

*До спеціалізованої вченої ради Д 11.170.02
в Державній установі «Інститут економіко-
правових досліджень імені В.К. Макутова
Національної академії наук України»*

ВІДГУК

**офіційного опонента на дисертацію
Ніколенка Михайла Олександровича на тему
«Господарсько-правове регулювання корпоративних договорів»,
подану на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук за спеціальністю
12.00.04 – господарське право, господарсько-процесуальне право**

Актуальність обраної теми. У сучасних умовах інтенсивного розвитку як світового, так і вітчизняного корпоративного сектору корпоративні договори забезпечують ефективне функціонування господарських товариств та створюють сприятливі умови співпраці для їх учасників. Корпоративна реформа 2017-2018 рр., в рамках якої відбулося нормативно-правове закріплення корпоративних договорів як засобу диспозитивного регулювання відносин між учасниками господарських товариств, забезпечила їх правове оформлення. Так, із напівлегального інструменту в українській правовій системі корпоративні договори стали новим засобом диспозитивного врегулювання корпоративних відносин, який потребує детального наукового теоретико-практичного осмислення.

Корпоративні договори в Україні фактично подолали шлях від повного їх невизнання судовою практикою до формалізації як ефективного правового засобу, що забезпечує баланс інтересів учасників (акціонерів) товариств з обмеженою відповідальністю (акціонерних товариств). У різні часи зазначений правовий засіб досліджувався представниками, як господарсько-правової, так і цивільно-правової науки, зокрема окремим питанням укладення корпоративних договорів були присвячені праці О. М. Вінник, В. А. Васильєвої, М. М. Сигидин, І. В. Венедиктової та ін. Але слід зазначити, що на дисертаційному рівні проблеми обґрунтування саме господарської природи корпоративного договору, його предмету, суб'єктного складу сторін та особливостей укладення, виконання, зміни та припинення вперше досліджено саме дисертантом.

Суттєве оновлення корпоративного законодавства щодо легалізації корпоративних договорів (прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» № 1984-

VIII від 23.03.2017 та Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» № 2275-VIII від 06.02.2018) актуалізувало господарсько-правові дослідження із зазначеного питання. З одного боку, указаними нормативно-правовими актами було закладено основні положення щодо врегулювання договірних відносин між учасниками товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю та акціонерних товариств, але з іншого, викликало ряд теоретичних та практичних питань, зокрема, хто саме може виступати стороною корпоративного договору, щодо яких питань, що стосуються діяльності товариства, сторони можуть дійти згоди при укладенні такого договору, як відбувається притягнення до відповідальності за порушення його умов та багато інших.

Із недосконалістю та недостатністю нормативно-правового регулювання корпоративних договорів пов'язана існуюча в господарській правовій науці значна прогалина, яка потребує заповнення з тим, щоб розвиток корпоративного законодавства України, корпоративної практики та правозастосовної практики мали відповідне теоретичне підґрунтя.

У дисертації Ніколенка М.О. поставлено та вирішено важливі питання щодо обґрунтування господарсько-правової природи корпоративних договорів, удосконалено положення щодо їх предмету й змісту, суб'єктного складу сторін та системи інтересів, що прямо чи опосередковано впливають на зміст цих договорів; проаналізовано та узагальнено провідний світовий досвід функціонування інституту корпоративних договорів, а також досліджено особливості їх укладення, виконання, зміни та припинення.

Актуальність теми підтверджується також і тим, що робота виконана в Інституті правового забезпечення інноваційного розвитку Національної академії правових наук України в рамках фундаментальної науково-дослідної програми «Дослідження проблем правового забезпечення інвестування інноваційної діяльності» (ДР № 0111U003962), у яких дисертант брав участь як співвиконавець і досліджував господарсько-правове регулювання корпоративних договорів, що дозволило йому обґрунтувати теоретичні положення, зробити наукові узагальнення та внести пропозиції щодо вдосконалення законодавства в частині досліджуваної проблематики.

Новизна результатів наукового дослідження полягає в тому, що дисертація є першим у вітчизняній науці господарського права комплексним дослідженням теоретико-прикладних проблем правового регулювання корпоративних договорів, спрямованим на розв'язання важливої наукової проблеми – обґрунтування господарсько-правової природи корпоративних

договорів як правового засобу регулювання корпоративних відносин; оновлення теоретичних положень та розроблення пропозицій щодо їх правового регулювання.

Загалом заслуговує на увагу проведений дисертантом детальний аналіз системи інтересів у корпоративній сфері, що безпосередньо та опосередковано впливають на зміст корпоративного договору та визначають його завдання та цілі. Слід погодитися і з тим, що на визначення умов корпоративних договорів впливають не лише безпосередні індивідуальні корпоративні інтереси, а й опосередковані інтереси в корпоративному секторі, зокрема, йдеться про інтереси зацікавлених осіб – інвесторів, кредиторів, потенційних учасників господарського договору – та загальний інтерес господарського товариства в ході укладання корпоративних договорів (с. 78, 80-87).

Безумовно, слід підтримати обґрунтування саме господарсько-правової природу корпоративного договору. Це дозволило дисертанту:

- визначити особливий суб'єктний склад корпоративного договору (сторони є учасниками відносин у сфері господарювання);
- довести, що корпоративні договори спрямовані на забезпечення не лише індивідуальних інтересів його сторін, але й господарської діяльності товариства в цілому;
- аргументувати поєднання в корпоративному договорі майнових та організаційних елементів, що впливають із відповідних компонентів корпоративних прав його сторін (с. 96-98, 105-108, 114-115).

Теоретичний інтерес являють також положення дисертації щодо поняття та характеристики сукупності загальних та спеціальних ознак корпоративного договору (с. 108-112) та визначення корпоративного договору як домовленості учасників господарського товариства, що визначає порядок та особливості реалізації їх корпоративних прав або утримання від реалізації та виконання ними обов'язків у ході організації (управління, контролю) діяльності господарського товариства та в разі його реорганізації чи ліквідації з метою досягнення бажаних правових та економічних результатів (с. 20, 179-180).

Серед найбільш вагомих елементів наукової новизни можна виділити, зокрема:

- положення про те, що предмет корпоративного договору характеризується поєднанням обов'язкового організаційного та майнового як факультативного компонентів. Обов'язковим елементом предмету корпоративного договору є дії організаційного характеру, які опосередковує корпоративний договір, щодо прав та обов'язків учасників товариства.

Майновий характер корпоративного договору може бути виражений у зв'язку з реалізацією певних майнових корпоративних прав, але він має факультативний характер і не пов'язаний з безпосереднім відчуженням корпоративних прав (с. 19);

– обґрунтування конвергентної моделі корпоративних договорів на основі поєднання в ній ознак первісної (англосаксонської) та похідної (континентальної) моделей (с. 20);

– обґрунтування господарсько-правового характеру відповідальності за порушення умов корпоративного договору, що має передбачати застосування до правопорушників господарських санкцій (відшкодування збитків, штрафні санкції компенсаційні виплати, загальні та спеціальні оперативно-господарські санкції) (с. 20);

– положення про виключність права учасників товариства бути стороною корпоративного договору та обґрунтування неможливості визнання його стороною: (а) зацікавлених осіб (кредиторів, потенційних учасників); (б) представника за безвідкличною довіреністю; (в) номінального держателя цінних паперів і довірчого управителя цінними паперами; (г) самого господарського товариства, за винятком випадків набуття ним частки; (г) засновників товариства, до моменту його реєстрації та набуття ними статусу учасника (с. 22);

– визначення предмета корпоративних договорів як дій щодо порядку та особливостей реалізації корпоративних прав та/або виконання обов'язків учасників товариства у ході організації та припинення діяльності товариства, а також бездіяльність у формі утримання від реалізації корпоративних прав (с. 21).

У роботі містяться й інші положення, які, зважаючи на актуальність проблематики дослідження та її недостатню розробленість в теорії господарського права, можуть бути використані для подальших наукових розвідок.

Обґрунтованість і достовірність результатів дослідження.

Сформульовані теоретичні положення, висновки та пропозиції одержані автором у результаті вивчення та аналізу 194 вітчизняних та іноземних наукових і нормативно-правових джерел, матеріалів судової практики, яких загалом достатньо для вирішення поставлених дисертантом завдань та досягнення визначеної ним мети дослідження.

Основні положення дисертації, висновки та практичні рекомендації обговорювалися і були схвалені на засіданнях вченої ради НДІ правового

забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України. Окремі положення дисертації Ніколенка М. О. пройшли апробацію на 5 міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференціях, та круглих столах.

Основні положення та результати дисертації Ніколенка М. О. викладено у 6 статтях, опублікованих у наукових фахових виданнях, з яких 1 – у зарубіжному науковому виданні.

Зауваження за змістом дисертації.

Підтвердженням належного теоретичного рівня дисертації Ніколенка М. О. є наявність в роботі висновків теоретичного характеру, що можуть бути підґрунтям подальшої наукової дискусії, та окремих положень, що потребують уточнення.

1. В дисертації обґрунтована конвергентна модель корпоративних договорів на основі поєднання досліджених автором ознак первісної (англосаксонської) та похідної (континентальної). Конвергентна модель, поєднуючи первісну та похідну, адаптує їх до історичних економіко-правових особливостей правової системи відповідної країни (с. 3, с. 4 автореф.). Прогнозуючи розвиток інституту корпоративних договорів в Україні, автор зазначає, що «континентальний за формою цей інститут буде все ж таки переважно англо-американським за змістом» (с. 64).

У зв'язку з цим доцільно уточнити, що розуміється під «континентальністю» форми, адже українському законодавству відомі дві форми – усна і письмова. Автор звертає увагу на те, що «в англо-американській правовій сім'ї корпоративний договір є правовим засобом регулювання відносин між акціонерами та менеджером. Водночас для вітчизняної конвергентної моделі роль корпоративного договору як регулятора спрямована насамперед на узгодження управлінського впливу між учасниками товариства та попередження корпоративних конфліктів між ними» (с. 64). Тому, якщо погодитися із «англо-американським змістом», вітчизняна конвергентна модель корпоративного договору повинна передбачати і систему стримувань і протипаг (на зразок таких у корпоративному праві США), що запобігала б зловживанню учасниками корпоративних відносин своїми правами¹. Зокрема, слід відповісти на питання, чи можливо узгодити винятково в рамках диспозитивного регулювання корпоративних договорів інтереси учасників товариства і інших осіб, які є носіями «інтересів в корпоративній сфері» (с. 9 автореф.), в першу

¹ Зокрема, «дзеркальним» відображенням похідного позову, метою якого є відповідальність посадових осіб корпорації за її збитки, в англо-американському праві є позов про відповідальність учасників по боргах товариства, що дозволяє попереджати зловживання правом на подання похідного позову.

чергу, самого товариства, його органів та посадових осіб, які не можуть бути стороною такого договору. В дисертації сформульовано положення про те, що «на формування умов корпоративного договору впливають не тільки безпосередні індивідуальні корпоративні інтереси його сторін, а й опосередковані інтереси в корпоративному секторі, носієм яких є зацікавлені особи» (с. 9 автореф.). Логічно було б обґрунтувати хоча б нормативні засади, які б забезпечували реалізацію інтересів цих осіб у корпоративній сфері.

2. Автором надану правову характеристику корпоративного договору як багатостороннього, консенсуального та безвідплатного в частині його визначення як поіменованого та такого, що не має ознак *фідучіарності й акцесорності* (с. 186, с. 6 автореф.). Дисертант звертає увагу в роботі на те, що фідучіарність та акцесорність як ознаки корпоративного договору в науковій літературі оцінюються по-різному, і наводить власні аргументи *contra*. На наш погляд авторські аргументи недостатньо переконливі.

Щодо акцесорності, то, як уявляється, в принципі про неї можна говорити лише щодо явищ одного ряду – в даному випадку договорів. Сам автор вірно стверджує: «у вітчизняній правовій системі доцільно говорити про статут та корпоративний договір як різні паралельні правові засоби регулювання різних аспектів відносин у господарському товаристві, з різними цілями та функціями, що не дублюють одна одну, інакше інститут корпоративного договору не мав би сенсу» (с. 112). Разом з тим, свого часу Г.Ф. Шершеневич наголошував на тому, що акціонерний статут – це договір приватних осіб. Американська правова доктрина (причому корені такої позиції знаходяться у відповідному рішенні Верховного Суду США в одній із справ) розглядає статут корпорації як договір, що діє: між штатом та корпорацією, між корпорацією та акціонерами, між акціонерами. Водночас, у вітчизняному законодавстві та судовій практиці, як відомо, статут товариства договором не визнається².

Відповідно розглядати корпоративний договір в аспекті «основне-акцесорне» (зобов'язання) в принципі навряд чи виправдано.

В роботі зазначається, що сторонам корпоративного договору *юридично байдуже* з ким його укласти, особисті характеристики особи учасника не

² Статут не є одностороннім правочином, оскільки затверджується (змінюється) загальними зборами учасників (засновників, акціонерів), які не є ні суб'єктом права, ні органом, який здійснює представництво товариства. Не є статут і договором, тому що затверджується (змінюється) не за домовленістю всіх учасників (засновників, акціонерів) товариства, а більшістю голосів акціонерів чи простою більшістю голосів учасників товариства (див., наприклад, п. 14 постанови Пленуму ВСУ від 24.10. 2008 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів»); «статут є локальним нормативним актом, а не правочином, тому до нього не можуть застосовуватися положення статей 203 та 215 ЦК України, які визначають підстави недійсності правочину» (п. 5.3 постанови пленуму ВГСУ від 25.02. 2016 р. № 4 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин»).

мають значення, достатньо, що він є учасником цього товариства та, скоординувавши спільні дії, можна досягти основної мети учасника товариства – оптимізації управлінського впливу та збільшення прибутків (с. 13).

На наш погляд, це доволі спірний аргумент. Але навіть, якщо стати на таку точку зору, то доцільно було б пояснити, яке значення для нормативно-правового регулювання корпоративних договорів та правозастосовної практики матиме висновок про відсутність фідуціарності.

3. Заслуговують на увагу положення дисертації про порядок укладання, виконання та припинення корпоративного договору.

Зокрема, автор зазначає, що можливість реалізації права нового учасника товариства стати стороною корпоративного договору може бути реалізована шляхом (а) укладення договору про приєднання до корпоративного договору або (б) направлення на ім'я всіх сторін договору заяв (листів) у довільній формі про бажання приєднатися до корпоративного договору, така пропозиція має бути акцептована всіма учасниками – сторонами укладеного корпоративного договору (с. 162, с. 13 автореф.). Такий порядок розглядається в дисертації крізь призму ст. 634 ЦК, а точніше – частини першої цієї статті. Водночас норма ч. 1 ст. 634 ЦК перебуває у системно-логічному зв'язку не лише із другою та третьою частиною цієї статті, але й нормами ст. 633 ЦК про публічні договори (в абсолютній більшості випадків). Господарський кодекс також містить норми про договори приєднання та публічні зобов'язання, але, так само, як і зазначені норми ЦК, вони, на наш погляд, загалом мало (або лише частково) придатні для регулювання корпоративних договорів. Це стосується і неможливості приєднатися до корпоративного договору у судовому порядку за позовом нового учасника (як, власне, і сам корпоративний договір навряд чи можливо укласти в такий спосіб). Законом «Про акціонерні товариства» та Законом «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» обов'язковість укладення такого договору не передбачена, отже, праву учасника на його укладення не кореспондує обов'язок іншого учасника. Питання ж про те, чи може бути захищений в судовому порядку законний інтерес учасника на укладення корпоративного договору, залишається відкритим.

4. Однією з найбільш складних і недостатньо досліджених в теорії господарського права є проблема відповідальності в організаційно-

господарських відносинах³. Тому, безумовно, заслуговує на схвалення звернення автора до питань відповідальності у корпоративних договорах.

В роботі сформульовано положення про те, що систему заходів відповідальності формують обмеження матеріального (відшкодування збитків, штрафні санкції, компенсаційні виплати) та/або нематеріального (загальні та спеціальні оперативно-господарські санкції) характеру (с. 4, 12-13 автореф.).

На думку автора, застосування заходів відповідальності матеріального характеру (відшкодування збитків, штрафні санкції та виплата компенсації) ефективне при порушенні умов корпоративного договору, що впливають із майнової складової корпоративних прав, тоді як нематеріальні заходи відповідальності (оперативно-господарські санкції загального та спеціального характеру) є більш ефективними при порушенні умов, що впливають з організаційної компоненти корпоративних прав учасників товариства (с. 188). У зв'язку з цим слід уточнити таке.

За авторським визначенням, майновий компонент у корпоративному договорі є факультативним (с. 20, с. 10 автореф.), тобто він *може* бути частиною предмету договору, але не обов'язково. І якщо в корпоративному договорі майнового елемента немає, то, за висновком автора, відшкодування збитків, штрафні санкції та виплата компенсації не застосовуються за порушення умов корпоративного договору організаційного характеру. Таке обмеження кола заходів відповідальності в організаційних зобов'язаннях не тільки не узгоджується із нормою ч. 7 ст. 26¹ Закону «Про акціонерні товариства», але й, як уявляється, невиправдане практично.

5. Спираючись на світову практику, автором пропонується застосування у корпоративних договорах спеціальних оперативно-господарських санкцій: позбавлення права голосу на загальних зборах на визначений час; позбавлення права отримання дивідендів (прибутку) за визначений період, обов'язок щодо купівлі/продажу частки іншого учасника. З огляду на те, що такі заходи можуть істотно обмежувати корпоративні права сторін договору, автором сформульовано принципи, за умови дотримання яких можливе застосування таких санкцій як попередня згода сторін щодо обмеження своїх прав; співмірність із наслідком порушення стороною умов договору; чітко визначений строк (с. 173-176, с. 16 автореф.). Прогнозуючи можливі складнощі правозастосовного характеру, автор абсолютно слушно наголошує на тому, що однією з головних проблем, що перешкоджають широкому застосуванню

³ До цієї проблематики зверталися О.П. Віхров в монографії «Організаційно-господарські правовідносини» (2008 р.), О.А. Заярний «Відповідальність в організаційно-господарських відносинах» (дис... канд. юрид. наук, 2011 р.)

корпоративних договорів, є відсутність судової практики. Проте, як це вбачається із роботи, дисертант не схиляється до того, що необхідним є законодавче регулювання таких оперативних санкцій та підстав, за якими такі умови корпоративних договорів можуть визнаватися недійсними. На наш погляд, покладатися в цьому питанні лише на досвід країн загального права з їх традицією судового прецеденту, яким може бути заповнена будь-яка правова лакуна, не можна, тим більше, що і вітчизняна модель корпоративних договорів є конвергентна (лише), за визначенням автора.

Правові наслідки, які породжуються корпоративним договором, не обмежується набуттям додаткових можливостей для групи осіб – сторін договору у сфері корпоративного управління та контролю, реалізації права власності на частки (акції). Виконання корпоративного договору може негативно впливати безпосередньо на діяльність товариства, стабільність управління поточною діяльністю товариства, наявність кворуму при прийнятті рішень загальними зборами товариства тощо. Корпоративний договір може бути використаний як інструмент грінмейлу, а оптимістична авторська теза про те, що учасники товариства завжди діють в інтересах товариства, підтверджується далеко не завжди, про що свідчить вітчизняна практика. І сам автор вказує на те, що сам «факт укладення корпоративного договору значно підвищує ризик концентрації корпоративного контролю, що може негативно вплинути на захист інтересів непрофесійних інвесторів, міноритарних акціонерів та самого товариства» (с. 165).

Додатково слід аргументувати також, яким чином загальні норми статей 235-237 ГК, які загалом розраховані на майново-господарські зобов'язання, можуть застосовуватися і до організаційних відносин, які виникають на підставі корпоративного договору.

Загальний висновок по дисертації.

Висловлені зауваження не знижують загальної позитивної оцінки роботи, з огляду на нерозвиненість в законодавстві України та корпоративній діловій практиці інституту корпоративних договорів.

Дисертація Ніколенка М.О. є завершеною науковою працею, що виконана на належному науково-теоретичному рівні та заслуговує на високу оцінку.

Дисертація містить нові наукові положення та обґрунтовані результати, що розв'язують важливу як для науки господарського права, так і правозастосування, наукову проблему: обґрунтування господарсько-правової природи корпоративних договорів як правового засобу регулювання корпоративних відносин; оновлення теоретичних положень та розроблення

пропозицій щодо подальшого вдосконалення правового врегулювання відносин, які виникають на підставі корпоративних договорів. Зміст автореферату дисертації відповідає основним науковим положенням, сформульованим в дисертації.

Оформлення дисертації Ніколенка М. О. та автореферату відповідає вимогам, встановленим МОН України.

Публікації у достатній кількості розміщено у виданнях, визначених МОН України для оприлюднення положень дисертації, їх зміст відображає основні наукові результати дисертації.

Дослідження Ніколенка М. О. «Господарсько-правове регулювання корпоративних договорів» відповідає спеціальності 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право.

Викладене вище дозволяє зробити висновок про те, що за своїм змістом та науковою новизною кандидатська дисертація Ніколенка М. О. «Господарсько-правове регулювання корпоративних договорів» відповідає вимогам пунктів 9,10 Порядку присудження наукових ступенів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24.07.2013 року № 567, а її автор – Ніколенко Михайло Олександрович заслуговує на присудження йому наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право (081 - право).

Офіційний опонент:

**доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету
імені Василя Стуса**

 **О. А. Беляневич**

Підпис д.ю.н., проф. Беляневич О.А. засвідчую:

