



Трембіч Андрій,
аспірант Науково-дослідного
інституту приватного права і підприємництва
ім. академіка Ф. Г. Бурчака
НАПрН України,
Київ
ORCID: 0009-0008-1057-2631

УДК 347.471

DOI: <https://doi.org/10.69724/2786-8834-2024-3-3-148-195>

СУБСИДАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КОНТРОЛЕРІВ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ У КОНТЕКСТІ ТРАНСФОРМАЦІЇ ПРИРОДИ КОРПОРАЦІЙ У XXI СТ.

Трембіч Андрій. Субсидарна відповідальність контролерів юридичної особи у контексті трансформації природи корпорацій у XXI ст.

Анотація

У статті досліджується субсидарна відповідальність контролерів юридичної особи в умовах трансформації природи корпорації у XXI столітті, з акцентом на еволюцію законодавчих підходів до захисту прав кредиторів і забезпечення стабільності корпоративного управління. Автор аналізує концепцію «*piercing the corporate veil*» (проникнення за корпоративну вуаль) та її адаптацію до українських правових реалій, зокрема, в контексті розмежування відповідальності контролерів у випадках зловживання правом, неналежного виконання обов'язків або нехтування економічною стійкістю компанії. Дослідження розглядає унікальні особливості та відмінності українського підходу порівняно з правовими системами англо-американської традиції та німецького корпоративного права, де субсидарна відповідальність контролерів часто базується на принципах акціонерної солідарності та доктрині достатньої капіталізації. Окрему увагу приділено доктринальним підходам до субсидарної відповідальності, правовій природі капіталу юридичних осіб та питанням щодо умов застосування персональної відповідальності контролерів, включаючи роль операційних рішень та управлінських зловживань у виникненні боргових зобов'язань. Стаття підкреслює ключову роль контролерів у запобіганні банкрутству шляхом належного управління активами та відповідальності за фінансове планування, а також ідентифікує існуючі правові механізми, що обмежують їхню відповідальність за боргові зобов'язання компанії. У підсумку наводяться рекомендації щодо вдосконалення української законодавчої бази з урахуванням міжнародного досвіду, зокрема в аспектах, пов'язаних із запобіганням ризиковим операціям і встановленням більш чітких критеріїв для притягнення контролерів до субсидарної відповідальності у випадках корпоративної неспроможності.

Ключові слова: Ключові слова: субсидарна відповідальність, контролери юридичної особи, корпоративна завіса, корпоративне управління, захист кредиторів, українське корпоративне право, англо-американське корпоративне право, німецьке корпоративне право, відповідальність контролерів, запобігання неплатоспроможності, достатність капіталу, правова природа капіталу, управлінська відповідальність, управління ризиками.

Нормативні основи. Нормами Господарського кодексу України (далі – *ГК України*) та Цивільного кодексу України (далі – *ЦК України*) визначено правове регулювання підстав, умов та порядку застосування субсидарної відповідальності контролерів юридичних осіб, яке водночас перебуває у взаємозв'язку з нормами Кодексу України з процедур банкрутства (далі – *КУЗПБ*), які встановлюють порядок провадження у справі про банкрутство на стадії кожної судової процедури.

Частина перша ст. 216 *ГК України* встановлює, що учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом, іншими законами та договором. Водночас, частиною першою ст. 619 *ЦК України* регламентовано, що договором або законом може бути передбачена поряд з відповідальністю боржника додаткова (субсидарна) відповідальність іншої особи.

Згідно із частиною першою ст. 215 *ГК України* у випадках, передбачених законом, суб'єкт підприємництва – боржник, його засновники (учасники), власник майна, а також інші особи несуть юридичну відповідальність за порушення вимог законодавства про банкрутство, зокрема *фіктивне банкрутство, приховування банкрутства або умисне доведення до банкрутства*. Частиною третьою цієї ст. *ГК України* унормовано, що *умисним банкрутством визнається стійка неплатоспроможність суб'єкта підприємництва, викликана цілеспрямованими діями власника майна або посадової особи суб'єкта підприємництва, якщо це завдало істотної матеріальної шкоди інтересам держави, товариства або інтересам кредиторів, що охороняються законом*.

При цьому за загальним правилом, визначеним частинами 1–3 ст. 96 *ЦК України*, юридична особа самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями; юридична особа відповідає за своїми зобов'язаннями усім належним їй майном; учасник (засновник) юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями юридичної особи, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями її учасника (засновника), крім випадків, установлених установчими документами та законом.

За змістом преамбули *КУЗПБ* одним з основних завдань провадження у справі про банкрутство є задоволення вимог кредиторів неплатоспроможного боржника. Відкриття провадження у справі про банкрутство є початком особливого правового регулювання відносин (між боржником та його кредиторами, між боржником та третіми особами), системою загальних та спеціальних охоронних норм законодавства, взаємодія та мета яких визначається принципами та нормами, що становлять зміст *КУЗПБ*. Так, у судовій процедурі ліквідації боржника питання єдиного майнового комплексу боржника регулюється нормами *КУЗПБ* про ліквідаційну масу, до складу якої входять усі види майнових активів (майно та майнові права) банкрута, які належать йому на праві власності або господарського відання, включаються до складу ліквідаційної маси (частина перша ст. 62 *КУЗПБ*). Порядок

формування і використання ліквідаційної маси встановлено статтями 61–65 КУзПБ та спрямовано на задоволення вимог кредиторів.

Відповідно до абзацу першого частини другої ст. 61 КУзПБ під час здійснення своїх повноважень ліквідатор (а згідно зі змінами, внесеними Законом від 20.03.2023 № 2971-IX, – також і кредитор) має право заявити вимоги до третіх осіб, які за законодавством несуть субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями боржника у зв'язку з *доведенням його до банкрутства*; розмір зазначених вимог визначається з різниці між сумою вимог кредиторів і ліквідаційною масою.

Абзацом другим частини другої ст. 61 КУзПБ передбачено, що в 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. Стягнені суми включаються до складу ліквідаційної маси і можуть бути використані лише для задоволення вимог кредиторів у порядку черговості, встановленому цим Кодексом.*

Також згідно з ч. 3, 4 ст. 31 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» якщо вартість чистих активів товариства знизилася більш як на 50 відсотків порівняно з цим показником станом на кінець попереднього року, виконавчий орган товариства скликає загальні збори учасників, які мають відбутися протягом 60 днів з дня такого зниження. До порядку денного таких загальних зборів учасників включаються питання про заходи, які мають бути вжиті для покращення фінансового стану товариства, про зменшення статутного капіталу товариства або про ліквідацію товариства. У разі порушення вказаного обов'язку та визнання товариства банкрутом до закінчення трирічного строку з дня зниження вартості чистих активів, передбаченого частиною третьою цієї статті, *члени виконавчого органу солідарно несуть субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями товариства.* Члени виконавчого органу, які доведуть, що не знали і не мали знати про таке зниження вартості чистих активів товариства або голосували за рішення про скликання загальних зборів учасників у зв'язку із зниженням вартості чистих активів товариства, звільняються від відповідальності за порушення цього обов'язку.

Банківське законодавство містить посилені вимоги до обачності та розумності дій контролерів банку. Так, за ч. 3, 4 ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність» учасники банку відповідають за зобов'язаннями банку згідно із законами України та статутом банку. *Власники істотної участі зобов'язані вживати своєчасних заходів для запобігання настанню неплатоспроможності банку.*

Також відповідно до ч. 6 ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність» *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.

Таким чином, субсидарна відповідальність засновників (учасників, акціонерів) або керівника боржника становить собою екстраординарний інститут, що передбачає виняток із загального режиму відокремленої цивільно-правової відповідальності юридичної особи, передбаченого ст. 96 ЦК України.

Постановка проблеми та дослідницької мети. Наведений інститут в Україні обростає відповідною науковою доктриною та судовою практикою. У цій розвідці пропонується у контексті відомих у світі наукових підходів торкнутися таких вузлових для *субсидарної відповідальності контролерів юридичної особи* (далі скорочено – СВКЮО) аспектів: правосуб'єктність корпорації, її природа та обмеження (інтервенції) з боку власників та кредиторів; основні теорії СВКЮО, їхня типологія та методологічна база; якісні та кількісні критерії (градації) залежності корпорації від контролерів; правова природа статутного (власного) капіталу, гарантійного та резервного капіталу юридичної особи у контексті СВКЮО; юридичне обґрунтування та види протиправних дій (деліктів) контролерів, що можуть бути підставою для СВКЮО; «штучна сепарація» як інституційний запобіжник від СВКЮО для відповідальних осіб; звичайний (розумний) підприємницький ризик і венчурна теорія як противага СВКЮО.

Завданнями статті є визначення місця СВКЮО у правовій системі України на підставі належної кваліфікації цього правового інституту та пропозицій до його розвитку. Загальний огляд підходів до дослідження або вирішення вказаної проблеми подаватиметься нижче крізь призму порівняльної, історичної, економічної та спеціально-юридичної методології.

Походження доктрини. У науковому обігу досліджувана субсидарна відповідальність контекстуально вплетена в широко відому доктрину *piercing (lifting) the corporate veil* (далі коротко – *PTCV*). Варто, однак, зауважити, що *PTCV* набагато ширша за обсягом своїх проявів, аніж СВКЮО, можна сказати, що остання – лише одна з багатьох форм *PTCV*¹, та, в ще ширшому розумінні – один із проявів загального тренду деформалізації цивільно-правової матерії, нехтування правовою формою на користь фактичного змісту, вимог добросовісності та справедливості.

Англо-американське корпоративне право (а більш характерно буде сказати – англійське право справедливості), на ґрунті якого виросла доктрина *PTCV*, традиційно схильне відкидати формальні правові інститути, якщо їх «використовують не за призначенням», всупереч імперативу *bona fides (a sincere intention to be fair, open, and honest, irrespective of the outcome of the interaction)*, – засто-

¹ Vandekerckhove, K. (2007), pp. 3–5.

совуючи час від часу економічний, фінансовий, соціологічний і навіть психологічний підходи².

Сутність цієї загально визнаної ідеї в тому, що юридична конструкція не отримує визнання з боку позитивного права в разі використання її зі зловживанням або з неприпустимим здійсненням права. Так, у справі *Booth v. Bunch* було зазначено: «Документи, зобов'язання, правочини, рішення та й самі корпорації (*corporate bodies*) можуть бути інструментами, за допомогою яких сторони можуть отримувати *невиправдану вигоду*. До таких інструментів вдаються для того, щоб приховати шахрайство, але щоразу, коли відбувається звернення до права, воно оголошує ці інструменти нікчемними, право розглядає їх, наче б вони не були дійсними. Правова постать корпорації та пов'язане з цим визнання самостійності й обмеженої відповідальності є інструментом, що сприяє досягненню власниками часток спільних економічних цілей у рамках чинного права. Цей привілей не діє при зловживанні правом. Якщо корпорація використовується з намірами, що не відповідають цілям правопорядку, самостійність корпорації ігнорується з наслідком у формі безпосередньої особистої відповідальності учасника»³.

Цю ідею надалі було повторено в безлічі прецедентів, зокрема в рішенні у справі *Laya v. Erin Homes, Inc. від 16.12.1986. Erin Homes, Inc. від 16.12.1986*: «Не дивлячись на те, що, кажучи легально, корпорація становить самостійну особу і відокремлена від тих, хто нею володіє, все ж таки вона є правовою фікцією, запровадженою з метою зручності і сприяння правосуддю, і на сьогодні переконливо обґрунтовано як загальну засаду, що фікцією можна знехтувати, якщо її використовують із наміром, що не відповідає меті запровадження правопорядком цієї фікції, та у спосіб, який призводить до того, що її збереження тягне за собою антиправові або несправедливі наслідки». Передумовами для «зняття покрову» були особливі обставини, відповідно до яких у дійсності відсутнє розділення між корпорацією та учасником, що виправдовує розмежування відповідальності, а також те, що збереження принципу розмежування (принципу самостійності юридичної особи) призвело б до несправедливого результату.

У рішенні у справі *Platt v. Billingsley* ці міркування були сформульовані таким чином: «Повинна бути (1) така єдність інтересів і власності, за якої самостійні особи корпорації та індивідів більше не існують, і (2) якщо дії розглядалися б тільки як дії самої корпорації, то це призвело б до несправедливого результату».

² Див.: Levenberg, P. N. (2019). The Mystery of the Corporate Veil: Comparing Anglo-American Jurisdictions. *Penn St. Journal of Law & International Affairs*, 7, 1–2. Стаття вивчає застосування доктрини *PTCV* і роль принципу добросовісності в англо-американській традиції (р. 8); Krendt, C. S. & Krendl, J. R. (1978). *Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry*. *Denver Law Journal*, 55, 1–2, pp. 73–74. Робота дискутує концепцію добросовісності та недопущення зловживань у рамках *PTCV*; Capuano, A. (2009). The Realist's Guide to Piercing the Corporate Veil: Lessons from Hong Kong and Singapore. *Australian Journal of Corporate Law*, 22, 3–5, pp. 150–152. Розглядаються різні підходи в рамках доктрини, включаючи економічні та соціальні аспекти.

³ C. von Arnim. (2000). P. 1006.

Водночас практика показує, що юридична особистість і цілісність корпорації ігнорується і в інших випадках⁴.

Поступово судова практика виробила цілий набір ситуативних тестів (критеріїв) для зняття корпоративного покрову. Як і у випадку, наприклад, з концепцією «фактичних трудових відносин» (не можна не помітити споріднену методологію), тут існує до 20 запитань, які суди досліджують ізольовано, результати підсумовують, і суд, аналізуючи ситуативний патерн (набір) позитивних і негативних відповідей, схиляється до того чи іншого рішення. При цьому доказової правової «ваги» кожного питання заздалегідь не встановлено, і суд може дійти висновку про необхідність підняття корпоративної вуалі на підставі трьох позитивних відповідей. Доктрина *PTCV* стала занадто абстрактною, – каже принагідно суддя Б. Кардозо, – «ця доктрина оповита туманом метафор, а судові рішення з цього питання мають довільний і непередбачуваний характер»⁵.

В англомовній літературі з досліджуваного питання найбільш відомі роботи K. Vandekerckhove⁽²⁰⁰⁷⁾, R. Kraakman (2009), P. B. Oh (2010), S. M. Bainbridge (2004), S. R. Miller (1998), R. Harris (2009), D. A. Oesterle (1993), а також деяких інших авторів⁶.

Суддя МакГью (справа *Laya v. Erin Homes, Inc.*) запропонував перелік деяких типових критеріїв, які обговорюють на практиці в тих випадках, коли йдеться про питання допустимості зняття корпоративного покриву⁷:

- чи змішане майно компанії з приватним майном учасника;
- чи використовувалося майно компанії для особистих цілей учасника;
- чи дотримано необхідних корпоративних формальностей і процедур;
- чи ніс окремий учасник особисту відповідальність за боргами та іншими зобов'язаннями корпорації, представляючи її у зовнішніх відносинах;
- чи протоколювалися відповідним чином збори ради директорів і збори учасників, чи велася адекватно корпоративна документація;

⁴ Mülhens, J. (2006), pp. 97–99.

⁵ Bainbridge, S. M. (2005), P. 83–118; Marcantel, J. A. (2010). Остання стаття досліджує питання про об'єктивність ситуативних тестів і роль суддівського розсуду при застосуванні доктрини *PTCV*; Thompson, R. V. (1990). pp. 1036–1045. Розглядаються ситуаційні критерії, які впливають на рішення про зняття корпоративної вуалі та як суди використовують тестові питання для аналізу. Cohen, D. L. (1998), pp. 427–450. Основні тести та методологія, зокрема значення кількості позитивних відповідей для ухвалення рішення.

⁶ Див., серед іншого: Hansmann, H., & Kraakman, R. (2000); Blumberg, P. I. (1987); Thompson, R. (1991); Ringe, W. G. (2008); Dine, J. (2000); Phillips, D. A. (2013); Steinberg, M. (2013); Black, B. S., & Kraakman, R. (1996); Lowry, J. (2004); Thompson, R. B., & Thomas, R. S. (2004) et al.

⁷ Örn, P. (2009). У роботі обговорюються підходи до зняття корпоративного покриву з прикладами, включаючи справу *Laya v. Erin Homes, Inc.*, де суддя МакГью сформулював типові критерії. Також: Merkt & Spindler (2006): у цій публікації наведені критерії, що мають розглядатися під час ухвалення рішень у справах про зняття корпоративного покриву, включаючи перелік, що був узагальнений суддею МакГью.

- чи була тотожна (за правом справедливості) власність на одне й те саме майно у двох осіб;
- чи були одні й ті самі *directors and officers* уповноважені до контролю та управління у двох різних підприємствах;
- чи була компанія з урахуванням фактичних комерційних ризиків недостатньо капіталізована;
- чи було відсутнє майно компанії, відокремлене від майна учасника;
- чи використовувалася компанія лише як оболонка (*shell, conduct*) для ведення справ (або частини справ) окремих (фізичних або юридичних) осіб;
- чи перебувають усі частки в руках однієї особи або однієї сім'ї;
- чи використовують компанія та її учасники одні й ті самі офіси та місця для ведення своїх справ;
- чи мають учасник і компанія один і повторюваний штат співробітників або осіб, уповноважених діяти від імені компанії;
- чи відбувалося приховування або спотворення ідентичності власності, управління та фінансової зацікавленості в корпорації та чи приховувалася особиста комерційна діяльність учасників;
- чи мало місце нехтування правовими принципами економічної самостійності та незалежності пов'язаних підприємств (нехтування юридичними формальностями та нездатність підтримувати відносини між пов'язаними підприємствами);
- чи використовувалася компанія виключно як канал для придбання робіт, послуг, активів і товарів для іншої (фізичної або юридичної) особи;
- чи були активи корпорації виведені з неї на користь учасника або іншої фізичної чи юридичної особи на шкоду кредиторам, чи були активи та пасиви розподілені між кількома підприємствами таким чином, що всі активи концентрувалися на одній стороні, а всі пасиви/борги – на іншій;
- чи використовувалася компанія для того, щоб, домовляючись з іншою особою, навмисно уникнути ризику невиконання, або як інструмент для вчинення незаконних угод;
- чи була компанія утворена для того, щоб узяти на себе чинні зобов'язання іншої (фізичної або юридичної) особи⁸.

У німецькомовній юридичній літературі можна виділити роботи Merkt & Spindler (2006), Zöllner, W. (2006), Schilling, M. (2006), Wooldridge, F. (2005), Ljbbe, M. (2013), Kindler, P., & Lutter, M. (2014), Fleischer, H. (2011), Rebmann, K., Müller, A., & Schulze, R. (2004), Ulmer, P. (2004), Baums, T., & Hopt, K. J. (2010), Schmidt, K., & Lutter, M. (2015) та інших⁹. Ці роботи оперують аналогом нашої

⁸ Цит. по: Vandekerckhove, K. Op. cit. Текст рішення Верховного апеляційного суду Західної Вірджинії: <https://opencasebook.org/documents/8349/> (дата звернення: 11.10.2024).

⁹ Див., серед іншого: Roth, W.-H., & Kindler, P. (2014); Habersack, M., & Verse, D. (2019); Noack, U., & Zöllner, W. (2018); Emmerich, V. (2013); Ulmer, P. (2004); Fleischer, H. (2011); Kallmeyer, C. (2016); Hoffmann-Becking, M. (2009); Oetker, H., & Haas, J. (2007); Grigoleit, H. C. (2016); Schulte, R. C. (1999); Koenig, C. (2017) et al.

СВКЮО – «наскрізною відповідальністю (*die Durchgriffshaftung*) за боргами корпорації». І назва, і (забігаючи наперед) загальні підходи цього інституту набагато ближчі до українського права, ніж загальна методологія PTCV в англійському контрольному праві.

Теорії СВКЮО. Якщо ознайомитися з оглядом прецедентів у згаданих джерелах за темою PTCV (в англійському праві) / *die Durchgriffshaftung* (у німецькому праві), то можна узагальнити весь спектр теорій СВКЮО у дві групи: (1) **унітаристські (економічні)** і (2) **деліктні (формально-юридичні) теорії** (назви авторські й умовні). Кожна з груп обґрунтовує необхідність підняття корпоративного покрову по-своєму, у кожній є своя специфічна мотивація. Також трапляються і змішані теорії, коли автори намагаються оформити споріднену економічну сутність у певне юридичне зобов'язання, не називаючи його одночасно «деліктом».

Унітаристські теорії ґрунтуються на більшій чи меншій зневазі до корпоративної особистості юридичної особи. Вони кажуть: контролери юридичної особи мають нести субсидарну відповідальність за боргами контрольованої юридичної особи, бо вони всі разом утворюють єдину сутність (*single economic unit, enterprise entity*) – групу компаній, концерн або неформальну асоціацію афілійованих осіб, яку можна зв'язати до купи прямими чи непрямыми ознаками: відносини контролю, перехресні позиції менеджменту, загальні реквізити, використання загальних активів, трансакційний аналіз фінансових операцій та навіть фінансово-бухгалтерська плутанина в документах¹⁰.

Тож, згідно з цими теоріями, через різні *економічні* фактори бенефіціари та керівники групи *фактично* використовують різні корпоративні форми *лише як зовнішні реквізити* для операцій усієї групи, і тому відповідальність за боргами кожної окремої компанії групи вони несуть усім своїм майном¹¹ (у радикальнішій версії – й усіма активами інших компаній групи¹²; тобто не лише материнська структура та її ЦВО відповідають за борги дочірньої компанії, а й інші дочірні (сестринські) компанії також відповідають одна за одну).

Мотивація унітаристських теорій радше економічна, ніж правова. Вони оперують не юридичними, а фактичними сенсами, резонами справедливості, превалювання сутності над формою. У цьому їх палко мають підтримати й українські фіскальні органи, й органи кримінального розслідування: схильність дивитися «крізь папери» на «економічну природу факту», а також схильність у принципі не помічати приватноправовий інструментарій – їхня спільна риса і загальний метод.

Отже, у душі корпоративного унітаризму правова самостійність окремих учасників групи компаній визнається відносною, у зв'язку з чим економічно єдине утворення несе відповідальність за пов'язані окремі компанії (*enterprise liability*).

¹⁰ Schulte, 1999, pp. 25–27; Prentice, 1998, pp. 430–432; Koenig, 2017, p. 283.

¹¹ Mevorach, 2013, pp. 23–25; Ramsay, 1998, p. 466; Belenzon, Lee & Pataconi, 2018, pp. 12–14.

¹² Pargendler, 2023, pp. 18–20; Sargent, 1987, pp. 5–7.

У рішенні у справі *Wialkovsky v. Carlton* на основі аналізу сформованих у теорії та практиці підходів було названо найтипівіші критерії, за яких можна говорити про *single economic unit*: справи обох компаній недостатньо відокремлені одна від одної (змішано майно, трудові відносини, рахунки, корпоративну документацію, відносини представництва); стосовно внутрішнього устрою обох компаній (зборів учасників, зборів членів ради директорів тощо) немає чіткого поділу; домінуюча компанія з погляду виду й масштабу її діяльності є недостатньо капіталізованою: прибуток спрямовується контролюючій компанії, а збитки – підконтрольній; обидві компанії зовні справляють враження єдиної компанії, в якій підконтрольне товариство є ніби департаментом (*local office* або *division*), материнської компанії; підконтрольна компанія не переслідує жодних *власних інтересів* – виключно інтереси домінуючої компанії.

Релятивізація корпоративної форми означає вступ на хиткий ґрунт оціночних категорій, відмову від ідеї «корпоративного суверенітету» (абсолютної правосуб'єктності) і погодження з думкою, що у світі юридичних осіб немає і не може бути абсолютно незалежних утворень, а є: (а) більш автономні, (б) менш автономні та (в) повністю залежні.

Про останнє свідчить спеціальна **теорія втраченої ідентичності** («*фактична відсутність компанії*»)¹³. Тут вирішальне значення для зняття корпоративного покрову має (не)дотримання компанією звичайних корпоративних формальностей. Ідеться про те, що створення компанії не було повністю завершено, частки в капіталі не було сплачено (або було сплачено лише частково), акції не було емітовано чи розміщено, установчі збори або вибори ради директорів не відбулися, учасник корпорації веде справи як учасник повного товариства або його приватні справи змішано зі справами компанії (надання кредиту без дотримання формальностей, використання капіталу компанії з метою бенефіціара та ін.)¹⁴.

У душі цих теорій (не)залежність юридичної особи перестає бути бінарною чорно-білою категорією (так/ні), а перетворюється на дискретну область градацій відтінків сірого, і в якій саме точці цієї градації суддя проведе лінію в тій чи іншій справі, залежить цілком від суддівської дискреції та обставин справи¹⁵. Більшу роль, таким чином, починають відігравати суб'єктивні чинники (у всіх сенсах): не тільки внутрішнє переконання судді, а й у сенсі врахування намірів, вини (умислу або необережності) сторін¹⁶.

На розвиток унітаристської доктрини до теорії втраченої ідентичності дотична **теорія фіктивного підприємства**. В цьому разі підставою для того, щоб зняти покрови та залучити учасників боржника виступає наявність особливих обставин,

¹³ Govender, T. N., 2019, pp. 5–7; Cheng, T. K., 2010, pp. 15–17.

¹⁴ Mrema, K. J., 2020, pp. 22–24; Merkt, H. & Spindler, G., 2006, pp. 166–168.

¹⁵ Khimji, M. F. & Nicholls, C. C., 2015, pp. 37–39; Nwafor, A. O., 2015, pp. 5–7.

¹⁶ Spiro, P. S., 2013, pp. 21–23.

які свідчать про те, що компанія, незважаючи на її гадану самостійність, є лише «фасадом, що приховує дійсні факти»¹⁷. Корпоративну завісу може бути знято, якщо наявний «*mere facade concealing the true facts*» (*Jones v. Lipman*)¹⁸.

Німецьке право також знайоме з поняттями залежності та контролю (*Abhängigkeits- und Konzernverhältnisse*). Правове підґрунтя відносин, що стосуються відповідальності за наявності залежності та контролю (*Abhängigkeits- und Konzernverhältnisse*), становлять спеціальні законодавчі приписи (§ 15–19, 300 Закону про акціонерні товариства Німеччини), де йдеться про законодавчо регульовану «наскрізну відповідальність»¹⁹.

Відмінність від англійського права одразу впадає в око: внаслідок лише того, що будь-хто контролює юридичну особу, відповідальність цієї особи не може бути поширена на контролюючу особу; сам по собі контроль ще не загрожує інтересам кредиторів²⁰. У німецькій літературі та судовій практиці існує позиція, що контроль однієї компанії над іншою у рамках концерну <...> принципово не зачіпає її правової самостійності, навіть тоді, коли наявне включення однієї компанії до складу іншої, поєднане з утратою статусу юридичної особи (*Organschaft*)»²¹.

Сепарація (штучна емансипація) дочірньої корпорації. Згідно з позицією, висловленою в німецькомовній літературі, відповідальність контролюючої компанії (*eine Haftung des herrschenden Unternehmens, Konzernhaftung*) може обговорюватись тільки тоді, коли вона не забезпечує належного врахування *самостійних інтересів залежної компанії*²² (у тому числі внаслідок непрозорого (*undurchsichtige*) ведення фінансового обліку), або в ситуації змішання майна, або ж унаслідок недотримання приписів про забезпеченість капіталом, виконання яких обов'язкове для обмеження відповідальності²³. Управителі, які порушують свої обов'язки, несуть солідарну відповідальність перед товариством за завдані збитки.

¹⁷ Dignam, A. & Oh, P., 2020, pp. 15–17.

¹⁸ *Jones v. Lipman*, цит. у Dignam & Oh, 2020, р. 16. У деяких правових системах фіктивне підприємництво є самостійним злочином, у деяких – просто підставою для відмови у захисті прав (як і інші форми зловживання правом). Ми ж, зі свого боку, не бачимо жодної причини для криміналізації самого по собі «фіктивного підприємства» як формального складу – з тим самим успіхом злочином можна було б вважати кожен нікчемний чи оспорюваний правочин.

¹⁹ Wimmer-Leonhardt, S., 2004, pp. 21–23; Bergmann, A., Drescher, I., Fleischer, H., & Goette, W., 2020, pp. 10–12.

²⁰ Mäntysaari, P., 2010, pp. 22–24.

²¹ Renner, M. & Kuntz, M., 2018, pp. 45–47; Baumbach A., Hopt K. J. Op. cit. Rn. 51b; Beckscher Online-Kommentar. GmbHG. Rn. 154; Kübler F. Op. cit. S. 398–399; Bamberger H. G., Roth H., hrsg. Op. cit. Rn. 23.

²² См.: von Arnim C. Op. cit. P. 1004.

²³ Grigoleit, H. C., 2019, pp. 30–32.

В Україні подібна модель запроваджена для пов'язаних осіб-недобросовісних вигодонабувачів від шкоди банку (до ч. 6 ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

Таким чином, німецький правопорядок ніби стимулює засновників виконувати низку імперативів, необхідних для *сепарації товариства (і відповідальності) від них*:

- 1) суворо відокремити активи та капітал дочірньої корпорації²⁴;
- 2) вести окремий облік фінансових та інших операцій цієї корпорації²⁵;
- 3) утримуватися від корпоративних інтервенцій – ухвалень операційних рішень замість органів корпорації; у широкому сенсі – «враховувати *самостійні інтереси залежного підприємства*»²⁶;
- 4) контролювати капіталізацію та інші важливі фінансові показники²⁷.

Додатковими факторами штучної сепарації з реальної корпоративної практики можна назвати: інститут незалежних директорів; внутрішній комплаєнс; систему внутрішніх положень, правил і кодексів; внутрішній і зовнішній аудит; управлінську звітність; спеціальні положення в контрактах із посадовими особами товариства, що розкривають обсяг і зміст *duty of care* та відповідальність за її порушення²⁸. Прийнята в компанії сукупність таких інститутів дасть змогу більшій надійно обмежити відповідальність учасників. Усе, що нарощує самостійний *substance* юридичної особи (і пов'язані з ним «*власні інтереси товариства*» – що б це не означало) та її зовнішнє відчуження від материнських структур, – іманентно знижує ризики СВКІОО²⁹.

Четвертий імператив (щодо контролю показників капіталізації) може здатися таким, що вибивається із загальної концепції, що побудована на **кінетичному принципі (законі) руху корпоративних покровів: імовірність і сила субсидіарної відповідальності прямо пропорційна ступеню залежності корпорації від учасників і обернено пропорційна ступеню автономії (незалежності) корпорації**³⁰. Якщо юридична особа повністю інституційно автономна, то, що б не відбувалося з її зобов'язаннями, учасники не відповідатимуть субсидіарно по цих зобов'язаннях. З іншого боку, вимоги підтримання належної капіталізації начебто суперечать самій ідеї емансипації юрособи: якщо вже «відпустив»

²⁴ Hopt, K. J., 2011, pp. 10–12; Schulz, M. & Wasmeier, O., 2012, p. 8.

²⁵ Füllbier, R. U. & Klein, M., 2015, pp. 15–17.

²⁶ Heindler, F., 2020, pp. 5–6.

²⁷ Endres, D. & Ditsch, S., 1999, p. 11.

²⁸ Troian, M. Y. & Shkola, V. Y., 2021, pp. 14–16; Tröger, T. H., 2005, pp. 22–23.

²⁹ Butler, S. J., 2000, pp. 30–32; Calder, A., 2008, pp. 45–47.

³⁰ Schulz, M., & Wasmeier, O., 2012, p. 8; Pistor, K., Keinan, Y., Kleinheisterkamp, J., & West, M. D., 2002, pp. 12–14.

дочірню структуру, то відпуская повністю; а якщо не відпустив – то й відповідай як співборжник³¹.

Історична алегорія. В контексті історичного екскурсу можна звернутися до такого референсу. Перевинахід європейських корпорацій у Новий час відбувався на тлі появи та зростання такої венчурної бізнес-моделі акціонування торгових картелів, коли безліч приватних інвесторів через купівлю акцій складали капітал для формування експедиції, найму та відправки торговельного судна у далекі землі з товаром, що буде проданий дорогою, після чого придбано новий, привезено у вихідний порт і розпродано вже на локальному ринку з прибутком³². У разі успіху підприємства прибуток міг обчислюватися сотнями відсотків. Капітан вів справу від моменту виходу з порту до моменту повернення та ліквідації товару. Більше того, вибір маршруту та умови угод, оплата праці команди – всім цим керував особисто капітан, він мав абсолютну свободу розсуду та абсолютну операційну владу³³.

Ризики невдачі відповідали розміру потенційного венчурного прибутку: вони були великими. Судно могло зазнати катастрофи, на нього могли напасти пірати, внаслідок «загальної аварії» капітан міг вирішити позбавитися частини поклажі та товарів, епідемія чуми чи холери могла викосити всю команду, та й просто торгівля могла бути невдалою. Тому така «чиста» модель проіснувала недовго. Акціонери, які володіли істотною часткою проекту (компанії), сідали на судно і не тільки контролювали фінансові операції судна, але й давали прямі вказівки капітанові, куди плисти, скільки і де стояти, що й по чому продавати та купувати³⁴. Торгова правосуб'єктність такого капітана драматично звужувалась: він ставав тепер просто «технічним директором», який керує навігаційною командою, виконуючи прямі доручення пайових партнерів. Колишній генеральний керуючий із необмеженим фідучіарним мандатом став по суті простим «водієм».

Які межі відповідальності капітана у кожному з випадків? Цілком очевидно, що «технічний капітан» повинен відповідати виключно за пошкодження вантажу внаслідок аварій з його вини, і не може відповідати за результат угод, які уклав хай навіть формально він, – але за вказівкою «повних товаришів» («товариші на довірі» у цій моделі, звичайно, залишаються на суші: вони просто придбали акції, профінансувавши частину капіталу, і не брали участі у прийнятті операційних рішень.

У сучасній економіці говорити про повну сепарацію товариства від його учасників також не доводиться. Закон не зводить між ними явну чи уявну «Китайську стіну». Загальні збори у всіх товариствах так чи інакше ухвалюють стратегічні рі-

³¹ Blumberg, P. I., 1990, pp. 11–13; Gelter, M., 2009, pp. 25–27.

³² Lytvyn, I. V., & Shevchuk, K. S. (2022); Zemliankin, A. I., Ilyina, H. O., Kocheshkova, I. M., & Trushkina, N. V. (2024); також: Baskin, J. B., & Miranti, P. J., 1999, pp. 9–11; Tricker, B., 2020, pp. 7–9.

³³ Harris, R., 2009, pp. 15–16; Schall, A., 2011, pp. 8–10.

³⁴ Hawk, B., 2016, pp. 13–15; Hansmann, H., Kraakman, R., & Squire, R., 2005, pp. 9–11)

шення з розвитку та діяльності компанії. Виконавчий орган здійснює операційне управління та «ведення справ» у широкому сенсі. Між тим вони існують нероздільно, як органи управління єдиного товариства.

Континентальні правопорядки виразно відчувають недостатність лише економічних міркувань для перекидання відповідальності. Виникає класична етична проблема «відповідальності без вини» і це спонукає перейти до **деліктних теорій СВКЮО**.

Для правових систем, заснованих на римському праві, загалом характерне насторожене ставлення до параюридичних і позаправових категорій (мотиви, наміри, думки, явища психічного та інтелектуального порядку). З психічних функцій цивільне право цікавить лише вольовий аспект, — і то в обмеженій кількості випадків³⁵. Акценти зміщені у бік волевиявлення та об'єктивних наслідків правових актів. Загально прийнято вважати: для притягнення особи до *відповідальності* має бути об'єктивний *делікт* у всій його структурній повноті. Без делікту немає відповідальності. Тому деліктні теорії намагаються підвести під СВКЮО те чи інше порушення контролерами своїх конкретних обов'язків.

Так, за німецьким правом для «наскрізної відповідальності» недостатньо наявності самих по собі відносин контролю та залежності та недостатньої капіталізації, а змішання майна або організаційне змішання діяльності нагадує, зокрема, так звану відповідальність за створену видимість права (*die Rechtsscheinhaftung*). Ігнорування юридичної особи в практиці німецьких судів показує, що тут за великим рахунком, немає місця самостійному інституту зняття корпоративної завіси, але в той же час у тих фактичних ситуаціях, коли англійські юристи міркують це зробити, німецькі юристи використовують інші, більш традиційні для них конструкції: деліктне право, доктрину зловживання правом, доктрину видимості права та ін.³⁶

Серед деліктних теорій в осяжній світовій практиці існують такі кандидати на шуканий *corpus delicti*:

- 1) порушення вимог щодо підтримки достатньої капіталізації³⁷;
- 2) недобросовісна інтервенція учасника (акціонера) щодо товариства³⁸;

³⁵ Vriesendorp, R. D., 2005, pp. 28–30.

³⁶ Blumberg, P. I., 1990, pp. 14–16. Автор вважає, що і нам слід іти цим шляхом. Не варто створювати нових сутностей, коли завдання може бути вирішене консервативно, наявним правовим інструментарієм. Якщо ми покладемо на себе необґрунтовану амбіцію імплементувати в українське договірне право унітаристські концепції відповідальності з англійського права, то це матиме ефект падіння метеориту: хтось після цього виживе, хтось ні, а планета (правова система) загалом трохи змінить траєкторію свого руху. Подібна ситуація була з трастами та довірчою власністю, а також із встановленням фактично прецедентної системи у 2017 році. Теоретично все можна адаптувати з більшою чи меншою успішністю. Але головне пам'ятати, що саме і з якою метою ми запозичуємо, а також враховувати контекст (ґрунт, на якому виріс той чи інший інститут), без якого буквальна рецепція може виявитися мертвонародженою.

³⁷ Hopt, K. J., 2011, pp. 5–7; Pistor, K. et al., 2002, pp. 12–14.

³⁸ Hopt, K. J., & Leyens, P. C., 2004, pp. 11–13.

3) злий умисел, шахрайство, умисний корисливий злочин щодо майна товариства (розтрата, привласнення, крадіжка)³⁹;

4) доведення до банкрутства, умисна неплатоспроможність⁴⁰.

У Німеччині вимога про постійне підтримання належної капіталізації – це одна з форм корпоративного контролю, через яку правопорядок прив'язує учасників (акціонерів) до участі у фінансових результатах компанії⁴¹. Німецьке законодавство взагалі набагато суворіше ставиться до регулювання капіталу АТ та ТОВ. Це не проста формальність чи фікція для реєстрації нового товариства, яка надалі нічого не гарантує. У Німеччині існує складна регуляторика щодо вимог до капіталізації, її контролю, фінансової звітності та різних показників, підтримувати які зобов'язаний виконавчий орган. У корпоративних фінансах криза-менеджмент – одна з основних функцій цього органу. До нього звернений насамперед імператив дбайливого та обачного ведення справ, тобто ведення їх таким чином, щоб уникнути кризи платоспроможності⁴².

Німецьке корпоративне право виходить на категорію капіталізації через обов'язки контролерів компанії, порушення яких тягне за собою певну відповідальність. І тоді виявляється, що й не потрібно ламати корпоративну форму, коли у нас конструюється класичне зобов'язання посадових осіб (або власників компанії) перед товариством – і порушення цього зобов'язання закономірно тягне за собою відповідальність⁴³.

Досліджувана проблема для застосування того чи іншого підходу в Україні полягає в тому, що статутний капітал в українському праві не виконує жодної забезпечувальної функції. Його зв'язок з «інтересами кредиторів» має виключно декларативний й абстрактний характер, тому що, за винятком банків та деяких інших фінансових компаній, закон не містить прямого імперативу в кожний окремих момент часу підтримувати певний рівень капіталізації (покриття капіталу, відношення боргу до власного капіталу, фінансового важеля, коефіцієнта поточної, короткострокової та швидкої ліквідності⁴⁴ etc.), а в іншому разі відповідати за бор-

³⁹ Engle, E., & Danyliuk, T., 2014, pp. 8–9.

⁴⁰ Gerner-Beuerle, C., 2021, pp. 14–16.

⁴¹ Gevurtz, F. A., 2012, pp. 10–12.

⁴² Gerner-Beuerle, C., 2021, pp. 14–16; Gevurtz, F. A., 2012, pp. 10–12.

⁴³ Hopt, K. J., 2011, pp. 15–18; Leyens, P. C., & Faure, M. G., 2018, pp. 18–20.

⁴⁴ Щодо деяких важливих показників (індикаторів) фінансової спроможності компаній у міжнародній практиці див. класичну роботу: Ciaran Walsh (2023). Key indicators for management. 100+ financial factors for effective company management / trans. from English: Yaroslav Vitashlyuk. K.: Nash format. [in Ukrainian]. pp. 77–98, 135–146. Головна проблема у цьому контексті полягає не в тому, що ці показники можуть бути «поганими» чи «добрими» для певної корпорації, а в тому, чи відомі вони акціонерам (учасникам), чи забезпечується підзвітність і підконтрольність (*accountability*) виконавчого органу перед власниками. В ідеальному світі мав би бути постійно оновлюваний монітор (*dashboard*), панель управління з ключовими показниками ліквідності, платоспроможності та капіталізації, яку передбачувано спостерігають усі акціонери, а так само виконавчі та контролюючі директори, що, відповідно, мають

гами товариства⁴⁵. Загалом, німецький *критерій обачного та розумного господаря* в рамках *duty of care*, що висувається до контролерів навіть небанківських корпорацій, набагато вищий (більш кваліфікований та деталізований), ніж аналогічний критерій в українському корпоративному праві.

Під **недостатньою капіталізацією**, чи неадекватною капіталізацією, недостатністю активів корпорації розуміється нестача власного майна корпорації для задоволення всіх вимог кредиторів. Але «основне призначення цього показника – виявлення невідповідності вартості активів корпорації самій природі ризиків, які супроводжують діяльність, що веде товариство. Зрозуміло, неможливо передбачити всі ризики, але йдеться про ті з них, які могла б розумно передбачити звичайна людина, яка має рівень знань, необхідний для здійснення відповідного виду діяльності»⁴⁶.

Недостатня капіталізація є найважливішим фактором, коли йдеться про вирішення питання зняття корпоративної завіси. У рішенні у справі *Laya v. Erin Homes, Inc.* з цього приводу було сказано: «*One fact which all the authorities consider significant <... > is whether the corporation was grossly undercapitalized for the purpose of the corporate undertaking*»⁴⁷. Суттєва недокапіталізація є типовим сигналом (тригером) для нехтування самостійністю корпорації. Але лише факту недостатньої капіталізації замало для зняття корпоративного покрову. Це пов'язано з тим, що багато в чому просто складно встановити, що вважати за *адекватну, нормальну* забезпеченість капіталом.

«Спроба вести корпоративний бізнес, не забезпечуючи достатньої основи для фінансової відповідальності перед кредиторами є *зловживанням корпоративною формою*, і звільнення акціонерів від боргів корпорації було б неефективним рішенням. Правова політика все настійніше вимагає, щоб акціонери сумлінно під-

змогу вчасно ідентифікувати кризу товариства й ужити відповідних заходів до її подолання (докапіталізувати, надати фіндопомогу, розкрити певні внутрішні чи зовнішні резерви тощо). Проте оскільки такий ступінь *accountability* є скоріше винятком, ніж правилом, то власники здебільшого не володіють *постійно* дійсним станом справ у компанії, а внутрішній і зовнішній аудит – це скоріше разовий контрольний захід, ніж інструмент *постійного* моніторингу. Розвиток цифрової економіки загострить проблему відповідальності власників за фінансові результати компаній, тому що вже зараз з'являються цифрові копії (аватари) компаній, які містять у собі всю інформацію про діяльність і поточний стан бізнесу; ідея полягає в тому, що оскільки ми, власники акцій (часток) тепер можемо спостерігати за «життям» аватара нашої корпорації у режимі реального часу, то, відтак, презюмуватиметься, що нам відомі всі контракти та всі фінансові операції компанії, і ми, за умовчанням, дали на них свою згоду, якщо не буде доведено зворотне. Можливо, це вимагатиме нової дистрибуції, додаткового перерозподілу відповідальності та участі у прибутках: прибуток рахуватиметься для тих учасників, які схвалили контракт, з іншого боку, ті, що схвалили, відповідатимуть по боргах внаслідок цих контрактів усім своїм майном. У будь-якому разі це вимагатиме перегляду традиційних поглядів на статус органів управління та правособ'єктність і корпоративну автономію юридичної особи.

⁴⁵ Alexander, 2009, pp. 10–12; Beregovyi & Stuyck, 2014, pp. 45–47; Zavalko, 2020, pp. 23–25.

⁴⁶ Armour, 2006, pp. 150–152; Mülberr, 2006, pp. 123–125.

⁴⁷ Matheson & Eby, 2000, pp. 175–178; Schley, 2020, pp. 190–193.

давали бізнес-ризик неоптяжений [іншими зобов'язаннями] капітал [у розмірі], який був би розумно адекватний їхній можливій відповідальності⁴⁸. Якщо капітал є ефемерним чи дріб'язковим у порівнянні з передбачуваним бізнесом та ризиками втрат, то це є підставою для відмови у наданні привілею корпоративної форми».

Відповідно до практики німецьких судів «наскрізна відповідальність» можлива, коли: 1) товариство не забезпечене учасниками достатнім капіталом (недостатня капіталізація, *Unterkapitalisierung*)⁴⁹; або 2) товариство не є самостійним і повністю залежить від своїх учасників (*Abhängigkeits- und Konzernverhältnisse*)⁵⁰; або 3) єдиний учасник змішав своє приватне майно з майном товариства так, що визначення капіталу, за рахунок якого товариство несло б відповідальність за своїми боргами, стало неможливим (*Vermögensvermischung*)⁵¹.

При недостатній капіталізації юридична особа недостатньо забезпечена власним капіталом (*Eigenkapital*) для цілей своєї діяльності. На протиположність об'єднанням осіб або спілкам (*Verein*), які не повинні мати власного капіталу, для товариств капіталу (*Kapitalgesellschaften*) наказано певний «гарантійний капітал» (*Garantiekapital*)⁵².

Важливий момент: якщо недостатня капіталізація *цілеспрямовано* використовувалася для заповдіння шкоди кредиторам товариства (§ 826 НЦУ), то в літературі вказується (з посиланнями на судову практику), що йдеться вже не про «наскрізну відповідальність», а про окрему *деліктну відповідальність* за заповдіння шкоди, яка має лише ту особливість, що порушник при вчиненні порушення використав особливості «товариства, заснованого на об'єднанні капіталів»⁵³, зокрема, обмежену відповідальність його учасників.

Ця ідея добре демонструє особливість СВКЮО, яку, на жаль, не врахував український Верховний Суд (Велика Палата) у справі № 761/45721/16-ц⁵⁴: важливо розрізняти дві схожих правові ситуації: а) коли контролери, що вели справи товариства, зазнали невдачі через власну необачність, що призвело до недокапіталізації та кризи фінансової спроможності, – настає *наскрізна відповідальність* у межах і порядку, що передбачені для такої відповідальності; б) коли ж йдеться про дії з доведення до банкрутства, то це умисне правопорушення (інколи навіть зло-

⁴⁸ Tillmann, 2004, pp. 123–126.

⁴⁹ Matheson & Eby, 2000, pp. 175–178; Schley, 2020, pp. 190–193.

⁵⁰ Hoffmann, 2018, pp. 27–29.

⁵¹ Schlehofer, 2017, pp. 50–53.

⁵² Tillmann, 2004, pp. 123–126.

⁵³ Koenig, 2024, pp. 85–87; Alting, 1994, pp. 103–106.

⁵⁴ Правова позиція Великої Палати Верховного Суду згідно з постановою від 28 вересня 2021 року у справі № 761/45721/16-ц; <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/101473371?from=761%2F45721%2F16-%D1%86>.

чин), – і в цьому випадку винні контролери *відшкодовують пряму шкоду*, завдану умисним банкрутством⁵⁵.

Відповідальність контролерів у першому випадку теж має деліктну природу, тому що контролери порушили свій обов'язок перед товариством (щодо банків це висловлено у законі навіть більш виразно: «Власники істотної участі зобов'язані *вживати своєчасних заходів для запобігання настанню неплатоспроможності банку*. Пов'язана з банком особа за порушення вимог законодавства, у тому числі нормативно-правових актів Національного банку України, *здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку*⁵⁶, або доведення банку до неплатоспроможності несе цивільно-правову, адміністративну та кримінальну відповідальність.»

Проте використана при визначенні обсягу наскрізної відповідальності у ст. 61 КУзГПБ юридична техніка не дає підстав вважати це відповідальністю за заподіяння шкоди. Верховний Суд для пристосування відшкодувальної оптики до наскрізної відповідальності контролерів об'єктивує товариство до поняття підприємства як цілісного майнового комплексу, що, з урахуванням усієї сукупності майнових прав та обов'язків, дозволяє звести це поняття до балансу та звіту про фінансові результати. І в такій оптиці погіршення фінансового результату дорівнює зменшенню вартості «підприємства» як майна (майновим утратам), а відтак, фактично – збитку, тільки не фінансово-бухгалтерському, а *юридичному збитку* в розумінні ч. 2 ст. 22 ЦК України.

Далі Верховний Суд застосовує до цієї ситуації ст. 1166 ЦК: майнова шкода, завдана *неправомірними* рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала. Тут проблема полягає в тому, що у випадку наскрізної відповідальності, за відсутності ознак умисного банкрутства, неплатоспроможність і криза ліквідності є наслідком, як правило, *правомірних* рішень, дій і правочинів, учинених контролерами юридичної особи. Ми маємо розрізнити негативний результат *правомірних* дій, з одного боку, – і негативний результат дій *протиправних*, з іншого. І лише у другому випадку ми можемо говорити про *шкоду* (юридичні збитки за ст.ст. 22, 1166 ЦК).

І головне: якщо оцінювати погіршений фінансовий результат товариства як шкоду, завдану контролерами їх необґрунтовано ризиковими (необачними) рішеннями, діями та правочинами, то така шкода мала б відшкодовуватися *в обсязі прямих*

⁵⁵ Парадокс полягає у тому, що з точки зору майнових ризиків для самих контролерів загроза СВКІЮО набагато більш разюча та каральна, ніж відшкодування прямої шкоди; нестача активів у банку-банкрута завжди вимірюється кратними значеннями самих активів, і ця нестача набагато більше за розмір прямих доведених збитків від винних дій контролерів.

⁵⁶ Правління Національного банку України 10 листопада 2015 року прийняло постанову № 778 «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України», якою буквально було покладено на банк обов'язок довести, що в діях клієнта або банку немає ознак здійснення ризикової діяльності. Також постановою визначений перелік ознак здійснення банком ризикової діяльності.

та побічних втрат від саме цих необґрунтовано ризикових (необачних) рішень, дій та правочинів. Суд (з допомогою економічної експертизи) повинен був би ізолювати перелік цих хибних (назвемо їх так) рішень, дій і правочинів – та визначити їх сукупний негативний результат у вигляді конкретних майнових втрат, каузально пов'язаних з хибними діями.

Але ж зовсім не це передбачає закон. Він покладає на контролерів усю різницю між вимогами кредиторів та ліквідаційною масою боржника, – без розрізнення механіки виникнення цієї різниці. Таким чином, це буквально не відповідальність за заподіяння шкоди, а своєрідна трансмісія зобов'язань в силу прямої вказівки закону.

Мисленнєвий експеримент. Якби КУзПБ не містив спеціальних норм (ст. 61) щодо СВКЮО, то як би вирішувалося питання про відповідальність контролерів? Очевидно, що арбітражний керуючий (ліквідатор) у ліквідаційній процедурі все одно проводив би аудит минулих операцій банкрута з погляду виявлення ризикових або навмисних фродакторних / винних дій контролерів боржника; свій звіт (висновок) він би подавав господарському суду та клав його в подальшому в основу окремого позову від імені боржника до винних осіб про відшкодування заподіяної боржнику їх протиправними діями шкоди, або ж (як варіант) – заяви про кримінальне правопорушення (розтрата, шахрайство, доведення до банкрутства) з цивільним позовом про відшкодування шкоди у кримінальному провадженні; розмір цивільної відповідальності контролера визначався би судово-економічною експертизою як сума прямих і непрямих збитків, заподіяних контролером товариству-боржнику (не кредиторам⁵⁷) та причинно пов'язаних з конкретними протиправними діями; ці права вимоги до контролерів зараховувалися б у ліквідаційну масу на загальних підставах; банкрут в особі керуючого міг би стягувати ці борги або продати (відступити) їх у загальному порядку.

Правовою підставою для відшкодування збитків у такому випадку була б ч. 3 ст. 92 ЦК України: *«Орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень. Посадові особи товариства, винні у порушенні передбачених цим Законом обов'язків,*

⁵⁷ Цікаво, що англійський Вищий суд нещодавно докладно дослідив питання (і відповідь на нього негативно) про те, чи є переміщення майна боржника, за рахунок якого забезпечувалася його відповідальність, підставою для позову кредиторів на відшкодування шкоди до домінуючого учасника, коли він передав банківські активи зобов'язаного товариства до сестринської компанії, аби уникнути вилучення його кредиторами. Протиправні дії учасника в цьому випадку, вважає Суд, були лише стосовно товариства, а не кредиторів. Визнано, що директори товариства несуть обов'язок сумлінної поведінки лише щодо їхніх товариств та кредиторів загалом (як групи), але не стосовно кожного з них окремо. Як вказує J. Louison (який тут вбачає можливим лише претензію керуючого на збільшення конкурсної маси), з англійського конкурсного права випливає, що в цій ситуації жодна деліктна вимога не прийнятна. (Louison, J. (2022), pp. 89–101). Український закон, натомість, закріплює протилежний підхід: кредитори мають право на похідний позов в інтересах товариства-боржника. Потребується посилання на те, звідки ця інформація

відповідають за збитки, заподіяні товариству своїми діями або бездіяльністю. У разі якщо відповідальність згідно з цією статтею несуть кілька осіб, їх відповідальність перед товариством є солідарною.»⁵⁸

Натомість, прописана в законі конструкція СВКІОО — це не відшкодування таких збитків, завданих товариству (і тим більше кредиторам). Від’ємне значення чистих активів, яке переноситься на контролерів юридичної особи, могло утворитися внаслідок значної кількості об’єктивних та суб’єктивних факторів, умисних та необережних дій. Негативний результат багатьох операцій за своєю природою не повинен мислитися у категоріях заподіяння шкоди⁵⁹. У разі відшкодування шкоди ми мали б винно-причинно пов’язати конкретні негативні наслідки (майнові втрати) з конкретними навмисними діями (угодами, рішеннями) контролерів, і лише в цій частині вимагати відшкодування шкоди. Дарування боржником майна та інші форми умисної втрати активів, не опосередковані зустрічним еквівалентним наданням, зрозумілим чином здатні сформулювати конкретну шкоду, що настала внаслідок недобросовісних дій.

Натомість, закон повністю, суцільним блоком переносить на контролерів боржника весь обсяг непокритих активами зобов’язань, без неодмінної прив’язки негативної капіталізації з винними діями контролерів. Тобто між окремими вчинками та рішенням контролерів й остаточним негативним результатом (від’ємним значенням чистих активів) існує «*camera obscura*» операційного бізнесу, і закон не вимагає власне вмикати світло та досліджувати предметно, які конкретно дії контролерів привели до банкрутства, і чи не було інших істотних причин для нього.

Досвід українських банків, що виводилися з ринку або примусово викупувалися державою, свідчить, що в кожному такому випадку завжди були наявні одночасно: а) велика кількість ризикових операцій; б) помилки фінансового планування; в) об’єктивні макроекономічні тригери кризи («чорні лебеді»); та г) дрібні зловживання, нецільові витрати, маніпуляції зі звітністю та показниками ліквідності⁶⁰. Що з цього призвело до «проблемності» банку, а потім — і до неплато-

⁵⁸ Аналогічно, відповідно до ст. 62 Закону України «Про акціонерні товариства» посадові особи органів акціонерного товариства повинні діяти в інтересах товариства, дотримуватися вимог законодавства, положень статуту та інших документів товариства. Посадові особи органів акціонерного товариства несуть відповідальність перед товариством за збитки, завдані товариству своїми діями (бездіяльністю), згідно із законом. Уразі якщо відповідальність згідно із цією статтею несуть кілька осіб, їх відповідальність перед товариством є солідарною.

⁵⁹ Hoffmann, 2018, pp. 29–30.

⁶⁰ Оглавля, Я. О. (2017). Регулювання діяльності транснаціональних банків в умовах глобальної фінансової нестабільності. Монографія. Київ: КНЕУ, 45–68. [Доступно за посиланням: https://kneu.edu.ua/userfiles/d-26.006.02/2017/Ogloblia_dis.pdf]; Стецюк, П. А., Гудзь, О. Є., & Войтюк, А. В. (2013). Трансформація матриці банківського кредитування сільськогосподарських підприємств. Економіка АПК, 12, 58–65. [Доступно за посиланням: http://www.irbis-nbu.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbu/cgibis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&image_file_name=PDF/E_ark_2013_12_10.pdf] (с. 60–62); Кафедра економічної кібербезпеки (2019). Сучасні інформаційні

спроможності? Точно не лише п. 2) сам по собі. Не можна з доказовим рівнем упевненості стверджувати, що саме нецільові витрати керівництва, пов'язані кредити або інші неринкові правочини пов'язаних осіб призвели до втрати платоспроможності та кризи ліквідності. Але закон і не вимагає ізолювати рахувати прямі збитки від зловживань і маніпуляцій. Він встановлює правило: **якщо у принципі цей п. 2) мав місце, то незалежно від обсягу вини особи, які це допустили, зобов'язані сплатити боржникові різницю (нестачу) між вимогами кредиторів і активами боржника.**

Наша теза полягає у тому, що ця конструкція безкінечно далека від концепції та самої ідеї шкоди у цивільному праві. І ми не повинні штучно натягувати інститут шкоди на СВКЮО.

Можна констатувати, що наразі вітчизняний правопорядок у частині СВКЮО не розрізняє необережне банкрутство (що настало внаслідок простої чи кваліфікованої помилки контролерів) та умисне банкрутство. Думається, що вартувало б виділити окрему категорію **необережного банкрутства**, в якому арбітражний керуючий і суд виокремлюють хибні (не просто необачні *post factum*, а помилкові у момент їх вчинення) операції, що призвели до банкрутства та обраховують конкретну майнову шкоду від таких операцій, яку покладають на відповідальних осіб товариства.

Так чи інакше, контролери товариства своїм *веденням справ допустили банкрутство* товариства. За чинним законом цього достатньо для субсидарної відповідальності за *всім обсягом* не покритих ліквідаційною масою зобов'язань. Насправді, цей інститут створює стійке враження чужорідного тіла у приватному праві, про що зазначають і судді⁶¹, з аргументами яких важко не погодитись. Відчувається когнітивний дисонанс, коли під цивілістичний мікроскоп потрапляє якийсь нетиповий об'єкт для аналізу, *sui generis*, який неможливо вкласти в один з існуючих класів відомих об'єктів. Ментальний перфекціонізм заважає залишити нетиповий об'єкт за межами існуючої в цивілістиці їх класифікації. І дуже часто в таких випадках дійсно має місце логічна помилка на нормативному рівні – і на цьому ж рівні, очевидно, вона має бути виправлена.

Виправлення має починатися з назви інституту, тому що передбачена законом відповідальність контролерів – звичайно ж, *ніяка не субсидарна*, бо відповідають вони не перед кредиторами (як *додаткові* боржники), а перед товариством (як *первинні* боржники), і відповідні суми стягуються з них *на користь товариства*. Німецький термін «наскрізна відповідальність» – більш вдалий приклад правона-

технології в соціально-економічних системах. Сумський державний університет, 54–59. [Доступно за посиланням: https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/79147/1/Yarovenko_1546.pdf] (с. 55–57).

⁶¹ П. Пригуза. Умови та підстави притягнення до субсидарної відповідальності при банкрутстві «Право застосування та судова практика у процедурах банкрутства і неплатоспроможності». ВС, 23.04.2021. До 30-річчя утворення господарських (арбітражних) судів. (https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Prez_Pryguza.pdf)

зивання, зокрема, і через те, що демонструє винятковий характер такої відповідальності, дозволяє відособити цю категорію від загально-деліктної відповідальності.

Необхідно також чітко вербалізувати обов'язки контролюючих (мажоритарних) «власників»⁶² компаній та обов'язки керівників: загальні для всіх юридичних осіб; спеціальні (кваліфіковані) вимоги та обов'язки для найбільш ризикових видів діяльності. Загалом варто диференціювати такі типові делікти контролерів⁶³.

Перша група: заподіяння збитку товариству через невиправданий ризик або помилку – повинно тягнути відповідальність за обмежену конкретними (хибними) операціями шкоду лише тоді, коли помилковість рішення, дії чи операції була зрозуміла для архетипного «звичайного керівника» у момент їх вчинення⁶⁴. В інших випадках майнова відповідальність за помилку може наставати, лише якщо це передбачено контрактом з посадовою особою або законом (для контролерів банків, КУА, страховиків, діяльності, пов'язаної з підвищеним ризиком чи небезпекою – там, де діє вимога підвищеної обачності та кваліфікованої відповідальності), або у разі, коли невиправданий ризик чи помилка одночасно були вчинені з переви-

⁶² Навіть Верховний Суд у цитованій вище постанові перепрошує за цей термін стосовно юридичних осіб, – хоча його вживає законодавство. Юридична мова не завжди встигає пристосовуватися до нової реальності.

⁶³ Буквально напередодні виходу статті було опубліковано Закон України «Про внесення змін до Кодексу України з процедур банкрутства та деяких інших законодавчих актів України щодо імплементації Директиви Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу 2019/1023 та запровадження процедур превентивної реструктуризації», який виклав ч.ч. 2–4 ст. 4 КУзПБ у такій редакції: «У разі якщо аудитором, бухгалтером, які надають послуги боржнику, або бухгалтером боржника за результатами складання податкової звітності виявлено ознаки неплатоспроможності або її загрози, такі особи протягом 10 днів повідомляють про це боржника. У разі виникнення ознак неплатоспроможності чи її загрози, а також у разі отримання боржником повідомлення від осіб, зазначених у частині другій цієї статті, керівник боржника зобов'язаний не пізніше 30 днів з дня отримання відповідної інформації надіслати засновникам (учасникам, акціонерам) боржника, власнику майна (органу, уповноваженому управляти майном) боржника, а також іншим органам управління, до компетенції яких належить вирішення цих питань, відомості щодо наявності ознак неплатоспроможності чи її загрози. Виконавчий орган боржника, а у випадках, передбачених законом, – засновники (учасники, акціонери) боржника, власники майна (орган, уповноважений управляти майном) боржника, зобов'язані вживати заходів щодо запобігання неплатоспроможності боржника, у тому числі здійснення позасудового врегулювання боргу, ініціювання процедури превентивної реструктуризації боржника, ініціювання процедури реструктуризації відповідно до Закону України «Про фінансову реструктуризацію» або у випадках, передбачених цим Кодексом, прийняти рішення про звернення до господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство. У разі невиконання або неналежного виконання зазначених заходів особи, зазначені у цій частині, несуть відповідальність у випадках, передбачених законом.» [набуває чинності 23 січня 2025 року; <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3985-IX#Text>, дата звернення 29.10.2024]. Отже, законодавством було поглиблено обов'язки посадових осіб і контролерів боржника щодо запобігання банкрутству.

⁶⁴ Для розрізнення очевидних та неочевидних, добросовісних і недобросовісних помилок в Україні має розвинути пруденційна оцінка обачності як інститут і вид діяльності. Сьогодні вона відсутня в нас як явище: навіть аудитори з Big-4 не розуміють, коли їм ставити на завдання питання «Чи була обачною та розумною поведінка директора при вчиненні вказаних правочинів?»; вони схильні відповідати лише на (очевидні) запитання «Чи підтверджується документально...?». Комплайєнс-офіцери, які повсюдно з'явилися у великих корпораціях, звичайно, також не мають до такої зовнішньої оцінки (яка цілком зрозуміла для західних аудиторів) жодного стосунку.

щенням повноважень, порушенням ковенант (обмежень) чи з іншим порушенням посадових обов'язків; в інших випадках, за умовчанням, це не може бути достатньою підставою для притягнення контролера до майнової відповідальності, якщо він діяв правомірно.

Друга група: невинуватий ризик контролера, який призвів до неплатоспроможності (банкрутства) товариства, – повинен у всіх випадках тягнути відповідальність за обмежену конкретними (хибними) операціями шкоду, а не наскрізну відповідальність контролера за весь обсяг непокритих активами зобов'язань. Чинне законодавство для цієї групи передбачає наскрізну відповідальність, і нам видається це великою помилкою.

Третя група: умисні розтрата чи привласнення майна, одержання неправомірної винагороди, виведення активів, які не призвели до банкрутства, – має тягти дисциплінарну відповідальність (відсторонення на час розслідування та наступне звільнення), адміністративну або кримінальну відповідальність (залежно від розміру шкоди та інших наслідків) за правопорушення, а також відшкодування прямої шкоди, завданої конкретними правопорушеннями.

Четверта група: умисні розтрата чи привласнення майна, одержання неправомірної винагороди, виведення активів, які призвели до банкрутства, а так само умисне доведення до банкрутства – лише ці випадки, на наш погляд, повинні тягнути наскрізну відповідальність винних контролерів у сумі всіх непокритих кредиторських вимог, якщо розмір прямої шкоди від цих дій не є більшим.

Наскрізна майнова відповідальність винних осіб у четвертій групі випадків буде правовим наслідком кримінальної відповідальності та встановлення вини конкретних осіб в «кримінальному банкрутстві». Певна семантична проблема тут полягає в тому, що категорія *умислу* стосовно «*доведення до банкрутства*» створює хибне враження, що караними є виключно дії, умисно спрямовані на настання неплатоспроможності. На практиці ж це, можливо, одиничні випадки, – коли контролери юридичної особи умисно діють з метою настання цілеспрямованого банкрутства.

Рідко коли контролера цікавить банкрутство як самоціль (хіба тільки як проміжний інструмент тимчасового полегшення, коли вводиться мораторій на примусове стягнення та припиняють нараховуватися штрафні санкції). Частіше трапляються цілком конкретні протиправні маніпуляції з активами товариства, спрямовані за заволодіння пов'язаними з контролерами особами цими активами. І банкрутство настає як закономірний наслідок відсутності активів у вирішальний момент. У таких випадках потрібно говорити про інші корисливі злочини (розтрата, привласнення тощо), які причинно частково пов'язані з неплатоспроможністю. На наш погляд, наскрізна відповідальність може мати місце виключно у четвертій групі випадків і лише на викладених правових підставах. В усіх інших випадках у частині майнової відповідальності контролерів може йтися лише про відповідальність за пряму шкоду.

Більше того, обсяг шкоди від злочинних дій контролерів навіть у четвертій групі повинен окремо визначатися, незалежно від обсягу наскрізної відповідальності. Тобто шкода має визначатися у всіх окреслених випадках.

Також у контексті наведених видів відповідальності має по-новому осмислити-ся *теорія підприємницького ризику*. Адже не можна в цих питаннях послуговуватися ст. 42 Кримінального кодексу України («Діяння, пов'язані з ризиком»), особливо у визначенні того, що таке *«виправданий ризик»* та які умови його застосування до дій контролерів. Проблема в тому, що ризик є завжди, це нормальний, звичайний ринковий фон бізнес-діяльності. Обидві умови застосування «виправданого ризику»: (а) наявність суспільно корисної мети та (б) неможливість її досягнення у неризиковий спосіб – щодо підприємництва здаються знушенням з ринкової логіки, оскільки постають питання – чи вважатиметься «отримання понаднормового прибутку» *суспільно корисною метою* і чи можливо було досягти цієї мети в *«неризиковий спосіб»*?

Не можна вивести на нормативний рівень (навіть для професійних учасників фінансового ринку) обов'язок «бути успішними», «вчиняти виключно вдалі правочини», «отримувати прибуток» тощо. Реальність така, що зобов'язання мають схильність порушуватися, кризи об'єктивно наступають, ланцюгові дефолти по зобов'язаннях поширюються час від часу незалежно від дій чи волі контролерів товариства, – навіть якщо загальні збори попередньо вчинили «інтервенцію у ведення справ товариства» та самі обрали контрагента, ціну та інші умови контракту. Істотна частина кредиторських вимог може виявитися безнадійною, натомість сукупний розмір дебіторських вимог перевищить наявні активи. У цих випадках навряд чи можна назвати цю різницю «шкодою» або визнати за підприємцями право на рестарт через ліквідацію бізнесу, як це властиво американській діловій культурі. Чітке розмежування випадків, коли наша правова система дає позитивну відповідь, а коли – негативну, – і є питанням про правову природу СВКЮО⁶⁵.

Варто принаймні на теоретичному рівні визнати, що ч. 2 ст. 61 КУЗПБ містить досить нетиповий для класичного приватного права механізм трансферу боргових зобов'язань на осіб, які не перебувають у жодних зобов'язальних (зокрема, забез-

⁶⁵ Тим дивніше, коли Велика Палата ВС пише, що «втрата платоспроможності банком, який раніше був платоспроможним, саме по собі може свідчити про заподіяння банку шкоди» (постанова Великої Палати Верховного Суду від 25 травня 2021 року у справі №910/11027/18). Ця властива нашій правосвідомості трохи маніакальна думка, що «нічого не трапляється саме по собі», і «за кожним провалом стоїть злочин» – це не та ідеологія, на якій можна збудувати інноваційний (а тим більше – венчурний) бізнес. Феномен інквізиційної оптики такий, що коли ти починаєш шукати склад злочину, то ти завжди його знаходиш. Але напевно, якби у кожній ситуації були загальновідомі («розумні та обачні») дії та рішення, які *гарантовано* дадуть прибуток, то не було б дефолтів, криз і банкрутств. Шкода, але економіка так не працює. Кожне рішення чи дія з різним ступенем вірогідності веде і до прибутку, і до збитку. Парадокс СВКЮО полягає у тому, що навіть коли доведено, що ось це певне, ізольоване від інших рішення чи дія завідомо та неминуче вела до збитку, то відповідальна особа буде відповідати не за цей конкретний ізольований збиток, а за всі валові зобов'язання свого товариства після настання неплатоспроможності.

печувальних) відносинах з кредиторами та могли і не брати участь у формуванні повного розміру такого негативного сальдо. І цей механізм відмінний від шкоди.

На конструктивному рівні це взагалі схоже на поруку з відкладальною умовою: доведення до банкрутства. Коли умова настала, в подальшому питання вини контролерів втрачає правове значення, і контролери просто несуть відповідальність за боржника у повному обсязі нестачі активів (як постійні та латентні квазі-поручителі). Це відповідальність не за «нестачу активів» як шкоду, а просто – за доведення до банкрутства, і у певних випадках може набувати, відтак, не лише компенсаторного, а і штрафного характеру.

Звичайно, модель СВКЮО не є порукою і навіть будь-яким іншим (непоіменованим) забезпеченням зобов'язань, оскільки у структурі підстав для СВКЮО делікт і вина контролерів-«псевдозабезпечувачів» зміщують центр тяжиння інституту у бік цивільно-правової відповідальності. Якщо умовою виникнення зобов'язання третьою особою був би чистий дефолт боржника, це було б особистим (консенсуальним) забезпеченням. Та коли до цього складу додається делікт самої цієї третьої особи, то це радше не забезпечення, а особливий охоронний інститут цивільного права, – за своєю конструкцією відмінний від усього, що ми знаємо у цивільному праві.

Субсидарна відповідальність батьків за боргами неповнолітніх дітей має схожу етико-правову дилему: в теорії батьки повинні відповідати або тому, що (а) вони ситуативно замінюють собою не до кінця оформлену, недосконалу правову особистість своїх дітей (ніби в силу *patria potestas* заповнюють собою діє- та деліктоздатність своїх дітей), або тому, що (б) батькам ставиться у провину певний проміжний і удаваний, прямо не висловлений у законі «квазі-делікт»: потурання, втрата контролю / нагляду, саме допущення заподіяння дітьми шкоди.

З юридичними особами, як бачимо, теж настає ця «дилема Франкенштейна» – питання про відповідальність кінцевих бенефіціарів по зобов'язаннях свого юридичного творіння конструюється різними правопорядками або (а) за простим фактом юридичного контролю, або (б) через явний або передбачуваний делікт – втрата контролю, умисні дії, марнотратство, запустіння справ, і т.д. У зв'язку з цим симптоматично, що стосовно субсидарної відповідальності батьків українське право не вимагає встановлення та формалізації якоїсь *спеціальної провини* батьків: навіть якщо ти ідеальний батько/мати, але дитина завдала шкоди, питання про вину батьків навіть не ставиться, шкода має бути відшкодована за фактом самого заподіяння. Між тим щось інтуїтивно заважає нам поширити той самий режим на юридичні особи. Одного факту правового контролю для СВКЮО замало.

Тож, це відкриває шлях до більш важкого варіанта делікту, який може бути покладений в основу СВКЮО, – прямиий *fraud*, злий намір, обман, шахрайство, – або стосовно товариства, його учасників, або щодо кредиторів (в т.ч. клієнтів, споживачів). Так було у рішенні у справі *North v. Higbee*, де Верховний суд штату Огайо вказав, що «для зняття корпоративної завіси необхідно встановити не лише

те, що існував *надмірний* контроль над дочірньою компанією, а й те, що потерпілий був обдурений або введений в оману»⁶⁶; у зв'язку з цим суд не визнав материнську компанію відповідальною за дочірньою боргами. Такий самий висновок про недостатність одного лише факту контролю було зроблено у справі *Belvedere Condominium Unit Owners' Ass'n v. R. E. Roark Cos.* Тут суд витлумачив позицію у справі *North* як склад двох умов *sine qua non*: того, що корпорація була створена з метою здійснення шахрайства і що контроль учасників над корпорацією здійснювався з метою обману контрагента⁶⁷.

У цьому рішенні суд також сформулював, що корпоративна форма може не братися до уваги і учасники несуть відповідальність за боргами корпорації, коли: а) контроль над корпорацією був настільки повним, що корпорація не мала *жодного власного розсуду, ані волі, ані власності*; б) контроль над корпорацією здійснюється як шахрайство або інший незаконний акт щодо позивача; в) такий контроль чи обман призвів до виникнення у позивача збитків чи несправедливих втрат [*Vicyrus-Erie Co. v. General Products C.*].

Відповідальність менеджменту та відповідальність домінуючих учасників компанії також мають кожна своєрідне обґрунтування. З цього питання існує дві взаємопов'язані етичні концепції: **каузальна** та **утилітарна**. Стосовно аналізованої проблеми відповідно до першої концепції відповідальність за кінцевий результат діяльності товариства має нести той, *хто фактично вів справи товариства*; і тоді необхідно визначити коло осіб, причетних до прийняття ключових рішень, які каузально пов'язані з таким результатом⁶⁸. Друга концепція вимагає притягати до відповідальності бенефіціарів (вигодонабувачів): а) як тих, що раніше отримували вигоди від діяльності товариства, так і б) тих, хто отримав вигоди від конкретних зловживань⁶⁹. Можна сказати, що обидві концепції знаходять свої прояви у праві та судовій практиці.

Варто звернути увагу у дослідженні підстав СВКЮО на таку категорію, як *ведення справ товариства*. Вона може стати ключом, мета-категорією для розрізнення того фактичного, що може одержувати перевагу над юридичним (корпоративною формою). Суть пропонованого загального правила (критерію) полягає в намаганні визначити, хто у товаристві здійснює фактичне ведення справ; і, відтак, хто фактично вів справи товариства, той і повинен відповідати по його (непокритих активами) боргах у банкрутстві. У визначенні *фактичного управителя справ* може братися до уваги вся сукупність наведених вище критеріїв⁷⁰.

⁶⁶ Sweeney, 2009, p. 281.

⁶⁷ Manning, 2010, pp. 103–105.

⁶⁸ Coelho, McClure, & Spry, 2003, pp. 67–69.

⁶⁹ Velasquez, 1983, pp. 5–7.

⁷⁰ Van der Weide, 1996, p. 573.

Річ у тім, що у різних товариствах «ведення справ» структурується по-різному через систему органів і посадових осіб товариства та їх повноважень. Але всюди спостерігається впізнаваний патерн: власники часток (учасники) на своєму рівні відокремлюються від виконавчого органу (менеджменту) за досить умовним розмежуванням між стратегічним управлінням (рівень загальних зборів) і операційним управлінням (виконавчий рівень). В АТ, ТОВ і ТДВ за умовчанням «ведення справ» товариства здійснює виконавчий орган на чолі з керівником (директором), який обтяжений, зі свого боку, необхідністю одержувати певні погодження від наглядової ради та/або загальних зборів, а також обов'язками *duty of loyalty* та *duty of care*.

Втім інколи учасники «сідають на судно з капітаном і починають давати йому обов'язкові вказівки». Така «інтервенція» у звичайне ведення справ товариства не є автоматично протиправною: існує універсальна компетенція загальних зборів приймати *будь-які рішення*, крім тих, що віднесені до виключної компетенції наглядової ради або ради директорів. Тож загальні збори можуть прийняти рішення про відчуження майна товариства, надання кредитів, затвердження умов договорів, зобов'язання директора укласти відповідні договори з указаними контрагентами. За таких обставин виникатимуть ознаки ведення справ товариства безпосередньо його учасниками і щодо них відкриватиметься перша умова для СВКЮО. Однак щоб відкрилася друга умова, таке втручання учасників у ведення справ повинно бути недобросовісним і призвести до банкрутства.

Недобросовісна інтервенція контролера. У німецькій практиці трапляється притягнення контролерів до відповідальності за «підрив життєздатності товариства» (*Existenzvernichtungshaftung*): т. зв. руйнівна відповідальність за втручання, що позбавляє товариство основного, твердого капіталу (*Stammkapital*)⁷¹. Традиційно її не зараховують до «наскрізної відповідальності» (хоча з 2000 по 2006 р. Верховний суд ФРН визнавав її такою і вважав за можливе її застосування *поряд* з деліктною відповідальністю – учасник відповідав особисто на підставі того, що ним здійснювалося зловживання правом), а тепер вважають окремим випадком застосування деліктних норм (§ 826 НЦУ, з 2007 р.)⁷².

«Відповідальність за підрив життєздатності товариства» має на увазі, що учасник розпорядився майном юридичної особи у такий спосіб, який не передбачає жодного адекватного врахування *власних інтересів юридичної особи* щодо здатності дотримуватися її зобов'язань та не ставити під загрозу саме її існування⁷³. Верховний суд ФРН говорить тут про зловживання, що веде до банкрутства або посилює без відповідної компенсації чуже зазіхання на майно товариства, яке має служити насамперед цілям пріоритетного задоволення вимог кредиторів товариства. Найчас-

⁷¹ Hoffmann, 2018, pp. 27–29.

⁷² Schulz et al., 2012, pp. 43–45.

⁷³ Casper, 2008, pp. 1112–1120.

тіше тут йдеться про прямі дії учасника (а не бездіяльність), спрямовані на декапіталізацію товариства⁷⁴.

Відповідальність за «зловживальне втручання, що позбавляє товариство основного капіталу» доповнює законодавчу систему норм про підтримання достатнього капіталу (*gesetzliches Kapitalerhaltungssystem*), то вважається, що це супідрядні обов'язки учасників і, відтак, це різні форми їхньої відповідальності. Недобросовісна інтервенція учасника вважається більш тяжким умисним деліктом щодо товариства, аніж незабезпечення достатньої капіталізації, що може бути *необережним* наслідком певних умисних дій.

Серед змішаних теорій цікавою є теорія агентських відносин (*agency*). В англо-американському праві визнається, що компанія може виступати як фактичний агент інших осіб (принципалів), у тому числі учасників компанії, внаслідок чого останні можуть бути стороною зобов'язальних відносин і суб'єктами відповідальності⁷⁵. У рішенні у справі *J. H. Rayner Ltd. v. Department of Trade & Industry* суддя Керр щодо особистої відповідальності учасника вказав, що теорія представницьких відносин на підставі контролю протистоїть рішенню, прийнятому у справі *Solomon*⁷⁶. Як бачимо, у тих випадках, коли судді з англійського права не задовольняються простим унітаристським підходом до правосуб'єктності контролюючої особи, вони конструюють якесь квазі-контрактне зобов'язання контролера, визнаючи його фактичним легальним агентом дочірнього товариства, у дусі того, як повний товариш веде справи ПТ⁷⁷.

Українська конструкція СВКЮО та судова практика. Насамперед слід констатувати, що в Україні цілком і повністю була сприйнята деліктна теорія, яку було вплетено у загальну концепцію відшкодування шкоди, заподіяної контролерами:

«[У] справі про банкрутство субсидіарна відповідальність має деліктну природу та узгоджується із частиною першою ст. 1166 ЦК України, якою встановлено, що майнова шкода, завдана *неправомірними* рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала.

Тобто недостатність майна юридичної особи, яка перебуває в судовій процедурі ліквідації, за умови доведення боржника до банкрутства, поповнюється за рахунок задоволення права вимоги про відшкодування шкоди до осіб, дії / бездіяльність яких кваліфікуються судом як *доведення до банкрутства*.

⁷⁴ Stup, 2018, pp. 83–90.

⁷⁵ Fung, 2020, pp. 15–17.

⁷⁶ Phiri, 2017, pp. 18–20.

⁷⁷ Schulte, 1999, pp. 10–12.

Потерпілою особою в такому випадку є *банкрут*, щодо якого відкрито ліквідаційну процедуру. Саме банкрут, від імені якого діє *ліквідатор* (арбітражний керуючий), у порядку, визначеному статтею 61 КУЗПБ, звертається з вимогою до третіх осіб, з вини яких настало банкрутство боржника.

При цьому визначена в абзаці першому ст. 61 КУЗПБ дискреція ліквідатора у питанні покладення субсидіарної відповідальності має застосовуватися з урахуванням *принципу безсумнівної повноти дій ліквідатора у ліквідаційній процедурі*, невід'ємним критерієм дотримання якого з огляду на положення частини другої ст. 61 КУЗПБ є *вирішення питання про покладення на винних осіб субсидіарної відповідальності за доведення боржника до банкрутства* (такий висновок узгоджується зі сталою правовою позицією, викладеною в постановках Верховного Суду від 17.06.2020 у справі № 924/669/17, від 07.10.2021 у справі № 914/3812/15, від 14.09.2023 у справі № 908/2414/21, від 15.02.2024 у справі № 908/2538/22, від 14.03.2024 у справі № 34/5005/4591/2012 тощо).

Якщо з відповідною вимогою звертається кредитор банкрута, право на звернення якого передбачено також у частині другій ст. 61 КУЗПБ згідно зі змінами, внесеними Законом від 20.03.2023 № 2971-IX, то такий позов слід кваліфікувати як *похідний*, оскільки грошові суми субсидіарної відповідальності стягуються не на користь кредитора, а до ліквідаційної маси банкрута, за рахунок коштів від продажу якої зазначені вимоги задовольняються⁷⁸.

[Правова позиція Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду згідно з постановою від 19 червня 2024 року у справі № 906/1155/20 (906/1113/21)].

Варто зазначити, що Верховний Суд досить широко підходить до питання визначення делікту як підстави для СВКЮО:

«[П]ри вирішенні питання щодо кола обставин, які мають бути доведені суб'єктом звернення (ліквідатором) та, відповідно, підлягають встановленню судом для покладення субсидіарної відповідальності, мають прийматися до уваги також положення ч. 1 ст. 215 ГК України та підстави для порушення справи про банкрутство, з огляду на які такими діями можуть бути:

- вчинення суб'єктами відповідальності будь-яких дій, направлених на *набуття майна, за відсутності активів для розрахунку за набуте майно чи збільшення кредиторської заборгованості боржника без наміру її погашення*;
- прийняття суб'єктами відповідальності рішення про *виведення активів боржника, внаслідок чого настала неплатоспроможність* боржника по його інших зобов'язаннях;
- прийняття суб'єктами відповідальності рішення, *вказівок на вчинення майнових дій чи бездіяльності боржника* щодо захисту власних майнових інтересів

⁷⁸ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду згідно від 19 червня 2024 року у справі № 906/1155/20 (906/1113/21) <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/120341855>.

юридичної особи боржника на користь інших юридичних осіб, **що мало наслідком настання неплатоспроможності**⁷⁹ боржника.

... аналіз зміни показників господарської діяльності боржника у фінансових звітах у негативний бік за відсутності доказів на підтвердження підстав для їх зміни (договори, рішення, акти, первинна документація із зазначенням осіб, які їх укладали та вчиняли, підписували, тощо), не вказує на особу (осіб), яка прийняла рішення чи вчинила дію/бездіяльність та тим самим призвела до зміни цих показників; не вказує на спосіб, у який змінились ці показники (продаж, безоплатне відчуження, розтрата тощо). При цьому відсутність у ліквідатора через неотримання, ненадання керівником наведеної первинної документації незалежно від причин її відсутності не може братись судом до уваги і тим виправдовувати посилення лише на відомості у фінансових звітах, оскільки у цьому разі призведе до порушення закріпленого в ст. 77 ГПК України положення про допустимість доказів у господарському процесі⁸⁰.

Для української судової практики з питання, що досліджується, формуючим прецедентом щодо відповідальності контролерів банку стала постанова, в якій Велика Палата Верховного Суду ультимативно виклала поточний консенсус щодо правового режиму СВКЮО⁸¹: формулювання та опис шкоди, хто є потерпілим від протиправних дій контролерів (саме банк), неможливість похідного позову до контрагента боржника; визначення розміру шкоди. З останнього питання Велика Палата вказала:

«...якщо банку заподіяно шкоди не шляхом вчинення окремо визначених дій (бездіяльності), які мали наслідком знищення або пошкодження конкретної речі, втрату конкретних доходів чи подібні наслідки, а шляхом недотримання вимог законодавства, невжиття своєчасних заходів для запобігання настанню неплатоспроможності банку тощо, що призвело до зниження чистих активів банку, порушення нормативів, зокрема ліквідності та втрати банком стану платоспроможності, то розмір шкоди, завданої банку, оцінюється розміром недостатності майна банку для задоволення вимог усіх кредиторів, якщо не доведений більший розмір шкоди. Такі висновки сформульовані у постанові

⁷⁹ У цих наведених Судом деліктах звертає увагу те, що Суд не може остаточно позбутися (удаваної насправді) каузальності між фраздаторними діями контролерів та неплатоспроможністю. Лише в першому прикладі Суд не використовує зворот «внаслідок чого настала неплатоспроможність», а в інших буквально каже, що СВКЮО може бути покладена не за будь-якої неплатоспроможності товариства, а лише за такої, що настала внаслідок недобросовісних дій контролерів – хоча Закон такого причинного зв'язку не вимагає. Закон вимагає лише встановлення факту умисного банкрутства, яке могло статися і не внаслідок буквально фраздаторних дій.

⁸⁰ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 10 червня 2021 року у справі № 5023/2837/11. <https://zakononline.com.ua/court-practice/show/15931>

⁸¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28.09.2021 року у справі № 761/45721/16-ц <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/101473371?from=761%2F45721%2F16-%D1%86>

Великої Палати Верховного Суду від 25 травня 2021 року у справі №910/11027/18 (провадження №12-185гс19, пункт 7.61).»⁸²

Навряд чи є правовий спосіб поставити під сумнів висловлене Верховним Судом. Водночас не можна не помічати проблему в логічній аргументації, коли Верховний Суд прикладає концепцію відшкодування шкоди до СВКЮО. В жодній іншій ситуації суто математичний фінансовий результат підприємницької діяльності (збиток, непокрите зобов'язання, негативні чисті активи) не може ототожнюватися зі шкодою без оцінки причинного зв'язку кожної складової фінансової операції з її результатом. У рамках такої оптики наявна певна форма об'єктивного звинувачення, коли береться математичний результат відрахування від активів банкрута кредиторських вимог – і, не дивлячись на дійсні причинні та наслідкові зв'язки, ставиться у провину контролерам боржника цей результат як «збитки» *grosso modo*, – просто тому, що це найбільш близька модель, яку можливо підібрати.

Природа СВКЮО, на наш погляд, потребує додаткового вивчення та виправлення на нормативному рівні і питання, незважаючи на досить вичерпний виклад Верховного Суду, не закрите. Складно сперечатися з деліктною природою наскрізної відповідальності, що досліджується. Підставою для неї є цілком зрозуміле умисне правопорушення – доведення до банкрутства. І причинний зв'язок має бути між умисними діями контролерів – і банкрутством, але не між умисними діями контролерів та сумою непокрытих активами зобов'язань! Справді, ця сума так чи інакше переходить через пряму вказівку закону на контролерів, винних у доведенні товариства до банкрутства, але це не повинно мислитися як *шкода товариству* і тим більше його кредиторам із застосуванням пов'язаних з цим правил про відшкодування шкоди.

Аналіз ч. 2 ст. 61 КУзПБ та ч. 6 ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність» дає підстави стверджувати, що цим корпусом норм передбачено **два делікти та два різні випадки відповідальності контролерів юрособи:**

1. Заподіяння шкоди банку рішеннями або діями пов'язаної особи (ч. 6 ст. 58 Закону України «Про банки та банківську діяльність») – класична деліктна відповідальність за завдані збитки. Її відрізняє від звичайної корпоративної відповідальності посадових осіб юрособи за заподіяння шкоди спеціальний суб'єкт: *пов'язана особа*. В цьому випадку делікт конструюється через обов'язок власників значної частки банку забезпечувати його платоспроможність і утримуватися від ризикових операцій, порушення якого має наслідком відповідальність з відшкодування шкоди. Водночас, немає жодних підстав поширювати ці імперативні норми на юридичні особи, які не є банками.

Кваліфікований склад цього ж делікту – **заподіяння шкоди банку, пов'язаний з отриманням вигодонабувачем необґрунтованого збагачення** (та сама ч. 6

⁸² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 25 травня 2021 року у справі №910/11027/18 (провадження №12-185гс19, пункт 7.61).<https://reyestr.court.gov.ua/Review/97220727>

ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність») – тягне за собою солідарну відповідальність особи, пов'язаної з банком та вигодонабувача за заподіяння банку збитків. Тут також ідеться про цілком конкретні, специфіковані збитки, завдані конкретними діями двох (чи більше) осіб. Дивно, що саме ця стаття закону не передбачає посиленої відповідальності за розтрату (виведення) активів банку, який було виведено з ринку.

2. Доведення до банкрутства (ч. 2 ст. 61 КУзПБ) – тягне за собою відповідальність винних у цьому осіб у розмірі всіх непогашених кредиторських вимог і має цілком відмінну від першої ситуації природу. Через те, що згадану вище позицію щодо відповідальності контролерів банку як *відшкодування шкоди* кваліфікувала Велика Палата ВС (правова позиція Великої Палати Верховного Суду згідно з постановою від 28 вересня 2021 року у справі №761/45721/16-ц), то вона поширилася як троп у судовій практиці стосовно наскрізної відповідальності контролерів усіх юридичних осіб у банкрутстві загалом. Водночас, на відміну від описаного вище випадку, що стосуються лише банків, відповідальність контролерів юридичної особи за доведення до банкрутства є екстраординарною правовою відповідальністю, в якій правові наслідки (правове стягнення) для правопорушника не пов'язані напряму з розміром фактичної шкоди, заподіяної конкретними рішеннями та навмисними діями винних осіб. Не можливо в рамках існуючої деліктологічної доктрини пов'язати причинно конкретні дії щодо доведення до банкрутства з повним обсягом непогашених боргів. Якщо такий зв'язок існує, то він уявний (передбачуваний, ніби презюмований).

Якби це справді було збитком, то щоб стягнути збитки не була б потрібна спеціальна норма ч. 2 ст. 61 КУзПБ. Натомість у цьому і проявляється *публічно-правовий елемент* такої відповідальності: неவிпадково формулювання цивільно-правового делікту «*доведення до банкрутства*» у КУзПБ та ГК повністю збігається із формулюванням кримінального правопорушення у ст. 219 КК. Законодавець явно вважав недостатнім для винних у доведенні до банкрутства осіб залишити їх наодинці з прямою шкодою: у такому разі вони б відповідали виключно за безпосередні збитки від їх недобросовісних дій. Однак закон буквально повністю, суцільним порядком переносить на них усю різницю між кредиторськими вимогами та ліквідаційною масою, без розгляду спеціальної вини цих осіб у повному обсязі такої недостачі.

У цьому вся відмінність й у цьому специфіка цього виду відповідальності порівняно з *відшкодуванням збитків банку пов'язаними особами* чи *відшкодуванням збитків юридичній особі діями чи рішеннями її посадових осіб*. Концепція відшкодування шкоди у принципі не потребує будь-якого піднімання покровів: заподіювач шкоди і так стає безпосередньо юридично пов'язаним як боржник з потерплою особою (кредитором), тут немає потреби нікуди проникати: є шкода і є пряма відповідальність за цю шкоду. Для контролерів юридичної особи у банкрутстві передбачено цілком особливий конкурсний механізм відповідальності, який вимагає винного (причинного) зв'язку дій і рішень контролерів – *не з розміром непогашених боргів, – а з неплатоспроможністю, що настала, в цілому*.

Це своєрідне приватноправове зобов'язання в силу прямої вказівки закону (*ex lege*), з істотним публічноправовим елементом, що додає йому виразний штрафний характер. Це додаткове правове обтяження, яке правопорядок покладає на контролерів банкрута, винних у доведенні його до банкрутства. Особа може бути винною у доведенні до банкрутства товариства лише частково, обсяг фраздаторності її дій у грошовому еквіваленті може складати нікчемно малу величину порівняно із загальною сумою несплачених кредиторських зобов'язань (або, як наводить Верховний Суд, бути навпаки більшим). Однак це не має жодного правового значення: сама лише наявність складу правопорушення «доведення до банкрутства» означає повне перекладення на винну особу всього обсягу зазначених зобов'язань банкрута.

Майбутнє доктрини СВКЮО. Ми вважаємо, що в майбутньому деліктологічна доктрина продовжить суттєво деформувати поняття та сутність корпорації. Юридичний мета-нарратив «обмеження відповідальності», на якому було збудовано класичне корпоративне право (і навіть, що симптоматично, назви багатьох організаційно-правових форм), зазнав краху⁸³. У вогні двох світових воєн згоріло багато основ модерного права, які раніше обмежували відповідальність осіб: *nullum crimen*, презумпція невинності, корпоративні покрови, строки давності⁸⁴ тощо. Зіткнувшись із жахами тотальної дегуманізації, ці основи виявилися непристосованими до вирішення нових проблем і були скасовані в Нюрнберзі⁸⁵.

Коли математика відмовляється від деяких аксіом, то змінюються всі її висновки та теореми. Нам видається, що ми досі не до кінця усвідомлюємо поточний процес розм'якшення права (до стану *soft law*), перехід від лінійної парадигми римського права до нового «права справедливості» (нового *ius honorarium*), яке здатне принципово нехтувати правовою формою і проникати через неї, скасовувати цілі інститути позитивного права з міркувань справедливості та доброчесності. І це тренд набагато ширший, ніж РТСВ⁸⁶.

⁸³ Prince, 2011, pp. 55–56.

⁸⁴ Wattad, 2016, pp. 95–97.

⁸⁵ Ahmad, 2022, pp. 227–229.

⁸⁶ Robilant, 2006, p. 503. Попри те, що виділення права справедливості із «загального» (або цивільного) права є ознакою досить розвинутого правопорядку, саме по собі «нехтування формою» не завжди свідчить про прогресивність правової системи. Ми б сказали, навіть навпаки, це визнання певної глухого кута, неспроможності класичного права відповідати масовим запитам ділового обороту. Коли суддя припиняє судити за законом, а починає судити «по справедливості», – це саме по собі тривожний симптом. Так, проф. Петражицький у лекції 1906 року «Про дух законності» говорить про це студентам: вам тільки здається, що позитивна норма несправедлива. Наприклад, ошуканий кредитор звертається з позовом про стягнення до боржника, покладаючись на покази свідків. Відповідач заперечує проти позов, кажучи, що позика не може доводитися свідками, – і суд приймає сторону відповідача, бо це відома давня норма цивільного права. Очевидці процесу обурені: саме почуття справедливості, здається, зневажає цим рішенням. Чи не мав суддя дивитися ширше крізь цю стару норму, «розбити позитивну форму інтересами справедливості»? Ні, – каже проф. Петражицький, – бо справедливість уже закладена в самій нормі: якби її не було, скільки б нечесних псевдокредиторів звернулося б до суду зі своїми «свідками»? [Petrazhitsky, L. I. (1906)].

Характерно, що саме питання про відповідальність стало важелем, що перевернув корпоративне право в сучасну епоху постмодерну⁸⁷. Є підстави вважати, що дискурс про відповідальність юридичних осіб триватиме в майбутньому в рамках двох основних філософських парадигм: *трансгуманістичної* та *постгуманістичної*. Кожна з них пристосовно до нашої проблеми містить різні підходи, а відтак, дає різні відповіді на питання про сутність юридичної особи та відповідальності корпорації проти відповідальності її «контролерів». Візьмемо на себе сміливість сформулювати основні положення кожної парадигми.

Юридичний трансгуманізм:

– юридичні особи ніколи не мали і не можуть за своєю природою мати повноцінну правосуб'єктність, як особи фізичні;

– юридичні особи – це будь-які похідні від фізичних осіб фіктивно правові сутності, які діють на користь фізичних осіб;

– слідуючи цій логіці, фіктивність є рисою не лише корпорації, а й у принципі будь-яких «віртуальних квазі-суб'єктів»: ботів, алгоритмів, аватарів, цифрових осіб, «штучного інтелекту», – які правопорядок наділяє фіктивною правосуб'єктністю (можливістю набувати прав та обов'язків);

– у кожній юридичній особі мають бути «приписані до неї»: а) контролери (керівники) з правами адміністратора різного рівня; і б) бенефіціари – ті, в чий інтерес діє юридична особа, та які привласнюють економічний результат функціонування юридичної особи;

– оскільки юридичні особи не мають самостійної правосуб'єктності і взагалі не повинні розглядатися як однопорядкові з фізичними особами суб'єкти, то відповідальність за шкоду, заподіяну юридичною особою (або ж за створені такою особою безнадійні боргові зобов'язання), повинні завжди нести її адміністратори та бенефіціари;

– юридична особа розглядається виключно як фіктивний агент його бенефіціарів, яким керують його адміністратори;

– скажімо, в обліковому записі алгоритму, який запускається на фондовий ринок з певними налаштуваннями, мають бути прописані бенефіціари (власники) алгоритму, та особа, яка адмініструє акаунт; ці особи можуть збігатися або різнитися, але головна ідея у тому, що «юридична особа» – алгоритм не виступає самостійним суб'єктом зі своєю волею і своїми інтересами; вона укладає сотні тисяч угод на день, але у юридичної особи немає і не може бути жодних *своїх інтересів* та *своїї волі*, відмінної від волі бенефіціарів та адміністраторів, – у цьому головна відмінність цих квазі-суб'єктів від фізичних осіб (людей);

⁸⁷ Див.: Andrews, N. (1998). «What would Sir Samuel Griffith have said? Postmodernism in the 1990s company law classroom.» Murdoch University Electronic Journal of Law, 3(2), 24–29; Sheehy, B. (2003). «The importance of corporate models: Economic and jurisprudential values and the future of corporate law.» DePaul Business & Commercial Law Journal, 1(3), 579–595; Cutler, A. C. (2008). «Problematizing corporate social responsibility under conditions of late capitalism and postmodernity.» In Authority in the Global Political Economy (pp. 205–230). Springer.

– застосовуючи цю модель до корпорацій, постулюється, що у корпорації також немає і не може бути (як і у всіх юридичних осіб) своїх власних інтересів; юридичні особи – це продовження фізичних осіб (тому це *транстгуманістична* доктрина: юридична особа – це певне продовження, атрибут людини, на кшталт юридичного екзоскелету); тому щоразу стосовно юридичної особи ми повинні пам'ятати, *чиє саме* це продовження, і відповідальність покладати, відтак, на *конкретних фізичних осіб*;

– ультимативним (кінцевим) відповідачем за боргами будь-якої юридичної особи, таким чином, мають вважатися заздалегідь відомі фізичні особи; питання про дистрибуцію (розподіл) відповідальності між бенефіціарами та адміністраторами може вирішуватися по-різному: або вони всі разом є солідарними боржниками, або вони поділяються на два рівні класи, всередині яких бенефіціари у своїй частині відповідають солідарно, а адміністратори – солідарно у своїй частині; або закон допускає можливість встановлення різних пропорцій корпоративним договором між бенефіціарами та адміністраторами (при неприпустимості абсолютного обмеження відповідальності).

Юридичний постгуманізм:

– саме розрізнення «юридичних» та «фізичних осіб» – це хибний дискурс; для приватного права всі особи – юридичні. І це не питання про суб'єктність у праві: юридична особа – це просто акаунт у правовій системі, за яким може ховатися будь-хто (будь-що);

– правова система – математичний інтелегібельний світ, який підлягає комп'ютеризації (програмованим розрахункам) на загальних засадах за заданими логічними правилами і законами;

– припускається, що через обліковий запис юридичної особи в правовій системі діє певний інтелект («природний» або те, що зараз називається «штучним»). Сама можливість того, що цей обліковий запис був створений і здійснює програмовані правові дії (угоди), – вже достатня підстава для визнання його «суб'єктом», для права не принципово, що стоїть за зовнішньою формою цього облікового запису;

– ті, хто йменується «фізичними особами» – це теж не буквально «люди», адже «фізична особа» – також просто юридичний акаунт людини у правовій системі, через який вона створює (набуває) у ній прав та обов'язків; люди різні та нерівні за визначенням, а от фізичні особи всі однакові та рівні;

– навіть зараз угоди укладають не «живі люди», а «фізичні особи» з певними програмованими характеристиками; у майбутньому кожна «жива людина» може мати кілька таких акаунтів «фізичних осіб» або «юридичних осіб», але всі ці акаунти відчужені (відокремлені) від «живої людини»;

– людина – це носій білкової форми життя, яка, очевидно, не є єдино можливою; юридична особа – це, наприклад, небілкова форма життя, тому що вона здатна діяти і самовідтворюватися – а цього достатньо для визначення *життя*;

правовій системі байдуже, яка з форм життя функціонує в ній, вони всі рівноправні та однорангові;

– юридична особа має свої *власні інтереси* і *свою волю*, відмінну від людей, які його створили. Ця ідея перестане шокувати, коли буде усвідомлено, що сильний ІІІ, який буде створений у майбутньому, володітиме всім набором психічних функцій, які помилково називаються «свідомістю»;

– таким чином, кожна особа, незалежно від її природи та форми, має нести повну відповідальність виключно *за своїми зобов'язаннями*; трансфер чужих зобов'язань на третю особу можливий виключно на підставі контракту з такою третьою особою;

– ліквідація юридичної особи неможлива і, мабуть, безглузда; це прирівнюється до вбивства людини: ми ж не вбиваємо зараз людину за борги (від часів законів XII таблиць)? Правова система передбачає механізм утилізації безнадійних зобов'язань у процедурах, схожих на нинішнє банкрутство фізичних осіб; юридичні особи припиняються або ліквідуються лише у випадках, передбачених базовим кодом, заздалегідь відомим усім контрагентам.

Трансгуманізм та постгуманізм, як бачимо, містять взаємно суперечливі системи поглядів на онтологію фізичних та юридичних осіб у праві. Загальне в них те, що обидві системи одночасно суперечать поточному консенсусу з цього питання. Правда полягає в тому, що майбутнє вже настало, але воно розподілене нерівномірно. Десь ще закінчується модерн, десь підходить до свого глухого кута постмодерн, а десь розквітає юридичний футуризм.

Наш прогноз полягає в тому, що дві вказані вище парадигми стануть для нас двома наступними послідовними епохами: прямо зараз відбувається перехід до моделі трансгуманізму, який зруйнує (як антитеза чинному правопорядку) залишки постмодерного вчення про корпорації (масова обсесія з присвоєння кожній компанії ЦВО, остаточне руйнування корпоративної завіси, перехід на рівень «контролерів» – усе це симптоми наступаючої трансгуманістичної правосвідомості, в якій юридичні особи мисляться як вторинні форми, інструменти у руках людей, їх продовження, за яких мають зрештою відповідати люди); коли внутрішні протиріччя нової системи сягнуть критичного значення і вона перестане бути адекватною існуючій мета-реальності (це співпаде приблизно з часом запровадження «сильного ІІІ»), настане етап синтезу, і постгуманістичному праву доведеться визнати самостійну суб'єктність за юридичними особами, керованими таким ІІІ.

Наразі юридична особа – це симулякр у світі симулякрів⁸⁸; і ми зайняті буквально тим, що приписуємо кожному симулякрові у реєстрі його бенефіціарів та адміністраторів (у душі поради Шерлока Голмса докторові Вотсону: «*Не бійтеся привидів – бійтеся живих людей*»). Але ми маємо пам'ятати, що і цей дискурс тимчасовий: колись ми самі станемо симулякрами.

⁸⁸ Koessler, M. (1948). The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation. Louisiana Law Review, 9. [https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/lalrev/article/1615/].

Висновки

СВКЮО набуває особливої актуальності у сучасних умовах трансформації корпоративного права. Механізм РТСV, який активно використовується в англо-американському та німецькому праві, може бути ефективним інструментом для забезпечення відповідальності контролерів у разі зловживання повноваженнями або недобросовісного управління. Однак, для українського правопорядку важливо адаптувати цей підхід, враховуючи специфіку національного корпоративного законодавства та сучасні економічні виклики.

Україні важливо розмежовувати види відповідальності контролерів залежно від характеру та ступеню їхнього негативного впливу на фінансову стійкість компанії, що вимагає диверсифікованого законодавчого врегулювання критеріїв, за яких може застосовуватись субсидарна відповідальність, а так само впровадження чітких норм щодо запобігання ризиковим операціям та відповідальності контролерів за управлінські рішення, що призводять до стійкої неплатоспроможності.

Загалом, упровадження цих змін здатне підвищити ефективність корпоративного управління, забезпечити більшу прозорість у діяльності компаній та сприяти захисту інтересів кредиторів, що вкрай важливо для розвитку економіки України.

REFERENCES

- Abbott, K. W., & Snidal, D. (2000). Hard and Soft Law in International Governance. International Organization. Доступно на Cambridge Core: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/abs/hard-and-soft-law-in-international-governance/EC8091A89687FDF7FC9027D1717538BF>.
- Ahmad, H. M. (2022). The jurisdictional vacuum: transnational corporate human rights claims in common law home states. *The American Journal of Comparative Law*, 70(2), 227–229. Retrieved from Oxford Academic: <https://academic.oup.com/ajcl/article/70/2/227/6772608>.
- Alexander, K. (2009). Bank resolution regimes: balancing prudential regulation and shareholder rights. *Journal of Corporate Law Studies*, 9(3), pp. 233–254.
- Alexander, K. (2022). *Principles of Banking Regulation*. Cambridge University Press.
- Alting, C. (1994). Piercing the Corporate Veil in American and German Law: Liability of Individuals and Entities – A Comparative View. *Tulsa Journal of Comparative & International Law*, pp. 103–106.
- Andrews, N. (1998). «What would Sir Samuel Griffith have said? Postmodernism in the 1990s company law classroom.» *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 3(2). <https://www5.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/1998/17.html>
- Armour, J. (2006). Legal capital: An outdated concept? *European Business Organization Law Review*, pp. 150–152.
- Arnim, C. von. (2000). U. S. Corporation und Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich – Haftungsdurchgriff im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht und Piercing the Corporate Veil im Recht der U. S.-amerikanischen Corporation.

- Arnold, M. (2012). *Durchgriffshaftung und Verhaltenssteuerung im Konzernrecht*. – Frankfurt am Main: Lang.
- Bainbridge, S. M. (2004). The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine. *Vanderbilt Law Review*. Vol. 57, № 1.
- Bainbridge, S. M. (2005). Abolishing veil piercing. *University of Illinois Law Review*, 2005(2).
- Baskin, J. B., & Miranti, P. J. (1999). *A History of Corporate Finance*. Cambridge University Press.
- Baums, T., & Hopt, K. J. (2010). *Haftung und Verantwortung im Unternehmensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Behme, C. (2016). The principle of mutual recognition in the european internal market with special regard to the cross-border mobility of companies. *European Company and Financial Law Review*, 13(2), pp. 345–352. Доступно на De Gruyter: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ecfr-2016-0031/html>.
- Belenzon, S., Lee, H., & Pataconi, A. (2018). Towards a legal theory of the firm: The effects of enterprise liability on asset partitioning, decentralization, and corporate group growth. National Bureau of Economic Research Working Paper Series.
- Beregovi, D., & Stuyck, J. (2014). Parental liability for competition law violations: Lessons for emerging markets. Central European University.
- Bergmann, A., Drescher, I., Fleischer, H., & Goette, W. (2020). Vom Konzern zum Einheitsunternehmen: aktuelle Entwicklungsperspektiven des deutschen und europäischen Konzernrechts.
- Bicker, E. T. (2006). Creditor protection in the corporate group. SSRN Electronic Journal. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906742.
- Black, B. S., & Kraakman, R. (1996). A self-enforcing model of corporate law. *Harvard Law Review*, 109(8), pp. 1911–1982;
- Blumberg, P. I. (1987). *The Law of Corporate Groups: Tort, Contract, and Other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*. – Boston: Little, Brown and Company.
- Blumberg, P. I. (1990). The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations. *Del. J. Corp. L.*, 15.
- Blumberg, P. I. (2005). The transformation of modern corporation law: The law of corporate groups. *Connecticut Law Review*, 37(3).
- Bold, U. (2021). Corporate Law Principles versus Corporate Groups. Eworkcapital.
- Boot, A. W. (2023). *Banking and Financial Institutions: A Risk Management Perspective*. McGraw-Hill Education.
- Butler, S. J. (2000). Models of Modern Corporations: A Comparative Analysis of German and US Corporate Structures. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, pp. 30–32.
- Calder, A. (2008). *Corporate Governance: A Practical Guide to the Legal Frameworks and International Codes of Practice*.

- Calliess, G. P., & Renner, M. (2009). From Soft Law to Hard Code: The Juridification of Global Governance. *Ratio Juris*.
- Casper, M. (2008). Liability of the managing director and the shareholder in the GmbH (private limited company) in crisis. *German Law Journal*, 8(4), pp. 1112–1120. Cambridge University Press: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/liability-of-the-managing-director-and-the-shareholder-in-the-gmbh-private-limited-company-in-crisis/7C89AD8D17791363CEEFD1A60BF2C79F>.
- Cheffins, B. R. (2020). *Corporate Ownership and Control: British Business Transformed*. Oxford University Press.
- Cheng, T. K. (2010). Form and substance of the doctrine of piercing the corporate veil. *Mississippi Law Journal*, 80.
- Cilliers, J. (2002). Liability of a holding company for the debts of its insolvent subsidiary. *University of Western Australia Law Review*, 30.
- Coelho, P. R. P., McClure, J. E., & Spry, J. A. (2003). The social responsibility of corporate management: A classical critique. *American Journal of Business*, pp. 67–69. Retrieved from *ResearchGate*: https://www.researchgate.net/profile/Philip-Coelho/publication/227359320_The_Social_Responsibility_of_Corporate_Management_A_Classical_Critique/links/5a83c9c9aca272d6501ed476/The-Social-Responsibility-of-Corporate-Management-A-Classical-Critique.pdf.
- Cohen, D. L. (1998). Theories of the Corporation and the Limited Liability Company: How Should Courts and Legislatures Articulate Rules for Piercing the Veil? *Oklahoma Law Review*, 51, pp. 427–450.
- Collins, H. (1990). Ascription of legal responsibility to groups in complex patterns of economic integration. *Modern Law Review*, 53, pp. 731–755.
- Commercial Cassation Court of the Supreme Court (June 10, 2021) **Postanova u spravi** [Resolution in case] Legal position. No. 5023/2837/11. <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/120341855>. [in Ukrainian].
- Commercial Cassation Court of the Supreme Court (June 19, 2024) **Postanova u spravi** [Resolution in case] No. 906/1155/20 (906/1113/21). <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/120341855>. [in Ukrainian].
- Cutler, A. C. (2008). «Problematizing corporate social responsibility under conditions of late capitalism and postmodernity.» In *Authority in the Global Political Economy*, pp. 205–230. Retrieved from Springer: https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230584297_8.
- Davies, P. (2022). *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. Sweet & Maxwell.
- Dean, G., & Clarke, F. (1993). Law and accounting: The separate legal entity principle and consolidation accounting. *Australian Business Law Review*, 21, pp. 456–475.
- Dess, T. (2021). The protection of corporate creditors under Ethiopian share company law in light of international recommendations. *Journal of Law, Policy, and Globalization*, 96, pp. 76–82.

- Dignam, A., & Oh, P. (2020). Rationalising Corporate Disregard. *Legal Studies*.
- Dine, J. (2000). *The Governance of Corporate Groups*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ellis, C. M. (2022). Enemy of All Mankind: Enshrining Universal Civil Jurisdiction in Human Rights Law to Hold Multinational Corporations Accountable in Our Globalized World. *Columbia Undergraduate L. Rev.*, 19, pp. 75–76.
- Emmenegger, P., & Lutz, P. (2019). *Financial Crises and the Limits of Capitalism: Essays on History and Theory*. Routledge, p. 48.
- Emmerich, V. (2013). *Konzernrecht: Kommentar*. – Мюнхен: Beck.
- Endres, D., & Ditsch, S. (1999). German Corporate Tax Planning. *International Tax Journal*, 11.
- Engle, E., & Danyliuk, T. (2014). Emulating the German two-tier board and worker participation in US law: A stakeholder theory of the firm.
- Ferri, G. (2016). *Bank Liquidity and the Global Financial Crisis: Perspectives and Developments*. Springer, pp. 88–90.
- Fleischer, H. (2011). Corporate Governance und Haftung der Geschäftsführung. *Juristenzeitung (JZ)*. Bd. 66, Nr. 8.
- Fleischer, H. (2011). Corporate Governance und Haftung der Geschäftsführung. *Juristenzeitung*, 66(8), 381–395.
- Freedman, J. (2000). Limited liability: Large company theory and small firms. *Modern Law Review*, 63(3), pp. 326–329.
- Гьлбьєр, Р. У., & Клейн, М. (2015). Balancing Past and Present: The Impact of Accounting Internationalisation on German Accounting Regulations. *Accounting History*, pp. 15–17.
- Fung, K. (2020). The Proper Role of Agency in Corporate Group Liability. *International & Comparative Law Quarterly*, pp. 15–17.
- Gelb, H. (2013). Piercing the corporate veil: The undercapitalization factor. *Chicago-Kent Law Review*, 59(1), pp. 17–25.
- Gelter, M. (2009). Dark Side of Shareholder Influence: Managerial Autonomy and Stakeholder Orientation in Comparative Corporate Governance. *Harv. Int'l L. J.*, 50, pp. 25–27.
- Gerner-Beuerle, C. (2021). *The Duty of Care and the Business Judgment Rule: A Case Study in Legal Transplants and Local Narratives*.
- Gevurtz, F. A. (2012). *Corporate Governance after the Financial Crisis*. Edward Elgar Publishing.
- Гьртц, М. (2007). The Federal Court of Justice's concept for piercing the corporate veil due to the destruction of a limited liability company. *Client Newsletter*, 9, pp. 1–10.
- Govender, T. N. (2019). An analysis of lifting of the corporate veil in light of s20 (9) of the Companies Act 71 of 2008. Retrieved from Core.ac.uk: <https://core.ac.uk/download/pdf/222783087.pdf>.

- Gower, L., & Davies, P. (2021). *The Principles of Modern Company Law*. Sweet & Maxwell.
- Graham, A. (2020). *The Cathedral and the Haystack: One View of Limited Liability and Corporate Groups*. Victoria University of Wellington Legal Research Paper. Retrieved from SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3651546
- Grand Chamber of the Supreme Court (May 25, 2021) *Postanova u spravi* [Resolution in case] No. 761/45721/16-ts. reyestr.court.gov.ua/Review/97220727. [in Ukrainian].
- Grand Chamber of the Supreme Court (September 28, 2021) *Postanova u spravi* [Resolution in case] in case No. 761/45721/16-ts. Legal position <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/101473371?from=761%2F45721%2F16-%D1%86>. [in Ukrainian].
- Grigoleit, H. C. (2016). Das Haftungssystem des GmbH-Gesetzes: Zwischen Subsidiarität und Solidarität. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*. Bd. 45, Nr. 3.
- Grigoleit, H. C. (2019). Regulierung von Related Party Transactions im Kontext des deutschen Konzernrechts. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*.
- Habersack, M., Verse, D. (2019). *GmbH-Recht: Handbuch*. – München: Beck.
- Ҡаnиsch, D. (2007). The liability of shareholders for obligations of the company in Germany and the People's Republic of China. *City University of Hong Kong*, pp. 14–16.
- Ҡаnиsch, J. (2007). *Gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung in Deutschland und den USA: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft*. Berlin: Springer.
- Hansmann, H., & Kraakman, R. (2000). The essential role of organizational law. *Yale Law Journal*, 110(3), pp. 387–440;
- Hansmann, H., Kraakman, R., & Squire, R. (2005). *Law and the Rise of the Firm*. Harvard Law Review.
- Harris, R. (2009). The Institutional Dynamics of Early Modern Eurasian Trade. *Legal History Journal*, pp. 15–16.
- Harris, R. (2009). The Law and Economics of Corporate Governance: The Case for Subsidiary Liability. *Stanford Journal of Law, Business & Finance*. Vol. 14, № 3.
- Hawk, B. (2016). *Law and Commerce in Pre-Industrial Societies*. Brill.
- Heindler, F. (2020). National Report on Austria. In *Groups of Companies: A Comparative Law Overview*. Springer.
- Hellwig, M. (2021). Systemic Risk in the Financial Sector: Lessons from the Financial Crisis. *Journal of Financial Stability*, pp. 123–126.
- Hendrickson, J. (2021). *Ethical Issues in Accounting: A Practical Approach*. Routledge, pp. 19–22.
- Hoffmann, D. (2018). Corporate Veil and Limited Liability in German Corporate Law. *European Business Organization Law Review*, pp. 27–29.

- Hoffmann-Becking, M. (2009). Konzernhaftung und Verantwortlichkeit im deutschen Aktienrecht. Die Aktiengesellschaft (AG). Bd. 54, Nr. 4.
- Hopt, K. J. (2011). Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation. *The American Journal of Comparative Law*, pp. 15–18.
- Hopt, K. J., & Leyens, P. C. (2004). Corporate Groups in Germany. *Journal of Corporate Law Studies*.
- Hopt, K. J. (2024). Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law, and Regulation of Corporate Groups.
- Kahan D. R. (2009). Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective *Georgetown Law Journal*. Vol. 97. №4.
- Kallmeyer, C. (2016). Haftungsfragen bei der faktischen Geschäftsführung in der GmbH *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*. Bd. 19, Nr. 10.
- Khimji, M. F., & Nicholls, C. C. (2015). Corporate Veil Piercing and Allocation of Liability: Diagnosis and Prognosis. *Banking & Finance Law Review*, pp. 37–39.
- Kindler, P., & Lutter, M. (2014). Konzernrecht: Handbuch. München: Beck.
- Kistoffersson, E. (2023). Taxation of companies in economic and financial distress: 2022 EATLP Congress Vienna 16–18 June 2022. Torrossa.
- Knappke, T. C. (2008). No liability of shareholders for material undercapitalization of a GmbH. *Corporate Law Newsletter*, October.
- Koch, H. (2002). Die Durchgriffshaftung im deutschen und europäischen Gesellschaftsrecht. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*. Bd. 31, Nr. 2.
- Koenig, C. (2017). An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU competition law. *Journal of Competition Law & Economics*, 13(2), pp. 281–309. Retrieved from Oxford Academic: <https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/13/2/281/3885843>.
- Koenig, C. (2024). The Rise of Corporate Cross-Entity Liability: Which Doctrine for What Purpose? *European Business Law Review*, 35(2), pp. 85–87.
- Kraakman, R. et al. (2009). *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press.
- Krawczyk-Giehsman, A. (2020). Shareholders' Liability for Ruining a Company in Light of the CJEU's Judgment in Kornhaas. *European Business Organization Law Review*, pp. 156–158.
- Leyens, P. C., & Faure, M. G. (2018). Directors' and Officers' Liability: Economic Analysis. De Gruyter, pp. 18–20.
- Ljbbbe, M. (2013). Konzernverantwortung und Umwandlungsrecht. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 177, 518–541.
- Louison, J. (2022). Insolvency rights and fiduciary duties in bankruptcy cases. *International Insolvency Review*, 31(1), pp. 89–101.
- Lowry, J. (2004). Lifting the corporate veil in European company law. *European Business Organization Law Review*, 5(1), pp. 157–178.
- Lutter, M. (2020). Hommelhoff, P. GmbH-Gesetz: Kommentar. München: Beck.

- Zemliankin, A. I., Ilyina, H. O., Kocheshkova, I. M., & Trushkina, N. V. Lytvyn, I. V. & Shevchuk, K. S. (2022). Theoretical foundations of venture fund operations and development prospects in Ukraine. *Venture capital business in Ukraine: Current state and background of development. Menedzhment ta pidpriemnytstvo v Ukraini: etapy stanovlennia i problemy rozvytku Scientific Journals and Conferences*. <https://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2022/dec/29560/220972maket-398-405.pdf> [in Ukrainian].
- Lytvyn, I. V., & Shevchuk, K. S. (2022). Venture business in Ukraine: Current state and historical development. Lviv Polytechnic National University. Retrieved from <https://science.lpnu.ua/uk/smeu/vsi-vypusky/vypusk-4-nomer-2-2022/venchurnyy-biznes-v-ukrayini-suchasnyy-stan-ta-peredistoriya> [in Ukrainian].
- Maitland, I. (1994). The morality of the corporation: An empirical or normative disagreement? *Business Ethics Quarterly*, 4(3), pp. 450–452. Retrieved from JSTOR: <https://www.jstor.org/stable/3857343>.
- Makharoblishvili, G. (2016). Limited liability and entity shielding in corporate personality. In Todua N. (Ed.), Guram Natchkebia, 75. Tbilisi.
- Manning, M. R. (2010). There's a Change in the Status Quo: Corporate Veil Piercing in Ohio after *Dombroski v. WellPoint*. *Entrepreneurial Business Law Journal*, 5, pp. 103–105. Retrieved from: <https://kb.osu.edu/bitstreams/6848e821-fdec-53b7-b317-fef922a7a125/download>.
- Mantysaari, P. (2010). Management of Risk: General Remarks. Springer.
- Marcantel, J. A. (2010). Because Judges Are Not Angels Either: Limiting Judicial Discretion by Introducing Objectivity into Piercing Doctrine. *University of Kansas Law Review*, 59, pp. 491–510.
- Matchavariani, S. (2015). Management of corporate groups in Germany and the US: Integration of management principles in Georgian law. Tbilisi.
- Matheson, J. H., & Eby, R. B. (2000). The Doctrine of Piercing the Veil in an Era of Multiple Limited Liability Entities: An Opportunity to Codify the Test for Waiving Owners' Limited Liability Protection. *Washington Law Review*, 75, pp. 175–178.
- Merkt, H., & Spindler, G. (2006). Legal capital in Europe. *De Gruyter Recht*, pp. 166–168.
- Mevorach, I. (2013). The role of enterprise principles in shaping management duties at times of crisis. *European Business Organization Law Review (EBOR)*, 14, pp. 21–42.
- Miguens, H. J. (2002). Liability of a parent corporation for the obligations of an insolvent subsidiary under American case law and Argentine law. *American Bankruptcy Institute Law Review*, 10, pp. 425–448.
- Miller, S. R. (1998). Piercing the Corporate Veil among Affiliated Companies in the European Community: A Comparative Analysis. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47, № 1.

- Mrema, K. J. (2020). Piercing the Corporate Veil of Group Companies: A Critical Legal Analysis under the Companies Act of Tanzania. Retrieved from Repository.out.ac.tz. <http://repository.out.ac.tz/2956/1/LATAMANI%20-18-FINAL%20SUBMISSION.pdf>.
- Мьлbert, P. O. (2006). A synthetic view of different concepts of creditor protection. *European Business Organization Law Review*, pp. 123–125.
- Мьlhens, J. (2006). Der sogenannte Haftungsdurchgriff im deutschen und englischen Recht: Unterkapitalisierung und Vermögensentzug. Тьbingen.
- Мьnch, K. (2010). Durchgriffshaftung im deutschen Konzernrecht. *Zeitschrift fьr Wirtschaftsrecht (ZIP)*. Bd. 31, Nr. 10.
- Mucoz, D. R. (2010). The law of transnational securitization. *Journal of Corporate Law Studies*, 8(3). Routledge, pp. 5–6.
- Murphy, D. (1998). Holding company liability for debts of its subsidiaries: Corporate governance implications. *Bond Law Review*, 10, pp. 287–306.
- Nathan, R. S. (1986). Controlling the puppeteers: Reform of parent-subsidiary law in New Zealand. *Canterbury Law Review*, 3, pp. 1–12.
- Noack, U., Zyllner, W. (2018). *Gesellschaftsrecht: Kommentar zum GmbH-Gesetz und den Vorschriften des Konzernrechts*. Auflage. Мьnchen: Beck.
- Nwafor, A. O. (2015). Piercing of the Corporate Veil: An Incursion into the Judicial Conundrum. Corporate Board: Role, Duties, and Composition, 5–7. Retrieved from Semantic Scholar: <https://pdfs.semanticscholar.org/903f/51ebe7ee2c606c79d671de289d6b63734ad1.pdf>.
- Oesterle, D. A. (1993). Piercing the Corporate Veil in American and European Law. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 56, №4.
- Oetker, H., Haas, J. (2007). Die Haftung der Konzernmutter fьr Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft. *Zeitschrift fьr Wirtschaftsrecht (ZIP)*. Bd. 28, Nr. 16.
- Oh, P. B. (2010). Veil-Piercing Unbound. *Boston College Law Review*. Vol. 55, №2.
- Ohlavlya, Y. O. (2017). *Rehuliuwannia diialnosti transnatsionalnykh bankiv v umovakh hlobalnoi finansovoi nestabilnosti [Regulation of transnational banks' activities in conditions of global financial instability]* [PhD Dissertation Kyiv: KNEU Vadym Hetman], 45–68. https://kneu.edu.ua/userfiles/d-26.006.02/2017/Ogloblia_dis.pdf [in Ukrainian].
- Orn, P. (2009). Piercing the corporate veil: A law and economics analysis. University of Lund.
- Orn, P. (2009). Piercing the corporate veil: A law and economics analysis. Lund University Publications
- Paech, P. (2019). *Financial Regulation after the Crisis: Recovery or Revolution?* Edward Elgar Publishing, pp. 98–100.
- Pargendler, M. (2023). *The New Corporate Law of Corporate Groups*. European Corporate Governance Institute – Law Working Paper.
- Petrzhitsky, L. I. (1906). On the Spirit of Legality. *Vestnik prava*, No. 1. [in Russian].

- Petrovičienė, O. (2010). Effective protection of creditors' interests in private companies. *Social Studies Research Journal*, 3(7), pp. 214–236.
- Phillips, D. A. (2013). A statistical analysis of corporate veil piercing. *Review of Law and Economics*, 9(2), pp. 37–64;
- Phiri, S. (2017). Piercing the Corporate Veil: A Critical Analysis of Section 20 (9) of the Companies Act 71 of 2008. Dissertation, University of Venda, pp. 18–20.
- Pistor, K. (2000). Patterns of legal change: shareholder and creditor rights in transition economies. *European Business Organization Law Review (EBOR)*, pp. 112–115.
- Pistor, K., Keinan, Y., Kleinheisterkamp, J., & West, M. D. (2002). Evolution of Corporate Law: A Cross-Country Comparison. *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 23(4), pp. 12–14.
- Plessis, J. J., et al. (2022). *Principles of Contemporary Corporate Governance*. Cambridge University Press, pp. 211–213.
- Pohlmann, M. (2015). *Unternehmensverantwortung und Haftung: Die Durchgriffshaftung im Recht der Kapitalgesellschaften*. Heidelberg: Springer.
- Posner, R. (2011). *Economic Analysis of Law* (8th ed.). New York: Wolters Kluwer.
- Posner, R. A. (1976). The rights of creditors of affiliated corporations. *University of Chicago Law Review*, 43(3), pp. 499–541.
- Prentice, D. D. (1982). Groups of Companies: The English Experience. In Hopt, K., & Teubner, G. (Eds.), *Corporate Groups in European Law*. De Gruyter.
- Prentice, D. D. (1999). Some Aspects of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom. *Connecticut Journal of International Law*, 13, pp. 305–316.
- Prince, D. (2011). Corporate Liability for International Torts: Did the Second Circuit Misinterpret the Alien Tort Statute. *Seton Hall Cir. Rev.*, 8, pp. 55–56.
- Pryguza, P. (2021). Conditions and grounds for bringing subsidiary liability in bankruptcy «Law enforcement and judicial practice in bankruptcy and insolvency procedures. Supreme Court, 04/23/2021. To the 30th anniversary of the establishment of commercial (arbitration) courts». (https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Prez_Pryguza.pdf) [in Ukrainian].
- Qu, CZ & Ahl, B. (2008). *The Oxford University Comparative Law Forum*, p. 18–22. Academia.edu: https://www.academia.edu/download/101152736/74550_1.pdf
- Ramsay, I. M. (1998). Allocating liability in corporate groups: An Australian perspective. *Connecticut Journal of International Law*, 13, pp. 465–484.
- Rebmann, K., Müller, A., & Schulze, R. (2004). *München Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 5. München: C. H. Beck.
- Reich-Graefe, R. (2005). Changing paradigms: The liability of corporate groups in Germany. *Connecticut Law Review*, 37(3), pp. 785–799.
- Reinhart, C. M., & Rogoff, K. S. (2009). *This Time Is Different: Eight Centuries of Financial Folly*. Princeton University Press, pp. 217–219.
- Renner, M., & Kuntz, M. (2018). *Konzernhaftung und deliktsrechtliche Durchgriffshaftung*. Springer.

- Ringe, W. G. (2008). The deconstruction of equity: Subsidiary liability in European private law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 28(4), pp. 659–685;
- Robilant, A. D. (2006). Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. Ця праця розглядає еволюцію м'якого права та його юридичні корені, зокрема у корпоративному контексті. *Oxford Academic*: <https://academic.oup.com/ajcl/article-abstract/54/3/499/2571437>.
- Rock, E., & Wachter, M. (2001). *Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants*. Nw. U.L. Rev.
- Roth, W.-H., Kindler, P. (2014). *Konzernrecht: Handbuch*. Мюнхен: Beck.
- Ryngaert, C., & Jaarsma, M. (2024). ESG and international criminal liability. *ElgarOnline*.
- Sargent, N. C. (1987). Corporate groups and the corporate veil in Canada: A penetrating look at parent-subsidiary relations in the modern corporate enterprise. *Manitoba Law Journal*, 17, pp. 1–28.
- Schall, A. (2005). The UK Limited Company Abroad – How Foreign Creditors are Protected after Inspire Art. *European Business Law Review*, 16(6), 1023–1028. <https://doi.org/10.54648/eulr2005071> .
- Schall, A. (2011). Corporate Governance after the Death of the King the Origins of the Separation of Powers in Companies. *European Corporate and Financial Law Review*.
- Schall, C. (2005). Protecting Human Rights Through Corporate Accountability: The Emergence of a Business and Human Rights Regime in Europe. *Virginia Journal of International Law*, 46(4).
- Schiessl, M. (1986). The liability of corporations and shareholders for the capitalization and obligations of subsidiaries under German law. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 7(3), pp. 480–497.
- Schilling, M. (2006). The Development of a New Concept of Creditor Protection for German GmbHs. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 27(11), 348.
- Schlehofer, M. (2017). Piercing the Corporate Veil: The German Experience. *German Law Journal*, pp. 50–53.
- Schley, D. P. (2020). Is Owning Stock an Abnormally Dangerous Activity? Shareholder Limited Liability in Tort. *Chapman Law Review*, 24, pp. 190–193.
- Schmidt, K., & Lutter, M. (2015). *Haftung von Geschäftsführern und Aufsichtsräten in der AG und GmbH*. Мюнхен: Beck.
- Schoenmaker, D. (2013). *Governance of International Banking: The Financial Trilemma*. Oxford University Press, pp. 59–62.
- Schulte, R. C. (1999). *Groups of companies: The parent subsidiary relationship and creditors remedies*. Durham University. Retrieved from Durham E-Theses: <http://etheses.dur.ac.uk/1465/1/1465.pdf>.
- Schulz, M., & Wasmeier, O. (2012). *The Law of Business Organizations: A Concise Overview of German Corporate Law*.
- Sheehy, B. (2003). «The importance of corporate models: Economic and jurisprudential values and the future of corporate law.» *DePaul Business & Commercial Law Journal*, 1(3), pp. 579–595.

- Shen, W., & Watters, C. (2014). Is China creating a new business order? Rationalizing China's extraterritorial attempt to expand the veil-piercing doctrine. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 35(1), pp. 126–154.
- Слуп, Р. (2018). Piercing the Corporate Veil – A Common Pattern? Огляд застосування правових норм щодо «зняття корпоративного покрову» та Existenzvernichtungshaftung у європейській правовій системі. *Comparative Law Review*, 24(2), 83–90. *CEJSH – Central European Journal of Social Sciences and Humanities*: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=803033>.
- Smith, D. G. (2008). Piercing the corporate veil in regulated industries. *Brigham Young University Law Review*, 1165(4), pp. 1165–1200.
- Sommer, J. H. (1990). Subsidiary: Doctrine without a cause? *Fordham Law Review*, 59(2), pp. 230–260.
- Spiro, P. S. (2013). Clarifying the Rules for Piercing of the Corporate Veil. SSRN, 21–23. SSRN: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2363647>
- Steinberg, M. (2013). *Corporate Law and Finance*. New York: Aspen Publishers.
- Stetsyuk, P. A., Hudz, O. Ye., & Voitiuk, A. V. (2013). Transformation of the matrix of bank lending to agricultural enterprises. *Ekonomika APKEconomics of Agro-Industrial Complex*, 12, 58–65. Available at: http://www.irbis-nbu.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbu/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/E_apk_2013_12_10.pdf [in Ukrainian].
- Stevens, R. (2016). Liability within company groups. *Journal of South African Law*, 4, pp. 209–228.
- Strohn, L. (2015). Die Haftung des faktischen Geschäftsführers. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*. Bd. 18, Nr. 7.
- Stubbs, L. (2016). Undercapitalization as an independent ground for shareholder liability. *Dalhousie University Halifax*.
- Supreme Court of Appeals of West Virginia (1986-12-16) Decision No. 16965 : <https://opencasebook.org/documents/8349>.
- Sweeney, M. A. (2009). Piercing the Corporate Veil in Ohio: The Need for a New Standard following *Dombroski v. Wellpoint, Inc.* *Cleveland State Law Review*, 57.
- Taleb, N. N. (2007). *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*. Random House.
- Tchanturia, L. (2016). Piercing liability of shareholders for tax infringements: An attempt to implement piercing the corporate veil in judicial law. In Todua N. (Ed.), *Guram Natchkebia – 75*. Tbilisi: Georgian Judicial Practice.
- Thompson, R. (1991); Piercing the corporate veil: An empirical study. *Cornell Law Review*, 76(5), pp. 1036–1074;
- Thompson, R. B., & Thomas, R. S. (2004). The new look of shareholder litigation: Acquisition-oriented class actions. *Vanderbilt Law Review*, 57(5), pp. 133–197.

- Tillmann, T. (2004). Shareholder Liability for Undercapitalization: From a Shareholder Responsibility and Creditor Protection Perspective. University of Toronto Press, pp. 123–126.
- Tricker, B. (2020). The Evolution of Corporate Governance. Cambridge University Press.
- Truger, T. H. (2005). Choice of Jurisdiction in European Corporate Law – Perspectives of European Corporate Governance. *European Business Organization Law Review* (EBOR), pp. 22–23.
- Troian, M. Y., & Shkola, V. Y. (2021). Guidelines on Corporate Governance and Auditing: International Standards.
- Ulmer, P. (2004). Die Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der GmbH. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 33(5), 710–735.
- Urnaa, B. (2022). An exploration into liability of corporate groups: A comparative perspective. University of Rîcs. Rîcs University Library.
- Van Beers, B. (2017). The Changing Nature of Law's Natural Person: The Impact of Emerging Technologies on the Legal Concept of the Person. *German Law Journal*. Retrieved from Cambridge: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/changing-nature-of-laws-natural-person-the-impact-of-emerging-technologies-on-the-legal-concept-of-the-person/DCAC68DAB634D1112EA417953D1CBC98>.
- Van der Weide, M. E. (1996). Against fiduciary duties to corporate stakeholders. *Delaware Journal of Corporate Law*, 21.
- Vandekerckhove, K. (2007). Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach. – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Velasquez, M. G. (1983). Why corporations are not morally responsible for anything they do. *Business & Professional Ethics Journal*, 2(3), pp. 5–7. Available on JSTOR: <https://www.jstor.org/stable/27799793>.
- Vriesendorp, R. D. (2005). Ethics and the Law of Corporate Responsibility. *European Company and Financial Law Review*, pp. 28–30.
- Walsh, C. (2023). Key indicators for management. 100+ financial factors for effective company management / trans. from English: Yaroslav Vitashlyuk. Kyiv, Nash format [in Ukrainian].
- Wattad, M. S. A. (2016). Natural persons, legal entities, and corporate criminal liability under the Rome statute. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 20, 95–97. Retrieved from JSTOR: <https://www.jstor.org/stable/45302257>.
- Wimmer-Leonhardt, S. (2004). Konzernhaftungsrecht: die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht.
- Wooldridge, F. (2005). Controlling Shareholders' Liability in German Private Companies. *Comparative Law*, 26(9), 286–290.

- Kafedra ekonomichnoi kiberbezpeky* (2019). Modern information technologies in socio-economic systems. Sumy State University, 54–59. Retrieved from: https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/79147/1/Yarovenko_1546.pdf [in Ukrainian].
- Yazici, A. H. (2014). Lifting the corporate veil in group of companies: Would the single economic unit doctrine of EU competition law set a precedent? *Law & Justice Review*, 5, pp. 175–192.
- Zavalko, T. (2020). The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights. Mykolas Romeris University.
- Zhen Qu, C., & Ahl, B. (2007). Lowering the corporate veil in Germany: A case note on BGH (Trihotel). *Oxford U Comparative Law Forum*, 4.
- Zyllner, W. (2006). Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH. B. B. Dauner-Lieb et al. *Festschrift für Horst Konzen* (pp 999–1003). Mohr Siebeck.

Trembich Andrii, PhD Candidate at the F. H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship

Trembich Andrii. Subsidiary Liability of Legal Entity Controllers in the Context of Corporate Transformation in the 21st Century

Abstracts

The article examines the subsidiary liability of corporate controllers in the context of the evolving nature of corporations in the 21st century, with a particular focus on the development of legislative approaches to creditor protection and the stability of corporate governance. The author analyses the concept of «piercing the corporate veil» and its adaptation to Ukrainian legal realities, specifically in the context of delineating controller liability in cases of rights abuse, inadequate performance of duties, or disregard for a company's economic sustainability. The study explores the unique characteristics and distinctions of the Ukrainian approach compared to the legal frameworks of the Anglo-American tradition and German corporate law, where controllers' subsidiary liability is often based on principles of shareholder solidarity and adequate capitalisation doctrines. Special attention is given to doctrinal approaches to subsidiary liability, the legal nature of corporate capital, and issues surrounding the application of personal liability to controllers, including the role of operational decisions and managerial abuses in the formation of debt obligations. The article underscores the critical role of controllers in preventing insolvency through effective asset management and financial planning responsibility, and it identifies existing legal mechanisms that limit their liability for company debts. In conclusion, recommendations are provided for improving the Ukrainian legislative framework, taking international experience into account, particularly in aspects related to preventing risky transactions and establishing clearer criteria for holding controllers subsidiarily liable in cases of corporate insolvency.

Keywords: *subsidiary liability, corporate controllers, piercing the corporate veil, corporate governance, creditor protection, Ukrainian corporate law, Anglo-American corporate law, German corporate law, controller liability, insolvency prevention, capital adequacy, legal nature of capital, managerial accountability, risk management.*