

УДК 347.122

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.6.08>**Георгій Смірнов,***студент магістратури юридичного факультету**Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПОХІДНИЙ ПОЗОВ: ОСОБЛИВОСТІ ТА ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ

*Стаття присвячена аналізу особливостей національного та іноземного регулювання інституту похідного позову. У науковій роботі проаналізовано поняття похідного позову, виявлено недоліки правового регулювання та наведено власних пропозицій автора щодо їх подолання. Зокрема, автором запропоновано передбачити механізм превенції зловживанням правом на подання похідного позову. Здійснено дослідження особливостей відповідальності посадових осіб за похідним позовом. Розглядається можливість впровадження механізму превентивного похідного позову. Пропонується переглянути та змінити майновий ценз для подання похідного позову; передбачити можливість звернення з колективним похідним позовом.*

**Ключові слова:** похідний позов, шкода, юридична особа, учасник, акціонер, посадова особа, статутний капітал, особлива інформація.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій з цієї теми.** Дослідженню інституту похідного позову присвячені праці таких учених: М.К. Богущ, І.В. Спасибо-Фатєєвої, О.Р. Ковалишина, Т.С. Гудіми, Н.О. Герасименко, Л.А. Островської, С.В. Шоки, О.В. Бігняка та інших. Втім, з огляду на те, яким чином цей інститут врегульовано в українському законодавстві, актуальним залишається наукове дослідження похідного позову з метою пошуку більш ефективних та раціональних рішень його правового регулювання.

**Метою статті є** визначення поняття похідного позову та ознак, що становлять його зміст; проведення порівняння підходів до правового регулювання похідного позову в Україні та іноземних державах; виявлення недоліків правового регулювання похідного позову та надання пропозицій щодо їх усунення та підвищення ефективності правового регулювання цього інституту в цілому.

Українське законодавство станом на тепер доволі стрімко розвивається в частині модернізації регулювання корпоративних відносин. Особлива увага була приділена питанням захисту корпоративних прав міноритарних учасників юридичних осіб, що знайшло своє втілення у впровадженні такого способу захисту, як похідний позов.

Захистити корпоративні права учасника (акціонера) товариства в Україні за допомогою такого правового інструменту, як похідний позов, можна лише у зв'язку з набуттям чинності 1 травня 2016 року Закону України

«Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів» (далі – ЗУ «Про захист прав інвесторів») [1].

Більшість дослідників інституту похідного позову вказують, що його виникнення відбулося в країнах англосаксонської правової сім'ї, де він отримав назву “shareholder’s derivative action” або “derivative suit”. Зокрема, однією з перших згадок про конструкцію похідного позову є рішення Верховного Суду Сполучених Штатів Америки у справі “Dodge vs Woosley”, в якому було зазначено, що до юрисдикції судів справедливості належать справи щодо корпорацій, ініційовані за зверненням одного чи кількох учасників, якщо в результаті вчинених актів відбулося «порушення довіри» [2].

Дослідження особливостей похідного позову слід розпочати зі встановлення його поняття та ключових ознак, які становлять його суть.

О.І. Чугунова зазначає, що похідний позов слід розглядати з точки зору правового інструмента, ефективність застосування якого полягає в тому, що в разі неможливості юридичної особи ініціювати судовий розгляд самостійно учасник чи акціонер господарського товариства, який перебуває в статусі міноритарія, має передбачену законодавцем здатність звернутися до суду із позовом від імені та в інтересах такої юридичної особи щодо відшкодування збитків, завданих діями чи бездіяльністю її посадовою (посадових) особи [3].

Л.А. Островська під похідним позовом розуміє правовий засіб, який дає змогу заявляти та підтримувати позови в інтересах юридичної особи її учасникам або кредито-

рам, якщо юридична особа не ініціює розгляд самостійно через зацікавленість осіб, які входять до складу органів управління юридичної особи або контролюють такі органи управління в операціях, які стали підставою для подання позову [4].

Серед ознак О.І. Чугунова називає такі: 1) у визначених законом випадках такий позов подається учасниками, які за звичайних умов не уповноважені представляти юридичну особу; 2) право або охоронюваний законом інтерес належать юридичній особі.

Л.А. Островська серед ознак, що характеризують специфіку похідного позову, виділяє: 1) такі позови подаються однією особою (наприклад, кредитором або учасником юридичної особи) з приводу правовідносин, які виникли між двома або більше особами та в яких не брав участі заявник позову; 2) в особи, яка подає позов, відсутні окремі повноваження від самої юридичної особи, безпосередньо через норми права; 3) відшкодування за результатами розгляду позову отримує не особа, яка його подала, а юридична особа, в інтересах якої його подано.

Визначення, надане Л.А. Островською, хоч і доволі точно описує умови, за яких учасник (акціонер) юридичної особи застосовує інструмент похідного позову, однак посилення на те, що його можуть заявляти кредитори юридичної особи є доволі некоректним. Це пояснюється тим, що кредитори наділені правом звертатися з похідним позовом лише в законодавствах окремих держав, однак в Україні законодавство не надає їм такого права, обмежуючи суб'єктний склад колом осіб, яким належить 10 або більше відсотків статутного капіталу юридичної особи, або яким належить частка у власності юридичної особи, що становить 10 або більше відсотків.

Таким чином, більш коректним є визначення, надане О.І. Чугуновою, яке і пропонується застосовувати надалі у цій роботі.

Для українського законодавства інститут похідного (непрямого) позову є доволі новим, а тому ефективних правил його застосування натепер досі не вироблено. Зазначивши це, необхідно звернутися до практики застосування похідних позовів у державах, де цей інститут пройшов апробацію часом. За приклад можна взяти правове регулювання такого інституту в Сполучених Штатах Америки.

Перш за все варто наголосити, що законодавство США чітко розрізняє між собою прямі та похідні позови, а також встановлює умови, дотримання яких дає змогу реалізувати право на звернення з відповідним позовом. Зокрема, прямий позов має місце тоді,

коли учасник (акціонер) звертається до суду із позовом за захистом своїх прав, а не юридичної особи. Однак, аби судова система не була завантажена великою кількістю таких позовів, у США є два критерії, дотримання яких дає особі право звертатися з таким позовом: 1) шкода, завдана акціонеру чи учаснику товариства, має бути прямою та не походити від первинної шкоди юридичній особі; 2) шкода, завдана акціонеру чи учаснику товариства, має бути окремою та віддільною від шкоди, якої зазнали інші акціонери чи учасники [5].

Похідний позов за законодавством США, своєю чергою, може бути подано за таких умов: 1) наявність збитків; 2) наявність дії (бездіяльності), у зв'язку з чим юридична особа зазнала збитків; 3) відмова юридичної особи (її органів управління) вчинити відповідні дії для виправлення ситуації.

Втім, на цьому особливості похідного позову за законодавством США не вичерпуються. Наприклад, параграфом 605.0802 Законів штату Флорида передбачено, що особа, яка бажає звернутися з похідним позовом, має спочатку звернутися з претензійною вимогою до членів органів управління, надавши їм розумний строк для вчинення необхідних дій, який не має перевищувати 90 днів. Альтернативно цією главою передбачено, що особа може довести марність звернення з претензійною вимогою, якщо протягом 90 днів з моменту порушення членами органів управління товариства не було вжито відповідних дій [6].

Для порівняння: в Україні таких вимог не передбачено, і особа, яка бажає подати похідний позов, може зробити це, навіть не надавши членам органів управління можливості владнати ситуацію. Відсутність зазначених вище вимог, як і критеріїв відмежування прямих та похідних позовів, може призвести до завантаженості судової системи України, щойно такий спосіб захисту корпоративних прав набуде поширення серед учасників (акціонерів) товариств.

Принагідно слід зазначити, що в українському законодавстві встановлення обов'язкової процедури досудового врегулювання не позбавляє особу звернутися за захистом своїх прав та інтересів одразу ж до суду. Таку позицію викладено в Рішенні Конституційного Суду України № 15-рп/2002 від 9 липня 2002 року в справі № 1-2/2002 (справа про досудове врегулювання спорів). Зокрема, Конституційним Судом зазначено, що право особи на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами [7].

Тому вбачається, що задля протидії можливим зловживанням правом на подання похідного позову імплементувати в українське законодавство досвід Японії – передбачити обов'язок особи володіти часткою (акціями) статутного капіталу протягом не менш як 6 місяців перед тим, як звертатися з похідним позовом [8].

Щодо того, яка особа наділена правом звертатися із похідним позовом, слід зазначити таке. Згідно зі статтею 54 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), таким правом наділена особа, якій належить 10 і більше відсотків статутного капіталу товариства або частка у власності юридичної особи якої становить 10 і більше відсотків [9].

Наведене формулювання законодавця одразу викликає питання щодо можливості міноритарних учасників (акціонерів) товариства об'єднати свої позовні вимоги та звернутися до суду з колективним позовом, адже розмір у 10 відсотків статутного капіталу є значним.

Вважається, що ні. Річ у тім, що попередня редакція вказаної норми ще на стадії законопроекту передбачала не тільки менший поріг – 5 відсотків, але й зазначала про сукупне володіння кількома особами. Причина, за якої законодавець вирішив відмовитися від попереднього, більш логічного підходу, залишається незрозумілою. Тим паче, що законодавець у ч. 3 ст. 54 ГПК передбачив можливість інших учасників юридичної особи, які володіють 10 і більше відсотками статутного капіталу, приєднатися до поданого похідного позову.

Таким чином, наділивши правом на подання похідного позову лише учасника (акціонера) товариства, якому належить 10 і більше відсотків у статутному капіталі, законодавець необгрунтовано створює надто високий бар'єр для реалізації ним же наданого права на звернення з похідним позовом, адже кількість учасників в акціонерних товариствах (а віднедавна і в товариствах з обмеженою та додатковою відповідальністю) може бути настільки великою, що серед акціонерів (учасників) не виявиться жодної особи, якій належить 10 і більше відсотків у статутному капіталі. Більше того, учасників (акціонерів) товариства можна позбавити права на звернення з похідним позовом, якщо недобросовісно розмити їхні частки (акції) в статутному капіталі.

Передбачений законодавцем ценз у 10 і більше відсотків призведе до ситуації, коли таким способом захисту практично неможливо буде скористатися. Як приклад більш ефективного підходу до законодавчого врегулювання цього питання варто навести

положення законодавства Федеративної Республіки Німеччина. Законодавством встановлено, що звернутися з похідним позовом може особа, яка володіє не менше 1% акцій, або часткою, номінальна вартість якої становить 100 000 євро.

Однак якщо в аспекті подання похідного позову акціонерами німецьке законодавство демонструє правильний підхід, проте, неможливо не відзначити, що в частині правового регулювання подання похідних позовів учасниками інших юридичних осіб, окрім акціонерних товариств, вимоги законодавства Німеччини є децю надмірними.

Позитивний приклад регулювання інституту похідного позову містить і Федеральний Закон Російської Федерації «Про акціонерні товариства» (надалі – ФЗ РФ «Про акціонерні товариства»)

По-перше, ч. 5 ст. 71 вищезазначеного Закону передбачено, що ценз подання похідного позову становить не 10 і більше відсотків (як це передбачено в Україні), а значно менше – 1 і більше відсотків статутного капіталу (що відповідає німецькому підходу). По-друге, ч. 5 ст. 71 ФЗ РФ «Про акціонерні товариства» передбачено право міноритарних акціонерів об'єднувати свої позовні вимоги, про що свідчить формулювання «акціонери, які сукупно володіють не менш ніж 1% розміщених звичайних акцій товариства» [10].

Наведені раніше дві новели у своїй сукупності дають змогу подолати низку практичних проблем, з якими може зіткнутися акціонер, у тому числі проблему розмивання частки акцій у статутному капіталі. Тому українському законодавцю слід звернути увагу на досвід інших держав та спробувати його якщо не перейняти, то модернізувати та впровадити у національне законодавство.

Варто також зазначити, що є приклади і розширення кола суб'єктів, які можуть звернутися з похідним позовом до посадової особи. Так, у деяких державах право пред'явлення похідного позову закріплено за кредиторами юридичної особи, яка перебуває в стані неплатоспроможності (перебуває в процедурі банкрутства). Зокрема, таке право було визнано рішенням Верховного Суду штату Делавер (США) у справі *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla* [11].

Окрім цього, формулювання ст. 54 ГПК, що позов може бути подано особою, частка власності якої становить 10 і більше відсотків, дає змогу говорити про те, що звернення з похідним позовом може бути не тільки в межах господарських товариств, але й інших юридичних осіб, в межах яких вини-

кають корпоративні відносини. Наприклад, звернутися з похідним позовом може один з учасників виробничого кооперативу тощо.

Хто ж може бути відповідачем за похідним позовом? Як зрозуміло зі сказаного вище, відповідачем є саме посадова особа, діями або бездіяльністю якої завдано шкоди юридичній особі. Однак стаття 89 Господарського кодексу України (далі – ГК України), надаючи перелік підстав для відповідальності посадової особи, не містить визначення посадової особи та кого слід під таким терміном розуміти [12].

Тому для того, аби встановити коло суб'єктів, які підпадають під категорію «посадові особи», слід звертатися до спеціальних законів – Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – ЗУ «Про ТОВ») та Закону України «Про акціонерні товариства» (далі – ЗУ «Про АТ») тощо.

Зокрема, якщо звернутися до ЗУ «Про ТОВ», то згідно з ч. 1 ст. 42 Закону, посадовими особами можуть бути не тільки члени виконавчого органу чи наглядової ради, але й будь-які інші, якщо це передбачено статутом. Тобто посадовою особою в статуті товариства може бути зазначено і головного бухгалтера, менеджера, що покладатиме на останніх підвищену майнову та матеріальну відповідальність [13].

Що ж до ЗУ «Про АТ», то ситуація є дещо іншою. Згідно з визначенням посадових осіб, наданим у п. 15 ст. 1 Закону, посадовими особами є лише ті фізичні особи, які є членами органу товариства, без можливості передбачення їх у статуті. Тому посадовими особами є і директор (члени дирекції), і члени наглядової ради, і ревізор (ревізійна комісія) та інші [14].

Аналогічним є зміст і статті 23 Закону України «Про господарські товариства», який є чинним у тій частині, в якій це стосується повних та командитних товариств [15].

Таким чином, маємо ситуацію, за якої до корпоративних відносин у межах різних господарських товариств необхідно застосовувати різне розуміння категорії «посадова особа», а отже, і різне коло суб'єктів, які можуть бути відповідачами за похідним позовом.

Передбачити превентивний похідний позов пропонує М.К. Богуш у своїй дисертаційній роботі «Захист прав та інтересів суб'єктів корпоративних відносин». На її думку, в ситуаціях, коли загроза заподіяння збитків є реальною, заінтересованій особі слід надати можливість не чекати настання шкідливих наслідків, а звернутися за превентивним захистом, інструментом чого може бути превентивний похідний позов.

При цьому вчена наголошує, що оскільки йдеться про відповідальність саме посадових осіб юридичної особи, то доцільно прописати обов'язок такого позивача здійснити зустрічне забезпечення позовних вимог шляхом перерахування на депозитний рахунок суду суми, яка буде визначатися судом у кожному конкретному випадку [16].

З огляду на вищенаведене, М.К. Богуш пропонує серед підстав відповідальності посадових осіб за завдану їхніми діями чи бездіяльністю шкоду, наведених у ст. 89 ГК України, передбачити і «створення реальної загрози заподіяння збитків юридичній особі». При цьому, як зазначає вчена, цілком очевидно є проблематика використання оціночного поняття, яким є «реальна загроза». На її думку, реальна загроза має встановлюватися судом у кожному індивідуальному випадку на основі наданих учасниками доказів. Окрім цього, М.К. Богуш пропонує доповнити ст. 54 ГПК України, закріпивши за міноритарним учасником право звернення з похідним позовом про усунення реальної загрози заподіяння збитків.

Звісно, слід розуміти, що в такому разі предметом такого похідного позову буде не вимога покласти на посадову особу майнову відповідальність за те, чого ще не відбулося, а вимога щодо усунення реальної загрози заподіяння збитків, що наблизатиме його до негаторного позову, а тому така конструкція заслуговує на увагу та імплементацію в чинне законодавство.

Доцільним вбачається також аналіз визначених законодавцем підстав відшкодування збитків посадовою особою. Їхній перелік наводиться в ч. 2 ст. 89 ГК України. Такими підставами, зокрема, є: 1) дії, вчинені з перевищенням або зловживанням службовим становищем; 2) дії, вчинені з порушенням порядку погодження або іншої процедури прийняття рішень; 3) дії, вчинені з дотриманням порядку погодження, однак посадовою особою було подано недостовірну інформацію; 4) бездіяльність посадової особи, коли вона мусила здійснити певні дії відповідно до своїх обов'язків; 5) інші винні дії посадової особи.

Однак варто зазначити, що деякі з вищенаведених підстав визначені доволі абстрактно і породжують проблеми.

Зокрема, четверта підстава містить вказівку на обов'язки посадової особи в цілому, а п'ята – не конкретизує, за які саме винні дії особа буде зобов'язана відшкодувати збитки. Слід пам'ятати, що виконання посадовою особою певних обов'язків може бути покладено на неї трудовим договором чи контрактом.

Виникає питання: чи є неналежне виконання посадовими особами своїх обов'язків, передбачених трудовим договором (контрактом), підставою для подання похідного позову до такої посадової особи? Це тим паче є проблемним питанням, якщо врахувати той факт, що, згідно зі ст. 4<sup>8</sup> ЗУ «Про захист прав інвесторів», п. 19 та п. 12 ст. 20 ГПК України, похідний позов віднесено до підвідомчості господарських судів, тоді як спори з трудових відносин – підвідомчості судів загальної юрисдикції.

Окрім цього, згідно з ч. 3 ст. 233 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України), для вимоги щодо стягнення з працівника (посадової особи за договором, наприклад, директора) матеріальної шкоди, заподіяної підприємству, встановлюється позовна давність у 1 рік. [17] Водночас, якщо йдеться про притягнення посадової особи до майнової відповідальності, то застосовується загальний строк позовної давності в 3 роки.

Також вирішення цього питання (майнову чи матеріальну відповідальність в такому разі має нести посадова особа) є надзвичайно важливим з огляду й на те, що в межах майнової відповідальності діє презумпція вини, а в межах матеріальної – ні, і позивачу доведеться доводити вину особи, а не тільки протиправність дій та наявність збитків.

З одного боку, як зазначає І.В. Спасибо-Фатеева, можна зробити однозначний висновок щодо того, що чинне законодавство передбачає цивільно-правову відповідальність для членів колегіального виконавчого органу, оскільки є низка норм, з яких це випливає [18]. Зокрема, йдеться про ч. 4 ст. 40 ЗУ «Про ТОВ» та ч. 4 ст. 92 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), якими передбачено солідарну відповідальність членів виконавчого органу; [19] і ч. 5 ст. 26 ЗУ «Про ТОВ», якою встановлена солідарна відповідальність для посадових осіб щодо повернення виплат товариству. Адаже за матеріальну шкоду, завдану в межах трудових правовідносин, не передбачено ані солідарної, ані субсидіарної відповідальності.

Подібну позицію можна прослідкувати в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками» (далі – ППВСУ «Про шкоду завдану працівниками»). Зокрема, в п. 16 Судом зазначено, що в разі заподіяння шкоди діями кількох працівників розмір її відшкодування визначається для кожного з них окремо, а єдиною підставою застосування солідарної відповідальності є вчинення кількома особами умисних дій із заподіяння шкоди. При цьо-

му застосування судом поняття «умисних дій» означає, що йдеться про відшкодування шкоди, завданої злочинними діями працівників підприємства, оскільки категорія «умислу» є кримінально-правовою [20].

Проблема полягає в тому, що це питання на тепер не знайшло свого вирішення в чинному законодавстві, а судова практика є ще не досить сформованою, аби було вироблено правові орієнтири застосування тих чи інших норм.

Наприклад, єдиним узагальненням судової практики, яке торкається питання відповідальності посадових осіб, є Постанова Пленуму Верховного Суду України, присвячена вирішенню корпоративних спорів, від 2008 року, а не 2016 року, тобто доволі неактуальна. Відповідно до п. 4 цієї Постанови у разі вирішення питання: чи належить спір між господарським товариством та членами виконавчого органу (наглядової ради) до корпоративного чи трудового, слід керуватися розділом XV Кодексу законів про працю [21].

Варто відзначити, що подібне формулювання суду не тільки не дає відповіді на поставлене запитання, а підводить нас до висновку, що наявність трудового договору з посадовими особами є підставою для віднесення такого спору до трудового, що не дасть змогу міноритарному учаснику звернутися з похідним позовом. Однак, як було зазначено раніше, наведена позиція суду, з огляду на зміни в чинному законодавстві, не є актуальною, проте це не означає, що вона є хибною.

Втім, якщо звернутися до конкретних прикладів із судової практики, то є певні цікаві приклади вирішення співвідношення цивільно-правового та трудового регулювання відносин за участю посадових осіб господарських товариств. Наприклад, у своєму рішенні від 07.02.2018 у справі № 711/5711/16-ц Верховний Суд зазначив, що характер відносин між товариством та його посадовими особами, хоч би з ними й укладено трудовий договір, не дає змогу говорити про пріоритет регулювання трудового законодавства над цивільним, оскільки, на відміну від інших працівників, обов'язки та повноваження таких осіб напряму пов'язані з дієздатністю юридичної особи, а оскільки поняття дієздатності та правосуб'єктності юридичної особи є цивілістичними, то пріоритет має надаватися саме цивільно-правовому регулюванню [22].

На нашу думку, зміст п. 4 ч. 1 ст. 89 ГК України необхідно уточнити, прямо зазначивши, що порушення посадовою особою її трудових обов'язків є/не є підставою для



майнової відповідальності за ст. 89 ГК України. Принаймні тоді ми отримаємо однозначну відповідь на питання співвідношення майнової та матеріальної відповідальності посадових осіб за порушення ними своїх трудових обов'язків.

Допоки законодавцем не буде зроблено уточнення, зміст п. 4 ч. 1 ст. 89 ГК України слід розуміти таким чином, що підставою подання похідного позову є порушення посадовою особою покладених на неї обов'язків – будь-яких, окрім трудових. Якщо йдеться про порушення виключно трудових обов'язків, то це вже винятково матеріальна відповідальність, якої, з огляду на можливість покладення на посадових осіб обов'язку з відшкодування неотриманого прибутку, має бути досить для захисту та відновлення порушених прав.

Втім, на цьому аналіз особливостей підстав відповідальності посадових осіб за похідним позовом не вичерпується. Річ у тім, що в ч. 1 ст. 40 ЗУ «Про ТОВ» зазначено, що члени наглядової ради товариства та члени виконавчого органу товариства мають діяти добросовісно і розумно в інтересах товариства. При цьому ЗУ «Про АТ» аналогічної норми не містить – на посадових осіб покладається обов'язок діяти в інтересах акціонерного товариства, однак не згадується про добросовісність та розумність. Подібний відмінний підхід законодавця викликає подив, а особливо, якщо при цьому провести паралель з доктриною «правила бізнес-судження» (англ. – “business judgement rule”), яка є поширеною в англосаксонській правовій сім'ї.

Згідно з вищезазначеною доктриною, посадові особи товариства не несуть відповідальності за свої рішення, якщо вони діяли: 1) добросовісно; 2) розумно та поінформовано (як і будь-яка розумна пересічна особа на їх місці); 3) у спосіб, який вони обґрунтовано вважали таким, що відповідає найкращим інтересам компанії. Якщо для майнової відповідальності посадових осіб притаманною є презумпція вини, то для доктрини «правила бізнес-судження» притаманною є презумпція невинуватості, і тягар доказування лежить на позивачеві [23].

Оскільки це правило вироблено англосаксонською прецедентною системою, то і застосування його в Україні могло здійснюватися лише в рамках міжнародного приватного права – відносин з іноземним елементом, підпорядкованих законодавству однієї з держав англосаксонської правової системи. З цього приводу дивним видається той факт, що ч. 1 ст. 40 ЗУ «Про ТОВ» закріплено всі три складники «правила бізнес-судження».

Тож виникає питання: яку мету переслідував законодавець, закріплюючи в ЗУ «Про ТОВ» всі три елементи інституту, який невідомий українському праву? Чи є це передумовою для перейняття іноземних норм у процесі безперервної конвергенції правових систем? Питання залишається відкритим, доки практика не покаже межі тлумачення положення ч. 1 ст. 40 ЗУ «Про ТОВ».

Щодо умов притягнення посадової особи до відповідальності, то вони є загальними. Зокрема, Верховний Суд у справі № 922/2187/16 від 03.07.2018 року наголосив на тому, що необхідно довести наявність всіх чотирьох умов цивільно-правової відповідальності: 1) протиправність; 2) шкоду; 3) причинно-наслідковий зв'язок; 4) вину [24]. Щоправда, варто відзначити, що є судово-практика, відмінна від наведеної вище позиції Верховного Суду. Так, у Рішенні Господарського суду м. Києва від 28 листопада 2017 року у справі № 910/17440/17 суд наголосив на тому, що для похідних позовів досить довести наявність правопорушення та збитків [25].

Розглядаючи особливості похідних позовів за чинним законодавством, слід також відзначити, що згідно з п. 13 ст. 41 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» [26], а також п. 13 Розділу 3 Положення «Про розкриття інформації емітентами цінних паперів» [27], порушення провадження у справі про відшкодування емітенту збитків, завданих посадовою особою емітенту, є особливою інформацією та підлягає розкриттю. Ст. 122 Господарського процесуального кодексу України також передбачено, що ухвала про відкриття провадження у справі за похідним позовом підлягає опублікуванню. При цьому, згідно з ч. 3 ст. 122 ГПК України, така ухвала має містити: 1) дату оприлюднення; 2) номер справи; 3) найменування та адресу суду; 4) ціну позову; 5) найменування позивача та його місцезнаходження; 6) найменування інших учасників справи.

Т.С. Гудіма та Н.О. Герасименко, розглядаючи такий аспект правового регулювання похідних позовів, зазначають, що оприлюднення такої інформації може завдати шкоди діловій репутації юридичної особи, бути підставою для розірвання ділових стосунків, зменшення інвестицій та погіршення економічного становища в цілому.

Зроблене вченими зауваження є справедливим. Адже сам факт наявності справи про відшкодування збитків, завданих посадовою особою, свідчить про слабкий рівень організації управління, а отже, і ненадійність такого товариства як теперішнього чи майбутнього контрагента.

### Висновки

Саме впровадження похідного позову до українського законодавства є позитивним кроком на шляху до вдосконалення та приведення у відповідність українського корпоративного законодавства до тих стандартів законодавчого регулювання корпоративних відносин, що є в країнах з більш розвиненою системою корпоративного права. Однак регулювання цього інституту в його чинному стані потребує переосмислення та вирішення низки проблем. Зокрема, необхідно взяти таких кроків:

1. Зменшити майновий ценз для подання похідного позову з 10% до 1 відсотків власності в статутному капіталі.

2. Чітко прописати право учасників (акціонерів) звертатися з колективним похідним позовом.

3. Передбачити законодавчий механізм запобігання зловживанням правом на подання похідного позову у вигляді імперативної вимоги володіти часткою (акціями) в статутному капіталі юридичної особи протягом певного строку. Як приклад можна перейняти досвід Японії – встановити строк у 6 місяців.

4. Надати учасникам (акціонерам) юридичної особи право звертатися з превентивним похідним позовом для усунення загрози заподіяння шкоди, дозволивши таким чином попереджати негативні наслідки для юридичної особи та зберегти "goodwill", якщо останньому буде загрозувати заподіяння шкоди, яку не компенсує жодне відшкодування збитків.

5. Відмежувати матеріальну та майнову відповідальність посадових осіб у частині завдання ними шкоди юридичній особі у разі порушення своїх трудових обов'язків. Для цього пропонується конкретно прописати в ст. 89 ГК України, чи є порушення трудових обов'язків підставою для притягнення посадової особи до майнової відповідальності, чи ні.

### Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів : Закон України в редакції від 01.10.2018. *Відомості Верховної Ради*, 2015, № 25, ст. 188.

2. Лаврінченко І. Похідний позов по-українськи. *Юридична Практика*. 2016. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/pohidniy-pozov-poukrayinski.html>;

3. Ковалишин О.Р. Непрямий (похідний) позов як засіб захисту учасників корпоративних правовідносин. *Вісник Академії адвокатури України*. 2010. № 1. С. 61–67.

4. Островська Л.А. Непрямі (похідні) позови: міжнародний досвід та законодавство України :

автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса : Одес. нац. юрид. акад., 2008. 19 с.

5. Plummer S. Derivative or direct action against shareholder. URL: <https://roberteckardlaw.com/derivative-direct-action-shareholder/>.

6. Закони штату Флорида. 2018. URL: [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Index&Title\\_Request=I#TitleI](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Index&Title_Request=I#TitleI).

7. Рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2002 в справі № 1-2/2002 від 09.08.2002 року. Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-02>.

8. Гудіма Т.С. Перспективи правового регулювання похідного позову в Україні / Т.С. Гудіма, Н.О. Герасименко. *Економіка та право*. 2016. № 3. С. 140–146.

9. Господарський процесуальний Кодекс : Закон України в редакції від 28.08.2018 року. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 1992, № 6, ст. 56.

10. Про акціонерні товариства : Федеральний Закон Російської Федерації від 26.12.1995 № 208-ФЗ в чинній редакції. URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_8743/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8743/).

11. Рішення Верховного Суду штату Делавер Сполучених Штатів Америки від 18.05.2007 року в справі "North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla". URL: <https://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=92000>.

12. Господарський кодекс : Закон України в редакції від 07.02.2019 року. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2003, № 18, № 19–20, № 21–22, ст.144.

13. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України в редакції від 06.02.2018 року. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*, 2018, № 13, ст. 69.

14. Про акціонерні товариства : Закон України в редакції від 1.10.2018 року. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2008, № 50–51, ст. 384.

15. Про господарські товариства : Закон України в редакції від 17.06.2018 року. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 1991, № 49, ст. 682.

16. Богуш М.К. Захист прав та інтересів суб'єктів корпоративних відносин : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Київ, 2018. 240 с.

17. Кодекс законів про працю України : Закон України в редакції від 11.10. 2018 року. Затверджений Законом № 322-VIII від 10.12.71 ВВР. 1971. Додаток до № 50, ст. 375.

18. Спасибо-Фатеева І.В. Корпоративні спори. Коментар судової практики / І.В. Спасибо-Фатеева, В.І. Крат, Н.Ю. Філатова. Харків, 2018. 287 с. (Право). (Проблеми судової практики).

19. Цивільний кодекс : Закон України в редакції від 04.02.2019 року. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2003, № 40–44, ст. 356.

20. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 14 від 29.12.1992 року «Про судову

практику в справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками». Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/v0014700-92>.

21. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 року № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів». Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>.

22. Постанова Верховного Суду від 07.02.2018 року в справі № 711/5711/16-ц. Офіційна інтернет-сторінка Єдиного державного реєстру судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/review/72102687>.

23. Рішення Господарського суду м. Києва від 28.11.2017 року у справі № 910/17440/17. Офіційна інтернет-сторінка Єдиного державного реєстру

судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70762101>.

24. Llewellyn L.C. Breaking Down the Business-Judgment. *Rule Commercial & Business Litigation*. 2013. URL: <https://www.winston.com/images/content/1/5/1535.pdf>.

25. Постанова Верховного Суду в справі № 922/2187/16 від 20.06.2018. Офіційна інтернет-сторінка Єдиного державного реєстру судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75081758>.

26. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України в редакції від 01.01.2019 року. *Відомості Верховної Ради України*, 2006, № 31, ст. 268.

27. Положення про розкриття особливої інформації емітентами цінних паперів у редакції від 05.08.2018 року, затверджене Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 2826 від 03.12.2013. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z2180-13>.

*Статья посвящена анализу особенностей национального и иностранного регулирования института производного иска. В научной работе проанализировано понятие производного иска, определены недостатки правового регулирования и приведены собственные предложения автора касательно их преодоления. В частности, автором предложено предусмотреть механизм превенции злоупотребления правом на подачу производного иска. Осуществлено исследование особенностей ответственности должностных лиц по производному иску. Рассматривается возможность внедрения механизма превентивного производного иска. Предлагается пересмотреть и изменить имущественный ценз для подачи производного иска; предусмотреть возможность обращения с коллективным производным иском.*

**Ключевые слова:** производный иск, ущерб, юридическое лицо, участник, акционер, должностное лицо, уставной капитал, особенная информация.

*The article is devoted to analysis of peculiarities of national and foreign regulation of derivative lawsuit. In scientific research the notion of derivative lawsuit is analyzed; drawbacks of derivative lawsuit's legal regulation are discovered and author's suggestions regarding their elimination are given. In particular, the author proposes to implement a mechanism for prevention of abusing the right to file a derivative lawsuit. A research of peculiarities of company's official's liability under derivative lawsuit has been conducted. The possibility of implementation of preventive derivative lawsuit has been analyzed. A special emphasis has been made regarding the necessity of revision and alteration of material qualifications for filing derivative lawsuit; stipulation of possibility of filing a collective derivative lawsuit.*

**Key words:** derivative lawsuit, damage, legal entity, participant, shareholder, official, share capital, special information.