

Сфери практики



Господарське право і процес

Підсудність спорів за позовом боржника про витребування майна від третіх осіб

стор. 25



Інтелектуальна власність

«Упіймай мене, якщо зможеш». Дещо про порушників прав інтелектуальної власності

стор. 32



Володіти, але не управляти

ПРО ОБОВ'ЯЗОК ПОСАДОВЦІВ ПЕРЕДАТИ СВОЇ КОРПОРАТИВНІ ПРАВА В УПРАВЛІННЯ

«Бізнес має бути відокремленим від політики», – так звучить один із засадничих принципів розбудови демократичного суспільства. Ми часто чуємо цей вислів з вуст державних діячів, бачимо в газетах, інтернет-виданнях і соціальних мережах. Однак на практиці далеко не кожен чітко розуміє законодавчі інструменти, що покликані розмежувати ці дві сфери. Одним з таких фундаментальних інструментів є об-

меження на реалізацію чиновниками своїх корпоративних прав, тобто прав володіти, управляти та розпоряджатися бізнесом.

Володіння корпоративними правами – поза законом?

У 1995 р. Закон «Про боротьбу з корупцією» вперше закріпив заборону державним службовцям і деяким іншим категоріям публічних осіб займатися підприємницькою

діяльністю та входить до складу виконавчого органу юридичної особи, що здійснює підприємницьку діяльність. Хоча на той момент у нормативних актах не конкретизувалося співвідношення термінів «підприємницька діяльність» та «володіння корпоративними правами», доктрина і судова практика не ототожнювали ці поняття.

Остаточне розмежування цих двох термінів запровадив Господар-

ський кодекс 2003 р., який прямо проголосив, що володіння корпоративними правами не вважається підприємництвом (ч. 2 ст. 167 ГК). З цього випливало, що особи, уповноважені здійснювати функції держави чи місцевого самоврядування, можуть законно володіти часткою у статутному капіталі ТОВ, набувати у власність акції тощо.

Продовження на стор. 16

Володіти, але не управляти

Про обов'язок посадовців передати свої корпоративні права в управління



Анатолій ПАШИНСЬКИЙ,
юрист ЮФ «Василь Кісіль
& Партнери»

Закінчення. Початок на стор. 13

Ситуацію дещо ускладнив Закон «Про засади запобігання і протидії корупції», який у 2011 р. прийшов на зміну Закону «Про боротьбу з корупцією». Поряд із традиційною заборонаю займатися підприємницькою діяльністю, новий Закон також заборонив особам, які здійснюють функції держави або місцевого самоврядування, «входити до складу органу управління або наглядової ради підприємства чи організації, що має на меті одержання прибутку» (п. 2 ч. 1 ст. 7).

Група народних депутатів одразу звернула увагу, що така заборона поширюється і на загальні збори товариства, до складу яких автоматично входять всі власники його часток (акцій), та вирішила звернутися до Конституційного Суду. Народні обранці посилалися на те, що формулювання нового Закону, всупереч ст. 41 Конституції, не дозволяє посадовцям входити до загальних зборів, що de facto означає заборону мати у власності корпоративні права. Рішенням Конституційного Суду від 13.03.2012 р. №6-рп/2012 вказане положення Закону в частині заборони брати участь у загальних зборах було визнано неконституційним, оскільки воно суперечить принципу непорушності права власності.

Чинний Закон «Про запобігання корупції» від 2014 р. містить заборону на зайняття підприємницькою діяльністю, проте не обмежує права посадовців на володіння корпоративними правами. Таким чином, сьогодні будь-яка особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може мати у власності корпоративні права і виступати кінцевим бенефіціаром будь-яких компаній.

Передача в управління

Усвідомлюючи неконституційність заборони володіти корпоративними правами, законодавець вирішив піти іншим шляхом – обмежити можливість користування ними. Так, у чинному Законі «Про запобігання корупції» з'явилась окрема ст. 36 під назвою «Запобігання конфлікту інтересів у зв'язку з наявністю в особи підприємств чи корпоративних прав».

Згідно з цією статтею Закону, всі особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а також посадові особи юридичних осіб публічного права та особи, які входять до складу наглядової ради державного банку, підприємства чи прибуткової організації, зобов'язані протягом 30 днів після призначення (обрання) на посаду передати в управління іншій особі належні їм підприємства та корпоративні права. В односторонній термін після здійснення такої передачі особа має письмово повідомити про це НАЗК з наданням нотаріально засвідченої копії укладеного договору.

Окрім обов'язку передати права, Закон також конкретизує можливі способи такої передачі. Якщо мова йде про унітарне підприємство (таке, що утворене одним засновником), передача його в управління має здійснюватися шляхом укладення договору управління майном із суб'єктом підприємницької діяльності. Корпоративні права можна передати в управління одним з таких способів:

- Укладення договору управління майном із суб'єктом підприємницької діяльності (крім договору управління цінними паперами та іншими фінансовими інструментами). Управителем майна в цьому випадку може бути будь-який суб'єкт підприємницької діяльності у розумінні ст. 55 ГК (як юридичні особи, так і ФОП). Вказаний механізм може застосовуватися у разі передачі корпоративних прав у ТОВ – найрозповсюдженішій організаційно-правовій формі ведення бізнесу в Україні.

- Укладення договору про управління цінними паперами, іншими фінансовими інструментами та грошовими коштами, призначеними для інвестування в цінні папери та інші фінансові інструменти. Управителем тут має виступати торговець цінними паперами з відповідною ліцензією НКЦПФР. Цей спосіб передачі актуальний у тому випадку, якщо мова йде про акції акціонерного товариства.

- Укладення договору про створення венчурного пайового інвестиційного фонду для управління пере-

даними корпоративними правами з компанією з управління активами, яка має відповідну ліцензію НКЦПФР. Передача корпоративних прав як оплата вартості цінних паперів венчурного пайового інвестиційного фонду здійснюється після реєстрації НКЦПФР випуску цінних паперів такого інституту спільного інвестування. Враховуючи низький рівень розвитку українського фондового ринку та складність процедури створення інституту спільного інвестування, цей вишуканий спосіб передачі є найбільш обтяжливим для службовця.

Закон не дозволяє особам передавати в управління належні їм підприємства та корпоративні права на користь членів сім'ї, а також укладати згадані договори із суб'єктами, в яких працюють їхні члени сім'ї. Поняття «член сім'ї» тут використовується у розумінні ст. 1 Закону та п. 1.1.4 Методичних рекомендацій щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затверджених рішенням НАЗК від 29.09.2017 р. №839. Так, до членів сім'ї особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за будь-яких обставин належить дружина/чоловік. Інші особи (діти, батьки тощо) відповідно до Закону вважаються членами сім'ї лише у разі наявності сукупності таких ознак: спільне проживання з особою, пов'язаність спільним побутом,

слід мати на увазі, що окремі особливості управління цінними паперами встановлюються Законом «Про цінні папери та фондовий ринок».

Як вже зазначалося, Закон зобов'язує особу в односторонній термін після передачі корпоративних прав письмово повідомити про це НАЗК з наданням нотаріально засвідченої копії договору. У своїх Методичних рекомендаціях НАЗК затвердив рекомендовану форму такого повідомлення, а також запропонував додавати до цього повідомлення засвідчену копію наказу про призначення (рішення про обрання) на посаду та засвідчену копію установчих документів або документів, що підтверджують наявність корпоративних прав. Однак такі вимоги НАЗК не мають обов'язкової сили – подання до НАЗК письмового повідомлення довільної форми з додаванням лише нотаріально засвідченої копії договору не буде вважатися порушенням Закону.

Декларуємо управління правильно

Окрім письмового повідомлення НАЗК про передачу корпоративних прав в управління, таку передачу також потрібно правильно відобразити в електронній декларації. Цікаво, що Закон передбачає необхідність декларувати відомості про особу-управителя цінних паперів (п. 4 ч. 1

Окрім обов'язку передати права, Закон також конкретизує можливі способи такої передачі

наявність взаємних прав та обов'язків, що мають характер сімейних.

НАЗК рекомендує

11.08.2016 р. НАЗК затвердила Методичні рекомендації щодо передачі в управління підприємств та/або корпоративних прав з метою запобігання конфлікту інтересів, де додатково конкретизовано окремі положення Закону. У процесі укладення договору про передачу в управління підприємств чи корпоративних прав НАЗК цілком виправдано рекомендує керуватися вимогами до договору управління майном, визначеними у гл. 70 Цивільного кодексу. При цьому

ст. 46 Закону), проте не містить аналогічного прямого обов'язку щодо декларування управителів інших типів корпоративних прав, зокрема часток у ТОВ. Також показово, що інтерфейс електронної декларації у розділі «Корпоративні права» не містить окремої графи «Управитель».

Заповнюючи декларацію, ми все-таки рекомендуємо відобразити факт передачі будь-яких корпоративних прав в управління. Для цього у підрозділі «Права на цей об'єкт» потрібно окремо позначити власника таких прав, після чого додатково обрати «Інше право користування», самостійно вписати у наступному рядку слово

«Управління» та вказати інформацію про управителя.

Злочин і покарання

За недотримання вимог ст. 36 Закону щодо передачі корпоративних прав в управління не передбачено ні адміністративної, ні кримінальної відповідальності. Наразі єдина можлива форма відповідальності, яку особа може понести за порушення вимог ст. 36 Закону – це дисциплінарна відповідальність.

У разі виявлення порушення посадовою особою ст. 36 Закону НАЗК вносить керівнику органу, підприємства, установи чи організації, де працює порушник, припис про усунення порушень законодавства, проведення службового розслідування і притягнення такої особи до відповідальності. Після отримання припису НАЗК керівник органу виконує всі його вимоги та накладає на винного дисциплінарне стягнення. Вид такого стягнення залежить від особи порушника. Наприклад, якщо це працівник державного підприємства, до нього може бути застосована догана або звільнення (ст. 147 КЗпП), якщо державний службовець – це може бути зауваження, догана, попередження про неповну службову відповідальність чи звільнення (ст. 66 Закону «Про державну службу»). Якщо керівник не виконав вимоги припису та протягом 10 робочих днів з дня одержання припису не повідомив НАЗК про його виконання, він притягається до адміністративної відповідальності за ст. 18846 КУпАП.

В цьому контексті слід пам'ятати про ще один наслідок будь-якого правопорушення, пов'язаного з корупцією. Навіть у разі накладення найбільш м'якого заходу дисциплінарного стягнення, відповідно до ст. 59 Закону, порушник все одно вноситься у відкритий Єдиний державний реєстр осіб,

які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення. Будь-яка особа може перевірити наявність посадовця у Реєстрі, що створює для нього додаткові репутаційні ризики. До того ж наявність запису про особу в Реєстрі може суттєво зашкодити кар'єрному просуванню у державних органах або стати причиною відмови під час конкурсного відбору на деякі посади. Незважаючи на періодичні повідомлення ЗМІ про порушення чиновниками вимог щодо передачі в управління корпоративних прав, наразі в Реєстрі міститься лише 5 записів про порушення ст. 36 Закону. В усіх випадках до порушників було застосовано догану або більш м'який вид стягнення.

Відсутність адміністративної та кримінальної відповідальності за ст. 36 Закону є суттєвим недоліком Закону, оскільки окремі категорії осіб можуть не передавати свої корпоративні права в управління і при цьому залишатися безкарними. Приміром, народні депутати не є посадовими особами та не мають керівників, а отже, до них неможливо застосувати заходи дисциплінарного стягнення. Все, що наразі залишається в цьому випадку – це політична відповідальність.

(Не)врегульований конфлікт інтересів

Хоча НАЗК у своїх Методичних рекомендаціях презентує факт передачі корпоративних прав в управління як «необхідні й достатні дії» для врегулювання конфлікту інтересів, насправді це не відповідає дійсності. Так, відповідно до ст. 1033-1034 ЦК, договір про управління майном не тягне за собою переходу права власності до управителя на передане майно, а вигоди від такого майна а ргіорі належать саме установникові управління, а не управителю.

Отже, навіть після передачі корпоративних прав в управління службовець все одно має приватний інтерес у розумінні ст. 1 Закону, оскільки ці корпоративні права продовжують перебувати в його власності. З огляду на зазначене, у разі перетину сфери своїх владних повноважень та приватного інтересу (наприклад, виділення земельної ділянки власній компанії) посадовець у будь-якому випадку зобов'язаний заявити про це та не вчиняти дій в умовах конфлікту інтересів. У разі порушення цих вимог Закону винна особа підлягає притягненню до адміністративної відповідальності за ст. 1727 КУпАП.

Депутати місцевих рад – заручники ситуації?

Депутати місцевих рад належать до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а отже, за законом також зобов'язані передати свої корпоративні права в управління. При цьому, на відміну від народних депутатів та абсолютної більшості категорій державних службовців, депутати місцевих рад здійснюють свої повноваження на громадських засадах, «не пориваючи з виробничою або службовою діяльністю» (ст. 6 Закону «Про статус депутатів місцевих рад»). Це спричиняє парадоксальну ситуацію – депутат місцевої ради має право займатися підприємницькою діяльністю і працювати у комерційних структурах, але водночас зобов'язаний передати свої корпоративні права в управління.

На думку автора, депутатів місцевих рад слід виключити з переліку осіб, на яких поширюються вимоги ст. 36 Закону щодо корпоративних прав. Ситуація, в якій особа може повноцінно займатися бізнесом, але при цьому зобов'язана передати його в

управління, не відповідає юридичній логіці та духу закону.

Замість висновку

Закон «Про запобігання корупції» не забороняє особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, володіти корпоративними правами, проте зобов'язує їх передавати такі права в управління. Зазначений Закон містить низку серйозних недоліків і прогалин, що потребують невідкладного усунення.

По-перше, варто запровадити адміністративну відповідальність за порушення вимог щодо передачі корпоративних прав в управління. Такі зміни дозволять притягати до відповідальності осіб, які були обрані на представницькі посади та не можуть виступати суб'єктами дисциплінарної відповідальності. Окрім того, зі сфери дії ст. 36 Закону «Про запобігання корупції» слід виключити депутатів місцевих рад, яким законодавець не виправдано заборонив управляти власними корпоративними правами. По-друге, в Законі необхідно прямо визначити обов'язок особи декларувати передачу будь-яких корпоративних прав в управління, а також передбачити у затвердженій формі е-декларації окрему графу для зазначення управителя. Це надасть змогу не лише НАЗК, але й іншим зацікавленим особам відслідковувати дотримання вимог закону у відкритому реєстрі електронних декларацій.

Наостанок варто зазначити, що передача корпоративних прав в управління не виключає можливості виникнення конфлікту інтересів. Допоки законодавець не розробить новий підхід до вирішення цього питання, кожен посадовець і депутат зобов'язаний пам'ятати про це та неухильно дотримуватися заборони діяти в умовах реального конфлікту інтересів. [Ю](#)

