

УДК 347.1,347.4

К. А. Карчевський

**ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ПОНЯТТЯ
«АФІЛІЙОВАНА ОСОБА»**

Здійснено порівняльно-правовий аналіз поняття «афілійована особа». Досліджено вітчизняні та іноземні нормативно-правові акти, які містять поняття «афілійована особа», а також інші поняття, які є або близькими за змістом до нього (наприклад, пов'язані особи), або характеризують його основний зміст (наприклад, контроль).

Ключові слова: господарське товариство, акціонерне товариство, афілійована особа, пов'язана особа, контроль.

Закон України «Про акціонерні товариства» (надалі – Закон про АТ) [1] передбачає досить багато правових інститутів, які властиві для корпоративного права розвинутих країн і які раніше не були передбачені вітчизняним корпоративним законодавством, або які не були представлені в його положеннях детально. Серед відповідних новел значне місце займають положення про правочини із спеціальним правовим режимом. До числа таких правочинів зокрема відносяться значні правочини АТ, правочини АТ щодо вчинення яких є заінтересованість (так звані правочини із заінтересованістю) та ін. В умовах закріплення правового режиму правочинів із заінтересованістю важлива роль належить інституту афілійованих осіб.

Якщо звернутися до статей Закону про АТ, які присвячені правочинам із заінтересованістю, то можна вказати наступне. Основне завдання, яке покладено на них законом – це обмеження повноважень виконавчого органу (а у певних випадках також інших органів АТ) самостійно вчиняти правочин у власних інтересах, які можуть бути протилежними інтересам самого товариства з метою захисту майнових та інших прав як акціонерів, так і самого товариства. Тому буде важливим, що б стороною правочину не були особи, які певною мірою пов'язані з відповідними особами, або принаймні було заздалегідь відомо про те, що певні особи пов'язані між собою тим чи іншим зв'язком (юридичним, родинним тощо), тобто є афілійованими особами. Недостатня наукова розробка питання про поняття «афілійованої особи» та відсутність усталеної практики застосування відповідних норм обумовлюють актуальність цієї роботи.

Для з'ясування сутності поняття «афілійована особа» в першу чергу необхідно здійснити порівняльно-правову характеристику як вітчизняних, так і іноземних нормативних актів, які його закріплюють. Так, зокрема, поняття афілійованої особи вже тривалий час застосовується в законодавстві країн колишнього СРСР. До відповідних законів, що регулюють це питання, можна віднести Федеральний закон РФ «Про акціонерні товариства» [2] (надалі – ФЗ про АТ), Закон Республіки Казахстан «Про акціонерні товариства» (надалі – ЗРК про АТ) [3], Закон Республіки Білорусь «Про господарські товариства» (надалі – ЗРБ про ГТ) [4] тощо. Таким чином, метою цієї статті є проведення порівняльно-правової характеристики поняття «афілійована особа господарського товариства».

У першу чергу, необхідно зазначити, що за своїм походженням саме поняття «афілійована особа» виникло на основі англійського дієслова «affiliate», яке означає «приєднувати (ся), з'єднувати (ся), пов'язувати (ся)». У широкому сенсі зазначене поняття може передаватися як «прийом в члени», «приєднання до іншого суб'єкта». В

англо-американській (а точніше, в американській) системі права, звідки це поняття було запозичене спочатку російським законодавцем, а згодом й законодавцями інших країн СНД (в тому числі вітчизняним), поняття «афілійована особа» означає відносини між двома і більше суб'єктами, засновані на різних формах залежності таких суб'єктів один від одного. Іншими словами, термін «affiliate» має на увазі ставлення близького (тісного) зв'язку між корпораціями. При цьому в американському праві поняття афілійованої корпорації має й точне математичне визначення: під такою розуміється корпорація, 5 і більше відсотків голосуючих акцій якої належить іншій корпорації. Виходячи із зазначеного визначення, можна говорити про подібність поняття «афілійована особа» з такими використовуваними іншими правовими системами термінами, як «холдинг», «група компаній», «група товариств», «система товариств», «пов'язані підприємства (споріднені підприємства)», «конгломерат», «основне товариство (товариство)» і «дочірнє товариство, товариство, корпорація» («філія»), «домінуючий і залежний суб'єкт», «концерн».

Чинний Закон про АТ не подає окремого визначення афілійованої особи. У ст. 1 Закону про АТ лише вказуються особи, які належать до числа афілійованих. Так, за її змістом афілійовані одна щодо іншої особи – це: 1) юридичні особи, за умови, що одна з них здійснює контроль над іншою чи обидві перебувають під контролем третьої особи; 2) члени сім'ї фізичної особи – чоловік (дружина), а також батьки (усиновителі), опікуни (піклувальники), брати, сестри, діти та їхні чоловіки (дружини); фізична особа та члени її сім'ї і юридична особа, якщо ця фізична особа та/або члени її сім'ї здійснюють контроль над юридичною особою.

Для порівняння можна зазначити, що згідно з казахським ЗРК про АТ виділяється ціла глава 6, яку повністю присвячено афілійованим особам ¹. У ній перелік осіб, які визнаються афілійованими

¹ Згідно зі ст. 64 ЗРК, афілійованими особами товариства є: 1) крупний акціонер; 2) фізична особа, яка є близьким родичем (батьки, брат, сестра, син, донька тощо), яка перебуває у шлюбі, а також у родинному зв'язку (брат, сестра, батьки, син або донька чоловіка (дружини)) фізичної особи, яка є крупним акціонером або посадовою особою товариства, за винятком незалежного директора; 3) посадова особа товариства або юридичної особи, зазначеної в підпунктах 1, 4–9 цього пункту за винятком незалежного директора; 4) юридична особа, що перебуває під контролем особи, яка є крупним акціонером або посадовою особою товариства; 5) юридична особа, щодо якої особа, яка є крупним акціонером або посадовою особою товариства, є крупним акціонером або має право на відповідну частку в майні; 6) юридична особа, щодо якої товариство є крупним акціонером або має право на відповідну частку в майні; 7) юридична особа, яка разом з товариством перебуває під контролем третьої особи; 8) особа, яка пов'язана з товариством договором, відповідно до якого вона має право визначати рішення, що приймаються товариством; 9) особа, яка самостійно або разом зі своїми афілійованими особами володіє, користується або розпоряджається 10 та більше відсотками акцій товариства, які надають право голосу (часток участі організації) або юридичних осіб, які зазначені в підпунктах 1, 4–8 цього пункту; 10) інша особа, яка є афілійованою особою товариства відповідно до законодавства.

щодо акціонерного товариства, є більш складним і широким порівняно з вітчизняним законодавством. Він охоплює досить широке коло осіб, які можуть бути стороною відповідного правочину, у зв'язку з чим може існувати загроза порушення інтересів як самого акціонерного товариства, так і його акціонерів через те, що такі особи будуть мати заінтересованість у вчиненні правочину, що у свою чергу не зможе не відбитися на змісті умов правочину (як правило, з відповідним завищенням або зниженням його ціни) або ж дозволить фактично поділити предмет правочину та уникнути необхідності застосування положень, встановлених законодавством для укладення значних правочинів (хоча відповідне майно буде передано за договором фактично одній особі). Також у даному випадку містяться вказівки не тільки на вид відповідної особи (так званий суб'єктивний критерій), а й вказуються інші (так звані об'єктивні) критерії, які мають значення для віднесення особи до числа афілійованих осіб. Такими критеріями є контроль, перебування у родинних зв'язках, посада, яку займає особа в органах управління товариства тощо.

ФЗ про АТ хоча й веде мову фактично про те ж саме, що й ЗРК про АТ, але робить це дещо по іншому. Так, відповідно до ч. 1 ст. 81 російського Закону вказується, що правочини (в тому числі позика, кредит, застава, порука), у вчиненні яких є заінтересованість члена ради директорів (наглядової ради) товариства, особи, яка здійснює функції одноособового виконавчого органу товариства, в тому числі керуючої організації або керуючого, члена колегіального виконавчого органу товариства або акціонера товариства, який має спільно з його афілійованими особами 20 і більше відсотків голосуючих акцій товариства, а також особи, яка має право видавати товариству обов'язкові для нього вказівки, вчиняються товариством відповідно з положеннями цієї глави. При цьому додатково зазначається, що вказані вище особи визнаються заінтересованими у вчиненні правочину в тих випадках, коли вони, їх батьки, чоловік або дружина, діти, повнокровні та неповнокровні брати та сестри, усиновлювачі або усиновлені та (або) їх афілійовані особи: є стороною, вигодонабувачем, посередником або представником у правочині; володіють (кожний окремо або в сукупності) 20 та більше відсотками акцій (часток) юридичної особи, яка є стороною, вигодонабувачем, посередником або представником у правочині; займають посади в органах управління юридичної особи, яка є стороною, вигодонабувачем, представником або посередником у правочині, а також посади в органах управління керуючої організації цієї юридичної особи; в інших випадках, що передбачені статутами товариства.

Тобто зміст поняття «афілійована особа» розкривається через зміст суб'єктного складу правочину із заінтересованістю. Самі ж підстави віднесення осіб до афілійованих осіб акціонерного това-

риства містяться в нормах антимонопольного законодавства РФ. Так, зокрема, ст. 4 Закону РФ від 22.03.1991 № 948-1 (ред. від 06.05.1998) «Про конкуренцію і обмеження монополістичної діяльності на товарних ринках» [5] передбачає, що під афілійованими особами в загальному плані розуміються фізичні та юридичні особи, здатні впливати на діяльність юридичних та (або) фізичних осіб, що здійснюють підприємницьку діяльність.

ЗРБ про ГТ також передбачає поняття «афілійована особа». Так, зокрема, ст. 56 ЗРБ про ГТ встановлює, що афілійованими особами господарського товариства є фізичні та юридичні особи, які здатні прямо та (або) непрямо (через фізичних та (або) юридичних осіб) визначати рішення або впливати на їх прийняття господарським товариством, а також юридичні особи, на прийняття рішень якими господарське товариство має такий вплив. Особливість цього Закону порівняно з вищевказаними законами інших країн СНД полягає в тому, що як афілійовані особи додатково виділяються: унітарні підприємства, які були створені товариством, дочірні підприємства останнього, будь-яка юридична особа, що входить до складу господарської групи або холдингу разом з відповідним товариством, юридична особа, стосовно якої саме товариство є дочірнім тощо. Також білоруський законодавець використовує поняття «визнання залежним». На наш погляд, у даному випадку мається на увазі те ж саме, що в ЗРК про АТ позначається словосполученням «перебування під контролем».

Можна зазначити, що поняття «афілійовані особи» або інші поняття, близькі за змістом до цього поняття, вже використовується в чинному законодавстві України. Так, ще в середині 90-х років у законодавстві України окремо виділялися такі поняття, як афілійована особа, афілійована особа учасника, та афілійована особа торговця. Зокрема, в Указі Президента «Про інвестиційні фонди та інвестиційні компанії» [6], афілійована особа інвестиційного фонду та інвестиційної компанії розумілася як інвестиційний керуючий, засновники, а також учасники, кожний з яких володіє не менш ніж 25 відсотками інвестиційних сертифікатів. Згідно з наказом Фонду державного майна України «Про конкурсний відбір юридичних осіб» [7], під афілійованою особою учасника було запропоновано вважати будь-яку особу, яка володіє більш як 20 відсотків у статутному фонді учасника конкурсної групи або у статутному фонді якої більш ніж 20 відсотків належить учаснику конкурсної групи чи іншій юридичній особі конкурсної групи. Під афілійованою особою торговця згідно з Положенням щодо відбору фірм-радіників для проведення конкурсів [8] розумілися: засновники; особи, частка яких у статутному фонді торговця від безпосереднього та/або опосередкованого володіння становить понад 5 відсотків; особи, частка торговця у статутному фонді яких становить понад 5 відсотків; особи, що перебувають у трудових відносинах з торговцем.

Наразі відповідні поняття закріплюються в різних нормативно-правових актах. При цьому чинне законодавство передбачає як безпосередньо поняття афілійованої особи, так і інші поняття, близькі за змістом до останнього. Так, згідно зі ст. 2 Закону України «Про банки та банківську діяльність» [9], афілійована особа банку – будь-яка юридична особа, в якій банк має істотну участь або яка має істотну участь у банку. Разом із тим, у Законі про банки та банківську діяльність використовується й поняття «асоційована особа». Під останньою розуміється чоловік або дружина, прямі родичі цієї особи (батько, мати, діти, рідні брати та сестри, дід, баба, онуки), прямі родичі чоловіка або дружини цієї особи, чоловік або дружина прямого родича банку. У Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [10] пропонується наступне поняття афілійованої особи. Афілійована особа – це юридична особа, у статутному (складеному) капіталі якої фінансова установа має істотну участь або яка має істотну участь у статутному (складеному) капіталі фінансової установи. При цьому істотна участь визначається вказаним вище законом як пряме та опосередковане, самостійне або спільно з іншими особами володіння 10 і більше відсотками статутного (складеного) капіталу або права голосу придбаних акцій (часток) юридичної особи або незалежна від формального володіння можливість значного впливу на керівництво чи діяльність юридичної особи. Треба вказати, що зміни до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» були внесені вже після прийняття Закону про АТ, а тому певною мірою відповідають його положенням щодо поняття афілійованої особи й так званого контролю (залежності).

Цікаво, що в Цивільному кодексі України [11] (надалі – ЦК України) про афілійовані особи мова взагалі не ведеться, а закріплюється поняття залежного товариства. Згідно зі ст. 118 ЦК України, господарське товариство (ТОВ, АТ) є залежним, якщо іншому (головному) господарському товариству належать двадцять або більше відсотків статутного капіталу товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю чи двадцять або більше відсотків простих акцій АТ.

У даному разі не можна не згадати й положення нового Податкового кодексу України [12]. Він також безпосередньо не містить поняття афілійованої особи, але закріплює поняття «пов'язані особи». Згідно зі ст. 14.1.159 Податкового кодексу України, пов'язані особи – це юридичні та/або фізичні особи, взаємовідносини між якими можуть впливати на умови або економічні результати їх діяльності чи діяльності осіб, яких вони представляють і які відповідають будь-якій з наведених нижче ознак: юридична особа, що здійснює контроль за господарською діяльністю платника податку або контролюється таким платником податку чи перебуває під спі-

льним контролем з таким платником податку; фізична особа або члени її сім'ї, які здійснюють контроль за платником податку; посадова особа платника податку, уповноважена здійснювати від імені платника податку юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або припинення правових відносин, а також члени її сім'ї; платники податку – учасники об'єднання підприємств незалежно від його виду та організаційно-правової форми, що провадять свою господарську діяльність шляхом утворення такого об'єднання. Як можна бачити, основним поняттям, яке використовується в цьому випадку, є поняття «контролю».

Під контролем господарської діяльності платника податку за змістом частини другої наведеної вище статті Податкового кодексу України слід розуміти: а) володіння безпосередньо або через пов'язаних фізичних та/або юридичних осіб часткою (паєм, пакетом акцій) статутного фонду платника податку в розмірі не менш як 20 відсотків статутного фонду платника податку; б) вплив безпосередньо або через пов'язаних фізичних та/або юридичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання в результаті: 1) надання права, яке забезпечує вирішальний вплив на формування складу, результати голосування та рішення органів управління платника податку; обіймання посад членів наглядової (спостережної) ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів платника податку особами, які вже обіймають одну чи декілька із зазначених посад в іншому суб'єкті господарювання; 2) обіймання посади керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу платника податку особою, яка вже обіймає одну чи декілька із зазначених посад в інших суб'єктах господарювання; 3) надання права на укладення договорів і контрактів, які дають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або здійснювати делеговані повноваження і функції органу управління платника податку. Також слід вказати й на те, що Податковий кодекс України уточнює, що для фізичної особи загальна сума володіння часткою статутного фонду платника податку (голосів у керівному органі) визначається як загальна сума корпоративних прав, що належать такій фізичній особі, членам сім'ї такої фізичної особи та юридичним особам, які контролюються такою фізичною особою або членами її сім'ї.

Поняття пов'язаної особи закріплюється і в інших нормативно-правових актах. Так, відповідно до п. 1.31 Торгового кодексу Першої Фондової Торгової Системи [13], пов'язана особа – це засновники та учасники емітента (крім акціонерів, які не є засновниками); особи, частка яких становить понад 10 відсотків у статутному фонді емітента; посадові особи емітента та члени їх сімей; особи, що діють від імені цього емітента за відповідним дорученням, або особи, від імені яких діє цей емітент; особи, які від-

повідно до законодавства України контролюють діяльність цього емітента; юридичні особи, що контролюються цим емітентом, або спільно з ним перебувають під контролем третьої особи; реєстратор або зберігач або депозитарій, з яким підписано відповідний договір про обслуговування, його керівники та посадові особи.

Як можна бачити, чинне законодавство України наразі не містить єдиного поняття афілійованої особи, яке б застосовувалося у всіх відповідних нормативних актах і сприяло б гармонізації та запровадженню єдиних підходів до цього питання, у тому числі формуванню єдиних засад, на яких будуватиметься судова практика в разі вирішення суперечок за участі афілійованих осіб. Є різними підходи до визначення частки, яка повинна належати певній особі у майні іншої для того, щоб вважати, що між такими особами мають місце відносини залежності та контролю, тобто афілійованими одна з одною. Також є різними й підходи до суб'єктного складу афілійованих осіб, до їх немайнової залежності від інших осіб тощо.

Оскільки мова в цьому випадку йде про участь однієї особи у майні іншої, то логічно, що як афілійовані, в першу чергу, повинні розглядатися такі особи, статутний капітал яких поділяється на долі (частки). До таких осіб відносяться саме господарські товариства, при цьому не усі, а лише товариства акціонерні та з обмеженою (додатковою) відповідальністю. Інші юридичні особи з так званним корпоративним устроєм не можуть розглядатися в нашому контексті з таких міркувань.

Так, у повних та командитних товариствах управління діяльністю здійснюється спільно усіма учасниками (учасниками з повною відповідальністю). При цьому у вирішенні питань вони користуються рівними правами. Закон не встановлює залежності кількості голосів, які можуть належати кожному з таких учасників відповідно до розміру їх часток у складеному капіталі товариства. Навпаки, йдеться про те, що кожний учасник має право одного голосу. Майже аналогічна ситуація властива й для виробничих кооперативів. Законодавство про кооперацію прямо передбачає, що кожний член кооперативу має один голос незалежно від кількості майна, яке він вніс у вигляді пайового внеску при вступі до кооперативу.

На підставі вказаного вважаємо, що поняття афілійованої особи, як поняття, яке характеризується певною майновою участю однієї особи в майні іншої, що дозволяє впливати на діяльність останньої, є поняттям, яке буде властиве для господарських товариств (незалежно від форми власності), що створюються у формі акціонерного товариства, товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю. Це пов'язано з тим, що саме в них формується статутний капітал, у якому відповідним особам будуть належати певні частки. Розмір же часток буде безпосередньо впливати на управління відповідним товариством, у тому числі на формування

його виконавчих органів, на прийняття ними рішень щодо вчинення певних правочинів та на інші питання їх господарської діяльності.

Тому, на наш погляд, базове поняття афілійованої особи, принаймні в частині визначення розміру часток, що повинні належати одній особі у статутному капіталі іншої, та які надають таким особам можливість впливати одна на одну, повинно закріплюватись саме у нормативних актах, які регламентують діяльність цих товариств. Це можуть бути або відповідні положення Цивільного та/або Господарського кодексів України, норми Закону України «Про господарські товариства» або спеціальні норми Закону про АТ або Закону України «Про товариства з обмеженою відповідальністю» в разі прийняття останнього парламентом України. Саме на ці норми повинні орієнтуватися інші нормативні акти при закріпленні окремих понять афілійованих осіб.

Також у чинному законодавстві необхідно закріпити єдині поняття, що будуть застосовуватися для позначення осіб, пов'язаних між собою певним зв'язком (майновим, договірним, родинним тощо), що зумовлює можливість впливати одній особі на іншу. Таким поняттям, на наш погляд, повинно виступати саме поняття «афілійована особа». Поряд із ним у чинному законодавстві може бути окремо виділено поняття контролю, як таке, що характеризує так званий об'єктивний критерій афілійованої особи. Воно також повинно бути закріплене у відповідному базовому нормативному акті. Інші нормативні акти повинні обов'язково враховувати його зміст.

Список використаних джерел: 1. Про акціонерні товариства : закон України від 17.09.2008 № 514-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>. – Редакція від 12.07.2012. 2. Об акционерных обществах : федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/popular/stockcomp>. 3. Об акционерных обществах : закон Республики Казахстан от 13.05.2003 № 415-2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1039594. 4. О хозяйственных обществах : закон Республики Беларусь от 18.10.1994 № 3321-XII // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1994. – № 34. – Ст. 566. 5. О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках : закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.garant.ru/105108/>. 6. Про інвестиційні фонди та інвестиційні компанії : указ Президента України від 19.02.1994 № 55/94 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55/94>. – Редакція від 15.03.2001. 7. Про конкурсний відбір юридичних осіб : наказ Фонду держ. майна України від 13.08.1996 № 919 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0553-96>. 8. Положення щодо відбору фірм-радників для проведення конкурсів : наказ Фонду держ. майна України від 19.02.1997 № 186 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0081-97>. 9. Про банки і банківську діяльність : закон України від 07.12.2000 № 2121-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>. – Редакція від 13.10.2012. 10. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : закон України від 12.07.2001 № 2664 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14>. – Редакція від 04.11.2012. **11.** Цивільний кодекс України : від 16.01.2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>. **12.** Податковий кодекс України № 2755-VI від 02.12.2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>. **13.** Про Торговий кодекс Першої Фондової Торговельної Системи : рішення асоціації ПФТС від 19.12.2002 № 4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=vr004211-02>.

Надійшла до редколегії 22.04.2013



Карчевский К. А. Сравнительно-правовая характеристика понятия «аффилированное лицо»

Проведен сравнительно-правовой анализ понятия «аффилированное лицо». Исследованы отечественные и иностранные нормативно-правовые акты, содержащие понятие «аффилированное лицо», а также иные понятия, являющиеся либо близкими к нему по смыслу (например, связанные лица), либо характеризующие его основное содержание (например, контроль).

Ключевые слова: хозяйственное общество, акционерное общество, аффилированное лицо, связанное лицо, контроль.

Karchevskiy K. A. Comparative and legal characteristics of the definition «affiliated subject»

Comparative and legal analysis of the definition «affiliated subject» is realized. Domestic and foreign normative and legal acts, containing the definition «affiliated subject» and other definitions, which can be either close to it by meaning (for example, related persons) or characterizing its main content (for example, control) are researched.

Keywords: economic company, joint-stock company, affiliated subject, related person, control.

