

НЕЗАЛЕЖНИЙ ЧЛЕН (НЕЗАЛЕЖНИЙ ДИРЕКТОР) НАГЛЯДОВОЇ РАДИ (РАДИ ДИРЕКТОРІВ): ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

INDEPENDENT MEMBER (INDEPENDENT DIRECTOR) OF THE SUPERVISORY BOARD (BOARD OF DIRECTORS): HISTORICAL AND LEGAL ASPECT

Блаженко Т.В., аспірант юридичного інституту

Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника

В статті аналізується історико-правові аспекти розвитку правового інституту незалежного члена (незалежного директора) наглядової ради (ради директорів) в корпоративному праві України.

Авторка акцентує увагу на тому, що Закон України «Про господарські товариства» був першим нормативно-правовим актом, який визначив статус акціонерного товариства незалежної України. Однак статус наглядової ради (на той час ради акціонерного товариства (спостережної ради)) було врегульовано достатньо обмежено.

Відзначається, що вперше формулювання «незалежний член наглядової ради» було закріплено в Принципах корпоративного управління 2003 р., що розроблялись на основі модельних Принципів корпоративного управління Організації економічного співробітництва та розвитку. Однак даний правовий акт мав рекомендаційний характер. А Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» вперше на рівні Закону було закріплено положення про обов'язковість незалежних членів наглядової ради для деяких видів товариств.

Доведено, що необхідність імплементації досліджуваного правового інституту зумовлена потребою: 1) дерегулювання, яке надало можливість Україні підвищити позицію у міжнародному рейтингу Doing Business та зробити АТ привабливішими для інвестування, перш за все з боку іноземних інвесторів; 2) підвищення вимог до ПАТ для посилення захисту прав міноритарних інвесторів в Україні і наближення України до виконання вимог Договору про асоціацію між Україною та ЄС.

Авторка підсумовує, що в розвитку правового регулювання правового інституту незалежного члена (незалежного директора) наглядової ради (ради директорів) можна виділити наступні етапи: 1991–2003 рр. – відсутність нормативного регулювання, однак поодинокі використання в практиці корпоративного управління акціонерних товариств; 2) 2003–2015 рр. – закріплення на рівні актів рекомендаційного характеру, призначення в радах банку та типових положеннях ПАТ; 3) 2015–2022 рр. – закріплення на рівні загальнообов'язкових нормативно-правових актів; 4) 2022 р. – по сьогодні – подальше утвердження інституту незалежного директора в практиці корпоративного управління.

Ключові слова: акціонерне товариство, корпоративні правовідносини, товариство, корпоративне право, незалежний член наглядової ради, корпоративне управління, юридична особа.

The historical and legal aspects of the development of the independent member (independent director) of the supervisory board (board of directors) in the corporate law of Ukraine is analyzed.

The author draws attention to the fact that the Law of Ukraine "On Business associations" was the first legal act that determined the status of a joint-stock company in Ukraine. However, the status of the supervisory board (at that time the board of the joint-stock company (supervisory board)) was regulated quite limited.

It is noted that for the first time the wording "independent member of the supervisory board" was enshrined in the Principles of Corporate Governance (2003), which were developed on the basis of the Model Principles of Corporate Governance of the Organization for Economic Cooperation and Development. However, this legal act was advisory in nature. And the Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Regarding the Protection of Investors' Rights" established for the first time at the level of the Law the provision on the obligation of independent members of the supervisory board for certain types of companies.

It is proven that the need to implement the researched legal institution is due to the need for: 1) deregulation, which gave Ukraine the opportunity to improve its position in the international Doing Business rating and make JSC more attractive for investment, primarily from foreign investors; 2) increasing the requirements for public corporation to strengthen the protection of the rights of minority investors in Ukraine and bring Ukraine closer to fulfilling the requirements of the Association Agreement between Ukraine and the EU.

The author concludes that the following stages can be distinguished in the development of the legal regulation of the independent member (independent director) of the supervisory board (board of directors): 1991–2003 – lack of regulation, but occasional use in the practice of corporate management of joint-stock companies; 2) 2003–2015 – consolidation at the level of acts of a recommendatory nature, appointments in the bank's councils and standard provisions of PJSC; 3) 2015–2022 – consolidation at the level of universally binding normative legal acts; 4) 2022 – nowadays – further approval of the independent director in the practice of corporate governance.

Key words: joint stock company, shareholders' relations, company, corporate law, independent member of the supervisory board, corporate governance, legal entity.

Постановки проблеми. Інститут незалежного члена (незалежного директора) наглядової ради (ради директорів) (далі – незалежний директор) з'явився в корпоративному праві України відносно нещодавно. Однак в практиці корпоративного управління набуває все більшої популярності, головним чином у зв'язку з тим, що частка іноземних інвестицій в економіці України зростає. Станом на сьогоднішній день даний правовий інститут становить невіддільний елемент системи корпоративних правовідносин значної частини акціонерних товариств.

Стан дослідження. Однак в теорії корпоративного права інститут незалежного директора залишається малодослідженим. Окремі його аспекти досліджувались вченими економічних наук, а також частково науковцями-правниками. Зокрема варто відзначити праці С. І. Гусакова, 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 слід зауважити, що поява та генезис його розвитку залишаються поза увагою наукової спільноти.

Постановка завдання. Завдання дослідження полягає в дослідженні історико-правового аспекту розвитку правового регулювання незалежного директора як правового інституту системи корпоративного управління України.

Виклад основного матеріалу. Закон України «Про господарські товариства» був першим нормативно-правовим актом, який визначив статус акціонерного товариства незалежної України. Однак статус наглядової ради (на той час ради акціонерного товариства (спостережної ради)) було врегульовано достатньо обмежено. В АТ з числа акціонерів могла створюватися наглядова рада, яка представляє інтереси його акціонерів у період між проведен-

ням загальних зборів і в межах компетенції, визначеної статутом, контролює і регулює діяльність виконавчого органу товариства (ч. 1 ст. 46 Закону). Містилося лише єдине положення про неможливість суміщення посад членом наглядової ради з посадами члена виконавчого органу та ревізійної комісії [1].

Згодом на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності господарських товариств» статтю 46 Закону було доповнено положенням про можливість участі профспілки у діяльності наглядової ради. Представники профспілкового органу або іншого уповноваженого трудовим колективом органу, який підписав колективний договір від імені трудового колективу, беруть участь у роботі наглядової ради АТ з правом дорадчого голосу [2]. Таким чином, участь профспілкового органу в наглядовій раді можна вважати першим проявом реалізації принципу незалежності у вітчизняній корпоративній науці.

Однак в Україні, незважаючи на закріплення можливості участі працівників підприємства, участь представників профспілкових організацій не вплинула суттєво на діяльність наглядових рад. Як правило, їх участь була досить формалізованою без будь-якого суттєвого впливу на прийняття рішень АТ.

Вперше формулювання «незалежний член наглядової ради» було закріплено в Принципах корпоративного управління [3] № 571 від 11.12.2003 р. (насьогодні – нечинні), що розроблялись на основі модельних Принципів корпоративного управління Організації економічного співробітництва та розвитку. В них зокрема зазначалося, що ефективне управління потребує наявності у корпоративній структурі товариства дієвої, незалежної наглядової ради та кваліфікованого виконавчого органу (менеджменту), раціонального і чіткого розподілу повноважень між ними, а також належної системи підзвітності та контролю.

Для забезпечення незалежності наглядової ради до її складу доцільно включати незалежних членів, кількість яких складає щонайменше 25 відсотків від складу ради. Незалежним вважається такий член наглядової ради, який не має значних родинних, ділових чи будь-яких інших зв'язків з АТ, його членами виконавчого органу або крупним АТ і не виступає представником держави (п. 3.1.5 Принципів). Критерії незалежності членів наглядової ради повинні бути визначені у внутрішніх документах АТ. Товариство може встановлювати додаткові та (або) певні суттєвіші вимоги до незалежності членів наглядової ради. Наглядова рада повинна щороку визначати відповідність тих чи інших членів наглядової ради вимогам незалежності, встановлених товариством. Інформація про кількість «незалежних» членів наглядової ради повинна розкриватись у річному звіті товариства.

Серед критеріїв незалежності, які пропонувалися Принципами варто відзначити наступні: 1) неотримання будь-яких інших доходів від АТ, за винятком доходів у вигляді винагороди за виконання функцій члена ради та доходів, що випливають з права власності на належні йому акції товариства; 2) неможливість головування протягом останніх 3-х років чи участі в ролі члена виконавчого органу товариства, посадової особи органів управління дочірніх підприємств товариства; 3) непов'язаність з товариством чи особами, які є сторонами за зобов'язаннями з АТ, сукупний обсяг яких протягом року перевищує 5 відсотків балансової вартості активів АТ за станом на початок фінансового року; 4) відсутність у власності більш ніж 5 відсотків акцій АТ (самостійно або разом з пов'язаними особами); 5) неможливість представництва держави (п. 3.1.5 Принципів).

Однак на рівні нормативно-правових актів загальнообов'язкового характеру все ще не містилося норм, які би передбачали закріплення і наявність членів наглядової ради в системі корпоративного управління АТ.

В першій редакції прийнятого Закону України «Про акціонерні товариства» [5] (2008 р.) не містилося жодних згадок, однак закріплювалося, що член наглядової ради не може бути одночасно членом виконавчого органу та/або членом ревізійної комісії (ревізором) цього товариства (ч. 5 ст. 53 Закону).

Того ж 2008 р. НКЦПФР прийнято рішення «Про схвалення Типового положення про корпоративне управління відкритого акціонерного товариства» [6], що мало рекомендаційний характер. В Типовому положенні повторювалась, закріплена в Принципах, вимога щодо квоти незалежних директорів в системі органів корпоративного управління. Принаймні 25 відсотків членів Наглядової ради є незалежними, тобто не мають будь-яких ділових, родинних або інших зв'язків з Товариством, членами Правління або крупними акціонерами Товариства. Визначення незалежного члена Наглядової ради формулюються у Статуті Товариства (п. 3.9). Однак відмінність полягала в тому, що у Принципах незалежний директор не повинен мати ділових стосунків з крупними АТ, в той час як згідно Типового положення йшла мова про неможливість відповідних ділових контактів з крупними акціонерами.

Інститут незалежного члена наглядової ради з'явився в підзаконних нормативно-правових актах, які регулюють банківський сектор економіки. У відповідності до Постанови Правління НБУ № 98 від 28.03.2007 р. «Про схвалення Методичних рекомендацій щодо вдосконалення корпоративного управління в банках України» банкам рекомендувалось наймати достатню кількість членів спостережної ради, які здатні висловлювати судження, незалежні від поглядів правління, великих акціонерів, політичних та інших інтересів. Кваліфіковані незалежні члени спостережної ради можуть принести свіжий погляд з інших сфер комерційної діяльності, що дасть змогу удосконалити стратегічні завдання, які стоять перед керівництвом банку, а також виступити як важливе джерело експертних знань та управлінської компетентності.

Більш прискіплива увага та деталізованіше, у порівнянні з іншими правовими актами, регулювання суті незалежності пов'язане з тим, що саме в цей період корпоративні права значної частини українських банків були викуплені іноземними інвесторами. Інвестувавши в банківський сектор України, нові акціонери цілком закономірно бажали присутності таких принципів корпоративного управління, які давно уже були стандартом в країнах з розвинутою економікою.

Таким чином, загалом на початку 2010-х років на нормативному імперативному рівні участь незалежних членів наглядової ради не регулювалася. Більше того, одним із проєктів пропонувалося звуження кола можливих членів наглядової ради.

У відповідності з проєктом Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення діяльності акціонерних товариств [7] № 2037 від 17.01.2013 р. пропонувалося, щоб члени наглядової ради АТ обиралися з числа фізичних осіб-акціонерів, а також з числа фізичних осіб-представників акціонера. Акціонер, фізична особа, представник якого обраний членом наглядової ради, в будь-який момент може замінити свого представника без переобрання його загальними зборами (п. 26 Проєкту). У випадку прийняття даного законопроєкту рекомендаційний характер норм Принципів корпоративного управління прямо би суперечило нормі закону. І таким чином, суттєво би обмежувалась можливість обрання незалежних директорів. Втім даний законопроєкт не знайшов належної підтримки і не був реалізований.

Як відзначено в одному із досліджень, прийняття Закону про АТ суттєво змінили акценти не тільки на рівні нормативно-правового регулювання, але й в практиці корпоративного управління. Дослідження, проведені компанією BCG (2012 р.), проявили зміщення фокусу наглядо-

вих рад з обговорення поточних адміністративних завдань на роботу над стратегічними орієнтирами. Якщо в минулому на обговорення адміністративних питань наглядова рада витратила 45% свого часу, а наразі – 15%, натомість, якщо раніше на опрацювання стратегії орган виділяв 15% робочого часу, то тепер – 40% [8].

Однак варто відзначити, що проявилися і явні недоліки у корпоративному управлінні АТ, які теж не в останню чергу зумовили цілий ряд випадків неплатоспроможності, особливо в банківському секторі. Як відзначається в одному із досліджень, має місце зв'язок між неефективним корпоративним управлінням і наслідками кризи в банківському секторі України: з 97 банків, виведених із ринку починаючи з 2014 р., лише два припинили свою діяльність через окупацію Криму, а решта – через проблеми з капіталом (79 банків), фінансовим моніторингом (11 банків), непрозору структуру власності (5 банків), тобто те, що перебуває в зоні безпосередньої відповідальності наглядових рад і незалежних директорів [9]. Серед проявів неналежного корпоративного управління: відсутність реально функціонуючої системи внутрішнього контролю (формалізм), висока частка пов'язаних осіб у складі наглядових рад, незбалансована система ризик-менеджменту, відсутність виваженої стратегії його розвитку, надмірне втручання акціонерів у діяльність банків [10, с. 45].

З прийняттям у 2014 році оновлених Принципів корпоративного управління [11] правове регулювання інституту незалежних членів дещо змінилося. Відповідні положення старих Принципів були розвинуті та деталізовані.

В Принципах 2014 р. відзначалося, що незалежності членів ради можна досягти шляхом: закріплення заборони щодо обрання членами ради осіб, які мають особисті та (або) сімейні стосунки з головним бухгалтером, головою та членами виконавчого органу АТ; обрання та відкликання членів наглядової ради виключно загальними зборами АТ, а також затвердження загальними зборами умов цивільно-правових договорів, що укладаються з ними, і встановлення розміру їх винагороди (п. 5.2). Крім того, в оновлених Принципах рекомендувалося утворення спеціальних комітетів, більшість членів яких повинні були бути незалежними.

Однак на практиці обрання незалежних членів наглядових рад все ще залишалося поодиноким практикою. У відповідності з опитуванням рейтингового агентства IBI-Rating (2016р.) жодне з 43 аналізованих українських товариств не відповідало критеріям за напрямом «Наглядова рада». В жодній з проаналізованих компаній не задекларовано наявність незалежних членів у складі наглядових рад, а в більшості підприємств наглядові ради виконують також функції оперативного управління, при цьому не отримуючи винагороди за виконання функцій члена відповідного органу [12].

Законом України № 289-VIII від 7 квітня 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» [13] вперше на рівні Закону було закріплено положення про обов'язковість незалежних членів наглядової ради для деяких видів товариств. Закон було розроблено на виконання завдань, визначених Програмою діяльності Кабінету Міністрів України, затвердженою Постановою Верховної Ради України від

11.12.2014 № 26-VIII [14], щодо дерегуляції та зменшення кількості точок дотику бізнесу та держави.

В Пояснювальній записці [15] до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» відзначалося, що метою законопроекту з одного боку є дерегулювання підприємницької діяльності АТ, а з іншого боку – впровадження більш високих вимог для ПАТ, акції яких включено до біржового реєстру. Відповідно таке дерегулювання надасть можливість Україні підвищити позицію у міжнародному рейтингу Doing Business та зробити АТ привабливішими для інвестування, перш за все з боку іноземних інвесторів. Тим часом, підвищення вимог до ПАТ посилять захист прав міноритарних інвесторів в Україні і суттєво наблизить Україну до виконання вимог Договору про асоціацію між Україною та ЄС [16].

Зокрема, в аспекті виконання Договору про асоціацію Україна взяла на себе зобов'язання імплементувати Рекомендацію Європейської Комісії від 15 лютого 2005 р. стосовно доцільності запровадження інституту невиконавчих директорів (наглядових директорів) лістингованих компаній, і про комітети (наглядової) ради компаній, яка передбачає наявність у наглядовій раді кожного публічного акціонерного товариства незалежних директорів [17].

Роком пізніше необхідність обов'язкового призначення незалежних членів наглядової ради було закріплено для державних унітарних підприємств та підприємств, частка державної власності на яких становить 50% і більше. На підставі Закону України № 1405-VIII від 2 червня 2016 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності» [18] було внесено зміни до Закону України «Про управління об'єктами державної власності» [19].

Законом України № 2210-VIII від 16.11.2017 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів» було закріплено для ПАТ, акціонерних товариств з часткою держави в них та банків передбачають введення до складу ради не менш як однієї третини незалежних директорів (не менше двох незалежних директорів в акціонерних товариствах, які не є банками, і не менше трьох – у банках) [20]. Таким чином, квота незалежних директорів у порівнянні із закріплених раніше Законом № 289-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» збільшилась. Крім того, зросли вимоги до особи, що претендує на відповідну посаду.

Висновки. В розвитку правового регулювання правового інституту незалежного члена (незалежного директора) наглядової ради (ради директорів) можна виділити наступні етапи: 1991–2003 рр. – відсутність нормативного регулювання, однак поодиноким використанням в практиці корпоративного управління акціонерних товариств; 2) 2003–2015 рр. – закріплення на рівні актів рекомендаційного характеру, призначення в радах банку та типових положеннях публічних акціонерних товариств; 3) 2015–2022 рр. – закріплення на рівні загальнообов'язкових нормативно-правових актів (Закон України «Про акціонерні товариства»); 4) 2022 р. – по сьогодні – подальше утворення інституту незалежного директора в практиці корпоративного управління.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про господарські товариства: Закон України № 1576-XII від 19 вересня 1991 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 49. ст. 682.
2. Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності господарських товариств: Закон України № 622-XIV від 5 травня 1999 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 26. Ст. 213.
3. Про затвердження Принципів корпоративного управління: Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 571 від 11.12.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr571312-03#Text>
4. G20/OECD Principles of Corporate Governance. URL: <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>
5. Про акціонерні товариства: Закон України № 514-VI 17 вересня 2008 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № 50-51. ст. 384.
6. Про схвалення Типового положення про корпоративне управління відкритого акціонерного товариства: Рішення НКЦПФР № 737 від 2 липня 2008 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr737312-08#Text>

7. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення діяльності акціонерних товариств № 2037 від 17.01.2013 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=45488
8. BCG. Value-Focused Corporate Governance. 2012. URL: <https://www.bcg.com/publications/2012/leadership-strategic-planning-value-focused-corporate-governance.aspx>.
9. Бевз О. Реформа корпоративного управління в банках. Школа незалежних директорів НБУ. 2019. URL: https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=83337618&cat_id=1867651.
10. Савчук В.П. Корпоративний секретар як учасник корпоративних відносин. Дис. к.ю.н.: спеціальність 081 «Право». Івано-Франківськ, 2024. 224 с.
11. Про затвердження Принципів корпоративного управління: Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 955 від 22.07.2014 року. URL: <https://www.nssmc.gov.ua/documents/rshennya-pro-zatverdzhennya-printsipv-korporativnogo-upravlnnya/>
12. Рейтинг корпоративного управління в компаніях реального сектору. URL: <https://cgpa.com.ua/wp-content/uploads/images/files/1/cgsurvey-analysis-final.pdf>.
13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів: Закон України № 289-VIII від 7 квітня 2015 р. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 25. Ст. 188.
14. Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України: Постанова Верховної Ради України Постановою Верховної Ради України від 11.12.2014 №26-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/26-19#Text>
15. Пояснювальна записка до проекту Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів". URL: <https://ips.ligazakon.net/document/GH1QR00A?an=3>
16. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text
17. Рекомендація комісії від 15 лютого 2005 року про роль невиконавчих директорів або наглядових директорів лістингованих компаній і про комітети (наглядової) ради (2005/162/ЄС). *Офіц. вісн. Європейських Співтовариств*. 2005. С. 51-57.
18. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності: Закон України № 1405-VIII від 2 червня 2016 р. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 28. ст. 533.
19. Про управління об'єктами державної власності: Закон України №185-V від 21 вересня 2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 46. ст. 456.
20. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів: Закон України № 2210-VIII від 16 листопада 2017 р. *Відомості Верховної Ради*. 2018. № 6-7. Ст. 38.