лицом, заинтересованным в совершении обществом сделки, требований, предусмотренных статьей 71 настоящего Закона, и совершение обществом сделки с юридическим лицом, все акции (доли, паи) которой принадлежат этому лицу и/или ее аффилированным лицам, общество или кто-либо из его акционеров имеет право требовать признания этой сделки судом недействительной и возмещения убытков и/или морального вреда». В данной правовой норме шла речь о возможности участника компании требовать возмещения убытков, причиненных акционерному обществу именно с помощью производного иска. Но вместе с тем эта норма содержала существенные ограничения. Право требовать возмещения возникало только тогда, когда весь уставный (складочный) капитал контрагента является собственностью заинтересованного лица. Если хотя бы одна акция, доля, пай не относилась к заинтересованному лицу, то такое право не возникало. Несмотря на существенную ограниченность и сложность практического применения данной правовой нормы ч. 2 ст. 72 Закона Украины «Об акционерных обществах» через небольшой промежуток времени была отменена.

К тому времени право на косвенный иск отрицалось не только законами, но и судебной практикой. В Постановлении Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» от 24 октября 2008 отмечалось, что законом не предусмотрено право акционера (участника) хозяйственного общества обращаться в суд за защитой прав или охраняемых законом интересов общества вне отношений представительства. Поэтому Пленум Верховного Суда Украины рекомендовал хозяйственным судам отказывать акционерам (участникам) хозяйственного общества в удовлетворении иска о заключении, изменении, расторжении или признании недействительными договоров и других сделок, совершенных хозяйственным обществом.¹⁰

Следующим документом в хронологии развития института косвенного иска был проект Закона Украины «Об обществах с ограни-

¹⁰ *Decision of the Supreme Court of Ukraine on the Judicial Practice of Courts Concerning Corporate Disputes No. 13* [2008-10-24]. Supreme Court of Ukraine, 2008, No. 11 [in the Ukrainian original *Постанова Пленуму Верховного Суду України Про практику розгляду судами корпоративних спорів № 13* [2008-10-24]. Вісник Верховного Суду України, 2008, № 11].

ченной ответственностью». В частности, согласно ч. 5 ст. 44 проекта с иском о возмещении убытков, причиненных обществу членом совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличным исполнительным органом общества, членом коллегиального исполнительного органа общества или управляющим, вправе обратиться в суд общество или его участник. В проекте Закона в отличие от предыдущих нормативно-правовых актов четко указывалась возможность обращения с исковыми требованиями в суд за защитой своих корпоративных прав. К сожалению, проект Закона Украины «Об обществах с ограниченной ответственностью» так и не вступил в силу, а законодатель отказался от его дальнейшего обсуждения.

В конце концов, после нескольких неудачных попыток ввести в украинское законодательство механизм производного иска согласно проекту Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» (№ 5507) в 2009 году или по проекту Закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно защиты прав инвесторов» (№ 2013) в 2013-м году Верховная Рада 7 апреля 2015 приняла Закон «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно защиты прав инвесторов».

Современная правовая регламентация косвенного иска

Учитывая необходимость учета практики Европейского Суда по правам человека, 1 мая 2016 года в Украине вступил в силу Закон Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно защиты прав инвесторов».¹¹ Документом предусмотрены изменения в Хозяйственный кодекс Украины, Хозяйственно-процессуальный кодекс Украины, Закон Украины «Об акционерных обществах».

Таким образом, на сегодняшний день ответственность акционеров (участников) обществ регулируется Законом Украины «Об акционерных обществах», Законом Украины «О хозяйственных об-

¹¹ *Law of Ukraine on Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine on Protection of Investors' Rights No. 289-VIII* [2015-04-07]. Supreme Council of Ukraine, 2015, No. 25, p. 188 [in the Ukrainian original *Закон України Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів № 289-VIII* [2015-04-07]. Відомості Верховної Ради України, 2015, № 25, ст. 188].

ществах», Хозяйственным кодексом Украины, а судебная процедура привлечения к ответственности с помощью института косвенного иска – Хозяйственно-процессуальным кодексом.

Объективная сторона нарушения. В соответствии со ст. 63 Закона Украины «Об акционерных обществах» должностные лица органов акционерного общества должны действовать в интересах общества, соблюдать требования законодательства, положений устава и других документов общества. Должностные лица органов акционерного общества несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу своими действиями (бездействием), в соответствии с законом. В случае если ответственность по этой статье несут несколько лиц, их ответственность перед обществом является солидарной.

В Хозяйственный кодекс Украины была внесена норма, которая охватывает перечень неправомερных действий менеджеров корпораций, которые могут быть основанием для подачи производного иска.

Должностные лица несут ответственность за убытки, причиненные ими хозяйственному обществу. Возмещение убытков, причиненных должностным лицом хозяйственному обществу ее действиями (бездействием), осуществляется в случае, если такие убытки были причинены:¹²

1. действиями, совершенными должностным лицом с превышением или злоупотреблением служебными полномочиями;
2. действиями должностного лица, совершенными с нарушением порядка их предварительного согласования или иной процедуры принятия решений о совершении подобных действий, установленной учредительными документами общества;
3. действиями должностного лица, совершенными с соблюдением порядка их предварительного согласования или иной процедуры принятия решений о совершении соответствующих действий, установленной обществом, но для получения такого согласования и/или соблюдения процедуры принятия решений должностное лицо общества подало недостоверную информацию;

¹² *Commercial Code of Ukraine No. 436-IV* [2003-01-16]. Official Journal of Ukraine, 2003, No. 11, p. 462 [in the Ukrainian original *Господарський кодекс України № 436-IV* [2003-01-16]. Офіційний вісник України, 2003, № 11, ст. 462].

4. бездействием должностного лица в случае, когда оно было обязано совершить определенные действия в соответствии с возложенными на него обязанностями;
5. другими виновными действиями должностного лица (ч. 2 ст. 89 Хозяйственно-процессуального кодекса Украины).

Вышеупомянутая норма закрепляет достаточно широкий перечень неправомερных действий менеджеров, тем самым повышая уровень защиты акционеров – иностранных инвесторов.

Подведомственность. Согласно внесенным в Хозяйственно-процессуальный кодекс Украины изменениям судам становятся подведомственными дела по спорам между обществом и его должностным лицом (включая должностных лиц, полномочия которых прекращены) о возмещении убытков, причиненных таким должностным лицом обществу его действиями или бездействием. Такие дела рассматриваются хозяйственным судом по местонахождению юридического лица (п. 4-1 ч. 1 ст. 12 Кодекса).

Подсудность. Судебные дела, возбужденные на основании производного иска, относятся к корпоративным. До недавнего времени они решались по правилам территориальной подсудности. Недостатком рассмотрения корпоративных споров по правилам территориальной подсудности было то, что благодаря возможности привлекать нескольких акционеров (участников) в качестве ответчиков, один и тот же корпоративный спор рассматривался в нескольких судах одновременно. Эти несогласованности умело использовались так называемыми «рейдерами» при захвате предприятия. Одновременно подавались несколько исков, которые были подсудны разным судам в зависимости от местонахождения участника (акционера). Суды выносили различные по своему содержанию решения, что приводило к путанице и неопределенности в организации работы органов управления и общества в целом. Исполнение судебных решений оказывалось невозможным, потому что каждое следующее судебное решение меняло, дополняло или отменяло предыдущее. Общеизвестным есть пример Никопольского ферросплавного завода. Судами различных областей по искам акционеров общества было принято 17 решений по одному и тому же спору.¹³

¹³ SHUSTYK, O. *Making of Laws: Regulating Jurisdiction of "Corporate Wars"*. Collection of Laws of Ukraine, 2006, no. 47, pp. 6-9 [in the Ukrainian original ШУСТИК, О. *Законо-*

Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно защиты прав инвесторов» такая проблема ликвидирована. В соответствии с современной редакции Хозяйственно-процессуального кодекса Украины дела по спорам, инициированным производным иском, рассматриваются хозяйственным судом по местонахождению юридического лица (ч. 7 ст. 16 Хозяйственно-процессуального кодекса Украины).¹⁴

Право на иск. Законом также определяется лицо (круг лиц), имеющих право подать иск. Ведь не каждый акционер имеет право на иск.

Таким правом должен обладать владелец корпоративных прав или группа собственников, владеющих действительно внушительной долей в уставном капитале. Тем более, что опыт предоставления отдельных прав акционерам только при условии соответствия доли акций последнему определенному процентному цензу в Украине уже есть. Так, согласно п. 4 ч. 1 ст. 47 Закона Украины «Об акционерных обществах», общее собрание акционерного общества созывается наблюдательным советом по требованию акционеров (акционера), которые на день подачи требования совокупно являются владельцами 10 и более процентов простых акций общества. Аналогично, определенный процентный ценз устанавливается ч. 5 ст. 75 указанного Закона, ч. 4 ст. 61 Закона Украины «О хозяйственных обществах». Без установления определенного процента это неизбежно привело бы к злоупотреблениям со стороны владельцев корпоративных прав. Любой, приобретя всего несколько акций, смог бы втянуть корпоративное предприятие в беспочвенные судебные процессы. Владелец достаточно большого числа корпоративных прав не подаст безосновательный иск, потому что тем самым косвенно он влияет на рыночную стоимость предприятия. Поэтому он не будет использовать имеющуюся у него возможность подать косвенный иск с целью удовлетворить интересы недобросовестной стороны или конкурента.

творення: Регламентация підсудності «корпоративних війн». Юридичний вісник України, 2006, № 47, с. 6-9].

¹⁴ *Commercial Procedure Code of Ukraine No. 1798-XII [1991-11-06]. Supreme Council of Ukraine, 1992, No. 6, p. 56 [in the Ukrainian original Господарський процесуальний кодекс України № 1798-XII [1991-11-06]. Відомості Верховної Ради України, 1992, № 6, ст. 56].*

В противном случае такое лицо, не обладая достаточно значительным пакетом акций (долей в уставном капитале), получает возможность злоупотреблять своим правом. Тем самым иногда такие иски, наоборот, препятствуют нормальной хозяйственной деятельности общества. В свое время в Соединенных Штатах Америки в начале 20-х годов не было ограничений относительно возможности предоставления косвенного иска. Это привело к тому, что акционеры буквально перегрузили компании такими исками.

Для сравнения, в Российской Федерации на сегодняшний день согласно п. 5 ст. 71 Закона Российской Федерации «Об акционерных обществах» правом на косвенный иск обладают акционер/группа акционеров, которые являются владельцами не менее одного процента голосов участников общества.¹⁵ Такой же размер доли в уставном капитале необходимо иметь для предъявления иска в органы управления компании в Федеральной Республике Германии. В Чешской Республике, Италии, Испании, Словакии этот ценз составляет 5 %, а в Австрии, Болгарии, Венгрии, Словении и Швеции – 10 %.¹⁶

Именно с целью найти баланс между правом миноритарных акционеров на защиту своих прав и необходимости превенции злоупотребления правом на производный иск законодатель остановился на 10 %. В соответствии со ст. 28 Хозяйственно-процессуального кодекса Украины в спорах о возмещении убытков, причиненных хозяйственному обществу его должностным лицом, представителем такого общества является также участник (акционер) этого общества, которому совокупно принадлежит 10 и более процентов уставного капитала (простых акций) общества.

Правом требовать возмещения убытков, причиненных обществу его должностным лицом, наделяется участник (акционер) этого

¹⁵ *Law of the Russian Federation on Joint Stock Companies No. 208-FZ* [1995-12-26] [online]. 2017 [cit. 2017-06-23]. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8743/ [in the Russian original *Закон Российской Федерации Об акционерных обществах N 208-ФЗ* [1995-12-26] [онлайн]. 2017 [цит. 2017-06-23]. Доступнона: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8743/].

¹⁶ KOVALYSHYN, O. R. *Court Protection of Corporate Rights*. Kiev: National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Research Institute of Private Law and Entrepreneurship, 2013, 200 p. [in the Ukrainian original КОВАЛИШИН, О. Р. *Судовий захист корпоративних прав*. Київ: Національна академія правових наук України, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва, 2013, 200 с.].

общества, которому совокупно принадлежит 10 % и более уставного капитала (простых акций) общества. Впрочем, такая формулировка вызывает вопрос: право на косвенный иск имеет только один участник (акционер) или несколько участников, которые вместе владеют 10 % уставного капитала (простых акций)? Усматривается, что это станет причиной различного толкования судами этой правовой нормы вплоть до формирования однородной практики Высшим Хозяйственным Судом Украины.

В Законе говорится о «... участнике (акционере) этого общества, которому совокупно принадлежит 10 % и более уставного капитала (простых акций) общества». По нашему мнению, есть неясной позиция в отношении участников (акционеров), которые не обладают упомянутой долей каждый в отдельности, но объединив свои доли, составят более 10 % уставного капитала общества. С такой формулировки не совсем понятно, будут ли иметь участники (акционеры) возможность быть представителями общества в исках, инициированных другими участниками (акционерами)? Ведь действующим законодательством не запрещена множественность представителей в процессе. И если да, то какие последствия для суда будет иметь разная позиция представителей акционеров из одних и тех же вопросов?

Особенности процесса. Важным моментом является то, что в случае удовлетворения исковых требований убытки, причиненные должностным лицом, возмещаются в пользу именно общества. Это является, безусловно, логичным и способствует защите прав не только конкретного участника (акционера), но и всех, которые прямо заинтересованы в приумножении прибыли и производстве эффективной деятельности таким обществом.

Ответчиком является собственно должностное лицо, действия или бездействие которого привели к убыткам. Изложения ст. 21 Хозяйственно-процессуального кодекса Украины в новой редакции, в которой указано, что в случаях, предусмотренных кодексом, ответчиками являются физические лица, имеет целью исключить любые споры по этому поводу. Предусмотрительно была прописана норма о том, что должностное лицо, которому предъявлено искомое требование, не вправе представлять общество и назначать представителя для участия в деле от имени хозяйственного общества. Это обезопасит процесс от случаев, когда представлять в суде минори-

тарных акционеров выбрано лицо, которое есть ответчиком и прямо заинтересовано в отрицательном результате рассмотрения дела.

Проблемы правового регулирования

Вместе с тем конструкция производного иска, предложенная законодателем, кроме положительных моментов, содержит и ряд довольно противоречивых положений, на которые стоит обратить внимание потенциальному иностранному инвестору при оценке инвестиционной привлекательности Украины.

Привлекает внимание положение о том, что отказ от иска, уменьшение размера требований, изменение предмета или основания иска, заключение мирового соглашения, отказ от апелляционной или кассационной жалобы возможны только при наличии письменного согласия всех представителей акционерного общества (общества с ограниченной ответственностью). Из общего понимания Закона следует, что под представителем подразумевается участник (акционер). Однако в той же ст. 28 Хозяйственно-процессуального кодекса Украины, в которую вносились изменения, указано, что представителями юридических лиц могут быть также другие лица, полномочия которых подтверждаются доверенностью от имени организации. В таком случае непонятно: необходимо согласие только представителей, которые являются участниками (акционерами) общества, или также и представителей по доверенности? Прослеживаемая определенная непоследовательность законодателя в использовании терминологии будет иметь негативные последствия для процесса при применении этих норм.¹⁷

Закрепление института косвенного иска одновременно несет с собой риск злоупотребления таким правом среди недобросовестных акционеров. Ведь косвенный иск это не только возможность защиты прав миноритариев, но и легкая возможность втянуть корпорацию в судебный процесс. А это опосредованно может влиять на хозяйственную деятельность предприятия. Действенным, с точки зрения автора, было бы установление правила о первоочередной

¹⁷ PAVLENKO, V. and V. VOLANSKY. The Shield or Sword for Investors? Shareholders and Directors of Companies Should Prepare for the Introduction of the Derivative Claim. *Law and Business*. 2015, no. 27, pp. 4-8 [in the Ukrainian original ПАВЛЕНКО, В. и В. ВОЛЯНСЬКИЙ. Щит чи меч для інвестора? Акціонерам і керівникам підприємств варто підготуватися до запровадження інституту похідного позову. *Закон і Бізнес*. 2015, № 27, с. 4-8].

возможности подать косвенный иск непосредственно самим обществом. И только в случае, если общество таким правом не воспользуется, то таким правом наделяется акционер.

Следует также обратить внимание на порядок обжалования/пересмотра судебных решений, принятых по результатам рассмотрения производных исков, который, к сожалению, никак не прописан. Процессуальным законодательством предусмотрено, что лица, не участвовавшие в деле, если суд решил вопрос об их правах и обязанностях, имеют право подать жалобу на такое решение. Возникает вопрос: обжаловать такое решение может любой участник (акционер) общества от своего имени как лицо, чьи права это решение касается, или только тот, кто отвечает вышеуказанным требованиям владения определенной долей уставного капитала (простых акций) как представитель общества?

Заключение

Наконец, в соответствии с вышеупомянутыми фактами, возможно заключить, что:

1. Законодатель достаточно осторожно подошел к внедрению инновационного механизма защиты прав акционеров при помощи конструкции косвенного иска, установив достаточно высокий ценз владения уставным капиталом общества для инициирования данного вида иска;
2. К положительным аспектам Закона, по мнению автора, следует отнести: 1) четкую регламентацию подведомственности и подсудности; 2) установление конкретизированного перечня нарушений должностных лиц, являющихся основанием привлечения должностных лиц к гражданско-правовой ответственности;
3. Вместе с тем Закон не лишен и некоторых недостатков: 1) не предусмотрено механизмов противодействия злоупотреблениям правом на косвенный иск; 2) законодательно незакрепленным остается порядок обжалования судебного решения вынесенного на основании косвенного иска;
4. В целом имплементация конструкции косвенного иска нацелена на обеспечение лучшей защиты как иностранных, так и местных инвесторов и безусловно улучшит инвестиционную привлекательность Украины среди потенциальных инвесторов.

Библиографический список [References]

- Aktiengesetz* [онлайн]. 2017 [цит. 2017-06-23]. Доступно: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>.
- Commercial Code of Ukraine No. 436-IV* [2003-01-16]. Official Journal of Ukraine, 2003, No. 11, p. 462 [in the Ukrainian original *Господарський кодекс України № 436-IV* [2003-01-16]. Офіційний вісник України, 2003, № 11, ст. 462].
- Commercial Procedure Code of Ukraine No. 1798-XII* [1991-11-06]. Supreme Council of Ukraine, 1992, No. 6, p. 56 [in the Ukrainian original *Господарський процесуальний кодекс України № 1798-XII* [1991-11-06]. Відомості Верховної Ради України, 1992, № 6, ст. 56].
- Companies Act 2006*.
- Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 18-рп/2004* [Case about the Interest Protected by Law] [2004-12-01]. Official Journal of Ukraine, 2004, No. 50, p. 3288 [in the Ukrainian original *Рішення Конституційного Суду України № 18-рп/2004* [Справа про охоронюваний законом інтерес] [2004-12-01]. Офіційний вісник України, 2004, № 50, ст. 3288].
- Decision of the Supreme Court of Ukraine on the Judicial Practice of Courts Concerning Corporate Disputes No. 13* [2008-10-24]. Supreme Court of Ukraine, 2008, No. 11 [in the Ukrainian original *Постанова Пленуму Верховного Суду України Про практику розгляду судами корпоративних спорів № 13* [2008-10-24]. Вісник Верховного Суду України, 2008, № 11].
- KOVALYSHYN, O. R. *Court Protection of Corporate Rights*. Kiev: National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Research Institute of Private Law and Entrepreneurship, 2013, 200 p. [in the Ukrainian original КОВАЛИШИН, О. Р. *Судовий захист корпоративних прав*. Київ: Національна академія правових наук України, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва, 2013, 200 с.].
- Law of the Russian Federation on Joint Stock Companies No. 208-FZ* [1995-12-26] [online]. 2017 [cit. 2017-06-23]. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8743/ [in the Russian original *Закон Российской Федерации Об акционерных обществах N 208-ФЗ* [1995-12-26] [онлайн]. 2017 [цит. 2017-06-23]. Доступно: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8743/].

Law of Ukraine on Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine on Protection of Investors' Rights No. 289-VIII [2015-04-07]. Supreme Council of Ukraine, 2015, No. 25, p. 188 [in the Ukrainian original *Закон України Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів № 289-VIII* [2015-04-07]. Відомості Верховної Ради України, 2015, № 25, ст. 188].

Law of Ukraine on Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine Regarding Determination of Jurisdiction of Cases on Privatization and Corporate Disputes № 483-V [2006-12-15]. Supreme Council of Ukraine, 2007, No. 9, p. 77 [in the Ukrainian original *Закон України Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів № 483-V* [2006-12-15]. Відомості Верховної Ради України, 2007, № 9, ст. 77].

Law of Ukraine on Joint Stock Companies No. 514-V [2008-09-17]. Supreme Council of Ukraine, 2008, No. 50-51, p. 384 [in the Ukrainian original *Закон України Про акціонерні товариства № 514-V* [2008-09-17]. Відомості Верховної Ради України, 2008, № 50-51, ст. 384].

PAVLENKO, V. and V. VOLANSKY. The Shield or Sword for Investors? Shareholders and Directors of Companies Should Prepare for the Introduction of the Derivative Claim. *Law and Business*. 2015, no. 27, pp. 4-8 [in the Ukrainian original ПАВЛЕНКО, В. и В. ВОЛЯНСЬКИЙ. Щит чи меч для інвестора? Акціонерам і керівникам підприємств варто підготуватися до запровадження інституту похідного позову. *Закон і Бізнес*. 2015, № 27, с. 4-8].

SHEVCHUK, S. *Court Protection of Human Rights: Practice of the European Court of Human Rights in the Context of the Western Legal Tradition*. Kiev: Referat, 2006. 848 p. ISBN 966-8058-14-3 [in the Ukrainian original ШЕВЧУК, С. *Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції*. Київ: Реферат, 2006. 848 с. ISBN 966-8058-14-3].

SHISHIDO, Z. Japanese Corporate Governance: The Hidden Problems of Corporate Law and Their Solutions. *Delaware Journal of Corporate Law*. 2000, vol. 25, no. 2, c. 189-233. ISSN 0364-9490.

SHUSTYK, O. *Making of Laws: Regulating Jurisdiction of "Corporate Wars"*. Collection of Laws of Ukraine, 2006, no. 47, pp. 6-9 [in the Ukrainian

original ШУСТИК, О. *Законотворення: Регламентация підсудності «корпоративних війн»*. Юридичний вісник України, 2006, № 47, с. 6-9].

Assoc. prof. Oleksandr Romanovich Kovalyshyn, Ph.D.

Law Institute
Vasyl Stefanyk Precarpathian National University
Shevchenko St. 44 A
76018 Ivano-Frankivsk
Ukraine
oleksandr.kovalyshyn@pu.if.ua