До № 4367 від 12.11.2020

(друге читання)

**З а у в а ж е н н я**

**до проекту Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення питань організації корпоративного управління в банках та інших питань функціонування**

**банківської системи"**

(реєстраційний № 4367)

У Головному юридичному управлінні у межах фактично наданого часу опрацьовано підготовлений до другого читання Комітетом Верховної Ради України з питань фінансів, податкової та митної політики названий законопроект. За результатами опрацювання законопроекту зауважуємо, що значна частина його положень не узгоджуються із нормами Конституції та законів України, а також не враховує правової позиції Конституційного Суду України, висловленої у відповідних рішеннях.

1. Запропонований законопроектом порядок реалізації Національним банком України (далі – НБУ) повноважень в сфері банківського регулювання та нагляду, на нашу думку, містить низку суттєвих недоліків.

1.1. Законопроект передбачає надання НБУ суттєвих дискреційних повноважень щодо регулювання питань, пов'язаних з функціонуванням учасників банківського ринку. Зокрема, йдеться про встановлення НБУ:

- порядку розрахунку та оцінки достатності внутрішнього капіталу та внутрішньої ліквідності банку

*("достатність внутрішнього капіталу – величина капіталу, визначена банком/відповідальною особою банківської групи згідно з вимогами Національного банку України, достатня для покриття всіх суттєвих ризиків, притаманних банку/банківській групі, та дотримання встановлених Національним банком України вимог";*

*"достатність внутрішньої ліквідності – обсяг ліквідності, визначений банком/відповідальною особою банківської групи згідно з вимогами Національного банку України, достатній для покриття всіх суттєвих ризиків, пов'язаних з ліквідністю, притаманних банку/банківській групі, та дотримання встановлених Національним банком України вимог" –* стаття 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність" (далі – Закон про банки) в редакції законопроекту);

- порядку здійснення нагляду на консолідованій основі, вимог до діяльності банківських груп, визнання сукупності суб'єктів банківською групою

*("Банківський нагляд на консолідованій основі – це нагляд, що здійснюється Національним банком України за банківською групою з метою забезпечення стабільності банківської системи та обмеження ризиків, на які наражається банк унаслідок участі в банківській групі, шляхом регулювання, моніторингу та контролю ризиків банківської групи у визначеному Національним банком України порядку".*

*"У разі виявлення банківської групи, яка не ідентифікована контролером банківської групи, або яка ідентифікована ним не в повному складі, Національний банк України у визначеному ним порядку ідентифікує таку банківську групу та приймає рішення про визнання банківської групи або визнання зміни структури власності банківської групи".*

*"Національний банк України за результатами оцінки банківської групи, проведеної ним під час нагляду на консолідованій основі в порядку та спосіб, визначені Національним банком України, має право:*

*встановлювати підвищені вимоги щодо достатності капіталу та значення економічних нормативів;*

*вимагати від відповідальної особи банківської групи, її керівників, контролера банківської групи вжиття заходів, спрямованих на усунення порушень банківського законодавства, виконання нормативно-правових актів Національного банку України, підтримання на достатньому рівні капіталу та ліквідності для покриття усіх суттєвих ризиків банківської групи та/або підгруп банківської групи, поліпшення якості корпоративного управління, систем внутрішнього контролю, у тому числі системи управління ризиками".*

*"Національний банк України має право вимагати від відповідальної особи банківської групи розширення предмета аудиторської перевірки в порядку та обсягах, визначених нормативно-правовими актами Національного банку України"* – стаття 9 Закону про банки (в редакції законопроекту);

- вимог до ділової репутації та фінансового стану засновників та власників істотної участі в банку (статті 17, 341 Закону про банки (в редакції законопроекту);

- вимог до "банківського обладнання, комп'ютерної техніки, інформаційних систем та інших інформаційних ресурсів, приміщення" (пункт 7 статті 191 Закону про банки (в редакції законопроекту);

- вимог щодо прозорості структури власності банку в тому числі іноземного (пункт 7 частини восьмої статті 24, стаття 34 Закону про банки (в редакції законопроекту);

- додаткових вимог до незалежних директорів банків (частина шоста статті 39 Закону про банки (в редакції законопроекту);

- вимог до системи внутрішнього контролю банку, вимог до оцінки достатності внутрішнього капіталу та достатності внутрішньої ліквідності (стаття 44 Закону про банки (в редакції законопроекту);

- величини ризиків у діяльності банку (стаття 67 Закону про банки (в редакції законопроекту) тощо.

При цьому, будь-які обмеження, критерії для прийняття відповідних рішень НБУ при здійсненні ним державного регулювання діяльності суб'єктів банківського ринку у законопроекті відсутні. Чинне законодавство у банківській сфері не передбачає проведення правової експертизи нормативно-правових актів НБУ перед їх прийняттям. Відтак, на нашу думку, це **не узгоджується з вимогами статті 19 Конституції України щодо визначення меж та способу реалізації повноважень органів державної влади, їх посадових осіб виключно Конституцією та законами України**, а також створює широкі можливості для зловживань.

Правова позиція Конституційного Суду України, викладена у Рішенні від 30 травня 2001 року № 7-рп/2001, полягає у тому, що принцип правової держави вимагає наявності у законодавчому акті достатніх і завершених правових механізмів реалізації його положень. У Рішенні Конституційного Суду України від 8 червня 2016 року № 3-рп/2016, де за органом публічної влади визнається можливість мати певні дискреційні повноваження у прийнятті рішень, наголошується, що "цей механізм повинен забезпечувати, з одного боку, захист особи від свавільного втручання органів державної влади у її права і свободи, а з другого – наявність можливості у особи передбачати дії цих органів" (абзац третій підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини Рішення).

Закон повинен вказувати на обсяг будь-якої дискреції та на спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій влади (пункт 45 Доповіді "Верховенство права", схваленої Європейською Комісією "За демократію через право" на 86-у пленарному засіданні.

У пункті 7 преамбули Регламенту Європейського Парламенту та Ради № 600/2014 від 15 травня 2014 рокупро ринки фінансових інструментів (MiFIR) прямо вказано, що "одна із важливих вимог полягає в поєднанні інтересів в межах системи за допомогою недискреційних правил, встановлених системним оператором".

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях також неодноразово нагадував про те, що "національне законодавство повинно надавати адекватний юридичний захист від свавілля та, відповідно, із достатньою чіткістю зазначати межі повноважень, наданих компетентним органам влади, та спосіб їхнього здійснення" (п. 118 рішення у справі "Заїченко проти України (№ 2)" , заява № 45797/09; рішення у справі "С. і Марпер проти Сполученого Королівства" (S. and Marper v. the United Kingdom), заява № 30562/04 і № 30566/04, п. 95, ECHR 2008).

1.2. Невизначеність щодо меж повноважень НБУ додатково посилюється **використанням у законопроекті положень з неконкретним, оціночним значенням та відсутністю визначення важливих термінів**.

Так, у законопроекті пропонується доповнити Закон про банки новим терміном "комбінований буфер капіталу – сукупний розмір буферів капіталу: буфера консервації, контрциклічного буфера, буфера системної важливості, буфера системного ризику" (статті 2, 351 Закону про банки (в редакції законопроекту). При цьому, ані поняття "буфер капіталу", ані вказані види буферів капіталу не визначаються, що не забезпечує завершеність правового регулювання відповідних суспільних відносин. Так само не визначені використовувані у законопроекті терміни "капітал 1 рівня", "основний капітал 1 рівня", "додатковий капітал 1 рівня", "капітал 2 рівня", "сукупна експозиція під ризиком", "сукупні активи", "позабалансові зобов'язання", "нормативи достатності капіталу" тощо.

У частині одинадцятій статті 9 Закону про банки (в редакції законопроекту) передбачено право НБУ "вимагати від контролера банку, банківської групи, учасників банківської групи, інших юридичних та фізичних осіб надання інформації та копій документів, необхідних Національному банку України для ідентифікації банківської групи".

"Національний банк має право вимагати, а засновник (засновники) юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність, …. зобов'язані надати Національному банку України додаткову інформацію, документи та пояснення, необхідні для уточнення/перевірки наданих відповідно до вимог цієї статті документів/інформації та/або для підтвердження виконання встановлених законодавством України вимог" (статті 17, 19 Закону про банки (в редакції законопроекту).

У пункті 3 частини першої статті 18 Закону про банки (в редакції законопроекту) передбачена відмова у погодженні статуту банку, якщо "документи не відповідають вимогам та/або містять інформацію/відомості, що свідчать про порушення законів України чи нормативно–правових актів Національного банку України";

"структура управління, у тому числі організаційна, та здійснення операційної діяльностіюридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність, або банківської групи, до складу якої входитиме така юридична особа, може перешкоджати ефективномуздійсненню нагляду Національним банком України" (пункт 9 частини першої статті 191 Закону про банки (в редакції законопроекту);

"банківський нагляд у державі, в якій зареєстровано іноземний банк, з урахуванням отриманої Національним банком України інформації в цілому відповідає Основним принципам ефективного банківського нагляду Базельського комітету з питань банківського нагляду" – пункт 2 частини другої статті 24 Закону про банки (в редакції законопроекту);

"законодавство держави, в якій зареєстровано іноземний банк, за оцінкою Національного банку України, здійсненою в установленому ним порядку, не містить положень, які можуть перешкоджати/обмежувати взаємодію між Національним банком України та наглядовими/контролюючими органами такої держави" – пункт 3 частини другої статті 24 Закону про банки (в редакції законопроекту);

"структура управління, у тому числі організаційна, та здійснення операційної діяльностііноземного банку та/або банківської групи, до складу якої він входить, може мати негативні наслідки для клієнтів філії та/або може перешкоджати ефективному здійсненню нагляду Національним банком України" – пункт 5 частини восьмої статті 24 Закону про банки (в редакції законопроекту);

"Національний банк України має право заборонити банку придбання власних акцій (паїв), якщо це може призвести до погіршення фінансового стану банку" – частина четверта статті 33 Закону про банки (в редакції законопроекту);

".. якщо у Національного банку України є підстави вважати, що володіння такою особою істотною участю у банку може створити суттєві загрози належному управлінню банком, інтересам вкладників та інших кредиторів банку чи негативно вплинути на його фінансовий стан, Національний банк України має право тимчасово заборонити такому власнику істотної участі у банку використання права голосу" – частина дванадцята статті 34 Закону про банки (в редакції законопроекту);

"Національний банк України має право заборонити особі набувати або збільшувати істотну участь у банку або відмовити в погодженні набутої/збільшеної істотної участі у банку після її фактичного набуття або збільшення, у разі якщо:

1) особою подано неповний пакет документів, документи містять недостовірну інформацію або не відповідають вимогам законів України та/або нормативно-правових актів Національного банку України, не розкрито Національному банку України (було приховано від Національного банку України) інформацію, що має істотне значення для вирішення питання про погодження набуття або збільшення істотної участі у банку;

…

5) набуття або збільшення особою істотної участі у банку загрожуватиме інтересам вкладників та інших кредиторів банку або суперечитиме антимонопольному законодавству України або може призвести до погіршення фінансового стану банку;

…

7) набуття або збільшення особою істотної участі в банку може негативно вплинути на забезпечення належного управління банком;

8) набуття або збільшення особою істотної участі у банку може перешкоджати здійсненню Національним банком України ефективного банківського нагляду" – стаття 341 Закону про банки (в редакції законопроекту);

"Рада банку зобов'язана забезпечувати підтримання дієвих відносин з Національним банком України.

Національний банк України має право вимагати припинення повноважень члена ради банку, якщо він неналежним чином виконує свої функції" – стаття 39 Закону про банки (в редакції законопроекту);

"Рада банку зобов'язана протягом трьох робочих днів з моменту виявлення інформувати Національний банк України про:

1) конфлікт (конфлікти) інтересів у банку;

2) підтверджені факти неприйнятної поведінки у банку;

3) недоліки в діяльності ради банку, правління банку, а також підрозділу з управління ризиками, підрозділу контролю за дотримання норм (комплаєнс) та підрозділу внутрішнього аудиту" – стаття 46 Закону про банки (в редакції законопроекту) тощо.

Наведені та інші подібні положення законопроекту **порушують принцип правової визначеності, який є необхідним елементом верховенства права.** Основним Законом Держави Україну проголошено демократичною, правовою державою, в якій визнається і діє принцип верховенства права; Конституція України має найвищу юридичну силу; закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (стаття 1, частини перша – друга статті 8). При цьому, як зазначив Конституційний Суд України у Рішенні від 26 квітня 2018 року № 4-рп/2018, Верховна Рада України, здійснюючи законодавче регулювання суспільних відносин, зобов'язана забезпечити верховенство Конституції України.

Неодноразово Конституційний Суд України у своїх рішеннях наголошував і на тому, що верховенство права – це панування права у суспільстві; верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо (абзац другий підпункту 4.1 пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004). Неодмінним елементом принципу верховенства права, як відзначив єдиний орган конституційної юрисдикції, є юридична визначеність, яка вимагає від законодавця **чіткості, зрозумілості, однозначності правових норм, їх передбачуваності (прогнозованості)** для забезпечення стабільного правового становища людини, оскільки інше не може забезпечити їх однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005, абзац дев'ятий підпункту 4.3 пункту 4 мотивувальної частини Рішення від 27 лютого 2018 року № 1-р/2018); юридичною визначеністю обумовлюється втілення легітимних очікувань, тобто досягнення бажаного результату шляхом вчинення правомірних дій з огляду на заздалегідь передбачені ймовірні наслідки (абзац третій підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Першого сенату від 5 червня 2019 року № 3-р(I)/2019).

1.3.Пропоновані зміни до статті 34 Закону про банки передбачають надання НБУ права забороняти власникам істотної участі у банку здійснювати права акціонерів (права голосу), або забороняти розпоряджатися своїми акціями не за вчинення порушення, а на підставі припущень НБУ про імовірність загроз для банку та третіх осіб, які створює сам факт володіння особою істотною участю:

*"У визначених Національним банком України випадках особа зобов’язана звернутися до Національного банку України за погодженням набутої або збільшеної істотної участі у банку після її фактичного набуття або збільшення у строки та порядку, встановлені Національним банком України. Національний банк України, до прийняття відповідного рішення, має право тимчасово заборонити використання такій особі права голосу щодо відповідних акцій (паїв) банку**у визначеному статтею 73 цього Закону порядку.*

*У разі виявлення невідповідності ділової репутації та/або фінансового/майнового стану власника істотної участі у банку вимогам цього Закону або нормативно-правових актів Національного банку України, та/або якщо у Національного банку України є підстави вважати, що володіння такою особою істотною участю у банку може створити суттєві загрози належному управлінню банком, інтересам вкладників та інших кредиторів банку чи негативно вплинути на його фінансовий стан, Національний банк України має право тимчасово заборонити такому власнику істотної участі у банку використання права голосу".*

Водночас, змінами до статті 73 Закону про банки передбачається встановити, що Національний банк України у разі застосування тимчасової заборони права голосу визначає спосіб та строки усунення порушення. У разі не усунення порушення у визначений строк, НБУ має право вимагати відчуження відповідних акцій (паїв) банку.

Відтак, у разі прийняття законопроекту НБУ зможе свавільно втручатись у корпоративне управління будь-яким банком, блокувати права голосу окремих акціонерів**.** На підставі всього лише припущень НБУ пропонується створити механізм, який в кінцевому рахунку призводить до експропріації власності акціонера банку.

Наведені положення законопроекту, на нашу думку, є **необґрунтованим втручанням в діяльність суб'єктів господарювання**, що суперечить статті 3 (права і свободи людини визначають зміст і спрямованість держави) та частині першій статті 42 (кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонену законом) Конституції України, а також не враховує пункту 4 частини першої статті 3 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) (принцип свободи підприємницької діяльності, яка не заборонена законом) та частини першої статті 6 Господарського кодексу України (далі – ГК України) (загальними принципами господарювання в Україні є, зокрема: свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом; обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємництві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави; заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини).

**Надання НБУ права свавільно обмежувати право власника щодо розпорядження своїм майном (акціями банку), тим більше вимагати його відчуження, не узгоджується з положеннями статей 316, 319, 321 ЦК України та Конституції України щодо змісту та реалізації права власності**. Так, відповідно до частин четвертої та п'ятої 41 Конституції України "право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану". Відповідні положення законопроекту також суперечать частині першій статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року, відповідно до якої "кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права".

Так само, наведені положення законопроекту не враховують вимог частини третьої статті 22 Конституції України щодо недопущення звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів.

Аналогічні зауваження стосуються також статей 341, 342 Закону про банки в редакції законопроекту.

1.4.Змінами до статті 9 Закону про банки передбачається право НБУ визначати умови, за яких на учасника банківської групи, підгрупи не поширюються вимоги, установлені НБУ відповідно до цього Закону. Наведена норма дозволяє НБУ надавати за одних і тих самих обставин визначеним суб'єктам невиправдані переваги.

Також, змінами до статті 37 Закону про банки передбачається наділити НБУ правом визначати наявність у ради та правління банку "колективної придатності" та проводити оцінку забезпечення ними ефективного управління та контролю за діяльністю банку. У разі, якщо НБУ зробить висновок про відсутність у ради та правління банку колективної придатності, або про неефективне управління, то він має право вимагати зміни персонального складу ради та/або правління банку. При цьому, критерії оцінки колективної придатності ради та правління банку та оцінки забезпечення ними ефективного управління та контролю за діяльністю банку будуть визначатися самим НБУ.

Змінами до статей 44, 45 Закону про банки пропонується надати НБУ право встановлювати кваліфікаційні вимоги до професійної придатності та ділової репутації головного ризик-менеджера, головного комплаєнс-менеджера, керівника підрозділу внутрішнього аудиту, а також надати НБУ право вимагати заміни цих керівників.

Вбачається, що передбачені інструменти нагляду дозволятимуть НБУ блокувати роботу адміністрації будь-якого банку, керуючись суто суб'єктивними та оціночними судженнями про достатність чи недостатність певного фахового досвіду у тієї чи іншої посадової особи банку або у разі незадоволення рішеннями, які приймає банк.

Відповідно до статті 42 Закону про банки (в редакції законопроекту) "Національний банк відмовляє у погодженні керівника банку (кандидатури на посаду керівника банку), якщо він не відповідає або не доведе Національному банку України свою відповідність кваліфікаційним вимогам". Ця норма, по суті, дозволяє НБУ всупереч нормативним вимогам погоджувати на вказані посади осіб, які жодним чином не відповідають кваліфікаційним вимогам, але якимось чином змогли його "переконати".

Вищезазначені та інші подібні **повноваження НБУ фактично дають йому можливість на власний розсуд вирішувати питання щодо допуску на ринок та умов діяльності кожного конкретного банка/учасника банківської групи і навіть конкретної особи керівника, що** **є суттєвим корупціогенним чинником**. Зазначаємо, що статтею 31 ГК України встановлення заборон чи обмежень стосовно окремих суб'єктів господарювання визнається **дискримінацією суб'єктів господарювання** і як таке заборонено.

Подібна ситуація, коли НБУ має право встановлювати суттєві обмеження та висувати вимоги на підставі власних суб'єктивних оціночних суджень, також із змінами, запропонованими до статті 67 Закону про банки:

*"Національний банк України за результатами оцінки банку, проведеної ним під час банківського нагляду в порядку та спосіб, визначені Національним банком України, з урахуванням оцінки фінансового стану та бізнес–моделі банку, ризиків, притаманних його діяльності, якості корпоративного управління, системи внутрішнього контролю, у тому числі системи управління ризиками, має право:*

*встановлювати для банку підвищені значення економічних нормативів;*

*вимагати від банку, його керівників, власників істотної участі вжиття заходів, спрямованих на поліпшення фінансового стану банку, підтримання на достатньому рівні капіталу та ліквідності для покриття усіх суттєвих ризиків його діяльності, підвищення якості корпоративного управління, систем внутрішнього контролю, у тому числі управління ризиками;*

*вимагати перегляду політики винагород в банку".*

Водночас, стаття 73 Закону про банки доповнюється посиланням на "вимоги, встановлені відповідно до статті 67 цього Закону", що дає підстави застосовувати будь-які передбачені статтею 73 заходи впливу у разі невиконання цих вимог. Тобто, наприклад, невиконання вказівки щодо зменшення/збільшення розміру винагороди члена правління банка або щодо довільно визначеного розміру однієї з складових капіталу або щодо створення додаткового підрозділу може бути підставою для ліквідації банку. **Фактично, йдеться про переведення банківського сектору в режим "ручного керування", за якого доля будь-якого учасника ринку залежить від волі посадовців НБУ.**

Додатково вважаємо за необхідне зазначити, що передбачені законопроектом норми щодо самостійного визначення НБУ вимог до капіталу, стандартів корпоративного управління, власників та керівників учасників банківського ринку, на нашу думку, **свідчить про** **фактичне делегування НБУ законодавчих повноважень,** оскільки згідно з пунктом 8 частини першої, пунктом 1 частини другої статті 92 Конституції України виключно законами України визначаються правові засади і гарантії підприємництва; виключно законами України встановлюються засади створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків.

2.  Законопроектом передбачена низка норм, що обмежують обсяг конфіденційної інформації та інформації, що становить банківську таємницю, а також покладають на банки та Фонд гарантування вкладів фізичних осіб обов'язок оприлюднювати відомості про окремі категорії боржників, в тому числі без їхньої згоди:

*"Банк розміщує на своєму веб-сайті відомості про боржників, які є пов'язаними із банком особами, що прострочили виконання зобов'язань (за основною сумою та* *процентами) перед таким банком на строк понад 180 днів, а також вимоги банку до таких боржників. Відомості про таких боржників* *містять таку інформацію:*

*1) для фізичних осіб – прізвище, ім'я та по батькові, розмір простроченого зобов'язання, кількість днів прострочення;*

*2) для юридичних осіб – повне найменування, ідентифікаційний код у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, розмір простроченого зобов’язання, кількість днів прострочення.*

*Опублікування таких відомостей не потребує отримання на це згоди боржника – фізичної особи, яка є пов’язаною із банком особою" –* зміни до статті 56 Закону про банки;

*"Положення частин першої і другої цієї статті не поширюються:*

*на інформацію, що підлягає опублікуванню. Перелік інформації, що підлягає обов’язковому опублікуванню, встановлюється Національним банком України;*

*на відомості про боржників, які є пов'язаними з банком особами, що прострочили виконання зобов'язань (за основною сумою та процентами) перед банком на строк понад 180 днів, а також на про вимоги банків до таких боржників, а щодо банку, процедура ліквідації якого розпочата відповідно до Закону України "Про систему гарантування вкладів фізичних осіб", – на відомості про всіх боржників, які, за даними бухгалтерського обліку банку, прострочили виконання зобов'язань (за основною сумою та процентами) перед таким банком незалежно від строку прострочення"* – стаття 60 Закону про банки в редакції законопроекту;

*"Фонд у встановленому ним порядку розміщує на своєму офіційному веб-сайті та на веб-сайті банку, що знаходиться в стадії ліквідації, відомості про боржників, які прострочили виконання зобов'язань (за основною сумою та процентами) перед цим банком, а також про вимоги банку до таких боржників. Опублікування таких відомостей не потребує отримання на це згоди боржника – фізичної особи"* – частина шоста статті 18 Закону України "Про систему гарантування вкладів фізичних осіб" в редакції законопроекту.

Пункт 5 частини другої статті 46 Закону України "Про систему гарантування вкладів фізичних осіб" запропоновано викласти у новій редакції, відповідно до якої з дня початку процедури ліквідації банку *"відомості про фінансовий стан банку, боржників, які прострочили виконання зобов'язань (за основною сумою та процентами) перед таким**банком, а також про вимоги банку до таких боржників перестають бути конфіденційними чи становити банківську таємницю"*.

Вбачається, що вищезазначені положення законопроекту суперечать частині другій статті 32 Конституції України, відповідно до якої не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, **і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини**. Аналогічні положення щодо неприпустимості поширення персональних даних без згоди суб'єкта персональних даних або уповноваженої ним особи містяться у частині другій статті 14 Закону України "Про захист персональних даних".

У Рішенні Конституційного Суду України від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012 зазначено, що інформацією про особисте та сімейне життя особи є будь-які відомості та/або дані про відносини немайнового та майнового характеру, обставини, події, стосунки тощо, пов’язані з особою та членами її сім'ї, за винятком передбаченої законами інформації, що стосується здійснення особою, яка обіймає посаду, пов'язану з виконанням функцій державі або органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень. Така інформація про особу є конфіденційною. Отже, будь-які відомості про фізичних осіб-боржників, які прострочили виконання зобов'язань перед банком, є конфіденційною інформацією.

3. Проектом пропонується доповнити статтю 52 Закону про банки положенням про те, що *"особа вважається пов'язаною з банком з моменту виникнення підстав для визначення такої особи пов'язаною з банком відповідно до вимог цієї статті"*. Визнання особи пов'язаною з банком тягне для неї негативні наслідки та ризики організаційного та майнового характеру.

Таким чином, пропоноване положення створює негативні правові наслідки для особи в ретроспективі, а тому суперечить статті 58 Конституції України, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

4. Законопроект передбачає доповнення Закону про банки статтею 622 щодо порядку розкриття банківської таємниці Національним банком України. Зауважуємо, що за своїм змістом зазначені норми належать до предмету правового регулювання Закону України "Про Національний банк України".

5. Змінами до статті 641 Закону України "Про Національний банк України" пропонується встановити, що НБУ *"забезпечує правовий захист членів Правління Національного банку, інших службовців Національного банку, членів Ради Національного банку, залучених експертів, у тому числі після їх звільнення з посади в Національному банку чи після припинення повноважень члена Ради Національного банку або припинення цивільно-правових відносин з Національним банком, у разі подання проти них позовів або їх участі в адміністративному чи кримінальному провадженні, що пов’язані із виконанням ними своїх повноважень у Національному банку або наданням послуг Національному банку. Національний банк здійснює правовий захист зазначених у цій частині осіб, у тому числі шляхом забезпечення надання їм правової допомоги адвокатами та іншими фахівцями в галузі права"*. При цьому, жодних обмежень щодо сум, які можуть спрямовуватися для оплати послуг правозахисників або щодо кола осіб, які можуть бути залучені для надання правової допомоги, не передбачено. Так само не передбачено компенсації витрат НБУ на оплату відповідних послуг навіть у разі, якщо у суді буде доведено вину співробітника НБУ.

Водночас, НБУ є державним органом, а не приватним підприємством, що діє за власні кошти та на власний ризик. Відповідно до статей 3, 4, 51  Закону України "Про Національний банк України" джерелами формування статутного капіталу НБУ є частина його прибутку до розподілу, а при необхідності – Державний [бюджет](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14?find=1&text=%D0%B1%D1%8E%D0%B4%D0%B6%D0%B5%D1%82" \l "w1_3) України. Видатки НБУ здійснюються за рахунок власних доходів у межах затвердженого кошторису адміністративних витрат, а у визначених цим Законом випадках – також за рахунок Державного [бюджет](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14?find=1&text=%D0%B1%D1%8E%D0%B4%D0%B6%D0%B5%D1%82" \l "w1_4)у України. Після спрямування прибутку до розподілу на цілі, визначені частинами п'ятою та шостою статті 51 Закону України "Про Національний банк України", прибуток до розподілу підлягає перерахуванню до Державного [бюджет](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14?find=1&text=%D0%B1%D1%8E%D0%B4%D0%B6%D0%B5%D1%82#w1_6)у України у повному обсязі.

Відтак, витрати на оплату послуг з надання правової допомоги працівникам НБУ в будь якому разі **покладатимуться на Державний бюджет та створюватимуть додаткове навантаження** на нього.

Крім того, надання таких "привілейованих гарантій" не забезпечено механізмами запобігання зловживанням. При цьому, характер цих гарантій, на нашу думку, є неспівмірним з ризиками діяльності та соціальною значущістю діяльності працівників НБУ. Подібні "привілейовані гарантії" не передбачені для інших категорій осіб, виконання функцій якими пов'язане з високим рівнем суспільної відповідальності, зокрема народних депутатів України, суддів, прокурорів, працівників правоохоронних органів тощо.

6. Змінами до статей 7 та 12 Закону України "Про Рахункову палату" передбачено обмеження повноважень Рахункової палати у здійсненні парламентського контролю за фінансовою діяльністю НБУ, а саме замість контролю за виконанням ***"кошторису доходів та витрат"*** пропонується здійснювати контроль лише за виконанням ***"кошторису адміністративних витрат*** *Національного банку України"****.*** Вбачається, що відповідні зміни не відповідають конституційним завданням Рахункової палати. Відповідно до статті 98 Конституції України [Рахунк](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?find=1&text=%D1%80%D0%B0%D1%85%D1%83%D0%BD%D0%BA#w1_3)ова палата від імені Верховної Ради України здійснює контроль за надходженням коштів до Державного бюджету України та їх використанням.

Відповідно до частини другої статті 5 Закону України "Про Національний банк України" до [кошторис](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14?find=1&text=%D0%BA%D0%BE%D1%88%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B8%D1%81#w1_5)у адміністративних витрат НБУ включаються його прогнозовані витрати, в тому числі амортизаційні відрахування, резерви під знецінення активів, інвестиції, що спрямовуються на забезпечення діяльності Національного банку України, а також витрати на виплату винагороди членам Ради Національного банку. Тобто, в кошторисі адміністративних витрат не відображаються доходи та прибуток до розподілу НБУ, від яких залежить надходження коштів від НБУ до Державного бюджету.

7. Низка змін, запропонованих до Закону України "Про Національний банк України", вочевидь, матимуть наслідком послаблення ролі Ради НБУ в управлінні та **є відступленням від цілей реформи щодо розбудови інституційної спроможності НБУ, яка проводилася за рекомендаціями МВФ та мала на меті створення "системи стримань та противаг" при прийнятті рішень.** Йдеться, зокрема, про:

- зміни до статті 10, які ставлять розмір винагороди члена Ради НБУ у пряму залежність від розміру винагороди члена Правління:

*"Щомісячна винагорода члена Ради Національного банку становить 50 відсотків максимального розміру посадового окладу члена Правління Національного банку";*

- зміни до статей 11 та 131, які передбачають скорочення мінімальної кількості засідань Ради та Аудиторського комітету, який є її консультативним органом, з 10 до 4 на рік;

- зміни до статті 13, які забороняють Раді НБУ втручатися у діяльність Правління "при виконанні ним функцій і повноважень, визначених законом" (на сьогодні заборона стосується лише втручання в оперативну діяльність).

8. Законопроект передбачає внесення змін до статей 530 та 536 ЦК України, з урахуванням яких відповідні положення будуть викладені в такій редакції:

"Якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час, крім випадків, установлених законом про банки і банківську діяльність";

"За користування чужими грошовими коштами боржник зобов'язаний сплачувати проценти, якщо інше не встановлено договором між фізичними особами або законом про банки і банківську діяльність".

Вбачається, що запропоновані зміни **погіршують правове становище кредитора**, **в тому числі фізичної особи (вкладника банку), створюючи перепони для задоволення його законних вимог** та **відміняючи презумпцію платного користування коштами**, що належать іншій особі. В подальшому, через внесення змін до Закону України "Про систему гарантування вкладів фізичних осіб", відповідні норми можуть бути використані дляпозбавлення вкладників проблемних/неплатоспроможних банків права вимагати повернення вкладів після закінчення строку депозитного договору та права на отримання від банків процентів за період неповернення вкладів.

Натомість, згідно з частиною третьою статті 22 Конституції України при прийнятті нових законів або в[не](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?find=1&text=%D0%BD%D0%B5+%D0%B4%D0%BE%D0%BF%D1%83%D1%81%D0%BA" \l "w1_52)сенні змін до чинних законів [не](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?find=1&text=%D0%BD%D0%B5+%D0%B4%D0%BE%D0%BF%D1%83%D1%81%D0%BA" \l "w1_53) [допуск](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80?find=1&text=%D0%BD%D0%B5+%D0%B4%D0%BE%D0%BF%D1%83%D1%81%D0%BA" \l "w2_3)ається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Це повною мірою стосується також захисту права власності.

9. Законопроектом передбачені зміни до статті 137 ГПК України, відповідно до яких "не допускається забезпечення позову шляхом накладення арешту на кошти, що знаходяться на кореспондентських рахунках банку", а також "не допускається забезпечення позову шляхом накладення арешту на кошти, що знаходяться в Національному банку України **або іноземних банках на рахунках, відкритих Центральному депозитарію цінних паперів** та/або кліринговим установам для забезпечення здійснення грошових розрахунків".

На нашу думку, право забезпечення позову, не може бути обмежено у запропонований проектом спосіб, оскільки це суперечить приписам: статті 22 Конституції України, відповідно до якої при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (частина третя); статті 55, що гарантує звернення до суду з метою захисту своїх прав і свобод; статті 64 Конституції України, яка забороняє звужувати право на захист в суді, оскільки в іншому випадку відбувається як суттєве обмеження прав **громадян** на судовий захист, так і суттєве звуження суддівської дискреції.

Конституція України, передбачивши, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, заклала передумови для побудови системи державної влади за стандартами правової держави. Визнання принципу верховенства права і закріплення за Конституцією України статусу акта, який має найвищу юридичну силу, зумовлює необхідність побудови відповідної моделі стримувань і противаг, виходячи з дотримання принципу самостійності і рівності у здійсненні повноважень кожної з гілок влади.

Відповідно до Основного Закону України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (частина друга статті 3). Оскільки норми Конституції України є нормами прямої дії, звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (частина третя статті 8).

Згідно із частиною другою статті 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, посадових і службових осіб.

Конституцією України передбачено, що делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається (стаття 124).

Крім того, Конституція України як одну з основних засад судочинства визначила рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом (стаття 129). Необхідність слідування цьому конституційному принципу (засаді) унеможливлює внесення змін до процесуального законодавства, яким окремим суб'єктам судочинства надавались би певні преференції. У цьому випадку йдеться про законодавче позбавлення суду загального права накладати арешт на кошти, що знаходяться на кореспондентських рахунках банку, а також на кошти, що знаходяться в Національному банку України **або іноземних банках на рахунках, відкритих Центральному депозитарію цінних паперів** та/або кліринговим установам, для забезпечення здійснення грошових розрахунків.

Крім того, як відомо, однією з проблем в Україні є дуже низький показник виконання судових рішень. За умови невиконання рішення суду, право на суд не є гарантованим, а примарним. Саме тому з метою гарантування реального виконання рішення суду за заявою сторін або з ініціативи суду під час судового розгляду можуть застосовуватися заходи для забезпечення позову і їх перелік не може звужуватися.

До того ж зазначені зміни можуть призвести до недотримання положень статей 6 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, якими передбачені право на справедливий суд та на ефективний засіб юридичного захисту.

Конституційний Суд України у Рішенні від 19 жовтня 2009 року [№ 26‑рп/2009](http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/26-rp/2009.doc) також звертав увагу, що встановлена заборона судам здійснювати забезпечення позову унеможливлює виконання рішень суду, прийнятих в окремих справах, що фактично означає неможливість реалізації особами права на судовий захист, гарантований статтею 55 Конституції України. Згідно зі статтею 64 Основного Закону України право на судовий захист не може бути обмежене.

Відповідно до частини третьої статті 8 Основного Закону держави в Україні гарантується звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод безпосередньо на підставі Конституції України. Тому принцип верховенства права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність.

Аналогічні зауваження стосуються також змін до статті 150 Цивільного процесуального кодексу України щодо заборони забезпечення позову шляхом накладення арешту на кошти, що знаходяться на кореспондентських рахунках банку.

10. Видаються дискусійними і такими, що потребують додаткового обговорення зміни, запропоновані законопроектом до пункту 4 частини другої статті 5 Закону України "Про виконавче провадження", відповідно до яких приватному виконавцю надається право здійснювати примусове виконання рішень, за якими стягувачем є Національний банк України. Адже за такого законодавчого підходу рішення, за якими Національний банк України є боржником, будуть примусово виконуватися державними виконавцями відповідно до пункту 2 частини другої статті 5 Закону України "Про виконавче провадження", а рішення, за якими НБУ буде стягувачем – приватними виконавцями, що виглядає досить нелогічно.

З цього приводу принагідно також зазначити, що у 2016 році, коли приймалася нова редакція Закону України "Про виконавче провадження", було закладено підхід, згідно з яким рішення, за якими боржниками чи стягувачами є держава, державні органи, підлягають примусовому виконанню лише державними виконавцями. Це було пов'язано з тим, що на початку запуску реформи виконавчого провадження було багато побоювань, що приватні виконавці стануть інструментами для рейдерів, тому перший етап реформи передбачав для приватних виконавців певні обмеження, наприклад, вони могли виконувати рішення не в усіх категоріях справ, зокрема, була передбачена заборона на виконання рішень пов'язаних з інтересами держави, державних органів.

Однак, 25 серпня 2020 року Законом України № 825-IX було ратифіковано Меморандум про взаєморозуміння між Україною як Позичальником та Європейським Союзом як Кредитором і Кредитну угоду між Україною як Позичальником та Національним банком України як Агентом Позичальника та Європейським Союзом як Кредитором (щодо отримання Україною макрофінансової допомоги Європейського Союзу у сумі до 1 мільярда 200 мільйонів євро). Цим Меморандумом, зокрема, передбачено, що для забезпечення можливості ефективного відновлення законних вимог органи державної влади розширять повноваження приватних виконавців на вимоги до ста тисяч (100.000) гривень проти будь-якого боржника (включаючи державних юридичних осіб та юридичних осіб за участю держави), та на адміністративні штрафи, а також складуть дорожню карту щодо повного зрівняння їх повноважень із повноваженнями державних виконавців, зокрема, що стосується приватних виконавців, які діють від імені будь-якого клієнта та проти будь-якого боржника, а також що стосується полегшення доступу до професії приватних виконавців для збільшення їх загальної кількості, та перегляду режиму дисциплінарного нагляду та контролю.

Вважаємо, що для того, щоб на законодавчому рівні вирішити питання щодо розширення повноважень приватних виконавців недостатньо просто внести фрагментарні зміни лише до пункту 4 частини другої статті 5 Закону України "Про виконавче провадження", надавши повноваження приватним виконавцям здійснювати примусове виконання лише рішень, за якими стягувачем є Національний банк України.З нашої точки зору, нинііснує потреба розроблення комплексного та системного підходу щодо нормативного врегулювання питань, пов'язаних з діяльністю інституту приватних виконавців, взявши до уваги позитивні напрацювання й досвід іноземних країн, які вже мають досить позитивний результат у роботі приватних виконавців. Саме такі кроки нададуть можливість гармонізувати українське законодавство із законодавством держав Європейського Союзу та подолання проблеми, пов'язаної з невиконанням судових рішень.

11. Звертаємо також увагу, що 19 червня 2020 року парламентом було прийнято Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів" № 738-ІХ, яким було внесено однакові за змістом зміни до частини тринадцятої статті 137 ГПК України, частини дванадцятої статті 150 ЦПК України та частини другої статті 48 Закону України "Про виконавче провадження", що мають набрати чинності з 1 липня 2021 року.

Проектом, що розглядається, змінюються редакції частини тринадцятої статті 137 ГПК України та частини другої статті 48 Закону України "Про виконавче провадження". Однак змін до частини дванадцятої статті 150 ЦПК України проект не містить, що є неприйнятним з точки зору дотримання вимог законодавчої техніки та уніфікації положень законодавства.

12. Підготовлений до другого читання текст законопроекту передбачає внесення змін до норм, які не були включені до законопроекту при прийнятті його за основу, що суперечить частині першій статті 116 Регламенту Верховної Ради України. Зокрема, це стосується внесення змін до законів України "Про ринки капіталу та організовані товарні ринки", "Про товарні біржі", "Про державне регулювання ринків капіталу та організованих товарних ринків", "Про іпотечні облігації".

13. Відповідно до пункту 3 розділу "Прикінцеві та перехідні положення" законопроекту "Законодавчі та інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності цим Законом, застосовуються в частині, що не суперечить цьому Закону", у тому числі і Основний Закон! Зазначене суперечить статті 8 Конституції України, за якою Основний Закон має найвищу юридичну силу, та не узгоджуються з вимогами статті 19 Конституції України щодо визначення способу здійснення повноважень органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами виключно Конституцією та законами України, а також не враховує правової позиції Конституційного Суду України, оскільки не містить достатніх і завершених правових механізмів реалізації положень, як того вимагає принцип правової держави (Рішення від 30 травня 2001 року № 7-рп/2001).

Крім цього, зазначений підхід не узгоджується з вимогами частини восьмої статті 90 Регламенту Верховної Ради України, за якою "якщо для реалізації положень поданого законопроекту після його прийняття необхідні зміни до інших законів, такі зміни мають викладатися в розділі "Перехідні положення" цього законопроекту або в одночасно внесеному його ініціатором окремому законопроекті. До законопроекту додається перелік законів та інших нормативних актів, прийняття або перегляд яких необхідно здійснити для реалізації положень законопроекту в разі його прийняття".

14. Пункт 7 розділу "Прикінцеві та перехідні положення" законопроекту, відповідно до якого *"положення статті 641 Закону України "Про Національний банк України" щодо правового захисту поширюються на членів Правління Національного банку України, інших службовців Національного банку України, членів Ради Національного банку та залучених експертів, які були звільнені з посади в Національному банку або припинили повноваження члена Ради Національного банку або припинили цивільно-правові відносини з Національним банком України після дня набрання чинності цим Законом"* є зайвим, оскільки повторює звичайний порядок дії законів в часі.

15. Положення пункту 9 розділу "Прикінцеві та перехідні положення" проекту, що містять доручення Кабінету Міністрів України після набрання чинності цим Законом прийняти необхідні для його реалізації нормативно-правові акти, свідчать про відсутність достатніх і завершених механізмів для реалізації положень Закону, у разі його прийняття, оскільки виконання норм Закону ставиться у залежність від прийняття у майбутньому відповідних підзаконних актів. Наголошуємо, що Конституційний Суд України у Рішенні від 15 квітня 2020 року № 2‑р(II)/2020 відзначив, що у контексті принципу верховенства права важливим є встановлення при внесенні змін до законодавства розумного часового проміжку між офіційним оприлюдненням закону і набранням ним чинності.

Зважаючи на характер висловлених зауважень, пропонуємо проект доопрацювати з урахуванням можливостей, передбачених частиною шостою статті 118 Регламенту Верховної Ради України з наступним поданням для розгляду у третьому читанні.

|  |  |
| --- | --- |
| Заступник керівника  Головного юридичного управління | **В.МІЛОВАНОВ** |