

РОЗДІЛ 2. ПРИВАТНЕ ПРАВО

Тетяна БЛАЖЕНКО

ORCID: 0009-0007-4450-3426

ПРИНЦИПИ УЧАСТІ НЕЗАЛЕЖНОГО ЧЛЕНА НАГЛЯДОВОЇ РАДИ В КОРПОРАТИВНОМУ УПРАВЛІННІ

УДК 347.16

Постановка проблеми. Правове регулювання корпоративного управління в акціонерних товариствах України динамічно змінюється під впливом таких факторів як запозичення правових інститутів з права країн англо-американської правової системи та у зв'язку з інтеграцією українського корпоративного права до права Європейського Союзу. Одним із таких правових запозичень [1] є інститут незалежного члена (невиконавчого директора) наглядової ради (ради директорів), який було закріплено в Законі України «Про акціонерні товариства» та низці інших нормативно-правових актів, що регулюють корпоративне управління деяких інших суб'єктів господарювання.

Стан дослідження. Окремі його аспекти досліджувались вченими економічних наук, а також частково науковцями-правниками. Зокрема варто відзначити праці С.І. Гусакова, О.М.Вінник, Ю.М.Жорнокуя, А.В.Зеліско, А.Кохан, О.Р.Ковалишина, В.І.Кравець, О.П.Паплик, С.О.Сліпченка та інших. Поряд з тим варто відзначити, що комплексного дослідження засад участі незалежного члена (невиконавчого директора) наглядової ради (ради директорів) не проводилося.

Тому завданням даного дослідження є з'ясування принципів участі незалежного члена наглядової ради в корпоративному управлінні акціонерним товариством в Україні.

Виклад основного матеріалу. Важливим є систематизація засади, на яких незалежний член наглядової ради (незалежний директор) бере участь в управлінні АТ. Однією із таких засад є *принцип особистої участі* в управлінні товариством. Під особистою участю розуміється безпосередня персональна задіяність

незалежного директора у виконанні функцій, покладених на наглядову раду чи незалежних невиконавчих директорів у випадку впровадження в товаристві однорівневої структури корпоративного управління. Принцип особистої участі є традиційним для українського корпоративного права та стосувався до недавнього часу всіх без виключення посадових осіб органів управління. Однак з поступовим впровадженням в корпоративному праві інститутів англо-американського корпоративного права стосовно принципу особистої участі з'явилися деякі винятки. Наприклад, відповідно до ч. 7 ст. 64 Закону член ради директорів, крім головного виконавчого директора, повинен виконувати свої обов'язки особисто і не може передавати свої повноваження іншій особі. Член наглядової ради повинен виконувати свої обов'язки особисто і не може передавати свої повноваження іншій особі (ч. 3 ст. 69) [2]. Член колегіального виконавчого органу повинен виконувати свої обов'язки особисто і не може передавати свої повноваження іншій особі, крім випадку, передбаченого цією частиною (ч. 7 ст. 82).

Таким чином, з вище наведених положень робимо висновок, що засада персонального виконання членами наглядової ради (ради директорів) залишається і надалі чинною. Однак дія відповідного принципу обмежується стосовно головного виконавчого директора (*chief executive officer*). Обов'язки головного виконавчого директора у випадку неможливості виконання ним своїх повноважень здійснює один із членів колегіального виконавчого органу. Втім більш суттєве виключення із принципу особистої участі в корпоративному управлінні товариством з'явилося з прийняттям Закону України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» [3]. Статутом резидента Дія Сіті - товариства з обмеженою або з додатковою відповідальністю може бути встановлено, що повноваження виконавчого органу такого резидента Дія Сіті виконує стороння юридична особа, зареєстрована за законодавством України (особа, яка здійснює функції управління) (ст. 33).

Однак принцип особистої участі незалежних директорів має тим більше значення, що ідея участі незалежних директорів саме полягає в тому, щоб залучити не лише «незалежних» осіб, але

й осіб, які володіють певними фаховими знаннями (наприклад, бухгалтерського обліку, аудиту, технічними знаннями) чи мали досвід роботи на відповідних посадах на інших підприємствах. Тобто особисті характеристики членів незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів) мають значно більшу вагу у порівнянні з іншими членами наглядової ради (директорами), які, як правило, є представниками акціонерів і для яких головною ознакою є лояльність та чітке виконання вказівок акціонера (групи акціонерів), які його обрали до органу управління. А тому принцип особистої участі слід залишити без змін і недоцільно (та навіть шкідливо) було би за аналогією допустити можливість заміщення незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів) їх представниками.

Принцип незалежності безумовно має визначальне значення в процесі здійснення незалежними членами наглядової ради (незалежними директорами) своїх повноважень. В науковій літературі визначення незалежності зосереджуються на відсутності фінансових і родинних зв'язків між директорами та корпорацією. І навпаки, вони не враховують соціальні та професійні зв'язки з компанією та її керівниками, хоча ці зв'язки на практиці можуть впливати на незалежність директорів [4, с. 127]. Вартим уваги є Звіт Кедбері, який в подальшому став відправною точкою закріплення стандартів корпоративного управління на рівні кодифікованих актів рекомендаційного характеру у більшості країн континентальної Європи. У цьому Звіті під незалежністю розуміється «незалежність від керівництва компанії (крім гонорарів директорів) та відсутність будь-яких ділових чи інших відносин, які могли би суттєво перешкоджати виконанню незалежного судження».

Принцип колегіальності. Засада колегіальності є також іманентною ознакою здійснення незалежними членами наглядової ради своїх повноважень. І в цьому також прослідковується відмінність від тих засад, на яких функціонують члени виконавчого органу товариства (виконавчі директори), оскільки виконавчий орган АТ може бути одноосібним (ст. 33). У приватному акціонерному товаристві з кількістю акціонерів до 10 осіб замість ради директорів може формуватися одноосібний виконавчий орган,

який здійснює повноваження ради директорів (ч. 2 ст. 4). Особа, яка здійснює повноваження одноосібного виконавчого органу, має право без довіреності діяти від імені акціонерного товариства, у тому числі представляти його інтереси, вчиняти правочини від імені товариства, видавати накази та надавати розпорядження, обов'язкові для виконання всіма працівниками товариства (ч. 2 ст. 83).

Необхідність виконання функцій незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів) впливає не тільки з того, що одноособового наглядового органу акціонерне законодавство не передбачає. Адже можна було би припустити, що, до прикладу, серед складу членів наглядової ради міг би бути тільки один незалежний член наглядової ради. Однак таке є неможливим, оскільки відповідно до ч. 4 ст. 72 Закону України «Про акціонерні товариства» не менш як одну третину складу наглядової ради ПАТ мають становити незалежні директори. При цьому кількість незалежних директорів не може становити менше двох осіб. Кількість незалежних директорів у наглядовій раді АТ, у статутному капіталі якого частка держави становить 50 і більше відсотків, має становити більшість членів наглядової ради. Щодо банків встановлено ще більш жорсткі вимоги стосовно кількісного складу. Рада банку не менш як на одну третину має складатися з незалежних директорів, при цьому кількість незалежних директорів не може становити менше трьох осіб (ч. 5 ст. 39 Закону України «Про банки і банківську діяльність») [5].

Принцип заборони суміщення посад. Корпоративне право України формувалося на засаді чіткого закріплення обов'язків та розподілу їх виконання. Кожна посадова особа має закріплену за нею компетенцію і реалізує повноваження самостійно. Член наглядової ради не може бути одночасно членом виконавчого органу або корпоративним секретарем такого товариства (ч. 2 ст. 72 Закону) [6, с. 52-53]. Корпоративним секретарем не може бути інша посадова особа цього товариства (ч. 9 ст. 86). Тобто суміщати (поєднувати) виконання обов'язків, які закріплені за посадовими особами іншого управлінського (виконавчий орган, загальні збори) чи неуправлінського органу є недопустимим. Відповідна

вимога встановлюється до всіх без виключення посадових осіб органів управління і спрямована на дотримання ідеї розподілу компетенції між органами товариства: загальних зборів (ст. 39), ради директорів (ст. 63), наглядової ради (ст. 71), корпоративного секретаря (ст. 87), тощо. Відповідний принцип має особливе значення в діяльності незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів), оскільки є однією із визначальних характеристик їх незалежності.

Принцип допустимості часткової зайнятості. Як було зазначено вище, незалежний член наглядової ради не може суміщати посади в рамках одного і того ж АТ. Однак вартим уваги є те, що корпоративне право України не забороняє йому обіймати відповідну посаду на декількох підприємствах одночасно. Відповідно до Порядку утворення, організації діяльності та ліквідації наглядової ради державного унітарного підприємства та її комітетів член наглядової ради не може одночасно бути членом наглядових рад більше ніж п'яти юридичних осіб (п. 5) [7]. І з цього випливає, що незалежний член наглядової ради може брати участь в управлінні декількома АТ.

Принцип строковості повноважень. Усі посадові особи органів управління обираються (призначаються) на певний строк. Однак переважно не міститься заборони щодо можливості бути переобраним на наступний строк. Таким чином, члени виконавчого органу у випадку ефективного виконання ними своїх повноважень можуть перебувати на посаді фактично необмежений період часу. Аналогічні правила діють і до інших посадових осіб органів управління товариством. Одна й та сама особа може призначатися на посаду корпоративного секретаря неодноразово (ч. 3 ст. 86). Немає обмежень і стосовно членів наглядової ради. Адже членом наглядової ради, який є представником конкретного акціонера (групи акціонерів), може бути одна й та ж особа постійно, допоки акціонер володіє акціями. Члени наглядової ради можуть переобиратися необмежену кількість разів (п. 3.7. Кодексу, ч. 1 ст. 72).

Однак відповідні обмеження мають місце щодо незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів) АТ, у статутно-

му капіталі яких більше 50 відсотків акцій належать державі. Їх роль саме полягає в тому, щоб поміж іншого привносити в корпоративне управління товариством «свіжий погляд», об'єктивну сторонню оцінку особи з досвідом у відповідній сфері, однак не безпосередньо на цьому підприємстві. Тому максимальний безперервний строк період перебування незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів) на посаді обмежується певною кількістю строків. Хоча відповідне положення не закріплене на рівні Закону України «Про акціонерні товариства», однак, до прикладу, для АТ з часткою державної власності строк повноважень члена наглядової ради становить три роки. Незалежний член наглядової ради не може входити до складу наглядової ради як незалежний член підприємства понад три строки підряд (п. 7 Порядку). Схожі положення містяться й стосовно деяких інших суб'єктів господарювання України. Відповідно до п. 25 Постанови № 1221 від 21 листопада 2023 р. «Про наглядову раду закладу охорони здоров'я» одна і та сама особа (як представник власника, так і незалежний член наглядової ради) не може бути членом наглядової ради більше двох строків підряд (п. 25). Особа не може займати посаду члена наглядової ради державного банку більше ніж два строки поспіль (ст. 7 Закону України «Про банки і банківську діяльність»). Цікаво, що однакове за змістом положення, сформульовано дещо по-різному у всіх трьох нормативно-правових актах, що свідчить про певну недосконалість нормотворчої техніки. Та загалом строк перебування незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів) на відміну від інших посадових осіб лімітується з метою уникнення становища, коли ознаки його незалежності нівелюються у зв'язку з довготривалим перебуванням на тій самій посаді.

Принцип строковості повноважень є цілком виваженим. Однак не зовсім обґрунтованим є застосування цього принципу виключно до АТ, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій належать державі, та інших суб'єктів господарювання державної форми власності. Ідея обмеження певною кількістю строків перебування на посаді полягає в тому, щоб незалежний член наглядової ради був зосереджений на ефективному, добросовіс-

ному та неупередженому виконанні своїх обов'язків. Однак, видається, якщо особа має можливість переобиратися необмежену кількість разів, то вона «зосередиться» на урахуванні інтересів тих осіб, від яких залежить її переобрання. Тобто претендент перш за все буде враховувати інтереси осіб, що входять до складу комітету з призначень, та акціонерів, від рішення яких залежить, чи оберуть його знову. Принцип балансу публічних та приватних інтересів тут порушується, оскільки кандидат на посаду незалежного члена наглядової ради (незалежного директора) більше дбає про інтереси акціонерів, та групи інших незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів), від яких залежить, переберуть його чи ні. Інтереси інших стейкхолдерів (держави, товариства, інвесторів, працівників) переходять на другий план. Тому доречніше було би обмежити строк перебування на посаді двома термінами. В такому випадку під час другого строку повноважень незалежний директор буде більш зосереджений на виконанні своїх обов'язків з дотриманням вимог ст. 88 Закону.

Тобто, вважаємо, аналогічний підхід, який застосовується на сьогодні тільки до АТ, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій належать державі, повинен бути застосований щодо незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів) усіх без виключення АТ.

Тому пропонуємо внести зміни до абзацу 3 частини 1 статті 72 Закону України «Про акціонерні товариства» та викласти його в такій редакції: «Особи, обрані членами наглядової ради (крім незалежних членів наглядової ради), можуть переобиратися необмежену кількість разів. Особа не може бути незалежним членом наглядової ради більше двох строків підряд».

Принцип балансу публічних (держави) та приватних інтересів (товариства, акціонерів, інших груп стейкхолдерів). Зміст даного принципу полягає в тому, що у процесі здійснення корпоративного управління незалежним членом наглядової ради останній має враховувати інтереси усіх груп стейкхолдерів, які беруть участь у корпоративних правовідносинах та корпоративному управлінні. Публічні та приватні інтереси були предметом ґрунтовного дослідження свого часу в вітчизняній правовій науці [8].

Висновки. Таким чином, діяльність незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів) здійснюється на таких принципах: принцип особистої участі; принцип незалежності; принцип колегіальності; принцип заборони суміщення; принцип часткової зайнятості; принцип строковості повноважень. Згаданий перелік засад їх функціонування не є вичерпним та може доповнюватися.

Пропонуємо внести зміни до абзацу 3 частини 1 статті 72 Закону України «Про акціонерні товариства» та викласти його в такій редакції: «Особи, обрані членами наглядової ради (крім незалежних членів наглядової ради), можуть переобиратися необмежену кількість разів. Особа не може бути незалежним членом наглядової ради більше двох строків підряд».

1. Ковалишин О.Р. *Інститут незалежних директорів як правове заповнення (правовий трансплантат). Міжнародна науково-практична конференція «Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу», (27-28 вересня 2019 року, м. Івано-Франківськ), С. 106-110.*
2. *Про акціонерні товариства: Закон України №2465-ІХ від 27 липня 2022 року. Відомості Верховної Ради. 2023. № 18-19. ст.81.*
3. *Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні: Закон України № 1667-ІХ від 15 липня 2021 р. Відомості Верховної Ради України. 2023. №№ 6-7. ст.18.*
4. *Fairfax Lisa M. The Uneasy Case of the Inside Director; Iowa Law Review, Vol. 96. 2010. p. 127.*
5. *Про банки і банківську діяльність: Закон України № 2121-ІІІ від 7 грудня 2000 р. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 5-6. ст. 30.*
6. *Паплик О.П. Право акціонерів на управління товариством у контексті останніх законодавчих змін. Проблеми відновлення конституційного ладу в Україні: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 19–20 травня 2017 р.). Київ. 2017. 50-53 с.*
7. *Порядок утворення, організації діяльності та ліквідації наглядової ради державного унітарного підприємства та її комітетів: Постанова Кабінету Міністрів України № 142 від 10 березня 2017 р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/249814277>*
8. *Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. Київ. 2003. 183.*

Блаженко Т.В. Принципи участі незалежного члена наглядової ради в корпоративному управлінні

В статті аналізується одне із правових запозичень, яким є інститут незалежного члена (невиконавчого директора) наглядової ради (ради директорів), що був закріплений в Законі України «Про акціонерні товариства».

Автор здійснює систематизацію засад, на яких незалежний член наглядової ради (незалежний директор) бере участь в управлінні АТ. Однією із таких засад є принцип особистої участі в управлінні товариством. Підкреслюється, що під особистою участю розуміється безпосередня персональна задіяність незалежного директора у виконанні функцій, покладених на наглядову раду чи незалежних невиконавчих директорів у випадку впровадження в товаристві однорівневої структури корпоративного управління.

Наголошується, що принцип незалежності безумовно має визначальне значення в процесі здійснення незалежними членами наглядової ради (незалежними директорами) своїх повноважень і полягає у відсутності фінансових і родинних зв'язків між директорами та корпорацією.

Автор доводить, що принцип заборони суміщення посад має особливе значення в діяльності незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів), оскільки є однією із визначальних характеристик їх незалежності.

Підкреслюється, що не зовсім обґрунтованим є застосування принципу строковості повноважень виключно до державних акціонерних товариств. Даний принцип повинен бути застосований до всіх без виключення акціонерних товариств незалежно від форми власності. Інакше принцип балансу публічних та приватних інтересів порушується, оскільки кандидат на посаду незалежного члена наглядової ради (незалежного директора) більше дбає про інтереси акціонерів, та групи інших незалежних членів наглядової ради (незалежних директорів), від яких залежить, переоберуть його чи ні. Інтереси інших стейкхолдерів (держави, товариства, інвесторів, працівників) переходять на другий план.

Пропонується внести зміни до статті 72 Закону України «Про акціонерні товариства» та викласти її в такій редакції: «Особи, обрані членами наглядової ради (крім незалежних членів наглядової ради), можуть переобиратися необмежену кількість разів. Особа не може бути незалежним членом наглядової ради більше двох строків підряд».

Ключові слова: незалежний директор, посадові особи, акціонерне товариство, рада директорів, наглядова рада, корпоративне право, корпоративне управління,

Blazhenko T.V. Principles of participation of an independent member of the supervisory board in corporate governance

The article analyzes one of the legal borrowings, such as the institution of an independent member (non-executive director) of the supervisory board (board of directors), which was enshrined in the Law of Ukraine «On Joint Stock Companies».

The author systematizes the principles on which an independent member of the supervisory board (independent director) participates in the management of JSC. One

of these principles is the principle of personal participation in the management of the company. It is emphasized that personal participation means the direct personal involvement of an independent director in the performance of functions assigned to the supervisory board or independent non-executive directors in the case of the introduction of a one-level corporate governance structure in the company.

It is emphasized that the principle of independence is definitely of decisive importance in the process of the independent members of the supervisory board (independent directors) exercising their powers and consists in the absence of financial and family ties between the directors and the corporation.

The author proves that the principle of prohibition of combining positions is of particular importance in the activities of independent members of the supervisory board (independent directors), as it is one of the defining characteristics of their independence.

It is emphasized that the application of the principle of term of authority exclusively to state joint-stock companies is not entirely justified. This principle should be applied to all joint-stock companies, regardless of the form of ownership. Otherwise, the principle of the balance of public and private interests is violated, since the candidate for the position of independent member of the supervisory board (independent director) cares more about the interests of shareholders and groups of other independent members of the supervisory board (independent directors), on whom it depends whether he will be re-elected or not. The interests of other stakeholders (the state, companies, investors, employees) take a back seat.

It is proposed to amend Article 72 of the Law of Ukraine «On Joint-Stock Companies» and read it as follows: «Persons elected as members of the supervisory board (except independent members of the supervisory board) may be re-elected an unlimited number of times. A person shall not be an independent member of the supervisory board for more than two terms in a row.»

Keywords: independent director, officials, joint-stock company, board of directors, supervisory board, corporate law, corporate governance