

УДК 347.22

DOI <https://doi.org/10.32840/1813-338X-2020.3.2.26>

І. А. Бурносенкова

юрист ТОВ «Юридична фірма АНК»

ДОКТРИНА «PIERCING THE CORPORATE VEIL» ТА ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

У статті аналізується сутність доктрини «piercing the corporate veil» та її відображення в чинному законодавстві України. На прикладах конкретних законодавчих актів встановлено закріплення окремих елементів зазначеної доктрини в її широкому розумінні. Зокрема, доктрина «piercing the corporate veil» відображена в абзаці другого частини другої ст. 61 Кодексу України з процедур банкрутства, згідно з якою у разі банкрутства боржника з вини його засновників (учасників, акціонерів) або інших осіб, у тому числі з вини керівника боржника, які мають право давати обов'язкові для боржника вказівки чи мають змогу іншим чином визначати його дії, на засновників (учасників, акціонерів) боржника - юридичної особи або інших осіб у разі недостатності майна боржника може бути покладена субсидіарна відповідальність за його зобов'язаннями.

Таке законодавче положення має за мету перенесення відповідальності за зобов'язаннями боржника на його засновника або іншу особу, яка має змогу визначати дії боржника. «Пірсинг корпоративної вуалі», за своєю суттю, є інструментом притягнення до відповідальності третіх осіб за зобов'язанням боржника з метою захисту прав кредиторів.

Зроблено висновок, що запровадження доктрини «piercing the corporate veil» у національну юридичну практику потребує чіткої законодавчої регламентації відносин, пов'язаних із притягненням до відповідальності учасників юридичної особи за її зобов'язаннями. Ідеться про закріплення контролю над юридичною особою, зловживання конструкцією юридичної особи, заподіяння шкоди кредиторам юридичної особи, наявності причинно-наслідкового зв'язку між зловживанням і заподіяною шкодою.

Проте в актах чинного законодавства України відсутнє пряме закріплення доктрини «piercing the corporate veil». Включення відповідних норм до законодавчих актів України дозволило б запобігти зловживанням з боку засновників, учасників юридичної особи, поліпшити інвестиційний клімат і умови здійснення підприємницької діяльності в Україні.

Ключові слова: корпоративна вуаль, доктрина, юридичні особи, учасник товариства, відповідальність, законодавство України.

Постановка проблеми. Доктрина «piercing the corporate veil» має іноземне походження та отримала свій розвиток перш за все в країнах загального права. При цьому не можна сказати, що сама концепція «piercing the corporate veil» є чужою українській правовій системі. Аналіз сутності цієї концепції, практики застосування в англосаксонській та романо-германській правових системах, можливості та доцільності її імплементації в національну юридичну практику, а також розробка механізму її практичної реалізації мають важливе теоретичне та практичне значення з огляду забезпечення прав та законних інтересів суб'єктів правовідносин у цій сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Останніми роками проблематика концепції «piercing the corporate veil» досить активно

досліджується в науковій літературі такими науковцями, як: Т.М. Карнаух [1], А.В. Дульська [2], Ю.М. Жорнокуй [3], К.А. Шафеев [4], Р.Б. Сабодаш [5], В.М. Махінчук [6; 7; 8; 9; 11; 12], Н.Є. Блажівська [10], Д.Г. Макіяні [13] та ін. Аналізуючи законодавчий досвід та судову практику окремих зарубіжних країн, учені відзначають важливе значення доктрини «piercing the corporate veil» у захисті юридичної особи при її використанні учасниками як способу уникнення від виконання прийнятих на себе зобов'язань. У зв'язку з цим триває пошук можливих шляхів її закріплення в законодавстві України.

Виклад основного матеріалу. У чинному законодавстві України містяться окремі елементи доктрини «piercing the corporate veil» в її широкому розумінні. Так, згідно з частиною п'ятою ст. 22 Закону України «Про теплопостачування»

чання» від 2 червня 2005 року № 2633-IV [14] учасник (засновник) теплопостачальної або теплогенеруючої організації у разі прийняття рішення про її ліквідацію забезпечує погашення боргу такої організації перед постачальниками енергоносіїв. Це положення демонструє перехід відповідальності за боргами організації перед її кредиторами на учасників (засновників) у разі прийняття рішення про її ліквідацію.

Частиною шостою ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 № 2121-III [15] передбачено, що пов'язана з банком особа, дії або бездіяльність якої призвели до завдання банку шкоди з її вини, несе відповідальність своїм майном. Якщо внаслідок дій або бездіяльності пов'язаної з банком особи банку завдано шкоди, а інша пов'язана з банком особа внаслідок таких дій або бездіяльності прямо або опосередковано отримала майнову вигоду, такі особи несуть солідарну відповідальність за завдану банку шкоду.

Пов'язані з банком особи перераховані в частині першій ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність», серед яких у пункті першому названі контролери банку. У ст. 2 цього Закону контролера визначено як фізичну або юридичну особу, щодо якої не існує контролерів - фізичних осіб та яка має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або діяльність юридичної особи шляхом прямого та/або опосередкованого володіння самостійно або спільно з іншими особами часткою в юридичній особі, що відповідає еквіваленту 50 чи більше відсотків статутного капіталу та/або голосів юридичної особи, або незалежно від формального володіння здійснювати такий вплив на основі угоди чи будь-яким іншим чином.

Очевидно, що власники істотного внеску безпосередньо в банку або в іншій компанії в ланцюгу володіння корпоративними правами банку також є особами, пов'язаними з банком. У ст. Закону термін «істотна участь» визначено як пряме та/або опосередковане володіння однією особою самостійно чи спільно з іншими особами 10 і більше відсотками статутного капіталу та/або права голосу акцій, паїв юридичної особи або незалежна від формального володіння можливість значного впливу на управління чи діяльність юридичної особи. Особа визнається власником опосередкованої істотної участі незалежно від того, чи здійснює така особа контроль прямого власника участі в юридичній особі або контроль будь-якої іншої особи

в ланцюгу володіння корпоративними правами такої юридичної особи.

Видається доцільним вважати також службовців банку особами, пов'язаними з банком. Зокрема, у п. 3 ч. 1 ст. 52 виокремлено керівників банку, керівника служби внутрішнього аудиту, керівників та членів комітетів банку серед службовців банку як пов'язаних з банком осіб.

Певні елементи досліджуваної доктрини можна віднайти у Кодексі України з процедур банкрутства від 18.10.2018 № 2597-VIII [16]. Так, відповідно до абзацу другого частини шостої ст.34, якщо керівник боржника допустив порушення вимог щодо звернення до господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство, він несе солідарну відповідальність за незадоволення вимог кредиторів. Питання порушення керівником боржника зазначених вимог підлягає розгляду господарським судом під час здійснення провадження у справі. У разі виявлення такого порушення про це зазначається в ухвалі господарського суду, що є підставою для подальшого звернення кредиторів своїх вимог до зазначеної особи.

Більш яскраво доктрина «piercing the corporate veil» відображена в абзаці другому частини другої ст. 61 Кодексу, згідно з якою у разі банкрутства боржника з вини його засновників (учасників, акціонерів) або інших осіб, у тому числі з вини керівника боржника, які мають право давати обов'язкові для боржника вказівки чи мають змогу іншим чином визначати його дії, на засновників (учасників, акціонерів) боржника - юридичної особи або інших осіб у разі недостатності майна боржника може бути покладена субсидіарна відповідальність за його зобов'язаннями.

Таке законодавче положення має за мету перенесення відповідальності за зобов'язаннями боржника на його засновника або іншу особу, яка має змогу визначати дії боржника. «Пірсинг» корпоративної вуалі, за своєю суттю, є інструментом притягнення до відповідальності третіх осіб за зобов'язаннями боржника з метою захисту прав кредиторів. Таким чином, у частині другій ст. 61 Кодексу України з процедур банкрутства втілюється принцип «пірсингу» корпоративної вуалі.

Судовій практиці України також не чужі принципи «пірсингу». У деяких справах, пов'язаних з банкрутством банку, Верховний Суд України визнав право позивачів-учасників на позовну вимогу. Зокрема, у постанові від 24 жовтня 2017 року (справа № 826/1162/16) Верховний Суд України сформулював правовий висновок

щодо права акціонеру банку на оскарження рішення, дії НБУ чи його посадових осіб до суду. Незважаючи на те що заходи впливу НБУ були спрямовані проти банку, було встановлено, що у виняткових випадках акціонер може бути визнаний потерпілим від дій чи рішень НБУ. Верховний Суд України визначив виняткові обставини, за яких акціонер може оскаржити рішення, дії НБУ чи його посадових осіб до суду: за умови, коли в такого акціонера акумулюється великий (значний, істотний) пакет акцій, що надає йому основоположний, вирішальний ступінь впливу на діяльність банку та/або, коли він є одноосібним власником всіх чи більшості акцій; за інших подібних критеріїв, за яких акціонер максимально наближається і/або може бути прирівняний до особи, права якої прямо і безпосередньо були порушені діями чи рішенням НБУ.

У цій справі спір виник у сфері банківських правовідносин між її учасниками, одним з яких є НБУ, другим – Банк. Але, за переліченими критеріями акціонер може бути визнаний потерпілим від дій чи рішень НБУ. Така особа не може бути обмежена в реалізації права на захист свого порушеного суб'єктивного права в судовому порядку.

У своїх рішеннях Верховний Суд неодноразово наголошував на істотну участь, вирішальний вплив акціонера на діяльність банку у справах цієї категорії у подібних правовідносинах. Суд дійшов висновку, що саме за цими передумовами акціонера можливо прирівняти до особи, яка прямо і безпосередньо потерпіла від дій чи рішень НБУ.

Окремі справи у судовій практиці є прикладами реверсивного (зворотного) «пірсингу», а саме інсайдерського (внутрішнього) реверсивного «пірсингу» корпоративної вуалі, коли контролер вимагає відкласти самостійну правосуб'єктність юридичної особи заради уникнення негативних наслідків або отримання певних фінансових вигод. У той же час приклади «пірсингу» корпоративної вуалі як засобу залучення до відповідальності контролера по *prima facie* зобов'язаннями компанії відсутні в сучасній судовій практиці України. Вітчизняні суди не схильні залучати учасників товариства до відповідальності за зобов'язаннями компанії крім як у випадках прямо передбачених законом.

На сьогоднішній день не існує узгодженого принципу, за яким суди можуть визначити виняткові обставини для покладання відповідальності на акціонерів та директорів. Більш того, існують розбіжності між термінами щодо учасника товари-

ства, якій здійснює вирішальний вплив на діяльність компанії. Як уже відзначалося, в контексті банківських правовідносин законодавець віддає перевагу терміну «контролер». Водночас в Законі України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 06.12.2019 № 361-IX, який набрав чинності 28 квітня 2020 року [17], законодавець остаточно відмовився від терміну «кінцевий вигодоодержувач» на користь терміну «кінцевий бенефіціарний власник» та удосконалив процедуру розкриття кінцевих бенефіціарних власників. Порівняно із Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 14.10.2014 № 1702-VII було суттєво змінено дефініцію кінцевого бенефіціарного власника, окремо виділено трасти та інші подібні до них установи, додані нові ознаки здійснення непрямого вирішального впливу (наприклад, право отримання доходів від діяльності юридичної особи, трасту або іншого подібного правового утворення).

Таким чином, спостерігається тенденція на розширення змісту терміну та кола осіб, які підпадають під нове визначення. При цьому термін «контролер» зник з тексту Закону. Відмовившись від використання терміну «контролер» при визначенні поняття «кінцевий бенефіціарний власник», законодавець запровадив розмежування і створив, як наслідок, дві не пов'язаних одна з одною правові категорії – контролера і кінцевого бенефіціарного власника.

Однак термін «кінцевий бенефіціарний власник (контролер)» продовжує використовуватися в Законі України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців» від 15.05.2003 № 755-IV [18] і в Господарському кодексі України [19]. Більш того, абзац другий частини першої ст. 64 Господарського кодексу України містить пряме посилання на Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» як джерело визначення терміну «кінцевий бенефіціарний власник (контролер)».

Як наслідок, виникла колізія у визначенні особи, яка здійснює вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи, і як контролера, і як кінцевого бенефіціар-

ного власника. Причому існує значна розбіжність у критеріях визначення контролера і кінцевого бенефіціарного власника. Контролером може виступати фізична або юридична особа, якщо вона володіє половиною і більше статутного капіталу та/або голосів юридичної особи; тоді як для визнання кінцевим бенефіціарним власником фізичній особі достатньо безпосередньо або опосередковано володіти всього чвертю статутного капіталу або правом голосу в юридичній особі.

Можна припустити, що саме поняття «кінцевий бенефіціарний власник» є всеохоплюючим та універсальним, адже цілі розробки цього терміну є більш загальними для вітчизняної правової системи, на відміну від більш вузької сфери застосування категорій, розроблених у спеціалізованій сфері банківського права. Чи навмисно законодавець встановив таке дане розмежування або воно було стихійним, але ж для цілей цивільного права доцільно було б запровадити своє відокремлене поняття контролера.

Загалом, в сучасному тотальному реформуванні національного законодавства можливо визначити тренд посилення персональної відповідальності. Так, обов'язкове ідентифікування кінцевого бенефіціарного власника отримало своє первісне законодавче закріплення у сфері адміністративного права з метою запобігання ухилення від оподаткування. Цивільне право України повинно прагнути врегулювати відносини між товариством з обмеженою відповідальністю, його учасниками та кредиторами з метою попередження і припинення зловживанням обмеженою відповідальністю контролером товариства. Існує необхідність законодавчого закріплення доктрини «piercing the corporate veil» як інструмента притягнення до відповідальності учасників компанії за борги підприємства, принаймні у випадках, коли межі самостійної правосуб'єктності юридичної особи не дотримуються самими контролерами компанії.

Подальша законодавча ініціатива повинна бути спрямована на закріплення принципу відповідального ведення бізнесу. Для цього необхідно визначити поняття контролера в цивільному законодавстві України. Законодавче закріплення поняття контролера юридичної особи забезпечить необхідну гнучкість регулювання, подолає існуючі в чинних актах розбіжності і заповнить прогалини. З огляду на те, що визначення «кінцевий бенефіціарний власник» є всеохоплюючим, загальним, у сенсі його подальшого застосування і поступового впровадження законодавцем в різні галузі права, видається логічним взяти його за

зразок при розробці поняття контролера юридичної особи. Зокрема, здійснення вирішального впливу (контролю) на діяльність юридичної особи як ознака контролера відповідає принципу alter ego в межах доктрини «piercing the corporate veil».

На підставі аналізу дослідження зарубіжної практики застосування зазначеної доктрини, можна дійти висновку про те, що існують два фактори: альтер-его (контроль) та неправомірна поведінка контролера, що в сукупності впливають на рішення про проколювання корпоративної вуалі. З огляду на специфіку корпоративних відносин, видається доцільним запропонувати визначити такі ознаки здійснення контролю над юридичною особою: активи, фінанси та персонал. Юридична особа, особливо товариство з обмеженою відповідальністю, повинна бути відокремлена від її засновників. Якщо активи, фінанси та персонал компанії використовуються її учасником або службовою особою в особистих цілях, або коли його особисті активи та фінанси змішуються з такими компанії будь-яким іншим чином, це свідчить про здійснення таким учасником або службовою особою контролю над товариством. Неправомірна поведінка контролера виражається в ухиленні від сплати боргів або в порушенні встановлених законом обов'язків.

Вигода, отримана контролером неправомірним шляхом, становить невинуватене, безпідставне збагачення, яке необхідно зробити доступним для розподілу між кредиторами неплатоспроможної юридичної особи. З цією метою пропонується наділити кредиторів ширшими правами на оскарження до суду неправомірних дій або бездіяльності контролера. Видається необхідним надати кредиторам право подати позов проти контролера юридичної особи, коли компанія неплатоспроможна або наближається до неплатоспроможності. Запропонована норма сприятиме запобіганню отримання контролером юридичної особи доходів від неправомірної діяльності, і просуває принцип відповідального ведення підприємницької діяльності та управління компанією.

Закріплення права прямого позову кредитора до контролера юридичної особи тісно пов'язане з питанням визначення виду відповідальності контролера. Передбачається, що в таких випадках опортуністичні контролери юридичної особи повинні нести субсидіарну відповідальність за борги компанії. Отже, якщо контролер юридичної особи ухиляється від сплати боргів або порушує обов'язки, встановлені законодавством, зловживаючи самостійною правосуб'єк-

тністю юридичної особи, і таким чином заподіює шкоду інтересам кредиторів юридичної особи, контролер несе субсидіарну відповідальність за борги юридичної особи.

Висновки. Отже, запровадження доктрини «piercing the corporate veil» у національну юридичну практику потребує чіткої законодавчої регламентації відносин, пов'язаних із притягненням до відповідальності учасників юридичної особи за її зобов'язаннями. Ідеться про закріплення контролю над юридичною особою, зловживання конструкцією юридичної особи, заподіяння шкоди кредиторам юридичної особи, наявності причинно-наслідкового зв'язку між зловживанням і заподіяною шкодою.

Для України як представниці романо-германської правової сім'ї основним джерелом права є нормативно-правові акти. Проте в актах чинного законодавства України відсутнє пряме закріплення доктрини «piercing the corporate veil». Включення відповідних норм до законодавчих актів України дозволило б імплемувати в національне законодавство міжнародно визнану практику проколювання корпоративної вуалі та, як наслідок, запобігти зловживанням з боку засновників, учасників юридичної особи, поліпшити інвестиційний клімат і умови здійснення підприємницької діяльності в Україні.

Список використаних джерел:

- Карнаух Т.М. Доктрина «підняття корпоративної вуалі»: сутність та перспективи застосування в Україні. *Юридична Україна*. 2013. № 3. С. 53-60.
- Dulska A. Piercing the corporate veil doctrine in international commercial arbitration: view from the Ukrainian perspective. *Jurnalul Juridic National: Teorie si practica*. 2016. APRILIE. P. 161-163.
- Жорнокуй Ю.М. Доктрина «проникнення за корпоративну вуаль»: світовий досвід та сучасні реалії українського правозастосування. *Форум права*. 2016. № 4. С. 127-132.
- Шафеев К.А. Применение концепции снятия корпоративной вуали в механизмах защиты прав человека. *Juvenis scientia*. 2016. № 4. С. 45-48. <https://doi.org/10.15643/jscientia.2016.4.146>
- Сабодаш Р.Б. «Проникнення під корпоративну вуаль» у практиці Європейського суду з прав людини. *Корпоративне право України та європейських країн: питання теорії та практики*. Зб. наук. праць за матеріалами XV Міжнар. наук.-практ. конф. (6-7 жовтня 2017 р., м. Івано-Франківськ). За ред. В.В. Луця. Івано-Франківськ, 2017. С. 200-204.
- Махінчук В.М. Обставини, які суд приймає до уваги при розгляді справи про зняття корпоративної вуалі. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2015. Вип. 15 (2). С. 40-42.
- Махінчук В.М. Piercing the corporate veil (зняття корпоративної вуалі): поняття та зміст доктрини. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія: Юридичні науки. 2015. Вип. 3 (1). С. 136-140.
- Махінчук В.М. До питання можливості застосування доктрини «piercing the corporate veil» в праві України. *Право і суспільство*. 2015. № 6 (3). С. 29-34.
- Махінчук В.М. Визначення контролюючих корпорацій осіб крізь призму доктрини зняття корпоративної вуалі (piercing / lifting the corporate veil). *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 16. С. 55-60.
- Blazhivska N.Ye. Piercing the Corporate Veil under ECtHR Jurisprudence. *Eurasian Academic Research Journal*. 2017. № 12 (18). P. 21-27.
- Махінчук В.М. Зарубіжний досвід застосування доктрини зняття корпоративної вуалі та перспективи останньої в Україні. *Судова апеляція*. 2019. № 1. С. 106-117.
- Махінчук В.М. Засади притягнення до відповідальності кінцевого бенефіціара (контролера) корпорації через доктрину підняття корпоративної вуалі: іноземний досвід та перспективи в Україні. *Приватне право і підприємництво*. 2019. Вип. 19. С. 42-49.
- Макіяв Д.Г. Доктрина «Зняття корпоративної вуалі»: сутність концепції та перепони імплементації в Україні. *Економіка та право*. 2020. № 1. С. 28-36.
- Про теплопостачання: Закон України від 02.06.2005 № 2633-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. №28. Ст. 373.
- Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 № 2121-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 5-6. Ст.30.
- Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 № 2597-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 19. Ст.74.
- Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України від 06.12.2019 № 361-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. №25. Ст. 171.
- Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців: Закон України від 15.05.2003 № 755-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 31-32. Ст.263.
- Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року №436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст.144.

Burnosenkova I. A. The doctrine of «piercing the corporate veil» and the legislation of Ukraine

The article analyzes the essence of the doctrine of «piercing the corporate veil» and its reflection in the current legislation of Ukraine. The examples of specific legislative acts establish the consolidation of certain elements of this doctrine in its broadest sense. In particular, the doctrine of «piercing the corporate veil» is reflected in the second paragraph of the part second of article 61 of the Bankruptcy Code of Ukraine, according to which in case of bankruptcy of the debtor through the fault of its founders (participants, shareholders) or other persons, including through the fault of the debtor's manager, who have the right to give mandatory instructions to the debtor or otherwise determine its actions, the founders (participants, shareholders) of the debtor – a legal entity or other persons in case of insufficiency of the debtor's property may be subject to subsidiary liability for its obligations.

Such legislation is intended to transfer responsibility for the debtor's obligations to its founder or another person who is able to determine the debtor's actions. «Piercing the corporate veil» is, in essence, a tool to bring third parties to justice for the debtor's obligations in order to protect the rights of creditors.

It is concluded that the introduction of the doctrine of «piercing the corporate veil» in the national legal practice requires a clear legal regulation of relations related to the prosecution of members of the legal entity for its obligations. These include consolidating control over the legal entity, abusing the structure of the legal entity, causing damage to the creditors of the legal entity, and the existence of a causal link between the abuse and the damage caused.

However, in the acts of the current legislation of Ukraine there is no direct enshrinement of the doctrine of «piercing the corporate veil». The inclusion of relevant norms in the legislative acts of Ukraine would prevent abuse by the founders, members of the legal entity, improve the investment climate and the conditions for doing business in Ukraine.

Key words: *corporate veil, doctrine, legal entities, company member, responsibility, legislation of Ukraine.*