

Міністерство освіти і науки України  
ДВНЗ «Прикарпатський національний  
університет імені Василя Стефаника»

Юридичний інститут

Міжнародний журнал  
Право і суспільство

International Journal  
Law & Society

**Журнал засновано**  
у 2014 році

**Видається**  
двічі на рік

**Випуск 5**

**Івано-Франківськ - 2017**

**ISSN 2410-4787**

**Свідоцтво**

про державну реєстрацію КВ 20893-10623 Р  
від 21 липня 2014 року

**Головний редактор:**

Васильєва В.А.,  
доктор юридичних наук, професор

**Відповідальний секретар:**

Кобецька Н.Р.,  
кандидат юридичних наук, професор

**М68 Міжнародний журнал «Право і суспільство» [текст]:**  
за ред. д-ра юрид. наук, проф. Васильєвої В.А. - Випуск 5. –  
Івано-Франківськ: Фоліант, 2017. - 186 с.

Випуск підготовлено за матеріалами Міжнародної науково-практичної конференції, організованої Лабораторією проблем корпоративного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г.Бурчака НАПрН України спільно з навчально-науковим юридичним інститутом ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника» (м.Івано-Франківськ, 30 вересня - 1 жовтня 2016 р.) Висвітлюються результати наукових досліджень порівняльно-правової характеристики корпоративного права України та інших європейських країн. Для студентів, слухачів, курсантів юридичних факультетів, науковців, практичних працівників та всіх зацікавлених осіб

**Адреса редакційної колегії:**

76018, м. Івано-Франківськ, вул. Шевченка, 44а

Тел.: (0342) 59-61-33

E-mail: lawdept@pu.if.ua

© Навчально-науковий юридичний інститут ДВНЗ  
«Прикарпатський національний університет імені Василя  
Стефаника», 2017  
© Фоліант, 2017

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

- Andrzej Herbet, Prof, Dr hab,** Заступник декана Факультету права, канонічного права та адміністрації Католицького університету ім. Павла II (Польща, Люблін)
- Jerzy Malec, Prof, Dr hab,** Ректор Краківської Академії імені А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)
- Mariusz Zalucki, Prof, nadzw, Dr hab,** Голова інституту приватного права Академії А.Ф.Моджевського, завідувач кафедри цивільного права (Польща, Краків)
- Konrad Kohutek, Prof, nadzw, Dr hab,** Завідувач кафедри публічного господарського права Академії А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)
- Jan Widacki, Prof, Dr hab,** Декан факультету права, адміністрації і міжнародних відносин, Директор Інституту кримінального права та кримінології, Завідувач кафедри кримінології, криміналістики і наук про поліцію Академії А.Ф.Моджевського (Польща, Краків)
- Pawel Czubik, Prof, Dr hab,** Член консультативної ради міністерства закордонних справ Республіки Польща, Професор Ягелонського університету (Польща, Краків)
- William Henry De Soto, Associate Professor (доцент),** Професор факультету політичних наук Техаського університету (США, Техас)
- Nilufer Oral, Prof,** Голова академії екологічного права МСОП, Професор юридичного факультету Стамбульського університету (Туреччина, Стамбул)
- Jamie Benidickson, Prof,** Директор академії екологічного права МСОП, Професор юридичного факультету університету Оттави (Канада, Оттава)
- George Tumanishvili, Prof,** Декан факультету права державного університету Ілії (Грузія, Тбілісі)
- Зорин Георгий Алексеевич, проф., д.ю.н.,** Завідувач кафедри кримінального процесу і криміналістики Гродненського державного університету ім. Янки Купали (Білорусь, Гродно)
- Ларина Ольга Григорьевна, проф., д.ю.н.,** Професор кафедри теорії держави і права Північно-Західного державного університету (Російська Федерація, Курськ)

**Сильченко Николай Владимирович, проф., д.ю.н.,** Декан юридичного факультету Гродненського державного університету ім. Янки Купали (Білорусь, Гродно)

**Ташбекова Ирина Юрьевна, проф., д.ю.н.,** Завідувач кафедри адміністративного і фінансового права Північно-Західного державного університету (Російська Федерація, Курськ)

**Чучаев Александр Иванович, проф., д.ю.н.,** Професор кафедри кримінального права Московської державної юридичної академії, почесний професор Університету Тихоокеанського узбережжя, дійсний член Академії соціальних наук (Росія, Москва)

**Адамович Сергій Васильович, проф., д.і.н.,** Професор кафедри теорії та історії держави і права Юридичного інституту ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)

**Борисов Вячеслав Іванович, проф., д.ю.н.,** Професор кафедри кримінального права Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого, акад. НАПрН України, академік-секретар відділу кримінально-правових наук НАПрНУ (Україна, Харків)

**Васильєва Валентина Антонівна, проф., д.ю.н.,** Заслужений юрист України, Директор Юридичного інституту, Завідувач кафедри цивільного права ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)

**Кобецька Надія Романівна, проф., к.ю.н.,** Завідувач кафедри трудового, екологічного та аграрного права ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)

**Крупчан Олександр Дмитрович, проф., д.ю.н.,** Заслужений юрист України, академік НАПрН України, Директор НДІ ПП ім. Ф.Г.Бурчака (Україна, Київ)

**Луць Володимир Васильович, проф., д.ю.н.,** академік НАПрН України, Голова спеціалізованої Ради НДІ ПП ім. Ф.Г.Бурчака (Україна, Київ)

**Фріс Павло Львович, проф., д.ю.н.,** Заслужений діяч науки і техніки України, Завідувач кафедри кримінального права Юридичного інституту ПНУ ім. В. Стефаника (Україна, Івано-Франківськ)

**Беляневич О.А.**

*завідувач відділу правового  
забезпечення ринкової  
економіки НДІ приватного  
права і підприємництва  
імені акад. Ф.Г. Бурчака  
НАПрН України, доктор  
юридичних наук, професор*

**Belianevych O. A.**

*Doctor of Law, Professor, the  
Head of department of legal  
support for market economy  
Institute of Private Law and  
Entrepreneurship named after  
academician F. G. Burchak of  
the National Academy of Legal  
Sciences of Ukraine*

## **ПИТАННЯ ПРАВОНАСТУПНИЦТВА ПРИ РЕОРГАНІЗАЦІЇ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ ШЛЯХОМ ЗЛИТТЯ**

УДК 346.21+ 347.191.6

Адекватне правове регулювання реорганізації суб'єктів господарювання і зокрема, господарських товариств як найбільш поширеної організаційно-правової форм здійснення підприємницької діяльності в Україні є важливим елементом правового забезпечення господарської діяльності в Україні та стабільності господарського обороту. Цивільний кодекс України (далі – ЦК) містить загальні норми про припинення юридичних осіб, але не визначає момент виникнення правонаступництва. Зміст ст. 59 Господарського кодексу України (далі – ГК) про припинення суб'єкта господарювання на цей час практично вихолощений Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедури державної реєстрації припинення підприємницької діяльності фізичних осіб-підприємців за заявницьким принципом» від 13.05.2014 р. і зазначена стаття не несе будь-якого регулятивного навантаження, оскільки містить лише відсильну норму про те, що припинення суб'єкта господарювання здійснюється відповідно до закону. Особливості припинення господарських товариств шляхом реорганізації господарських товариств врегульовано частково. Стаття 19 Закону «Про господарські товариства» встановлює, що припинення товариства здійснюється в порядку, встановленому законом. Закон «Про акціонерні товариства» містить спеціальні норми щодо порядку припинення акціонерних товариств (шляхом злиття, приєднання, поділу, перетворення) або в результаті ліквідації, але також не визначає момент виникнення правонаступництва новоствореної особи при припиненні товариства без його ліквідації.

Відповідно до ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Європейськими співтовариствами і Україною законодавство про компанії є тією сферою, у якій повинна бути забезпечена приблизна адекватність законів України законодавству ЄС. У законодавстві ЄС розрізняються такі види реорганізації, як злиття шляхом придбання та злиття шляхом створення нового товариства. Аналогом останньому в українському законодавстві є злиття. Відповідно до ст. 4 Директиви 2011/35/ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 5 квітня 2011 року про злиття публічних компаній, «злиття шляхом створення нового товариства» означає процедуру, коли декілька товариств припиняють своє існування без процедури ліквідації та передають усі свої активи та пасиви до товариства, яке вони засновують, в обмін на випуск акцій нового товариства для своїх акціонерів та, якщо такі є, грошові виплати, які не можуть перевищувати 10% від номінальної вартості випущених у такий спосіб акцій, а за відсутності номінальної вартості – їхньої облікової вартості. Пунктом (7) преамбули Директиви 2011/35/ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 05. 04. 2011 р. про злиття публічних компаній визначено, що захист кредиторів і зокрема власників боргових зобов'язань та осіб, які мають інші вимоги до компаній, що зливаються, необхідно захищати, щоб злиття таким чином не мало негативного впливу на їх інтереси. Цей принцип зафіксований і в Третій директиві про Ради 78/855/ЄЕС від 09.10. 1978 р. злиття акціонерних товариств, що базується на статті 54 (3) (g) Договору.

Стаття 13 Директиви 2011/35/ЄС покладає на законодавство держав-членів забезпечення адекватної системи захисту інтересів кредиторів товариств, що зливаються, чий вимоги передують публікації попередніх умов злиття і не були задоволені на момент такої публікації. Кредитори мають право на отримання адекватних гарантій, якщо фінансовий стан товариств, що зливаються, робить необхідним такий захист і якщо такі кредитори не завжди вже мають такі гарантії. У будь-якому разі держави-члени гарантують, що кредитори мають право звернутись до відповідного адміністративного чи судового органу для отримання відповідних гарантій, за умови, коли вони можуть достовірно продемонструвати, що в результаті злиття існує загроза їх вимогам та від товариства не було отримано жодних адекватних гарантій у цьому питанні.

Отже, визначення в українському законодавстві моменту правонаступництва за зобов'язаннями суб'єктів, що припиняються шляхом злиття, слід розглядати під кутом зору гарантій прав їх кредиторів. При цьому в законодавстві має бути закріплено загальну норму, яка б визна-

чала момент виникнення правонаступництва незалежно від організаційно-правової форми суб'єкта господарювання.

Теоретичні проблеми припинення господарських товариств шляхом реорганізації досліджували Дяченко С. В., Нецька Л. С., Рябота В. В., Щербакова Н. В., Юркевич Ю. М., Шевченко Н. І., але питання визначення моменту виникнення правонаступництва при реорганізації, і зокрема шляхом злиття господарських товариств, юридичної природи основних документів, що її опосередковують, залишаються дискусійними. Про це свідчить й правозастосовна практика. З огляду на викладене, у цій статті увага буде зосереджена на обґрунтуванні моменту виникнення правонаступництва при злитті, а також з'ясуванні природи передавального акту та його значення для реорганізаційних відносин.

Як впливає із норм 1 ст. 56 ГК, ч. 1 ст. 104 ЦК правовий інститут реорганізації регулює відносини, одночасно пов'язані із (1) припиненням тих юридичних осіб, що існують, та (2) створенням нових господарських організацій – учасників господарського обороту ( правонаступників).

Ми поділяємо думку про реорганізацію як про *сукупність юридично значущих дій та прийняття юридичних актів*, а не єдиний правочин [1, с. 27-28]. Відповідно реорганізація шляхом злиття може бути визначена як сукупність юридично значущих дій та прийняття юридичних актів, які спрямовані на припинення декількох суб'єктів господарювання та створення на їх базі нового, і характеризується переходом усіх прав та обов'язків суб'єктів, що реорганізуються, у порядку універсального правонаступництва до нового суб'єкта господарювання. Тобто *обов'язковою умовою реорганізації юридичної особи шляхом злиття є універсальне правонаступництво за її зобов'язаннями*. Разом з тим, методологічно правильно і важливо розрізнити правонаступництво та реорганізацію як явища, що мають різну правову природу.

Правонаступництво відображає зміну суб'єктного складу у господарських правовідносинах, змістом яких є відповідні права та обов'язки, на підставі певного юридичного факту або юридичного складу (прийняття рішення про реорганізацію, затвердження передавального акту). Саме зміна суб'єктного складу зумовлює перехід до нового суб'єкта прав та обов'язків юридичної особи, що реорганізується. При переході суб'єктивного права від праводавця до правонаступника відбувається заміна активного суб'єкта у правовідношенні; при переході цивільно-правового обов'язку від первісного боржника до його наступника має місце зміна пасивного суб'єкта правовідношення. І в тому, і в іншому випадку основна юридична характеристика права чи обов'язку, що переходять, залишається незмінною [2, с. 311].

При універсальному правонаступництві майно особи як сукупність прав та обов'язків, що належать їй, переходить до правонаступника як єдине ціле, причому в цій сукупності єдиним актом переходять всі окремі права та обов'язки, що належали на момент правонаступництва праводавцю, незалежно від того, виявлені вони на цей момент чи ні. При універсальному правонаступництві, зважаючи на відсутність повної визначеності у складі майна, правонаступник спрямовує свою волю не на набуття окремих прав або обов'язків, а на набуття усієї їх сукупності. У результаті він вступає навіть у такі правовідносини, про існування яких міг не знати [2, с. 322].

*Отже, універсальне правонаступництво при злитті можна визначити як зміну суб'єктного складу правовідношення в силу закону, внаслідок чого усі права та обов'язки правонаступників переходять до правонаступника.*

Слід підкреслити, що злиття суб'єктів господарювання має свою економічну сутність та призначення (об'єднання капіталів та укрупнення бізнесу) і розглядається законодавцем як вид економічної концентрації, що є об'єктом державного контролю з боку органів Антимонопольного комітету України з метою запобігання монополізації товарних ринків, зловживання монополічним (домінуючим) становищем, обмеження конкуренції (ст. 22 Закону «Про захист економічної конкуренції»).

З огляду на це слід розрізняти власне злиття як вид реорганізації, в основі якої знаходиться фактична передача майна та об'єднання майна суб'єктів господарювання, та правонаступництво як перехід прав та обов'язків від однієї особи до іншої. Передача цілісних майнових комплексів (сукупності активів) дає фактичну змогу провадити новоствореній юридичній особі відповідну господарську діяльність. При цьому особа, яка реорганізується шляхом злиття і припиняється як суб'єкт права, продовжує існування та діяльність в особі правонаступника, що є однією з підвалин цивільного обороту і має надзвичайно важливе значення для захисту прав кредиторів особи, яка була реорганізована.

Реорганізаційні правовідносини (злиття, приєднання, поділу, перетворення) виникають, розвиваються, припиняються на основі сукупності юридичних фактів (юридичного складу) і мають таку динаміку:

- 1) прийняття засновниками (учасниками) юридичних осіб або уповноваженим державним органом рішення про злиття;
- 2) діяльність спеціально створеного органу – комісії з припинення (та /або утворення нового товариства);
- 3) державна реєстрація в Єдиному державному реєстрі новоутвореної юридичної особи та державна реєстрація припинення юридичної



особи – правопередника (правопередників). При цьому державна реєстрація новоутвореної особи та державна реєстрація особи, що припиняється, можуть не збігатися в часі.

Відповідно до ч. 3 ст. 4 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» у разі злиття юридичних осіб здійснюється державна реєстрація новоутвореної юридичної особи та державна реєстрація припинення юридичних осіб, що припиняються в результаті злиття. Припинення вважається завершеним з дати державної реєстрації припинення юридичних осіб, що припиняються в результаті злиття (аналогічна норма міститься в ч. 6 ст. 80 Закону «Про акціонерні товариства»). Отже, цими нормами визначається винятково момент припинення реорганізаційних відносин при злитті, і вони не регулюють відносини універсального правонаступництва.

Перехід прав та обов'язків при універсальному правонаступництві підлягає обов'язковій документальній фіксації. Відповідно складання і затвердження комісією з припинення (та /або утворення нового товариства) передавального акту в динаміці реорганізаційних відносин є *юридичним фактом як елементом юридичного складу*, необхідного для легітимації новоствореного суб'єкта господарювання.

Відповідно до ч. 2 ст. 107 ЦК (в редакції Закону від 26.11.2015 р.) після закінчення строку для пред'явлення вимог кредиторами та задоволення чи відхилення цих вимог комісія з припинення юридичної особи складає:

- 1) передавальний акт (у разі злиття, приєднання або перетворення) або
- 2) розподільчий баланс (у разі поділу), який має містити положення про правонаступництво щодо майна, прав та обов'язків юридичної особи, що припиняється шляхом поділу, стосовно всіх її кредиторів та боржників, включаючи зобов'язання, які оспорується сторонами.

За буквального тлумаченням норми ч. 2 ст. 107 ЦК тільки при поділі як виді реорганізації усі права та обов'язки суб'єкта господарювання, який припиняється, переходять за розподільчим балансом у відповідних частках до кожного з нових суб'єктів господарювання, що утворені внаслідок цього поділу. На відміну від чинної, у попередній редакції ч. 2 ст. 107 ЦК, що діяла до внесення змін до ЦК Законом від 26.11.2015 р. «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» та деяких інших законодавчих актів України щодо децентралізації повноважень з державної реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», мі-

стилося слово «які» (тобто і для передавального акта, і для розподільного балансу встановлювалися однакові вимоги). Разом з цим, розуміння норми ч. 2 ст. 107 ЦК та її системне тлумачення в сукупності із поняттям універсального правонаступництва дають підстави стверджувати, що зазначення положення щодо правонаступництва в передавальному акті при злитті, приєднанні або перетворенні є зайвим. Внесення змін до ЦК у цій частині лише підтверджує, що встановлення вимоги включати положення щодо правонаступництва і до передавального акта, і до розподільного балансу є помилковим.

Отже, на цей час лише при реорганізації суб'єкта господарювання шляхом поділу в розподільному балансі визначається правонаступництво. Внаслідок же злиття, приєднання або перетворення правонаступником завжди буде *одна* особа, будь-який розподіл прав та обов'язків при таких видах реорганізації неможливий. Тому передавальний акт, що складається при злитті, приєднанні, перетворенні, слугує документальним закріпленням універсального правонаступництва.

У частині 3 ст. 107 ЦК містяться однакові вимоги щодо форми передавального акту та розподільного балансу: вони повинні бути затверджені учасниками юридичної особи або органом, який прийняв рішення про її припинення, крім випадків, встановлених законом.

Абзацом 2 ч. 3 ст. 107 ЦК в редакції, яка діяла до внесення змін до ЦК Законом «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» та деяких інших законодавчих актів України щодо децентралізації повноважень з державної реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» від 26.11.2015 р. було встановлено, що підписані головою і членами комісії з припинення юридичної особи та затверджені учасниками юридичної особи або органом, який прийняв рішення про припинення юридичної особи, примірники передавального акта та розподільного балансу передаються в орган, який здійснює державну реєстрацію юридичної особи, що припиняється, за місцем її державної реєстрації, а також в орган, який здійснює державну реєстрацію юридичної особи – правонаступника, за місцем її державної реєстрації. Порушення положень частин другої та третьої цієї статті є підставою для відмови у внесенні до єдиного державного реєстру запису про припинення юридичної особи та державній реєстрації створюваних юридичних осіб – правонаступників (ч. 4 ст. 107 ЦК).

У пункті 12 ч. 1 ст. 15 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» міститься

відсильна норма про те, що передавальний акт (у разі злиття, приєднання, перетворення) юридичної особи повинні відповідати вимогам, встановленим законом. Отже, на цей час вимоги щодо передавального акту встановлені ст. 107 ЦК і стосуються лише його форми (затвердження акту учасниками юридичної особи або органом, який прийняв рішення про її припинення, крім випадків, встановлених законом).

Слід зазначити, що ст. 37 ЦК УРСР 1963 р. було встановлено, що майно юридичної особи (її права і обов'язки) переходять до нововиниклої особи в день підписання передаточного балансу, якщо інше не передбачене законом або постановою про реорганізацію. Отже, ЦК УРСР 1963 р. надавав передавальному акту значення юридичного факту, з яким пов'язується універсальне правонаступництво при реорганізації (злитті, поділі або приєднанні). Чинний Цивільний кодекс України аналогічної норми не містить, і це слід розглядати як законодавчу лакуну.

Аналіз норм статей 106, 107 ЦК, ст. 56-58 ГК, Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» дає підстави стверджувати, що *передавальний акт призначений для забезпечення обліку прав та обов'язків, які передаються при реорганізації, і його затвердження як юридичний факт не має самостійного значення для виникнення універсального правонаступництва.*

Із виникненням реорганізаційних відносин не припиняється поточна господарська діяльність суб'єктів, які припиняються, отже, і виконання ними своїх зобов'язань перед контрагентами. Важливо підкреслити, що *треті особи (кредитори) суб'єкта господарювання, який припиняється шляхом злиття, не є учасниками реорганізаційних відносин.* Права кредиторів особи, що припиняються, визначені ч. 1 ст. 107 ЦК: кредитор може вимагати від такої особи виконання зобов'язань якої не забезпечено, припинення або дострокового виконання зобов'язання, або забезпечення виконання зобов'язання, крім випадків, передбачених законом.

Прикладом законодавчого винятку із загального правила ч. 1 ст. 107 ЦК є норма ч. 8 ст. 2 Закону «Про особливості утворення публічного акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування» від 23.02.2012 р., якою встановлено зокрема, що під час утворення ПАТ «Українська залізниця», формування його статутного капіталу та припинення Державної адміністрації залізничного транспорту України і підприємств залізничного транспорту не застосовуються положення законодавства щодо необхідності одержання згоди кредиторів стосовно заміни боржника у зобов'язанні (переведення боргу), якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана

Верховною Радою України; права кредиторів вимагати у зв'язку з проведенням реорганізації забезпечення виконання зобов'язань, їх дострокового припинення або виконання та відшкодування збитків, неможливості завершення реорганізації до задоволення вимог, заявлених кредиторами (ч. 8 ст. 2 Закону). Законом прямо визначено, що ПАТ «Українська залізниця» є правонаступником усіх прав і обов'язків Державної адміністрації залізничного транспорту України та підприємств залізничного транспорту (ч. 6 ст. 2). Універсальне правонаступництво зафіксовано також у ч. 2 п. 2 статуту Публічного акціонерного товариства «Українська залізниця», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 02.09.2015 р. Водночас зазначеним Законом не передбачено строк для пред'явлення вимог кредиторами. Оприлюднення затвердженого Кабінетом Міністрів України переліку підприємств залізничного транспорту, на базі яких утворюється Товариство, є офіційним повідомленням для кредиторів про припинення таких суб'єктів господарювання (ч. 7 ст. 2). Отже, зазначені норми ч. 6, 7 ст. 2 Закону «Про особливості утворення публічного акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування» повинні слугувати юридичною гарантією прав та інтересів кредиторів, які не можуть з огляду на норми-заборону цього Закону скористатися правовими можливостями, передбаченими ст. 107 ЦК. По суті, права кредиторів підприємств транспорту, що припиняються, у реорганізаційних відносинах зводяться винятково до отримання інформації про припинення таких суб'єктів господарювання, і кредитори не можуть в будь-який спосіб впливати на динаміку реорганізаційних відносин у зв'язку із утворенням ПАТ «Українська залізниця». Момент виникнення універсального правонаступництва ПАТ «Українська залізниця» цим Законом не було визначено. У подальшому, оскільки державну реєстрацію новоствореного ПАТ «Українська залізниця» було здійснено, а державну реєстрацію припинення підприємств транспорту, що припиняються в результаті злиття, не завершено, кредитори цих осіб опинились в ситуації повної правової невизначеності (зокрема, у тому, до якої саме особи може бути заявлений позов – правопередника чи правонаступника ПАТ «Українська залізниця»). Неоднакова судова практика, що склалася, усунути цю невизначеність поки що не змогла.

Викладене свідчить про нагальну потребу законодавчого врегулювання моменту виникнення правонаступництва при реорганізації, і зокрема шляхом злиття. На основі системно-логічного тлумачення законодавства і з урахуванням викладеного вище можна запропонувати наступне обґрунтування відповідної норми.

Юридична особа вважається створеною з дня її державної реєстрації (ч. 4 ст. 87 ЦК). Відповідно до ч. 3 ст. 3 Закону «Про акціонерні товариства» акціонерне товариство може бути створене шляхом заснування або злиття, поділу, виділу чи перетворення підприємницького (підприємницьких) товариства, державного (державних), комунального (комунальних) та інших підприємств у акціонерне товариство; товариство вважається створеним і набуває прав юридичної особи з дати його державної реєстрації в установленому законодавством порядку. Тому після створення нового суб'єкта реорганізаційні відносини щодо припинення тих суб'єктів, на базі яких він утворився шляхом злиття, залишаються винятково його внутрішньогосподарськими відносинами організаційного характеру, і їх подальша динаміка не може і не повинна впливати на права та інтереси кредиторів. Моментом виникнення універсального правонаступництва є дата державної реєстрації новоствореного суб'єкта господарювання (юридичної особи), що забезпечить можливість захисту прав та інтересів кредиторів у відносинах із правонаступником за зобов'язаннями осіб, що реорганізовані без ліквідації і продовжують свою господарську діяльність в особі правонаступника. Відповідно пропонується доповнити ст. 104 ЦК загальною нормою про те, що права й обов'язки юридичної особи, що припиняється, переходять до новоствореної юридичної особи з дня її державної реєстрації, якщо інше не передбачено законом.

1. Shevchenko N.I. *Pravove reguluvannya pripinennya gospodarskih tovaristv shlyahom reorganizatsiyi. Dis... kand. jurid. nauk: 12.00.04 – gospodarske pravo; gospodarsko-protseualne pravo.* - K., KiYivskiy unIversitet prava. – 239 p. [in Ukrainian]

2. Cherepahin B.B. *Pravopremstvo po sovetskomu grazhdanskomu pravu// Trudy po grazhdanskomu pravu.* – M.: Statut, 2001. –p. 307-443.[in Russian]

#### **Беляневич О. А. Питання правонаступництва при реорганізації суб'єкта господарювання шляхом злиття**

У статті досліджено питання виникнення універсального правонаступництва при злитті суб'єктів господарювання, і зокрема господарських товариств. Універсальне правонаступництво як обов'язкова умова реорганізації суб'єкта господарювання шляхом злиття визначається як зміна суб'єктного складу правовідношення в силу закону, внаслідок чого усі права та обов'язки правопередників переходять до правонаступника. Звертається увага на те, що злиття має свою економічну сутність та призначення – об'єднання капіталів та укрупнення бізнесу. З огляду на це пропонується розрізнати власне злиття як вид реорганізації (сукупність юридично значущих дій та прийняття юридичних актів – реорганізаційні правовідносини), в основі якої знаходяться фактична переда-

ча майна та об'єднання майна суб'єктів господарювання, та правонаступництво як перехід прав та обов'язків від однієї особи до іншої, що дозволяє визначити їх часові межі та суб'єктний склад. Звертається увага на те, що кредитори особи, що припиняється, не є учасниками реорганізаційних правовідносин. Досліджено динаміку реорганізаційних відносин. Аргументовано, що складання і затвердження передавального акту є елементом юридичного складу, необхідного для легітимації новоствореного суб'єкта, і не має самостійного значення для визначення моменту виникнення правонаступництва. Обґрунтовується, що моментом виникнення універсального правонаступництва при злитті повинна бути визначена дата державної реєстрації новоствореного товариства, що сприятиме захисту прав та законних інтересів його кредиторів. Після створення нового товариства реорганізаційні відносини щодо припинення тих осіб, на базі яких воно утворилося шляхом злиття, залишаються внутрішньогосподарськими відносинами цього товариства, і від їх подальшої динаміки (в тому числі внесення відповідних записів до державного реєстру про юридичних осіб, що припинилися) не залежить реалізація кредитором свого права вимоги до правонаступника.

**Ключові слова:** злиття, універсальне правонаступництво, реорганізаційні правовідносини, передавальний акт.

**Belianevych O. A. Issues of succession at reorganization of economic businesses by way of merge**

The paper deals with the issues of creation of universal succession at the merger of economic businesses, including companies. Universal succession as compulsory condition of economic businesses' reorganization by way of merger is defined as change of the subject matter of legal relations by operation of law, which results in all rights and obligations of predecessors being transferred to the successor. The attention is drawn to the fact that merger has its economic essence and purpose – pooling of capital and business enlargement. Considering this, it is proposed to distinguish merger as a type of reorganization (a set of legally significant actions and adoption of juridical acts – reorganizational legal relations) based on actual transfer of assets and consolidation of property of economic businesses, and succession as transfer of rights and obligations from one person to another, which allows to define its time limits and subject matter. The attention is drawn to the fact that creditors of a person that is being terminated are not participants of reorganizational legal relations. The dynamics of reorganizational relations has been studied. It is argued that drafting and approval of a transfer act is not an element of legal composition required for legitimation of a newly created subject, and it does not have independent significance for the definition of the moment of succession creation. It is reasoned that the moment of universal succession creation at merger shall be defined as the date of state registration of the newly created company, which would contribute to the protection of rights and legitimate interests of its creditors. After incorporation of a new company, reorganizational relations as to termination of persons on the basis

of which the company was established by way of merger remain internal for this company, and the creditors' realization of their right of demand to successor does not depend on further dynamics of these relations (including making of corresponding entries to the state register on legal persons that have been terminated).

**Key words:** termination of a legal person by way of merger, reorganizational legal relations, universal succession, transfer act.

**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-Фатеева 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. Габов, 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 убезпечити 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 вдалося 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 judgement 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 judgement 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](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](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.



**Wyrzykowski W.**

*PhD in Law, Department of Commercial Law Faculty of Law and  
Administration Silesian University in Katowice*

## **LIABILITY FOR THE DAMAGE HAPPENED ON THE CONSTRUCTION SITE UNDER THE POLISH CIVIL CODE**

### **1. Introduction**

The fulfillment of construction projects is a very complex process, which includes a number of factual and legal issues. There are a lot of different persons participating in this process, i.a. investor, building contractor, designer or subcontractors. According to that it is not difficult to imagine that the number of participating subjects (entities) and complex tasks fulfilled by them will increase the risk of damage, which can occur in a property of the investor or in a property of other parties participating in this process or even in a property of third party. The potential assertion of claims for damages in this cases may spawn a number of legal uncertainties, which concerns the problems to determine a liable subject and also the basis for civil liability. This article presents the most important issues concerning the civil liability for damage happened on the construction site.

### **2. Liability for damage happened on the construction site pursuant to Art. 652 of the Polish Civil Code**

It should be emphasized in the first instance that Poland as one of the few countries in Europe has the separated regulation of the construction works contract. This regulation was located in art. 647 - 658 of the Polish Civil Code [20]. The provision of Art. 647 of the Polish Civil Code includes the legal definition of the construction works contract. Pursuant to this Article a construction works contract is defined as a contract under which the contractor commits to hand over the facility provided for in the contract performed in accordance with the design and technical knowledge, and the investor commits to carry out the actions required by the relevant regulations to prepare the works, especially to hand over the construction site and to deliver the design and to accept the facility and pay the agreed remuneration. In the subsequent provisions were closely stipulated rights and obligations of the parties of this type of contract. Beyond that the different (in reference to general provisions) rule of liability for damage happened on the construction site was directly implemented into Art. 652 of the Polish Civil Code. According to this provision, if the contractor took over the construction site from the investor

МІЖНАРОДНИЙ ЖУРНАЛ «ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО»

based on an acceptance certificate (preparation acceptance document), he is liable on general terms for any damage caused on the site until the facility is handed over. official.

In the case of analysis of this above mentioned provision these circumstances should be firstly marked which do not cast any doubts. The obligation to hand over a construction site has two legal bases: the definition of a construction works contract (Art. 647 of the Polish Civil Code) and also the provisions of the Construction Law Act [21]. In the provision of Art. 3 pt. 10 the Construction Law Act was included the legal definition of the construction site. Under this provision, the construction site is a space in which construction works are carried out and also the space occupied by the machine facilities construction.

Beyond that, it should be noted that in the legal literature [1, p. 455; 2, p. 155; 3, p. 348; 4, p. 94] and jurisprudence [5; 6] is undeniable that the cited provision of Art. 652 of Polish Civil Code does not constitute an independent basis for liability and the reference to the general principles of liability included in this provision is also a reference to the both rules of liability - contractual liability and tort liability. The contractual liability of the contractor may occur, when the damage was caused in the legal sphere of his counterparties (trade partners) and was a result of non-performance or improper performance of contractual duties of the contractor. The legal conditions of this liability shall be specified in accordance with the provisions of art. 471 et seq. of the Polish Civil Code. There are not serious objections to these issues and they will be omitted in the next part of this paper. It should be emphasized that the rules of contractual liability does not change under the content of Art. 652 of the Civil Code, because they may be applied if there was no site preparation acceptance document (acceptance certificate).

On the other hand, as has been mentioned previously, under Art. 652 of the Polish Civil Code contractor is liable not only to persons (entities) with whom he has a legal relationship, but he will be also liable to third parties. To all matters concerning liability to these persons (entities), Art. 652 of the Polish Civil Code refers to the tort liability (liability *ex delicto*). It should be kept in mind that the legal doctrine and judicature point out that the composite regime of tort liability, which is stipulated in 415 et seq. of the Polish Civil Code, will be lead to that the possibility to hold a responsibility by the contractor to third parties requires an adjudication, which of the tort liability rules should be applied in a particular case. The basic rule of tort liability was expressed in Art. 415 of the Polish Civil Code. According to that provision, anyone who by a fault on his part causes damage to another person is obliged to remedy it. Because of that the contractor will be liable for the damage caused

through his fault, unless he is not at fault. It should be indicated that the above mentioned interpretation of Art. 652 of the Polish Civil Code could cast some doubts. First of all, in the Polish legal literature was expressed the view that the essence of the legal principle resulting from Art. 652 of the Polish Civil Code cannot rely only on referral, or indication basis for liability contractor [4, p. 94 and next]. This view of that provision may lead ultimately to the pointlessness. If the provision of Art. 652 of the Polish Civil Code would have the meaning that this provision is only a reference to the general principles, which stipulate in the Civil Code conditions of this type of liability, and the contractor could be held to liability only after the fulfilling of these conditions, this regulation would be a *superfluum*. On the other hand, the principle of liability of the contractor will be the same, regardless of that if it was handover of the construction site from the investor based on an acceptance certificate or not. It should be noted that if there was not a handover of the construction site, the contractor is still liable for damages caused by his wrongful conduct in the construction area under Art. 415 of the Polish Civil Code. For greater clarity of the presented considerations can be instanced some law case. In a situation when the scaffold dropped off and fell to the ground causing damage to third parties as a result of the wrongful act or omission of the contractor works, the contractor will be liable for the harm, regardless of whether it was a handover of the construction site from the investor based on an acceptance certificate or not. Because of that the sense of Art. 652 of the Polish Civil Code cannot be reduced to a reference to general liability regimen. According to that it should be considered whether has the implementation of this provision by the Polish legislator a wider connotation. It should be emphasized that two possibilities can be raised as a *ratio legis* of this provision. The first possibility assumes that the reason for this provision is an attempt to strengthen the legal position of the aggrieved party which essentially is third party. The sense of the second possibility deem that the essence of the implementation of this regulation refers to the relations between the parties of the construction works contract, i.e. between the investor and contractor.

First of all, it should be noted that from the system point of view Art. 652 of the Polish Civil Code has been placed among the provisions regulating the construction works contract. In consequence of that it is more proper to search for the aim of the implementation of this provision in the relations between the parties of construction works contract. In addition, this is suggested also by the situation that is beyond the scope of the Art. 652 of the Polish Civil Code, i.e. when there was no an acceptance certificate (preparation acceptance document) of the construction site, the aggrieved party is also protected by

law. In such situations, there is a possibility to pursuing rights on a general principles. In connection to that *ratio legis* of Art. 652 of the Polish Civil Code should be determined by analysis of the relationship between parties of the construction works contract, especially when there was a handover of the construction site from the investor to contractor based on an acceptance certificate.

It is indicated in the Polish legal literature [7, p. 287, 8; p. 579; 9, p.1115 and next] that the obligation to hand over the construction site, which is the fundamental duty of the investor, does not have a unitary character. Depending on the system of performance construction works, the handover of the construction site may be achieved in a variety way. In the case of contracts of the partial performance of construction works and sub-contracts, it is to make available for contractor only a field of Works and the whole construction site is not transmitted to the possession of the contractor. In these situations the part of area or facility is only made available for the contractor. In the case of the general contractorship of construction works or general performance of construction works a general contractor transfers the whole construction site into possession of the contractor. From this moment the contractor is defined as the host of this area. Hence, we can assume that the rationale of the Art. 652 of the Civil Code is to protect the investor, who loses factual control over this area after taking over the construction site based on acceptance certificate. These deliberations do not explain all arising questions concerning the substance of the provision of Art. 652 of the Polish Civil Code. One of such question is the role of this provision in relation to tort liability of the investor and the contractor for damages caused on the construction site. This is all about answering the question: in which way does Art. 652 of the Polish Civil Code impact on this relation; does Art. 652 of the Polish Code exclude a tort liability of investor and can interpretation of this provision lead to the adoption of joint and several liability of these persons (entities) under Art. 441 of the Polish Civil Code.

### **3. Liability for the collapse of a structure**

Taking above mentioned into consideration and remaining about the fact that the regime of tort liability is not created homogeneous, furthermore the liability of the contractor pursuant to other rules of liability than fault should be also deliberated. It should be noted that this issue was the subject of statements of representatives of the Polish doctrine. However, the analysis mainly relates to the relation between Art. 652 and Art. 434 of the Polish Civil Code. This last provision regulates the liability of an owner-like possessor of a structure for any damage caused by the collapse of this structure. The analysis of presented

in the legal literature opinions leads to the distinction of several basic stances. According to the first stance, since the moment when the contractor took over the construction site from investor based on an acceptance certificate, the contractor should be liable for damage caused in this site, because he becomes the owner-like possessor [10 , p. 60; 11, p. 134].

Subsequently, there is also a standpoint, according to which the contractor is not an owner-like possessor but only a holder since the moment, when he took over the construction site. The contractor is exercising sway in the interest and on behalf of the investor, but his liability for damages on the construction site arises from the Art. 652 of the Civil Code that modifies the personal scope of the provision of Art. 434 of the Civil Code, regardless of the contractor is the possessor or not [4, p. 92 and next; 12 ,p. 532; 2, p. 160]. This view refers to the opinion expressed earlier in the legal literature. Pursuant to that opinion the meaning of Art. 652 of the Polish Civil Code consists in waiving the passive legitimacy of the contractor and mandating the passive legitimacy of investor in these situations, when the Polish law links a liability for a damage caused on the construction area with possession of this area and the structure or links it with a fact that on the construction site were construction works [13, p. 113].

The third point of view assumes that both the investor and the contractor are jointly and severally liable for damages on the construction site. Under opinion of the representative of this view, the joint and several liability of the investor and the contractor is a result of the fact that the investor is still an owner-like possessor, unless the construction site was taken over from him based on an acceptance certificate. This liability do not exclude liability of the contractor under the provision of Art. 652 of the Polish Civil Code and an investor as owner-like possessor will be jointly and severally liable for a damage caused as a result of the collapse of the structure [1, p. 415; 3, p. 348 and next; Compare: 22].

It should be mentioned that in the literature was also expressed the fourth view which assumes that the liability for the damage on the construction is held only by the investor, because he is owner-like possessor of construction site for the whole period of construction, regardless if the contractor took over the construction site based on an acceptance certificate [7, p. 287; 15, p. 45 - 51; 16, p. 43 - 50; Compare: 17, p. 331 - 334]. Presenting the above mentioned opinion, it cannot be assumed that the contractor is liable under Art. 434 of the Civil Code of Poland due to the disposition of Art. 652 of the Civil Code that waives a passive legitimacy of the investor which is regarded as the owner-like possessor and put on this place a passive legitimacy of the contractor. The view that the Polish legislator changed by Art. 652 of the Civil Code a person

(entity) which hold a liability for the damage caused on the construction site, namely, that in Art. 652 of the Civil Code it is all about the statutory assumption of liability for every type of damage, raises serious objections. The similar opinion was already expressed in the Polish legal literature. The problem of determining the person which is liable for the construction or demolition of a structure must be resolved - pursuant to Art. 434 of the Civil Code - on the basis of analysis of the legal relationship that connects the investor and the contractor. As it was indicated it seems reasonable that the resolution of this issue has to be analyzed in accordance with the text of Art. 434 of the Civil Code CC in comparison with Art. 336 of the Polish Civil Code. According to that a contractor will not be covered by the above mentioned risk [18, p. 604].

Furthermore, it should be noted that the proper view is that view according to which the person (entity) liable for the damage caused as a result of the collapse of the structure is only an investor.

Due to the above mentioned circumstances, we cannot share the view that the liability of the contractor results from the fact that the contractor becomes owner-like possessor at the time of taking over the construction site based on an acceptance certificate and his liability does not derive directly from Art. 434 of Civil Code, because the contractor cannot be neither owner-like possessor nor dependent owner. His right can be classified only as right to hold (he is entitled only as a holder). The presented view can be also supported by the statement that if the contractor will be only the owner-like possessor, the disposition of Art. 652 of the Polish Civil Code would be completely pointless. If the contractor was an owner-like possessor since the moment of handover the construction site based on an acceptance certificate, his liability would result directly from Art. 434 of the Civil Code.

On the other hand, we can also defend the view that Art. 652 of Civil Code modifies a person (entity) specified in the wording of Art. 434 of the Polish Civil Code and implements construction contractor instead an owner-like possessor which is an investor. This statement would justify the pertinence of enforcement Art. 652 of the Polish Civil Code, which only in this case could show not only the basis of liability, but also could extend it to these situations, in which investor is exclusively liable. Unfortunately this point of view raises a lot of serious objections. First of all, the adoption of this standpoint has not unambiguous reflection in the Polish regulation. Approval of this standpoint requires an answer if through the application of Art. 652 of the Polish Civil Code CC was modified the tort liability specified, e.g. in Art. 435 or 436 of the Civil Code.

It should be noted that we cannot also share the view that the implementation of Art. 652 of Civil Code causes joint and several liability of the investor and

the contractor. Pursuant to the Art. 441 of the Polish Civil Code the joint and several liability for the damage caused by the tort can happen if several persons are liable for damage caused by tort. For this reason, the confirmation of joint and several liability in this case needs to determine the basis for this liability.

As it was stated many times, the provision of Art. 652 of Civil Code does not constitute this basis and or is not a separate basis at least. In other words, it cannot be considered that the contractor is liable in accordance with Art. 652 of the Polish Civil Code and the investor as owner-like possessor is liable pursuant to Art. 434 of the Civil Code, because the provision of Art. 652 does not constitute an independent basis for liability of the contractor and, as it was mentioned above, refers to the general principles. The adoption of opposite approach to this situation should base on the assumption that pursuant to Art. 434 of the Polish Civil Code the investor is liable as an owner-like possessor and the contractor is liable under this same provision of Art. 434 of the Polish Civil Code in accordance with Art. 652 of the Polish Civil Code. Other arguments support also rejecting this point of view.

On another note, it should be postulated as *de lege ferenda* remarks, that due to the multiplicity of interpretation of the Art. 652 of the Polish Civil Code, which is a result of its imprecision, it seems reasonable to make the correction by the Polish legislator. In this case, as a solution of this problem can be postulated that the legislator should clearly indicate in the wording of this provision that since the moment of taking over the construction site based on an acceptance certificate until handover of the facility the contractor is liable for damages caused on the site also on the basis of risk. It seems that this postulate is justified, for a reference to the comparative legal analysis. It should be emphasized that pursuant to the wording of Art. 837 BGB, the liability specified in Art. 836 BGB (Provision of Art. 836 stipulates the liability of owner-like possessor for the collapse of a structure) is held by person who has the right to administer someone's estate and is either an owner-like possessor of building constructed on the land or factory (*Eigenbesitzer des Gebäudes oder des anderes Werk*) instead by owner-like possessor. In German legal literature and judicature is highlighted that this provision modifies the liable person (entity) mentioned in Art. 836 BGB and specifies clearly that the only person (entity) which is liable for the damage caused by the collapse of the structure is the possessor of the building [19, p. 838 and next].

#### 4. Conclusion

To recapitulate the considerations, the following conclusions must be drawn. Firstly, it deserves approval the view that, from the moment when construction site was taken over based on an acceptance certificate, investor

is the only person liable for a damage caused by the collapse of structure. Although the investor loses factual control over the construction site since the moment of taking over this construction site based on an acceptance certificate, he is still an owner-like possessor of this area and that is a justification of the adoption of his liability. At the same time, taking this stand leads to the conclusion that Art. 652 CC is in the present matter irrelevant.

1. A. Brzozowski, [in:] T. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450–1088, t. II, Warszawa 2009.*
2. Z. Gordon, *Umowa budowlana w obrocie uspołecznionym, Toruń 1991.*
3. K. Kołakowski, (in:) G. Bieniek (editor), *Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Zobowiązania, Tom 2, LexisNexis, Warszawa 2011.*
4. A. Śmieja, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za zawalenie się budowli (art. 434 KC), Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1993.*
5. *Judgment Polish Supreme Court from 18.03.1971r., I CR 6/71, OSNCP 1972, Nr 1, poz. 6.*
6. *Judgment Polish Supreme Court from 29.04.1981r., IV CR 121/81, OSNCP 1981, Nr 12.*
7. E. Strzępka – Frania, *Umowa o generalne wykonawstwo robót budowlanych, C.H. Beck, Warszawa 2010.*
8. E. Zielińska, (in:) J.A. Strzępka (editor), *Prawo umów budowlanych, C.H. Beck, Warszawa 2012, Wyd. 3.*
9. J.A. Strzępka, (in:) S. Włodyka (editor) *System prawa handlowego, Tom 5, Prawo umów handlowych, Wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2011.*
10. J. Frąckowiak, *Uwagi w sprawie przekazania terenu budowy, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1972r., Nr 2.*
11. A. Szpunar, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta i rzeczy, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1985.*
12. A. Śmieja, (in:) A. Olejniczak (editor), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań, C. H. Beck, Warszawa 2014.*
13. R. Chalimoniuk, *Ryzyko uspołecznionego wykonawcy budowlanego, Zakład Narodowy Ossolińskich, Wrocław 1979.*
15. E. Frania, *Odpowiedzialność generalnego wykonawcy za szkody na terenie budowy (art. 652 KC), cz. 1, Prawo. Spółek 2007, Nr 11.*
16. E. Frania, *Odpowiedzialność generalnego wykonawcy za szkody na terenie budowy (art. 652 KC), cz. 2, Prawo Spółek 2007, Nr 12.*
17. T. Sokołowski, (in:) A. Kidyba, *Kodeks cywilny, Komentarz, Tom 3, Zobowiązania, Część Szczególna, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.*



18. *W. Czachórski, (in:) Z. Radwański (editor), System Prawa Cywilnego, Prawo zobowiązań, Tom 3, Część 1, Ossolineum 1985.*
19. *R. Schaun, (in:) H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, Luchterhand 2011.*
- 20 *The Polish Civile Code, (Dz. U. 1964, Nr 16, Poz. 93 ze zmianami). Also as: CC.*
- 21 *The Constrution Law Act (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 ze zm.)*
22. *Judgment Polish Supreme Court from z 29.04.1981r., IV CR 121/81, OSNC 1981, Nr 12 poz. 244.*

**Wyrzykowski W. Liability for the damage happened on the construction site under the Polish Civil Code**

The article presents the most important issues concerning the civil liability for damage happened on the construction site. It should be emphasized in the first instance that Poland as one of the few countries in Europe has the separated regulation of the construction works contract. This regulation was located in art. 647 - 658 of the Polish Civil Code. Beyond that the different (in reference to general provisions) rule of liability for damage happened on the construction site was directly implemented into Art. 652 of the Polish Civil Code. According to this provision, if the contractor took over the construction site from the investor based on an acceptance certificate (preparation acceptance document), he is liable on general terms for any damage caused on the site until the facility is handed over. The cited norm does not constitute an independent basis for liability and the reference to the general principles of liability included in this provision is also a reference to the both rules of liability - contractual liability and tort liability. All the presented research has been focused on the legal analysis of provision art. 652 of the Civil Code and also try to explain the correct application of this provision in practice.

**Keywords:** liability, liability for the damage, Polish Civil Code

**Горупа Т.А.**

*кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин учреждения образования «Брестский государственный университет им. А.С.Пушкина»*

**Horupa T.A.**

*PhD in Law, associate professor, head of civil and legal disciplines department of educational institution "Brest State University after A. S. Pushkin"*

## **ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ В УСЛОВИЯХ ИНТЕГРАЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ И ЕВРАЗИЙСКОМ ЭКОНОМИЧЕСКОМ СОЮЗЕ: ОБЩЕЕ И ОСОБЕННОЕ**

Образцом региональной экономической интеграции на европейском континенте, несомненно, служит Европейский Союз (ЕС), имеющий высокий потенциал экономического роста. Вместе с тем в мире имеются и другие примеры интеграции – это Североамериканская зона свободной торговли (НАФТА), Южноамериканский общий рынок (МЕРКОСУР), Евразийский экономический союз (ЕАЭС) и другие.

Экономическая региональная интеграция предполагает наличие устойчивых взаимосвязей между странами в отдельно взятом регионе на основе согласованной модели экономического и политического развития. Признаками подобной интеграции экономисты называют, прежде всего, взаимопроникновение национальных производственных процессов, которые приводят к глубоким структурным изменениям в экономике государств-членов на макро- и микроэкономическом уровне. Ведущее место в таких процессах, бесспорно, принадлежит юридическим лицам, поэтому корпоративные отношения требует адекватного правового регулирования в современных условиях.

Целью настоящего исследования является выявление общих и особенных черт правового регулирования корпоративных отношений в современных интеграционных государственных образованиях на евразийском континенте.

Правовое регулирование корпоративных отношений на национальном уровне отличается своими особенностями, включающими, как правило, не только уникальную в рамках национального режима систему организационно-правовых форм юридических лиц, но и особый порядок регистрации и ликвидации юридических лиц, также порядок осуществления хозяйственной деятельности и контроля за ней и др. Причем подобие названий юридических лиц некоторых государств абсолютно не взаимосвязана с их правовым статусом (может быть предусмотрено национальным режимом различное количество и вид учредителей, особенности формирования уставного фонда и т.д.).

Вместе с тем в условиях интеграционных процессов, происходящих в современном мире, корпоративное право любого государства не может существовать как замкнутая и самодостаточная система. Правовое регулирование корпоративных отношений отдельных государств должно учитывать, во-первых, современные тенденции общепризнанные в международном сообществе, во-вторых, позитивный зарубежный опыт, возможность его заимствования в национальных условиях, в-третьих, обязательства страны по гармонизации законодательства, если она является членом интеграционного образования государств.

Становление внутреннего (общего) рынка в ЕС и ЕАЭС основывается на четырех свободах, закрепляемых учредительными договорами как свободы передвижения товаров, лиц, услуг и капиталов (п.2 ст. 26 Договора о функционировании ЕС (далее ДФЕС); ст. 28 п. 2. Договора о ЕАЭС).

Свобода учреждений, как определяющий принцип корпоративного права ЕС и ЕАЭС, определяется в актах первичного права союзов. Статья 49 ДФЕС определяет свободу как, во-первых, доступ к деятельности, не являющейся наемным трудом, и осуществление этой деятельности, во-вторых, создание предприятий (обществ) и управление ими на условиях, определенных законодательством страны учреждения.

В литературе отмечается, что для того чтобы пользоваться свободой учреждения компания (общество по определению ст. 54 ДФЕС) должна подпадать под данное в учредительных документах определение компании, а также состоять в определенной связи с ЕС. Созданная в одном государстве-участнике компания может осуществлять свободу учреждения в двух формах:

1) перенести в другое государство-участник свое уставное место нахождения или свое фактическое место нахождения (первичная свобода учреждения); 2) создать в другом государстве-участнике филиал или дочернюю компанию (вторичная свобода учреждения) [1].

В свою очередь п. 24 Протокола о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (Приложение N 16 к Договору о Евразийском экономическом союзе) определяет «учреждение» как создание и (или) приобретение юридического лица предусмотренных законодательством государства-члена; приобретение контроля над юридическим лицом государства-члена; открытие филиала либо представительства; регистрация в качестве индивидуального предпринимателя.

Исходя из вышеизложенного, можно констатировать, что реализовывать свободу учреждений в ЕС и ЕАЭС могут как физические лица (в ЕАЭС индивидуальные предприниматели), так и юридические лица, в том числе их филиалы и представительства, дочерние и зависимые компании.

Следует указать, что в ЕС принцип свободы учреждений неоднократно рассматривался Судом. Суд ЕАЭС подобных решений, что свидетельствует о начальной стадии развития корпоративных отношений в ЕАЭС, когда государства-члены, юридические лица не нуждаются остро в дополнительных комментариях и толкованиях норм учредительных договоров. Данный вывод также подтверждается и наличием ряда ограничений в отношении свободы учреждений, закрепленных в Договоре о ЕАЭС (Приложении № 2 к Протоколу по финансовым услугам). Государства-члены ЕАЭС определяют ряд ограничений для иностранных инвесторов по участию в банковском, страховом секторе каждой отдельной страны (например, Республика Беларусь в случае, если квота иностранных инвесторов в уставных фондах страховых организаций Республики Беларусь превышает 30%, Министерство финансов Республики Беларусь прекращает регистрацию страховых организаций с иностранными инвестициями и (или) выдачу таким организациям лицензий на осуществление страховой деятельности; и т.д.). Представляется, что подобные примеры ограничивают свободу учреждений и в будущем государства-члены должны принять меры по их устранению, т. к. они являются препятствием на пути создания общего рынка ЕАЭС, как это и подтверждает позитивная практика ЕС.

ЕС в настоящее время демонстрирует появление уникальных европейских юридических лиц, деятельность которых по основным вопросам правового положения регулируется европейским правом (в частности, регламентами как нормативными правовыми актами прямого действия), имеющим наднациональный характер, а национальное право страны места нахождения таких юридических лиц применяется в субсидиарном порядке. В таком порядке создаются и действуют Европейское объеди-

нение с общей экономической целью, Европейское акционерное общество и Европейский кооператив. Такие компании вправе изменять свое местонахождение в ЕС без проведения процедуры ликвидации.

В ЕАЭС вопрос о создании таких юридических лиц пока не стоит, экономика государств-членов не достигла еще такого уровня интеграции, информационного взаимодействия и либерализации общего рынка как в ЕС. Следует отметить, что государства-члены ЕАЭС имеют принципиальные различия системы юридических лиц, правовое регулирование корпоративных отношений как в материальном, так и процессуальном аспекте детализировано только в Российской Федерации. Вряд ли в современных условиях возможно и целесообразно в виду огромных различий в традициях правового регулирования гармонизировать нормы об организационно-правовых формах юридических лиц стран ЕАЭС, скорее «гармонизации подлежат общие теоретические подходы к порядку создания, деятельности и прекращения деятельности юридических лиц, исходя из принципов надлежащей защиты учредителей (участников) юридических лиц и их кредиторов, а также принципов равенства и свободы конкуренции» [2, с. 65].

А вот унификация законодательства государств-членов ЕАЭС на основе рекомендаций нового основополагающего международного стандарта в области корпоративных отношений Принципов корпоративного управления G20/ОЭСР для государств-членов ЕАЭС остро необходима. Это позволит повысить эффективность функционирования компаний ЕАЭС и их привлекательность для иностранных инвесторов, укрепить их позиции на международном финансовом рынке, а также создаст возможности взаимного допуска ценных бумаг на евразийском рынке.

Таким образом, корпоративные отношения на евразийском континенте развиваются достаточно динамично. В ходе проведенного анализа можно сделать вывод о наличии как общих черт в практике правового регулирования корпоративных отношений в ЕС и ЕАЭС, так и особенных. Общими чертами интеграционных объединений является провозглашение свободы учреждений в учредительных договорах, которая является основой функционирования внутреннего (общего) рынка, также подчинение интеграционного законодательства международным стандартам, в частности, Принципам корпоративного управления G20/ОЭСР. К особенным чертам правового регулирования корпоративных отношений в ЕС можно отнести наличие наднациональных юридических лиц, а в ЕАЭС наличие ряда ограничений в отношении свободы учреждений, закрепленных в учредительном договоре. Наличие особенных черт

объясняется не только возрастом и составом субъектов интеграционных образований, но и различным уровнем интеграции в ЕС и ЕАЭС. Если ЕС прошел стадию Экономического и Валютного союза, то ЕАЭС в настоящее время только создает общий рынок государств-членов.

1. *Dubovitskaya E. A., Svoboda peremescheniya kompaniy v Evropeyskom Soobshchestve/ E.A. Dubovitskaya : Avtoref. dis.kand. jurid. nauk : 12.00.10/ Moskovskiy gos. un-t im. M.V. Lomonosova – Moskva, 2003. – [Elektronnyiy resurs]. – Rezhim dostupa: <http://lawtheses.com/svoboda-peremescheniya-kompaniy-v-evropeyskom-soobshchestve-1#ixzz2foZhSN7J>: Data dostupa: 01. 08.2016.*
2. *Malginov E. A., Tendentsii razvitiya pravovogo regulirovaniya korporativnykh pravootnosheniy v gosudarstvakh - chlenah EAES/ E. A. Melginov// Yuridicheskiy mir. – 2015. – № 10. – с.61- 65.*

**Горупа Т. А. Правовое регулирование корпоративных отношений в условиях интеграционных процессов в Европейском Союзе и Евразийском Экономическом Союзе: общее и особенное**

Данная статья посвящена правовому регулированию корпоративных отношений в условиях интеграционных процессов в Европейском Союзе и Евразийском Экономическом Союзе, выявлению общих и особенных черт.

Указывается на то, что ведущее место в процессе экономической региональной интеграции принадлежит юридическим лицам, поэтому корпоративные отношения требует адекватного правового регулирования в современных условиях. Правовое регулирование корпоративных отношений отдельных государств должно учитывать, во-первых, современные тенденции общепризнанные в международном сообществе, во-вторых, позитивный зарубежный опыт, возможность его заимствования в национальных условиях, в-третьих, обязательства страны по гармонизации законодательства, если она является членом интеграционного образования государств.

В результате проведенного исследования, автором сделан вывод о наличие как общих черт в практике правового регулирования корпоративных отношений в ЕС и ЕАЭС, так и особенных.

**Ключевые слова:** правовое регулирование, корпоративное правоотношение, интеграционный процесс, Европейский Союз, Евразийский экономический союз.

**Horupa T. A. Legal regulation of corporate relations under integration in the European Union and the Eurasian Economic Union: general and special**

This article is devoted to legal regulation of corporate relations in the integration processes in the European Union and the Eurasian Economic Union; identification of common and special features.

It is pointed that the leading role in the process of regional economic integration belongs to legal entities therefore corporate relations require adequate legal regulation

in modern conditions. Legal regulation of corporate relations of individual states should consider: firstly, the current trends in the international community, secondly, the positive international experience, the possibility of borrowing it in the domestic environment, thirdly, the country's commitment to harmonize legislation if it is a member of the integration of states education. The author made a conclusion about the presence of both common features in practice of the legal regulation of corporate relations in the EU and EAEU and special features.

**Keywords:** legal regulation, corporate relationship, integration process, European Union, Eurasian Economic Union.

**Грицан О.А.**

*кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного, міжнародного та адміністративного права, ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»*

**Hrytsan O.A.**

*PhD in Law, associate professor at the constitutional, international and administrative law department, Law institute, Precarpathian national university named after Vasyl Stefanyk*

## **МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ОБМЕЖЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ З ВИПРОБУВАННЯ ЯДЕРНОЇ ЗБРОЇ: ЕКОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ**

УДК 341.1: 349.6

Одним з основних факторів деградації навколишнього середовища у ХХ ст. безспідставно вважають розробку, випробування та застосування ядерної зброї.

Ядерна зброя – це вибухові пристрої, що вивільняють енергію в результаті синтезу або розпаду атома. Шкода від потужної ударної хвилі і теплового випромінювання, спричинених ядерним вибухом, є значно більшою, ніж від використання інших видів зброї. На думку Міжнародного суду ООН [1], радіоактивне випромінювання та пов'язані з ним процеси є тими характеристиками, що роблять ядерну зброю потенційно катастрофічною. Наслідки від її застосування довготривалі, їх не можна обмежити в часі і просторі. Деструктивна потужність ядерної зброї здатна завдавати невимовні людські страждання, наслідки її застосування завжди мають транснаціональний характер, а також здатні завдавати шкоду теперішнім і прийдешнім поколінням.

Численні дослідження засвідчують величезний пагубний вплив ядерних вибухів на навколишнє середовище, зокрема на атмосферу й клімат, з потенційно серйозними наслідками для людей, рослин і тварин. Так, науково доведено існування трьох груп безпосередніх шкідливих наслідків для атмосфери, що можуть бути спричинені ядерним вибухом: 1) високе підняття великої кількості пилу, через який впродовж тривалого часу сонячне випромінювання в нижній частині атмосфери буде слабшим; 2) масштабні пожежі та викиди диму, виділення значної кількості оксиду азоту у стратосферу і як результат – виснаження озонового



шару; 3) вивільнення значної кількості небажаних хімічних сполук [2, с. 3]. Ймовірними наслідками також називають значне зниження середніх температур (від 10 до 25 градусів на північному континенті) і пов'язані з ними метеорологічні зміни, що у свою чергу, суттєво впливає на всю біосферу [2, с. 6]. Окремі новіші дослідження доводять, що ці проблеми є актуальними тільки при детонації тисяч одиниць ядерної зброї, і істотні порушення екологічної рівноваги слід очікувати лише в межах районів, які безпосередньо постраждали від одного або декількох ядерних вибухів і радіоактивних опадів [3, с. 92]. Проте навіть в цьому випадку можна стверджувати, що в місцях ядерних випробувань шкода довіклілю завжди буде значною.

Як зазначено в короткому викладі результатів роботи Віденської конференції з гуманітарних впливів ядерної зброї (2014), вплив детонації ядерної зброї, незалежно від причини, не обмежуватиметься національними кордонами, може мати регіональні і навіть глобальні наслідки, викликаючи руйнування, смерть, серйозну і довгострокову шкоду для навколишнього середовища, клімату, здоров'я людини [4]. Окрім цього, будь-який етап виробничого циклу ядерної зброї може призвести до забруднення довіклілю через хімічні речовини, що використовуються у її виробництві.

Окремі питання правової охорони довіклілю в рамках режиму нерозповсюдження ядерної зброї стали об'єктом дослідження ряду російських учених (П. В. Комаров, Є. О. Сидорова, І. І. Синякін) та зарубіжних дослідників (Gro Nystuen, Annie Golden Bersagel, Stuart Casey-Maslen). Без'ядерний статус України можна розглядати як імовірну причину незначного інтересу вітчизняних представників правової доктрини до екологічних проблем випробування ядерної зброї. В українській науці міжнародного та екологічного права такі дослідження мають фрагментарний характер і представлені в окремих підручниках або статтях (І. М. Жаровська, О. В. Задорожній, Н. Р. Малишева, М. О. Медведева, Ю. С. Шемшученко та ін.).

Метою статті є аналіз чинної міжнародної правової бази, якою встановлюється режим обмеження ядерних випробувань, та її роль у забезпеченні охорони навколишнього середовища.

Випробування ядерної зброї з правової точки зору можна розглядати як дослідницьку діяльність, яку держави організують в умовах мирного часу на власних територіях або територіях, на які не поширюється суверенітет жодної із держав. У зв'язку з цим правові вимоги щодо обмеження ядерних випробувань можна розділити на дві групи: ті, що стосу-

ються державних територій, та обмеження (заборони) тестувань ядерної зброї на міжнародних територіях.

Варто зауважити, що гіпотетичне застосування ядерної зброї однією державою на території іншої неможливо розцінювати в якості ядерного випробування. Разом з тим, з екологічної точки зору як тестування, так і військове застосування ядерної зброї може завдати рівнозначної шкоди для навколишнього середовища. До прикладу, в 1997 р. експерти МАГАТЕ відзначили підвищену радіоактивність продуктів харчування з атола Бікіні і не рекомендували його подальшого заселення, хоча останні випробування ядерної зброї на атолі проводилися в 1958 р. Багаторічні випробування на Семіпалатинському полігоні спричинили руйнування ландшафту, вилучення земель із сільськогосподарського обігу, забруднення ґрунтів радіонуклідами на великих площах, а кількість онкохворих у прилеглих регіонах у 2 рази вище, ніж у середньому по країні.

Міжнародні договори з охорони навколишнього середовища у цій сфері можна також класифікувати залежно від елемента навколишнього середовища, щодо якого ними передбачена охорона: 1) договори щодо охорони атмосфери (якості повітря, озонового шару, зміни клімату); 2) договори щодо охорони гідросфери (морської і прісної води); 3) договори щодо охорони літосфери (землі та мінеральних ресурсів), 4) договори щодо охорони біосфери (життя в будь-якій із інших сфер). Радіологічні забруднення, спричинені ядерними випробуваннями, можуть торкнутися будь-якої із цих чотирьох сфер, і, як правило, поширюються на усі з них за допомогою екологічних циклів, повітряних і водних потоків, а також через мігруючі види [5, с.14].

Про катастрофічність наслідків, які несе у собі випробування та застосування ядерної зброї для навколишнього середовища і людини, міжнародна спільнота не замислювалася майже до кінця 50-х років. Першими актами, якими на універсальному рівні було здійснено спробу обмежити випробування ядерної зброї, можна вважати Конвенцію про відкрите море (1958) та Договір про Антарктику (1959).

Конвенція про відкрите море прямих заборон щодо випробування ядерної зброї не містить, проте зобов'язує країни-учасниці співпрацювати з компетентними міжнародними організаціями у вживанні заходів щодо попередження забруднення моря або повітряного простору над морем внаслідок будь-якої діяльності, яка включає застосування радіоактивних матеріалів або інших шкідливих речовин (ч.2 ст. 25).

У статті 1 Договору про Антарктику зазначається, що Антарктика повинна використовуватись тільки в мирних цілях. Договором забороне-

ні будь-які заходи військового характеру, зокрема такі, як створення військових баз і укріплень, проведення військових маневрів, а також випробування будь-яких видів зброї. Відповідно до ст. 5 в Антарктиці також забороняються будь-які ядерні вибухи і виділення в цьому районі радіоактивних матеріалів. Водночас Договором не виключається можливість з метою здійснення наукових досліджень за участю всіх сторін угоди укладати міжнародні договори, які би передбачали проведення ядерних випробувань в мирних цілях. Тому екологічного спрямування обмеження ядерних випробувань, визначені Договором про Антарктику, у цілому не мають.

5 серпня 1963 р. у Москві було укладено Договір про заборону випробувань ядерної зброї в атмосфері, у космічному просторі і під водою – так званий «договір про заборону ядерних випробувань у трьох середовищах». Як випливає із преамбули, метою укладення договору стало, з-поміж іншого, бажання сторін покласти край зараженню середовища, яке оточує людину, радіоактивними речовинами. Кожна держава-учасниця договору зобов'язується заборонити, запобігати і не здійснювати будь-яких випробувальних вибухів ядерної зброї та будь-яких інших ядерних вибухів у будь-якому місці, що знаходиться під її юрисдикцією або контролем: а) в атмосфері; за її межами, включаючи космічний простір; під водою, включаючи територіальні води та відкрите море; б) в будь-якому іншому середовищі, якщо такий вибух може спричинити випадання радіоактивних опадів за межами територіальних кордонів держави, під юрисдикцією або контролем якого проводиться такий вибух. Також учасники договору зобов'язуються утримуватися від спонукання, заохочення або участі в проведенні будь-яких випробувальних вибухів ядерної зброї та будь-яких інших ядерних вибухів, які проводилися би в будь-якому зі згаданих середовищ, або мали би вказані наслідки.

Як зазначається в науковій літературі, хоч договір обмежується атмосферою, космічним простором і морським середовищем, він гарантує, що ядерні випробування не завдаватимуть шкоди і морським екосистемам [6, с. 15]. Проте основне значення цього договору полягало в тому, що до його укладення саме атмосферні випробування завдавали найбільшу шкоду довкіллю та здоров'ю людини. У зарубіжній літературі висловлюється небезпідставна думка, що заборона на випробування ядерної зброї в атмосфері на сьогодні викристалізувалася у звичаєву норму [5, с. 3].

Разом з тим, договір не забороняє випробувальних ядерних вибухів під землею, що активно практикувалися державами. У наступні роки підземні ядерні випробування досягали величезних потужностей і не раз

приводили до викиду в атмосферу радіоактивних речовин за межами територій держав, які здійснювали тестування.

У 1967 р. було прийнято Договір про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла. Відповідно до ст. 4 держави-учасниці договору зобов'язувалися не виводити на орбіту навколо Землі будь-які об'єкти з ядерною зброєю або будь-якими видами зброї масового знищення, не встановлювати таку зброю на небесних тілах і не розміщувати її в космічному просторі будь-яким іншим чином. Також було закріплено положення, що Місяць та інші небесні тіла повинні використовуватися виключно в мирних цілях, а випробування на них будь-яких видів зброї забороняється.

У тому ж році держави Латинської Америки підписали Договір про заборону ядерної зброї в Латинській Америці (Договір Тлателолко), норми якого невдовзі були закріплені на універсальному рівні в Договорі про нерозповсюдження ядерної зброї.

Договір про нерозповсюдження ядерної зброї (1968) не містить жодного положення, у якому би йшлося про охорону довкілля. Така охорона здійснюється лише опосередковано, через мінімізацію можливостей держав здійснювати ядерні випробування. Ст. 1 Договору забороняє державам, що володіють ядерною зброєю, передавати цю зброю або контроль над нею неядерним країнам, а також допомагати у її виробництві чи придбанні. Ст. 2 зобов'язує неядерних учасників договору не одержувати ядерної зброї, не виробляти її і не добиватися з цією метою будь-якої допомоги.

Наступним документом, який встановлював певні обмеження на випробування ядерної зброї, став Договір про заборону розміщення на дні морів і океанів та в його надрах ядерної зброї та інших видів зброї масового знищення (1971). Держави-учасниці договору зобов'язалися не встановлювати і не розміщувати на дні морів і океанів та в його надрах за зовнішньою межею зони морського дна будь-яку ядерну зброю або будь-які інші види зброї масового знищення, а також споруди, пускові установки і будь-які інші пристрої, спеціально призначені для зберігання, випробування або застосування такої зброї. Зобов'язання стосуються також зони морського дна, за винятком тієї її частини, що належить до прибережних держав або знаходиться під її територіальними водами. Як справедливо зауважується в літературі, основним недоліком договору стало те, що він встановлює лише режим часткової демілітаризації зазначених середовищ, при цьому не поширюється на будь-яке інше водне середовище [7, с.179].

У травні 1973 року в Міжнародному суді ООН вперше було порушено дві справи щодо випробування ядерної зброї: Австралія проти Франції та Нова Зеландія проти Франції. Справи стосувалися негативних наслідків від випробувань в Тихому океані ядерної зброї французьким урядом. Зокрема, йшлося про те, що такі випробування спричиняють випадання радіоактивних опадів на територію Австралії, Нової Зеландії, островів Кука, Ніуе і Токелау. Уряди Австралії та Нової Зеландії просили Суд винести рішення про те, що продовження атмосферних випробувань ядерної зброї в південній частині Тихого океану несумісне з існуючими нормами міжнародного права, і постановити, щоб уряд Франції припинив їх. У результаті Суд зобов'язав уряд Франції утриматися від подальшого випробування ядерної зброї на цій території. Надалі Франція у формі різноманітних публічних заяв, зроблених у 1974 році, оголосила про свій намір після завершення серії випробувань в атмосфері повністю припинити проведення такого роду випробувань.

Важливим кроком у забезпеченні охорони довкілля стало підписання 3 липня 1974 року між СРСР і США Договору щодо обмеження підземних випробувань ядерної зброї (набув чинності 11 грудня 1990 року). Договором було заборонено проведення підземних випробувань ядерної зброї потужністю понад 150 кілотонн. Сторони зобов'язалися здійснювати всі дозволені випробування тільки в межах спеціально позначених районів для випробувань, використовувати національні технічні засоби контролю, не чинити перешкод аналогічним засобам контролю іншого боку, погодилися обмінюватися необхідною інформацією для уточнення оцінок потужності вибухів.

Договір про діяльність держав на Місяці та інших небесних тілах (1979) у ст. 3 закріпив обов'язок держав-учасниць не виводити на орбіту Місяця або на іншу траєкторію польоту до Місяця або навколо неї об'єкти з ядерною зброєю, а також не встановлювати і не використовувати таку зброю на поверхні Місяця або в його надрах. Варто зауважити, що саме після прийняття цього договору величезний простір, доступний для освоєння людською діяльністю, але не належний території жодної із держав – Антарктика, космічний простір, дно морів та океанів, оформився у зону, вільну від ядерної зброї.

Нарешті у 1996 році було укладено Договір про всеосяжну заборону ядерних випробувань. У преамбулі документу, з-поміж іншого, сказано, що цей Договір зможе відіграти вагомий роль у справі захисту навколишнього середовища. Кожна держава-учасниця згідно з Договором зобов'язується не допускати жодних ядерних вибухів на території, що

знаходиться під її юрисдикцією або контролем, а також утримуватися від спонукання, заохочення або будь-якої участі у проведенні будь-якого випробувального вибуху ядерної зброї і будь-якого іншого ядерного вибуху. Проте до сьогодні договір так і не набув чинності, що засвідчує неготовність ядерних держав до його виконання.

У квітні 2014 року Маршаллові Острови звернулися до Міжнародного суду ООН з позовами проти Великобританії [8], Пакистану [9] та Індії [10], обвинувачуючи ці держави в порушенні Договору про нерозповсюдження ядерної зброї і відповідних звичаєвих норм. У позові проти Великобританії мова йшла про те, що майже через п'ять десятиліть після підписання і ратифікації Договору про нерозповсюдження ядерної зброї ця держава, як і раніше, зберігає і постійно модернізує свій ядерний арсенал. Це, на думку Маршаллових Островів, свідчить про неспроможність Великобританії виконати свої зобов'язання відповідно до Договору, а також звичаєвих міжнародно-правових зобов'язань, що стосуються переговорів з припинення гонки ядерних озброєнь і ядерного роззброєння. У поданні проти Індії Маршаллові Острови зазначають, що на їх території впродовж 1946-1958 років було проведено 67 ядерних випробувань. Їх наслідки відображаються дотепер на людській популяції і навколишньому середовищі. Зокрема, велика кількість онкологічних захворювань виникає через вживання зараженої їжі та води. У жовтні 2016 року Міжнародний суд ООН залишив справу без розгляду по суті, оскільки не виявив підстав для спору між державами.

Таким чином, упродовж останніх 60-и років в питаннях правового регулювання тестувань ядерної зброї міжнародна спільнота пройшла шлях від незначних обмежень на міжнародних територіях до спроби повної заборони будь-яких ядерних випробувань. Це свідчить про певну еволюцію розуміння шкідливості такої діяльності для здоров'я людини та навколишнього середовища. Основною метою укладення договорів про обмеження ядерних випробувань було й залишається забезпечення колективної безпеки, термін «навколишнє середовище» в їх текстах трапляється рідко або відсутній. Хоч міжнародна спільнота створила прогресивну правову базу, спрямовану на обмеження діяльності щодо тестування ядерної зброї, проблемним питанням залишається забезпечення виконання окремих зобов'язань. Зокрема, як слушно зауважують в науковій літературі, недотримання Російською Федерацією положень Будапештського меморандуму ставить під сумнів ефективність усього механізму ядерних гарантій, запровадженого в рамках Договору про нерозповсюдження ядерної зброї [11, с.19]. За таких обставин реалізація

міжнародно-правових приписів щодо припинення ядерних випробувань, із врахуванням глобальних екологічних загроз, які несе в собі ядерна зброя, залишається важливим завданням на перспективу.

1. *International Court of Justice, The Hague: Advisory Opinion of 8 July 1996: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Retrieved from <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=498&p1=3&p2=4&case=95&p3=5>
2. *The Effects on the Atmosphere of a Major Nuclear Exchange (1985)*. Washington DC: National Academy Press.
3. *Effects of Nuclear Earth-Penetrator and Other Weapons (2001)*. Washington DC: National Academy Press.
4. *Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons 8 to 9 December 2014. Report and Summary of Findings of the Conference, presented under the sole responsibility of Austria (2014)*. Retrieved from <http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000062699.pdf>
5. *Nuclear Weapons under International Law: An Overview (2014)*. International Law and Policy Institute, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights.
6. *Protecting the environment during armed conflict. An inventory and analysis of international law (2009)*. UNEP.
7. Zadarozhniy O.V., Medvedyeva M. O. (2010). *Mizhnarodne pravo navkolyshnoho seredovyshcha [International environmental law]*. Kyiv: Vyd. dim "Promeni" [in Ukrainian].
8. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom) (2016)*. Retrieved from <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=1600>
9. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan) (2016)*. Retrieved from <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=159>
10. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India) (2016)*. Retrieved from <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=158>
11. Olena Sviatyn & Oleksiy Sviatyn. *Bydapeshtskiy memorandum ta yoho spivvidnoshennya z Dohovorom pro nerozpozovsiydzheniya yadernoyi zbroyi [The Budapest Memorandum and Its Interrelations with the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons]*. – *Viche*, 20, 15-20 [in Ukrainian].

---

**Грицан О. А. Міжнародно-правові обмеження діяльності з випробування ядерної зброї: екологічний аспект**

У статті розкрито сучасний стан міжнародно-правового забезпечення охорони довкілля від наслідків тестування ядерної зброї. З цією метою проаналізовано положення окремих міжнародних договорів, якими встановлено обмеження на випробування ядерної зброї (серед яких – Конвенція про відкрите море (1958), Договір про Антарктику (1959), Договір про заборону випробувань ядерної зброї в атмосфері, у космічному просторі і під водою (1963), Договір про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла (1967), Договір про нерозповсюдження ядерної зброї (1968), Договір про заборону розміщення на дні морів і океанів та в його надрах ядерної зброї та інших видів зброї масового знищення (1971), Договір щодо обмеження підземних випробувань ядерної зброї (1974), Договір про всеосяжну заборону ядерних випробувань (1996)), а також міжнародну судову практику в цій сфері.

**Ключові слова:** ядерна зброя, ядерні випробування, навколишнє середовище, міжнародний договір.

**Hrytsan O. A. International legal limits in nuclear weapons testing: ecological aspect**

In the article it is researched the modern condition of the international legal provision of environmental protection from nuclear weapons testing consequences. With this aim the author analyses the regulations of separate international treaties establishing the limits for nuclear weapon testing (among them the Convention on the High Seas (1958), the Antarctic Treaty (1959), the Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (1963), the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (1967), the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (1968), the Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil thereof (1971), the Treaty on the Limitation of Underground Nuclear Weapon Tests (1974), the Comprehensive Test Ban Treaty (1996)), as well as international court practice in this area.

**Keywords:** nuclear weapons, nuclear testing, environment, international treaty.



**Жорнокуй Ю.М.**

*доктор юридичних наук,  
доцент, завідувач кафедри  
цивільного права та процесу  
Харківського національного  
університету внутрішніх  
справ*

**Zhornokui Yu.M.**

*LLD, associate professor,  
head of civil law and  
procedure department of  
Kharkiv National University  
of Internal Affairs*

## **СУБ'ЄКТИВНЕ ПРАВО ЯК ОБ'ЄКТ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН**

УДК 340.111.52 : 340.111.53

Об'єктивні потреби розвитку цивільних відносин викликали необхідність з'ясування особливостей правовідносин у організаціях корпоративного типу з огляду на доволі проблемний рух щодо регулювання корпоративних відносин у законодавчій сфері, у внутрішніх актах та, як наслідок, появу величезної кількості корпоративних судових спорів. Звичайно, спір є наслідком конфлікту, який виникає, розгортається і часто навіть не припиняється з розв'язанням спору судом. Він триває та породжує інші конфлікти, що нашаровуються, і торкається не лише тих осіб, які втягнуті у нього, а порушує права майже всіх інвесторів, що вклали свої кошти в корпоративну організацію, а також негативно відбивається на інвестиційному кліматі в Україні загалом. Відтак загострилося питання про правову природу цих конфліктів та їх об'єкти.

Питання об'єктів корпоративних відносин (прав) є досить складним, що не дозволяє дати однозначну відповідь на нього. Це один із тих напрямів досліджень, навколо яких сьогодні ведуться гострі дискусії. У юридичній літературі справедливо зазначається, що корпоративні відносини містять елементи як речових, так і зобов'язальних відносин. Звідси проблема визначення їх об'єкта, адже загальноновизнаною є теза, що об'єктом зобов'язальних правовідносин є дії зобов'язаної особи, а об'єктом речових правовідносин – речі.

**Метою статті** є аналіз суб'єктивного права як об'єкту корпоративних правовідносин.

Відповідно до ст. 167 Господарського кодексу України (далі – ГК України) корпоративними відносинами є відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав. Чи є похідним з наведеної норми, що об'єктом корпоративних відносин є самі корпоративні права? Зауважимо про дискусійність такого підходу, оскільки пи-

тання про об'єкт відповідних відносин вирішується вченими по-різному. Зважимо, що загалом до уваги беруться регулятивні корпоративні правові зв'язки, однак осторонь залишаються охоронні, як ті, що виникають на підставі порушення (оспорювання, невизнання) чи створення загрози порушення суб'єктивних корпоративних прав та/або корпоративних інтересів їх учасників.

У доктрині як цивільного, так і господарського права не існує одностайності підходів щодо вчень про об'єкт корпоративного відношення. Такими об'єктами запропоновано вважати: акції, майнові блага, поведінку їх учасників (акціонерів) щодо здійснення своїх прав та обов'язків, дії суб'єктів корпоративних відносин, діяльність товариства і результати його діяльності, самі суб'єктивні корпоративні права.

У зв'язку з різними позиціями вчених щодо об'єкта корпоративних відносин варто зауважити на відсутності чіткої системи вчень про нього. Це пояснюється тим, що науковці, які висловлюють думку щодо обраної категорії, за основу досліджень беруть різні підходи – чи то об'єкт правовідношення, чи то об'єкт права, які є за своїм характером різними.

Останнім часом у правовій літературі почали з'являтися наукові позиції щодо визнання *корпоративних прав як об'єктів корпоративних правовідносин*. Зокрема, І. В. Спасибо-Фатєєва вказує на те, що відсутність у цивілістиці поняття корпоративних прав як прав суб'єктивних – прав учасників господарського товариства (майнових та немайнових) ... вимагає вироблення судами відповідної доктрини для оперування ними як об'єктами цивільних прав при вирішенні спорів [1, с. 19–20].

З приводу означеного питання погляди вчених із визнання конструкції «право на право» є різними. Можна звернути увагу на існування двох підходів, за якими або визнають існування відповідної конструкції, або категорично її заперечують.

Проти визнання суб'єктивного права об'єктом прав встановлено наступні аргументи: по-перше, право саме по собі, у відриві від тієї цінності, яка є його об'єктом, не може служити справі задоволення інтересів учасників обороту, що задовольняється не правом, а діями зобов'язаних осіб, у тому числі щодо речей (наприклад, з їх передачі, ремонту, обробки тощо); по-друге, з точки зору теорії правовідносин зміст одного правовідношення не може бути об'єктом іншого правовідношення; у рамках континентально-правової системи цивільного права визнання майнових прав самостійним об'єктом прав неможливо через відсутність відповідного правового інструментарію та (це найголовніше) недоцільність і навіть нерозумність.

Зокрема, В. А. Белов зазначає, що об'єкт правовідношення не може співпадати з його змістом – суб'єктивним правом та юридичним обов'язком. Загалом можна погодитись із таким підходом, але з однією обмовкою, – якщо відповідні «право та обов'язок» складають зміст цього (конкретного) правовідношення. Чи існує можливість визнати об'єктом правовідношення суб'єктивне право, яке є змістом іншого правовідношення (наприклад, об'єктом охоронного правовідношення – право, що складає зміст регулятивного правовідношення)? З цього приводу В. А. Белов уже не такий категоричний і переводить окреслене питання у сферу дискусії, зазначаючи, що права та обов'язки взагалі достатньо проблематично визнавати об'єктами прав та обов'язків, які складають зміст інших правовідносин, оскільки «прикріплення» прав та обов'язків до їх носіїв здійснюється за допомогою правоздатності, а не інших суб'єктивних прав [2, с. 66].

Проте варто звернути увагу й на протилежну наукову позицію. Зокрема, за висновками німецьких пандектистів ХІХ століття, які відстоювали конструкцію «право на право», вона цілком узгоджується із винайденою римськими юристами конструкцією «безтілесних речей», яка позначала майнові права. З урахуванням цього можна виділити такі аргументи, що свідчать на користь визнання суб'єктивних прав самостійними об'єктами: по-перше, вони мають цінність; по-друге, вони можуть переходити від однієї особи до іншої; по-третє, встановлення прав на права дозволить забезпечити повноту правових можливостей їх володільця [3, с. 328]; по-четверте, у конструкції «право на право» останнє право є об'єктом іншого права, що є правовим інструментом передачі прав [4, с. 133]. Прихильники такого підходу будують власну аргументацію на тому, що такі корпоративні права мають вартісну оцінку, потрапляють до сфери цивільно-правового регулювання і стають об'єктом цивільних прав, а це означає, що з приводу таких об'єктів в учасників корпоративних відносин постійно виникають певні права та обов'язки.

Яким же чином устанавлюється вартісна оцінка корпоративних прав як об'єктів корпоративних відносин? Законодавець дає відповідь на це запитання через порядок формування статутного капіталу товариства. Варто звернути увагу, що у ч. 2 ст. 115 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) під вкладом до статутного (складеного) капіталу господарського товариства розуміються гроші, цінні папери, інші речі або *майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку*, якщо інше не встановлено законом. Крім того, ч. 1 ст. 23 Закону України «Про акціонерні товариства» містить правило, за яким у разі розміщення акціонерним то-

вариством (далі – АТ) цінних паперів їх оплата здійснюється грошовими коштами або за згодою між товариством та інвестором – *майновими правами, немайновими правами, що мають грошову вартість*, цінними паперами, *іншим майном*. Відповідно до ст. 190 ЦК України майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Право, що має вартість (мінову, споживчу), є майновим і, як наслідок, має визнаватися майном. Зважимо, що такі права (майнові) у даному разі мають не режим суб'єктивних прав, а мають визнаватися об'єктом іншого корпоративного права (конструкція «право на право»).

Наступним аспектом, який міститься у законодавстві та свідчить на користь необхідності визнання конструкції «право на право», є положення ст. 316 ЦК України. Зокрема, ч. 1 цієї статті закріплює, що правом власності є право особи на річ (майно), а у вже згадуваній ст. 190 цього ж Кодексу до складу майна віднесено й майнові права. І останнім моментом, що має закріплення у ЦК України та підтверджує нашу позицію щодо досліджуваної конструкції, є правила ст. 177, у якій до об'єктів цивільних прав віднесено цінні папери як різновид речей, як наслідок, акції як бездокументарні цінні папери – це об'єкт речових прав. З урахуванням того, що зміст акції складають так звані «права з акції» (майнові та немайнові корпоративні права), можна дійти висновку, що такі права можуть бути об'єктом корпоративних відносин.

Р. Саватьє акцентував увагу на тому, що ведення мови про право власності на права є тим способом юридичної техніки, який дозволяє нам визначити повноту прав, про які йде мова [5, с. 90]. У подальшому вчений визнає, що вираз про «право власності на право» має лише чисто узагальнювальне значення – вказівку на повноту права або його абсолютний характер. Підтримує вказану позицію й В. А. Васильєва, зазначаючи, що настав час слідом за податковим законодавством і цивільному праву визнати самостійне місце суб'єктивного корпоративного права серед об'єктів цивільних прав, а не застосовувати аналогію, прирівнюючи його до майнових прав, або (що ще гірше) ігнорувати таке право [6, с. 166]. Можна констатувати, зазначає В. П. Мозолін, що тенденція включення суб'єктивних цивільних прав, що віртуалізуються, не лише стає об'єктивною реальністю, а й водночас перетворюється в один із основних напрямів у розвитку сучасного цивільного права [7, с. 25].

Можна стверджувати, що вже сьогодні частіше й частіше суб'єктивне право використовується не тільки як елемент змісту правовідносин, але й як об'єкт інших суб'єктивних прав. І ні законодавець, ні доктрина не

можуть ігнорувати той факт, що самі права з цінних паперів, патентні права на винаходи тощо, що істотно відрізняються від якостей оречевлених об'єктів, є самостійними об'єктами інших суб'єктивних прав. Складається цілком очевидна тенденція віртуалізації суб'єктивного цивільного права, що викликано рецепцією німецької моделі «право на право» в українську правову систему.

Причина полягає в тому, що відповідно до закону суб'єктивні права не вважаються об'єктами права власності, а отже, і предметом договору купівлі-продажу. Як об'єкти права власності можуть бути акції, у яких втілюються суб'єктивні корпоративні права. Але в цьому випадку при віднесенні акцій до предмета договору купівлі-продажу законодавець виходив з визнання об'єктами права власності певних паперових носіїв суб'єктивних прав, закріплених в акціях, але не самих акцій. Отже, корпоративні права, що посвідчуються акціями, при зникненні «права на папір» з причини відсутності останнього отримують повністю самостійне значення. *Формі акції надається лише функціональне призначення.*

Саме участь у товаристві, а не володіння акцією, дедалі частіше визнається науковцями ключовим у розумінні природи прав акціонерів. Акціонерам товариства належать корпоративні права, основним з яких є участь в управлінні справами корпорації. Решта корпоративних прав (право на інформацію, право оскаржувати рішення органів корпорації, оспорювати вчинені корпорацією правочини тощо) є допоміжними і можуть бути охарактеризовані як права, пов'язані з правом на участь в управлінні юридичною особою. Частка участі у статутному капіталі господарського товариства, на думку Д. В. Ломакіна, будучи комплексом майнових і немайнових прав участі, що мають загалом майнову природу, і така, що опосередковує майнову та немайнову участь у діяльності корпорації, є особливим об'єктом цивільних прав [8, с. 176–177]. Зокрема, цивіліст зазначає, що ця частка участі значно відрізняється як від правового режиму суб'єктивних цивільних прав, коли вони виступають самостійними об'єктами цивільного обороту, так і від правового режиму класичних цінних паперів, випущених у формі окремих документів, які посвідчують права участі в АТ. Однак чи існує відмінність між часткою участі і бездокументарною акцією? Вважаємо, що частка участі в статутному капіталі господарського товариства, що акція АТ є формою посвідчення прав учасників (акціонерів) товариства залежно від його організаційно-правової форми. Права ж, у свою чергу, становлять цінність як об'єкт права. Не підлягає ніякому сумніву, що природа «цінності» цінних паперів полягає не в природних якостях документів, а в суб'єктивних цивільних правах, які посвідчуються ними.

Визначення співвідношення понять «права на папір» та «права з паперу» дає змогу окреслити в межах корпоративних відносин проблему, яку в юридичній літературі іменують концепцією «право на право». Характерна для більшості західних правових систем фікція «право на право», фактично права власності на корпоративні права, робить можливим розгляд майнових та немайнових корпоративних прав, посвідчених бездокументарними акціями, як об'єктів корпоративних відносин. Такий висновок є похідним з аналізу визначення бездокументарного цінного паперу, закріпленого в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок». Відповідно до ч. 3 ст. 3 цього Закону бездокументарним цінним папером є обліковий запис на рахунку в цінних паперах у системі депозитарного обліку цінних паперів. Відсутність матеріального (паперового) носія інформації як правового засобу фіксації корпоративних прав, що становлять зміст акції, все ж дозволяє законодавцю використовувати конструкцію власності і стосовно бездокументарної її форми (як фікції). Це підтверджується ч. 1 ст. 197 ЦК України, за якою до особи, яка набула право на цінний папір, одночасно переходять у сукупності всі права, які ним посвідчуються (права з цінного паперу).

Поява бездокументарної форми акцій призвела до того, що вони вже не можуть вважатися об'єктами речового права (різновидом речей). У той же час законодавством у цивільному обороті встановлюється правовий режим права власності щодо акцій. Через тенденцію розширення об'єктів права власності воно вже не може розглядатися як найбільш повне суб'єктивне право на річ. Установлення особливого правового режиму щодо акцій варто вважати способом юридичної техніки, що дає змогу встановити найбільший ступінь повноти права акціонера на них як на об'єкт цивільних прав, що підтверджується ст. 177 ЦК України.

Д. В. Ломакін, вважаючи корпоративні права акціонера єдиним комплексом взаємопов'язаних і взаємообумовлених прав, зазначає, що такий комплекс можна іменувати акцією, але така «акція» не буде мати нічого спільного з акцією як цінним папером. Єдність прав, на думку вченого, виявляється не у можливості відступлення якого-небудь окремого права з цього комплексу, оскільки передати можна лише всі права в сукупності [8, с. 166]. Взаємопов'язаність вказаних, *умовно кажучи, прав* полягає в тому, що в основі їх виникнення лежать одні й ті самі юридичні факти, які в сукупності є підставою виникнення корпоративного відношення. У свою чергу, взаємозумовленість полягає в тому, що одні права є гарантією належного здійснення інших прав. Отже, Д. В. Ломакін піддає сумніву можливість розгляду акції як об'єкта корпоративних правовідносин (прав).

На підтримку необхідності визнання конструкції «право на право» щодо суб'єктивних корпоративних прав є визнання їх самостійними об'єктами цивільного обороту. Оборот у правознавстві варто розуміти як сукупність актів передачі прав. Такий погляд висловлював ще О. О. Красавчиков та стверджував, що, оскільки цивільний оборот складається з відносин нематеріальних (ідеологічних) то, відповідно, результатом, якщо можна так сказати, «цивільно-правового обороту» є не перехід матеріальних благ самих по собі від однієї особи до іншої, а перехід тих майнових прав, об'єктом яких ці блага визнаються [9, с. 26]. Крім цього зазначено, що об'єктами такого обороту є суб'єктивні цивільні права, зокрема й на нематеріальні об'єкти (виключні та деякі особисті права), а також права, які взагалі не мають об'єктів (деякі зобов'язальні та деякі корпоративні права)<sup>1</sup>. Отже, можна погодитись із думкою, що з моменту створення корпорації учасники набувають корпоративних прав, які, ставши предметом цивільного обороту, можуть бути відчужені їх власниками на оплатній чи безоплатній основі за цивільно-правовими договорами або в порядку універсального правонаступництва (при реорганізації та при спадкуванні), що надає підстави запровадити поняття корпоративних прав як самостійного об'єкта цивільних прав, який може вільно обертатися на ринку.

На чому ж ґрунтується така позиція? Набуття корпоративних прав, що мають майнову складову, викликано інтересом майбутнього акціонера чи особи, яка вже має відповідний статус та бажає збільшити обсяг своєї корпоративної правоздатності. Саме *набуття права участі* (той обсяг корпоративної правоздатності, якої він набуде), а не акції як форми фіксації корпоративних прав, *становить інтерес акціонера*. Тобто привабливість суб'єктивного корпоративного права полягає у його майновій складовій (майнових корпоративних правах). Немайнові корпоративні права стають об'єктом цивільного обороту винятково у парі з майновими корпоративними правами [10, с. 61–73]. Такий процес вносить певний дискомфорт у зазвичай злагоджену діяльність товариства. І це є одним з доводів на користь необхідності змінити підходи – як теоретичні, так і законодавчі – до розуміння корпоративного права [6, с. 163]. При цьому практика цивільного обороту давно де-факто визнає суб'єктивні корпоративні права окремим майновим об'єктом цивільних прав, проте законодавець залишається в цьому плані консервативним, і їх відчуження досі має викривлений характер, легальним втіленням якого є форма виходу та вступу до товариства.

1 Сфера цивільного обороту – це сфера обороту суб'єктивних цивільних (приватних) прав, а не їх об'єктів немайнового походження [2, с. 76–77].

Суб'єктивне корпоративне право як об'єкт майнового характеру має певну оціночну вартість, на яку впливає ряд факторів, серед яких і вид організаційно-правової форми товариства, і фінансові показники, і перспективи розвитку та його ділова репутація. Звідси, одним із напрямів розширення кола об'єктів права власності є розробка та використання концепцій «безтілесного майна», під яким розуміють права, що мають вартість і грошову оцінку, але визнаються «ідеальним майновим об'єктом». Хоча суб'єктивні корпоративні права виникли та існують між акціонером і товариством як об'єкт цивільних прав, вони водночас стають предметом нового цивільного правовідношення, за допомогою якого опосередковується їх перехід від одного суб'єкта до іншого. При цьому одна сторона (товариство) корпоративного відношення при переході суб'єктивних корпоративних прав залишається, як правило, незмінною. Отже, корпоративні права – це права, об'єктом яких є блага, що мають грошову оцінку (мінові цінності).

Суб'єктивні корпоративні права, що належать акціонеру у зв'язку з участю в АТ, можуть перейти до іншої особи або в порядку відступлення права, тобто на основі правочину або на основі закону. Це є аргументом на користь того, що такі права у підприємницьких організаціях слід сприймати як один оборотоздатний об'єкт.

Невизнання суб'єктивних корпоративних прав об'єктом цивільних прав досі породжує хибну практику викривлення в оцінці всіх правомірних дій, які вчиняються щодо них, і це не дозволяє рухатися в напрямі вдосконалення регулювання процедури їх відчуження та набуття. І якщо немайнові права, що пов'язані з членством у господарському товаристві, є невідчужуваними, то в сукупності з майновими правами – суб'єктивні корпоративні права необхідно визнавати особливим об'єктом цивільних правочинів.

Характерність таких ознак, як здатність до передачі та цінність для суб'єктивних корпоративних прав, свідчить про потребу їх визнання як оборотоздатних. Як справедливо зазначає Ю. Є. Туктаров, у цьому розумінні між здатними до передачі зобов'язальними, речовими, корпоративними, виключними та іншими правами, що є здатними до передачі та мають цінність, немає різниці, оскільки вони лежать на одній логічній прямій, мають єдиний знаменник – оборотність [4, с. 126].

Отже, суб'єктивні корпоративні права заслуговують на самостійне місце серед переліку об'єктів цивільних прав, що містяться в ст. 177 ЦК України. Звідси, тенденції розвитку сучасного цивільного обороту диктують необхідність віднесення таких прав до числа об'єктів права власності.



сті (у широкому його розумінні), при цьому таке «право на право» – вже знаходиться за рамками інституту речового права.

1. Spasibo-Fateeva I. V. *Doctrynal'ne tlumachennya* / I. V. Spasibo-Fateeva // *Visnyk Akademii pravovyh nauk Ukrainy*. – 2005. – № 1 (40). – p. 14–24.
2. Belov V. A. *Ob'ekt sub'ektivnoho grazhdanskoho prava, ob'ekt grazhdanskoho pravootnosheniya I ob'ekt grazhdanskoho oborota: sodержanie I sootnoshenie ponyatiy* / V. A. Belov // *Ob'ekty grazhdanskoho oborota: sb. st. ; otv. red. M. A. Rozhkova*. – M.: Statut, 2007. – p. 6–77.
3. *Grazhdanskoe pravo: aktual'nie problemy teorii i praktiki / pod obsch. red. V. A. Belova*. – M. : Yurayt-Izdat, 2008. – 993 p.
4. Tuktarov Yu. E. *Imuschestvennye prava kak ob'ekty grazhdansko-pravovoho oborota* / Yu. E. Tuktarov // *Aktual'nye problemy grazhdanskoho prava : Sb. st. Vyp. 6 / Podred. O. Yu. Shilohvosta*. – M.: Izd-vo NORMA, 2003. – p. 101–136.
5. Savat'e R. *Teoriya obyazatel'stv: yuridicheskiyeconomicheskyy ocherk / Perevod s fr. I vstup. stat'ya R. O. Halfinoy*. – M.; Izd-vo Progress, 1972. – 440 p.
6. *Korporativne pravo Ukrainy : pidruchnyk / V. V. Luts', V. A. Vasylieva, O. R. Kibenko, I. V. Spasibo-Fateeva (tainsh.); zazag. red. V. V. Lucyа*. – K. : Yurinkom Inter, 2010. – 384 p.
7. Mozolin V. P. *O dal'neyshih putyah razvitiya grazhdanskoho prava* / V. P. Mozolin // *Zhurnal rossiyskoho prava*. – 2007. – № 3. – p. 15–25.
8. Lomakin D. V. *Korporativnye pravootnosheniya: obschaya teoriya i praktika ee primeneniya v hozyaystvennyh obschestvah* / D. V. Lomakin. – M.: Statut, 2008. – 511 p.
9. Krasavchikov O. A. *Sovetskiy grazhdanskiy oborot (ponyatiye osnovnyeelementy)* / O. A. Krasavchikov // *Uchenye zapiski*. – T. V: *Voprosy grazhdanskoho, trudovoho prava u grazhdanskoho protsessa*. – M. : Gosyurizdat, 1957. – p. 3–27.
10. Zhornokui V. G. *Nemaynovi prava uchashnykiv gospodarsc'kyh tovarystv: dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.03 / V. G. Zhornokui ; Kharkivs'kyu natsional'nyu universytet vnutrishnih sprav, 2012*. – 196 p.

**Жорнокуй Ю. М. Суб'єктивне право як об'єкт корпоративних відносин**

Подана до ознайомлення стаття присвячена аналізу сучасного стану вчень про об'єкт корпоративних відносин. За основу взято методологічний підхід вивчення досліджуваного явища від загального до спеціального. Зокрема, окреслено коло проблемних аспектів, пов'язаних із з'ясуванням об'єкту цивільних відносин взагалі, об'єкту їх різновиду – корпоративних відносин та об'єкту корпоративного конфлікту, як підвиду корпоративних відносин – охоронних

корпоративних відносин. Запропоновано об'єктом корпоративних відносин визнавати суб'єктивне корпоративне право.

Наведений висновок ґрунтується на тому, що вразливість більшості теорій об'єкта цивільного права полягає в тому, що вони: а) часто будуються на протиставленні та б) їх розробники намагаються вказати межі об'єкта права (об'єкта цивільного права). Особа, вступаючи до корпоративних відносин, заінтересована в набутті саме відповідних прав, з метою участі в управлінні товариством та можливості належного їх здійснення. У результаті порушення (невизнання, оспорювання) чи створення загрози порушення регулятивних корпоративних прав інтерес акціонера становлять не будь-які дії, поведінка, акції та інші об'єкти, які запропоновано фахівцями вважати об'єктами корпоративних відносин, а відновлення та безперешкодне здійснення належного їм регулятивного корпоративного права, тобто права, яке складає зміст іншого (регулятивного) корпоративного правовідношення.

**Ключові слова:** акціонер, акціонерне товариство, об'єкт правовідношення, суб'єктивні корпоративні права.

#### **Жорнокуй Ю. М. Субъективное право как объект корпоративных отношений**

Представленная к ознакомлению статья посвящена анализу современного состояния учений об объекте корпоративных отношений. Основой стал методологический подход изучения исследуемого явления от общего к специальному. В частности, очерчен круг проблемных аспектов, связанных с выяснением объекта гражданских отношений вообще, объекта их разновидности - корпоративных отношений и объекта корпоративного конфликта, как подвида корпоративных отношений - охранных корпоративных отношений. Предложено объектом корпоративных отношений признавать субъективное корпоративное право.

Приведенный вывод основывается на том, что уязвимость большинства теорий объекта гражданского права состоит в том, что они: а) часто строятся на противопоставлении б) их разработчики пытаются указать границы объекта права (объекта гражданского права). Лицо, при вступлении в корпоративные отношения, заинтересовано в приобретении именно соответствующих прав, с целью участия в управлении обществом и возможности надлежащего осуществления. В результате же нарушения (непризнания, оспаривания) или создание угрозы нарушения регулятивных корпоративных прав интерес акционера составляют не любые действия, поведение, акции и другие объекты, которые предложено специалистами считать объектами корпоративных отношений, а восстановление и беспрепятственное осуществление надлежащего им регулятивного корпоративного права, то есть права, которое составляет содержание другого (регулятивного) корпоративного правоотношения.

**Ключевые слова:** акционер, акционерное общество, объект правоотношения, субъективные корпоративные права.

---

**Zhornokui Yu. M., Subjective Right as the Object of a Corporate Relationship**

Submitted to the review article is focused on the analysis of the current state of the studies about the object of a corporate relationship. As the basis, the author has taken methodological approach to study the researched phenomenon from the general to the specific. In particular, the range of problematic aspects related to the clarification of the object of civil relations in general, the object of their variety – corporate relations. The author has suggested to consider the subjective corporate right as the object of corporaterelationship.

Provided conclusion is based on the fact that the vulnerability of the most theories concerning the object of civil law is that they: a) are often built on the opposition and b) their developers try to indicate the boundaries of the object of the law (object of civil law). A person entering the corporate relations is interested in acquiring appropriate rights to participate in the management of the company and the possibility of their proper implementation. If regulatory corporate rights are violated (disclaimer, contestation) or there is a threat of their violations, the interest of a shareholder is not any actions, behavior, shares and other objects that are offered by experts to be considered as objects of corporate relations, but restoration and unresisted implementation of the proper regulatory corporate right, namely the right that compose the content of another (regulatory) corporate relationship.

**Keywords:** shareholder, joint stock company, object of legal relations, subjective corporate rights.

**Зеліско А.В.**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри цивільного  
права Навчально-наукового  
юридичного інституту  
ДВНЗ «Прикарпатський  
національний університет  
імені Василя Стефаника»*

**Zelisko A.V.**

*PhD in Law, associate  
Professor of the civil law  
department of Law Institute,  
Precarpathian National  
University Named after Vasyl  
Stefanyk*

## **ПІДПРИЄМНИЦЬКІ ЮРИДИЧНІ ОСОБИ ПРИВАТНОГО ПРАВА В ЯКОСТІ КОРПОРАТИВНИХ УТВОРЕНЬ**

УДК 347.191.1

Підприємницька діяльність в Україні почала формуватися в умовах відсутності попереднього досвіду її правового регулювання у зв'язку із тривалим соціалістичним періодом, який не визнавав ні приватної власності, ні правових форм ведення бізнесу. Відповідно наукових теоретичних розробок для впровадження вказаних форм не було. Окреслена ситуація ускладнювалася також імплементацією у вітчизняну науку та законодавство інститутів, притаманних для держав із розвиненою ринковою економікою, зокрема пов'язаних із регулюванням корпоративних юридичних осіб. Переживши період так званої «екзотичності», для практиків і науковців поняття «корпоративна юридична особа» на сьогодні стало загальноживаним терміном, який пройшов і продовжує проходити постійні процеси трансформації.

На дослідженні корпоративних юридичних осіб зосереджені наукові пошуки таких провідних сучасних учених, як: В. І. Борисова, В.А. Васильєва, І.В. Венедиктова, О. М. Вінник, М.К. Галянтич, Н.С. Глусь, І.П. Грешніков, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, І. В. Жилінкова, Ю.М. Жорнокуй, Д.В. Задихайло, О.І. Зозуляк, І. С. Канзафарова, О. Р. Кібенко, Н.В. Козлова, В. М. Коссак, А.В. Коструба, О. В. Кохановська, В.В. Кочин, В. М. Кравчук, О.Д. Крупчан, Н. С. Кузнецова, І. М. Кучеренко, В.В. Лаптев, І.В. Лукач, В. В. Луць, Р. А. Майданик, В.М. Махінчук, Л.С. Нецька, В. Д. Примак, І.Б. Саракун, В. М. Селіванов, І.А. Селіванова, В. І. Семчик, І. В. Спасибо-Фатєєва, Р. О. Стефанчук, Н. І. Титова, Є.О. Харитонов, О. І. Харитонова, Я. М. Шевченко, Ю. С. Шемшученко, Г. Ф. Шершеневич, С.І. Шимон, Р. Б. Шишка, В. С. Щербина, О. В. Щер-

бина, В. З. Янчук, В.Л. Яроцький та ін. Водночас, актуальність дослідження вказаних понять та їх правової природи не зменшується в силу опосередкованості вживання в чинному законодавстві України поняття «корпоративна юридична особа», а також різного тлумачення цього поняття в доктрині.

Викладені аргументи визначають **мету цієї статі** – дослідження поняття «корпоративна юридична особа» крізь призму співвідношення його із поняттям «підприємницька юридична особа приватного права». Вирішення питання про те, чи можемо ми ідентифікувати підприємницькі юридичні особи як корпоративні, незалежно від їх організаційно-правової форми, дозволить нам використовувати відповідні правові механізми для регулювання корпоративних відносин у цих юридичних особах. Окрім того, розкриття співвідношення цих понять сприятиме узгодженню категоріального апарату науки та практики.

Потрібно зазначити, що критерії ідентифікації юридичних осіб у якості корпоративних можна розкрити лише на основі комплексу ознак таких юридичних осіб. Сукупність ознак корпоративних юридичних осіб подається у правовій літературі в різних варіантах. Учені, які обґрунтовують концепцію відмінності понять юридичної особи та корпоративної юридичної особи (саме на основі цієї позиції ми проводимо наукові пошуки у сфері ідентифікації підприємницьких юридичних осіб якості корпоративних), формують перелік ознак, що притаманні, на їх думку, саме корпоративним юридичним особам. Зокрема, Н. С. Глузь, визначає наявність в корпорації двох груп ознак: загальні – властиві для усіх юридичних осіб; спеціальні – які визначають специфіку корпорацій і відрізняють їх від інших юридичних осіб. До останніх Н. С. Глузь відносить: об'єднання капіталів і майнова участь учасників в корпорації; діяльність на основі статуту та установчого договору; складне корпоративне управління [1, с. 4]. В. А. Васильєва, наголошуючи на належності корпораціям ознак об'єднаності осіб та капіталів, спрямованості на соціально-корисну діяльність та наявності складеного капіталу, наголошує також, що цим юридичним особам притаманна мета отримання прибутку для наступного його розподілу між учасниками, а також виникнення в учасників (засновників) майнових та немайнових прав [2, с. 95]. Ю. М. Жорнокуй визначає такі ознаки: корпорацією є підприємницьке товариство; корпорація є об'єднанням капіталів, а не осіб; члени корпорації об'єднані спільним корпоративним інтересом; саме корпорація, а не її члени є власником майна; управління корпорацією через спеціально створювані органи; наявність в учасників корпорації корпоративних прав [3, с. 29]. І. В.

Лукач виводить ознаки корпоративних юридичних осіб зі змісту ст. 167 ГК України (господарська організація; мета отримання прибутку, оскільки корпоративні права включають правомочності на отримання частини прибутку організації; наявність статутного капіталу або майна; поділ статутного капіталу на частки), на основі яких відносить до цих юридичних осіб господарські товариства; виробничі кооперативи; підприємства, що засновані на приватній власності двох чи більше осіб [4, с. 139].

Аналізуючи рівень відображення специфіки корпоративних юридичних осіб усіма вищевикладеними ознаками, варто погодитися із В. А. Васильєвою, що самих лише ознак, пов'язаних із союзом осіб, наявністю складеного капіталу та спільною метою для віднесення певного утворення до корпорації, недостатньо, оскільки за чинним законодавством такими тоді слід вважати всі види товариств, кооперативи, фермерські господарства, громадські організації тощо. Така ситуація, на думку ученої, потребує введення додаткових критеріїв для розмежування відносин за суб'єктною ознакою або зміни підходу загалом [2, с. 96].

І справді, окремі перераховані вище ознаки відображають наявність в корпорації статусу юридичної особи і визначають її в якості самостійного суб'єкта правовідносин. До таких ознак, наприклад, належать: незалежність юридичної особи від зміни складу учасників; належність майна на праві власності самій корпорації, а не її учасникам; діяльність на основі статуту чи іншого роду установчих документів; організаційна єдність тощо.

Серед ознак корпорацій, які виділяє переважна більшість сучасних учених, можна виокремити ті, які відображають корпоративність устрою цих юридичних осіб: наявність спільної соціально-корисної мети; об'єднаність осіб та капіталів; створення майна корпорації за рахунок внесків учасників (засновників); виникнення в учасників (засновників) корпорації майнових та немайнових прав, що іменуються корпоративними; належність корпорацій до комерційних юридичних осіб. Викладені ознаки потребують ґрунтовного та глибинного аналізу з метою виявлення тих із них, які можна ідентифікувати як конститутивні, які найбільш яскраво відображають специфіку корпоративних юридичних осіб.

Отже, щодо наявності спільної соціально-корисної мети в корпоративних юридичних особах. У сучасній доктрині вважається, що власне елемент спільної мети та спрямоване на його досягнення зобов'язання сторін (учасників) становлять основну специфіку відносин товариства [5, с. 189]. Вказане черговий раз підтверджує спорідненість понять корпоративної юридичної особи і товариств. Однак у науковій літературі

вказується на притаманність такого роду ознаки не лише товариствам. Зокрема, В. М. Кравчук обґрунтовує те, що спільність і соціальна значущість мети характерна для будь-якого утворення зі статусом юридичної особи. Вчений наголошує, що юридична особа – це організація, мета якої може бути реалізована шляхом її безпосередньої участі у цивільних правовідносинах. Її соціальна природа проявляється через взаємодію мети і способів її досягнення [6, с. 51]. Досліджуючи проблеми сутності юридичної особи, В. В. Кочин також підкреслює те, що інтерес засновників знаходиться в основі формування мети юридичної особи. Учений наголошує, що «інтерес є потребою юридичної особи, що обумовлюється метою її створення, він є більш ідентифікованим (визначеним), ніж мета, а також динамічнішим явищем» [7, с. 45]. О. І. Зозуляк, досліджуючи ознаку основної мети діяльності непідприємницьких юридичних осіб, ставить під сумнів її роль у формуванні цивільно-правового становища юридичної особи. На рівні ЦК України, зазначає учена, ця ознака майже не впливає на кристалізацію цивільно-правового статусу юридичної особи... [8, с. 81].

Викладене дозволяє нам стверджувати, що вказана ознака характерна для будь-якої юридичної особи, створеної у встановленому законом порядку. Відповідно вона не може бути основою для визначення специфіки корпоративних юридичних осіб із позиції цивільно-правової їх сутності.

Однією із ознак, що сформовані в сучасній літературі в якості таких, які відображають корпоративність устрою, визначають об'єднання осіб. В. А. Васильєва зазначає, що, аналіз корпорації в літературі за ознакою союзу осіб полягає у її визнанні відповідним чином організованим колективом, воля якого визначається груповими інтересами індивідів, які входять до його складу, і який організаційно та майново діє зовні як єдине ціле від свого власного імені. Учена при цьому зауважує, що таке поєднання існує з моменту створення світу і виникає там, де є спільні справи, засновані на однакових інтересах. Але не всяке об'єднання є корпорацією. Наприклад, таким не є просте товариство [2, с. 91].

Враховуючи існуючу в ЄС конструкцію товариства однієї особи, яка була імплементована в чинне законодавство України, варто відзначити яскраво виражену тенденцію до трансформації окресленої ознаки. О. С. Яворська обґрунтовує доцільність існування товариства однієї особи можливістю розмежування майнової основи господарювання, а відтак і майнової відповідальної її засновників (учасників). Шляхом державної реєстрації, відзначає учена, констатується «народження» нового і самостійного суб'єкта права, яким є сама юридична особа, а не фізична особа,

яка її створила [9, с. 63]. Ю. Ю. Акіменко наголошує, що господарські товариства однієї особи з'являються внаслідок відсутності відповідних правових форм, що дозволяють фізичній особі стати учасником правовідносин з обмеженням власної відповідальності (особливо майнової), оскільки в разі участі фізичної особи у цивільно-правовому обігу презумується її повна майнова відповідальність... Таке явище збагачує правові механізми з управління активами фізичних і юридичних осіб, розширює підприємницьку практику [10, с. 7]. О. М. Вінник підкреслює, що подібні товариства можуть належати лише до об'єднань капіталів. У цих видах товариств забезпечується обмеженість ризику, а в певних випадках – відповідальності учасників за результати діяльності товариства. Персональне товариство (повне чи командитне) у складі однієї особи або взагалі є неможливим, або в його створенні немає сенсу [11, с.54].

Ідентифікують корпоративні юридичні особи також за ознакою *об'єднаності капіталів*. Зокрема, Ю. Ю. Акіменко визначає корпоративну природу господарського товариства не за ознакою об'єднання осіб, а саме за властивістю статутного капіталу такого господарського товариства – складеністю [10, с. 4]. Подібного роду позицію займає Ю. М. Жорнокуй, який визначає, що корпорація є результатом в першу чергу об'єднання капіталів [12, с. 14]. В. А. Васильєва підкреслює, що такий капітал виступає фінансовою основою корпорації і, як споживча вартість у формі конкретного майна, належить на праві власності корпорації загалом. Учасники корпорації залишаються власниками вкладеного капіталу як вартості, а не як майна [2, с.91].

Визначена в доктрині ознака складеності капіталу проявляється у *створенні майна корпоративної юридичної особи за рахунок внесків учасників (засновників), які, переходячи у власність юридичної особи, породжують комплекс майнових і немайнових прав*. Вдало природу такого трансформаційного процесу розкриває В. А. Васильєва при дослідженні корпоративної власності. Учена зазначає, що «правовідношення корпоративної власності з множинністю суб'єктів можуть модифікуватися залежно від організаційно-правової форми юридичної особи і домовленості учасників та створювати різні ступені володіння, користування та розпорядження майном. Взввши майнову участь у створенні статутного капіталу, учасник істотним чином змінює свій статус, перетворюючи абсолютне правовідношення на квазізобов'язальне або гібридне правовідношення власності, до змісту якого будуть входити трансформовані речові права учасників» [13, с. 38]. Саме з огляду на такий прояв складеності капіталу слід розглядати цю ознаку в якості кваліфікаційної для корпоративних юридичних осіб.



Ознака ж об'єднаності капіталів (або так звана ознака складеності капіталу), подібно до ознаки об'єднаності осіб, набуває в сучасних соціально-економічних умовах *характеру фіктивності*. Адже згадана вище конструкція товариства однієї особи призводить до умовного розподілу статутного капіталу на частки, які усі належать єдиному учаснику (засновнику).

Як зазначалося вище, участь у корпоративній юридичній особі шляхом внесення майнових вкладів спричиняє виникнення в учасника (засновника) комплексу корпоративних прав. Постає цілком закономірне питання про те, чи у всіх відносинах участі буде мова йти про класичні корпоративні права. Вирішення цього питання є основою для твердження про те, які саме юридичні особи, побудовані на відносинах участі, можна ідентифікувати як корпоративні, а також у чому саме проявляється така участь. З приводу цього немає однозначності у науковій літературі. Зокрема, С. С. Кравченко встановлює таку особливість корпоративних прав як їх можливість проявляти в тих чи інших правовідносинах тільки якусь одну свою якість. Науковець вважає, що вони в певних правовідносинах проявляються тільки як майнові, а в певних – навпаки, як немайнові [14, с. 4]. Висловлена позиція дає змогу стверджувати про наявну в літературі концепцію, відповідно до якої до корпоративних юридичних осіб належать і ті, участь у яких спричиняє виникнення в учасника (засновника) лише немайнових прав (як-от: громадська організація, політична партія тощо). Водночас у сучасній науці сформованою є думка, що до корпоративних юридичних осіб належать ті, участь у яких спричиняє виникнення корпоративних прав як єдиного комплексу майнових і немайнових прав. Вважаємо за доречне підтримати означену концепцію як обґрунтовану та загально визнану в якості пріоритетної. Зокрема, В. А. Васильєва висловила думку, згідно з якою до юридичних осіб корпоративного типу належать усі організаційно-правові форми юридичних осіб, які створені з метою отримання прибутку та подальшого його розподілу між учасниками і в результаті створення яких у засновників виникає особливий вид майнових прав зобов'язального характеру, який прийнято називати корпоративним правом [15, с. 61]. Корпоративне право, зазначає В.А. Васильєва, слід розглядати як складний сукупний об'єкт цивільних прав, що складається із низки самостійних суб'єктивних прав. Вони в сукупності складають зміст корпоративного права. Серед них є права немайнового характеру, або їх ще називають організаційні права учасника товариства та майнові права. Майновий компонент робить корпоративне право вартісним, що привертає увагу учасників ринку [16, с. 110].

І. С. Спасибо-Фатеєва, розглядаючи механізми правового регулювання корпоративних правовідносин, наголошує також на пріоритетності майнових прав у єдиному комплексі корпоративних прав. Учена визначає, що учасник товариства має два різновиди прав: майнове, яке, *будучи основоположним*, породжує вторинні майнові права, а також особисте немайнове право. Саме перше є оборотоздатним, і його відчуження призводить до правонаступництва в нового учасника, а особисте немайнове право є не оборотоздатним і виникає в особи, яка придбала в учасника право на частку певним встановленим законом способом [17, с. 193].

У межах підтримки концепції про єдність корпоративних прав вважаємо, що класичною конструкцією корпоративної юридичної особи є та, внаслідок участі у якій виникає майнова пов'язаність між учасником та юридичною особою, що проявляється у наявності майнових корпоративних прав. Таким чином, підтримуємо позицію провідних сучасних корпоративістів, зокрема, В. А. Васильєвої та І. В. Спасибо-Фатеєвої про пріоритетність майнового компоненту для ідентифікації наявності корпоративних прав і відповідно для ідентифікації юридичної особи в якості корпоративної. Майновий компонент правовідносин у корпоративних юридичних особах проявляється в тому, що їх учасники (засновники) в результаті участі у них мають також право на отримання частини прибутку від діяльності юридичної особи, а також право на ліквідаційну квоту.

Аналогічна ознака є конститутивною для підприємницьких юридичних осіб приватного права. Відповідно можна стверджувати, що *корпоративність, яка проявляється у своєрідному майновому правовому зв'язку між юридичною особою та її учасниками (засновниками), є іманентно притаманною характеристикою для будь-яких підприємницьких юридичних осіб приватного права*. Наведене твердження є логічним продовженням висловлених провідними ученими позицій у сфері корпоративістики. Так, В. А. Васильєва відносить до юридичних осіб корпоративного типу ті, які створено з метою отримання прибутку, й подальшого його розподілу між учасниками і в результаті створення яких у засновників виникає особливий вид майнових та особистих прав (корпоративних прав) [15, с. 61]. Учена констатувала, що будь-яка корпоративна юридична особа є підприємницькою. *У розрізі здійсненого дослідження, опираючись на викладену позицію, можемо стверджувати, що для будь-якої підприємницької юридичної особи приватного права характерною є корпоративність устрою*.

1. Hlus N. S. *Korporatsii ta korporatyvne pravo: poniattia, osnovni oznaky ta osoblyvosti zakhystu: avtoref. dys. ... na zdobuttia nauk. Stupenia kand.*

- yuryd. nauk. spets. 12.00.03 "Tsyvilne pravo I tsyvilnyi protsess; simeine pravo; mizhnarodne pryvatne pravo" / N. S. Hlus. – K., 2000. – 19 p.*
2. *Vasylieva V. A. Korporatsii yak subiekty korporatyvnykh vidnosyn / V. A. Vasylieva // Korporatyvne pravo Ukrainy: pidruchnyk / V.V. Luts, V. A. Vasylieva, O. R. Kibenko, I. V. Spasybo-Fatieieva; za zah. red. V.V. Lutsia. – K.: Yurinkom Inter, 2010. – p. 88-97.*
  3. *Zhornokui Yu. Problemni pytannia vyznachennia poniattia kategorii "korporatsiia" ta ii oznak / Yu. Zhornokui // Pidpriumnytstvo, hospodarstvo i pravo. - № 8. – 2009. – p. 29–33.*
  4. *Lukach I. V. Do pytannia pro oznaky korporatsii / I. V. Lukach // Pidpriumnytstvo, hospodarstvo i pravo. – 2013. – №3. – p. 138-142.*
  5. *Vasylieva V. A. Osnovni poniattia (chastyna 2 Korporatyvne pravo Ukrainy) / V. A. Vasylieva // Korporatyvne pravo Polshchi ta Ukrainy: monografiia / Vasylieva V. A., Gerbet Andzhei, Kovalyshyn O. R. ta in. § za zah. red. prof. V. A. Vasylievoi. – Ivano-Frankivsk, 2016. - p. 187-191.*
  6. *Kravchuk V. M. Korporatyvne pravo. Naukovo-praktychnyi komentar zakonodavstva ta sudovoi praktyky / V. M. Kravchuk. – K.: styna, 2005. – 720 p.*
  7. *Kochyn V.V. Pravova sutnist yurydychnoi osoby / V.V. Kochyn // Yurydychna Ukraina. - №5. – 2013. – p. 43 – 48.*
  8. *Zozuliak O.I. Problemy vdoskonalennia pravovogo reguliuvannia zdiisnennia pidpriumnytskoi diialnosti nepidpriumnytskymy orhanizatsiiami zi statusom yurydychnoi osoby / O. I. Zozuliak // Pravo i suspilstvo : Mizhnarodnyi zhurnal. – Vyp. 1. - Ivano-Frankivsk: Foliant, 2015. – p. 76 – 90.*
  9. *Yavorska O. S. Hospodarske tovarystvo odnii ei osoby / O. S. Yavorska // Zbirnyk naukovykh prats za materialamy Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii ["Korporatyvne pravo Ukrainy ta inshykh yevropeiskykh krain: porivnialno-pravova kharakterystyka"], (26-27 veresnia 2014 r., m. Ivano-Frankivsk) / za red. doktora yuryd. nauk V.V. Lutsia. - Ivano-Frankivsk, 2014. – p. 61 – 65.*
  10. *Akimenko Yu. Yu. Osoblyvosti tsyvilno-pravovoho statusu hospodarskoho tovarystva odnii ei osoby ( na prykladi zakonodavstva Ukrainy ta FRN): avtoref. dys. ... na zdobuttia nauk. Stupenia kand. yuryd. nauk. spets. 12.00.03 "Tsyvilne pravo I tsyvilnyi protsess; simeine pravo; mizhnarodne pryvatne pravo" / Yu. Yu. Akimenko. – Odesa, 2011. – 19 s.*
  11. *Vinnyk O. M. Hospodarske tovarystvo odnii ei osoby / O. M. Vinnyk // Visnyk Khmelnytskoho instytutu rehionalnogo upravlinnia ta prava. – 2002. - №2. – p. 53 – 56.*

12. Zhornokui Yu. *Tsivilistycheskaia osnova realizatsii cubiektivniho korporativnoho prava: monohrafiia* / Yu. Zhornokui. – Kh.: Zolota mylia, 2012. – 186 p.
13. Vasylieva V. A. *Korporativna vlasnist : teoretychnyi aspekt* / V.A. Vasylieva // *Aktualni problem pryvatnoho prava : materialy nauk.-prakt. konf. prysviach. richnytsi V. P. Maslova, (m. Kharkiv, 19 liutoho 2016 r.)*. – Kh. : Pravo, 2016. – p. 35-39.
14. Kravchenko S.S. *Yurydychna pryroda prav uchasnykiv hospodarskykh tovarystv : avtoref. dys. ... na zdobuttia nauk. Stupenia kand. yuryd. nauk. spets. 12.00.03 “Tsyvilne pravo I tsyvilnyi protsess; simeine pravo; mizhnarodne pryvatne pravo”* / S.S. Kravchenko. – K., 2007. – 19 p.
15. Vasylieva V. A. *Korporatsii yak subiekty korporativnykh vidnosyn* / V. A. Vasylieva // *Materialy Vseukrainskoho naukovopraktychnoho seminaru [“Vdoskonalennia pravovoho rehuliuвання korporativnykh vidnosyn v suchasnykh umovakh”]*, (25-26 veresnia 2009 r.). - Ivano-Frankivsk, 2010. – p. 56-62.
16. Vasylieva V. A. *Korporativne pravo yak obiekt spadkovykh prav* / V. A. Vasylieva // *Zbirnyk naukovykh statei “Aktualni problem vdoskonalennia chynnoho zakonodavstva Ukrainy”*. – Vyp. 23. - - Ivano-Frankivsk, 2010. – p. 109 – 113.
17. *Korporativne upravlinnia: monohrafiia* / I. V. Spasybo-Fatieieva, O. R. Kibenko, V. I. Borysova; za red. prof. I. V. Spasybo-Fatieievji. – Kh. : Pavo, 2007. – 500 p.

**Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права в якості корпоративних утворень**

У статті акцентовано увагу на потребі проведення подальших наукових пошуків у сфері правової природи корпоративних юридичних осіб в силу наявності у літературі численних позицій щодо її трактування. Констатовано потребу окреслення співвідношення цього поняття із поняттям підприємницьких юридичних осіб приватного права, оскільки реалізація такого завдання сприятиме узгодженню категоріального апарату, а також послідовному використанню при моделюванні статусу підприємницьких юридичних осіб приватного права механізмів, характерних для корпоративних правовідносин. На основі аналізу наукових розробок автором підтримано позицію учених про первинність ознаки корпоративних юридичних осіб, пов’язаної із наявністю у їх засновників (учасників) комплексу майнових та немайнових прав, іменованих корпоративними. Встановлено, що в основі як корпоративних юридичних осіб, так і підприємницьких юридичних осіб приватного права знаходиться ідентичний правовий критерій – наявність майнових та немайнових корпоративних прав в засновників (учасників). Таким чином, стверджено, що для підприємницьких юридичних осіб приватного права іманентно характерна корпоративність устрою.

**Ключові слова:** юридична особа, корпоративна юридична особа, підприємницька юридична особа приватного права, корпоративні права, підприємницька діяльність, засновники (учасники), товариство, правова конструкція.

**Zelisko A. V. The entrepreneurial legal entities of Private Law as corporate associations**

The legal basis of entrepreneurial activity was forming, when the general concept of the development of this activity was absent. This situation was natural for those the soviet period, because there was not a peculiar and business. As a result, scientific developments in the field of adjusting of legal forms of entrepreneurial activity were absent. This situation was complicated by the necessity of introduction to the legislation of positions about corporations. The term “corporation” passed the difficult period of development in the legal system of Ukraine. Today this term is generally accepted, but exposed to the processes of transformation. These arguments stipulate the necessity of research of concepts “the corporate legal entity” and “the entrepreneurial legal entities of Private Law”. The science and practice require the decision of questions about correlation of these concepts. The research result will be establishment of possibility of the use of mechanisms of corporate relations in adjusting of the entrepreneurial legal entities of Private Law. It is established, that the criteria of belonging of legal entities to corporate need to be exposed by means of signs of these legal entities. These signs are presented in legal literature in different variants. Among these signs it is indicated: association of persons and capitals; joint aim; difficult corporate management; capital that is formed from property payments of founders (participants). An author is support the scientific position, that these signs for belonging of legal entity to the corporation not enough. The scientific set, that the basic sign of corporate legal entity is a presence of property and non property corporate rights. An author accomplished the analysis of all existing in literature signs with the purpose of forming of main sign of corporate legal entity. It is established, that the joint aim is the sign of all legal entities of Private Law. As a result an author supported position, that this sign is not the main special sign of corporate legal entities.

In the article was investigated such sign of corporate nature of legal entity as association of persons. The legislation of Ukraine uses the legal constructions, that stipulates transformation of sign of association of persons. For example, the company of one person does not have got such sign. The author supports those scientists, who claim, that such legal construction reflects the needs of modern economic and legal relations.

An author analysed also the association of capitals as a sign of the corporate legal entities. The property of corporate legal entity is formed by the association of payments of founders (participants). These holding become property of legal entity, as a result – the participants acquire the corporate rights. The expounded positions form a conclusion, that this sign is main for corporate legal entities.

Thus, the definition of the “corporate legal entity” should be based on the sign of the presence of property and non property corporate rights of founders (participants)

of legal entity. As a result, an author drew conclusion, that term «the corporate legal entity» and concept «the entrepreneurial legal entities of Private Law « have identical constitutive signs – property and non property corporate rights of founders (participants) of legal entity.

**Keywords:** legal entity, corporate legal entity, the entrepreneurial legal entity of Private Law, corporate rights, entrepreneurial activity, founders (participants), company, legal construction.

**Киричок А.В.**

*здобувач кафедри  
цивільного права та  
процесу факультету № 6  
Харківського національного  
університету внутрішніх  
справ*

**Kyrychok A. V.**

*PhD candidate of the civil law  
and procedure department,  
Faculty № 6 of Kharkiv  
national university of internal  
affairs*

## **ОКРЕМІ ПИТАННЯ САМОЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ**

УДК 347.725

**Постановка проблеми.** Самозахист є одним з ефективних способів захисту прав учасників господарських товариств. Проте, враховуючи його неюрисдикційну форму, дуже часто виникає сумнів стосовно можливості застосування тих чи інших способів самозахисту, особливо прямо не передбачених нормами чинного законодавства.

У науці не існує єдиного підходу до поняття самозахисту прав учасників господарських товариств. Це викликано не лише різночитаннями у розумінні самої термінології «самозахист», але й невизначеністю його застосування у корпоративних правовідносинах. Крім того, виникає питання стосовно можливості самозахисту за допомогою утримання від активних дій, оскільки з даного приводу позиції також різняться.

Незважаючи на те, що законодавство надає можливість власними діями (бездіяльністю) учасникам корпоративних правовідносин захищати свої права, у ньому не міститься чітких способів (хоча б наближеного їх переліку), які можуть бути застосовані щодо захисту корпоративних прав.

Стан дослідження. Проблемою самозахисту цивільних прав, у тому числі й прав учасників господарських товариств, займались Т. М. Волощенко, В. П. Грибанов, І. О. Дзера, О. А. Кулик, К. К. Лебедев, В. В. Луць, К. І. Нікологорська, Є. О. Суханов, І. В. Спасибо-Фатеєва, Г. А. Сverdлик, Е. Л. Страунінг, Р. І. Ташьян, В. Л. Яроцький. Однак не можна сказати, що окреслені питання вирішені у повній мірі, оскільки до сих пір триває наукова дискусія.

**Метою** статті є встановлення поняття самозахисту, можливості застосування способів самозахисту при захисті прав учасників господарських товариств та застосування способів самозахисту у формі утримання від активних дій.

**Виклад основного матеріалу.** Неюрисдикційна форма захисту охоплює дії громадян та організацій у захисті прав, які здійснюються ними самостійно без звернення до компетентних державних органів. У ЦК України вказані дії, об'єднані у поняття самозахисту цивільних прав, який розглядається як один із способів захисту цивільних прав [1, с. 75].

Право на самозахист має тривалу історію виникнення і розвитку. Ще в римському праві з'явилося поняття «самоуправство» (первісна форма захисту прав), яке в даний час вважається прабатьком самозахисту. Однак римське право класичного і пізнішого періоду вже розділяло поняття самоуправства і самозахисту. Самозахист допускався у вигляді загального правила, про що свідчить цілий ряд фрагментів Дигестів Юстиніана і праць римських юристів. Поняття самозахисту неодноразово змінювалося з самого моменту свого виникнення, що може пояснюватися еволюцією правового регулювання. Найбільш активно самозахист вивчалася у кінці ХІХ - початку ХХ ст. і результати серйозних досліджень, проведених вітчизняними цивілістами, які підготували підґрунтя для впровадження у цивільне законодавство цього нового для нього інституту, сприяли появі норм про самозахист у вітчизняному законодавстві [2, с. 120].

УЦК України введено поняття самозахисту цивільних прав. Цей інститут з'являється у цивілістиці не вперше, він має місце як у вітчизняній науці цивільного права, так і в зарубіжних законодавствах. Так, згадування «наступального самозахисту» є у коментарі до ст. 1642 «право утримання» німецького Цивільного уложення 1910 р. Такий різновид засобів самозахисту, як самовільне утримання чужого майна з метою змусити боржника до виконання взятого на себе зобов'язання, був можливий виключно у випадках, передбачених законом, що чітко визначав умови такого утримання. Цей термін введено також до цивільних кодексів Російської Федерації (ст. 14), Узбекистану (п. 3 ст. 9), Киргизстану (ст. 14), але без достатнього визначення поняття [1, с. 77-78].

Даний історичний контекст показує, що самозахист не є новою формою захисту, але при його нормативному визначенні, реалізація самозахисту виходить на новий рівень розвитку. Крім того, наявність такої форми захисту в інших країнах світу говорить про його необхідність та ефективність.

На сьогоднішній день визначення поняття самозахисту введено законодавцем разом з прийняттям ЦК України. Так, відповідно до ст. 19 цього Кодексу особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. Самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не



суперечать моральним засадам суспільства. Способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що завдані цим порушенням. Способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства [3].

Наукова спільнота не залишилась осторонь та запропонувала свої варіанти визначення вказаного поняття.

Так, Г. А. Сverdлик та Е. Л. Страунинг запропонували наступне поняття: «Самозахист цивільних прав – це допустимі законом або договором дії уповноваженої особи, спрямовані на забезпечення недоторканності права, припинення порушення і ліквідацію наслідків цього порушення» [4, с. 35]. Таку позицію підтримали В. А. Вітушко [5, с. 285] та Ч. Н. Азімов [6, с. 102] та інші. Таким чином, науковці виділили декілька ознак самозахисту: допустимість дій, активність дій, превентивна функція (забезпечення недоторканності), захисна функція (припинення порушення), компенсаційна функція (ліквідація наслідків). Вказана позиція виглядає слушною, оскільки окреслені основні ознаки у дуже стислій формі, однак не зовсім розкриті питання можливості самозахисту за допомогою бездіяльності, про яку буде йти мова далі при розгляді самозахисту прав учасників господарських товариств.

Одним з важливих питань є можливість самозахисту корпоративних прав, оскільки на нормативному рівні про це не зазначено. Виходячи з того, що нормами чинного законодавства не передбачено заборони самозахисту корпоративних прав, то можна дійти висновку, що самозахист прав учасників господарських товариств є можливим до застосування. Однак постає питання визначення способів такого самозахисту, оскільки жодний нормативний акт їх не містить. Більш того, самозахист корпоративних прав не тільки використовується, але є досить впливовим під час захисту прав учасників господарських товариств.

Стосовно ефективності застосування самозахисту у корпоративних відносинах слушно зазначив В. В. Луць, що самозахист корпоративних прав відбувається шляхом реалізації наданих учасникам товариства законодавством та внутрішніми актами товариства можливостей по забезпеченню своїх прав без звернення до суду чи інших спеціальних державних органів. У корпоративних правовідносинах, на відміну від інших, ця форма відіграє значну роль у захисті прав, що безпосередньо впливає з особливостей корпоративних правовідносин, корпоративного управління та організації діяльності господарських товариств. При самозахисті корпоративних прав та інтересів дії акціонера (учасника, засновника) то-

вариства спрямовані на захист не лише власних корпоративних прав, а й корпоративних прав та інтересів інших учасників корпоративного спору, на попередження інших форм неправомірної поведінки у корпоративних правовідносинах [7, с. 158]. Вчений зазначає, що специфіка корпоративних правовідносин надає учасникам господарських товариств велику кількість корпоративних правомочностей, котрі можуть використовуватись учасниками для самозахисту. У даному випадку самозахист є досить ефективним, оскільки учасники господарських товариств можуть захистити свої права від порушень у короткі строки за допомогою власних законних дій. Таким чином, перед науковцем взагалі не стоїть питання стосовно можливості такого самозахисту, але він навпаки наводить способи його реалізації.

А. П. Колесов також стоїть на тому, що самозахист корпоративних прав є досить поширеним явищем. Так, зазначено, що специфіка самозахисту при корпоративних конфліктах виявляється у можливості вибору і безпосереднього застосування різноманітних альтернативних процедур і способів розв'язання спорів. При самозахисті корпоративних прав та інтересів дії особи спрямовані також на захист прав та інтересів інших учасників корпоративного конфлікту, на попередження інших форм неправомірної поведінки у корпоративних правовідносинах [8, с. 8]. Можна побачити, що у даному питанні вчений погоджується з позицією В. В. Луця, що під час самозахисту корпоративних прав, дії учасника господарського товариства можуть бути направлені не тільки для захисту своїх прав, але й інших учасників.

Слід зазначити, що ми підтримуємо вказану позицію, оскільки дуже часто у корпоративних відносинах порушуються права не одного окремого учасника, а певної групи учасників, зазвичай тих, котрі не мають значної частини статутного (складеного) капіталу (міноритарні акціонери) та коли застосовує самозахист один учасник, то своїми діями (або бездіяльністю) він може захистити права інших учасників, котрі знаходяться з ним у подібній ситуації. Однак слід підкреслити, що, перш за все, особа намагається захистити свої корпоративні права, а при захисті своїх прав може статись так, що будуть захищені і корпоративні права інших учасників, але це не є правилом, а скоріше – виключенням.

В. Г. Жорнокуй зазначає, що у корпоративних відносинах самозахист виявляється у можливості учасників, немайнові права яких порушені чи, на їх думку, можуть бути порушені, звернутись до органів управління господарським товариством з проханням вплинути на дії інших учасників і припинити таке порушення. В літературі залежно від порядку реалі-

зації самозахисту виділяють: безпосередній порядок самозахисту (участь в управлінні справами, право самим скликати загальні збори товариства, право на кумулятивне голосування) та опосередкований (внесення своїх пропозицій до порядку денного загальних зборів, проведення ревізійною комісією перевірки фінансово-господарської діяльності правління на вимогу акціонерів або будь-якого з учасників ТОВ чи ТДВ, право акціонера вимагати здійснення обов'язкового викупу АТ належних йому акцій) [9, с. 134]. Вчена відокремлює безпосередній порядок (власними діями або бездіяльністю) самозахисту від опосередкованого (коли дії по самозахисту направлені на внутрішньо корпоративні утворення). Дане відмежування є досить важливим, оскільки, існує позиція, що самозахист може мати місце тільки у реалізації власних дій, хоча він вже не набирає достатньої підтримки, оскільки нормами ст. 19 ЦК України передбачена можливість опосередкованого самозахисту.

З огляду на вказані наукові позиції можна дійти висновку, що самозахист прав учасників господарського товариства не тільки є можливим, але й займає окрему позицію у здійсненні корпоративної діяльності господарського товариства. Більш того, у корпоративних відносинах самозахист є досить поширеним явищем та ефективною можливістю захисту порушених прав учасників господарських товариств. Однак, оскільки норми чинного законодавства не передбачають перелік способів самозахисту у корпоративних відносинах, то слід розглянути, які саме способи самозахисту можуть використовуватись.

Так для самозахисту можуть використовуватись окремі можливості надані учасникам господарських товариств нормами чинного законодавства та внутрішніх корпоративних актів. Здебільшого такими способами захищаються права та інтереси учасників господарських товариств з незначною частиною статутного (складеного) капіталу, як слабшої сторони у корпоративних відносинах.

Такими способами можуть бути:

- участь у загальних зборах товариства (ст. 60 Закону України «Про господарські товариства», ст. 34 Закону України «Про АТ»);
- кумулятивне голосування на загальних зборах при обранні органів управління АТ (ст. 42-48, 50-53, 73 Закону України «Про АТ»);
- внесення пропозицій до порядку денного загальних зборів (ст. 38 Закону України «Про АТ»), в тому числі обов'язок внесення до порядку денного пропозицій акціонерів, що сукупно володіють 5 та більше відсотками акцій;

- скликання позачергових зборів на вимогу учасників товариства, що володіють достатньою для цього кількістю голосів (ст. 61 Закону України «Про господарські товариства», ст. 47 Закону України «Про АТ»);

- право здійснення обов'язкового викупу АТ належних йому акцій у встановлених Законом випадках (ст. 68 Закону України «Про АТ»);

- опосередкований захист (звернення за захистом до органів господарського товариства) та інші.

Таким чином, способи самозахисту у корпоративних відносинах є не тільки ефективними, але й оперативними, що у корпоративному праві відіграє вирішальну роль, оскільки будь-яке рішення у товаристві може прийматися дуже швидко, але щоб його оскаржити за допомогою юридичної форми захисту потрібен значний час, який може рахуватись принаймні місяцями.

Ще одне важливе питання, яке необхідно вирішити – це можливість самозахисту за допомогою утримання від активних дій. Проблема полягає у тому, що ст. 19 ЦК України передбачає «застосування засобів протидії». Однак не зрозуміло, що розуміти під поняттям «засіб». Окремі вчені [4, с. 35; 5, с. 285; 6, с. 102] вважали під цим поняттям активні дії, до яких прибігає особа для самозахисту.

Однак для того, щоб розібратись у вказаній проблемі необхідно встановити визначення поняттю «засіб». Так, академічний тлумачний словник української мови під поняттям «засіб», розуміє прийом або якусь спеціальну дію, що дає можливість здійснити що-небудь, досягти чогось або поняття – спосіб [10].

На наш погляд засіб не обов'язково має бути виражений у активних діях, оскільки якщо взяти найбільш близькі синоніми – прийом та спосіб, то вказані поняття не передбачають тільки активні дії, а скоріше послідовність дій (активних або утримання від активних) для досягнення необхідного результату.

Більш того, у корпоративних відносинах самозахист у формі утримання від активних дій «пасивній формі» відіграє значну роль. З приводу цього І. О. Дзера зазначила, що прикладом самозахисту прав учасників господарського товариства може бути право утриматися від голосування на загальних зборах товариства або голосувати проти запропонованого рішення [11, с. 43-44]. Дана позиція науковця є слушною, оскільки, у разі якщо власник корпоративних прав утримається від прийняття рішення, то самозахист буде виражений у вигляді відсутності активних дій, тобто бездіяльності. Якщо вказаний спосіб не назвати самозахистом, то тоді не зрозуміло як його по іншому назвати, оскільки таким способом відстою-

ються права учасника господарського товариства без звернення до адміністративних або інших органів, тобто притаманні ознаки самозахисту.

З іншого боку, учасник товариства може захистити свої права не тільки утриманням від голосування на загальних зборах, але й ухиляючись від участі у загальних зборах. Більш того, якщо такий учасник має достатню кількість голосів для того, щоб на загальних зборах не було кворуму (більше 50%) голосів, то такий спосіб самозахисту може бути більш ефективний ніж будь-які активні дії. В даному випадку, особа за допомогою бездіяльності може захистити свої права, якщо на загальних зборах буде винесено питання не в її інтересах. Даний спосіб самозахисту є дуже ефективним, оскільки важко таку особу змусити відвідувати загальні збори, оскільки це є правом, а не обов'язком учасника товариства, якщо інше не передбачено статутом.

З приводу спонукання до виконання правомочності участі у загальних зборах зазначено у постанові Пленуму Верховного суду України від 24.10.2008 р. № 13, так згідно п. 24 участь у загальних зборах та голосування на них є правом, а не обов'язком акціонера. Відповідно до ст. 19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. У зв'язку з цим суди не вправі зобов'язати акціонера (учасника) товариства взяти участь чи зареєструватися для участі у загальних зборах [12].

Таким чином, самозахист прав учасників господарських товариств може мати місце як у форм активних дій, так і у пасивній формі, тобто у вигляді утримання від активних дій.

Дослідивши поняття самозахисту, можливості застосування способів самозахисту у формі утримання від активних дій та можливості застосування самозахисту у відносинах учасників господарських товариств, можемо зробити наступні висновки:

1) самозахист – це самостійна або опосередкована протидія будь-якими не забороненими законом способами, в тому числі визначеними законом або договором, з урахуванням законодавчих меж і обмежень.

2) у корпоративних відносинах самозахист не тільки є можливим, але й є дуже ефективним інструментом захисту прав учасників господарських товариств.

3) як способи самозахисту корпоративних прав можуть використовуватись окремі можливості надані учасникам господарських товариств нормами чинного законодавства та внутрішніх корпоративних актів.

4) самозахист прав учасників господарських товариств може мати місце як у формі активних дій, так і у пасивній формі, тобто у вигляді утримання від активних дій.

1. *Tsyvil'ne pravo Ukrayiny: Akademichnyy kurs: Pidruch.: u dvokh tomakh / za zah. red. Ya. M. Shevchenko. – T. 1. Zahal'na chastyna. – K.: Kontsern «Vydavnychyu Dim «In Yure», 2003 – 520 p.*
2. *Osushchestvlenye prav I svobod hrazhdan: ucheb. posobyе dlya SPO / V. N. Belik. – M.: Izdatel'stvo Yurrayt, 2016 – 195 p.*
3. *Tsyvil'nyy kodeks Ukrayiny: zakon Ukrayiny vid 16 sich. 2003 r. # 435-IV [Elektronnyy resurs]. – Rezhym dostupu: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.*
4. *Sverdlik, H. A Sposobi samozashchyti hrazhdanskykh prav i ikh klasyfykatsyya [Tekst] / H. A. Sverdlik, E. L. Strauninh // Khozyaystvo I pravo. – 1999. – № 9 – p. 35-42.*
5. *Vitushko, V. A Hrazhdanskoe pravo [Tekst]: ucheb. posob. [v 2 ch.] / V. A. Vytushko. – Mn.: Belarus. nauka, 2007. – Ch. 1. – 566 p.*
6. *Khar'kovskaya tsivilistycheskaya shkola: zashchita subektivnih hrazhdanskykh prav i interesov : monografiya / I. V. Spasybo-Fateeva, M. N. Sybylev, V. L. Yarotsky y dr. ; pod obshch. red. I. V. Spasybo-Fateevoy. – Khar'kov : Pravo, 2014. – 672 p.*
7. *Okhorona prav sub'yektiv korporatyvnykh vidnosyn [Tekst]: monografiya / [Luts' V. V. ta in. ; zazah. red. V. V. Lutsya] ; NDI pryvat. pravaipidpryyemnytstva Nats. akad. prav. nauk Ukrayiny. - K. : [b. v.], 2013. – 193 p.*
8. *Kolesov A. P. Hrazhdansko-pravovye sposobi zashchyti korporativnykh prav i interesov: avtoref. dics. Na soiskanye uch. stepeni kand. yurid. nauk: spets. 12.00.03 / A. P. Kolesov. – M., 2008. – 26 p.*
9. *Zhornokuy V. H. Nemaynovi prava uchasnykiv hospodars'kykh tovarystv dys. kand. yuryd. nauk: 12.00.03 / Zhornokuy V. H.; Kharkivs'kyy natsional'nyy universytet vnutrishnikh sprav. – Kh., 2012. – 196 p.*
10. *Akademichnyy tlumachnyy slovnyk ukrayins'koyi movy [Elektronnyy resurs]. – Rezhym dostupu: <http://sum.in.ua/s/zasib>*
11. *Dzera I. O. Tsyvil'no-pravovi zasoby zakhystu prava vlasnosti v Ukrayini / I. O. Dzera ; shef-red. V. S. Koval's'kyy. - K. : Yurinkom Inter, 2001. – 256 p.*
12. *Postanova Plenumu Verkhovnoho sudu Ukrayiny vid 24.10.2008 r. #13 «Pro praktyku rozhlyadu sudamy korporatyvnykh sporiv» [Elektronnyy resurs]. – Rezhym dostupu: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>*

## **Киричок А. В. Окремі питання самозахисту прав учасників господарських товариств**

У статті, виходячи з аналізу норм чинного законодавства та правових позицій наукової спільноти, досліджено самозахист прав учасників господарських товариств.

Приділено увагу розгляду поняття самозахист та його формування в історичному контексті. Розглянуті наукові позиції стосовно визначення вказаного поняття та застосування.

Розглянута можливість застосування самозахисту у корпоративних правовідносинах та зроблено висновок, що самозахист не тільки можливий, але й є дуже ефективним інструментом захисту прав учасників господарських товариств.

Оскільки є різні наукові думки стосовно виключної можливості застосування тільки активних дій при самозахисті, то в статті приділено окрему увагу можливості застосування способів самозахисту прав учасників господарських товариств у формі утримання від вчинення активних дій (пасивній формі). При цьому наведені приклади способів самозахисту у пасивній формі та зазначено про ефективність таких способів.

По закінченні статті зроблені висновки, стосовно розглянутих проблемних питань.

**Ключові слова:** неюрисдикційна форма захисту, самозахист у формі активних дій, самозахист корпоративного права.

### **Kyrychok A. V. Some issues of self-defense members of business entities rights**

The article based on an analysis of the current legislation and legal position of the scientific community, explored self-defense members of business entities rights.

Attention is paid to consideration of the concept of self-defense and its formation in historical context. Considered scientific position on the definition given concept and application.

Considered the possibility of the use of self-defense in corporate legal relations and concluded that self-defense is not only possible, but is a very effective tool to protect rights of members of business entities.

As there are various scientific opinions on the possibility of using only actions at self-defense, the article paid special attention to the possibility using methods of self-defense rights members of business entities in the form of maintenance from taking action (passive form). Thus examples methods of self-defense in the passive form and noted the effectiveness of these methods.

At the end of the article made conclusions regarding the considered issues.

**Keywords:** non-jurisdictional form of protection, self-defense in form of action, self-defense of the corporate right.

**Мартыненко И.Э.**

*доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права и процесса Гродненского государственного университета им. Янки Купалы (Республика Беларусь),*

**Martynenka I.E.**

*Doctor of Law, Professor, The Head of the Civil and Procedure law Department Yanka Kupala State University of Grodno (Republic of Belarus)*

## **БЕЛОРУССКИЙ ОПЫТ КОДИФИКАЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОХРАНЕ ИСТОРИКО-КУЛЬТУРНОГО НАСЛЕДИЯ**

УДК 342. 6

**Постановка проблемы в общем виде и ее связь с важными научными и практическими задачами.** 3 февраля 2017 г. в Республике Беларусь введен в действие Кодекс о культуре [1] (далее – Кодекс о культуре), который с этой даты стал единственным правовым документом, регулирующим отношения в области выявления, государственного учета, охраны, использования и восстановления объектов культурного наследия.

Соответственно с принятием Кодекса о культуре прекращено действие законов о культуре; о библиотечном деле; о народном искусстве, народных промыслах (ремеслах); о творческих союзах и творческих работников; о кинематографии; о музеях и Музейном фонде, об охране историко-культурного наследия. Основные положения данных нормативных правовых актов вошли в данный кодекс. Поэтому научный и практический интерес имеет анализ основных положений этого нового нормативного правового акта, первого опыта его применения.

**Анализ последних исследований и публикаций, в которых начато решение данной проблемы и на которые опирается автор.** В Украине развитие особенностей правовой охраны культурного наследия связано с именами В.И.Акуленко [2] Т.В.Курило [3], И.П.Магазинщико-вой [4], В.В.Максимова [5], Е.И.Мельничук [6], Б.М.Одайник [7, с.125-129], А.А.Радзивилл [8], Ю.С.Шемшученко [9, с.34-37].



**Нерешенные ранее частей общей проблемы, которым посвящается статья.** Однако указанные авторы не исследовали вопросы кодификации законодательства об охране историко-культурного наследия, что и предопределяет актуальность и значимость предлагаемой работы, результаты которой (белорусский опыт кодификации законодательства о культуре) могут быть полезны для обоснования изменений в законы Украины.

**Целью** данной статьи является демонстрация преимуществ кодификации законодательства в сфере охраны и использовании объектов культурного наследия (памятников истории и культуры).

**Основной материал исследования.** При всем многообразии доктринальных формулировок и нормативных определений понятий «культурное наследие и его часть «памятник истории и культуры», мы придерживаемся следующего подхода. Культура в широком значении есть преобразовательная деятельность человека и общества по созданию и сохранению материальных и духовных ценностей, а также результат этой деятельности. В этом смысле культура – это все, что не является природой, т.е. то, что создано и создается обществом и человеком. Под материальной культурой понимаются искусственно созданные предметы, которые позволяют людям оптимальным способом приспособиться к природным и социальным условиям жизни. Предметы материальной культуры создаются для удовлетворения разнообразных потребностей человека и поэтому рассматриваются в качестве ценностей. *Нематериальная культура* включает духовную деятельность и ее продукты. Она объединяет познание, нравственность, воспитание, просвещение, право, религию. Нематериальная (духовная) культура включает в себя идеи, привычки, обычаи и верования, которые люди создают, а затем поддерживают.

Учитывая эти положения, в Кодексе о культуре предлагаются следующие определения (ст.1): *историко-культурное наследие* – это совокупность отличительных итогов и свидетельств исторического и духовного развития народа, воплощенных в историко-культурных ценностях; *историко-культурные ценности* – это наиболее отличительные материальные объекты и нематериальные проявления человеческого творчества, которые имеют выдающиеся духовные, эстетические и документальные достоинства и взяты под охрану государства; *культурные ценности* – это созданные (преобразованные) человеком или тесно связанные с его деятельностью материальные объекты и нематериальные проявления творчества человека, которые имеют историческое, художественное, научное или иное значение.

Впервые вводится понятие «*культурная деятельность*» - это создание, восстановление (возрождение), сохранение, охрана, изучение, использование, распространение и (или) популяризация культурных ценностей, предоставление культурных благ, эстетическое воспитание граждан, организация культурного отдыха (свободного времени) населения. Охрана культурного наследия является одним из **направлений культурной деятельности**, которое включает систему организационных, правовых, экономических, материально-технических, научных, информационных и других мер, направленных на выявление культурных ценностей для придания им статуса историко-культурной ценности, учет, сохранение, восстановление, содержание и использование историко-культурных ценностей, осуществляемых в целях сбережения и прумножения историко-культурного наследия и создания условий для ее передачи от поколения к поколению.

**Новая классификация культурных (историко-культурных) ценностей.** Все принятые на государственный учет объекты историко-культурного наследия именуется как *историко-культурные ценности*, которые бывают материальными и нематериальными ценностями. В зависимости от особенностей сохранения (охраны) и использования культурные ценности делятся на: историко-культурные ценности (т.е. охраняемые законом памятники - *прим. автора*); культурные ценности, которые составляют Библиотечный фонд, Национальный архивный фонд или включены в Музейный фонд; другие культурные ценности.

Материальные культурные ценности подразделяются на: недвижимые материальные культурные ценности, перемещение которых в пространстве требует осуществления инженерных мероприятий и ведет к частичной или полной потере ими исторического, художественного, научного или иного значения (например, таковыми являются памятники археологии, исторические кварталы города, монументы и др.); движимые материальные культурные ценности, перемещение которых в пространстве не ведет к потере ими исторического, художественного, научного или иного значения (к данной категории относятся древние рукописи, книги, музейные ценности, культовые принадлежности). Материальные историко-культурные ценности классифицируются на памятники 7 видов: памятники градостроительства; памятники археологии; памятники архитектуры; документальные памятники; памятники искусства; памятники истории; заповедные места.

К *нематериальным историко-культурным ценностям* относятся обычаи, традиции, обряды, фольклор (устное народное творчество), язык,

его диалекты, содержание геральдических, топонимических объектов и произведений народного искусства (народного декоративно-прикладного искусства), другие нематериальные проявления творчества человека. В качестве нематериальных историко-культурных ценностей признаны гербы 48 исторических городов, 10 календарных обрядов и др.

Материальные историко-культурные ценности делятся на следующие категории: категория «0» – историко-культурные ценности, имеющие мировую значимость и включенные или предложенные для включения в установленном порядке в Список всемирного культурного и природного наследия или Список всемирного наследия, находящегося под угрозой. По состоянию на 1 февраля 2017 г. в республике 17 объектов имеют категорию «0»; категория «1» – историко-культурные ценности, имеющие международную значимость; категория «2» – историко-культурные ценности, имеющие национальную значимость; категория «3» – историко-культурные ценности, имеющие значимость для отдельного региона Республики Беларусь. без категории – материальные культурные ценности, входящие в состав комплекса, ансамбля, комплекта, коллекции материальных историко-культурных ценностей, но которым отдельно не придан статус историко-культурной ценности.

Нематериальные историко-культурные ценности делятся на следующие категории: категория «А» – историко-культурные ценности, полная аутентичность и достоверность которых безусловны и неизменны; категория «Б» – историко-культурные ценности, которые полностью или частично восстановлены (зафиксированы) на вторичном материале или объективно со временем могут меняться.

Всего на государственный учет принято 5552 историко-культурной ценности (по состоянию на 01 февраля 2017 г.), из которых три включены в Список всемирного культурного и природного наследия ЮНЕСКО [10].

С 3 февраля 2017 г. изменен **порядок придания культурной ценности статуса историко-культурной ценности**. В соответствии со ст. 93 Кодекса о культуре придание культурной ценности статуса историко-культурной ценности осуществляется двумя органами – Министерством культуры или местным исполнительным и распорядительным органом областного территориального уровня. Так, местным исполнительным и распорядительным органом областного территориального уровня решение принимается по отношению к материальной культурной ценности, имеющей значимость для отдельного региона, на территории которого она находится. Министерством культуры – в отношении других культурных ценностей.

Новое законодательство предусматривает возможность **выплаты вознаграждения за случайно обнаруженную культурную ценность, которая является кладом и которой присвоен статус историко-культурной ценности.** Так, решение о выплате вознаграждения собственнику земельного участка или иного имущества, где случайно обнаружена материальная культурная ценность, являющаяся кладом и которой придан статус историко-культурной ценности, а также лицу, случайно его обнаружившему, принимается Министерством культуры или облисполкомом *не позднее десяти календарных дней* со дня принятия решения о придании этой культурной ценности статуса историко-культурной ценности. Выплата такого вознаграждения осуществляется *за счет бюджетов базового уровня и бюджета города Минска* финансовым органом по месту обнаружения материальной культурной ценности *в двухмесячный срок со дня* получения решения о выплате вознаграждения.

**Права и обязанности граждан в сфере историко-культурного наследия** определены соответственно в ст. 32-33 Кодекса о культуре. Так, граждане имеют право на культурную самобытность, возрождение, сохранение и развитие национальных культурных традиций; ввоз и (или) вывоз культурных ценностей, в том числе результатов личной творческой деятельности. В свою очередь граждане обязаны: беречь историко-культурную и археологическую наследие; уважать государственные языки Республики Беларусь и национальные культурные традиции; бережно относиться к культурным ценностям, библиотечных и музейных фондов; уважать и не нарушать права других лиц в сфере культуры, в том числе уважать культурные традиции и языки национальных сообществ.

Кодексом определены **источники финансирования в сфере культуры** и впервые вводятся понятия «спонсор и меценат культуры». Спонсором культуры согласно требованиям ст. 64 Кодекса о культуре может быть юридическое лицо, индивидуальный предприниматель, которые предоставляют юридическим лицам, гражданам, в том числе индивидуальным предпринимателям, *безвозмездную (спонсорскую) помощь* в целях охраны историко-культурного наследия. Спонсоры культуры предоставляют безвозмездную (спонсорскую) помощь в виде денежных средств, в том числе в иностранной валюте, товаров (имущества), работ, услуг, имущественных прав, в том числе исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности. Меценатом культуры в соответствии со ст. 65 Кодекса о культуре является гражданин, который делает пожертвования в целях сохранения, развития, распространения и (или) популяризации культуры, поддержки культурной деятельности, в том

числе сохранения, развития, распространения и (или) популяризации белорусской национальной культуры и языка, охраны историко-культурного и археологического наследия, популяризации культурных ценностей белорусской национальной и мировой культуры. Меценаты культуры делают пожертвования в соответствии с Гражданским кодексом. В гражданском праве *договор пожертвования* является разновидностью договора дарения и представляет собой соглашения сторон, по которому жертвователь обязуется передать одаряемому вещь или имущественное право. В отличие от обычного договора дарения пожертвование не может быть совершено путем освобождения одаряемого от исполнения имущественной обязанности перед жертвователем или иным субъектом, обладающим правом требования по отношению к одаряемому.

Согласно ст. 16 Кодекса о культуре сотрудничество в сфере культуры (составной частью которого является историко-культурное наследие) с коммерческими организациями и индивидуальными предпринимателями может осуществлять, в том числе в рамках **государственно-частного партнерства**. Одним из направлений такого сотрудничества является проведение мероприятий по охране историко-культурного и археологического наследия. Формами сотрудничества государственных органов с коммерческими организациями и индивидуальными предпринимателями выступают *соглашения о государственно-частном партнерстве*. В развитие данного положения 6 июля 2016 г. принято Постановление Правительства № 532, которым утверждены: Положение о порядке подготовки, рассмотрения и оценки предложений о реализации проектов государственно-частного партнерства; Положение о порядке организации и проведения конкурса по выбору частного партнера для заключения соглашения о государственно-частном партнерстве; Положение о порядке ведения Государственного реестра соглашений о государственно-частном партнерстве.

Важные положения касаются перемещения культурных ценностей через таможенную границу, их возвращения в страну. Так, Кодексом о культуре предусмотрено, реально это положение уже реализовано: при Совете Министров Республики Беларусь образована *Комиссия по выявлению, возвращению, совместному использованию и введению в научный и культурный обиход культурных ценностей, которые находятся за пределами Республики Беларусь*. Данная комиссия является постоянно действующим совещательным органом и обеспечивает взаимодействие государственных органов, общественных объединений и других юридических лиц, граждан в целях сбережения и преумножения исто-

рико-культурного и археологического наследия. К своей деятельности комиссия только приступила и здесь, как раз, может быть полезен опыт Украины по законодательному регулированию возвращения культурных ценностей. Нам кажется, весьма удачной является следующая норма: в соответствии со ст. 54 Конституции Украины *государство принимает меры по возвращению в Украину культурных ценностей, находящихся за ее пределами.*

**Право собственности на культурные ценности.** Культурные ценности могут находиться в собственности Республики Беларусь, административно-территориальных единиц Республики Беларусь, юридических лиц, граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей. Отдельные культурные ценности могут быть отнесены законодательными актами к объектам, находящимся только в собственности государства. При придании культурным ценностям статуса историко-культурной ценности права собственности на них сохраняется.

**Выводы из данного исследования и перспективы дальнейших исследований в данном направлении.**

1. Первый опыт кодификации в сфере культуры показывает, что Кодекс о культуре позволяет: во-первых, обеспечить всестороннее системное правовое регулирование общественных отношений в сфере историко-культурного наследия; во-вторых, поднять правовое регулирование общественных отношений в данной области на принципиально новый уровень; в-третьих, создать благоприятные правовые условия для привлечения инвестиций (заключение соглашений о ГЧП), развитие институтов меценатства и пожертвования; в-четвертых, провести ревизию законодательства о культуре в целях обеспечения гармонии нормативных правовых актов о культуре между собой и с другим законодательством. Так, в развитие требований Кодекса о культуре внесены изменения в Гражданский кодекс Республики Беларусь и введена ст. 234-2 ГК «Приобретение права собственности на археологические артефакты»; в Кодекс об административных правонарушениях включены две новые нормы, устанавливающие ответственность за незаконный поиск археологических артефактов» и незаконный оборот археологических артефактов.

В 2016-2017 гг. приняты постановления Совета Министров Республики Беларусь: «О некоторых вопросах обеспечения сохранности историко-культурных ценностей» от 3 июня 2016 г. № 437 (введено в действие 9 июня 2016 г.) [11] и «О некоторых мерах по реализации Кодекса Республики Беларусь о культуре» от 13 января 2017 г. № 25 [12], утверждена Государственная программа «Культура Беларуси» на 2016–2020

годы» [13]. Тем самым завершается структурирование нового законодательства об охране историко-культурного наследия

2. Принятие Кодекса о культуре, основанного на конституционных и международно-правовых нормах, позволило привести действующие в сфере охраны историко-культурного наследия многочисленные нормативные правовые акты в единую систему, сократить количество ведомственных актов (постановлений Министерства культуры) и бланкетных норм, совершенствуя, таким образом, правовой механизм защиты историко-культурного наследия и его объектов - историко-культурных ценностей, памятников. И этот опыт может быть заимствован в ходе совершенствования законодательства об охране, использовании и популяризации памятников истории и культуры Украины.

1. *Culture Code of the Republic of Belarus from 20 July 2016, № 413-C: Accepted 24 June 2016: approved by Council rep. 30 June 2016 // National legal internet portal of the Republic of Belarus, 02.08.2016, 2/2412.*
2. *Akulenko V. I. International law and protection of cultural property and its implementation in national law of Ukraine: monography. Kyiv: Justinian, 2013. 608 p.*
3. *Kurylo T. V. Formation and development of legislation on the protection of cultural heritage in Ukraine: historical and legal research: thesis of PhD in law. K., 2003. 222 p.*
4. *Mahazynschykova I. P. Cultural heritage of humanity: conservation and usage: training manuals. Lviv, 2002. 160 p.*
5. *Maksimov V. V. Legal protection of cultural values in the UNESCO Convention: thesis of Phd in law. Kyiv, 1997.*
6. *Melnychuk O. I. Status of World Cultural Natural Heritage in International Law: thesis of Phd in law. K., 2006.*
7. *Odaynyk B. M. Key definitions relating to the concept of «cultural heritage»: Challenges // Bulletin of the Odessa National University, Journal of the Odessa National University. 09/2009. V.14 Issue 9: Jurisprudence. 129 p.*
8. *Radzyvyll A. A, Problems and prospects of general concept of mankind's heritage in modern international law: diss. Thesis of PhD in law, NAS of Ukraine; Institute of State and Law after V. N. Koretsky. Kiev, 2000. 210 p.*
9. *Shemshuchenko Y. S. Theoretical regulatory framework of cultural values restitutions // Returning back of Ukrainian cultural heritage: problems, tasks and prospects. Issue 10. Kiev, 1997. p. 34-37.*
10. *Martynenko Y. E. State accounting of historical and cultural values: new approaches in the Culture Code of the Republic Belarus // Justice of Belarus, 2017. № 2. p. 24-28.*

11. *Some issues of historical and cultural values saving. The Council of Ministers decree rep. Belarus, June 3 2016 g, number 437 // Nat. Register of legal assembly rep. Belarus. 2016. № 22.*
12. *On adoption of State program "Culture of Belarus" for 2016-2020 Years [Electronic resource]: the Council of Ministers decree rep. Belarus, March 4 2016 g, number 180 // National legal Internet Portal of the Republic of Belarus, 03.23.2016, 5/41814.*
13. *On some measures on implementation of the Culture Code of the Republic of Belarus [Electronic resource]: the Council of Ministers decree rep. Belarus, Jan. 13. 2017 hours, № 25 // Etalon. Legislation of the Republic of Belarus / Nat. Center of legal information of Rep. Belarus. Minsk, 2017.*

**Мартыненко И. Э. Белорусский опыт кодификации законодательства об охране историко-культурного наследия**

Рассматривается белорусский опыт кодификации законодательства о культуре, составной частью которого является законодательство об охране и использовании историко-культурного наследия. Автор, анализируя Кодекс о культуре, который вступил в силу 3 февраля 2017 г., отмечает его достоинства и недостатки. Доказывается, что проведенная кодификация позволила объединить порядка сорока нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере охраны и восстановления историко-культурного наследия. В работе раскрывается содержание новых понятий и определений, таких как «меценат, спонсор, механизм государственно-частного партнерства». Содержащиеся по итогам исследования выводы и рекомендации могут быть полезны при систематизации законодательства о культуре (охране культурного наследия) в Украине.

**Ключевые слова:** культура, культурные ценности, историко-культурное наследие, кодификация законодательства.

**Martynenka I. Belarusian experience of codification of the legislation on the protection of historical and cultural heritage**

Discusses the Belarusian experience of codification of the legislation on culture, part of which is the law on the protection and use of historical and cultural heritage. The author, analyzing the Code of the culture, notes its advantages and disadvantages. It is proved that the codification brought together about forty of the normative legal acts regulating relations in the sphere of protection and restoration of historical and cultural heritage. The article reveals the content of the new concepts and definitions such as «patron, sponsor, or mechanism of state-private partnership». Contained the study's conclusions and recommendations may be useful in the systematization of the legislation on culture (cultural heritage) in Ukraine.

**Keywords:** culture, cultural values, historical and cultural heritage, the codification of the law.



## **Mészáros P.**

*PhD, lecturer of civil and commercial law department, faculty of law in Trnava university in Trnava, Slovakia*

## **Межарос П.**

*кандидат юридичних наук, викладач кафедри цивільного та комерційного права юридичного факультету Трнавського університету, Словаччина*

# **BAN ON COMPETITION IN LIMITED LIABILITY COMPANY (SLOVAKIA)<sup>1</sup>**

## **1. General regulation of ban on competitive conduct**

According to legal regulation of ban on competitive conduct (in general) regulated in provisions of Act no. 513/1991 Coll. Commercial Code as amended (hereinafter as “Commercial Code”), persons as a subjects of competitive conduct and the extent of competitive conduct are in concreto listed in provisions of individual legal entities as individual forms of companies.

Claims arising from breaching ban on competition are established by law – legal duty to surrender any benefits gained from the transaction concluded when ban on competition was breached; legal duty to transfer corresponding gained rights in favour of affected company. The person legally obliged to these actions is the one who violated the ban<sup>2</sup>.

It is necessary to claim related rights in specific time period (three months starting from the day of getting knowledge of unlawful acting, but no later than one year from the originate of related rights), otherwise these rights get null and void. It is also necessary to make a claim against a liable person, not only upon the court<sup>3</sup>.

---

1 Príspevok bol vypracovaný v rámci grantového projektu APVV č. 14-0061 „Rozširovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva“.

2 Commercial Code section 65 par. 2: “A company may demand from a person who violates the ban that they surrender to the company any benefits gained from the transaction by which such person violated the ban on competition, or that they transfer the corresponding rights to the company. This shall not affect the right to damages.”

3 Commercial Code section 65 par. 3: “The company’s rights under Subsection 2 above shall be null and void unless they are exercised against the liable person

---

Claiming the rights arising from breaching the ban on competition does not affect the right to damages<sup>1</sup>.

As stated above, on one hand (in general provisions) Commercial Code provides general rules for concrete right arising from breaching the ban, it also stipulates time periods given to affected subjects for claiming, the issue of (otherwise) possible dispute between different claims (rights to damages and the other rights).

On the other hand, in case of detailed specification of acting in contrary to ban on competitive conduct (and its legal definition), the legal regulation varies from individual forms of companies (and specific types can be found only in individual provisions of specific company) but without any (at least general) specification of competitive conduct as a whole. It is not considered to be a technical approach from general to specific, as would be anticipated because of the structure of Commercial Code. It would be more preferable to settle down (at least basic) definition (such as a general clause) of competitive conduct and only when this is determined, it is possible to deal with related rights and conditions of their exercise.

## **2. Ban on competitive conduct in Limited Liability Company**

Related legal ground is contained in sections 136 and 139 par. 4 Commercial Code.

Scope of the subject matter can be divided according to the subject of regulation of competitive conduct – if it is aimed to executive director (statutory body), shareholder and supervisory body – its members.

### **2.1. Statutory body / Executive officer**

List of banned actions is given by law (mandatory) or (additional) by agreement of association.

According to mandatory legal regulation, basically, executive officer must not (i) conclude business that relates to entrepreneurial activity of company, (ii) to be so called go between-er for business of company in favour of third party, (iii) to be participating on business as a shareholder in other company with unlimited liability, (iv) do actions as executive officer of another company with a similar subject of entrepreneurial activity in case when mentioned

---

within three months of the day on which the company learnt of the relevant fact; however, no later than one year from the origination thereof.

1 Commercial Code section 65 par. 3, last sentence: “This shall not affect the right to damages.”

another company does not have common ground with company of persons origin<sup>1</sup>.

All mentioned banned activities are considered to be banned in a mandatory way with no possibility of change even by the agreement of association. Regulation given by shareholders / company itself (agreement of association) is considered to be additional. It has to be done with respect to mandatory regulation and in case of their conflict, additional regulation is invalid due to breaching of law.

In case of activities stipulated in section 136 par. 1 letter a) (“Unless additional limitations arise from the agreement of association or articles of association, executive officers must not: a) *conclude, in his/her own name or on his/her own account, business deals related to the company’s entrepreneurial activity,*”) and b) (“Unless additional limitations arise from the agreement of association or articles of association, executive officers must not: ... b) *mediate the company’s business deals for other parties,*”) it is considered to be questionable to determine whether specific action should be considered to be banned or not (mainly due to the fact that for conditions settled down by legal regulation only relation and not sameness is sufficient).

E. g. in case of a person performing a position of a statutory body in a company that makes a business – selling fast food and the same person in the same time is a member of statutory body of another company that deals with selling bio products: according to formalistic interpretation of stated above, this acting of person should be reckoned as *contra legem*. When assessing whether a particular action is or is not a competitive conduct, not only strict comparison of subjects of objects of the company listed in Commercial register should be taken into account, but also a real sphere of making business<sup>2</sup>. In

---

1 Commercial Code section 136 par. 1: „Unless additional limitations arise from the agreement of association or articles of association, executive officers must not:

a) conclude, in his/her own name or on his/her own account, business deals related to the company’s entrepreneurial activity,

b) mediate the company’s business deals for other parties,

c) participate in the entrepreneurial activity of another company as a member with unlimited liability, and

d) perform activities as a statutory body or member of a statutory body or other body of another legal entity with a similar subject of entrepreneurial activity, unless the company in which he/she exercises the powers of executive officer participates in the entrepreneurial activity of such legal entity.“

2 Entrepreneurial activity (real sphere of doing business) and objects of the company (more general object of the company’s interest listed in official register that

outlined example, as a appropriate solution should be adopted the result, that it is not considered to be a competitive conduct. It automatically does not mean that, for instance, in case of comparison doing business with selling (only) chocolate and selling (only) cocoa products, the same conclusion should be accepted.

To conclude, when it is necessary to determine whether a particular acting is or is not a competitive conduct banned by law, not only formalistic approach should apply. It is highly required to inspect each case individually and properly according to all relevant criteria and facts of the case.

Broadly speaking, competitive conduct (as a banned acting) falls within the duty to exercise the power of statutory body as an executive officer with professional care and in accordance with the interests of the company and all of its shareholders<sup>1</sup>. When breaching this legal duty (to exercise the power of an executive officer with professional care), related legal consequences can occur<sup>2</sup>, but these are kind of different from general legal consequences or claims that can be enforced according to the section 65 Commercial Code.

represents group classification of more particular spheres of doing business) are two different categories and it is not possible.

1 Commercial Code section 135a par. 1: „Executive officers are obliged to exercise their powers with professional care and in accordance with the interests of the company and all of its shareholders. In particular, they are obliged to obtain and take into account in their decision-making all available information relating to the subject of their decision, to keep in confidence confidential information and facts whose disclosure to third parties could cause harm to the company or endanger its interests or the interests of the company’s shareholders, and while exercising their powers, must not give priority to their own interests, the interests of only certain shareholders or the interests of third parties over the company’s interests.“

2 Commercial Code section 135a par. 2: „Executive officers who breach their obligations while exercising their powers are obliged to jointly and severally compensate the damage thus caused to the company. In particular, they are obliged to compensate the damage incurred by the company due to the fact that they

- a) provided shareholders with benefits contrary to this Act,
- b) acquired property contrary to Section 59a.“

For the comprehensiveness, another paragraphs of cited section listed here:  
„(3) An executive officer shall not bear liability for damage if they can prove that they proceeded in exercising their powers with professional care and in good faith that they were acting in the company’s interest. Executive officers shall not bear liability for any damage caused to the company by their conduct in executing a decision of the general meeting; this shall not apply if the general meeting’s decision is contrary to legal regulations, the agreement of association or articles of association or if it concerns the obligation to file the petition in bankruptcy. If the company has

However, legal consequences derived from breaching the ban on competitive conduct, are specifically stipulated in Commercial Code section 136 par. 2<sup>1</sup>, which refers to general legal regulation of consequences settled down by section 65.

To sum up, there is a variability of legal consequences, these are accessible for entitled entities due to the way of breaching.

## **2.2. Shareholders**

Legal regulation of ban on competitive conduct aimed on shareholders is very strict – determination of the scope of banned acting applying to shareholders can be settled down only by the agreement of association<sup>2</sup>.

Due to the literal interpretation, it should be accepted that the ban on competition for shareholders does not have anything to do with the ban on competition for executive officers. However, this question is a subject of controversy. According to the opinion found in legal doctrine, it is not possible to settle down the ban on competition for shareholders broader than for executive officer. From our point of view, there is no reason for this conclusion

---

established a supervisory board, approval of the executive officers' conduct by the supervisory board shall not relieve them of liability.

(4) Agreements between the company and its executive officer that exclude or limit the executive officer's liability are prohibited; neither the agreement of association nor articles of association may limit or exclude an executive officer's liability. A company may waive claims for damages it has against its executive officers, or may conclude a settlement agreement with them only after three years since such claims arose, provided that the general meeting consents to such waiver and that no shareholder or shareholders whose investment contributions amount to 10% of the registered capital register their protest against such decision at the general meeting in the minutes.

(5) Claims for damages that a company has against its executive officers may be exercised by a creditor of the company acting in the creditor's name and on their own account, if they are unable to satisfy their receivable from the company's property. The provisions of Subsection 1 through 3 shall apply accordingly. Claims made by the company's creditors against executive officers shall not expire if the company waives claims for damages or concludes a settlement agreement with its executive officers. If bankruptcy is declared against the company's property, claims of the company's creditors against the executive officers shall be exercised by the bankruptcy trustee.“

1 Commercial Code section 136 par. 2: “Any breach of Subsection 1 has the consequences stipulated in Section 65.”

2 Commercial Code section 136 par. 3: „The agreement of association or articles of association may determine the scope in which the ban on competition also applies to shareholders.“

coming from legal regulation and banned actions for executive officer and for shareholders do not meet this restriction.

### **2.3. Supervisory Board**

Legal regulation of ban on competition for executive officers applies to members of supervisory board supportively<sup>1</sup>.

We do not consider legislative note in section 139 par. 4 Commercial Code to section 136 Commercial Code to be an appropriate way for regulating this topic.

Scope of section 136 Commercial Code distinguishes between ban on competition for executive officer (par. 1-2) and for shareholder (par. 3), both are designed different. On one hand, mandatory regulation applies that cannot be excluded only broaden (executive officer), on the other hand agreement of association can / but still does not have to stipulate any restrictions (shareholders). Which regulation should be applied? The answer is not clear<sup>2</sup>. Till legal regulation settles down the answer indisputable, we prefer the interpretation in favour of the scope of ban on competition to executive officer to be applied.

Except from not any good regulation of ban on competition for members of supervisory board, importance of related legal regulation can be seen in the way of noting to another section – 135a Commercial to be applied accordingly. The conclusion of unlimited (at least not definite as for those listed in section 65 par. 2 Commercial Code) consequences of breaching the ban on competition could be derived from this approach of legislator.

### **3. Consequences of breaching of ban on competition**

As listed above, breach of ban on competition results in consequences that are given by law, especially in sections 65 par. 2, 135a par. 2-5 (subsidiary). These consequences are considered by legal doctrine as the only ones that come into account. Namely: to surrender to the company any benefits gained from the transaction, transfer corresponding rights to the company, right to damages.

According to chosen judicial practise<sup>3</sup>, breach of ban on competition is also a reason for invalidity of legal acts coming from breaching action because of violation of good manners (we add that also because of another violation

---

1 Commercial Code section 139 par. 4: „The ban on competition (Section 136) and the provisions of Section 135a shall apply to members of the supervisory board accordingly.“

2 „Mistake“ was made by Act no. 11/1998 Coll. making amends not very systematically and properly.

3 Regional Court in Bratislava 3Cob/166/2006.

stated in section 39 Civil Code<sup>1</sup>). We incline to this evaluation made by the court, however legal doctrine rejects it explicitly. Main reason for inclining to stated interpretation of (possible) consequence of violation of law – competitive conduct is that this interpretation allows not only subjects inside the company or company itself to claim any rights in case these are violated by illegal conduct.

It is necessary to claim for related right in period of 3 months (subjective period), at most 1 year (objective period) against the liable person (except rights to damage)<sup>2</sup>.

#### **4. Conclusion**

Main idea of ban on competitive conduct is to prevent from misusing holding certain post.

Legal order explicitly gives priority to settle down the list of misbehaving conduct for executive officers before shareholders. It is justified his rights – in most cases the executive officer evinces the will of company.

We assume that restricted interpretation of consequences arising from misusing conduct (without any explicit legal regulation for this conclusion) shall not prevail over justified interests of the third persons that cannot be demand other way. It is not rare that Limited Liability Company is owned and governed by the same person who evinces its will as well. It means that all actions are under the control of 1 person and when this 1 person decides himself to “have” not only 1, but 2 (so called single-person) companies, there is absolutely no one who would be entitled to make a claim if these two companies would do the same business. If their business activities negatively intervene the third person, pointing out to breaching the ban on competition could be appropriate remedy, but only in case when this remedy comes into account from the point of law. That is why, if necessary, extended interpretation is possible. If any action is considered by law to be illegal, there is no reason for limiting the third persons to call for reparation. Society (and every member of society) needs to have a right for clearing away unlawfulness.

#### **Mészáros P. Ban on competition in Limited Liability Company (Slovakia)**

The article is dedicated to the ban of competition in a limited liability company according to the Slovakian legislation. The author analyzes the provisions of Slovakian

1 Section 39 Civil Code: „A legal act is invalid if the content or the purpose thereof violates or evades the law or is inconsistent with good morals.“

2 Commercial Code section 65 par. 3: „The company’s rights under Subsection 2 above shall be null and void unless they are exercised against the liable person within three months of the day on which the company learnt of the relevant fact; however, no later than one year from the origination thereof. This shall not affect the right to damages.“

---

Commercial Code. The author emphasizes that the claims arising from breaching ban on competition are established by Slovakian law: 1) legal duty to surrender any benefits gained from the transaction concluded when ban on competition was breached; 2) legal duty to transfer corresponding gained rights in favour of affected company.

On one hand (in general provisions) Commercial Code provides general rules for concrete right arising from breaching the ban, it also stipulates time periods given to affected subjects for claiming, the issue of possible dispute between different claims (rights to damages and the other rights). On the other hand, in case of detailed specification of acting in contrary to ban on competitive conduct (and its legal definition), the legal regulation varies from individual forms of companies (and specific types can be found only in individual provisions of specific company) but without any (at least general) specification of competitive conduct as a whole.

In author's opinion, restricted interpretation of consequences arising from misusing conduct (without any explicit legal regulation for this conclusion) shall not prevail over justified interests of the third persons that cannot be demanded in other way.

**Keywords:** competitive conduct, limited liability company, shareholder, statutory body, Slovakian Commercial Code.



## **Novotná M.**

*assistant professor,  
Department of Civil Law and  
Commercial Law, Faculty of  
Law of Trnava University in  
Trnava*

## **Varga P.**

*assistant professor,  
Department of International  
Law and European Law,  
Faculty of Law of Trnava  
University in Trnava*

## **Новотна М.**

*доцент кафедри цивільного  
та господарського  
права, факультет права  
Трнавського університету,  
м. Трнава (Словаччина)*

## **Варга П.**

*доцент кафедри  
міжнародного та  
європейського права,  
факультет права  
Трнавського університету,  
м. Трнава (Словаччина)*

# **INTERNATIONAL AND SUPTRANATIONAL ASPECTS OF NUCLEAR LIABILITY**

## **1 Introduction - legal framework and principles**

The historical roots of the legal regime of liability for nuclear damage go back to the 1960s when there were parallel established two legal regimes. The Vienna regime<sup>1</sup> represented by the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (hereinafter as the „Vienna Convention“)<sup>2</sup> is an open system with a „worldwide applicability“. It enables all states to accede without any restrictions. The Paris regime<sup>3</sup> represented by the Paris Convention on Third

---

1 The contracting states of the Vienna Convention and also the members of the “Vienna liability regime” are Argentina, Armenia, Belarus, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Brazil, Bulgaria, Cameroon, Chile, Croatia, Cuba, Czech Republic, Egypt, Estonia, Hungary, Jordan, Kazakhstan, Latvia, Lebanon, Lithuania, Mauritius, Mexico, Montenegro, Niger, Nigeria, Peru, Philippines, Poland, Moldova, Romania, Russian Federation, Vol. Vincent and the Grenadines, Saudi Arabia, Senegal, Serbia, Slovakia, Macedonia, Trinidad and Tobago, Ukraine, Uruguay.

2 The Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage was established on 21 May 1963 under the auspices of the International Atomic Energy Agency (IAEA).

3 The contracting states of the Paris Convention and also the members of the “Paris liability regime” are Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Netherlands, Norway, Portugal, Slovenia, Spain, Sweden, Turkey, United

Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29th July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28th January 1964 and by the Protocol of 16th November 1982 (hereinafter as the „Paris Convention“)¹ is open only for OECD member states which are entitled, due to their membership, to accede to international treaties that were initiated by the Nuclear Energy Agency².

After the Chernobyl accident, states under the auspices of the IAEA carried out a review of the existing nuclear liability regime and of the regulations specified in the 1960s, taking especially into account the lessons learned by the Chernobyl accident. This exercise resulted in new international instruments, namely the 1988 Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention³ that broadened the coverage of the two Conventions combining them into one expanded liability regime and the 1997 Protocol to Amend the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage⁴, revising the “old Vienna liability regime”. Another area that was of interest of the international community was the creation of public funds which aimed to compensate nuclear damages in cases where the operator of the nuclear equipment, as a liable entity, would not provide the compensation. As a result of these efforts, the 1997 Convention on Supplementary

---

Kingdom. (Switzerland ratified the Paris Convention in 2009, however in the version as amended by the Protocol (2004); as a consequence the Paris Convention will become effective in Switzerland together with the Protocol (2004).)

1 Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29th July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28th January 1964 and by the Protocol of 16th November 1982. Available on-line at: [https://www.oecd-nea.org/law/nlparis\\_conv.html](https://www.oecd-nea.org/law/nlparis_conv.html).

2 MARIANNA KOSNÁČOVÁ, “Občianskoprávna zodpovednosť za jadrovú škodu v práve EU”, *International and Comparative Law Review* (2004, No. 11), p. 35. MARIANNA NOVOTNÁ, PETER VARGA, “The relation of the EU law and the nuclear liability legislation: Possibilities, limits and mutual interaction”, *Societas et iurisprudentia* (2014, No. 3), p. 5.

3 On the Joint Protocol see: OTTO VON BUSEKIST, “A bridge between two conventions on civil liability for nuclear damage: The Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention”, *Nuclear Law Bulletin* (1989, No. 43).

4 On the Protocol to Amend the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage see: VANDA LAMM, “The Protocol amending the 1963 Vienna Convention”, *Nuclear Law Bulletin* (1998, No. 61); JAKUB HANDRLICA, *The Protocol of 1997 to Amend the Vienna Convention on Nuclear Liability and European Union*, *Czech Yearbook of Public and Private International Law* (2013).

Compensation for Nuclear Damage<sup>1</sup> (hereinafter as “CSC”) as was adopted. This is considered to be an independent convention which does not belong either to the Vienna- or the Paris regime. The CSC is an instrument to which all States may adhere regardless of whether they are parties to any existing nuclear liability conventions or have nuclear installations on their territories. The CSC is supported especially by the USA that ratified it in 2008 [19].

Despite very promising developments in nuclear energy at the very beginning of the new millennium, the accident in Japanese nuclear power plant “Fukushima Dai-ichi” triggered once again public concerns over the risks arising from peaceful uses of nuclear energy. The reaction of national governments has been twofold. Some of them denounced their previously announced plans for constructing new nuclear power plants (Italy). Other announced to cease using nuclear energy for the terms of producing electric energy in their territory in the near future (Germany, Switzerland). However, there is a considerable group of governments, which remain supporting “nuclear renaissance” and still identify nuclear as a prospective source of energy [10].

To provide adequate protection to the public from possible damage and to ensure a fair and sufficient compensation for the victims of a nuclear accident, the nuclear liability regime was founded on several principles<sup>2</sup>, that had become binding under public international law on their respective Contracting Parties [21] and had built international standard of a risk-adequate liability legislation, which was also implemented by non-contracting parties at national level [19].

Unlike typically constructed international treaties regulating the compensation of damages, the nuclear liability conventions are not based on direct and exclusive international liability of the countries, but as a priority

1 The 1997 Convention on Supplementary compensation defines additional amounts to be provided through contributions by States Parties collectively based on installed nuclear capacity and a UN rate of assessment, at 300 SDRs per MW thermal. On the 1997 Convention on Supplementary compensation see: BEN MCRAE, Overview of the Convention on Supplementary Compensation, In: Reform of civil nuclear liability (Paris, 1999). M. LAGORCE, The Brussels Supplementary Convention and its Joint Intergovernmental Security Fund. Nuclear Law for a Developing World (Vienna, IAEA 1968). VLADIMIR BOULANENKOV, Main Features of the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage – an Overview, In: Reform of civil nuclear liability ( Paris, OECD 1999).

2 On the basic principles of nuclear civil liability regime see: J.P.H TREVOR, “Principles of civil liability for nuclear damage” Nuclear Law for a Developing World. (IAEA, Vienna, 1968).

from civil law constructed liability of the operator of nuclear installation [10] (person designated or recognized as the operator of a nuclear installation by the installation state<sup>1</sup>)<sup>2</sup>, who, as a sole entity is liable for occurrence of nuclear damage (so-called *legal channelling*)<sup>3</sup>. While constructing this so-called concentrated liability the position of international „lawmaker“ was based on the proposition that shifting the liability for nuclear damage solely to the operator of the nuclear installation is in accordance with the principles of civil law liability, since while using the nuclear energy as activity which is organized, managed by the operator and the operator makes profit out of it, there are certain processes of using certain types of technology or forces of nature which alone bear relatively high risk of harmful consequences. The operator is an entity which, due to its position of organizing and managing entity, has the biggest influence on the safest method of using of these dangerous sources and thus an opportunity to avert and prevent the damages [10].

Under the conventions, the operator of a nuclear installation is held liable, regardless of whether fault can be established. It follows that the claimant does not need to prove negligence or any other type of fault on the part of the operator. The simple existence of causation of damage is an adequate basis for the operator's strict liability. The principle of strict liability of the operator simplifies the litigation process eliminating potential obstacles, especially such as might exist with the burden of proof.

The conventions qualify the operator's liability as “absolute”, in order to make it clear that it is not subject to the classic grounds of exoneration such as force majeure, acts of God or intervening acts of third persons [11]. However, the operator may be exonerated from nuclear liability under special circumstances provided in nuclear liability conventions, for example if he proves, that the nuclear incident was directly due to an armed conflict,

1 Installation State, in relation to a nuclear installation, means the contracting party within whose territory that installation is situated or, if it is not situated within the territory of any State, the contracting party by which or under the authority of which the nuclear installation is operated. See Article I (1) (d) of the Vienna Convention.

2 See Article 1 (a) (vi) of the Paris Convention and Article I (1) (c) of the Vienna Convention

3 For legal channelling concept see more EVELYNE AMEYE, “Channelling of nuclear third party liability towards the operator: is it sustainable in a developing nuclear world or is there a need for liability of nuclear architects-engineers?” *European Energy and Environmental Law Review*, (2010, 19), p. 33-58. NORBERT PELZER, “Die rechtliche Kanalisierung der Haftung auf den Inhaber einer Atomanlage – ein juristischer und wirtschaftlicher Fehlgriff?”, *Versicherungswirtschaft*, (1966, 17), p. 1010-1016.

hostilities, civil war or insurrection, or that it resulted from a grave natural disaster of an exceptional character (if the law of the installation state provides so)<sup>1</sup>.

According to Article IV par. 3 letter b) of the Vienna Convention and Article 9 of the Paris Convention the operator of a nuclear facility shall not be liable for nuclear damage caused by a nuclear incident which is a direct consequence of a grave natural disaster of an exceptional character. However, the member states may exclude the grave natural disaster of an exceptional character from liberation grounds; as a consequence, the operator of nuclear installation would be liable also for *vis maior*<sup>2</sup>.

The reasons which led the nuclear legislation to establish the concept of objective liability as one of the core principles of nuclear liability, were very clearly and concisely formulated by Exposé des Motifs of the Paris Convention. According to the art. 14 of Exposé des Motifs: „*In Western Europe, with but few exceptions, there is a long-established tradition of legislative action or judicial interpretation that a presumption of liability for hazards created arises when a person engages in a dangerous activity. Because of the special dangers involved in the activities within the scope of the Convention and the difficulty of establishing negligence in view of the complex techniques of atomic energy, this presumption has been adopted for nuclear liability. Absolute liability is therefore the rule; liability results from the risk irrespective of fault. This does not, however, mean that merely to engage in a nuclear activity or to transport nuclear substances is to be considered in itself as a presumption of fault; but where an incident occurs, the liability of the operator of the nuclear installation concerned is absolute.*“ These reasons, despite the fact that they primarily relate to the interpretation of the provisions of the Paris Convention, may be given, due to the identity of the nuclear damage liability legal regimes, also applicable to the concept of objective liability established by the Vienna nuclear liability regime.

1 Article 9 of the Paris Convention; Article IV (2) of the Vienna Convention.

2 The Protocol revising the Vienna Convention excluded the grave natural disaster of an exceptional character from the liberation grounds. Similarly did the 2004 Protocol revising the Paris Convention. The new narrower extent of liberation grounds brought not only a strengthened protection of injured entities, but as an added value can be considered the unification of national legislations. In addition, this solution removed interpretative problems that were associated with the interpretation of the undefined legal concept of “grave natural disaster of an exceptional character”. (F. BLOBEL, „Das Protokoll von 2004 zum Pariser Übereinkommen – wesentliche Verbesserungen im internationalen Atomhaftungsrecht“, *Natur und Recht* (2005, No. 3), p. 140.)

The specific character of the risk which is closely connected with the use of nuclear energy and that is characterized by insufficient manageability of natural forces and substances used in the nuclear energy, which is (even by maintaining an adequate care) connected with a high level of negative consequences, was a strong motive for preference of the strict objective liability of the operator. Finding the real cause of the damage or discovering the attributable unlawful act of a person would be in the process of indemnification of nuclear damages caused by a complex of technical equipment often in complicated situations, very difficult. In such a situation, the imposition of the proof of fault on the harmed person would cause that in most cases the harmed person would have a lack of evidence as it would be very difficult to detect the fault of a particular person. The harmed person would thus be put in a situation, in which the court, due to the lack of evidence concerning the fault, would not admit the right to compensation of nuclear damage.

The requirement to prevent the situation in which there would be lack of evidence and thus to provide an easier access to compensation of the threatened values (life, health, property) protected by law, was one of the starting points to implement the principle of objective liability. Obviously, considering the reasons having led to the operator's no-fault liability, we cannot forget the preventive reasons, as the damages in its widest range fulfil a preventive function. Imposing the stricter liability by the legislature, undoubtedly intended to ensure that operators, aware of the objective nature of their liability, sought actively to identify every possible reason of damage occurrence to prevent it (e.g. by improvement of technical and safety equipment, improving the professional qualifications of employees etc.).

While the liability imposed upon the operator is exclusive and strict, it is limited in both amount<sup>1</sup> and time. Under the Paris convention, the maximum liability of an operator is set on 15 million SDRs<sup>2</sup>. The contracting state may establish a greater or lesser amount by its legislation to a lower limit of 5 million SDRs, taking into account the availability of obtaining insurance or other financial security. Pursuant to Article V par. 1 of the Vienna Convention liability of the operator of the nuclear installation for nuclear damage caused

1 Limitation of nuclear liability in amount was considered to be necessary in order not to jeopardize the development of the nuclear industry. It was a consequence of the congruence principle between liability and mandatory coverage, i.e. limitations of liability amounts in national legislation are dependent on insurance market and its insurance offers.

2 SDR stands for the Special Drawing Right as defined by the International Monetary Fund. This unit of Account is calculated on the basis of a basket of currencies of five of the most important trading nations.

by nuclear incident is generally based on the concept of unlimited liability modified by the possibility of the member states to determine by its national legal regulations maximum amount of damages for which the operator of the nuclear installation is liable. Despite the fact that determination of the maximum line of liability was left to the member states these must honour mandatorily set minimum extent of liability set by the Vienna Convention representing 5 million gold US dollars per each nuclear incident, whereas such minimum limit of liability is determined at the value of dollar as a clearing unit which is converted in the rate to gold as of 29 April 1963, i.e. USD 35 per one Troy ounce of pure gold. Due to the fact that this is a so-called floating limit which depends on the development of the price of gold in the world markets, current amount of minimum liability of the operator in the regime of the Vienna Convention varies depending on these movements<sup>1</sup>.

The nuclear liability regime provides a time limit for the submission of claims as an instrument which helps to re-establish legal peace after a certain period of time [21]. The Vienna and the Paris Convention provide an extinction period of ten years, which may be prolonged by national legislation, provided coverage is available. There is also a possibility of establishing a prescription period of two and three years respectively, running from the time when the damage and the operator liable have become known to the victim, provided that the ten-year period is not exceeded<sup>2</sup>.

1 Under the amended Vienna Convention effected by the Protocol the possible limit of the operator's liability is set at not less than 300 million SDR. The increase in liability amounts can be explained by the fact that one of the main motives for revising the Convention was the consideration that the US 5 million dollar limit, as the lowest amount of the operator's liability, had become unrealistic in view of the extent of damage that might result from an eventual nuclear incident. (VANDA LAMM, "The Protocol amending the 1963 Vienna Convention", Nuclear Law Bulletin (1998, No. 61), p. 15). Naturally, the upper limit may be under the national law a higher amount. Provided the upper limit of the operator's liability is less than 300 million SDRs, the difference between that upper limit and 300 million SDR must be secured from public funds.

2 Taking into account, that personal injury caused by radioactive contamination might not become apparent for a longer time after exposure and to strengthen the principle of victims protection, the Protocol to Amend the Vienna Convention as well as the Protocol to amend the Paris Convention established a longer period of 30 years for compensation for loss of life and personal injury, while retaining the ten-year period for all other types of damage. The extension of the extinction period with respect to loss of life and personal injury and the split of periods between personal injury and all other damages inevitably give rise to certain practical problems, when it comes to compensating procedure. According to Prof. Pelzer, as the period for

The extent of risk and intensity of hazard related to operation of the nuclear installation required, both within the regulations of international law and in accordance with them also within the national laws of the member states of the international treaties regulating the liability for damages caused by nuclear incident, linking of the operation of the nuclear installation to fulfilment of duty of financial security for the operator's liability in the form of insurance or other financial security [10]. The operator is obliged to cover its liability for nuclear damage up to the limit of liability set forth in nuclear liability legislation, whereby this represents the fulfilment of the principle of congruence (conformity) of the extent of the operator's liability and its financial coverage. The objective of such constructed principle was to ensure that the amount of damages for which the operator is liable is always covered by equal amount of available and/or quasi-available cash which represents an advantage both for the aggrieved entity as well as the operator of the nuclear installation. The aggrieved entity has the certainty that possible legal claims shall be financially covered and the operator has compensation sources available in the form of available cash<sup>1</sup>. In most cases, the coverage of the operator's liability is to be provided by the insurance industry but Both Vienna Convention as well as Paris Convention generally allow the possibility to cover the liability via means other than insurance<sup>2</sup> (e.g. bank guarantees or the capital markets). Insurance market (unlike other forms of financial coverage) created a special mechanism for coverage of risk of occurrence of nuclear damage meaning the creation of special association of insurance entities so-called insurance *pools* via which the bearing of risk is shared amongst more entities, which on the basis of the insurance contracts provide coverage of the liability of the operators of the nuclear installations.

Like other civil law claims to compensation of damage the claim to compensation of nuclear damage caused by nuclear incident is based on the system of individual actions brought in civil process and exercised by legal action filed at the substantively and locally competent court. Jurisdiction over actions lies exclusively with the courts of the contracting party in whose territory the nuclear incident occurred<sup>3</sup> and according to the nuclear liability

personal injury is considerably longer than the period for other damage, money has to be set aside to make sure that there are still funds available to compensate late personal injury which could inhibit from prompt compensation of other damages. NORBER PELZER, cit. supra, p. 430.

1 Ibidem, p. 51

2 See Article VII par. 1 of the Vienna Convention; Article 10 (a) of the Paris Convention.

3 Article XI (1) of Vienna Convention; Article 13 (a) of Paris Convention.



conventions of second generation (1997 Protocol and 2004 Protocol) each state party shall ensure that only one of its courts has jurisdiction in relation to any one nuclear incident<sup>1</sup>. The concentration of procedures within one exclusive competent court not only creates legal certainty and a fair distribution of the available amount but also excludes the possibility that victims of nuclear incidents will seek to submit their claims in states in which their claims are more likely to receive favourable treatment [24]. Nevertheless, the system of individual actions seems to be unconvincing in the main, as it could be considered appropriate for the compensation of minor incidents, but it would be hardly conceivable in the event of a catastrophic nuclear accident resulting in thousands or millions of claims. In the case of a major nuclear accident, there could be considered as grave barriers administrative and technical capacities of the national courts adjudicating the compensation of nuclear damage or from the perspective of victims, distances in the case of transboundary damages, expenses or the duration of the individual case decision [14]. Accordingly the point at issue is, if civil liability system based upon the liability of the operator is appropriate to cope with a catastrophic nuclear accident of Chernobyl magnitude and if it is adequate to compensate victims of such a major nuclear accident. Provided that civil liability law is only designed to deal with damages which can normally be compensated by the means of the tortfeasor [21], the obvious conclusion in nuclear liability theory should be, that expletively to the civil liability principle, there must be some other sources of funding such as state liability to reach the primary goal of protecting and fully compensating the victims of nuclear damage [14].

## 2. State's liability under international public law

Despite the time that has commenced from the time of adoption of the first generation nuclear liability conventions, we may still say that international public law does not offer any contractual legal framework of the state's nuclear liability. Either the analyse of the case law, nor the non-contractual practice of the states towards specific generally applicable rules on international liability of the states for harmful results of actions not prohibited by international law and established in international common law have not sufficiently demonstrated the existence of such rules in international customary law.

The thesis on "pure" civil-based character of nuclear liability relations may be demonstrated on Article XVIII of the Vienna Convention that established that any provision of this convention shall not be construed as affecting the rights, if any, of a Contracting Party under the general rules of public

<sup>1</sup> Article 12 (4) of Protocol to Amend the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (Article XI (4) of the revised Vienna Convention).

international law in respect of nuclear damage. From this provision it is clear that any rights acknowledged by international public law do not fall within the scope of the convention which follows the aim to harmonize the internal civil-law in nuclear liability damage; on the other hand, the formulation of that provision in fine doubts the existence of these rights related to nuclear damage<sup>1</sup> acknowledged by international public law.

Similar provision may be found in Annex II of the Paris Convention that stipulates that the Paris Convention *shall not be interpreted as depriving a Contracting Party, on whose territory damage was caused by a nuclear incident occurring on the territory of another Contracting Party, of any recourse which might be available to it under international law*. Despite the Paris Convention does not directly doubt by this provision the existence of such international rules, the conditional formulation in the text towards these rules does not show their undisputed existence.

Despite some different opinions [12] deducting the state's liability for transnational nuclear damage from the concept of the liability of a state for international illegal actions<sup>2</sup>, the international custom is not – despite some applicable decisions of international courts or arbitrary courts<sup>3</sup> or some relevant and by their nature similar cases that were not solved by international courts or arbitrary courts<sup>4</sup> – a sufficient bases for action for damages against the state in the case of nuclear accident [10, 13].

In the history of formation of the nuclear liability legislation, the issue of state's contractual liability was subject to several discussions, either academic or institutional. The issue of international liability for nuclear

1 Article XVIII of the Vienna Convention is probably not applicable to subjective rights arising from international contract law, but exclusively to rights arising from „generally accepted rules“ of international public law relating to nuclear damage.

2 To the concept of international liability of the states for harmful results of actions not prohibited by international law see „Articles on responsibility of States for internationally wrongful acts“ prepared under the auspices of UN International Law Commission. Available on-line [www.un.org/law/ilc](http://www.un.org/law/ilc).

3 Trail Smelter Case [R.I.A.A. (1941), vol. III, p. 1905 ff.]; Corfu Channel Case [I.C.J. Reports 1949, p. 4 ff.]; Lac Lanoux Arbitration [R.I.A.A. (1957), vol. XII, p. 281 ff.].

4 E.g. Chernobyl catastrophic nuclear accident in 1986; Daigo Fukuryū Maru incident - a Japanese fishing boat exposed to and contaminated by nuclear fallout from the United States' thermonuclear device test on Bikini Atoll in 1954 or pollution of the Canadian sea shore by maritime oil spill near Cherry Point (Washington) in 1973.

damage and working out of principles of the international liability became subject to discussion in late 80s and in the early 90s of the last century when the Board of Governors of the International Atomic Energy Agency (IAEA) decided to establish a working group to review all aspects of the liability for nuclear damage. The activity of this working group was stopped within one year and the Board of Governors re-established a Permanent Committee for nuclear damage liability. This was also delegated to deal with the aspects of the state's liability for nuclear damage, including international civil liability<sup>1</sup>, international liability of a state as well as the mutual relation between both these types of liability<sup>2</sup>.

The issue of states' international liability as subjects of international law for nuclear damages and connected means to apply international actions against states with nuclear potential were rejected very quickly both by experts and some states (especially USA, UK and France). Their negative statement was based on opinion that the concept of state's liability may not be reasonable due to its nature. They argued that the state's liability may be realized by creation of system of additional compensation for nuclear damage that exceeds the liability of the operator of nuclear installation<sup>3</sup>.

Due to a strong disagreement, the scenario of the state's international nuclear liability has not been realized [22] and the idea of international state's liability was replaced by the more effective system of additional funding.

However, during the revisions of the Vienna Convention, its Article XVIII was changed. According to this provision, the Convention shall not be applicable to the rights and obligations of the contracting party under general rules of international public law. The clause doubting these rules, including the reference to rules regulating the nuclear damage has been cancelled.

This provision keeps open to the future a possibility to compensate the victims of a nuclear disaster also on the states' liability base in case there would be an international convention adopted establishing the international

---

1 The concept of international civil liability is understood as civil-law liability under the international convention that imposes on its contracting parties, according to international public law, an obligation to apply these liability rules in their national laws. (Compare: PETER WETTERSTEIN, "Current Trends in International Civil Liability for Environmental Damage", Annual Survey of International and Comparative Law (1994, No. 1), article 8, p. 7-8.)

2 Also compare the documents IAEA GC (XXXVI) 1009 (1.7.1992), p. 1-2.

3 Also compare the documents NL/2/4, p. 7-9; SCNL/1/INF.4, p. 15-18; SCNL/2/INF.2, p. 2-3; SCNL/3/INF.2/Rev.1, Annex II; SCNL/4/INF.6, p. 5-6 and 6-7; SCNL/6/INF.4, p. 9-10; SCNL/7/INF.6, p. 9; SCNL/16/INF.3, p. 3.

states' liability for nuclear damage (or if there would be a possibility to use the customary law as a legal base for an action against a state).

### **3. European approach to the nuclear liability regime**

The current status quo of the EU member states and their nuclear liability regimes is not homogenous. Ten EU member states are party to the Vienna Convention (Bulgaria, the Czech Republic, Croatia, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Romania and Slovakia) and thirteen EU member states are party to the Paris Convention (Belgium, Finland, Greece, France, Netherlands, Germany, Spain, Sweden, United Kingdom, Italy, Denmark, Portugal, Slovenia), some EU member states do not take part in any international regime (Austria, Ireland, Luxembourg, Cyprus and Malta). These states either adopted their own national legislation independent from the international regimes or they rely on the universal tort law and generally applicable conflict of law rules. Part of the revised regime of the Vienna Convention, as amended by the 1997 Protocol (effective as from 2003) are Latvia, Poland and Romania (the Czech Republic, Hungary, Italy and Lithuania signed the Protocol but have not yet ratified it). The 2004 Protocol amending the Paris Convention was signed on behalf of the European Community by all the EU member states that are the party of the "old" Paris Convention. However, the 2004 Protocol has not become effective yet. With respect to the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage from 1997 may be said that Romania is the only EU member state that ratified this convention.

The membership in the EU significantly restricts the freedom of its member states to act independently in the accession to international agreements that are eligible to influence the applicability of EU law in this area, i.e. those laws that are regulated by EU law. In addition, the EU itself also enters into some areas, including the liability relations of nuclear law [20].

With respect to the material aspects of nuclear liability it is necessary to note that the nuclear liability has not been regulated by any legal act of EU law. Not any EU legislation has been adopted yet that would regulate concrete matters of nuclear damage liability and its compensation or that would be contrary to current or potential future nuclear liability legislation. One of the reasons of the missing EU legal regulation (despite the current efforts of the EU to cover the nuclear liability regime by unitary EU secondary legislation) is the scope of competences of the EU in this area.

Although some nuclear law publications refer to articles 98 and 203 of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community ("EURATOM

Treaty”), the competence of the EURATOM in this area is not explicitly established<sup>1</sup>.

An explicit interpretation of Article 98 of the EURATOM Treaty is that it only regulates adoption of a directive regulating conclusion of insurance contract that cover the nuclear risks. Despite the relatively closely specified field of application that could fall within the relevant directive, interpretation of this article becomes broader and some authors suggest that it is also applicable to an area of nuclear liability<sup>2</sup>.

The purpose of the Article 203 of the EURATOM Treaty is to enable the European Atomic Energy Community (hereinafter as “EURATOM”) to act if the EURATOM does not have an explicit competence to act, but adoption of certain act is necessary to attain the objectives of the EURATOM Community (this article has an equivalent in Article 352 TFEU). If the Article 203 of the EURATOM Treaty is used, unanimous decision of all member states in the Council is required. However, it is still questionable if the requirement of the necessity of the objectives of the EURATOM is achieved [10].

The competence of the EU in the area of nuclear liability is clearly identified in accordance with the Article 81(2) TFEU. This article enables the European Parliament and the Council to adopt measures, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market, aimed at ensuring the mutual recognition and enforcement between member states of judgments and of decisions in extrajudicial cases (the competence of the EU in the justice cooperation) [20].

Due to the EU competence in the area of enforcement and recognition of decisions in civil and commercial matters represented by the Regulation Brussels I<sup>3</sup> that is overlapped with the procedural regulation of the conventions regulating the nuclear liability, it is clear that the states are not entitled to accede to these conventions without an authorization of the EU institutions [20].

On the contrary, as the EU itself cannot participate in an international regime of the international nuclear liability law, it enters into this area in a way that the EU authorises its member states to accede or to ratify specific

1 Ibidem, p. 101.

2 See Ibidem, p. 101.

3 Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Further see JAKUB HANDRLICA, “Exclusive jurisdiction vs. forum shopping in European nuclear liability law”, *International Journal of Nuclear Law* (Vol. 3, No. 2, 2010).

international conventions. The EU must in such an authorization act explicitly specify the relation of EU law to the regime established by the international convention [19].

The EU issued two authorization decisions concerning the international liability regime of nuclear law.

The first authorization decision No 2004/294/EC authorized the member states that participate in the Paris regime of nuclear liability to ratify the Protocol that amended the Paris Convention or to accede to the Paris Convention. This authorization decision obliged<sup>1</sup> the member states that were parties to the Paris Convention<sup>2</sup>, to ratify or accede to the Protocol that revised the original Paris Convention. The obligation to ratify or to accede to the revised Paris Convention is however not applicable to Austria, Ireland and Luxemburg and the non-nuclear states that were not in the past or are currently not the contracting parties of the Paris Convention in its original or amended version.

The second authorization decision No 2013/434/EU was adopted in 2013 in relation to the Vienna nuclear liability regime. It authorizes specific EU member states, in the interest of the EU, to ratify the Protocol that amends the Vienna Convention or to accede to this Convention and to make a declaration on application of relevant internal rules of the EU<sup>3</sup>. This authorization decision, unlike the former, only authorizes (i.e. enables, but not obliges)<sup>4</sup> the member states to which it is addressed (Slovak Republic, Bulgaria, Czech Republic,

1 Compare article 1 of the authorization decision to the Protocol (2004): „Without prejudice to the Community’s powers, the Member States which are currently Contracting Parties to the Paris Convention shall ratify the Protocol amending the Paris Convention, or accede to it, in the interest of the European Community“.

2 Belgium, Finland, France, Netherlands, Germany, Spain, Sweden, United Kingdom, Denmark, Italy.

3 Protocol (1997) interferes with its procedural provisions into the exclusive competence of the EU in its jurisdiction competence and the competence of enforcement and recognition of decisions. Due to this fact must the ratification or accession to the protocol authorized by the EU.

4 The original proposal of the authorization decision imposed the member states an obligation to ratify or to accede to the Protocol. The change of the wording was influenced by the significant reservations of the member states concerning several of its provisions, including the proposed obligation to accede the revised nuclear liability regime represented by the Protocol (1997). For further information relating to the original proposal of the authorization decision and its potential impacts see: JAKUB HANDRLICA, MARIANNA NOVOTNÁ, “Európska únia a Protokol z r. 1997, ktorým sa doplňuje Viedenský dohovor o občianskoprávnej zodpovednosti za jadrové škody z r. 1963”, *Justičná revue* (2014, No. 2).

Estonia, Hungary, Lithuania and Poland), to ratify the Protocol from 1997 that amended the Vienna Convention from 1963.

#### 4. Conclusion

The history of commercial functioning of nuclear plants has shown that major nuclear accidents have inevitable transboundary implications and its consequences could affect, directly or indirectly, many countries even at large distances from the site of an accident. Consequently, the benefits of the use of nuclear energy needs to be weighed against possible risks associated with operation of nuclear installations which is connected with the probability of extensive damage to life, health and property. To minimize the negative effects of the limits of the nuclear liability regime, the states (as contracting parties of the nuclear liability conventions) have to undertake specific steps to protect victims of nuclear accidents by means of international law.

However, the patchwork of nuclear liability conventions currently in force, together with the EU secondary legislation – Rome II<sup>1</sup> regulation and Brussels I bis regulation<sup>2</sup> (despite that none of these EU legislative acts directly regulate the nuclear damages) and the different status quo of member states of the nuclear liability conventions result in a complicated system of different levels of liability. As a result of this legal inconsistency there are different rules and standards of operator's liability and its financial security and different rules regulating jurisdiction. All this engenders an incoherent system of victims' protection and victims' compensation (especially in case of cross-border accidents). Moreover, as the European Commission states: *This lack of legal unity might in particular have an impact on the functioning of the internal market, because of the non-level playing field conditions between operators in different MS (intra-sectorial distortion). Equally the rather low levels of limitation of third party liability (and the limited financial security) enjoyed by most nuclear operators, and resulting in relatively low insurance costs, may favour the nuclear industry over other electricity producers and could be perceived as an advantage provided by the State to the nuclear industry.*

In this context, the ongoing initiative of the EU to create a unified compensation system and to increase the legal coherence in the field of nuclear liability seems to be justified and convincing.

---

1 Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)

2 Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

1. BLOBEL, F. „Das Protokoll von 2004 zum Pariser Übereinkommen – wesentliche Verbesserungen im internationalen Atomhaftungsrecht“. *Natur und Recht* (2005, No. 3).
2. BOEHLER, M.-C. “Reflections on Liability and Radiological or Nuclear Accidents: The Accidents at Goiania, Forbach, Three Mile Island and Chernobyl”. *Nuclear Law Bulletin* (1997, No. 59).
3. BOULANENKOV, V. *Main Features of the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage – an Overview*. In: *Reform of civil nuclear liability. Budapest symposium* (Paris: OECD 1999).
4. BUSEKIST, O. “A bridge between two conventions on civil liability for nuclear damage: The Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention”. *Nuclear Law Bulletin* (1989, No. 43).
5. HANDRLICA, J. “Exclusive jurisdiction vs. forum shopping in European nuclear liability law”, *International Journal of Nuclear Law* (Vol. 3, No. 2, 2010).
6. HANDRLICA, J. „Opcie a limity nožnej harmonizácie režimu zodpovednosti za jadrové škody v rámci Európskeho spoločenstva/Európskej únie“. *Právny obzor* (2009, No. 2).
7. HANDRLICA, J. *Channelling of nuclear third party liability towards the operator: jeopardised by the Brussels regulation*. *Czech Yearbook of Public and Private International law* (Prague: Czech Society of International Law, 2011).
8. HANDRLICA, J. *Jaderné právo (Právní rámec pro mírové využívání jaderné energie a jeho vývojové souvislosti)* (Praha: Auditorium 2012).
9. HANDRLICA, J. *The Protocol of 1997 to Amend the Vienna Convention on Nuclear Liability and European Union*. *Czech Yearbook of Public and Private International Law* (Prague: Czech Society of International Law, 2013).
10. HANDRLICA, J., NOVOTNÁ, M. „Legal framework and perspectives of nuclear third party liability in the Czech and Slovak Republic“. *Forum iuris Europaeum* (2013, No. 2).
11. IAEA (ed.) *The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage – Explanatory Texts* (Vienna: IAEA, 2007).
12. KISS, A. „State responsibility and liability for nuclear damage“. *Denver Journal of International Law and Policy* (2006, No. 1).



13. KISS, A. *State Responsibility and Liability for Nuclear Damage*. In: Stockinger, H. – Van Dyke, J. M. et al. (eds.) *Updating International Nuclear Law* (Wien: Neuer wissenschaftlicher Verlag, 2007).
14. LA FAYETTE, L. “Towards a New Regime of State Responsibility for Nuclear Activities”. *Nuclear Law Bulletin* (1992, No. 50).
15. LAGORCE, M. *The Brussels Supplementary Convention and its Joint Intergovernmental Security Fund. Nuclear Law for a Developing World*. IAEA, Vienna, 1968.
16. LAMM, V. „The Protocol amending the 1963 Vienna Convention“. *Nuclear law bulletin* (1998, No. 61).
17. MCRAE, B. *Overview of the Convention on Supplementary Compensation*. In: *Reform of civil nuclear liability* (Paris: OECD, 1999).
18. NANDA, V. P. „International environmental norms applicable to nuclear activities, with particular focus on decisions of international tribunals and international settlements“. *Denver Journal of International Law and Policy* (2006, No. 1).
19. NOVOTNÁ, M. – HANDRLICA, J. *Zodpovednosť za jadrové škody. Výzva pre medzinárodnú a národnú zodpovednostnú legislatívu v post-fukušimskom období* (Bratislava: Veda, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 2011).
20. NOVOTNÁ, M. - VARGA, P. “The relation of the EU law and the nuclear liability legislation: Possibilities, limits and mutual interaction”, *Societas et iurisprudencia* (2014, No. 3)
21. PELZER, N. *Focus on the Future of Nuclear Liability Law*. In: *OECD Nuclear Energy Agency: Reform of civil nuclear liability* (Budapest: OECD Publishing, 2000).
22. POLITI, M. *International and Civil Liability for Nuclear Damage: Some Recent Developments of State Practice*. In: *La réparation des dommages catastrophiques: les risques technologiques majeurs en droit international et en droit communautaire* (Bruylant, 1990).
23. REITSMA, S. *An Equitable Distribution of Compensation: Realistic or Wishful Thinking?* In *OECD Nuclear Energy Agency, Reform of civil nuclear liability* (Budapest: OECD Publishing, 2000).
24. STOIBER, C. – BAER, A. – PELZER, N. – TONHAUSER, W. *Handbook on nuclear law* (Austria: IAEA 2003).
25. SURANSKY, F. *Increased Liability Amounts under the 1997 Vienna Protocol and Elsewhere*. In *Reform of civil nuclear liability* (Paris: OECD 1999).

26. *TREVOR, J.P.H. Principles of civil liability for nuclear damage. Nuclear Law for a Developing World. IAEA, Vienna, 1968.*
27. *VAN DYKE, J. M. The Inadequate Liability and Compensation Regime for Damage Caused by Nuclear Activities.*
28. *VAN DYKE, M. „Liability and compensation for harm caused by nuclear activities“. Denver Journal of International Law and Policy (2006, No. 1).*

**Marianna Novotná, Peter Varga. International and supranational aspects of nuclear liability**

The Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy represent the fundamental international conventions regulating the issues of liability for damages caused as a result of a nuclear incident. These conventions have promoted a special regime (nuclear liability regime) which is based on the system of civil law and founded on several principles and which enables the compensation of victims of nuclear accidents by operators of nuclear installations.

The paper deals with some aspects of the current nuclear liability framework, analysing the fundamental principles which had become binding rules for respective contracting parties (states) over the preceding half-century, considering the commitments arising from the international nuclear liability conventions and trying to assess the possibility of application of the state's liability for transnational nuclear damage under the regime of international public law. Further, the paper deals with the role, position and the competence of the European Union in the existing nuclear liability framework pointing out major challenges for the future development of nuclear liability regime legislation, taking into account the legislative activity and other forms of EU actions.

**Keywords:** nuclear third party liability, European legislation, international conventions on nuclear liability, EURATOM, nuclear damages.

**Pinior P.**

*Dr hab., prof. US, head of the  
commercial law department  
vice-dean of the faculty of law  
and administration university  
of Silesia in Katowice*

**Піньор П.**

*доктор юридичних  
наук, завідувач кафедри  
комерційного права,  
заступник декана  
факультету права та  
адміністрації Сілезького  
університету, м. Катовіце*

## **PROCEDURE AND EFFECTS OF DIVISION BY SEPARATION**

### **1. Definition and types of division of companies**

The division of companies is an operation enabling the restructuring of a company whereby all the assets and liabilities of one company shall be divided and then all parts, or at least one part of the assets and liabilities, shall be transferred to acquiring or new companies in exchange for the allocation to the shareholders of the company being divided of shares in the recipient companies (1 p. 23). The division of companies is regulated in the European law by the Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 (1 p. 4 - 11) concerning the division of public limited liability companies (joint stock companies). The Directive was implemented into the Polish Commercial Companies Code of 15 September 2000 (Journal of Laws 2000.94.1037, as amended, hereinafter abbreviated as CCC) which came into force on 1 January 2001 in the provisions of art. 528 – 550 CCC. Under Polish law, it is allowed to divide only companies, private limited companies and public limited companies, but not partnerships. Moreover, division shall be prohibited for companies in liquidation which began to distribute their assets and for companies in bankruptcy.

The types of division operations are regulated in art. 529 § 1 CCC. From the perspective of the divided company, the division procedure provides for two main types of operations. The first one consists in the transfer of all the assets and liabilities to other companies (two or more) and the divided company being wound up without going into liquidation (art. 529 § 1 p. 1 – 3 CCC). The second operation involves transfer of only part of the assets and liabilities to one or more companies while the divided company continues its activities after the division (art. 529 § 1 p. 4 CCC). From the perspective of

the recipient company, it is possible to transfer the assets and liabilities to a formerly existing (acquiring) company or a newly-formed company, moreover, division by acquisition may be combined with division by formation of a new company.

Division by acquisition (art. 529 §1 p. 1 CCC) shall mean the operation whereby, after being wound up without going into liquidation, a company transfers to more than one company all its assets and liabilities in exchange for the allocation to the shareholders of the company being divided of shares in the companies receiving contributions as a result of the division. Division by formation of new companies (art. 529 § 1 p. 2 CCC) means the operation whereby, after being wound up without going into liquidation, a company transfers all its assets and liabilities to more than one newly-formed company in exchange for the allocation to the shareholders of the company being divided of shares in the recipient companies. In addition, it is also possible to carry out operations whereby division by acquisition is combined with division by formation of one or more new companies (art. 529 § 1 p. 3 CCC). Lastly, pursuant to art. 529 § 1 p. 4 CCC, division by separation is an operation whereby only part of the assets and liabilities shall be transferred to an acquiring or new company (one or more) without the company being divided ceasing to exist.

Apart from the aforementioned types of division operations, pursuant to art. 23 of the Directive 82/891/EEC of 17 December 1982, Member States may also introduce division operations which shall be subject to the supervision of a judicial authority, but the Polish legislator did not decide to introduce this type of division. Nevertheless, all the operations are to a certain extent subject to the judicial authority as the final step in the division procedure involves registration of the division by the Register Court.

The division operation in all its types involves allocation of shares of the acquiring or a newly formed company to the shareholders of the divided company, even in cases of division without the company being divided ceasing to exist. Thus, the holding structure shall not be formed during such operations (2 p. 1310 - 1311). However, it is also possible to implement such operations into national law, e.g. according to the German transformation act (*Umwandlungsgesetz* of 28 October 1994, BGBl I 1994, p. 3210) it is possible to create holding structures (3 p. 19 - 27) when the shares are allocated to the company being divided which does not cease to exist (the so-called *Ausgliederung*).

## 2. Procedure of division by separation

Pursuant to art. 529 § 2 CCC, division by separation shall be governed by the division of companies concerning the recipient company or the new company, as applicable. Taking into account the procedure, the differences in the division operation whereby a company being divided does not cease to exist and the division with the liquidation of the company being divided are not too large, however, some of the provisions require modifications. The procedure is divided into three stages (4 p. 856). The first one is the so-called “managerial stage” where management bodies prepare all the documents prescribed by the provisions of the Commercial Companies Code. The second stage - “the owners stage” - consists in the general meeting of the company making a decision on the division. The last stage is “the authorization by the court” where the division operation is legitimated by the Register Court.

The first stage in the division procedure is the preparation of draft terms of the division by the management board. Depending on the type of division operation, the draft terms of division by acquisition shall require a written agreement between the company being divided and the recipient company. However, in the case of division by formation of a new company it shall be drawn up in writing merely by the company being divided. Pursuant to art. 534 § 1 CCC, the draft terms of the division shall specify at least: the type, name and registered office of each of the companies involved in the division; the share exchange ratio and the amount of any additional cash payment; the terms relating to the allotment of shares in the recipient or new company; the date from which shares entitle the holders to participate in profits; the rights conferred by the recipient or new company upon the shareholders or persons having special rights; any special advantages granted to members of company bodies; the precise description and allocation of the assets and liabilities to be transferred to each of the recipient or new company, including permits, licenses or reliefs; the allocation to the shareholders of the company being divided of shares in the recipient or new company and the criterion upon which such allocation is based. The draft terms of the division must be published in the Court and Economic Journal or may be published on the website of the company instead, at least one month before the date of the general meeting which is to decide on the division.

One of the most important elements of the draft terms of division is the share exchange ratio which indicates how many shares in a recipient or new company shall be allocated to the shareholders of the company being divided. In comparison to the division whereby the company being divided goes into liquidation, in the case of division by separation the shareholders preserve their shares in the company being divided, which means that in this case it

is actually not the exchange ratio but the allotment ratio (2 p. 1333). This share ratio shall be estimated on the determination of the value of the assets and liabilities of the company being divided which shall be attached to the draft terms of the division. Besides, depending on the assets of the company, division by separation may be connected with the reduction in the share capital of the company being divided, unless the separation is made from the company's own capital other than the share capital. In the case of reduction of the share capital, the draft terms of the division shall include information concerning redemption of shares or amendment of share certificates in the case of reduction by decreasing the nominal value of shares. Then, one or more experts acting on behalf of each of the companies involved in the division, appointed or approved by the Register Court, shall examine the draft terms of the division as to its correctness and reliability. As a result, the experts draw up a written report to the shareholders (art. 537 - 538 CCC). The examination of the draft terms of the division by an expert shall not be required if all the shareholders of each company participating in the division consented thereto.

The division procedure also contains provisions which guarantee the shareholders' rights to information. Pursuant to art. 536 § 1 CCC, the management body of each of the companies involved in the division shall draw up a detailed written report explaining the division and setting out the legal and economic grounds for it, in particular the share exchange ratio and the criterion determining the allocation of shares. The report shall also describe any special valuation difficulties which have arisen. Pursuant to art. 540 CCC, the shareholders of the company being divided and of the recipient company shall be entitled to inspect all the documents prepared for the division procedure, in particular the draft terms of the division, report of experts, report of the management board, financial statements and the valuation of the company being divided. Instead of making the documents available for inspection on the premises of the company's management board, the documents may be released on the website of the company.

The competence to approve the division operation rests with the shareholders. The division of a company requires a resolution of the shareholders' meeting of the company being divided and the recipient or new company to be adopted by a majority of three-fourths of votes representing at least one-half of the share capital, unless the articles of association or the statutes of the company provide for more stringent requirements. In the case of a listed company, the resolution shall be adopted by a majority of two-thirds of the votes. The resolution shall cover the consent of the recipient or new company for the draft terms of the division, consent for the amendments to the articles of association or statutes

of the acquiring company, in the case of forming a new company the consent for the contents of the articles of association or statutes, and finally in the case of division by separation also the amendments of the articles of association or statutes of the company being divided (2 p. 1355; 4 p. 912). Furthermore, if the division by separation is made from the share capital, the resolution also includes the consent for reduction of the share capital of the company being divided (4 p. 757; 5 p. 352).

Pursuant to art. 530 § 2 CCC, division by separation shall be effective on the separation date. In the case of division by acquisition, the separation shall take effect on the day when the increase in the share capital of the recipient company is registered. The separation of a new company shall take effect on the date of its registration. If the division by separation is connected with the reduction of the share capital, the separation shall be registered immediately after registration of the reduction of the share capital of the company being divided (4 p. 716 – 718).

### **3. Effects of the division operation**

As stated above, in comparison to the other types of division, the company being divided does not cease to exist after the division but continues its business activity. Division by separation produces the following effects on the separation date: partial general succession, acquiring by the shareholders of the company being divided shares in the recipient or new company, and - depending on the financial grounds, if necessary - reduction of the share capital of the company being divided.

First, pursuant to art. 531 § 1 CCC, as of the separation date, the recipient company or new company shall assume all the rights and obligations of the company being divided, as set forth in the draft terms of the division. During the division operation, the possibility of transferring the assets and liabilities stems from the general succession, which is in this case called partial general succession since the assets and liabilities specified in the draft terms of the division and allotted to a specific acquiring or new company constitute only part of all the assets and liabilities of the company being divided. Thus, from the perspective of the company being divided, succession is partial. However, from the perspective of the recipient company, under the law (2 p. 1315) it is the general succession which enables the acquisition of the assets and liabilities as a whole. The general succession involves civil rights and obligations as well as administrative ones, since pursuant to art. 531 § 2 CCC, the recipient or new company shall take over, in particular, permits, licenses and reliefs which relate to the transferred assets and liabilities, unless the law or the decision on granting them provides otherwise. In the case of a division of a

financial institution the Supervisory Authority may also lodge an objection to the transfer of licenses or permits (art 531 § 6 CCC).

Secondly, pursuant to art. 531 § 5 CCC, as of the separation date, the shareholders of the company being divided shall become shareholders of the formerly existing or new company indicated in the draft terms of the division. The shareholders obtain the shares due to the allotment ratio. In fact, it is connected either with increasing the share capital of the acquiring company or with the registration of a new company. Clearly, they also remain the shareholders of the company being divided.

Depending on the financial situation of the company being divided, division by separation may also be connected with the reduction of the share capital in the company being divided where the separation is made from the share capital. In such cases, either a number of shares of each shareholder shall be reduced (redemption of shares), or the nominal value of shares shall be decreased. If the separation is made from the company's own capital other than the share capital, the position of the shareholders of the company being divided remains unchanged, though the real value of shares shall be decreased due to the transfer of part of the assets to another company.

The provisions concerning the division operation also involve a protection system for the creditors of the company. The creditors of the company being divided and of the recipient company who submitted their claims to the company before the publication of the draft terms of the division and made it credible that the satisfaction of their claims was jeopardized by the division shall be entitled to obtain adequate safeguards. Moreover, pursuant to art. 546 § 1 CCC, the companies to which the assets and liabilities of the company being divided were transferred shall be jointly and severally liable for the obligation assigned in the draft terms of the division to the recipient or new company for three years following the announcement of the division. The inclusion of this provision into the division by separation is viewed as controversial in the literature on the subject and in the jurisdiction. For instance, the Supreme Court in the judgment of 21 April 2010 (V CSK 318/09) stated that the interest of the creditors requires protection during the division by separation and adopting the art. 546 § 1 CCC as applicable, the several and joint liability in the case of division by separation refers to the company being divided and the recipient company. This opinion is also represented in the literature (2 p. 1369; 4 p. 978 – 979; 6 p. 1349). On the other hand, the Supreme Court in the judgment of 28 April 2016 (V CSK 524/15) stated that this provision does not refer to division by separation.



Taking into consideration the protection of the interests of creditors, there should be no doubts as to the inclusion of the provision of art. 546 § 1 CCC into division by separation. If the company being divided is allowed to transfer its liabilities to another company without any limits and without the consent of the creditors, such a company should also be jointly and severally liable for such obligations. This interpretation is also a consequence of adopting the provision of art. 529 § 2 CCC according to which, division by separation shall be governed by the division of companies concerning the recipient company or the new company, as applicable. However, given the different interpretation manner it is recommended that the liability of the company being divided in the division by separation be expressed literally.

#### **4. Adoption of the division operations**

The division operation may be carried out by different means. In general, the division of a company is a form of its restructuring aiming at proper management of a company in cases of excessively complex structures of the enterprise. It allows for a more efficient use of the company's assets by creating new companies or by strengthening existing companies with prospects of greater profitability. Undoubtedly, the market position of the divided company may be used by the newly formed or by the acquiring company to generate more profits, but on the other hand, less profitable or riskier activities of a company may be transferred to a newly formed company so as to prevent a decline in profits. It is thus possible to react flexibly to rapid changes in the market by creating companies in line with the current market needs. As a rule, the division is an operation conducted to introduce reforms in the management of the enterprise. It is also worth mentioning that in the case of division by acquisition, the divided company and the acquiring company often belong to the same investor, so from the economic point of view the transfer of assets does not produce changes for the investor, even though from the legal point of view, the assets change ownership.

Moreover, under Polish law, the division operation is an instrument which may be used by the President of the Office of Competition and Consumer Protection. Pursuant to art. 99 of the Act of 16 February 2007 on Competition and Consumer Protection (Journal of Laws 2015.184), the President of the Office may decide on the division of an enterprise which does not execute the President's decisions concerning market concentration, in particular if the enterprise does not fulfill the obligation to provide information concerning the intention of concentration, provides false information or does not implement the President's decisions under the required conditions. In such cases, the

President of the Office shall use the provisions on the division of companies and exercise the competences of the company's bodies (4, p. 677 – 679).

Division may also be an alternative for the acquisition. In the case of a merger, all assets and liabilities of one company shall be transferred to the acquiring company, whereas during a division only part of the assets and liabilities of the divided company shall be transferred to the acquiring company (the other part is transferred to another company or remains in the divided company). Taking into account the position of the acquiring company, it is more or less the same in a merger operation as in a division operation. A merger operation not only leads to strengthening the position of the acquiring or new company but above all it gives the synergy effect (less cost and more profits), therefore if the merger of the company is not allowed, an investor may decide to divide a company and transfer only part of its assets to another company.

The question why an investor makes a decision to divide a company instead of conducting a merger operation concerns the regulation of the protection of competition. In general, the consent of the President of the Office of Competition and Consumer Protection, and sometimes additionally the consent of supervisory institutions such as the Polish Financial Supervision Authority in the case of financial institutions, is required for market concentration (M&A Transaction). In such cases, it must be determined whether the dominant position in the market due to an M&A Transaction shall be achieved, or if the competition on the market shall be narrowed. In 2007, one of the banks with its registered office in Poland, BPH S.A., was divided and part of its assets and liabilities were transferred to another bank, Pekao S.A. In both banks there was the same dominant shareholder UniCredit Group (*UniCredito Italiano SpA*) who wanted to merge both banks but the consent for the merger was not obtained due to gaining the dominant position. The investor decided to divide BPH S.A., whereby 280 branches from total 480 branches of the BPH bank were transferred to Pekao S.A. The investor was also obliged to sell its shares in BPH S.A. after the division.

1. P. Pinior, *Podział spółek kapitałowych w prawie polskim i niemieckim (Division of Companies in Polish and German Law)*, Warsaw 2003
2. P. Pinior (in:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz (Commercial Companies Code. Commentary)* Ed. J. A. Strzępka, Warsaw 2015
3. P. Pinior, *Tworzenie koncernów na skutek podziału w prawie niemieckim (Formation of olding structure as an effect of the division of companies under German law)*, *Prawo Spółek* 2005 Nr 6.

4. A. Szumański (in.): S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz (Commercial Companies Code. Commentary) Vol. IV Warsaw 2012*
5. A. Nowacki, *Procedura podziału spółki (Procedure of the division of company) Warsaw 2013*
6. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz (Commercial Companies Code. Commentary). Vol II. Warsaw 2015*

**Pinior P. Procedure and effects of division by separation**

The division of companies is an operation enabling the restructuring of a company whereby all the assets and liabilities of one company shall be divided and then all parts or at least one part of the assets and liabilities shall be transferred to acquiring or new companies in exchange for the allocation to the shareholders of the company being divided of shares in the recipient companies. From the perspective of the divided company, the division procedure provides for two main types of operations. The first one in which the divided company is wound up without going into liquidation (art. 529 § 1 p. 1 – 3 CCC), and the second one in which the divided company continues its activities after the division (art. 529 § 1 p. 4 CCC). The second type which is called division by separation requires the adoption of the provisions of the division operation as applicable. This type of division allows for a more efficient use of the company's assets by creating new companies or by strengthening existing companies with prospects of greater profitability. It may also be an alternative to the merger by acquisition.

**Keywords:** division, acquisition, company, shareholder, partial general succession

**Рtashnyk I.R.**

*PhD, lecturer in constitutional, international and administrative law department, Law Institute of State higher education institution «Precarpathian National University named after Vasyl Stefanyk»*

**Пташник І. Р.**

*кандидат юридичних наук, викладач кафедри конституційного, міжнародного та адміністративного права Юридичного інституту Державного вищого навчального закладу «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»*

## **THE LOW NUMBER OF ORGAN TRANSPLANTATIONS IN UKRAINE AND THE SHORTCOMINGS OF THE CURRENT REGULATORY FRAMEWORK**

**Introduction.** The right to health care occupies a special place in the system of fundamental social rights. Health is one of the highest values of human life. The right to health care includes right to organ transplantation and, respectively, right to organ donation. In some cases only through transplantation it is possible to save lives and to restore the basic functions of a human body.

The need for human organs and tissues is characteristic to contemporary societies and a gateway to interventions of incalculable benefit to mankind, either as forms of treatment or as precursors to the development of preventive, therapeutic and diagnostic strategies [1, с.1].

Organ donation and transplantation have been studied, of course, within medicine and biology but they also have important social dimension, especially in regard to health care systems and individuals' need for organ transplants and possible legislative regulations both, in Ukraine and abroad.

In the process of organ or tissue transplantation people enter relationships, which require detailed regulation. These relationships can be built and constructed on different principles in different systems. They can acquire the character of the contract or religious welfare effect. These relations can also be

based on principles of equality, humanism and combined personal and social needs, but they are still strictly controlled by the state and regulated by law.

**General background.** Organ transplantation is a last resort treatment options in a number of diseases. In addition to being a treatment option, organ transplantation currently scientific testing in areas that can be exposed to the medical experiment from a legal point of view (such as research methods of conservation, impact of new methods of using immunosuppressive drugs on persons, who suffer from complications caused by a transplant, etc.).

Despite the fact that organ transplantation sometimes is the only means of saving a person's life, the operation in itself includes many risks. However, in many countries the main problem is the shortage of donor organs. For instance, in Ukraine annually some two thousand people are in need of a heart transplant, but not a single person gets it. A kidney transplant is needed by four thousand people per year. In reality, it is only received by 80, maximum of 100 people. Approximately 2 - 2.5 thousand persons per year need a new liver but only some 30 to 40 people get it [2].

In comparison to other post-Soviet countries, Belarus is leading when it comes to performing organ transplantation – during January-November 2012, 251 organ transplantations were performed, including 50 liver, 182 kidney and 19 heart transplantations. In Belarus there are on average 25,5 organ transplants per 1 million persons. In contrast, in the Russian Federation this figure reaches 9.5 transplants per million, and in Ukraine only 2.2 [3].

Analyzing the statistics data in the European Union over 63,800 patients were placed on organs' waiting lists on 31 December 2012 (up from 61,500 in the EU on 31 December 2011). The number of patients who died while placed on waiting lists in the course of 2012 was estimated to be 3,780 for the European Union in 2011 (down from 5,500 in 2011) [4].

Taking into account the importance and necessity of precise legal regulation of organ transplantation, the *main research question* of the present article can be defined as to how the current legislation in Ukraine (particularly 'presumption of dissent') contributes to its low rate of organ transplants.

**The current regulation of organ transplants in Ukraine.** Ukrainian healthcare legislation regulates a wide spectrum of relations and consists out of a large number of legal acts that are in conjunction with other legal spheres of life. The Constitution of Ukraine is at the center of legislation that regulates social relations in health care and medical care. Article 49 of the Constitution of Ukraine is especially dedicated to healthcare and medical assistance, and enshrines the right of everyone to health protection, medical care and medical insurance.

On the 19th November 1992, the Verkhovna Rada of Ukraine (The Parliament) adopted the national Act on Basic Principles of Legislation of Ukraine on Healthcare in which the following principles of legal regulation of organ transplants and other anatomical human materials were established: 1) the application of the method of transplantation from a donor to recipient organs and other anatomical materials is specified in the law in the existence of their consent or the consent of their legal representatives. Transplantation should be provided if the tools and techniques for sustaining life, restoring or improving the health did not give the desired results; and caused harm to the donor is less than that threatens the recipient; 2) the donor of organs and other anatomical materials must be a capable adult individual [5].

The 1992 Act did not include provisions on organ transplants from corpses. However, this shortcoming was remedied with the passing of the 1999 Act on the Transplantation of Organs and other anatomic materials (hereinafter – Act on Transplantation).

This law applies to activities related to the capture, storage and transportation of organs and other anatomical materials and their further transplantation to recipient and manufacturing of bioimplants [6].

However, the effect of this law will not apply to:

- Donation of blood and (or) its components and activities associated with their use. This is due to the fact that there already is a law that regulates this area – the national law “*On the donation of blood and blood components*”, adopted on 23 of June 1995.

- Transplantation of reproductive cells and live embryos;

- Autotransplantation. This is a specific way of transplantation where the material is transplanted back into the same body again;

- Implantation - transplants of bioimplants and artificial substitutes;

- Taking the anatomic materials for diagnostic studies and researches [6].

In addition to developing its own national law, Ukraine is a party to international conventions related to organ transplantation. In 2002, it signed the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, and in 2006 - two additional protocols to the Convention on human Rights and Biomedicine, namely the Additional Protocol concerning transplantation of organs and tissues of human origin (CETS №186) and the Additional Protocol concerning Biomedical Research (CETS №195). According to the information of the Ministry of Justice of Ukraine the mentioned documents have been ratified by Ukraine [7].

*Key shortcoming of the existing system of receiving of organs*

The existing legal framework of organ transplantation, an ongoing shortage of donor organs and the fact that 90% of the organ transplantations performed use post - mortem transplants, makes it important that health professionals and lawyers are clear on the legal foundations for the removal of organs and tissues from the body of a deceased person [8].

During the time of the Soviet Union, there were three ways of obtaining organs: a) routine sampling; b) organs donated on the basis of the presumption of consent (presumed consent); c) donation based on the mechanisms of informed consent (informed consent).

The peculiarity of routine sampling is that authorities had discretion to dispose the body of a deceased person. In particular, healthcare authorities were entitled to conduct an autopsy, for the purposes of taking organs and tissue for transplantation, scientific and other purposes. The body of the person would in this case be treated as public property that physicians may use in the public interest. This method raises a number of legal and moral issues. Primarily the violation of the human right to own and dispose of the body. Furthermore it potentially violates the moral beliefs of the family of a deceased person. This method was very popular in the Soviet Union, but today its application is not supported neither by legislators, nor by doctors. Thus Ukrainian medical practice after becoming independent went the other way [9, c. 305].

The second method - the presumption of consent - differs from routine sampling on the following point: expressed consent to receive organs after the death of a person has not been given; however this consent is anticipated (absence of such consent leads to the rejection of such manipulation).

Finally, the third method to obtain organs for transplantation is “presumption of dissent”. The legal basis for this was developed in the Act on Transplantation of organs and other anatomic materials [9, c.306].

We will further examine the third approach due to the fact that the current model of «presumption of dissent» and a very negative attitude of the citizens of Ukraine to organ donation have created a high shortage of organs and virtually brought the possibility to transplant organs in Ukraine to a standstill. The negative attitude of citizens is caused by the few reasons: periodically appearing in mass media reports about illegal transplantations; distrust to modern medicine in general and to the doctors particularly; lack of funding of health care from the state and local budgets; ambiguous attitude of the religion and the church for question of donation and transplantation and low public awareness in this sphere.

Presumption of dissent implies an agreement of the deceased person to remove her/his organs after death («expressed consent of the person») or

obtain such consent from the next-of-kin («requested consent from legal representatives»).

Ukrainian Act on Transplantation of organs and other anatomical materials in article 16 lays down the legal basis for the presumption of dissent system:

Capable adult person may give a written agreement or disagreement to donate anatomical material in the occasion of his death. In the absence of such a statement anatomical material of the dead adult capable person can be taken with the consent of the spouses or relatives who lived with him/her. Anatomical materials of minors or disabled persons can be taken with the consent of their legal representatives [6].

It can therefore be concluded, that the existence of a document that recorded the will of the deceased or the consent of a relative or legal representative is essential in such an approach. Fundamentally, this consent may be contained either in the will of a donor, or in a separate document certified by a notary or other persons having the right to do notarial acts. In addition, a person who has agreed to donate after death has the right to refuse such consent. The Ukrainian law does not define when such a refusal may be performed nor the relevant procedure for such a refusal.

Another negative aspect of the existing model for receiving organs is included in the Act on Transplantation which provides an unspecified number of relatives who must provide the consent before is allowed to use the organs of the deceased. These can be the spouse, the children of the deceased or his parents. Since it is possible that in a case multiple people have the right to consent this could lead to a conflict of consents. That is a situation where one of the eligible persons expresses their consent to donate organs and other anatomical material, while others did not give such consent. This problem around consenting in Ukraine has not been solved.

Another disadvantage of the model based on the principle of «presumption of dissent» is the fact that relatives are required to answer the delicate question of giving consent or withholding it, in which they experience excessive stress due to the sudden death of a loved one. This does not give them the opportunity to fully and clearly think this over. It would be logical therefore to offer the following solution, which is also called the «model of reconsideration period». According to it, relatives do not immediately make a decision that permits the removal of organs. After informing them about the possibility of donating the organs, they will have a certain amount of time to express their agreement. Thus, in conversation with relatives it will be emphasized that if disagreement is not expressed by the deadline, the transplantation will be performed [10, c.5].



Returning to the statistics that were indicated in the introductory part, Ukraine currently conducts only 2.2 transplants per 1 million of population. The situation in Belarus was similar to that of present day Ukraine until it introduced the «presumption of consent».

Current regulations do not meet the potential needs of physicians and patients. Improving the legislation around transplantation is an urgent issue for Ukraine, because of the long legislative procedures and that while that is happening there are still many patients in need of donor organs. As we can conclude the approach of “presumption of dissent” complicates the process of expressing a desire to donate an organ.

Another point that has negative impact on the Ukrainian system of health care in general and on the sphere of organ transplantation in particular is that the development of transplantation in Ukraine is hampered by the lack of a unified state mechanism to coordinate the work of health care institutions. Nowadays in Ukraine the level of state funding for health care and public research institutions that are eligible to be active in the field of transplantation of donor organs reaches only 5-10 percent of the needed funding. The next negative point is about the level of GDP or health care funding over the last few years (especially in 2014-2015 when Ukraine ended up in an economic crisis in general). There is the acute need to reform the Ukrainian transplantation system, improve training of physicians, increase the amount of operations and strengthen the public confidence in transplantation as a method of returning life. Another equally important problem is the lack regulation that would oblige hospitals to inform transplantation centers of the presence of potential donors.

#### *Possible changes of Ukrainian legislation in the sphere of transplantation*

In the article we tried to examine the advantages and disadvantages of different methods for procuring organs for transplantation. The reasons for the differences in the amount of donated organs can be found not because of special programs or funding of such kind of operations, but in the choice how to regulate the removal of organs. In introduction was mentioned, that Belarus already see the positive effects from changing its national legislation in the sphere of procuring organs. Ukraine, as one of the Post-Soviet countries, with common history and legislation can take Belarus as an.

The first steps for improving national legislation in the sphere of organ transplantation were made in 2013, when a special Committee of the Parliament developed a new draft law #2184a amending the Ukrainian Act on Transplantation. The circumstances that led up to this bill are the following: poor state regulation of state and municipal institutions and agencies associated with the transplantation of organs; low public confidence in the order of taking

and use of organs and tissues from deceased donors; imperfection of the Unified Information System in the field of transplantation [11].

Therefore, the main innovation of the introduced draft law is «presumption of consent» or “presumed consent”, which is completely opposite to existing dissent presumption. If the law gets implemented then the «presumption of consent» will allow for cells organs and tissues of the deceased person to be used for donor purposes without the consent of relatives. However, the process of drafting regulations does not always meet international standards. The abovementioned bill №2184a includes rules to make anyone who, during his life does not issue a statement of disagreement automatically become a donor of organs. However, the Ukrainian bill, contrary to Article 4 of Directive №2010 / 45 / EC on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation, does not provide detailed audit testing of the consent of the donor or his family, proving of consent or objections the removal of the body that creates a risk of abuse in determining whether the removal of organs and tissues in humans and can cause serious social conflicts (for example, when the family receives a “disemboweled” dead body for a funeral).

In addition to the presumption of consent the new bill proposes to introduce a completely new concept of «emotional donation», which means that consent for the donation of organ is received from a person who has an emotional connection with person, who needs organ for transplantation. Of course, will the expansion of the number of consent givers to close friends and acquaintances have a positive aspect on the total number of available organs, but because of imperfections in the formulation and uncertainty criteria such donation may have space for speculations[11].

It should be stressed that the Ukrainian parliament did not approve the Draft Law in first reading, At the moment the Ukrainian legislation still refers to the “presumption of dissent” and it is unknown if the government will make a new draft law to change this by taking European legislation as an example.

**Conclusions.** The main task of the article was to find out how the current legislation in Ukraine and especially the implemented ‘presumption of dissent’ contributes to the low rate of organ transplants. As was found in the article the principle of «presumption of dissent» in Ukrainian legislation; reports in mass media about illegal transplantations; distrust to modern medicine and to the doctors; lack of funding of health care from the state and local budgets; ambiguous attitude of the religion and the church for question of donation and transplantation and low public awareness in this sphere cause situation of acute shortage of organs for transplantation.

In addition to mentioned, the following conclusions and results of the conducted research can be listed:

1) Analysis of legal acts regulating organ transplantation in Ukraine suggests that in general legislation on transplants is established, but the development of the concept of transplantation should be detailed in a number of subordinate legislation or so called by-laws due to the peculiarities of the legal system of Ukraine (because the work of the Ministry of Health Care and its central bodies is governed by the adoption of regulations and subordinate legislation that should provide a mechanism for implementation of the Act On Transplantation. The need for reform of the regulatory provisions is due to the lack of developed criteria for accreditation and certification of institutions that are eligible to carry out activities related to the transplantation, transplant standards for providing assistance and determining nosology in which it is applied, unified mechanism for typing of donors and recipients. Issues related to the donation of organs and tissues that can be used as medical activities should not just be explicit in the legislation, but also consistent with the medical and pharmaceutical workers, psychologists, and even members of the clergy.

2) From the analysis of the existing legal framework governing the donation and transplantation of organs and tissues, it follows that transplants increased interest in the community. Nevertheless, analysis of the sources of legal regulation of these relations shows that there are significant gaps in the regulation of matters relating to the procedure of receiving of organs, obtaining consent from the donor and / or his close relatives, moral and ethical issues of taking organs from a deceased person.

1. Price David "Human Tissue in Transplantation and Research: A Model Legal and Ethical Donation Framework" / D.Price. - Cambridge University Press. The Edinburgh Building, Cambridge CB2 8RU, UK. - 2009.- pp. 1.
2. Sandul I. "Organ transplantation in Ukraine - dead deadlock" / I.Sandul. - 05th of April 2011. Електронний ресурс. - [Режим доступу]: <http://transplant.zp.ua/content/%D0%BF%D0%B5%D1%80%D0%B5%D1%81%D0%B0%D0%B4%D0%BA%D0%B0-%D0%BE%D1%80%D0%B3%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2-%D0%B2-%D1%83%D0%BA%D1%80%D0%B0%D0%B8%D0%BD%D0%B5-%E2%80%94%D0%BC%D0%B5%D1%80%D1%82%D0%B2%D1%8B%D0%B9-%D1%82%D1%83%D0%BF%D0%B8%D0%BA>.
3. "Belarus leads in the Commonwealth of Independent States on organ transplants". 04th of January 2013. Електронний ресурс. - [Режим доступу]: <http://tsn.ua/svit/bilorus-lidiruye-v-snd-u-peresadci-organiv.html>.
4. 4th Journalist Workshop on Organ Donation and Transplantation. 7 October 2013. Recent Facts and Figures. Електронний ресурс. - [Режим доступу]

- ny]: [http://ec.europa.eu/health/blood\\_tissues\\_organs/docs/ev\\_20131007\\_rd3\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/ev_20131007_rd3_en.pdf).
5. Act of Ukraine “Basic Principles of Legislation of Ukraine on Healthcare”, adopted by Verchovna Rada of Ukraine on 19.11.1992. Електронний ресурс. – [Режим доступу]: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>.
  6. Act of Ukraine “On the transplantation of organs and other anatomic materials”, adopted by Verkhovna Rada of Ukraine on 16.07.1999. Електронний ресурс. – [Режим доступу]: Available: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1007-14>
  7. Official website of the Ministry of justice of Ukraine. Електронний ресурс. – [Режим доступу]: <http://www.minjust.gov.ua/201>
  8. Pishchita A.N. “Consent to medical intervention: Medico-legal analysis. Legal Standards. The practice sales” // A. Pishchita. - Russian Medical Academy of Postgraduate Education. – Moscow: Central Clinical Hospital, Russian Academy of Sciences. - 2006. - 210 p.
  9. Introduction to Bioethics. Study Guide [Введение в биоэтику. Учебное пособие].- Moscow .- 1998. - pp. 305-310
  10. Sayenko V.F. “Organ transplantation: problems and prospects”. // V. Sayenko. – K.: Transplantation. – 2004. - Vol 1. - p. 4-7.
  11. Draft Law 2184a dated 31 May 2013 on Amending the Law of Ukraine «On the transplantation of organs and other anatomical human materials» (to establish relationships, conditions and procedures for the use of transplantation). Електронний ресурс. – [Режим доступу]: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=47205](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47205)

**Ptashnyk I. R. The Low Number of Organ Transplantations in Ukraine and the Shortcomings of the Current Regulatory Framework**

The key process in formation of transplantation as a medical science lies in its interaction with the legal sciences, the mutual influence of medicine and law. Development of transplantology has by its indisputable evidence the continuous of quality improvement, the process of ever-increasing body of scientific knowledge about the progressive development of this science. In modern law scholars draw a special interest for legal questions of transplantation. These questions are primarily owned by problems of clear definition of the concept of death that has a direct impact for the possibility of removing the organ or tissue, problems of the complexity of the surgery; need to avoid the possibility of rejection of the organ. The second group is formed on the problems relating to the provision and obtaining consent for organ removal and transplantation of both - donor and recipient, as well as patient's consent for posthumous removal of his organs for transplant, the consent of relatives or legal representatives. Another group consists of the issues of payment or charity

of transplantation, ethical and economic aspects of transplantation. Obviously, the need for legal regulation of organ transplants and tissues particularly acute at the stage of clinical transplantation, when the rise of medicine and jurisprudence was grounded idea of the necessity of legal protection of all participants of transplantation - donor, recipient, and health professionals. Understanding the patterns of this process contributes to the effective improvement of the legal framework that regulates medical practice in general. However, existing legislation does not meet the objective needs of patients' rights in the rapid scientific and technological progress and needs the improvement in terms of legislative technique.

**Keywords:** organ transplantation, donation, medical law, presumed consent, informed consent, donor, recipient, legislation.

**Stoica C.F.**

*PhD, Professor of Academy  
of Economic Studies, Law  
Department, Bukharest,  
Romania*

**Safta M.**

*PhD, Lecturer of Titu  
Maiorescu University of  
Bucharest, Faculty of Law,  
First assistant magistrate,  
Constitutional Court of  
Romania*

**Стоїка К.Ф.**

*кандидат юридичних наук,  
професор відділу права  
Академії економічних  
досліджень, м. Бухарест,  
Румунія*

**Сафта М.**

*кандидат юридичних наук,  
викладач факультету  
права університету  
імені Тіту Майореску,  
перший помічник у  
Конституційному суді  
Румунії*

## **CONFLICT OF INTEREST IN THE PRIVATE SECTOR**

### **I. Introduction**

Romania has passed in recent years through an extensive process of legislative amendments, resulting, among other things, in the adoption and entry into force of new Codes in the matter of civil, criminal, civil procedure and criminal procedure, which provided a new configuration for certain legal institutions that we could qualify as “traditional” in Romanian law. Certainly, the intention of the legislature was to modernize the legal system and to adapt it to the recent developments in the European Union environment. The implementation of the new rules revealed itself the inconsistencies of the legislation, the lack of clarity and predictability of the law, issues of unconstitutionality that were sanctioned by the Constitutional Court of Romania, when this Court was notified in this regard. Therefore, as an example, we shall mention that half of the admission decisions of the exceptions of unconstitutionality delivered by the Constitutional Court of Romania in 2016 concern the provisions contained in the Code of criminal procedure, in the Criminal Code, respectively, in the Code of civil procedure<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> See the statistics data published on the webpage of the Constitutional Court, <https://www.ccr.ro/uploads/Publicatii%20si%20statistici/Implementarea%20>

In this study, we will refer to a decision which, although pronounced in criminal matters, had a significant impact on business law relations, namely on the freedom of action of persons, circumscribed in this case to labour rights and to economic freedom. This refers to the ascertainment of unconstitutionality regarding the criminalization of conflict of interest in the private sector.

## II. Conflict of interest. Regulation and sanctioning.

As it was noted<sup>1</sup>, the identification of the conflict of interest involves a difficult analysis which involves detection of certain situations, persons and professions to which the rules concerning an imposed conduct and the consequences of its non-compliance shall apply. Such an approach creates numerous uncertainties, for example, if any transaction or situation, only some of them, or the accumulation of certain transactions, professions, skills, represents a conflict of interest or if any person, professional or not in the sense of the new Civil Code, or only civil servants can be in a conflict of interest, or whether, the profession (occupation or craft) is crucial and higher than the quality of professional of the citizen and / or public function, for the existence of the conflict of interest.

In Romania, the regulation by Article 253-1 of the Criminal Code of 1969<sup>2</sup>, of the offence of conflict of interest, and then the takeover, with slight amendments thereof, in the new Criminal Code, in Article 301 (1), has generated much debate within the meaning shown above. Thus, according to the original regulation, the active subjects of the offence of conflict of interest could be public servants within the meaning of Article 147 (1) of the Criminal Code of 1969, respectively, any person exercising, permanently or temporarily, with any title, no matter how he/she was invested, a task of any kind, with or without remuneration, in the service of any unit referred to in Article 145 of the same code, or “*official*”, provided for by Article 147 (2) of the Criminal Code of 1969, respectively the person referred to in paragraph 1 of this article, as well as any employee who exercises a task within another legal entity than those referred to in that paragraph. The statement of reasons of the Law nr.278/2006 states, concerning the criminalisation of acts of a conflict of interest, that it was aimed at the prosecution of a public servant who, knowingly and intentionally, meets his personal interests through the

[deciziilor/situatie%20dec%20vs%20legi%202016%20final.pdf](http://deciziilor/situatie%20dec%20vs%20legi%202016%20final.pdf)

1 Andreea Corina TÂRȘIA, The relation among profession, professional, public office and conflict of interest, Pandectele Române no.5/2013 <http://search.proquest.com/openview/fb15f3a1b3fc497e06b98bd1fd483772/1.pdf?pq-origsite=gscholar>

2 introduced by Article 1(61) of Law no. 278/2006 amending and supplementing the Criminal Code, as well as amending and supplementing other laws, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 601 of 12 July 2006

fulfilment of public tasks and removing any doubts as to the conduct of civil servants.

The new Criminal Code established in Article 301 (1) that “*The act of a public servant who has performed, within the exercise of its tasks, an act or participated in a decision by which it was obtained, directly or indirectly, a benefit, for himself/herself, for his/her spouse, a relative or for an in-law up to second degree inclusive or for another person or with whom he/she has established trading relationships or employment relations in the last 5 years or from which he/she benefited or is still benefiting from favours of any kind, shall be punished with imprisonment of one to five years and deprivation of the right to hold public term of office*”. According to Article 308 (1) of the Criminal Code, “*the provisions of Articles 289-292, 295, 297-301 and 304 concerning public servants shall also apply accordingly to the facts committed by or in relation to persons exercising, permanently or temporarily, with or without remuneration, a task of any task within a legal entity among those provided for by Article 175 (2) or within any legal entity*”. Thus, according to the new regulations, the quality of active subject of the offence of conflict of interest provided for in Article 301 of the Criminal Code, in addition to civil servants, as defined in article 175 of the Criminal Code, could be also acquired by the persons referred to in Article 308 (1) of this code (therefore, the rest of persons who operate in the private sector), with the difference of the sanction regime set forth in Article 308 (2) of the criminal Code<sup>1</sup>.

### **III. Conflict of interest in the private sector. Aspects of unconstitutionality.**

In the context of the referral regarding the provisions of to Article 301 (1) of the Criminal Code and ascertaining the unconstitutionality of the term “trading relationships” which it includes, on the grounds that it violates the requirements of clarity and predictability of the law<sup>2</sup>, the Court has also

1 As concerns the conflict of interest of an administrative nature, it is regulated by Law no.161 / 2003 on certain measures to ensure transparency in the exercise of public dignities, public offices and in business, the prevention and punishment of corruption. According to Article 70 of the abovementioned normative act, „the conflict of interest means the situation in which the person exercising a public dignity or a public office has a personal benefit that could influence the fulfilment objectively of his/her tasks under the Constitution and other normative acts”.

2 because the concept of trading relationship is not anymore expressly defined by the law in force, following the repeal, by the provisions of Article 230 c) and i) of the Law no.71 / 2011 for the implementation of Law nr.287 / 2009 on the Civil Code, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no.409 of 10 June 2011, of the Trade Codex of 1887 and the Commercial Code Carol II, and nor can be deduced



extended the exception of unconstitutionality on the provisions laid down in Article 308 (1) of the Criminal Code.

Having noted that under article 175 (2) of the Criminal Code the persons providing a service in the public interest entrusted to them by the public authorities or persons who are subject to control over or supervision of the fulfilment of the public service are assimilated to civil servants in terms of criminal treatment<sup>1</sup>, the Court found that it subsists, regarding the persons exercising, permanently or temporarily, with or without remuneration, a task of any kind within their job, the interest of the criminalisation of conflict of interest, set forth in Article 301 (1) of Criminal Code. The situation is however different, according to those held by the Constitutional Court, as regards the criminalisation of the same acts committed by persons exercising, permanently or temporarily, with or without remuneration, a task of any kind within any legal entity, phrase provided for by Article 308 (1) of the Criminal Code. In practice, this last category includes, for example, any form of company defined by the Civil Code, the Companies Law no. 31/1990, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 1.066 of 17 November 2004, and Law no. 1/2005 on the organisation and functioning of cooperatives, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 368 of 20 May 2014.

The Court held that that the inclusion, under the provisions of Article 308 of the Criminal Code, of private persons as active subjects of the criminal offence of conflict of interests is excessive, since State coercion is unduly extended, using criminal means against the freedom of action of the persons concerned, as part of the economic freedom and the right to work, without any criminological justification in this respect. Achieving from this perspective, an examination of proportionality, the Court has held that the legislature does not have the constitutional competence to regulate offences in such a way as to enshrine a manifest disproportion between the importance of the social value that needs to be protected and the one that needs to be limited, as otherwise the latter would be ignored. In this case, the social value that needs to be protected is one that refers expressly to the private sector, and therefore the State has no interest to criminalise the conflict of interest, whereas the value that is sought to be protected in this case is not public. Criminally sanctioning acts

---

through the interpretation of the civil provisions in force as it is used in another context and in isolation, for example, in the provisions of Article 2557 of the Civil Code on private international law relations.

1 for example, professions such as notaries public and official receivers fall into this category as they were sworn by a public authority in order to exercise a public service or subject to control over or supervision by a public authority on the fulfilment of that public service

which contravene solely private interests, the legislature has qualified them as having a public character, resulting in a disproportionate limitation of the right to work and economic freedom of persons operating in the private sector. For these reasons, the Court held that the term “*or within any legal entity*” in the provisions of Article 308 (1) of the Criminal Code, with reference to Article 301 of the Criminal Code, is unconstitutional<sup>1</sup>.

#### **IV. The effects of the Constitutional Court’s decision. Considerations on the legal security**

Firstly, it is worth mentioning noted that the Basic Law of Romania enshrines the *erga omnes* binding nature of the decisions of the Constitutional Court, which causes them to be complied with by all subjects of law, just as a normative act, unlike the judgments of the courts of law which take effect *inter partes litigants* effects<sup>2</sup>. The *erga omnes* binding nature concerns both the recitals and the operative part of the decisions. In an established case-law, starting with the Decision of the Plenum no. 1/1995<sup>3</sup>, the Court held that *res judicata* which accompanies the jurisdictional acts, and therefore the Constitutional Court’s decisions, is attached not only to the operative part, but also to the recitals on which it is based. Accordingly – the Court has noted that – both Parliament and the Government, respectively public authorities and bodies shall fully comply with both the recitals and the operative part of the decisions pronounced by the Constitutional Court. For the particular situation of ascertaining the unconstitutionality of provisions of laws and ordinances in force, as well as those of the regulations, Article 147 (1) of the Constitution establishes that they “*shall cease their legal effects within 45 days from publication of the decision rendered by the Constitutional Court where Parliament or Government, as may be applicable, have failed, in the meantime, to bring these unconstitutional provisions into accord with those of the Constitution. For this limited length of time the provisions declared unconstitutional shall be suspended as of right*”<sup>4</sup>.

In relation to the cited constitutional provisions, it results that, as of the publication of the Constitutional Court’s Decision no. 603/2015 in the Official Gazette of Romania, the term “*or within any legal entity*” in the provisions

1 Decision no. 603 of 6 October 2015, published in the Official Gazette of Romania no. 845 of 13. November 2015

2 The decisions of the High Court of Cassation and Justice, delivered following the settlement of appeals on points of law, having a distinct legal regime, do not fall into this category

3 Official Gazette of Romania no. 16 of 26 January 1995.

4 For details, M. Safta, Constitutional law. Political institutions, Hamangiu Publishing House, 2015, p. 222-223

of Article 308 (1) of the Criminal Code, with reference to Article 301 of the Criminal Code has ceased its applicability, thus the conflict of interest in the private sector is decriminalized. The decision shall take effect only for the future, and, in order to give effectiveness to the constitutional review, the persons who determined this review, prior to the publication of the decisions, as provided by law, shall have the opportunity to benefit from the effects of the admission decision delivered by the Court.

That fact that the range of the beneficiaries of the decision is circumscribed as shown is determined by the need to ensure both a stability of legal relations and a good management of justice. A decision finding the unconstitutionality of a legal provision must benefit, in the wording of the appeal of the review, only that category of persons who raised the exception of unconstitutionality in cases definitively settled until the publication in the Official Gazette of the decision whereby the unconstitutionality is found, as well as the authors of the same exception invoked prior to the publication of the decision of the Court, in other cases, settled definitively. This fact is required by the need for legal order and stability. This is because the principle of *res judicata* has a fundamental importance both within the national legal order and the Community legal order, as well as within the European Court of Human Rights. The Court notes that the its interference with the national legislation must be limited and this principle shall have a derogation only if substantial and compelling reasons requires it (Judgment of 7 July 2009, delivered in the Case *Stanca Popescu v. Romania*, paragraph 99, and Judgment of 24 July 2003, delivered in the Case *Ryabykh v. Russia*, paragraph 52).

As a result, at present, if the acts of persons in the private sector of the kind of those described above are causing damage, civil liability of labour law or other form of accountability that does not involve the coercive force of the State, by means of criminal law, may be invoked against such persons.

1. *Constitutional Justice. Functions and relationship with the other public authorities. Comparative constitutional law. Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2012.*
2. *Camelia Florentina STOICA: The case-law of the Constitutional Court – source of business law, Curierul Judiciar (Judicial Courier), no.10/2012, p.593*
3. *Andreea Corina TÂRȘIA, The relation among profession, professional, public office and conflict of interest, Pandectele Române no.5/2013*
4. *Tudorel Toader, coordinator, New Criminal Code. Comments on articles. Hamangiu Publishing House, 2014.*

---

5. *Marieta Safta, Constitutional law. Political institutions, Hamangiu Publishing House, 2015*

6. *www.ccr.ro;*

7. *www.venice.coe.int.*

**Stoica C., Marieta S. Conflict of interest in the private sector**

This article is devoted to conflict of interest in the private sector. In this study, the authors referred to a decision which, although pronounced in criminal matters, had a significant impact on business law relations, namely on the freedom of action of persons, circumscribed in this case to labour rights and to economic freedom. This refers to the ascertainment of unconstitutionality regarding the criminalization of conflict of interest in the private sector.

The analysis of the legislation and the decisions of the Court is provided. The author concludes that as a result, at present, if the acts of persons in the private sector of the kind of those described in this article are causing damage, civil liability of labour law or other form of accountability that does not involve the coercive force of the State, by means of criminal law, may be invoked against such persons.

**Keywords:** conflict of interest, private sector, Romanian law, regulation and sanctioning.

**Схаб-Бучинська Т.Я.**

*кандидат юридичних наук,  
викладач кафедри цивільного  
права Державного  
вищого навчального  
закладу «Прикарпатський  
національний університет  
імені Василя Стефаника»,  
Навчально-науковий  
Юридичний інститут*

**Shab-Buchynska T.Ya.**

*PhD in Law, lecturer of civil  
law department, Law Institute,  
State higher education  
institution «Precarpathian  
National University Named  
after Vasyl Stefanyk»*

## **ОБМЕЖЕННЯ ДОГОВІРНОЇ СВОБОДИ У МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

УДК 347.441.4

Існуюча в суспільстві система зобов'язальних відносин постійно потребує правового впливу. Форми та методи даного впливу змінюються залежно від суспільних потреб. Правове регулювання в суспільстві здійснюється за допомогою певних механізмів. Щодо ролі обмежень свободи договору, то на думку Є. О. Мічуріна, обмеження застосовуються в механізмі правового регулювання як засіб стримування особи, що ускладнює можливості здійснення окремих суб'єктивних цивільних прав. Залежно від правового режиму, умов чи правил здійснення окремих цивільних прав, встановлених законом, обмеження ускладнюють здійснення цивільних прав у певних межах [1, с. 72].

У статті 627 Цивільного кодексу України визначено, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Але це не означає абсолютної свободи сторін при укладенні цивільно-правового договору. Тому виводимо на всезагальне обговорення проблему, яка стосується з'ясування ролі обмеження договірної свободи на етапі ведення переговорів, укладення та виконання цивільно-правового договору.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Ґрунтовні, комплексні та всебічні дослідження договірної свободи та її обмежень проводили українські та зарубіжні вчені цивілісти: О. А. Беяневич, В. О. Горєв, Н.С. Кузнецова, А. В. Луць, В. В. Луць, Є. О. Мічурін, С. О. Поґрібний, О. П. Подцерковний, Я. М. Шевченко, К. Осаке та інші правознавці.

**Постановка завдання.** Метою статті є з'ясування проблеми обмеження договірної свободи на стадії ведення переговорів, обрання контрагента, а також визначення форми та умов договору.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Свобода договору в механізмі правого регулювання починає проявлятися не на етапі укладення договору, а ще на етапі ведення переговорів. Насамперед, на переддоговірному етапі принцип свободи договору означає, що по-перше, кожний суб'єкт цивільних правовідносин має можливість вільно обрати контрагента для укладення договору; по-друге, такий суб'єкт вправі вільно обрати будь-який різновид правочину, який має забезпечити досягнення бажаної правової мети; по-третє, кожний правомочний суб'єкт має право вільно обрати об'єкт договірної зобов'язання; по-четверте, кандидати в контрагенти майбутнього договору можуть вільно до моменту його укладення відмовитися від своєї пропозиції укласти договір або від своєї згоди (акцепту) про прийняття пропозиції (оферти) іншої особи; по-п'яте, до моменту укладення договору сторони можуть вільно визначати умови майбутнього договору та свої права та обов'язки [2, с. 143].

У цивільному законодавстві відсутнє закріплене визначення переддоговірних відносин. Відповідно до ч. 4 ст. 213 Цивільного кодексу України переговори й інші фактичні дії, які передують договору, визнаються лише обставинами, пов'язаними з укладенням договору та набувають правового значення у випадку тлумачення договору з метою виявлення спільної волі сторін.

Як правило, сторони вільні не тільки вирішувати, коли і з ким вступати в переговори з наміром укласти договір, але також вони вільні вирішувати, чи варто їм продовжувати переговори, а також яким чином і як довго їх вести для того, щоб досягти угоди, а також на власний розсуд узгоджувати правила вступу у договірні зв'язки, визначати місце та час вступу. Зазначені правила можуть встановлюватися сторонами як в усній, так і в письмовій формах, що виражається укладенням попереднього договору. Утім зазначені угоди можуть стосуватися не тільки порядку ведення переговорів (строків, протягом яких має бути розпочато (закінчено) переговори, конфіденційності інформації, отриманої під час переговорів тощо), а й закріплювати проміжний результат, який досягнуто під час переговорів, сторонам яких не вдалося досягти кінцевої домовленості щодо всіх істотних умов. Так, до переддоговірних угод законодавство низки країн відносить угоди з навмисно відкритими умовами (узгодження яких сторонами передбачено у майбутньому), що не є перешкодою їх визнання укладеними (такими, що відбулися). У разі ж недосягнення

згоди за відкритими умовами останні можуть визначатися в судовому порядку [3, с. 258].

На практиці часто спостерігається, як сторони застосовують недобросовісну поведінку при веденні переговорів, а саме укладають договори із застосуванням помилки, обману, насильства, безпідставно відмовляються вести переговори, одночасно ведуть переговори щодо укладення одного і того ж договору з кількома потенційними контрагентами, укладають договори під впливом тяжкої обставини та вчиняють правочини внаслідок зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною.

Таке становище дало підстави деяким вченим запропонувати встановлення певної відповідальності на етапі ведення переговорів. На думку В. О. Горєва, слід ввести у законодавство цивільно-правову норму, яка би передбачала адекватні правові обмеження свободи переговорів при укладенні договору та відповідальність за їх порушення, а відтак запобігала б недобросовісним переговорам при укладенні договору, а також забезпечувала би повноцінний правовий захист законних інтересів суб'єктам цивільних правовідносин від несприятливих наслідків таких переговорів [4, с. 74].

Змушені не погодитися з вище зазначеною думкою. Як відзначає Ж. Карбоньє, що «переддоговірний період при укладенні договору знаходиться поза правом» [5, с. 67]. Та й загалом законодавство передбачає ряд норм, які мотивують сторін договірного правовідношення здійснювати дії, не порушуючи права та інтереси інших осіб.

На думку М. І. Брагінського, за відсутності в цивільному законодавстві спеціальних положень про недобросовісні переговори вимога про відшкодування збитків, завданих особі внаслідок таких переговорів, в одних випадках може ґрунтуватися на положеннях цивільного законодавства про шикану, в інших – на положеннях антимонопольного законодавства про недобросовісну конкуренцію [6, с. 325].

Крім того, певна відповідальність встановлена в міжнародно-правових документах. Так, стаття 2.15 Принципів УНІДРУА встановлює відповідальність за недобросовісне ведення переговорів. Недобросовісним вважається вступ сторони до переговорів або їх продовження за відсутністю наміру досягти домовленості з іншою стороною, наприклад, виключно з метою перешкодити укладенню договору з іншою особою [7]. Припинення переговорів теж може бути розцінене як недобросовісна поведінка, наприклад, коли інша сторона вже понесла значні витрати у зв'язку з підготовкою до майбутнього договору. Винна сторона, згідно

зі ст. 2.15 Принципів відповідальна за втрати, заподіяні іншій стороні. Іншими словами, потерпіла сторона може отримати відшкодування витрат, понесених нею при переговорах і може отримати компенсацію за втрату можливості укласти інший договір з третьою особою (так званий негативний договірний інтерес). Проте вона за загальним правилом не може отримати відшкодування вигоди, яку вона мала б, якби первинний договір був би все-таки укладений (так званий позитивний договірний інтерес). Очевидно, що в першому випадку йдеться лише про реальний збиток, а в другому — про упущену вигоду. Принципи УНІДРУА закріплюють правило, відповідно до якого сторони мають бути повернені в становище, що існувало до початку переговорів. Часто в процесі переговорів сторона передає іншій стороні інформацію, яка не підлягає розголошенню третім особам. Обов'язок зберегти такі відомості в таємниці, а також не використовувати їх неналежним чином для власних цілей існує незалежно від того, укладено договір чи ні. Це правило сформульоване в ст. 2.16 Принципів УНІДРУА. Порушення цього обов'язку обумовлює право потерпілої сторони вимагати виплати компенсації, заснованої на вигоді, отриманій іншою стороною. При цьому відшкодування слідує і у тому випадку, коли сторона, що потерпіла, не понесла жодного збитку.

Вважаємо законодавче обмеження свободи договору шляхом встановлення відповідальності на етапі переддоговірних зобов'язань є обмеженням договірної свободи. Це призведе лише до надлишкової зарегульованості цієї сфери відносин між сторонами майбутнього договору.

Щодо обмежень під час укладення договору, то варто відзначити наступне. Деякі з них стосуються волі та волевиявлення сторін. Частина інших стосуються також правосуб'єктності контрагентів за договором.

Існує дві позиції, одна з яких полягає в абсолютизації обмежень та зменшенні ролі волевиявлення при укладенні договору, інша визнає певні обмеження, проте надає великого значення волевиявленню. Так, існує погляд, згідно з яким воля приватних осіб під час укладення договору не має вирішального значення, оскільки значна частина умов заздалегідь визначена для сторін імперативними приписами. На нашу думку, сторони самі повинні визначати усі умови договору та узгоджувати інтереси кожного з учасників договірних відносин. Але, звичайно, у законодавстві повинні бути закріплені імперативні законодавчі норми, які б у деяких випадках обмежували саме вільне волевиявлення сторін, регулювали поведінку контрагентів, встановлювали межі здійснення такої поведінки та загалом підтримували публічний порядок. Отож, потрібно законодавчо закріпити положення, основою яких були б, по-перше, нормативно-пра-



вові акти, тобто імперативні норми, які незалежно від їх змісту не можуть бути змінені за власною волею сторін, та по-друге, це могли б бути ненормативні джерела, положення яких сторони вправі змінювати на власний розсуд. Саме тому, будь-яка правова норма є обмеженням договірної свободи і будь-яка діяльність, навіть та, яка прямо не спрямована на заборону обмеження, виступає як обмеження свободи.

За загальним правилом кожен учасник договірних відносин, вступаючи в договірний зв'язок, вправі обирати свого контрагента на власний розсуд. Але в законодавстві закріплено досить велику кількість норм, які обмежують у свободі контрагента. Наприклад, публічний договір, договір приєднання, договір про закупівлю товарів, виконання робіт та послуг за державні кошти, договір поставки продукції для державних потреб, договір оренди державного або комунального майна, договір купівлі-продажу об'єктів приватизації.

Так, існує ряд договорів, де контрагентами у договорі повинні виступати лише фізичні особи. Це договори, де сторонами чи стороною у договорі може бути лише фізична особа (договір довічного утримання, спадковий договір та інші).

Категорія дієздатності є також обмежувачем договірної свободи. Мова йде про правочиноздатність. Основною складовою вступу особи у договірні зв'язки є набуття особою повної дієздатності шляхом досягнення визначеного віку. Насамперед категорія «дієздатність» використовується перш за все для захисту інтересів суб'єктів договору, не володіючих достатньою самостійністю, іншими якостями, необхідними для реалізації своїх прав.

Відповідно до статті 34 Цивільного кодексу України повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років. Але із цього правила існують деякі винятки, а саме у разі реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття вона набуває повної цивільної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу. Також повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини. Повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і яка бажає займатися підприємницькою діяльністю. Але закон встановлює і інші визначені вікові критерії визнання за особою часткової цивільної дієздатності. Так, малолітніх осіб законодавець максимально обмежує у договірній свободі. Вони вправі самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини та здійснювати особисті немайнові права на результати інтелекту-

альної, творчої діяльності, що охороняються законом. Для неповнолітніх осіб закон дещо розширює договірну свободу, дозволяючи їм самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами; самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом; бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи; самостійно укласти договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку). Розширити межі договірної свободи таких категорій громадян можна за участю батьків (усиновлювачів) або піклувальників. Відповідно до статті 32 ч. 3 Цивільного кодексу України неповнолітня особа може розпоряджатися грошовими коштами, що внесені повністю або частково іншими особами у фінансову установу на її ім'я, за згодою органу опіки та піклування та батьків (усиновлювачів) або піклувальника.

Цивільний кодекс України містить ряд обмежень щодо участі юридичних осіб у різного роду договірних моделях. І це цілком вірно, адже договороздатність юридичної особи не охоплює можливості укласти договори, що спрямовані на набуття або реалізацію тих цивільних прав і обов'язків, котрі можуть належати лише фізичній особі. Так, тільки фізична особа може бути відчужувачем в договорі довічного утримання (ст. 746), замовником у договорі побутового підяду (ст. 865), пасажиром у договорі перевезення пасажирів та багажу (ст. 910), поклажодавцем у договорі зберігання речі у ломбарді (ст. 967). Така позиція законодавця підтверджує той факт, що для юридичних осіб характерними є ті договори, що відповідають її правовій природі як суб'єкта цивільних правовідносин [8, с. 64]. Обсяг цивільної правоздатності не є безмежним, оскільки визначається її установчими документами. Це означає, що комерційні організації, якщо у їх установчих документах не міститься вичерпний перелік видів діяльності, яку вони можуть здійснювати, можуть займатися будь-якою підприємницькою діяльністю, не забороненою законом. Реалізуючи власну правоздатність, юридична особа може укласти будь-які угоди. Проте якщо, наприклад, статутом юридичної особи визначений вичерпний перелік можливих видів її діяльності – вона наділена спеціальною правоздатністю, виходити за межі якої не має права. Укладені такою юридичною особою за межами її правоздатності правочини є недійсними [9, с. 761].

Наступним обмеженням договірної свободи є обмеження свободи вибору форми договору. Відповідно до ч. 1 ст. 639 Цивільного кодексу

України, договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Сторони при укладенні договору вправі обирати ту форму договору, яка б виражала їх волю на вступ і перебування у договірних відносинах. М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський дійшли висновку про те, що вимога до форми договору означає лише недопустимість вибору простішої форми, порівняно з формою, передбаченою законом. У той же час використання складнішої форми залежить від розсуду сторін. Отже, свобода вибору форми правочину (договору) тим самим складає правило, а визначеність форми – законний виняток [6, с. 275].

Законодавець, визначаючи форму того чи іншого виду договору, зокрема письмову з нотаріальним посвідченням, захищає договірні інтереси своїх громадян, а також забезпечує чітке вираження волі учасників договірних відносин, дозволяє в будь-який час ознайомитися з умовами договору, що в свою чергу дозволяє уникнути численних конфліктів та запобігти судовим спорам при укладенні цивільно-правового договору та є належним доказом при захисті інтересів потерпілої сторони.

Але законодавець у статті 639 Цивільного кодексу України встановлює досить широкі межі договірної свободи у визначенні форми договору, адже сторони вправі домовитися укласти договір у певній формі, і останній вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договору не вимагалася.

Виходячи із норм Цивільного кодексу України, сторони є вільними у виборі усної, письмової або письмової з нотаріальним посвідченням форми договору. Так, статтею 206 Цивільного кодексу України передбачено, що усно можуть вчинятися правочини, які повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення, за винятком правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність. Юридичній особі, що сплатила за товари та послуги на підставі усного правочину з другою стороною, видається документ, що підтверджує підставу сплати та суму одержаних грошових коштів. Правочини на виконання договору, укладеного в письмовій формі, можуть за домовленістю сторін вчинятися усно, якщо це не суперечить договору або закону. Із вказаної статті випливає, що лише юридичні особи при укладенні усного договору захищені від неправомірного зловживання з боку його контрагента, адже у разі будь-яких судових спорів, підтвердженням укладення договору буде документ, що вказує на підставу сплати та суму одержаних грошових коштів. Що стосується фізичної особи при укладенні, напри-

клад, договору роздрібної купівлі-продажу покупцю не завжди видається квитанція або інший документ, що засвідчує укладення договору.

Як відзначає І.В. Спасибо-Фатєєва, більш складна форма встановлюється для «укріплення» прав [10, с. 34-35]. Адже застосування більш складної форми договору сприяє охороні прав учасників договору дозволяє найбільш ефективно їх захистити при порушенні через спрощення доказування як факту укладення правочину, так і його змісту. Це досягається через надання договору письмової форми, а іноді додатково – через його нотаріальне посвідчення [11, с. 322]. На думку А. В. Луць, сторони на свій розсуд можуть обрати найпростішу (усну) форму договору навіть у тих випадках, коли закон передбачає для цих випадків просту письмову форму, але без наслідків недійсності договору при недодержанні письмової форми та дії сторін щодо виконання договору (наприклад, передача товарів безпосередньо покупцеві чи відвантаження їх одержувачу). Тому автор доводить, що правочини на виконання договору, укладеного письмово, можуть за домовленістю сторін вчинятися усно, якщо це не суперечить положенням закону та договору [12, с. 98]. Також договір може вчинятися шляхом виразу волі особи на укладення договору методом конкретної поведінки та мовчанням. Угода, для якої законом не встановлена певна форма, вважається укладеною, якщо з поведінки особи видно її волю укласти угоду (конклюдентні дії). Мовчання ж визнається виявом волі укласти угоду лише у випадках, передбачених законодавством [12, с. 96]. І справді, передбачено ряд договорів, які укладаються внаслідок здійснення конклюдентних дій, тобто вчиняють правочин на заздалегідь відомих умовах, наприклад, прохід через турнікети метро, здійснення платежу жетоном, купівля печива з автомату, що вимагає від нас лише кинути жетон чи відповідну монету тощо. У цьому випадку, договірна свобода обмежується для обох сторін договірних відносин, адже вони не вправі обирати форму договору на власний розсуд.

**Висновки.** Отож договірна свобода на етапах укладення і виконання цивільно-правового договору з метою встановлення правопорядку в державі, охороною та захистом прав та обов'язків учасників договірних відносин повинна обмежуватися як нормою закону, так і положеннями договору.

1. Michurin E.O. *Limitations of property rights of individuals: Monograph* / E. Michurin. - Kharkiv: Yurmir, 2008. – 220 p.
2. *Contract Law of Ukraine. The general part: Textbook* / ed. O.V. Dzera. - Kyiv: Yurinkom Inter, 2008.- 896 p.
3. Milash V.S. *Pre-contract relations in the economic sphere: problems of theory and practice* / V. Milash // *Law of Ukraine*. - 2010. - №4. - pp.258.

4. Gorev V.A. *Freedom of contract as the general principle of civil law of Ukraine: Dissertation for obtaining the status of the candidate of juridical science: 12.00.03./ V.A. Gorev. - Kharkiv, 2007. - 203 p.*
5. Carbonier civil. *Les obligations. P., 1956. T. 4. P.67.*
6. Braginsky M. *Contract law. General provisions / M.I. Braginsky, Vitryansky V.V. - Moscow: Statute 1999. - 682 p.*
7. *Principles of international commercial contracts (UNIDROIT principles). Electronic resource. Available at: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_920](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_920)*
8. Zavalna Zh. *Administrative agreement: theoretical principles and application: Dissertation for obtaining the status of the candidate of juridical science: 12.00.07 / Zh. Zavalna. - Kharkiv, 2010. - 369 p.*
9. Kharitonov E.O. *Civil Law of Ukraine: Textbook / E.O. Kharitonov, N.A. Saniahmetova. - Kyiv: Istyna, 2003. - 761 p.*
10. Spasibo-Fateeva I.V. *Notarization of transactions with real estate and their state registration as a means of strengthening the rights / I.V. Spasibo-Fateeva // Notary for you. - №12. -2006. - pp. 34-36.*
11. Michurin E.O. *Limitations of property rights of individuals: theoretically - legal aspect: Monograph / E. Michurin. -Kharkiv: Yurmir, 2008. – 482 p.*
12. Lutz A. *Freedom of contracts in Civil law of Ukraine: Dissertation for obtaining the status of the candidate of juridical science: 12.00.03. / A.V. Luts.- Lviv, 2001. - 182 p.*

**Схаб-Бучинська Т. Я. Обмеження договірної свободи у механізмі правового регулювання**

У статті досліджено питання, присвячене обмеженню договірної свободи в механізмі правового регулювання. Свобода укладення договору проявляється в свободі сторін вирішувати, коли та з ким вступати в переговори з наміром укласти договір, яким чином вести переговори. Тобто принцип свободи договору починає діяти ще на етапі, який передує укладенню договору, а саме на етапі переговорів, коли сторони тільки з'ясовують можливості один одного. Деякі з обмежень договірної свободи стосуються волі та волевиявлення сторін, частина інших – правосуб'єктності контрагентів. Категорія дієздатності є обмежувачем договірної свободи. Основною складовою вступу особи у договірні зв'язки є набуття особою повної дієздатності шляхом досягнення визначеного віку. Категорія «дієздатність» використовується для захисту інтересів суб'єктів договору, не володіючих достатньою самостійністю, іншими якостями необхідними для реалізації своїх прав. Договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Сторони при укладенні договору вправі обирати ту форму договору, яка би виражала їх волю на вступ і перебування в договірних відносинах. Законодавець, визначаючи форму того

чи іншого виду договору, зокрема письмову з нотаріальним посвідченням захищає договірні інтереси своїх громадян, а також забезпечує чітке вираження волі учасників договірних відносин.

**Ключові слова:** договірна свобода, обмеження договірної свободи, переддоговірні відносини, недобросовісні переговори, зловживання правом.

**Skhab-Buchynska T. Ya. Limitations of contractual freedom in the mechanism of legal regulation**

The article is devoted to analyzing the question of limitation of contractual freedom in the mechanism of legal regulation. Freedom of contract is manifested in the freedom of the parties to decide when and with whom to enter into negotiations with the intention to conclude an agreement, and way in which to negotiate. In other words, the principle of contractual freedom takes effect at the stage preceding the conclusion of the contract, namely during negotiations, when the parties trying to find out possibilities of each other. Some of contractual restrictions concern freedom of will and the will of the parties, a part of other - legal personality of counterparts. Author researched that the category of the legal capacity is constraint of contractual freedom. The main component of the accession of the individual in contractual relations is acquiring by the party full legal capacity thought reaching a certain age. The category «legal capacity» is used to protect the interests of subjects of the contract, not having sufficient autonomy, other qualities necessary for the realization of their rights. Author stated that the agreement can be concluded in any form if other requirements for the form of the contract are not provided by law. However, the parties in the contract have the right to choose a form contract, which would express their will to join and stay in a contractual relationship. In the article the author made the conclusion that the legislator, defining the form and/or a type of contract, including writing notarized treaty, protects the interests of its citizens and provides a clear expression of the will of the participants of contractual relations.

**Keywords:** freedom of contract, contractual restrictions of freedom, pre-contract relations, unfair negotiations, abuse of law.

**Федорончук А.В.**

*кандидат юридичних наук,  
викладач юридичного  
відділення Івано-  
Франківського коледжу  
ДВНЗ «Прикарпатський  
національний університет  
ім. В. Стефаника»*

**Fedoronchuk A.V.**

*PhD in law, lecturer of law  
department, Ivano-Frankivsk  
college of the State higher  
educational establishment  
«Vasyl Stefanyk Precarpathian  
National University»*

## **ДОГОВІР ПРОКАТУ В СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ОБОРОТІ**

УДК 347.453.6

**Постановка проблеми.** З поступальним розвитком та урізноманітненням цивільно-правових відносин усе більшого поширення набувають договірні зобов'язання про передачу майна в користування. Серед такої групи договірних зобов'язань особливе місце відводиться договору найму, договору найму (оренди) земельної ділянки, договору найму будівлі або іншої капітальної споруди, договору найму (оренди) транспортного засобу, договору лізингу, договору найму (оренди) житла, договору позички. Разом з тим, на сьогоднішній день важко дати однозначну відповідь на питання про те, чи розвивається та поширюється конструкція договору прокату в сучасному цивільному обороті України?

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проблематику укладення договору прокату досліджували як вітчизняні, так і зарубіжні цивілісти: А. А. Телестакова, В. В. Мартин, Н. В. Хашівська, Г. А. Осетинська, Л.Л.Тарасенко, М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, О. С. Йоффе, О.А.Красавчиков, Н. А. Барінов та багато інших. Проте науковці не враховували усі чинники, які перешкоджають поширенню договору прокату у маси. А це є головним для підвищення інтересу осіб до його укладення.

**Завданням** статті є спроба теоретично-правового та економічного аналізу причин та умов, які перешкоджають поширенню конструкції договору прокату.

**Виклад основного матеріалу.** Основні чинники, які перешкоджають розвитку та поширенню конструкції договору прокату, можна умовно поділити на правові та соціально-економічні.

Цивільний кодекс України присвячує Параграф 2 Главу 58 особливостям правового регулювання відносин, що виникають із договору прокату.

МІЖНАРОДНИЙ ЖУРНАЛ «ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО»

Ці відносини пов'язані з характером предмета договору, метою і порядком його укладення, зміни, розірвання та припинення, формою, особливостями суб'єктного складу договору прокату та його змістом, а також правовими наслідками, що настають у випадку порушення чи недотримання умов останнього. Варто зазначити, що якісне цивільно-правове регулювання усіх елементів є однією із передумов того, що у недалекому майбутньому договір прокату займе дійсно гідне місце серед набору тих правових інструментів, які полегшують життя кожній українській родині. Для цього ми детально проаналізуємо окремі елементи договору прокату, які пов'язані із порядком його укладення.

За критерієм визначення моменту, з настанням якого договір вважається укладеним, усі цивільно-правові договори поділяються на консенсуальні та реальні. Із змісту ч. 1 ст. 787 ЦК України випливає, що договір прокату може бути як реальним, так і консенсуальним [1].

Вчена Н. Д. Міловська зазначає, що договір прокату є консенсуальним, оскільки вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди за всіма істотними умовами. А у визначенні договору прокату посилення на те, що наймодавець «передає» або «зобов'язується передати», вказують не на момент укладення договору, а на випадки, коли відбувається передання речі: або в момент укладення такого договору («передає»), або після укладення такого договору («зобов'язується передати») [2, с. 98].

Аналізуючи особливості реального договору як юридичного складу, В. В. Васильєва вказує на те, що формулювання «сторона передає» – це вже є дією у межах самого договору, поясненням того, що ж входить в обов'язки сторони і що є предметом договору, і не є додатковим юридичним фактом, без якого договір вважається неукладеним [3, с. 17].

Із змісту ч. 2 ст. 640 ЦК України випливає, якщо ми визнаємо договір прокату реальним договором, це означатиме, що погодження волі сторін відбулося, а зобов'язання з нього не виникає. Укладений договір між наймодавцем та наймачем не породжуватиме зобов'язання поки не буде передана річ, тобто кожна із сторін не матиме ні прав, ні обов'язків. Виходить, що наймач буде позбавлений права вимагати передачі речі навіть після укладення договору. Така ситуація суперечить правовій природі договору прокату, нівелює його значимість як юридичного факту, оскільки договір є підставою виникнення правовідношення.

На нашу думку, договір прокату є консенсуальним, адже аналізуючи ч. 1 ст. 638 ЦК України, відповідно до якої договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов,



можна зробити висновок про легальну презумпцію консенсуальності будь-якого цивільно-правового договору, в тому числі і договору прокату. Саме домовленість слід визнати мінімально необхідною та єдиною умовою, щоб договір вважався укладеним. Передача речі при укладенні договору прокату не має правового значення без досягнення згоди.

Беручи до уваги вищезазначене, було б доцільно внести зміни у ч. 1 ст. 787 ЦК України та викласти її у такій редакції: «За договором прокату наймодавець, який здійснює підприємницьку діяльність з передання речей у найм, зобов'язується передати рухому річ наймачеві у користування за плату на певний строк».

Для того, щоб договір вважався укладеним, сторони у належній формі повинні досягнути згоди з усіх істотних його умов (ч. 1 ст. 638 ЦК України). Слід відзначити, що ні ЦК України, ні іншими законами не визначено переліку істотних умов договору прокату. Беручи до уваги проведені нами раніше наукові дослідження, можна з впевненістю сказати, що істотними умовами договору прокату є умови про предмет, ціну та строк договору [4, с. 193-195]. Даний висновок має надзвичайно важливе значення, оскільки істотні умови є стержнем змісту договору, який дозволяє констатувати наявність або відсутності домовленості. Договір не може вважатись укладеним, якщо сторонами не досягнуто згоди по кожній із істотних умов. І навпаки, вони є необхідними та достатніми для того, щоб договір вважався укладеним, і тим самим породжував права та обов'язки сторін.

На нашу думку, поширенню договору прокату сприяє також те, що даний договір може бути укладений за допомогою мережі Інтернет. Тобто, волевиявлення на укладення договору може бути виражене в електронній формі. Основним способом укладення договорів в Інтернеті є електронний обмін даними. Для укладення договору offerent розміщує публічну offerту на сервері, підключеному до мережі Інтернет. Будь-яка особа, що бажає укласти такий договір на запропонованих умовах, акцептує offerту шляхом заповнення форми договору і підписання. На сьогодні найбільш поширеним видом електронного підпису, який може бути використаний при укладенні договору прокату є активація на веб-сайті відповідного напису або встановлення в запропонованому пункті меню сайту «прапорця», що означає намір взяти на себе певні зобов'язання.

У Порядку надання у тимчасове користування громадянам предметів культурно-побутового призначення та господарського вжитку зазначено, що «предмети прокату надаються громадянам за пред'явлення ними паспорта громадянина України» [5]. Використаний термін «громадяни

України» звужує коло можливих наймачів лише громадянами України. Це положення суперечить чинному законодавству України, зокрема Конституції України, яка передбачає: «іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України». А отже, наймачами можуть бути не тільки громадяни України, але й іноземці та особи без громадянства [6, с. 125]. Тому більш доцільним є використання у Порядку терміну «фізична особа».

Не відповідає чинному законодавству і положення про те, що наймачами за договором прокату можуть бути лише особи «за пред'явлення ними паспорта громадянина України», тобто особи, які досягли 16 років.

У віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років фізичні особи наділені неповною цивільною дієздатністю. Згідно зі ст. 32 ЦК України неповнолітні віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років мають право самостійно учиняти дрібні побутові правочини, самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами, розпоряджатися вкладками, внесеними на своє ім'я та ін. Тому не виникає жодного сумніву щодо можливості бути стороною у договорі прокату осіб віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років. Із врахуванням зазначеного, неправомірною є умова прокату інтернет-магазину «Veliki», у якій мова йде про те, що наймодавець залишає за собою право відмовити у видачі велосипеда на прокат особам, що не досягли 18-річчя [7].

Згідно з ЦК України фізична особа, яка не досягла чотирнадцяти років (малолітня особа) має право самостійно учинити лише дрібні побутові правочини, тобто правочини про набуття прав і про розпорядження ними, які «пов'язані із забезпеченням звичайних, буденних потреб дитини: у пересуванні, духовному та фізичному розвитку тощо» [8, с. 24]. Коли договір прокату укладають щодо майна незначної вартості його можна визнати «дрібним побутовим правочином», а тому наймачем може бути і особа, яка не досягла чотирнадцяти років.

Отже, наймачем може бути не тільки фізична особа, яка досягла шістнадцятирічного віку, але й особа яка не досягла чотирнадцяти років.

З огляду на зазначене, ми вважаємо, що вимога щодо пред'явлення паспорта громадянина України є необґрунтованою. Висуваючи дану вимогу, законодавець таким чином обмежує коло потенційних наймачів не тільки громадянами України і особами, які досягли шістнадцятирічного віку, але й місцем їхньої прописки. Адже паспорт обов'язково має бути із відміткою про прописку (п. 2.1. Порядку). Це означає, що укласти договір прокату можуть лише ті фізичні особи, які проживають в певній

місцевості, у якій розміщений пункт прокату. А особи, які прописані в іншому населеному пункті, або особи, які зняті з місця реєстрації, не мають права укласти договір прокату. На нашу думку, дані обмеження є неприпустимими, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 2 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» реєстрація місця проживання чи місця перебування особи або її відсутність не можуть бути умовою реалізації прав і свобод, передбачених Конституцією, законами чи міжнародними договорами України, або підставою для їх обмеження [9].

Тому громадяни України, які хочуть укласти договір прокату можуть пред'явити паспорт громадянина України не тільки з відміткою про прописку у місцевості в якій знаходиться пункт прокату, але й з відміткою про прописку в іншій місцевості, а також з відміткою про зняття з місця реєстрації. Громадяни України, яким на день укладення договору не виповнилось 16 років, можуть пред'явити свідоцтво про народження. Іноземці та особи без громадянства можуть пред'явити паспорт громадянина відповідної держави або посвідку на постійне чи тимчасове проживання на території України. Окрім перелічених документів, фізичних осіб слід наділити правом пред'являти інші документи, які посвідчують їх особу. Такий підхід дозволить спростити порядок укладення договору прокату.

Поширення конструкції договору прокату стримують не тільки правові, але й соціально-економічні чинники.

Перш за все слід вказати, що стримуючим фактором є низький рівень життя населення. Так, станом на грудень 2016 року розмір мінімальної заробітної плати в країні становить 1600 гривень [10]. Із цієї суми пересічний українець більшу частину доходу витрачає на комунальні послуги, їжу та одяг. Разом з тим, окрім забезпечення нормального функціонування організму людини, збереження її здоров'я, мінімального набору непродовольчих товарів, їй необхідно задовольняти основні соціальні та культурні потреби. Слід зазначити, що важливе місце серед набору послуг необхідних для задоволення культурно-побутових потреб фізичних осіб є надання рухомих речей у тимчасове користування на умовах договору прокату.

Ще одним фактором, який стримує поширення конструкції договору прокату, є необґрунтовано висока плата за прокат речей.

За загальним правилом, згідно ст. 789 ЦК України, плата за прокат встановлюється за тарифами наймодавця. Це означає, що наймодавець є вільним у визначенні плати за прокат речі з врахуванням вимог розум-

ності та справедливості. При цьому розмір плати за користування річчю, яка передається у прокат наймодавцем, не передбачається у нормативних актах і не може змінюватись за погодженням сторін. А тому в тих населених пунктах, де відсутня конкуренція з надання у прокат певних видів речей, вимоги розумності та справедливості можуть не дотримуватися.

Можна відзначити, що розвиток прокату стримують також інші об'єктивні фактори. Дуже часто предмети домашнього вжитку фізичні особи надають один одному безкоштовно, у порядку надання товариської допомоги (шляхом укладення договору позички). Проте є очевидним, що вибір речей, які можна взяти у тимчасове користування шляхом укладення договору позички, є обмеженим.

Досить часто особа, яка хоче задовольнити свої споживчі потреби, постає перед вибором, укласти їй договір прокату чи договір купівлі-продажу.

За договором прокату наймодавець, який здійснює підприємницьку діяльність з передання речей у найм, передає або зобов'язується передати рухому річ наймачеві у користування за плату на певний строк (ч. 1 ст. 787 ЦК України). Із цього визначення для нас є зрозумілим, що договір прокату відноситься до групи договорів, спрямованих на передання майна у тимчасове користування. Правоможність користування означає передбачену законом можливість використовувати, експлуатувати майно, отримувати від нього корисні властивості, його споживання.

За договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму. Тобто основною відмінністю є те, що за договором купівлі-продажу на відміну від договору прокату, річ передається у власність. А це означає, що покупець як власник речі має право не тільки володіти та користуватися нею, але й розпоряджатися.

Договір прокату слід обирати у тих випадках, коли особа з тих чи інших обставин чи міркувань не в змозі придбати для користування певну необхідну річ споживчого призначення. Також немає сенсу купувати речі, якщо вони використовуються і стають в нагоді лише протягом одного дня.

Як ми вже зазначали, плата за прокат речей є досить високою. Так, якщо середня вартість весільної сукні у разі її купівлі становить 5000-6000 тис. грн., то вартість її прокату складає 50 % від їхньої повної вартості [11]. А це становитиме приблизно від 2500 до 3000 тис. грн. Важливим є також те, що при отриманні, як правило, вже не нової речі на підставі

договору прокату фізична особа розуміє, що під час користування нею, вона може бути пошкоджена чи стати повністю непридатною для подальшого використання. А це означає, що згідно з умовами договору прокату наймач має або відшкодувати вартість ремонту речі або за згодою наймодавця може повернути рівноцінний предмет, який відповідає за якістю предмету прокату, що став повністю непридатним, або предмет аналогічної моделі чи сплатити його вартість з урахуванням зносу за цінами, що діють на час розрахунку [5]. Ці обставини змушують фізичну особу двічі подумати, що для неї є вигіднішим та зручнішим, укласти договір прокату чи договір купівлі-продажу. Виходом із цієї ситуації є суттєве зменшення розміру плати за прокат речей у порівнянні з їх вартістю, яка була б при купівлі. Разом з тим, не слід забувати про те, що на наймачеві лежить обов'язок зі зберігання речі, оберігання її від знищення та пошкодження. Суть цього обов'язку полягає в тому, що наймач повинен ставитися до майна, що передається у користування, з ощадливістю власника, не допускати його погіршення, здійснювати відповідний догляд за ним тощо. У свою чергу наймодавець у разі пошкодження чи втрати речі повинен об'єктивно оцінити завдані наймачем збитки.

Висновки з даного дослідження. На сьогодні договір прокату недостатньо поширений серед пересічних українців, оскільки його правове регулювання є недосконалим. Внесення змін та доповнень до чинного законодавства суттєво допомогло б спростити порядок укладення договору прокату, а відповідно створило б умови для його розвитку та поширення в цивільному обороті України. З іншого боку, низький рівень життя населення, тільки послаблює ці процеси.

1. *Tsivilnij kodeks Ukraïni vid 16.01.2003 №435-IV v redaktsii vid 02.11.2016. zakon.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15/paran3819#n3819> [in Ukrainian];*
2. *Milovska N. D. Tsivilno-pravove reguluvannya strokiv u dogovori prokату/ N. D. Milovska // Private Law and Entrepreneurship. Collected Works. Issue 12 - Kiev.: Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after F. G. Burchak National Academy of Legal Sciences of Ukraine, 2013, 196 p. [in Ukrainian];*
3. *Vasylieva V. V. Realnij dogovir yak yuridichnij sklad. Pravova priroda realnogo dogovoru / V. V. Vasilyeva // Problems separation agreements for real and consensual [text]: roundtable of Civil Rights Law Institute Carpathian National University named after V. Stefanik (June 27, 2014, m. Ivano-Frankivsk) / Carpathian National University named after V. Stefanik;*

- for the Society. Ed. Dr. Legal. Science Professor. V. A. Vasilyeva. - Ivano-Frankivsk, 2014. - 39 p. [in Ukrainian];*
4. *Fedoronchuk A. V. Istotni umovi dogovoru prokatu / A. V. Fedoronchuk // Modern trends in the development of law in Ukraine and the world: Coll. Science. Art. the materials II Intern. Science. - Pract. Conf. (Zhytomyr, April 10, 2014) / Ministry of Agrarian Policy and Food of Ukraine; Zhytomyr National Agroecological University. - M.: ZHNAEU, 2014 - p. 193-195. [in Ukrainian];*
  5. *Pro zatverdzhennya Poryadku nadannya u тимчасове користування гromadyanam предметів культурно-побутового призначення та господарського взитку: Nakaz Ukraїnskogo soyuzu ob'ednan, pidpriemstv i organizatsij побутового обслуговування населення № 46 vid 16.12.1999. zakon.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0025-00> [in Ukrainian];*
  6. *Dogovirne pravo Ukraїni u skhemakh i tablitsyakh / [Bychkivskyy A.A., Bolokan I.V., Borschevsky G.E.] under the general editorship of S. I. Chornoochenko. - Zaporizhzhya National University, 2011. - 504 p. [in Ukrainian];*
  7. *Umovi prokatu internet-magazynu «Veliki». Retrieved from: <http://veliki.ua/ru/usloviya-prokata.html> [in Ukrainian];*
  8. *Romovska S. Tsivilna diezdatnist gromadyanina (fizichnoi osobi) / S. Romovska // Law of Ukraine. -1995 - Number 2 - S. 24-26 [in Ukrainian];*
  9. *Pro svobodu peresuvannya ta vilnij vibir mistysya prozhivannya: Zakon Ukraїni № 1382-IV vid 11.12.2003. zakon.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1382-15> [in Ukrainian];*
  10. *Pro Derzhavnij byudzhet Ukraїni na 2016 rik: Zakon Ukraїni vid 25.12.2015 №928-VIII v redaktsii vid 28.12.2016. zakon.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/928-19> [in Ukrainian];*
  11. *Umovi prokatu internet-magazynu «be marry». Retrieved from: <http://www.bemarry.com.ua/uk/uslugi.html> [in Ukrainian].*

**Федорончук А.В. Договір прокату в сучасному цивільному обороті**

Стаття присвячена дослідженню причин та умов, які перешкоджають поширенню конструкції договору прокату. Основні чинники, які перешкоджають розвитку та поширенню конструкції договору прокату можна умовно поділити на правові та соціально-економічні. Зроблено висновок про те, що договір прокату недостатньо поширений серед пересічних українців, оскільки його правове регулювання є недосконалим. Недосконалість правового регулювання проявляється у тому, що на законодавчому рівні потрібно визначити, що договір прокату є консенсуальним. Істотними умовами договору прокату є умови про предмет, ціну та строк договору. Укласти договір прокату може не тільки

громадянин України, але й іноземець чи особа без громадянства, які не досягли чотирнадцятирічного віку. Під час укладення договору прокату вони можуть пред'являти як паспорт, так і інший документ, який посвідчує їх особу. Громадяни України, які хочуть укласти договір прокату можуть пред'явити паспорт громадянина України не тільки з відміткою про прописку у місцевості в якій знаходиться пункт прокату, але й з відміткою про прописку в іншій місцевості, а також з відміткою про зняття з місця реєстрації. Внесення змін та доповнень до чинного законодавства суттєво допомогло б спростити порядок укладення договору прокату, а відповідно створило б умови для його розвитку та поширення в цивільному обороті України. З іншої сторони, низький рівень життя населення, тільки послаблює ці процеси.

**Ключові слова:** договір прокату, консенсуальний договір, істотні умови договору, порядку укладення договору, поширення договору.

#### **Fedoronchuk A.V. Contract hire in modern public circulation**

The article investigates the causes and conditions that prevent the spread of the construction contract hire. The main factors that hinder the development and dissemination of rental construction contract can be divided into legal and socio-economic. It is concluded that the contract of hire enough widespread among ordinary Ukrainian because the regulation is imperfect. Gaps in regulation appears that the legislation should specify that the contract of hire is consensual. The essential terms of the contract of hire is provided on the object, price and term of the contract. To conclude the contract of hire can be not only a citizen of Ukraine, but the foreigner or person without citizenship who have not attained the age of fourteen. During the rental contract, they can produce a passport or other document attesting to their identity. Citizens of Ukraine who wish to enter into a contract of hire can present a passport of citizen of Ukraine not only with a note of registration in areas in which the rental, but with a note of registration in other areas, as well as a note on removal from the place of registration. Amendments to current legislation significantly help to simplify the procedure for contract hire, and therefore would create conditions for its development and dissemination of public circulation in Ukraine. On the other hand, low standard of living, only weakens those processes.

**Keywords:** rental agreement, consensual agreement, the essential terms of the contract, order contract, distribution agreement.

**Ханієва Ф. М.**

*здобувач кафедри цивільного  
права №1 Національного  
юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого*

**Khaniieva F. M.**

*applicant of the civil law  
department №1 of the  
Yaroslav Mudryi National Law  
University*

## **ОСОБЛИВОСТІ ВКЛАДУ ДО ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА**

УДК: 347.759

Суттєвими ознаками юридичної особи є її майнова відокремленість від майна засновників/учасників, а також самостійна майнова відповідальність за своїми зобов'язаннями належним їй на праві власності (закріпленім за нею) майном. Тому формування статутного (складеного) капіталу як виразника мінімального розміру майна господарського товариства становить важливий етап його створення та подальшої діяльності. А вклад засновника / учасника є рушійним елементом цього процесу, адже зазвичай він визначає подальше «життя» юридичної особи та кожного її учасника.

Науковому дослідженню проблем, пов'язаних з формуванням статутного капіталу, його функціями, встановленням значення для діяльності господарського товариства та учасників, відомі праці таких вчених як І. В. Спасибо-Фатєєва, О. Р. Кібенко, В. І. Борисова, С. В. Глібко, Ю. О. Тарасенко, В. М. Кравчук, Ю. В. Хорт, О. М. Вінник, І. Є. Якубівський, О. С. Янкова, ін. Однак, огляд наукової думки показує, що порушене питання є малодослідженим та потребує належної уваги. На сьогодні відсутнє чітко визначене наукове та законодавче формулювання поняття вкладу до господарського товариства, не виокремленні і його особливості як об'єкта цивільних прав, тому важливим є висвітлення цих актуальних положень.

*Метою статті є аналіз, порівняння норм чинного українського та зарубіжного законодавства щодо визначення поняття «вклад до статутного капіталу», виокремлення особливостей вкладу як об'єкта цивільних прав, а завданням – з'ясування цих особливостей та сутності вкладу до статутного (складеного) капіталу.*

Семантичний аналіз значень слова «вклад» показує, що вклад отожднюється або із грошима / їх еквівалентами, або із певною цінністю (матеріальною / нематеріальною). У науковій літературі та законодавчих актах можна зустріти і такий синонімічний до «вкладу» термін як «внесок». Зміст цієї мовної категорії тлумачиться у переносному значенні як



вклад у яку-небудь спільну справу. А похідне від нього дієслово «вносити» розуміється і як заносити всередину чого-небудь, вкладати, поміщати в що-небудь, сплачувати, додавати до чого-небудь, збагачувати [1, с. 709]. Доцільно згадати і відомий афоризм: «Внести свою лепту». Його зміст розуміється як внесок/вклад у спільну справу, участь у чомусь корисному [2, с. 357].

Виходить, що поняття «внесок» та «вклад» є синонімічними, не мають різко вираженого відмінного смислового навантаження, тому можуть застосовуватись рівнозначно. Також в юридичній літературі трапляються і суміжні до нього вирази, такі як «капіталовкладення» чи «інвестування» в частки або акції, «залучення капіталу», «концентрація/накопичення капіталу», т.п.

Наведене дає можливість визначити, що вклад має грошове або інше ціннісне значення та спрямовується на отримання благ, досягнення визначених цілей, які ставились його внесенням у спільну справу. Причому він ототожнюється із активною дією людини, яка вкладає, у поєднанні з його ціннісним предметом.

Законодавство зарубіжних країн також використовує термін «вклад» та синонімічні до нього терміни для визначення вкладу / внеску (інвестиції) до статутного капіталу юридичної особи. Наприклад, у Законі Чехії «Про господарські спілки, господарські товариства та кооперативи (про підприємницькі корпорації)» положенням про вклади учасників або майбутніх учасників (вкладників) до статутного капіталу підприємницької корпорації присвячуються окремі параграфи [3], у Комерційному законі Латвії використані терміни «вклад», «грошовий внесок», «майнове вкладення» [4], у законодавстві США - «contribution», «capital contribution», що в перекладі з англійської мови означають «вклад», «частка участі в капіталі» [5], а Комерційний кодекс Франції для позначення вкладу до капіталу товариства містить термін «внесок» [6].

Слід звернути увагу і на те, що вклад має безпосередню сутнісну прив'язку до термінів «статутний (складений) капітал», «господарське товариство» з тих підстав, що засновник / учасник, вкладаючи його, бере майнову участь у створенні товариства, формуванні / збільшенні статутного (складеного) капіталу. А майно / річ, що становлять предмет вкладу, законодавчо іменується як вклад до статутного (складеного) капіталу в силу наявного зв'язку зі господарським товариством, який відрізняється від банківського вкладу, заощаджувального внеску тощо.

Закон не надає визначення вкладу до господарського товариства, а лише зазначає примірний перелік його предметів. Відтак, вкладом до ста-

тутного (складеного) капіталу є гроші, цінні папери, інші речі або майнові чи інші відчужувані права, що мають грошову оцінку, якщо інше не встановлено законом (ч. 2 ст. 115 ЦК). Також перелік вкладів висвітлений і у ст. 86 ГК, ст. 13 Закону України «Про господарські товариства», ч. 1 ст. 11 та ч. 1 ст. 23 Закону України «Про акціонерні товариства». Втім, Закон України «Про акціонерні товариства» не використовує терміну «вклад» для позначення майна, яким оплачується вартість акцій (цінних паперів), а позначає його як процес - «оплата вартості акцій» та як форму - «форми оплати цінних паперів» при заснуванні АТ (формування капіталу) та при розміщенні додаткових акцій АТ (збільшення капіталу).

Вищевикладене дає можливість визначити вклад як збірне поняття, яке виражає сукупність предметів або як узагальнюючу назву для майна засновників / учасників, яке становить його предмет та при внесенні до товариства має бути поійменованим в договорах про спільну діяльність зі створення товариства, установчих документах або інших документах, які засвідчують факт внесення вкладу. У той же час вклад не виокремлюється як об'єкт прав, хоча конкретний предмет вкладу належить до них та називається «вклад» лише під час внесення його засновником / учасником до товариства (ч.2 ст.115 ЦК та ст.177 ЦК).

Французьке законодавство також не розрізняє самого вкладу/внеску та предмета вкладу/внеску як об'єкти прав, фактично ототожнюючи останні [6]. А закони Латвії, Чехії, навпаки, виділяють (а) предмет вкладу (або майнового вкладення), яким називають річ, що має грошову оцінку (тілесна або безтілесна); (б) вклад - грошовий вираз вартості предмета вкладу або номінальну/бухгалтерську вартість акцій; (в) частку - майнове право, що надає учаснику право участі в управлінні товариством, права і обов'язки, що є наслідком такої участі [3, 4].

Відтак, на етапі формування / збільшення статутного (складеного) капіталу вклад є тим благом, вносячи яке, засновники / учасники оплачують частки / акції та вступають у цивільні правовідносини з приводу його відчуження / передачі у власність / користування (використання) юридичній особі. При цьому вираз «внесення вкладу до статутного (складеного) капіталу» є умовним, оскільки статутний (складений) капітал безпосередньо не пов'язаний ані з грошима, ані з майном, які передаються в оплату акцій / часток. Він не є реально існуючим, а лише становить процентне чи числове вираження реальної вартості активів товариства, відображену у бухгалтерському обліку [7, с. 262 – 263]. Розмір статутного (складеного) капіталу є змінною величиною та первинно має бути визначеним в установчих документах, а згодом зареєстрованим.

Тобто, внесення вкладу означає фактичну оплату часток/акцій засновниками/учасниками шляхом відчуження / передачі вкладу господарському товариству в обмін на корпоративні права. Зазвичай особи-власники передають свій капітал та піклуються про належне його використання [8, с. 175]. Водночас вклад становить інтерес або цінність для господарського товариства, у зв'язку з формуванням / збільшенням його капіталу. Засновники / учасники переслідують свій інтерес – сформувати / збільшити статутний (складений) капітал (капітал-власність) для його подальшого використання у діяльності товариства, отримання з цього прибутку (капітал-функція). Однак, інтерес товариства як власника капіталу є безпосереднім, та залишається пов'язаним зі спільними інтересами засновників / учасників, зумовлюється ними [7, с. 275, с. 279].

У свою чергу, інтереси вкладення майна засновниками / учасниками втілюються в структурі корпоративної власності, що являє собою розподіл капіталу товариства між засновниками / учасниками та позначається на корпоративному управлінні, формуванні органів управління товариством, їхній діяльності. Виняток становлять повні та командитні товариства, в яких найбільше значення відводиться особистій участі, адже їх учасники беруть участь в управлінні справами та безпосередньо своєю працею [7, с. 29, с. 239 – 240].

Беручи до уваги взаємний інтерес кожного засновника / учасника та товариства, вклад можна образно позначити як «перехідний місток» до товариства через формування / збільшення його майна, який становить об'єкт права, що засновники / учасники відчужують / передають у власність / користування (використання) товариству для оплати часток / акцій на етапі формування / збільшення його статутного (складеного) капіталу.

На вибір предмета вкладу сукупно впливають притаманні йому особливості, які виражаються у встановлених законом властивостях та заборонах, виключеннях. Цим пояснюється основне призначення вкладу як джерела формування / збільшення відокремленого майна юридичної особи, її об'єднаного капіталу (корпоративної власності).

Відтак, закон наділяє вклад певними властивостями, які можна класифікувати та пояснити таким чином:

- залежно від якостей вкладу: майновість (вклад представляє собою майно або має майнову форму, у певних випадках – це відчужувані немайнові права з грошовістю оцінки); грошовість оцінки (вклад повинен мати грошову вартість та оцінюватись у гривнях, а грошова оцінка внесеного вкладу / майна буде дорівнювати номінальній вартості частки або оплачуваної акції у статутному (складеному) капіталі); корисність (мож-

ливість отримання корисних якостей вкладу під час його використання у підприємницькій діяльності товариства); оборотоздатність (можливість вкладу бути предметом правочинів); обмеженість (наявність у законі заборон та виключень щодо вкладів, які не можуть відчужуватися / передаватися до статутного (складеного) капіталу);

- залежно від кількості предметів, які становлять вклад: односкладність (складається з одного предмета вкладу); комбінованість або варіативність (вклад становлять два та більше предметів);

- за процедурою внесення вкладу та наслідками, які виникають після цього: обов'язковість внесення (законодавчо встановлений обов'язок засновника/учасника господарського товариства на внесення вкладу або оплату акцій, та заборона на звільнення від нього); впорядкованість (відчуження / передача вкладу відбувається за порядком, визначеним законом, договором, рішенням чи локальними актами товариства); документованість (необхідність закріплення факту внесення вкладу засновником/учасником та його предмета, розміру на матеріальному носії - банківські документи, договори, установчі документи, ін.); тимчасовість (вклад існує лише під час внесення його до господарського товариства на етапі формування / збільшення статутного (складеного) капіталу, а вже після грошової оцінки отримує назву «частка» або «акція» та представляє собою вже інший об'єкт права – частку або акції учасника у капіталі); обмінюваність (обмін грошового еквіваленту вкладу на корпоративні права учасника товариства); поворотність (внесений вклад у разі виходу учасника з товариства, може бути повернений йому або у вигляді його вартості за розрахунком на час виходу, або у натурі за домовленістю з товариством, за винятком акціонерів, які не мають права вимагати повернення внесеного вкладу, оскільки вони є власниками акцій, що були оплачені цим вкладом);

- залежно від приналежності вкладу особі-вкладнику, який має відповідне право на нього: належність вкладу на праві власності або на іншому праві (інші речові права (права на чужі речі), зобов'язальні права та права інтелектуальної власності).

Однак на візрець з протилежною стороною будь-якого позитивного явища, і до вкладів, крім встановлення законом певних властивостей, що обумовлюють їх призначення, передбачаються й також заборони, які у сукупності визначають те майно, яке може бути вкладом, а яке - ні. У свою чергу, заборони та виключення також різняться за визначеними критеріями: залежно від предмета вкладу та особи-вкладника.

Так, під виключеннями із загальних правил щодо вкладів слід розуміти законодавчі вимоги щодо того майна, яке може становити вклад, але з урахуванням певних винятків. Вони різняться залежно від предмета вкладу:

- виключність у внесенні грошових коштів як вкладу до фінансових установ (банків, кредитних спілок, ломбардів, лізингових компаній, довірчих товариств, страхових компаній, установ накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційних фондів і компаній та інших) (ст. 9 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», ст. 32 Закону України «Про банки та банківську діяльність», ст. 2 Закону України «Про страхування»);

- обмеженість на внесення як вкладу майнового права інтелектуальної власності на наукове відкриття (воно є особистим та невідчужуваним від носія), на комерційне найменування (за ч. 2 ст. 490 ЦК таке передається іншій особі лише разом з майновим комплексом або його частиною);

- необхідність письмового узгодження з податковим органом передавання в якості вкладу майна, яке перебуває у податковій заставі (ст. 92 ПК);

- обмеженість щодо внесення як вкладу права власності, прав господарського відання, оперативного управління, права постійного користування земельною ділянкою, права користування природними ресурсами, права користування чужою земельною ділянкою – сервітуту;

залежно від особи-вкладника:

- необхідність у перевірці аудитором (аудиторською організацією) фінансового стану засновників-юридичних осіб щодо їх спроможності здійснити відповідні внески до статутного (складеного) капіталу, а засновників-фізичних осіб – шляхом підтвердження декларацією про їхні доходи і майно, завіреною відповідним податковим органом (ч. 3 ст. 86 ГК, ч. 4 ст. 13 Закону України «Про господарські товариства», ст. 8 Закону України «Про аудиторську діяльність»).

Заборони ж визначають те, що взагалі не може бути вкладом до товариства та різняться вони наступним чином:

• залежно від предмета вкладу заборона на внесення як вкладу:

- майна державних (комунальних) підприємств, яке відповідно до закону / рішення органу місцевого самоврядування не підлягає приватизації, та майна, що перебуває в оперативному управлінні бюджетних установ, якщо інше не передбачено законом (ч. 3 ст. 86 ГК та ст. 13 Закону України «Про господарські товариства»);

- особистих немайнових прав, які позбавлені економічного змісту, є невідчужуваними від особи-носія та не мають властивостей вкладу;
- в оплату акцій (цінних паперів) АТ позикою або порукою за позиками, наданими третьою особою для придбання акцій;
- бюджетних, кредитних коштів та коштів, отриманих під заставу (ч. 3 ст. 86 ГК та ст. 13 Закону України «Про господарські товариства»);
- векселів, а також для АТ - боргових емісійних цінних паперів, емітентом яких є засновник (ст. 12 Закону України «Про обіг векселів в Україні», ч. 1 ст. 11, ч. 1 ст. 23 Закону України «Про акціонерні товариства»);
- в якості оплати вартості акцій обов'язку засновника/учасника щодо виконання робіт чи надання послуг товариству, або проведення особистих дій (наприклад, реєстрація товариства, досвід у певній галузі діяльності, консультації тощо) (абз. 3 ч. 1 ст. 11 Закону України «Про акціонерні товариства»);
- вимог до товариства (погашення або прощення боргу) (ч. 2 ст. 144 ЦК);

- до статутного капіталу страховика (фінансових установ у формі АТ, ПТ, КТ або ТДВ), окрім векселів, коштів, отриманих в кредит, позику та під заставу, ще і коштів страхових резервів, нематеріальних активів (ст. 2 Закону України «Про страхування»);

• залежно від особи-вкладника заборона на:

- внесення майна особою, яка не є його власником, а якщо це майнове право/відчужуване немайнове право – особою, яка не є його носієм та не має відповідного права на нього.

З урахуванням вищевикладеного можна підсумувати, що для формування / збільшення статутного (складеного) капіталу вклад має відповідати зазначеним властивостям, а засновники/учасники мають враховувати і встановлені законом виключення та заборони щодо вкладів, які сукупно впливають на його правовий режим та вибір для можливості внесення до товариства, оплати ним часток/акцій.

1. *Dictionary of the Ukrainian language: in 11 volumes. - Volume 1. (1970).*
2. *Mokienko, V. M., Nikitina, T. G. (2007). Bolshoy slovar russkih pogovorok [Large Russian's dictionary of proverbs]. Moscow: Company «Olma Media Group».*
3. *The law of the Czech Republic «On business associations, business partnerships and cooperatives (the business corporation)» (25.01.2012). [E-reader Version]. Retrieved from [http://anesro.com/download/zakon/rus\\_zakon\\_korporacii\\_firma\\_czechii.pdf](http://anesro.com/download/zakon/rus_zakon_korporacii_firma_czechii.pdf)*

4. *Commercial law of Latvia (04.05.2000)*. [E-reader Version]. Retrieved from <http://www.inlatplus.lv/rus/laws/>
5. *Capital contribution*. [E-reader Version]. Retrieved from <http://biztaxlaw.about.com/od/glossaryc/g/capitalcontrib.htm> - Name of the screen.
6. *Commercial code of France (Regulatory part) / preface, translated from French, comments and notes by Zakhvataev V. N. (2010)*. Moscow: Wolters Kluver.
7. Spasybo-Fatieieva, I., Kibenko, O., Borysova, V.; za red. prof. I. Spasybo-Fatieieva. (2007). *Korporatyvne upravlinnya: Monohrafiya [Corporate governance: Monograph]*. Kharkiv: Right.
8. Spasybo-Fatieieva, I. (2006). *Korporatyvna vlasnist' [Corporate ownership]*. *Ukrainske komertsiiine pravo no 7*, pp. 25–41.

**Ханієва Ф. М. Особливості вкладу до господарського товариства**

Складена стаття присвячена дослідженню проблематики формування та подальшого збільшення відокремленого майна юридичної особи за рахунок вкладів її засновників чи учасників. Ці процеси безумовно пов'язані із законодавчо встановленими особливостями самого вкладу до господарського товариства. А задля їх визначення спочатку проведений семантичний розбір слова «вклад», виявлено мовне значення вкладу. Потім у статті проаналізовані та порівняні норми чинного українського та зарубіжного законодавства щодо визначення поняття «вклад до статутного (складеного) капіталу», наведений перелік предметів або видів вкладу. Також звертається увага і на термінологічну схожість та розбіжність норм про вклади для можливості осмислення та врахування досвіду інших країн у цьому питанні. За текстом роботи чітко виокремлено, класифіковано на групи за певними критеріями та коротко пояснено особливості вкладу як об'єкта суб'єктивних цивільних прав. Ними є встановлені законом властивості, виключення та заборони. У підсумку наголошується на важливості врахування цих особливостей вкладу з метою належного формування або збільшення статутного (складеного) капіталу (майна) господарського товариства.

**Ключові слова:** господарське товариство, статутний (складений) капітал, вклад, властивості, заборони, виключення.

**Khanieva F. M. The peculiarities of capital contribution**

The scientific investigation of the peculiarities of capital contribution is very useful and necessary today. The capital contribution of each founder/sharer is formed the authorized (share) capital and property of the commercial company. It's considered also as minimum guarantee (or property) for creditors in some companies. Besides, the contribution is an important element in the process of formation the authorized (share) capital, which is inextricably related to further «life» of a legal entity and its founder/sharer too. Such importance has motivated the author to more depth analysis of the peculiarities of capital contribution. The qualitative study in terms of civil law is essential towards understanding such object of civil relationships as a capital contribution.

As the title implies the article describes the problems of the peculiarities of capital contribution to create the commercial companies and it's authorized (share) capital (property). The author explains the semantic meaning of the word «contribution» and the language meaning of capital contribution. The author analyzes and compares the rules of law in current Ukrainian and international legislation about the definition of the «contribution to the authorized (share) capital», establishes a list of items or types of contribution. Attention is drawn to the terminological similarity and difference of the rules of law about contributions. In article clearly singles out, classifies into groups with certain criteria and briefly explains the peculiarities of the capital contribution as the object of subjective civil rights. It is established properties, exclusions and prohibitions.

The research was based on the methods of analysis and synthesis. It is spoken in detail that the capital contribution has some properties that consist in: property component, monetary evaluation, utility, ability to civil circulation, the existence of restrictions, it consists of one or more items, the duty of founder or member to make a contribution, special order to make a contribution, necessity to document the contribution, temporality, necessity to exchange the contribution for corporate rights, recoverability, it belongs to founder or member on the right of ownership or other right. Besides, the contribution has legislative exclusions and prohibitions, for example it is exclusivity in making money as a contribution to financial institutions, restrictions on making a contribution by intellectual property rights in scientific research, written consent of the tax authority to make a contribution by property that is in tax lien, limited to make a contribution by the rights to use lands, immovable state or municipal property, the rights to use permanent lands and natural resources, the rights to use someone else's land – servitude, and other that is differ according to items of the contribution and its investor.

The results highlight the scientific essence of capital contribution and its properties, exclusions and prohibitions. Finally this research is useful for practice and gives the foundation for further researches in this area for deeper understanding the sense of capital contribution to the authorized (share) capital of commercial company.

**Keywords:** commercial company, authorized (share) capital, capital contribution, properties, prohibitions, exclusions.



### **Цебера А.**

*юрисконсульт, аспірант кафедри адміністративного процесу факультету права та управління Ягелонського університету, м. Краків*

### **Tsebera A.**

*legal counsel, postgraduate student of administrative proceeding department, law and administration faculty, Jagiellonian University*

### **Врубель О.**

*LL.M., аспірант кафедри кримінального права факультету права та управління Ягелонського університету, м. Краків*

### **Vrubel O.**

*LL.M., postgraduate student of criminal law department, law and administration faculty, Jagiellonian University, Krakiv*

## **ВІДШКОДУВАННЯ ЗА ЗНИЖЕННЯ ВАРТОСТІ АКЦІЙ, СПРИЧИНЕНЕ НЕЗАКОННИМ ВИКОНУВАННЯМ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ – ПРАВА АКЦІОНЕРА В ПОЛЬСЬКОМУ ТА МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ ПРАВІ**

Згідно з ч. 1 ст. 77 Конституції Республіки Польщі кожен має право на відшкодування за шкоду заподіяну незаконними діями державних органів. § 1 ст. 417 Цивільного Кодексу Польщі конкретизує, що за шкоду виниклу внаслідок незаконних дій або бездіяльності при виконанні державної влади відповідальність несе держава, одиниця територіального самоврядування або ж інша юридична особа, яка наділена законом державною владою. Поверхневий аналіз змісту ст. 417 Цивільного Кодексу Польщі та ч. 1 ст. 77 Конституції Республіки Польщі веде до висновку, що вони не передбачають жодних постанов щодо особи пошкодованого [1, с. 42]. Це спостереження має дуже вагомні наслідки, тому що згідно з загальними принципами цивільного права, пошкодованим, який може домогтися відшкодування може бути кожен суб'єкт цивільного права [2, с. 14], в тому числі юридична особа, наприклад, акціонерне товариство [3, с. 14].

Проте виникає дилема чи відшкодування шкоди може отримати також акціонер, за рахунок зменшення вартості акції акціонерного товариства, яке є наслідком шкоди викликаной органом державної влади? У

літературі предмету влучно вказано, що йдеться про відповідальність за так звані посередні шкоди [4], точніше за шкоди які є наслідком події, яка завдає шкоди інтересам безпосередньо пошкодженого, а через нього, посередньо, також і інтересам іншої особи [5].

Суть проблеми зводиться до відповіді на питання чи акціонер може отримати відшкодування власної шкоди виниклої внаслідок дій скерованих проти товариства капіталів. Згідно з першим з підходів представленим М. Калінським, акціонер не може домагатися відшкодування [6, с. 129-133]. Вказаний автор підкреслює, що дія яка призводить до шкоди може посередньо порушити права акціонера, впливаючи на вартість акцій, власником яких є останній, однак з цього факту не виникає можливості отримання відшкодування самим акціонером. Це пов'язано, на думку М. Калінського, з принципом обмеження отримання відшкодування виключно до суб'єктів безпосередньо пошкоджених – круг пошкоджених не може бути необмеженим. Цей автор ілюструє винесену тезу наступним прикладом: акціонер товариства отримав відшкодування за шкоду, яка є наслідком зниження вартості акції. Після чого, відшкодування буде отримувати товариство, якому байдуже рішення в провадженні між акціонером та боржником, тому що немає жодних підстав, щоби зарахувати отримане акціонером відшкодування до суми відшкодування, яке належить товариству. М. Калінський підкреслює, що це є різні суб'єкти прав – кожен з них має власне майно, юридично відокремлене одне від одного. Це означає, на його думку, що акціонер який отримує відшкодування власної шкоди, діє у власних інтересах і тим самим подальші дії зі сторони товариства, метою яких є отримання відшкодування, призведуть до повторної компенсації за цю ж подію – один раз акціонеру та другий раз товариству. Зі становищем М. Калінського погоджується А. Опалський, на думку якого пошкодженим в цій категорії справ є виключно товариство, а не акціонер [7, с. 513]. Подібний підхід приймає П. Блащик. Підкреслює, що в згаданій ситуації не буде виступати причинний зв'язок між шкодою акціонера та подією, яка викликала шкоду у відношенні до акціонерного товариства [8, с. 188 і наступні].

Інший погляд представлено у рішенні Найвищого Суду Польщі від 22 червня 2012 року [9]. Суд підкреслив, що право на отримання відшкодування виникає на підставі § 1 ст. 417 Цивільного Кодексу Польщі, також тим суб'єктам цивільного права, яких права або інтереси були предметом посередніх порушень, які є наслідком виконання державної влади. В обґрунтуванні виданого рішення Найвищий Суд віднісся до відносин між товариством та його акціонером наступним чином. Акціонер-

не товариство є одним із товариств капіталів, суть якого полягає в поділі функцій управління та власності. Суд підкреслив, що майно товариства і акціонерів є строго розмежовані. Акціонер в економічному розумінні, є власником, але не належать йому ні права власності, ні інші права у відношенні до майна товариства у час дії товариства, але одночасно вони будуть йому належати після ліквідації товариства. Найвищий Суд написав, що акції, з певними обмеженнями, можуть бути предметом обороту, при чому ціна відчуження може бути відірвана від ринкової вартості. Як правило втрата майна, погіршення ситуації товариства призводять до втрати ринкової вартості товариства. Цей зв'язок, на думку Найвищого Суду, дозволяє прийняти підход, що діяння яке шкодить товариству, може посередньо порушити права акціонера впливаючи на вартість його акцій. Якщо зменшення вартості акцій буде пов'язано з виконанням державної влади, то Суд не бачить перешкод надати можливість на відшкодування також і акціонеру.

В пізнішому рішенні Найвищого Суду від 26 березня 2014 року [10], Суд підтвердив, що вимога відшкодування шкоди заподіяної акціонеру, навіть посередньо, внаслідок безправних рішень скерованих проти товариства, належить також і акціонеру, однак суд застеріг, що слід відрізнити дві категорії вимог: додаткову вимогу відшкодування у відношенні до відшкодування для самого товариства та особисту вимогу за шкоду викликану посереднім порушенням прав та інтересів акціонера, які виходять поза межі шкоди самого акціонерного товариства. Найвищий Суд тим самим опирався на рішення Суду від 22 червня 2012 року [11] та прийняв, що у першому випадку вимога відшкодування для акціонера не є самостійною, тому що в балансі товариства слід вказати активи – повсталий борг – вимогу, що передбачатиме отримання грошових платежів і відповідно зріст вартості акції. Наступним є також факт, що у випадку бездіяльності органу товариства, акціонеру належить право самостійно ставити вимогу щодо відшкодування збитку для товариства на підставі ст. 486 Кодексу Господарських Товариств Польщі [12]. Використання акціонером цього інструменту не може ставити його в краще становище ціною товариства і його кредиторів та не може призвести до збільшення відшкодування якого акціонер самостійно доходить перед судом. Аналіз практики Найвищого Суду веде до висновку, що останній допускає можливість ставити вимогу щодо відшкодування за зниження вартості акції товариства або навіть його банкрутство, але тільки у випадку коли вимога матиме самостійний, а не доповнюючий характер.

Вищевказане можна також розглянути з перспективи інших шляхів охорони прав акціонерів, за умови що вони не є громадянами Польщі. Для прикладу акціонер може бути громадянином України або ж місцем реєстрації товариства є територія України. Цією альтернативною дорогою є міжнародний інвестиційний арбітраж сторонами якого є інвестор та держава в якій здійснюється інвестиція.

Автори проаналізували зміст Угоди між Урядом України та Урядом Республіки Польщі про взаємне заохочення та захист інвестицій від 12.01.1993 року [13]. У ч. 1 ст. 4 цієї Угоди передбачено, що кожна з договірних сторін буде захищати інвестиції зроблені інвесторами з Польщі на території України та інвесторами з України на території Польщі. Подальша стаття 9 у ч. 2 передбачає, що у випадку спору, який не буде вирішено дипломатичним шляхом, буде він переданий до арбітражного суду у складі трьох суддів- арбітрів.

Згадана Угода передбачає можливість розв'язування спорів у міжнародному інвестиційному арбітражі за наявності інвестора та інвестиції, даючи одночасно визначення дій які являються інвестицією та осіб або установ, які є інвесторами.

Поняття інвестора регулюється у ч. 1 ст. 1. Перелік суб'єктів, які є інвесторами досить широкий і включає фізичні особи, які є громадянами України або Польщі, юридичні особи, які здійснюють «дійсну господарську діяльність» на території однієї зі сторін Угоди ітд. Під поняттям інвестиції розуміється рухоме майно та інші майнові права, грошові вимоги та акції, паї або будь-які інші види участі у товаристві ітд. Отже, особа фізична або юридична особа, яка придбала акції акціонерного товариства, в тому числі державного, може звернутися на шлях інвестиційного арбітражу якщо її права буде порушено або ж виникне у відношенні до неї безпосередня або, що більш цікаве, посередня шкода, яка впливає на інвестицію. Угода ця призводить до того, що громадянин України, який є інвестором на території Польщі є у кращому становищі, ніж громадянин Польщі, тому що у будь-якому випадку перший буде мати відкритий доступ до охорони своїх прав перед арбітражним судом на підставі Угоди. Цей інвестор, у великому спрощенні, може без згоди органів товариства, в тому і державного акціонерного товариства, звертатися до арбітражного суду з вимогою відшкодування за посередню шкоду для його інвестиції, якою слід нагадати, можуть бути закуплені акції. У такому випадку становище польського акціонера є набагато гіршим, ніж становище іноземного акціонера, що у свою чергу заохочує до зловживань у вигляді створювання фіктивних товариств, наприклад на території України, які

тим чи іншим способом обійдуть вимогу дійсної господарської діяльності.

Підсумовуючи, гірше юридичне становище польських інвесторів у відношенні до іноземних суперечить принципу відшкодувальної відповідальності держави згідно з ч. 1 ст. 77 Конституції Республіки Польщі, що у свою чергу має забезпечити виконання принципу легалітету. Суть згаданого принципу зводиться до примусу у відношенні до державних органів діяти згідно з законом. Кожне порушення від принципу легалізму призводить до зловживання надрядним становищем, яке прислуговує органам державної влади та суперечить стандартам сучасної демократичної держави. Найбільш влучними і актуальними підсумком цієї роботи можуть бути слова відомого англійського автора Х. Гуттеріджа, який писав «...бойкот судів людьми бізнесу та керування комерційних спорів в руки арбітрів, спричинене страхом перед сіткою юридичних правил [наукових спорів – припис О.В.], які є так складні, що ні сам підприємець ні його юрисконсульти не в змозі передбачити з найменшим ступенем вірогідності результат їх тлумачення та їх впливу на права сторін.» [14, с. 53].

1. Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, RPEiS 2004, nr 2.
2. Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, RPEiS 2004, nr 2
3. Z. Radwański, , RPEiS 2004, nr 2.
4. M. Kaliński, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 marca 2014 r., V CSK 284/13, Odpowiedzialność deliktowa wobec podmiotów pośrednio poszkodowanych*.
5. M. Kaliński, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 marca 2014 r., V CSK 284/13, Odpowiedzialność deliktowa wobec podmiotów pośrednio poszkodowanych*.
6. M. Kaliński, *Glosa do wyroku SN z dnia 22 czerwca 2012 r., V CSK 338/11, Naruszenie praw akcjonariusza w wyniku działań szkodzących spółce*, PiP 2013.
7. A. Opalski, *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa 2012.
8. P. Błaszczyk, *Odpowiedzialność cywilna osób działających za spółkę handlową w procesie jej łączenia się, podziału i przekształcania*, Warszawa 2012
9. V CSK 338/11, LEX nr 1228613.
10. V CSK 284/13, LEX nr 1463644.
11. V CSK 338/11, LEX nr 1228613.
12. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, tj. Dz.U. z 2013, poz. 1030.

13. *Uhoda mizh Uryadom Ukrayiny ta Uryadom Respubliki Pol'shcha pro vzayemne zaokhochennya ta zakhyst investytsiy vid 12.01.1993, Dokument 616-169*

14. *H.C. Cutteridge Comparative Law: An introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research, CUPArchive, 2015.*

**Цебера А., Врубель О. Відшкодування за зниження вартості акцій, спричинене незаконним виконанням державної влади – права акціонера в польському та міжнародному інвестиційному праві**

Статтю присвячено питанню відшкодування зниження вартості акцій, спричинене незаконним виконанням державної влади. Проведено дослідження прав акціонера в польському та міжнародному інвестиційному праві. Суть проблемного питання зводиться до відповіді на питання чи акціонер може отримати відшкодування за рахунок зменшення вартості акцій акціонерного товариства, яке є наслідком шкоди завданої органом державної влади.

При розгляді даного питання значну увагу приділено науковій доктрині та науковим підходам. Здійснено аналіз норм законодавства та рішень Найвищого Суду Польщі. Аналіз практики Найвищого Суду веде до висновку, що суд допускає можливість ставити вимогу щодо відшкодування за зниження вартості акції товариства при певних умовах.

Автори також проаналізували зміст Угоди між Урядом України та Урядом Республіки Польщі про взаємне заохочення та захист інвестицій та провели дослідження становища польського та іноземного інвестора.

**Ключові слова:** зниження вартості акцій, державна влада, акціонерне товариство, вимога відшкодування, завдана шкода.

**Cebera A., Vrubel A. Compensation for reducing of shares cost caused by illegal implementation of state authorities – rights of shareholders in polish and international investment law**

The article is devoted to the compensation for reducing of shares cost caused by illegal fulfillment of state authorities. We conducted a study of the shareholders' rights in Polish and international investment law. The essence of the problem is the question whether the shareholder may obtain a refund by reducing the value of the stock company shares, which is the result of damage caused by state authority.

In considering this issue a great attention is focused on the scientific doctrine and scientific approaches. The analysis of the legislation and the decisions of the Supreme Court of Poland are performed. The analysis of the Supreme Court practice leads to the conclusion that the court allows the possibility to put the request concerning compensation for reducing of the company shares cost under certain conditions.

The authors also analyzed the content of the Agreement between the governments of Ukraine and the Republic of Poland on mutual encouragement and protection of investments and conducted researches of situation with Polish and foreign investors.

**Keywords:** cost reduction actions, state power, stock company, claim compensation, harmed.

**Цікало В.І.**

*кандидат юридичних наук,  
доцент, доцент кафедри  
цивільного права та процесу  
Львівського національного  
університету імені Івана  
Франка*

**Tsikalo V. I.**

*PhD in Law, associate  
professor at civil law and  
procedure department of  
Lviv national university  
named after Ivan Franko*

## **ПРАВО АКЦІОНЕРА НА ЗВЕРНЕННЯ ДО НОТАРІУСА У РАЗІ НЕВИПЛАТИ ДИВІДЕНДІВ**

УДК 347.724:347.9(477)

У ч.2 ст. 30 Закону України «Про акціонерні товариства» в редакції від 19.03.2015 року встановлено право акціонера звернутися до нотаріуса щодо вчинення виконавчого напису на документах у разі невиконання дивідендів у строк, визначений законом, або установлений загальними зборами. Зазначена законодавча новела дала підстави практикуючим юристам зробити висновок про те, що «... акціонер може скористатись процедурою примусового стягнення дивідендів у безспірному (позасудовому) порядку. Це право виникає, якщо товариство порушило строк виплати дивідендів» [ 4 ].

Загальнотеоретичні проблеми вчинення виконавчих написів нотаріусами досліджували у вітчизняній цивілістиці. Зокрема, правова природа та умови вчинення виконавчих написів на документах, що підтверджують заборгованість, були предметом аналізу таких відомих українських вчених як Дякович М. М., Комаров В. В., Нікітін Ю. В., Остапенко О. І., Пасічник С. Г., Радзієвська Л. К., Руснак Ю. І., Сміян Л. С., Хоменко П.Г., Фурса С. Я. та інших. В науковій літературі внесені рекомендації щодо визначення документа, який може підтверджувати безспірність заборгованості із виплати дивідендів акціонерам.

На даний час невирішеними залишаються питання про обґрунтованість застосування нотаріальної форми захисту права на виплату дивідендів, правової природи безспірної заборгованості акціонерного товариства з виплати дивідендів перед акціонерами та можливість встановлення нотаріусом факту такої безспірності, наявності документа, на якому може бути вчинено виконавчий напис про стягнення дивідендів.

Для вирішення недостатньо досліджених питань необхідно досягнути таких цілей (завдань):

- виявити практичну можливість виникнення безспірної заборгованості акціонерного товариства щодо виплати дивідендів своїм акціонерам;
- дослідити спроможність нотаріуса встановити наявність такої заборгованості;
- знайти у переліку Кабінету Міністрів України документ, який би підтверджував безспірність заборгованості з виплати дивідендів, і на якому може бути вчинено виконавчий напис.

З метою реалізації законодавчої норми про вчинення виконавчого напису на документах у разі невиконання дивідендів, 27.05.2015 року Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 29.06.1999 року № 1172, доповнено пунктом 13 «Стягнення заборгованості з виплати дивідендів». Згідно з цим пунктом для одержання виконавчого напису подаються:

1) витяг із протоколу загальних зборів акціонерного товариства, на яких прийнято рішення про виплату дивідендів, або витяг із статуту акціонерного товариства, в якому передбачена виплата дивідендів за привілейованими акціями;

2) витяг із переліку осіб, які мають право на отримання дивідендів, що містить інформацію щодо включення стягувача в зазначений перелік;

3) виписка з рахунка в цінних паперах депонента, що підтверджує його права на акції та права за акціями на відповідний час;

4) повідомлення, що надсилається особам, які мають право на отримання дивідендів, із зазначенням інформації про дату, розмір, порядок та строк їх виплати;

5) документ, що підтверджує факт неперерахування дивідендів через депозитарну систему України, або виписка з іншого рахунка про ненадходження коштів в установленій строк;

6) засвідчена стягувачем копія письмової вимоги про усунення порушення, що спричинило невиконання дивідендів, яка була надіслана боржнику;

7) оригінал розрахункового документа про надання послуг поштового зв'язку та опису вкладення, що підтверджують надіслання боржнику письмової вимоги про усунення порушення, що спричинило невиконання дивідендів.

Згідно із ч.1 ст. 87 Закону України «Про нотаріат» для стягнення грошових сум із боржника нотаріуси вчиняють виконавчі написи на документах, що встановлюють заборгованість.



Умови вчинення виконавчих написів передбачені у ст. 88 цього закону. Нотаріус вчиняє виконавчий напис, якщо подані документи підтверджують безспірність заборгованості боржника перед стягувачем і з дня виникнення права вимоги минув строк тривалістю не більшою, за встановлену законом (за загальним правилом, не більше трьох років, а у відносинах між юридичними особами – не більше одного року). Виконавчий напис вчинюється на оригіналі документа (дублікаті документа, що має силу оригіналу), що встановлює заборгованість (п. 5.1. Глави 16 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 року № 296/5).

З урахуванням наведених положень законодавства про нотаріат, а також вимоги закону про, що виплата акціонерним товариством дивідендів здійснюється виключно грошовими коштами (абз. 2 ч.1 ст. 30 акціонерного закону), можна виділити такі **умови вчинення виконавчого напису для виплати дивідендів акціонерам:**

- **виникнення заборгованості акціонерного товариства (боржника) щодо виплати дивідендів перед акціонером (стягувачем);**
- **безспірний характер такої заборгованості;**
- **наявність документа, що встановлює заборгованість щодо виплати дивідендів;**
- **подання цього документа в оригіналі (дублікаті документа, що має силу оригіналу)**
- **відсутність спливу позовної давності з моменту виникнення права вимоги щодо сплати дивідендів.**

Зі змісту п. 7.6. Глави 16 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, можна зробити висновок, що у Переліку документів, за якими стягнення заборгованості проводиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, передбачено два види документів:

- 1) документ, що встановлює заборгованість (на якому вчиняється виконавчий напис);**
- 2) інші документи, які необхідно подати для вчинення виконавчого напису.**

В юридичній літературі висловлюється пропозиція визнати документом, що підтверджує заборгованість із виплати дивідендів один із переліку, встановлених урядом. Зокрема, «...засвідчену стягувачем копію письмової вимоги про усунення порушення, що спричинило невилату дивідендів, яка була надіслана боржнику та оригінали розрахункового документа про надання послуг поштового зв'язку і опису вкладення, що підтверджують надіслання боржнику письмової вимоги про усунення

порушення, що спричинило невиклату дивідендів (зазначені під пунктами «е» і «є» у вищевказаному переліку)» [1, с. 17].

Аналіз п.13 «Документи, що підтверджують заборгованість з виплати дивідендів» Переліку документів, за якими стягнення заборгованості проводиться у безспірному порядку на підставі виконаних написів нотаріусів, дає підстави зробити висновок про відсутність у ньому такого документа, який би встановлював заборгованість із виплати дивідендів. *Жоден із визначених у п.13 Переліку документів ні самотійно, ні в сукупності з іншими документами, не може встановити наявності заборгованості акціонерного товариства щодо виплати дивідендів своїм акціонерам. У цьому переліку поміщено два види документів:*

**1) ті, що підтверджують виникнення права на виплату дивідендів;**

**2) ті, що підтверджують неотримання дивідендів акціонером.**

До першого виду документів належать: витяг із протоколу загальних зборів акціонерного товариства, на яких прийнято рішення про виплату дивідендів, або витяг із статуту акціонерного товариства, в якому передбачена виплата дивідендів за привілейованими акціями; витяг із переліку осіб, які мають право на отримання дивідендів, що містить інформацію щодо включення стягувача в зазначений перелік; виписка з рахунка в цінних паперах депонента, що підтверджує його права на акції та права за акціями на відповідний час; повідомлення, що надсилається особам, які мають право на отримання дивідендів, із зазначенням інформації про дату, розмір, порядок та строк їх виплати. Документами другого виду є: документ, що підтверджує факт неперерахування дивідендів через депозитарну систему України, або виписка з іншого рахунка про ненадходження коштів в установлений строк; засвідчена стягувачем копія письмової вимоги про усунення порушення, що спричинило невиклату дивідендів, яка була надіслана боржнику; оригінал розрахункового документа про надання послуг поштового зв'язку та опису вкладення, що підтверджують надіслання боржнику письмової вимоги про усунення порушення, що спричинило невиклату дивідендів.

*Разом з тим, ні документи першого, так само як документи другого виду, не встановлюють безспірності заборгованості перед конкретним акціонером. Невиплата товариством дивідендів на користь акціонера може бути обумовлена наявністю спору між ними. Сам факт відсутності коштів на рахунку акціонера не може вважатися безспірною заборгованістю.*

У фаховій літературі з питань нотаріату наголошують на необхідності встановлення безспірності заборгованості як підстави для вчинення виконавчого напису. Так, М. М. Дякович звертає увагу на те, що перед вчиненням виконавчого напису доцільно перевіряти відсутність спору між сторонами. Зокрема, однією із умов для вчинення виконавчого напису називається «... перевірка того, чи немає спору щодо наявності чи змісту зобов'язання (для цього нотаріус вправі повідомити боржника про вчинення виконавчого напису) або іншої відповідальності між стягувачем і боржником» [2, с. 12]. Автори навчального посібника «Нотаріат в Україні» Сміян Л. С., Нікітін Ю. В. та Хоменко П. Г. вважають, що в основі вчинення виконавчого напису нотаріуса лежить поняття «безспірності певної заборгованості» [6, с. 314]. Ще більш категоричну позицію займають Радзівська Л.К. та Пасічник С. Г.: «вчинення виконавчого напису – це не вирішення спору між кредитором і боржником, а підтвердження безспірності зобов'язання» [5, с. 283].

Вимога стягувача про усунення порушення, що спричинило невиклату дивідендів, не є документом, який підтверджує наявність безспірної заборгованості. Правова природа такої вимоги – односторонній правочин. Він вчиняється однією із сторін зобов'язання, а саме: стягувачем-акціонером. Інша сторона зобов'язання, – боржник-акціонерне товариство, має право відмовити у задоволенні такої вимоги, якщо вважає її необґрунтованою. Безспірність вимоги акціонера про невиклату йому дивідендів може бути встановлена лише зустрічним одностороннім правочинном акціонерного товариства, яким воно визнає свою заборгованість. Якщо серед документів, що подаються нотаріусу для вчинення виконавчого напису у разі невиклати дивідендів, не буде відповіді товариства із визнанням своєї заборгованості, умови вчинення такого виконавчого напису не можна вважати дотриманими.

У ст. 31 Закону України «Про акціонерні товариства» встановлені підстави для відмови акціонерним товариством у виплаті дивідендів своїм акціонерам. Такі підстави виникають уже після прийняття рішення вищим органом управління товариства (загальні збори, засновник) про виплату дивідендів. Зокрема, **акціонерне товариство не має права здійснювати виплату дивідендів за простими акціями після прийняття відповідного рішення у разі, якщо:**

- 1) *товариство має зобов'язання про викуп акцій відповідно до статті 68 закону України «Про акціонерні товариства»;*
- 2) *поточні дивіденди за привілейованими акціями не виплачено повністю;*

**3) власний капітал товариства менший, ніж сума його статутного капіталу, резервного капіталу та розміру перевищення ліквідаційної вартості привілейованих акцій над їх номінальною вартістю.**

Таким чином, у законі встановлено випадки заборони для акціонерного товариства здійснювати виплату дивідендів своїм акціонерам навіть, якщо уже було прийнято рішення про їх виплату. Про такі випадки нотаріусу не може бути відомо. Він не має можливості встановити наявність безспірності заборгованості із виплати дивідендів у всіх випадках. Це може зробити лише суд. «Примусове виконання зобов'язань здійснюється, як правило, на підставі рішення суду, господарського суду, в юрисдикції яких перебуває справа за вимогою, поставленою кредитором до боржника. Судове рішення постановляється в результаті розгляду по суті спору, що виник між сторонами» [3, с. 211].

З урахуванням положень чинного законодавства України щодо вчинення виконавчого напису для виплати дивідендів, найбільш ефективною і доцільною формою захисту права акціонера на виплату дивідендів залишається судова форма. Лише суд має, передбачені законом, правові можливості встановити наявність безспірності заборгованості акціонерного товариства щодо виплати дивідендів перед його акціонером.

1. Djakovych Myroslava. *Na dopomogu notariusu. Vykonavchuy napys notariusu.* // *Dovidnyk notariusu.* – 2016. - № 1. – С. 3-29.
2. Djakovych M.M. *Vykonavchuy napys notariusu jak forma zahystu tsyvilnyh prav notariusom.* // *Advokat.* – 2015. - № 2. – С. 10-16.
3. Komarov V.V. *Notariat v Ukrainy : pidruchnyk / V.V. Komarov, V.V. Barankova.* – H.: Pravo, 2011. – 384s.
4. Marchuk Romana. *Ostannyj misjatsj prynis nastupny zakonodavchy novelty.* // <http://www.prostobiz.ua/> – opublikovano 29.04.2015 roku.
5. Radzievsjka L.K., Pasichnyk S.G. *Notariat v Ukrainy : Navch. posib.* – 2-ge vyd., ster. / *Za vidp.red. L.K. Radzijevsjkoi.* – K.: Jurinkom Inter, 2000. – 528s.
6. Smijan L.S., Nikitin U.V., Homenko P.G. *Notariat v Ukrainy : navchaljnyj posibnyk (2-e vyd., stereotyp) / Za red. U.V. Shkitina.* – K.: KNT, 2008. – 680s.

**Цікало В. І. Право акціонера на звернення до нотаріуса у разі невиконання дивідендів**

У ч. 2 ст. 30 Закону України «Про акціонерні товариства» в редакції від 19.03.2015 року встановлено право акціонера звернутися до нотаріуса щодо вчинення виконавчого напису на документах у разі невиконання дивідендів у строк, визначений законом або установлений загальними зборами.

З метою реалізації законодавчої норми про вчинення виконавчого напису на документах у разі невиконання дивідендів, 27.05.2015 року Перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 29.06.1999 року № 1172, доповнено пунктом 13 “Стягнення заборгованості з виплати дивідендів”. Аналіз цього пункту дає підстави зробити висновок про відсутність у ньому такого документа, який би встановлював заборгованість із виплати дивідендів.

Жоден із визначених у п.13 Переліку документів ні самостійно, ні в сукупності з іншими документами, не може встановити наявності заборгованості акціонерного товариства щодо виплати дивідендів своїм акціонерам. У цьому переліку поміщено два види документів: ті, що підтверджують виникнення права на виплату дивідендів і ті, що підтверджують неотримання дивідендів акціонером. Разом з тим, жоден із зазначених документів не встановлює безспірності заборгованості перед конкретним акціонером. Відмова товариства від виплати на користь акціонера може бути обумовлена наявністю спору між ними. Сам факт відсутності коштів на рахунку акціонера не може вважатися безспірною заборгованістю.

У законі встановлено випадки заборони для акціонерного товариства здійснювати виплату дивідендів своїм акціонерам навіть, якщо уже було прийнято рішення про їх виплату. Про такі випадки нотаріусу не може бути відомо. Він не має можливості встановити наявності безспірності заборгованості із виплати дивідендів у всіх випадках. Це може зробити лише суд.

**Ключові слова:** дивіденди, акціонер, заборгованість, безспірний.

**Tsikalo V. I. The right of a shareholder to appeal to the notary in the case of non-payment of dividends**

In part 2 of Art. 30 of the Law of Ukraine «On Joint-Stock Companies» as amended on from 03.19.2015, established the right of the shareholder to appeal to the notary in order to commit writ on the documents in the case of non-payment of dividends in the period specified by law or established by the general meeting.

In order to implement the legal provisions on commission of writ on the documents in the case of non-payment of dividends, the List of documents according to which collection is made in undisputed order on the basis of the notary's writs, approved by the resolution № 1172 of the Cabinet of Ministers of Ukraine from 29.06.1999, supplemented with the item 13 «debt collection of dividend payments» on 27.05.2015. Analysis of this item leads to the conclusion about the absence in it the document that established the arrears of dividends.

None of the documents specified in the item 13 of the List either alone or together with other documents, can not establish the existence of the debt of the joint-stock company to pay dividends to its shareholders Two types of documents is foreseen by this List: those confirming of the right to payment of dividends and those that confirm the failure to obtain shareholder dividends. However, none of these documents does

МІЖНАРОДНИЙ ЖУРНАЛ «ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО»

not establish undisputed debt to certain shareholder. Company's refusal to pay to a shareholder may be due to the presence of a dispute between them. The fact of lack of funds in the account of the shareholder can not be considered as undisputed debt.

The law established cases of prohibition for the company to make payments of dividends to its shareholders even if it has already been decided to pay them. The notary can not be aware about such occasions. He is unable to establish the existence of undisputed debt of dividends in all cases. This can be done only by the court.

**Keywords:** dividends, shareholder, debt, undisputed.

## Зміст

<i>Беляневич О.А.</i> Питання правонаступництва при реорганізації суб'єкта господарювання шляхом злиття .....	5
<i>Бітюк П.О.</i> Деякі питання добросовісності при здійсненні корпоративного управління .....	16
<i>Wyrzykowski W.</i> Liability for the damage happened on the construction site under the Polish Civil Code.....	25
<i>Горуна Т.А.</i> Правовое регулирование корпоративных отношений в условиях интеграционных процессов в Европейском Союзе и Евразийском Экономическом Союзе: общее и особенное.....	34
<i>Грицан О.А.</i> Міжнародно-правові обмеження діяльності з випробування ядерної зброї: екологічний аспект.....	40
<i>Жорнокуй Ю.М.</i> Суб'єктивне право як об'єкт корпоративних відносин.....	49
<i>Зеліско А.В.</i> Підприємницькі юридичні особи приватного права в якості корпоративних утворень.....	60
<i>Киричок А.В.</i> Окремі питання самозахисту прав учасників господарських товариств .....	71
<i>Мартыненко И.Э.</i> Белорусский опыт кодификации законодательства об охране историко-культурного наследия .....	80
<i>Mészáros P.</i> Ban on competition in limited liability company (Slovakia) .....	89
<i>Novotná M., Varga P.</i> International and supranational aspects of nuclear liability .....	97
<i>Piniór P.</i> Procedure and effects of division by separation ...	115
<i>Ptashnyk I.R.</i> The low number of organ transplantations in Ukraine and the shortcomings of the urrent regulatory framework.....	124

<i>Stoica C.F., Safta M.</i> Conflict of interest in the private sector .....	134
<i>Схаб-Бучинська Т.Я.</i> Обмеження договірної свободи у механізмі правового регулювання .....	141
<i>Федорончук А.В.</i> Договір прокату в сучасному цивільному обороті .....	151
<i>Ханієва Ф.М.</i> Особливості вкладу до господарського товариства .....	160
<i>Цебера А., Врубель О.</i> Відшкодування за зниження вартості акцій, спричинене незаконним виконанням державної влади – права акціонера в польському та міжнародному інвестиційному праві .....	169
<i>Цікало В.І.</i> Право акціонера на звернення до нотаріуса у разі невиплати дивідендів .....	175



## Content

<i>Belianevych O.A.</i> Issues of succession at reorganization of economic businesses by way of merge .....	5
<i>Bitiuk P.O.</i> Some issues of good faith in the performance of corporate governance .....	16
<i>Wyrzykowski W.</i> Liability for the damage happened on the construction site under the Polish Civil Code.....	25
<i>Horupa T. A.</i> Legal regulation of corporate relations under integration in the European Union and the Eurasian Economic Union: general and special.....	34
<i>Hrytsan O.A.</i> International legal limits in nuclear weapons testing: ecological aspect .....	40
<i>Zhornokui Yu.M.</i> Subjective Right as the Object of a Corporate Relationship .....	49
<i>Zelisko A.V.</i> The entrepreneurial legal entities of Private Law as corporate associations .....	60
<i>Kyrychok A.V.</i> Some issues of self-defense members of business entities rights .....	71
<i>Martynenka I.E.</i> Belarusian experience of codification of the legislation on the protection of historical and cultural heritage .....	80
<i>Mészáros P.</i> Ban on competition in limited liability company (Slovakia) .....	89
<i>Novotná M., Varga P.</i> International and suptranational aspects of nuclear liability .....	97
<i>Pinior P.</i> Procedure and effects of division by separation ...	115
<i>Ptashnyk I.R.</i> The low number of organ transplantations in Ukraine and the shortcomings of the urrent regulatory framework.....	124
<i>Stoica C.F., Safta M.</i> Conflict of interest in the private sector.....	134

<i>Skhab-Buchynska T. Ya.</i> Limitations of contractual freedom in the mechanism of legal regulation.....	141
<i>Fedoronchuk A.V.</i> Contract hire in modern public circulation .....	151
<i>Khaniieva F.M.</i> The peculiarities of capital contribution.....	160
<i>Cebera A., Vrubel A.</i> Compensation for reducing of shares cost caused by illegal implementation of state authorities – rights of shareholders in polish and international investment law .....	169
<i>Tsikalo V.I.</i> The right of a shareholder to appeal to the notary in the case of non-payment of dividends .....	175



Наукове видання

Міжнародний журнал  
Право і суспільство

International Journal  
Law & Society

В редакції авторів наукових статей

Комп'ютерна верстка і правка Ігор КОЗИЧ

Підписано до друку 11.04.2017.

Формат 70x100. Папір офсетний.

Гарнітура «Times New Roman».

Ум.друк.арк. 12,9. Обл.-вид.арк. 13,75. Вид № в61315/16.

Тираж 100 прим.

Виготовлювач друкарня «Фоліант»

(ПП Віконська О.В.), м.Івано-Франківськ,

вул. Старозамкова, 2, тел./факс

(0342) 50-21-65; (багатоканальний)

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи Серія ІФ №24

foliant.drukarnja@gmail.com