

Бітюк П.О.

*аспірантка НДІ приватного
права і підприємництва
імені акад. Ф. Г. Бурчака
НАПрН України*

Bitiuk P.O.

*Ph.D. student at the Private
Law and Entrepreneurship
Research Scientific Institute
named after academician
F.G. Burchak of The National
Academy of Legal Sciences of
Ukraine*

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ДОБРОСОВІСНОСТІ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛІННЯ

УДК 346.11

Постановка проблеми. Відомо, що здійснення виваженого та ефективного корпоративного управління є фундаментальним чинником існування будь-якої корпорації. У цьому світлі питання добросовісності органів управління корпорації набуває особливо важливого значення. Саме тому законодавець у ч. 3 ст. 92 Цивільного кодексу України [1] (надалі – ЦК України) закріпив положення про те, що орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно, та не перевищувати своїх повноважень.

Аналіз останніх досліджень та публікацій свідчить про те, що питання добросовісності при здійсненні корпоративного управління є малодослідженим, хоча феномен самого корпоративного управління неодноразово привертав увагу науковців. Так, різноманітним аспектам корпоративного управління присвятили свої праці О. М. Вінник, О. Р. Кібенко, В. М. Кравчук, І. В. Лукач, І. В. Спасибо-Фатеєва та ін. Водночас у працях зазначених авторів частіше лише констатується існування принципу добросовісного корпоративного управління, але при цьому не здійснюється подальша наукова розвідка в окресленому напрямі. Чи не єдиним виключенням із вказаного може слугувати окрема публікація Ю. А. Тоботи, до якої в подальшому ми будемо звертатися.

Також слід відзначити, що науковці активно досліджують питання відповідальності осіб, які здійснюють корпоративне управління. Вказане питання досліджували зокрема Б. Блек, А. В. Габова, І. І. Гришина, Ю. М. Жорнокуй, О. О. Кологойда, Р. А. Майданик, В.М. Махінчук та ін. Вказане питання дотичне до проблематики добросовісності при здійсненні корпоративного управління, але не тотожне з нею.

Таким чином, дослідження вимоги добросовісності при здійсненні корпоративного управління можна справедливо виокремити як **невирішену станом на сьогодні частину загальної наукової проблеми** корпоративних правовідносин.

Постановка завдання. Метою дослідження є аналіз добросовісності як одного з принципів корпоративного управління, а також визначення меж дискреції управлінських рішень, що відповідають стандартам добросовісності, закладених у вітчизняних та зарубіжних доктринах.

Виклад основного матеріалу. На думку окремих науковців, у ч. 3 ст. 92 ЦК України мова йде не лише про добросовісність та розумність органу юридичної особи, а й про добросовісність та розумність юридичної особи в цілому. Такий висновок роблять на підставі того, що орган юридичної особи не є її представником, а дії такого органу розглядаються як дії самої юридичної особи, а тому виникає наступний логічний ланцюжок: добросовісність та розумність фізичної особи – добросовісність та розумність органу юридичної особи – добросовісність та розумність юридичної особи [2, с. 119].

На нашу думку, у наведеній позиції не зовсім враховане цільове призначення ч. 3 ст. 92 ЦК України. По суті, законодавцю не потрібно було вводити в законодавчу матерію додаткову норму про добросовісність дій саме *юридичної* особи, так як враховуючи вимоги п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України, *добросовісними мають бути дії усіх осіб, які вступають у правовідносини*. У такій ситуації логічним поясненням існування ч. 3 ст. 92 ЦК України є бажання законодавця забезпечити саму юридичну особу як складне соціально-правове утворення від недобросовісних та нерозумних дій її органів управління, які (дії) насамперед шкодять інтересам самої юридичної особи, а потім можуть шкодити і третім особам, у правовідносини з якими вступає така юридична особа, а також стабільності господарського обороту загалом.

У науковій літературі підкреслювалося, що юридична особа володіє власною волею, яку не можна зводити ні до волі окремого індивіда, ні до суми воель членів трудового колективу. Генератором такої волі виступає соціальний індивід, воля якого шляхом переломлення через компоненти конструкції юридичної особи трансформується у волю юридичної особи, що має якісно інший характер та природу. Втім безпосередньо в нормативних актах визначити цього «соціального індивіда» надзвичайно важко. З цієї причини законодавець був вимушений використовувати дещо абстрагований підхід та представити юридичну особу в обороті через самостійну правову категорію – органи юридичної особи [3, с. 60].

Вказаний підхід кореспондується із положенням ч. 1 ст. 92 ЦК України, відповідно до якого юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. У відповідності ж до ч. 5 ст. 63 Господарського кодексу України [4] (надалі – ГК України) корпоративне підприємство діє на основі спільного управління засновниками (учасниками) справами підприємства, на основі корпоративних прав, і зокрема через органи, що ними створюються, а відповідно до ч. 1 ст. 89 ГК України управління діяльністю господарського товариства здійснюють його органи та посадові особи.

Водночас, справедливо зазначається, що як тільки дії фізичної особи, що є членом органу товариства, виходять за рамки повноважень органу, який вона представляє, вони вже не можуть ототожнюватись з діями самого органу і повинні розглядатися виключно як дії самої фізичної особи. Виникає конфлікт (суперечність) між волею та інтересами юридичної особи і фізичної особи, яка виконує функції її органу [5, с. 49]. Вказане ще раз підкреслює, що в ч. 3 ст. 92 ЦК України насамперед мова йде про добросовісність та розумність саме органу юридичної особи, а не про добросовісність та розумність юридичної особи в цілому.

Щодо змістовного навантаження критерію добросовісності в контексті ч. 3 ст. 92 ЦК України можна відзначити варіативність авторських визначень. Так, на думку Ю. А. Тоботи, законодавчо визначений обов'язок органу юридичної особи діяти від імені юридичної особи добросовісно та розумно передбачає необхідність під час виконання органом притаманних йому функцій поводити себе з контрагентами юридичної особи з урахуванням вимог сумлінності, турботливості, обачності, доцільності, передбачати можливість заподіяння шкоди цим контрагентам [2, с. 119]. Дещо аналогічне визначення пропонує В. М. Кравчук, на думку якого обов'язок добросовісно та розумно діяти в найкращих інтересах товариства передбачає, що посадові особи органів товариства повинні під час виконання своїх функцій, визначених законодавством та внутрішніми документами товариства, виявляти турботливість та обачність, які, зазвичай, очікуються від розважливої людини в аналогічній ситуації [6, с. 322]. Інші ж учені зазначають, що обов'язок добросовісності полягає в обов'язку управляючого вести справи способом, оптимальним для досягнення мети юридичної особи [7, с. 111]. На думку І. І. Гришиної, дії виконавчого органу повинні вважатися добросовісними та розумними, якщо він буде виконувати свої посадові обов'язки так, ніби сам є суб'єктом підприємницької діяльності у власних інтересах, оптимальним способом, що дозволяє отримувати прибутки й мінімізує ризики [8, с. 262].

На нашу думку, загалом варто відійти від схоластичних дискусій щодо точного змістовного навантаження поняття добросовісності. Видається, що кожна особа інтуїтивно відчуває *добросовісне* начало і має розуміти, яка саме поведінка від неї вимагається в тих чи інших конкретних обставинах. Відповідно визначення добросовісності суб'єкта залежить від специфічних обставин, які в кожному випадку підлягають глибокому осмисленню. Отже, оскільки добросовісність являє собою оціночну категорію, то наповнення її змістом повинно здійснюватися судовою практикою шляхом розроблення критеріїв добросовісності (при цьому допускається і застосування методу «від протилежного»).

У науковій літературі було здійснено аналіз української казуальної судової практики та узагальнено, що прикладами недобросовісної та нерозумної поведінки членів органів управління юридичної особи можуть слугувати: 1) порушення вимог, додержання яких є необхідним для чинності правочину, вчиненого від імені юридичної особи; 2) відчуження майна юридичної особи за заниженою вартістю у зв'язку з особистою зацікавленістю; 3) укладання правочину без урахування інтересів юридичної особи; 4) вчинення дій, які призвели чи могли призвести до неотримання юридичною особою коштів, зокрема від реалізації продукції; 5) укладання правочину органом юридичної особи від її імені з перевищенням повноважень та ін. [2, с. 120]. Разом з тим, станом на сьогодні в Україні якісь конкретні орієнтири добросовісності дій органів управління юридичної особи так і залишились об'єктивовані лише на рівні казуальної практики.

У деяких країнах пострадянського простору такі орієнтири були закріплені на рівні постанови вищого спеціалізованого суду. Зокрема, деякі критерії добросовісності органів управління закріплені в Постанові Пленуму Вищого Арбітражного Суду Російської Федерації «Про деякі питання відшкодування збитків особами, які входять у склад органів юридичної особи» № 62 від 30.07.2013 р. [9]. Так, відповідно до п. 2 даної Постанови недобросовісність дій (бездіяльності) директора вважається доведеною, коли директор: 1) діяв за наявності конфлікту між його власними інтересами (інтересами афілійованих осіб директора) та інтересами юридичної особи, і зокрема, за наявності фактичної заінтересованості директора у здійсненні юридичної особи правочину; 2) приховував інформацію про укладений ним правочин від учасників юридичної особи (зокрема, якщо з порушенням закону, статуту або внутрішніх документів юридичної особи відомості про такий правочин не були включені до звітності юридичної особи) або надавав учасникам юридичної осо-

би недостовірну інформацію щодо відповідного правочину; 3) здійснив правочин без необхідного в силу законодавства або статуту погодження відповідних органів юридичної особи; 4) після припинення своїх повноважень утримує та ухиляється від передачі юридичній особі документів, що стосуються обставин, які спричинили несприятливі наслідки для юридичної особи; 5) знав або мав знати про те, що його дії (бездіяльність) на момент їх здійснення не відповідали інтересам юридичної особи, наприклад, здійснив правочин (голосував за схвалення останнього) на завідомо не вигідних для юридичної особи умовах або з особою, яка завідомо неспроможна виконати зобов'язання («фірма-одноденка» і т.п.).

Водночас у контексті добросовісності органів управління юридичної особи при здійсненні корпоративного управління варто мати на увазі, що підприємницька діяльність завжди є ризикованою, а тому самі по собі негативні наслідки того чи іншого управлінського рішення на рівні корпорації ще не свідчать про недобросовісність органу управління, що прийняв таке рішення. Принагідно зазначимо, що в країнах загального права була вироблена доктрина *business judgment rule*, яка забезпечує захист добросовісних рішень директорів (виконавчих органів компанії) навіть у випадку, коли ретроспективно такі рішення виявились необґрунтованими або помилковими [10, с. 526], тобто такі комерційні рішення виявились невірними та завдали шкоди компанії. Доктрина *business judgment rule* створює презумпцію того, що, приймаючи відповідні комерційні рішення, директори корпорацій діють належним чином проінформовано (тобто з належною обачністю), добросовісно та з щирим переконанням того, що вчинювані ними дії – в інтересах компанії. При цьому, для того, аби можна було поставити під сумнів певне комерційне рішення, прийняте директором компанії, позивачу необхідно спочатку довести суду, що в діях директора можна прослідкувати порушення зазначених вище складових даної презумпції. Якщо позивачу не вдалось довести суду зазначене, автоматично застосовується доктрина *business judgment rule*, і таким чином будь-який вплив суду на конкретні корпоративні відносини фактично виключається. Але, якщо позивачу вдалось довести порушення хоча б однієї із складових презумпції *business judgment rule*, вказана доктрина не застосовується, суд починає розглядати справу по суті, а обов'язок доказування переходить від позивача до відповідача. Тепер саме відповідач – директор компанії – має довести «загальну чесність» відповідної операції [10, с. 530-531].

Попри те, що доктрина *business judgment rule* виникла в США, її елементи можуть бути віднайдені і в правових системах континентального

права. Так, у 2013 році для однієї з генеральних дирекцій Європейської Комісії було проведено дослідження обов'язків та відповідальності директорів в країнах Європейського Союзу [11], у рамках якого було проаналізовано й застосування доктрини *business judgment rule*. Виявилося, що в Німеччині, Хорватії, Греції, Португалії та Румунії аналогічні *business judgment rule* концепції закріплені на законодавчому рівні, а в таких країнах, як Данія та Литва такі концепції були самостійно вироблені судовою практикою. Більшість країн ЄС у своїх правових системах не містять формулювання *business judgment rule* в явному вигляді, у випадку чого межі свободи дій, що надаються директорам, залежать від тлумачення судами поведінкових очікувань обов'язку дотримуватися обережності ("duty of care"). Часто вичерпні визначення та чітко зазначені правила відсутні, внаслідок чого межі захисту комерційних рішень зміщуються та не піддаються легкій ідентифікації. При цьому цікаво, що, наприклад, у Польщі *business judgment rule* взагалі не застосовується, оскільки Верховний суд Польщі дотримується позиції, що економічний ризик не може виправдовувати директора у випадку, якщо компанія зазнала збитків через його недбале управління. Водночас відзначається, що в окремих своїх рішеннях суди Польщі все ж допускають певний рівень управлінської дискреції та дозволяють директорам брати на себе ризики, що приманні підприємницькій діяльності [11, с. 108-117]. Таким чином, можна все-таки прослідкувати світову тенденцію до визнання та встановлення певних меж для прийняття виконавчими органами управлінських рішень, за умови дотримання яких (меж) директори (виконавчі органи корпорацій) вважаються такими, що діяли добросовісно, попри те, що їх управлінські рішення мали негативні наслідки.

Висновки проведеного дослідження полягають у тому, що:

1) *по суті, у ч. 3 ст. 92 ЦК України закріплена загальна норма-принцип, яка поширює свою дію і на суб'єктів корпоративного права – господарські товариства, оскільки на підставі даної норми можна вивести наступні обов'язки як посадової особи, так і самого органу корпоративного управління: 1) діяти в інтересах юридичної особи; 2) діяти добросовісно; 3) діяти розумно; 4) така особа має не перевищувати своїх повноважень;*

2) *оскільки добросовісність являє собою оціночну категорію, найбільш ефективно, а також своєчасно суспільному запиту, наповнювати конкретним змістом її може лише суд (допускається й застосування методу «від протилежного») при розгляді конкретних правових спорів. При цьому, задля забезпечення єдності судової практики бажано було би розглянути та об'єктивувати найбільш поширені поведінкові стандар-*

ти добросовісності (або недобросовісності, якщо застосовувати метод «від протилежного») у сфері корпоративних відносин на рівні узагальнення судової практики Верховного Суду України;

3) доктрина *business judgment rule*, що характерна для США та (із урахуванням певних особливостей) для деяких країн романо-германської правової сім'ї, по суті, має подвійне призначення: вона функціонує водночас і як убезпечення від відповідальності директорів, і як презумпція належної поведінки директорів. Разом з тим, враховуючи сучасний низький стан розвитку корпоративної ментальності в Україні, вважаємо запровадження аналогічної доктрини в українському законодавстві передчасним. Натомість на даному етапі розвитку корпоративних відносин в Україні уявляється найоптимальнішим визначати межі дискреції управлінських рішень, що відповідають стандартам добросовісності, судовою практикою. Більше того, вважаємо, що про необхідність запровадження механізмів аналогічним *business judgment rule* буде сигналізувати саме судова практика в сфері корпоративних правовідносин.

1. *Civil Code of Ukraine*, 40 § 356 (*Vidomosti Verchovnoi Rady Ukrainy* 2003).

2. Tobota, Y. A. (2014). *Good faith and reasonableness of actions of the artificial person or man doing of the legal entity powered from the law or articles of association*. *Visnyk hospodarskogo sudochynstva*, (4), 117-123.

3. Politova, I. P. (2016). *Intention and declaration of intention*. Moscow: Prospekt.

4. *Economic code of Ukraine*, 18 § 144 (*Vidomosti Verchovnoi Rady Ukrainy* 2003).

5. Kolohoida, O. O. (2016). *Certain aspects of corporate responsibility of persons that perform corporate governance of joint stock companies*. *Pravo i suspilstvo*, (4), 47-53.

6. Kravchuk, V. M. (2005). *Corporate law. Scientific practical commentary on legislation and case law*. Kyiv: Istyna.

7. Abova, T. E., Kabalkin, A. Y., & Mozolin, V.P. (1996). *Civil code of Russian Federation: Scientific practical commentary (Vol. 1)*. Moscow: BEK.

8. Hryshyna, I. I. (2012). *Problem questions of responsibility of executive body of joint stock company in the internal corporate legal relationships*. *Pravo i bezpeka*. (4(46), 259-263.

9. *On some issues of compensation of losses by persons that make up the corporate bodies*, 62 Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation (July 30, 2013). Retrieved from http://www.arbitr.ru/as/pract/post_plenum/90841.html.

10. McMillan, L. (2013). *The business judgment rule as an immunity doctrine*. *William & Mary Business Law Review*, 4(2), 521-574.

11. *Gerner-Beuerle, C., Paech, P., & Schuster, E. (2013). Study on directors' duties and liability (prepared for the European Commission DG Markt). Retrieved from http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf.*

Бітюк П. О. Деякі питання добросовісності при здійсненні корпоративного управління

Стаття присвячена дослідженню добросовісності як одного з принципів господарського права при здійсненні корпоративного управління. Розглянуто проблеми змістовного навантаження категорії добросовісності, з метою об'єктивізації стандартів добросовісного корпоративного управління досліджено іноземний досвід. Встановлено, що добросовісність являє собою оціночну категорію, тому наповнювати її конкретним змістом може лише суд (допускається й застосування методу «від протилежного»). Водночас задля забезпечення єдності судової практики пропонується узагальнити та об'єктивувати найбільш поширені поведінкові стандарти добросовісності (або недобросовісності, якщо застосовувати метод «від протилежного») у сфері корпоративних відносин на рівні узагальнення судової практики Верховного Суду України. Окремо підкреслюється, що підприємницька діяльність завжди є ризикованою, тому самі по собі негативні наслідки того чи іншого управлінського рішення на рівні корпорації ще не можуть свідчити про недобросовісність органу управління, що прийняв таке рішення. Тому задля подальшого дослідження меж дискреції управлінських рішень, що відповідають стандартам добросовісності, було досліджено доктрину *business judgement rule*, яка притаманна США та деяким країнам континентального права. Встановлено, що *business judgement rule* має подвійне функціональне призначення: як убезпечення від відповідальності директорів, і як презумпція належної поведінки директорів. Однак запровадження аналогічної доктрини в українському законодавстві є передчасним. На даному етапі розвитку корпоративних відносин в Україні найоптимальнішим є визначення межі дискреції управлінських рішень, що відповідають стандартам добросовісності, судовою практикою.

Ключові слова: добросовісність, корпоративне управління, корпоративні відносини, *business judgement rule*, органи управління

Bitiuk P. O. Some issues of good faith in the performance of corporate governance

The article is devoted to the research of good faith as one of the principles of economic law in the performance of corporate governance. Problems of the meaning of good faith notion are being considered, foreign experience is being examined in an effort to objectify the standards of good faith corporate governance. Good faith being an evaluative category, it has been established that it can be filled with specific meaning only by court (application of the “a contrario” method is also acceptable). However, in order to ensure the unanimity of case law, it is proposed to summarize and to objectify the most common behavioral standards of good faith (or bad faith,

if “a contrario” method is applied) in respect of corporate relations on the level of resolution of the plenum of the Supreme Court of Ukraine. It is particularly emphasised that since entrepreneurial activity is always risky, negative implications of a certain managerial decision themselves cannot yet be indicative of bad faith of a corporate body in charge of this decision. Therefore, the doctrine of business judgement rule (that is applied across USA and certain civil law countries) is examined for the purpose of the follow-up studies on latitude limits of managerial decisions that meet good faith standards. It is emphasized that introduction of a similar doctrine into Ukrainian legislation is premature. Taking into account the state of corporate relations development in Ukraine, it seems instead that it is best for the court to define latitude limits of managerial decisions that meet good faith standards.

Key words: good faith, corporate governance, corporate relations, business judgement rule, corporate bodies.