3.2. Правовий аспект захисту підприємства

Усі захистні дії, що провадяться підприємствами з метою не допустити ворожого захвату контролю, Джафаров Д.А. пропонує розділити на дві групи:

- попередні захистні заходи;

- наступні захисні заходи.

Попередні заходи (preventative antitakeover measures) використовуються, як правило, до виникнення безпосередньої загрози і початку активної боротьби за контроль. Такі заходи отримали назву «shark reppelents» (акулячих репелентів) саме тому, що грають роль своєрідного відлякуючого засобу для потенційних рейдерів.

В разі, якщо система попереднього захисту не спрацювала і компанія все ж таки стала об’єктом ворожих посягань, в дію може бути введено комплекс наступних захисних заходів (active antitakeover measures), що використовуються безпосередньо під час боротьби.[[1]](#footnote-2)

3.2.1. Порядок структурування бізнесу як один з дієвих способів превентивного захисту

Під час вибору об’єкта захвату велика увага приділяється слабким місцям цілі та помилками, якими можна скористатись. Частіше за все власники підприємства не звертають уваги на незначні на перший погляд події, які при детальному розгляді являються або передумовами захвату або частинами вже розпочатої операції по відбору бізнесу. Такими подіями можуть бути непогашені вчасно зобов’язання перед контрагентами, знехтування переоформленням установчих документів через дрібниці тощо. Також фактором ризику може стати економія коштів на якісне юридичне супроводження під час набуття у власність певних об’єктів, оскільки кваліфікований юрист може зробити висновки щодо ризиків та їх можливого негативного впливу, а також внести пропозиції по їх мінімізації. І нарешті основною причиною високої результативності рейдерських атак є несвоєчасне реагування на стан справ – більшість підприємців намагаються боротись з рейдерами на завершальних етапах атаки, замість того, щоб періодично проводити профілактику, яка набагато дешевша і ефективніша, ніж захисні дії під час самого захвату.

Ефективним засобом превентивного захисту, окрім нападу, є структурування бізнесу. Мова йде про створення декількох юридичних осіб з чітко визначеними функціями. Перше підприємство може здійснювати основну господарську діяльність (виробництво), друге купувати сировину і матеріали, перепродуючи їх першому, третє буде продавати готову продукцію, четверте володіти на праві власності будівлями, землею, верстатами, автомобілями, об'єктами інтелектуальної власності (торговою маркою), передаючи їх у користування першим трьом. Друге і третє підприємства створюються з метою накопичення зобов'язань перед покупцями готової продукції та постачальниками сировини і матеріалів. Слід зазначити, що найбільш стійкою організаційно-правовою формою від рейдерських атак є товариство з обмеженою відповідальністю та приватне підприємство. На четвертому підприємстві слід приділити велику увагу системі економічної безпеки, юридичного аналізу договорів, захист комерційної таємниці, зберігання друку, установчих, правовстановлюючих та інших документів, роботи з контролюючими органами тощо.

Також захищеність активів можна збільшити за рахунок передачі кожної окремої будови, групи будівель, транспортних засобів, об'єктів інтелектуальної власності самостійним юридичним особам. У такому разі рейдерам для захоплення активів слід опрацьовувати кожне підприємство, що істотно підвищує вартість захоплення або робить його неможливим.

Щодо міжнародного структурування, воно також є актуальним у розрізі даної теми, оскільки рейдерським атакам свого часу піддавались і такі відомі підприємства як «Олейна», Іллічівський морський торгівельний порт, компанія «Сармат» тощо. На думку Аліси Дубрової, щоб структурувати та захистити бізнес, мінімізувати можливі ризики і забезпечити конфіденційність власникам, українським підприємцям слід врахувати у своїй роботі п’ять основних порад:

1. Захистити активи допомогою забезпечення 100% корпоративного контролю в усіх українських компаніях і, при необхідності (тобто, у разі наявності двох і більше бенефіціарів), винесення ризиків корпоративних спорів в надійну юрисдикцію з розвиненим законодавством, а також за допомогою відділення ключових активів від основної діяльності.

2. Забезпечити конфіденційність кінцевих власників або їх відкритість залежно від власних побажань і переваг. В даному випадку, основними інструментами за словами А. Дубрової тут є застосування механізмів офшорного володіння, і також відповідних юридичних організаційно – правових форм, наприклад, трастів і т. п.

3. Знизити податкове навантаження, перемістивши бази оподаткування в юрисдикції з більш низьким рівнем оподаткування.

4. Оптимізувати зовнішнє фінансування, що означає загальне здешевлення боргового фінансування шляхом отримання коштів безпосередньо за кордонами України на більш вигідних умовах, ніж в Україні (за рахунок прозорості, структурованості Групи, наявності спеціалізації). При цьому існує можливість зовнішнього фінансування окремих напрямків бізнесу.

5. Забезпечити можливість оптимального виходу з бізнесу в цілому або його окремих напрямків у разі потреби. Досягнення даної мети можливо за допомогою продажу корпоративних прав в іноземній компанії (ях) без будь-яких українських податкових наслідків.[[2]](#footnote-3)

3.2.2. Судовий захист: залежність його ефективності від моменту реагування

«Коли операція по ворожому поглинанню вступає в активну стадію, важливо пам’ятати: чим оперативніше компанія-ціль почне реагувати на ситуацію, тим вище її шанси в боротьбі за своє майбутнє. Вона не повинна зупинятись, повинна задіяти всі можливі засоби. Хоча треба визнати, що в умовах вже розпочатої рейдерської атаки ефективних способів захисту в арсеналі компанії залишається не так вже й багато».[[3]](#footnote-4)

Слід зазначити, що в основному судовий захист при рейдерському захваті астосовується в основному для виграшу часу з метою виведення чи обтяження активів підприємства-цілі.

Однак багато дослідників вважають його найбільш популярним способом захистом. В США, наприклад третина всіх тендерних пропозицій, зроблених з 1962 по 1980 роки супроводжувались відкриттям різних судових позовів з боку компанії цілі. А наприклад в Росії арсенал найбільш активно застосованих прийомів захисту складають зустрічні позови, блокування вилучення реєстру акціонерів, заборони на голосування пакетом акцій, визнання проведених паралельних зборів акціонерів незаконними разом зі зверненням у вищі судові інстанції для перегляду справи. В результаті початку розгляду справи компанія-ціль може затримати проведення рейду та одночасно збільшити його власність.[[4]](#footnote-5)

За рекомендаціями А.Ю.Федорова, в разі захвату управління товариством, його учасник має миттєво подавати наступні позови до суду (якщо вони в конкретному випадку є доречними):

- по визнанню незаконними дій і рішень податкового органу з регістрації змін в установчі документи і змін, з цим не пов’язаних; про визнання недійсним запису в ЄДРПОУ;

- про визнання незаконним рішення зборів учасників про внесення змін в установчі документи та призначення генерального директора;

- про визнання недійсним правочину з уступки долі в статутному капіталі чи відчуження акцій;

- про визнання права власності на відчужені помимо волі акції та витребування їх з чужого незаконного володіння;

- про стягнення збитків з реєстродержателя та інші.

Також важливим є досягнення результату, направленого на заборону виконавчому органу здійснювати правочини, пов’язані з відчуженням особливо цінного майна товариства, яке не приймає участі у виробництві (нерухомість, акції тощо), заборонити загальним зборам приймати рішення з питань, пов’язаних з внесенням змін в установчі документи, що стосуються складу учасників та його місцезнаходження.

3.2.3. Правова сторона застосування «зеленої броні» та «білої броні»

«Зелена броня» – пропозиція, що надійшла від цільової компанії, компанії-загарбникові здійснити зворотний викуп акцій або часток цільової компанії з премією, тобто пропозицію про викуп цільової компанією своїх же акцій або часток за ціною, що перевищує ринкову і, як правило, ціну, яку заплатив за ці акції або частки рейдер; своєрідний відкуп від рейдера з деякими фінансовими втратами.[[5]](#footnote-6)

Біла броня – це продаж великої частини своїх акцій дружній компанії за ціною нижче ринкової. [[6]](#footnote-7)

У випадку із застосуванням зеленої броні можна казати про своєрідний грінмейл, який ініціюється самим підприємством-жертвою, проте, як свідчить практика, пропозиція здійснити викуп акцій фірмою-ціллю знаходить відклик лише у разі, якщо рейдер зазнає невдачі при захваті корпоративного контролю над підприємством і з метою відшкодувати збитки прийме пропозицію на продаж акцій підприємству-цілі.

На жаль, сьогоденне вітчизняне законодавство позбавляє підприємців скористатись таким засобом захисту як «біла броня», оскільки в ст. 22 Закону України «Про акціонерні товариства» говориться про те, що акціонерне товариство здійснює розміщення або продаж кожної акції, яку воно викупило, за ціною не нижчою за її ринкову вартість, що затверджується наглядовою радою, крім випадків:

- розміщення акцій під час заснування товариства за ціною, встановленою засновницьким договором;

- розміщення акцій під час злиття, приєднання, поділу, виділу товариства;

- розміщення акцій за участю торговця цінними паперами, з яким укладено договір про андеррайтинг. У такому разі ціна розміщення акцій може бути нижчою за їх ринкову вартість на розмір винагороди цього торговця, що не може перевищувати 10 відсотків ринкової вартості таких акцій.[[7]](#footnote-8)

Також в статті зазначається, що акціонерне товариство не має права розміщувати жодну акцію за ціною нижчою за її номінальну вартість.[[8]](#footnote-9)

3.3. Засоби організаційного характеру

Як зазначає О.П. Подцерковний, система захисту від рейдерства являє собою низку спланованих і взаємодоповнюючих правових, інформаційних, силових і організаційних заходів, спрямованих на збереження контролю над суб'єктом господарювання і його майном за органами управління, призначеними акціонерами (власниками, учасниками). Ним також пропонуються основні заходи організаційно-правового характеру, спрямовані на мінімалізацію ризику стати об’єктом рейдерської операції:

1. Завчасна підготовка в період нормальної роботи суб'єкта господарювання, яка повинна бути спрямована на усунення умов, які можуть призвести до рейдерських захоплень. Така підготовка може ґрунтуватися на спеціальному локальному акті суб'єкта господарювання, формалізованому у рішенні органу управління суб'єкта господарювання. Зазначений документ має бути конфіденційним, щоб його зміст був відомий тільки керівництву суб'єкта господарювання і керівникові його юридичної служби. Відповідний акт повинен містити:

—опис можливих загроз суб'єктові господарювання з боку рейдерів (як правило, спрямованих на заволодіння цінними активами);

—рішення щодо порядку узгоджених дій посадових осіб суб'єкта господарювання у разі рейдерства;

—опис заходів, які слід здійснити ще за відсутності рейдерської загрози з метою належної підготовки до неї (від встановлення сигналізації і нічного освітлення до внесення змін до установчих документів).

2. Дуже важливе значення має також профілактична робота з планомірного і максимально повного усунення «слабких місць» — передумов для рейдерства щодо суб'єкта господарювання, включаючи, в т.ч.: мінімізацію його заборгованостей; формування корпоративної культури у відносинах між акціонерами (учасниками), а також з трудовим колективом; перегляд установчих і внутрішніх документів підприємства на предмет усунення вад, які можуть полегшити рейдерам захоплення, формалізацію внутрішніх процедур — в т.ч. скликання загальних зборів та ін.

3. Юридичній службі слід відпрацювати і закріпити в установчому документі, внутрішніх документах підприємства способи заміни його ключових посадових осіб в разі їх раптового вибуття (наприклад — механізм призначення наглядовою радою виконуючого обов'язки голови правління за його несподіваної відсутності).

При виникненні безпосередньої загрози рейду Подцерковний зазначає ряд завдань, які повинна ставити перед собою юридична служба підприємства-цілі:

— своєчасне реагування на всі позови, оскаржує всі ухвали і рішення, прийняті на користь рейдера;

— оскарження в адміністративні суди і правоохоронні органи дій органів і посадових осіб, що сприяють рейдеру;

— оперативна організація перерозподілу активів підприємства між пов'язаними з підприємством особами;

— організація «евакуації» найбільш цінного майна, у тому числі нерухомого — майно передається у заставу пов'язаним юридичним особам;

— підтримання в актуальному стані обтяження (арешти, заборони, застави) на активи з тим, щоб зробити неможливим відчуження таких активів за рішеннями органів управління, обраних на скликаних і проведених рейдером загальних зборах акціонерів (далі — «альтернативні» органні «альтернативні» збори);

— участь в «альтернативних» зборах як представник акціонерів, збирання доказів відсутності кворуму, порушень під час їх проведення, оскарження до суду їхнє рішення;

— оскарження дій державного виконавця при спробах рейдерів встановити контроль над майном підприємства за процедурою примусового виконання;

— подання в правоохоронні органи заяви про порушення кримінальних справ відносно рейдерів, за наявності в їхніх діях складу злочину;

— оскарження договори купівлі-продажу майна підприємства, укладені «альтернативними» органами і повертає у власність підприємства продане ними майно;

— забезпечення юридичного супровіду повернення органів управління на підприємство через відновлення на роботі керівника і визнання недійсними рішень «альтернативних» зборів.

1. Джафаров Джафар Айгубович. Операции поглощения акционерных обществ: зарубежный опыт и российская практика. Диссертация на соискание ученой степени кандидата экономических наук. – Москва, 2002. – 178с [↑](#footnote-ref-2)
2. Як структурувати і убезпечити свій бізнес в Україні: 5 порад підприємцю// Legal Aid: професійні юридичні послуги: консультації, реєстрація підприємств у місті Львів. - http://legalaid.ua/yak-strukturuvaty-i-ubezpechyty-svij-biznes-v-ukrajini-5-porad-pidpryjemtsyu/ [↑](#footnote-ref-3)
3. Астахов П.А. Противодействие рейдерским захватам. М., 2007 [↑](#footnote-ref-4)
4. Федоров А.Ю. Рейдерство и корпоративній шантаж: организационно-правовые меры противодействия. – М:, Волтерс-Клувер, 2010. – 286с. [↑](#footnote-ref-5)
5. О защите бизнеса от рейдерства// Б.Алдабергенова, докторант Евразийского национального университета им. Л.Н.Гумилева. – Право и экономика, 2007 [↑](#footnote-ref-6)
6. Шевченко І.Л. Рейдерство: основні схеми здійснення та способи захисту. – УДК 347.72.04:005.591.41. ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. В. Гетьмана»// Економічний простір. - №12, 2008 [↑](#footnote-ref-7)
7. В даному випадку андеррайтинг – послуги з розміщення цінних паперів на первинному ринку за дорученням, від імені та за рахунок емітента, а також послуги первинного власнику (контрагенту) з купівлі-продажу цінних паперів [↑](#footnote-ref-8)
8. Закон України «Про акціонерні товариства»// Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2008, N 50-51 [↑](#footnote-ref-9)