До реєстр. № 2413а від 20.07.2015

(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 консолідації функцій із державного регулювання ринків фінансових послуг

У Головному юридичному управлінні проаналізовано текст проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо консолідації функцій із державного регулювання ринків фінансових послуг» підготовлений для розгляду у другому читанні.

В цілому поділяючи позицію авторів законопроекту щодо необхідності вдосконалення організації державного управління на ринку фінансових послуг, вважаємо все ж таки, що воно має відбуватися з дотриманням конституційних вимог, у межах системи центральних органів виконавчої влади. Звертаємо увагу на те, що положення законопроекту не узгоджуються із нормами Конституції та інших законів України, а також не враховують правової позиції Конституційного Суду України, висловленої у відповідних рішеннях.

1. На порушення статті 19 Конституції України, відповідно до якої органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені законами, законопроект передбачає виведення всієї сфери фінансових послуг з-під дії законів, що встановлюють загальновизнані принципи державного регулювання господарської діяльності та визначають механізми контролю за якістю відомчих нормативних актів, а саме Законів України «Про ліцензування видів господарської діяльності», «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», «Про адміністративні послуги» та «Про засади державної регуляторної політики» (пункти 12. 18, 21, 23 розділу І законопроекту). Натомість, в більшості випадків порядок здійснення державного регулювання має визначатися безпосередньо регуляторами (Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку та Національним банком України) у нормативно-правових актах, прийнятих на власний розсуд. Зокрема, йдеться про визначення

Національним банком:

- порядку видачі та відкликання (анулювання) ліцензій небанківським фінансовим установам та особам, які не є фінансовими установами, але мають право надавати окремі фінансові послуги;

- вимог до осіб, які мають намір провадити діяльність з надання фінансових послуг, умов провадження діяльності з надання фінансових послуг та порядок контролю за їх додержанням (стаття 28 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»

- порядку надання кредитній спілці статусу фінансової установи (стаття 8 Закону України «Про кредитні спілки»);

Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку:

- порядку видачі ліцензій на всі види професійної діяльності на ринку цінних паперів та у системі накопичувального пенсійного забезпечення (статя 4 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні»;

- кваліфікаційних вимог до осіб, які здійснюють дії, пов’язані з провадженням професійної діяльності на ринку цінних паперів чи діяльності у системі накопичувального пенсійного забезпечення;

- порядку видачі сертифікатів на право здійснення дій, пов’язаних з провадженням професійної діяльності на ринку цінних паперів чи діяльності у системі накопичувального пенсійного забезпечення

- порядку погодження статутів недержавних пенсійних фондів;

- порядку реєстрації інвестиційних декларації недержавних пенсійних фондів;

- порядку погодження кандидатур осіб, делегованих до рад недержавних пенсійних фондів"

- обов'язкових нормативів достатності власних коштів, інших пруденційних нормативів, показників і вимог за операціями на ринку цінних паперів та у системі накопичувального пенсійного забезпечення;

- порядку зупинення та анулювання виданих ліцензій (статті 7, 8 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні») тощо.

Вбачається, що передбачений порядок здійснення державного регулювання ринку фінансових послуг не відповідає пункту 8 частини першої, пункту 1 частини другої статті 92 Конституції України, відповідно до яких правові засади і гарантії підприємництва, засади створення і функціонування фінансового ринку визначаються виключно на законодавчому рівні. Йдеться, фактично, про делегування відповідним органам законодавчих повноважень.

При цьому, законопроект не містить жодних вимог до рішень державних регуляторів, критеріїв чи обмежень, яких вони мають дотримуватися. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях 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).

Відсутність прозорості у регулюванні питань, пов’язаних з роботою фінансової системи, на нашу думку, йде у розріз із задекларованими цілями законопроекту щодо підвищення інвестиційної привабливості України та є корупційним чинником.

2. Зауважуємо, що йдеться про суттєве розширення повноважень державних органів, правовий статус яких є досить специфічним, оскільки жоден з них не належить до визначених на рівні Конституції України гілок влади та здійснення контролю за діяльністю яких суттєво обмежено.

Законопроект наділяє новими повноваженнями Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку. Проте, правовий статус Комісії, порядок визначення її повноважень, не узгоджуються з частиною першою статті 6 Конституції України, згідно з якою державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Вичерпний перелік державних органів, які формально не належать до жодної з гілок влади, прямо встановлено Конституцією України (ЦВК, Національний банк України, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, органи прокуратури тощо). Натомість, Комісія створена як державний колегіальний орган, підпорядкована Президенту України, Голова та члени Комісії призначаються на посади Президентом України, ним же затверджується Положення про Комісію. В той же час, стаття 106 Конституції України не наділяє Президента України правом брати участь у формуванні державних органів, не передбачених Конституцією України, та визначати порядок їх діяльності. З урахуванням вищенаведеного, вбачається, що положення законопроекту щодо визначення нових повноважень Комісії, не враховують вимог статей 6 і 106 Конституції України.

Крім того, розширення регуляторних повноважень Національного банку, які є факультативними відносно його основної функції (стаття 99 Конституції України), може нести загрози для її належного виконання, що є неприпустимим, Особливий правовий статус Національного банку Конституція України пов’язує саме з забезпеченням ним стабільності гривні в рамках провадження грошово-кредитної політики відповідно до Основних засад, визначених Радою Національного банку (статті 99, 100 Конституції).

3. Значна частина норм законопроекту не узгоджується з іншими законами або сформульована некоректно, що суперечить конституційним принципам верховенства права та визначенню України правовою державою (статті 1 та 8 Конституції України). У рішеннях Конституційного Суду Українио неодноразово наголошувалося, що визначальними елементами верховенства права є принципи правової визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її 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 22.09.2005 року №5, від 29.06.2010 року №17-рп, від 11.10.2011 року №10-рп.). Так, зокрема:

- у пункті 34 статті 7 Закону України «Про Національний банк України», пункті 2 частини першої статі 28 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» відсутній вичерпний перелік реєстрів надавачів небанківських фінансових послуг, ведення яких покладається на Національний банк;

- у частині другій статті 30 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» не надано вичерпного переліку підстав проведення Національним банком позапланових перевірок;

- зміни до статті 163 Господарського кодексу України, пункту 3 частини п’ятої статті 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» передбачають виключення з переліку цінних паперів іпотечних сертифікатів. В той же час, зміни до статті 15 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», згідно з якою «собливості емісії (видачі), обігу та обліку … іпотечних сертифікатів визначаються законодавством», у законопроекті відсутні; так само відсутні зміни до Закону України «Про іпотеку», в якому міститься посилання на іпотечні сертифікати як вид іпотечних цінних паперів;

- внаслідок включення до Закону України ««Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» положень щодо регулювання системи накопичувального пенсійного забезпечення назва закону не відповідає його змісту;

- внаслідок викладення статті 4 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» в новій редакції з законодавчого поля будуть виключені визначення термінів, що розкривають зміст видів професійної діяльності на ринку цінних паперів;

- стаття 4 Закону України ««Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» передбачає, зокрема, видачу ліцензії на «діяльність з управління активами». В той же час, Закони України «Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування» та «Про недержавне пенсійне забезпечення» містять посилання на ліцензію на провадження «діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами)»;

- у пункті 3716 статті 7 Закону України ««Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» не визначено правовий зміст та наслідки «порушення перед радою недержавного пенсійного фонду питання щодо заміни особи, яка здійснює управління пенсійними активами такого фонду»;

- положення статті 6 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» щодо надання органам, які здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг, права встановлювати додаткові обов’язкові для фінансових установ вимоги до договорів про надання фінансових послуг та умови таких договорів, суперечать закладеному у статтях 627, 628, 630 та ін. Цивільного кодексу України принципу свободи договору та визначення сторонами змісту договору на основі вільного волевиявлення;

- у статті 29 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг» не вказано, про результати діяльності якої «системи» йдеться;

- у частині першій статті 18 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» чітко не встановлено, хто має право на здійснення діяльності з управління активами інституційних інвесторів («інший суб’єкт у передбачених законодавством випадках»);

- пункт 30 статті 7 Закону України «Про Національний банк України» не узгоджується з пунктом 1 статті 14 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» стосовно переліку об’єктів, за якими НБУ здійснює нагляд у сфері протидії легалізації;

- пункт 34 статті 7 Закону України «Про Національний банк України», який передбачає ведення Національним банком Реєстру фінансових установ, не узгоджується з пунктом 9 цієї статті, згідно з яким Національний банк веде Державний реєстр банків (які також є фінансовими установами);

- внаслідок внесення до статей 56-59 Закону «Про Національний банк України» змін, пов’язаних з функціями державного регулювання ринків небанківських фінансових послуг, назва розділу Х закону «Банківське регулювання і банківський нагляд» не відповідає його змісту;

- посилання у пункті 10 частини першої статті 28, статті 30 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» окремо на «законодавство» та «нормативно-правові акти Національного банку України» є юридично некоректним, оскільки останні теж є частиною законодавства;

- абзац другий частини першої статті 32 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» суперечить частині четвертій статті 3 Закону України «Про міжнародні договори України» щодо права Національного банку, який не належить до системи органів виконавчої влади та не є колегіальним органом, укладати міжнародні міжвідомчі договори;

- частина перша статті 38 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» передбачає, що «ліцензія набирає чинності з дня внесення Національним банком запису до відповідного реєстру». В той же час, вичерпний перелік реєстрів, що веде Національний банк України, законами не встановлено. Отже, взагалі ставиться під сумнів можливість провадження ліцензованої діяльності;

- частини друга та третя статті 67 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення», частина перша статті 24, частина перша статті 36 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" щодо здійснення Комісією нагляду та застосування санкцій до банків та страхових організації, не відповідає розподілу повноважень між Комісією та Національним банком;

- виключення з переліку видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, «надання фінансових послуг (крім професійної діяльності на ринку цінних паперів)» (пункт 2 частини першої статті 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності») є алогічним та суперечить статті 34 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»;

- абзац другий пункту 3 розділу «Прикінцеві положення», який зобов’язує Національний банк та Комісію видавати ліцензії «у порядку, визначеному ліцензійними умовами провадження господарської діяльності з надання фінансових послуг, затвердженими Кабінетом Міністрів України», не відповідає статусу Національного банку та Комісії, які не належить до системи органів виконавчої влади;

- абзаци перший та другий пункту 6 розділу «Прикінцеві положення», що визначає порядок завершення процедур реєстрації та ліцензування, розпочатих до набрання чинності цим законом, суперечать один одному;

- всупереч вимогам нормопроектувальної техніки, у законопроекті не дотримуються вимоги щодо єдності та коректності застосування спеціальної термінології, ясності та однозначності формулювань («цей орган» відносно Національного банку - ст.255 КУпАП; «у порядку, встановленому

законодавством» - ст.38 Закону України «Про страхування»; «нормативно-правових актів, прийнятих згідно з цими законами», «нової ліцензії на надання послуг», «таких фахівців», «зупиняти або анулювати дію ліцензій» - ст.ст.4, 7, 8 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні»; «та іншими законами України», «та інших законів України» - ст.ст.7, 57 Закону України «Про Національний банк України»; «в межах нагляду відповідно до цього Закону» - ст.161 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» тощо).

4. Законопроект передбачає викладення статті 18829 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП) в новій редакції, частиною першою якої пропонується встановити відповідальність за ухилення від виконання або несвоєчасне виконання нормативно-правових актів Національного банку України. Перш за все, звертаємо увагу, що з огляду на об’єкт запропонованого порушення, а саме, суспільні відносини у сфері діяльності Національного Банку України, відповідальність за вищенаведені порушення мала б бути передбачена у главі 12 «Адміністративні правопорушення в галузі торгівлі, громадського харчування, сфері послуг, в галузі фінансів і підприємницькій діяльності». Також слід зазначити, що викладення частини першої в запропонований спосіб вводить конкуренцію з частиною третьою цієї статті в частині відповідальності за неподання, несвоєчасне подання або подання завідомо недостовірної інформації Національному банку України. Відтак зміст зазначеної статті вимагає не лише системного комплексного підходу, грунтовного опрацювання, а і докорінного коригування.

Крім того, є неприйнятним з точки зору особливостей нормопроектування підхід, що використаний у статті 18830 КУпАП стосовно визначення об’єктивної сторони правопорушення у примітці шляхом відсилання до спеціального закону. Адже за усталеними правилами нормопроектування положень КУпАП, що вироблені на основі вимог пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України, об’єктивна сторона правопорушення визначається безпосередньо у нормі, яка передбачає ту чи іншу відповідальність.

З статті 24417 КУпАП необхідно виключити примітку щодо визначення термінів «суб’єкти системи накопичувального пенсійного забезпечення», «вкладники», «учасники», оскільки відповідно до загальних правил щодо побудови статей Кодексу України про адміністративні правопорушення в даній статті визначаються лише справи, які буде розглядати Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку.

Отже, зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення потребують суттєвого техніко-редакційного доопрацювання.

5. Аналіз норм законопроекту свідчить про відсутність комплексного підходу до предмету правового регулювання. Зміни до законів мають точковий характер, відсутній єдиний підхід до формулювання правових приписів та термінології.

Законопроект не передбачає всебічного та повного викладення у Законі України «Про Національний банк України» завдань, функцій та порядку виконання функцій, пов’язаних з покладенням на Національний банк державного регулювання ринків небанківських послуг, замість цього використовується посилання на «інші закони» (статті 7, 15, 57, 59). Це суперечить частині третій статті 53 Закону України «Про Національний банк України», відповідно до якої законодавче регулювання питань, пов’язаних з виконанням Національним банком своїх функцій, установлюється або змінюється виключно цим Законом.

Пункт 81 статті 7 Закону України «Про Національний банк України», в якому зроблено спробу сформулювати узагальнені повноваження Національного банку в сфері регулювання ринку небанківських фінансових послуг, викладений некоректно: повноваження не відповідають розподілу компетенцій, передбаченому статтею 21 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», а також пункт містить посилання на невизначене коло законів. Перелік об’єктів нагляду, наведений у цьому пункті статті 7, не відповідає переліку, наведеному у пункті 1 статті 15 Закону України «Про Національний банк України». Замість використання єдиного терміну щодо об’єктів нагляду Національного банку в сфері регулювання ринків небанківських фінансових послуг, в законі одночасно використовуються по-різному сформульовані посилання то на перелік ринків небанківських фінансових послуг, то на осіб, які їх надають; внаслідок цього не узгоджуються між собою статті 7, 15, 57-59, 631,65, 67 закону.

Нові функції Національного банку та Комісії не знайшли відображення у правових нормах щодо їх відповідальності за неналежне виконання своїх обов’язків, підзвітності, обов’язкових публікацій. Відсутність в законопроекті процедур оскарження рішень регуляторів робить учасників ринку незахищеними, що не відповідає статті 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 року), де вказано, що кожен, чиї права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження.

Залишилися також неврегульованими питання, пов’язані з здійсненням регуляторами захисту прав споживачів фінансових послуг. Не визначені правові механізми захисту клієнтів небанківських фінансових установ у разі призупинення дії чи анулювання ліцензій.

6. Покладення на Національний банк функцій щодо здійснення нагляду за бюро кредитних історій (зміни до статті 3 Закону України «Про організацію формування та обігу кредитних історій») створює конфлікт інтересів регулятора з підконтрольними суб’єктами, оскільки Національний банк веде власний Кредитний реєстр.

7. Пункт 12 розділу «Прикінцеві положення» законопроекту, що містить рекомендації Президенту України «вжити заходів щодо консолідації функцій з державного регулювання ринків фінансових послуг», не відповідає статті 106 Конституції України, яка серед повноважень Президента України не передбачає вирішення ним питань щодо організації державного регулювання ринків фінансових послуг.

8. Всупереч вимогам частини першої статті 116 Регламенту Верховної Ради України до тексту законопроекту, підготовленого до розгляду у другому читанні, були внесені зміни, які не були предметом розгляду під час прийняття проекту в першому читанні. Зокрема, це стосується змін до статей 350, 354 Господарського кодексу України, стаття 39 Закону України «Про страхування», статей 17, 19, 41 Закону України «Про Національний банк України».

Враховуючи вищенаведене, на нашу думку, законопроект не містить достатніх правових механізмів для ефективної реалізації державного регулювання у сфері небанківських фінансових послуг та потребує суттєвого доопрацювання, як по суті так і редакційного. З огляду на позицію Конституційного Суду України щодо неконституційності положень закону, які «не відповідають критерію якості закону у розумінні частини другої статті 32 Конституції України, оскільки вони суперечать таким елементам принципу верховенства права, як юридична визначеність і заборона свавілля» (Рішення Конституційного Суду України від 11.10.2019 №7-р), даний закон, у разі його прийняття, може стати предметом конституційного провадження.

**Заступник керівника**

**Головного управління В.В. Мілованов**