

Науково-правовий висновок

на звернення судді Н.Губенко щодо повноважень спостережної ради акціонерного товариства "Чортківський завод "Агромаш"

I. Загальна частина

В запиті поставлені численні питання, відповідь на які ускладнюється неврегульованістю правових наслідків недодержання вимог закону про приведення у відповідність із ним діяльності і статутів АТ, а також неврегульованістю в статуті АТ наслідків спливу строку, на який було обрано спостережну раду. Це *неминуче породжує лише міркування*, а не однозначні відповіді на питання про те, якими ж мають бути ці правові наслідки.

Тож на початку свого висновку я хотіла б звернути уваги на всі «за» і «проти» можливих варіантів, з приводу чого слід застережити на таке.

Наслідками спливу 2-хрічного строку обрання членів спостережної ради, позначеного в статуті АТ "Чортківський завод "Агромаш", можуть бути: (а) або *припинення* повноважень спостережної ради (радикальний наслідок, що слідує з формального тлумачення положення статуту про строк, на який обиралась спостережна рада), або (б) *продовження* її повноважень (заснований на тому, що якщо статутом не передбачені наслідки спливу строку обрання спостережної ради, а акціонери не переобрали її, то діє норма закону, відповідно до якого ці повноваження не обмежуються). Думається, що не можна виключати й третій варіант (в), за яким наслідки несвоєчасного обрання нового складу спостережної ради покладались би на акціонерів, які не виконали приписи закону. Тоді має йтися про *рестроспективне застосування* норми Закону «Про акціонерні товариства» про звуження повноважень спостережної ради до скликання загальних зборів.

Аналіз цих трьох варіантів дозволяє *перший* розцінити як формально *правильний*, оскільки (а) такий наслідок прямо слідує зі статуту, а норма

статуту регулює корпоративне управління і позначення в статуті строку повноважень спостережної ради не суперечить закону; (б) без спостережної ради діяльність АТ могла продовжуватись, адже її функції могли виконувати або загальні збори, або виконавчий орган (щодо скликання загальних зборів).

Однак в цьому варіанті можна вбачити *загрози* подальшій діяльності АТ, зокрема через можливість оспорування рішень спостережної ради, прийнятих після спливу 2-річного строку після її обрання, передбаченого статутом. Тим більш, якщо ці рішення стосуються обрання виконавчого органу, а, в свою чергу, його діяльності як неуповноваженого органу і тим самим створюється загроза визнання недійсними правочинів, вчинений таким виконавчим органом.

Другий підхід більш *прийнятний*, оскільки, по-перше, цим зберігається існування органу АТ – спостережної ради, яка в певних АТ має бути, оскільки це приписано законом; по-друге, відпадають зазначені вище загрози. Цей варіант нагадує наслідки спливу строку договору, якщо жодна зі сторін не заперечує проти продовження його дії. Тобто така правова конструкція має право на існування. Тож якщо акціонери не обрали спостережну раду після спливу 2-річного строку, то діє не локальна норма статуту, а загальна норма закону, яким строк її повноважень не обмежується. Це не суперечить і загальному підходу, за яким локальні норми мають відповідати закону і статут діє в частині, що не суперечить закону. Таке правило застосовується зазвичай при зміні законодавства. В розглядуваній же ситуації статут встановив локальну норму, яка відрізняється від норми закону, але не суперечить йому. Якщо акціонери не виконали норму статуту і ним не передбачаються наслідків цього, то з великим ступенем прийнятності слід дійти висновку, що діятиме норма закону про безстроковість повноважень членів спостережної ради, тобто до їх переобрання.

Щодо *третього варіанту*, то він діятиме, якщо додержуватися позиції про неприпустимість ненастання негативних наслідків порушення акціонерами свого статуту, що полягає у необранні ними нового складу спостережної ради, і разом із тим – відхиляти радикальний перший варіант. Тоді залишається та модель, яка слідує із законодавства Ці негативні наслідки мають лягати на самих акціонерів, а не інших осіб, що вступали з АТ у відповідні правовідносини. Тому, як видається, можливий поміркований варіант, який (звужено до проблематики, порушеної у запиті, що стосується скликання спостережною радою позачергових загальних зборів із метою прийняття ними рішення про вчинення значного правочину) – спостережна рада після спливу 2-хрічного строку зберігається. Її члени мають всю повноту своїх повноважень до спливу 2-хрічного строку після набрання чинності Законом України «Про акціонерні товариства», який надано для приведення у відповідність із цим Законом статутів АТ, тобто до 29.04.2011 р. (п.5 Перехідних положень).

Після ж спливу цього строку негативних наслідків Закон не передбачає. І лише у 2015 р. були внесені зміни (Закон від 07.04.2015) до ч.1 ст. 53 Закону, відповідно до яких в подібних випадках повноваження членів наглядової ради припиняються, крім повноважень з підготовки, скликання і проведення річних зборів товариства. При чому така можливість не охоплюється скликанням позачергових загальних зборів. Отже, призначення цієї норми – встановити наслідки недодержання вимог Закону «Про акціонерні товариства» (його Перехідних положень) про приведення статуту АТ у відповідність з цим законом.

Ці наслідки абсолютно логічні і цілком виправдані. Однак при цьому постає питання про можливість їх застосування, якщо норма на час прийняття спостережною радою рішень не діяла. Адже ця норма почала діяти з 1.05.2016 р., тобто *після прийняття* спостережною радою АТ "Чортківський завод "Агромаш" оспорюваних рішень.

Виходячи з наведеного, *прийнятність* застосування підходу про звуження повноважень спостережної ради до скликання загальних зборів: може бути обґрунтована (а) лише принципами права – розумністю і справедливістю; (б) призначенням - не допустити радикальних наслідків, що слідуватимуть із першого варіанту, але і не допустити свавілля і потакання порушенню закону, навіть якщо в самому законі негативні наслідки його приписів не визначені.

Його *спірність* (а) у допустимості ретроспективності застосування норми Закону «Про акціонерні товариства»; (б) покладення на АТ недоліків закону, яким прямо не передбачалися негативні наслідки недодержання його приписів.

Проаналізувавши всі можливі варіанти з аргументацією за і проти їх застосування, *бачиться, що Верховний Суд не зробить помилки, якщо обере будь-який з цих варіантів* – всі вони мають право на існування. В цьому я вбачаю унікальність цього запиту. Мені особисто пасує другий варіант.

Хочу звернути увагу, що міркування і аналіз, наведені в Загальній частині цього Науково-правового висновку, будуть використані в подальшому для відповіді на конкретні питання таким чином: можливі варіації таких відповідей, якщо Верховний Суд обере той чи інший варіант.

Водночас, якщо цю проблему розглядати не взагалі, а стосовно спірної ситуації, що її розглядає ВС у даній конкретній справі, то, як на мене, обрання жодного з трьох варіантів навряд чи здатний вплинути на вирішення спору. Адже для цього, як мені видається, слід керуватися підходом до обрання способу захисту прав позивачки. Саме про це – відповідь на питання № 10.

Спираючись на такі загальні бачення, можна надати такі відповіді на конкретні питання, поставлені у запиті.

1. *Чи дійсні повноваження членів спостережної ради*

акціонерного товариства після спливу строку обрання, встановленого статутом, у розумінні статті 4, частини першої статті 23, пункту "в" частини п'ятої статті 41 Закону України "Про господарські товариства", станом на 23.01.2006?

В зазначених вище статтях містяться загальні норми, з яких не слідує якогось розуміння наслідків спливу строку обрання спостережної ради, встановленого статутом. Тому відповідь на це питання навряд чи варто будувати, спираючись на ці норми.

Думається, що відповідь на це питання можна зробити шляхом надання відповіді на інші два питання: (1) чи міг бути передбачений в статуті АТ строк, на який обиралася спостережна рада? (2) які наслідки спливу цього строку, якщо спостережна рада не переобиралася?

З приводу цього слід зазначити таке.

- В ст. 4 Закону України "Про господарські товариства" йдеться про зміст установчих документів господарських товариств, а тому й статуту АТ, де має передбачатися склад та компетенція органів товариства та порядок прийняття ними рішень, але не вказується, що питання про строк повноважень цих органів має бути зазначено в статуті АТ. Натомість відповідно до ч.5 ст. 4 до установчих документів можуть бути включені інші умови, що не суперечать законодавству України. Строк, на який обираються члени спостережної ради, не суперечить законодавству, і *міг бути включений до статуту ТОВ*.

- В ч.1 ст. 23 Закону України "Про господарські товариства" йдеться про те, що органи товариства, їх склад і порядок обрання (призначення) здійснюється відповідно до виду товариства. Так, в АТ *могла або мала* бути спостережна рада – це залежало за законодавством, що діяло на час, вказаний в інформації, наданої у запиті, від кількості акціонерів (якщо більше 50 акціонерів, створення спостережної ради було обов'язковим – ст. 46 Закону України "Про господарські товариства"). З цього слідує, що

цей орган в АТ "Чортківський завод "Агромаш" мав обов'язково бути. Відповідно, не можливо допустити, що наслідком спливу строку, позначеного в статуті АТ "Чортківський завод "Агромаш", буде відсутність в цьому АТ спостережної ради.

- Додержання зазначеного вище про обов'язковість існування в АТ спостережної ради *можливо лише в разі, коли зберігаються повноваження* обраних до її складу членів, навіть якщо строк, встановлений статутом АТ, сплинув. Інакше бути не може, оскільки припинення повноважень членів спостережної ради привело б до вихолощення її складу і втрати сенсу існування такого органу взагалі.

Тому члени спостережної ради залишаються посадовими особами АТ, їх повноваження як членів спостережної ради зберігаються.

2. *Чи застосовуються норми статті 57 Закону України "Про акціонерні товариства" від 17 вересня 2008 року № 514-VI, що регулює підстави дострокового припинення повноважень членів наглядової ради, до правовідносин припинення повноваження членів спостережної ради акціонерного товариства, якщо їх строк обрання, встановлений статутом, сплив до набрання чинності цим Законом?*

Спрямованість регулювання зміну складу наглядової ради у ч.1 ст. 57 Закону України "Про акціонерні товариства" полягає, у наданні можливості *достроково припинити повноваження* членів наглядової ради. При цьому передбачаються як підстави припинення їх повноважень - рішення загальних зборів АТ або положення статуту АТ чи положення про наглядову раду АТ.

З цього слідує, по-перше, що законодавець визначив допустимість *саме дострокового* припинення повноважень членів наглядової ради АТ; по-друге, встановив підстави для цього і по-третє, зазначив на необхідність *одночасного обрання* нових членів наглядової ради, що знімає питання про допустимість ситуації, коли б наглядова рада існувала, але повноваження її членів би припинилися.

Якщо строк повноважень спостережної ради АТ, встановлений в його статуті, сплинув до набрання чинності Законом України "Про акціонерні товариства", це не надає підстав для застосування його норми, що міститься у ч.1 ст. 57, до припинення повноважень членів спостережної ради АТ

3. *Чи виключає втрата обраною особою статусу акціонера акціонерного товариства можливість виконання обов'язків члена наглядової ради у розумінні статті 53 Закону України "Про акціонерні товариства" від 17 вересня 2008 року № 514-УІ станом на 31.12.2014? Чи виключається така можливість, якщо обов'язки члена наглядової ради виконує член спостережної ради, що відповідно до статуту та положення міг обиратися виключно з числа акціонерів?*

Відповідно до ч.1 ст. 46 Закону України «Про господарські товариства» в акціонерному товаристві рада акціонерного товариства (спостережна рада) створюється з числа акціонерів. Разом із тим прямо в цьому Законі не зазначалось на те, що слідує з втратою членом спостережної ради статусу акціонера (продажу ним акцій чи їх викупу в нього).

Відповідно до Закону України "Про акціонерні товариства" (абз.7 ч.1 ст. 53) в статуті АТ можуть передбачатися додаткові підстави для припинення повноважень члена наглядової ради.

Якщо в статуті АТ передбачено, що до складу спостережної ради входять лише акціонери або їх представники (якщо акціонером є юридична особа), то за втратою статусу акціонера має слідувати й втрата його статусу як члена наглядової ради. Адже це логічно відповідає зазначеній вимозі. Вважати, що відсутність в законі та статуті регулювання наслідків втрати особою прав акціонера, який був членом наглядової ради, надає підстав вважати, що такі «колишні акціонери» зберігають своє членство у наглядовій раді, було б невірно.

При цьому не потрібно прийняття рішень загальними зборами АТ про припинення повноважень такого члена наглядової ради. Достатньо наявності самої цієї підстави. Наслідки такої ситуації мають бути врегульовані в статуті АТ або положенні про його наглядову раду. Якщо такого регулювання у внутрішньокорпоративних документах немає, то само АТ, стикаючись з такою ситуацією, пов'язаною з неможливістю прийняття спостережною радою рішень у відсутність кворуму, має вирішити це питання.

Другою підставою для такого висновку слугує зміст тієї ж ч.1 ст. 46 Закону України «Про господарські товариства», яка була перенесена і до ч.1 ст. 46 Закону «Про акціонерні товариства» 2008 р., відповідно до якого визначається призначення наглядової ради - *представляти інтереси акціонерів*. При всій своєрідності такого «квазіпредставництва», яке зовсім не підпадає під регулювання Глави 17 ЦКУ, проглядається ідея такого підходу, яка полягає у тому, що *одні акціонери*, які обрані до спостережної ради, «представляють» *решту акціонерів*. Такий своєрідний зв'язок переривається при втраті членом наглядової ради статусу акціонера, адже в контексті цієї норми така особа вже не має інтересу пильнувати за правами акціонерів. Більше того, в неї може бути наявний протилежний інтерес.

З часом до цієї норми були внесені зміни, відповідно до яких наглядова рада призначена, зокрема, здійснювати *захист прав* акціонерів. Думається, що така редакція виправила одну помилку (щодо представництва) і породила іншу (щодо захисту), оскільки захищати можна лише право, яке порушене, не визнається і оспорується, а в цьому випадку захист, про який йдеться в цій нормі, не відповідає ані юрисдикційним, ані неюрисдикційним способам захисту. Та й взагалі наглядова рада такого захисту не здійснює і здійснювати не може.

4. *Чи можна у розумінні частини другої статті 51 Закону України "Про акціонерні товариства" від 17 вересня 2008 року № 514-УІ*

вважати, що акціонерне товариство не виконало обов'язкової вимоги щодо створення наглядової ради і такий орган відсутній, оскільки станом на 08.02.2016 та 20.02.2016 акціонерне товариство не виконано вимоги абзацу третього пункту 2 розділу III "Прикінцеві положення" Закону України "Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України" від 27 квітня 2007 року № 997-У пункту 5 розділу XVII "Прикінцеві та перехідні положення" Закону України "Про акціонерні товариства" від 17 вересня 2008 року № 514-X/I щодо приведення діяльності та статуту у відповідність із цими Законами?

АТ "Чортківський завод "Агромаш", який створив спостережну раду, виконав припис Закону «Про господарські товариства» на підставі якого діяв до набрання чинності Закону України "Про акціонерні товариства". По суті ж питання зводиться до того, чи можна вважати однопорядковими ці органи – спостережну раду і наглядову раду або чи вплинули зміни в законодавстві України, зокрема щодо зміни назви ради як органу АТ, на її статус та склад, обраний до цих змін?

В редакції ст. 46 Закону України "Про господарські товариства» щодо статусу ради АТ, крім назви, нічого не змінилося. До цього органу Закон вживав термін «рада» як родовий, а уточнюючий – «спостережна рада». Після внесення змін до Закону в 2007 р. рада стала йменуватися «наглядовою», а зміни її компетенції та інших чинників, що вплинули б на зміну розуміння цього органу не сталося. Крім цього, законом не врегульовані наслідки невиконання припису приведення у відповідність із ним статуту АТ.

Тому вважати, що в АТ "Чортківський завод "Агромаш" відсутня рада (наглядова) не можна, адже є її аналог – спостережна рада.

5. *Чи можна у розумінні пункту 5 розділу XVII "Прикінцеві та перехідні положення" Закону України "Про акціонерні товариства" від 17*

вересня 2008 року № 514-УІ вважати, що після спливу дворічного строку спостережний орган управління акціонерного товариства, що був створений до набрання чинності цим Законом, не має право приймати рішення з питань, що належить до виключної компетенції наглядової ради, без виконання вимоги щодо приведення діяльності та статуту акціонерного товариства у відповідність із нормами цього Закону?

Оскільки вище зроблений висновок про збереження існування в АТ "Чортківський завод "Агромаш" як самого органу – спостережної ради, так і повноважень її членів (попри сплив строку їх обрання і невиконання приписів закону про приведення статуту АТ у відповідність із Законом «Про акціонерні товариства»), то його слід ув'язати з наслідками порушення самими членами наглядової ради закону. Адже саме вони мали виконати приписи про приведення статуту АТ у відповідність із Законом «Про акціонерні товариства», розробити зміни до нього і подати до загальних зборів. Тож такими наслідками невиконання приписів закону мало би бути звуження компетенції спостережної ради, якщо обрати третій варіант, про який йшлося у Загальній частині цього науково-практичного висновку. При обранні ж другого варіанту слід надати негативну відповідь на це питання

6. *Чи вважаються члени спостережної ради акціонерного товариства такими, що є повноважними членами наглядової ради у розумінні підпункту 27 пункту 6 розділу I, абзацу третього пункту 2 розділу III "Прикінцеві положення" Закону України "Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України" від 27 квітня 2007 року № 997-У, якщо дворічний строк, на який було обрано членів спостережної ради відповідно до статуту, завершився до набрання чинності цим Законом?*

Оскільки наслідки строку спливу повноважень членів наглядової ради у період, який зазначений у цьому запиті, не були врегульовані ані на рівні закону, ані статутом АТ "Чортківський завод "Агромаш" , то думається, що можливо орієнтуватися на підхід, запроваджений Законом України від 07.04.2015 № 289-VIII, відповідно до якого стаття 53 Закону України «Про акціонерні товариства» була викладена в новій редакції (хоча вона набрала чинності з 01.05.2016, тобто після прийняття спостережною радою АТ "Чортківський завод "Агромаш" оспорюваного рішення). Про це зазначається в Загальній частині цього Науково-правового висновку, де такий підхід розібраний як третій варіант. Натомість власне я не можу надати переваги такому вирішенню цієї проблеми.

7. *Чи мали право станом на 08.02.2016 (20.02.2016) члени спостережної ради акціонерного товариства до приведення діяльності та статуту акціонерного товариства у відповідність із вимогами Закону України "Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України" від 27 квітня 2007 року № 997-У та Закону України "Про акціонерні товариства" приймати рішення з питань, що належать до виключної компетенції наглядової ради згідно із статтею 52 Закону України "Про акціонерні товариства" від 17 вересня 2008 року № 514-VI, зокрема, про обрання оцінювача майна товариства, затвердження ринкової вартості майна, про вчинення значних правочинів?*

Якщо взяти за основу міркування про прийнятність *третього варіанту*, позначеного у Загальній частині цього Науково-правового висновку, то спостережна рада не вправі була приймати рішення з питань, що належать до виключної компетенції наглядової ради згідно із статтею 52 Закону України "Про акціонерні товариства" про обрання оцінювача майна товариства, затвердження ринкової вартості майна, про вчинення значних правочинів. Зі сприйняттям *другого варіанту* спостережна рад

була вправі це зробити. Якщо ж ВС вирішить додержуватися першого варіанту, то спостережна рада взагалі була не повноважна приймати будь-які рішення.

8. *Чи мали право станом на 08.02.2016 та 20.02.2016 члени спостережної ради акціонерного товариства до приведення діяльності та статуту акціонерного товариства у відповідність із вимогами Закону України "Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України" від 27 квітня 2007 року № 997-У та Закону України "Про акціонерні товариства" приймати рішення про скликання позачергових загальних зборів акціонерного товариства з позбавленням акціонерів права вносити пропозиції до порядку денного відповідно до частини п'ятої статті 47 Закону України "Про акціонерні товариства" від 17 вересня 2008 року № 514-УІ?*

В ст. 47 Закону України "Про акціонерні товариства" визначається умови, строки і особливості проведення позачергових загальних зборів (у порівнянні з щорічними загальними зборами). Сміслова спрямованість такого регулювання полягає у наданні правового механізму, який би сприяв швидкому прийняттю необхідних для діяльності АТ рішень. Натомість наглядова рада має діяти у межах своїх повноважень і якщо в її членів обмежені повноваження (варіант 3), то немає підстав користуватися цією статтею Закону України "Про акціонерні товариства" для скликання позачергових загальних зборів. Якщо ці повноваження не обмежені, то це робити можна.

9. *Чи слід вважати норми пункту 2 частини першої, абзацу першого частини п'ятої статті 47 Закону України "Про акціонерні товариства", у редакції станом на 08.02.2016 та 20.02.2016, такою, що*

презюмують наявність інтересу акціонерного товариства, якщо позачергові загальні збори акціонерного товариства скликаються наглядовою радою на вимогу виконавчого органу в разі необхідності вчинення значного правочину? Якщо ні, то чи повинна у такому разі наглядова рада мотивувати своє рішення? Чи має суд перевіряти наявність такого інтересу?

Всі органи юридичної особи мають діяти в інтересах юридичної особи. Складаються ситуації, коли цей інтерес вимагає виконання негайних дій і для цього передбачається механізм скликання позачергових загальних зборів. Тобто мотивації при скликанні цих зборів та її доведення при повідомленні акціонерам від наглядової ради не вимагається. Однак саме по собі винесення рішення загальними зборами, безумовно, свідчитиме про те, чи є в АТ інтерес для вчинення значного правочину.

Втім, це питання слід вирішувати, враховуючи відповідь на попередні питання, адже ніякий, навіть вкрай важливий інтерес для АТ, не може слугувати підставою для прийняття рішення про скликання позачергових загальних зборів задля необхідності вчинення значного правочину, якщо спостережна рада має обмежені повноваження (варіант 3).

10. *Як слід розуміти положення частини першої та другої цієї статті 50 Закону України "Про акціонерні товариства" у системному зв'язку з положеннями частини другої статті 4, частини першої статті 5 Господарського процесуального кодексу України у контексті порушення права чи інтересу акціонера та належності такого способу захисту як оскарження рішення наглядової ради з питань затвердження ринкової вартості майна; обрання оцінювача майна товариства; скликання загальних зборів щодо надання згоди на вчинення товариством значних правочинів?*

Позивач звертається до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав або інтересів (ст. 15 ЦКУ, ч.2 ст. 4 ГПК). Підставою для оспорювання рішень органів АТ є порушення ними вимог закону та внутрішньокорпоративних актів АТ (ст. 50 Закону України "Про акціонерні товариства"). Це загальне правило, яке важко екстраполюється в корпоративних правовідносинах до звернень акціонерів за оскарженням рішень органів АТ. Судова практика свідчить, що нею не зайнято однозначну і несуперечливу позицію з цього приводу. Адже часто наявність очевидних і доведених правопорушень при прийнятті органами АТ рішень блокує прийняття судом таких рішень з посиланням на недоведеність того, що воно вплинуло на права акціонера. Єдине, що інколи акціонеру вдається довести (або суду сприйняти), що через прийняття незаконного рішення органу АТ знецінюються його акції.

Разом із тим задля запобігання такого негативного для акціонера наслідку він має можливість вимагати викупу в нього акцій, якщо він голосував проти прийняття загальними зборами рішення про вчинення значного правочину (п.2 ч.1 ст. 68 Закону України "Про акціонерні товариства"). На загальних зборах акціонер міг також висловитися щодо підстав свого голосування проти прийняття такого рішення, а саме – відсутністю в спостережної ради АТ права скликати позачергові збори й інші аргументи, наведені у справі. Крім того, позивачка як акціонер мала право ініціювати включення до порядку денного загальних зборів АТ питання про приведення у відповідність із законом діяльності і статуту АТ "Чортківський завод "Агромаш", чого нею не було зроблено.

Член НРК при ВС проф. І.Спасибо-Фатєєва