

ВИСНОВОК
антикорупційної експертизи проєкту Закону України «Про внесення змін
до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення
корпоративного управління юридичних осіб,
акціонером (засновником, учасником) яких є держава»

Картка проєкту

Ініціатор(и) проєкту акта: Арахамія Д.Г.; Підласа Р.А.; Корнієнко О.С.	Мета проєкту акта – удосконалення корпоративного управління юридичних осіб, акціонером (засновником, учасником) яких є держава	Проект Закону (реєстр. № 5593 від 01.06.2021) включено до порядку денного
---	--	---

Резюме антикорупційної експертизи

Національне агентство ідентифікувало корупціогенні фактори, що унеможлиблюють прийняття проєкту Закону у запропонованій редакції, зокрема:

- недосконалий механізм призначення керівників державних компаній, який створює умови для реалізації корупційних ризиків та упередженості;
- неунормований механізм врегулювання конфлікту інтересів;
- невстановлений механізм визначення відповідності/невідповідності складу наглядової ради вимогам щодо незалежності її членів, що може вплинути на об'єктивність такого визначення;

неврегульований на рівні закону виключний перелік критеріїв державних унітарних підприємств та господарських товариств, на яких мають утворюватися наглядові ради.

Опис виявлених корупціогенних факторів

1. Встановлення або розширення дискреційних повноважень органу державної влади чи органу місцевого самоврядування або особи, уповноваженої на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, за відсутності визначення вичерпних випадків, підстав, форм, строків, порядку здійснення таких повноважень, контролю за їх здійсненням та відповідальності за можливі зловживання під час їх здійснення

Проектом Закону пропонується внести зміни до п. 6 ч. 2 ст. 5 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» (далі – Закон), якими передбачити, що, здійснюючи управління об'єктами державної власності, Кабінет Міністрів України призначає та звільняє з посад керівників державних господарських об'єднань, підприємств, установ та організацій та голів виконавчих органів господарських товариств, у статутному капіталі яких 100 відсотків акцій (часток) належать державі, відповідно до пропозицій наглядової ради, у разі її утворення, що подаються на підставі рішень наглядової ради про обрання та припинення повноважень керівників та голів виконавчих органів.

Україна закріпила орієнтир держави на відповідність Керівним принципам корпоративного управління державних підприємств, розробленим Організацією економічного співробітництва та розвитку (далі – Керівні принципи).

Вказаний вектор руху держави задекларований у низці програмних документів, зокрема в Указі Президента України від 08.11.2019 № 837 «Про невідкладні заходи з проведення реформ та зміцнення держави», Плані законопроектної роботи Верховної Ради України на 2021 рік, затвердженому Постановою Верховної Ради України від 02.02.2021 № 1165-IX (п. 72 Плану), Плані пріоритетних дій Уряду на 2021 рік.

Керівні принципи містять рекомендації органам державного управління щодо забезпечення ефективного, прозорого та відповідального функціонування підприємств державної форми власності. Це узгоджений на міжнародному рівні стандарт для органів державної влади, як виконати функцію держави як власника та уникнути помилок в управлінні та надмірного втручання держави.

Положеннями глави VII Керівних принципів передбачено, що:

наглядові ради державних підприємств повинні отримати чітко окреслені повноваження;

наглядовим радам має належати повноваження призначати й звільняти голову виконавчого органу державного підприємства.

При цьому такі повноваження наглядових рад та їх реалізація є абсолютними та не обмежуються повноваженнями органу управління.

Слід зазначити, що порівняно з чинною редакцією відповідних норм Закону запропоновані проектом Закону зміни до механізму призначення керівників державних компаній в цілому є більш прийнятними з позиції впровадження Керівних принципів.

Водночас, враховуючи положення Керівних принципів, вважаємо, що наглядовим радам державних господарських об'єднань, підприємств, установ та організацій та господарських товариств, у статутному капіталі яких 100 відсотків акцій (часток) належать державі, мають належати не лише повноваження щодо надання пропозицій Кабінету Міністрів України стосовно обрання та припинення керівників та голів виконавчих органів державних компаній, а й повноваження щодо їх призначення та звільнення. Такі повноваження наглядових рад не можуть бути обмежені лише наданням пропозицій щодо призначення та звільнення.

Особливу увагу заслуговує поширення запропонованих проектом Закону змін на такі стратегічно важливі для економіки України компанії, як «Укрзалізниця», «Нафтогаз», «Енергоатом», «Укроборонпром».

З огляду на викладене обмеження повноважень наглядових рад створює корупційні ризики упередженого призначення керівників державних компаній, які будуть приймати неефективні адміністративно-господарські рішення з урахуванням приватних інтересів осіб, які мали вплив на їх призначення, що в подальшому впливатиме на фінансові показники підприємства.

Рекомендації НАЗК:

посилити роль наглядових рад у процедурі призначення та звільнення з посад керівників державних господарських об'єднань, підприємств, установ та організацій та голів виконавчих органів господарських товариств, у статутному капіталі яких 100 відсотків акцій (часток) належать державі;

передбачити у проєкті Закону вимоги щодо конкурсного порядку обрання керівників державних компаній на засадах доброчесності, професійності та конкурентності.

2. Відсутність переліку видів, форм рішень, що приймаються суб'єктом владних повноважень, а також строків і порядку прийняття рішень

2.1. Проектом Закону запропоновано закріпити в положеннях законодавства концепцію «фідуціарних обов'язків» посадових осіб юридичної особи – керівника підприємства, членів виконавчого органу та наглядової ради, зокрема шляхом використання цього поняття у ст. 65 Господарського кодексу України. При цьому запропонована розробником редакція ст. 92¹ Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ) проєкту Закону спрямована на детальну регламентацію обов'язків та відповідальності посадових осіб, серед іншого, деталізацію фідуціарних обов'язків.

Результати Огляду корпоративного управління державних підприємств в Україні, опублікованого у 2021 році, підтверджують, що поняття «фідуціарного обов'язку» є досить новим і недостатньо розвинутим в Україні. Враховуючи це, запропонована розробником модель регулювання в цілому є схвальною, оскільки гармонізує положення українського законодавства з Керівними принципами і детально, на рівні закону, розкриває зміст обов'язків посадової особи компанії «діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень», який наразі передбачений чинною редакцією ст. 92 ЦКУ.

Водночас положення ст. 92¹ ЦКУ у редакції проєкту Закону містять низку недоліків, які зумовлюють потребу у доопрацюванні проєкту. Так, ч. 1 ст. 92¹ ЦКУ (у редакції проєкту Закону) закріплює лише обов'язок посадової особи уникати конфлікту інтересів відповідно до ч. 6 цієї статті, при цьому не встановлюючи заборони діяти в умовах такого конфлікту.

Положення ч. 6 цієї статті визначають, що посадові особи юридичної особи мають «уникати ситуацій, в яких у них є або може бути прямий чи опосередкований інтерес, який суперечить або може суперечити інтересам юридичної особи».

Також проєкт Закону закріплює правило, що обов'язок уникати конфлікту інтересів не вважається порушенням у випадку, якщо: 1) ситуація «не може розумно» вважатися такою, що може спричинити конфлікт інтересів; 2) якщо уповноваженими посадовими особами юридичної особи було надано погодження щодо такої ситуації (ч. 6 ст. 92¹ ЦКУ у редакції проєкту Закону).

При цьому поняття конфлікту інтересів і порядок його врегулювання вичерпно визначено у Законі України «Про запобігання корупції». Враховуючи це, у проєкті Закону мають бути враховані принципові підходи до врегулювання

конфлікту інтересів, що передбачені Законом України «Про запобігання корупції», як такі, що відповідають вимогам Конвенції ООН проти корупції.

На противагу «прямому» та «опосередкованому» інтересу, які використовуються у проєкті Закону без розкриття змісту цих понять, Закон України «Про запобігання корупції» та прийнята на його виконання Типова антикорупційна програма юридичної особи, затверджена рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 02.03.2017 № 75, відокремлює поняття потенційного та реального конфлікту інтересів у діяльності посадових осіб юридичної особи.

Так, норма ч. 6 ст. 92¹ ЦКУ у редакції проєкту Закону передбачає, що ситуація, у якій виник конфлікт інтересів, може бути погоджена посадовими особами юридичної особи, якщо статут не обмежує можливість такого погодження, а також якщо законом не передбачено інше.

Погодження може бути надано, якщо виконані такі умови:

- 1) засідання, на якому розглядається питання, проведене за наявності кворуму, при визначенні якого не враховується посадова особа, питання щодо якої розглядається або будь-яка інша заінтересована посадова особа;
- 2) рішення з питання було прийнято без врахування голосів посадової особи, питання щодо якої розглядається або будь-якої заінтересованої посадової особи, або було б прийнято, навіть за умови якщо такі голоси не були б враховані при голосуванні.

При цьому проєкт Закону не регламентує обсягу обов'язків посадової особи для отримання такого погодження та не передбачає обов'язку посадової особи невідкладно повідомляти про існування конфлікту інтересів.

Враховуючи викладене, запропонований порядок запобігання та врегулювання конфлікту інтересів в цілому є недосконалим та таким, що потребує доопрацювання з метою мінімізації корупційних ризиків.

Рекомендації НАЗК:

в цілому доопрацювати механізм запобігання та врегулювання конфлікту інтересів шляхом імплементації регулювання, визначеного Законом України «Про запобігання корупції», як такі, що відповідають вимогам Конвенції ООН проти корупції;

передбачити заборону вчиняти дії та приймати рішення в умовах реального конфлікту інтересів.

2.2. Проєктом Закону п. 4 ч. 1 ст. 6 Закону пропонується викласти в редакції, згідно з якою уповноважені органи управління відповідно до покладених на них завдань призначають на посаду та звільняють з посади керівників державних унітарних підприємств та голів виконавчих органів господарських товариств, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, у разі, якщо склад наглядової ради не відповідає вимогам щодо незалежності її членів.

При цьому в результаті аналізу положень чинних норм Закону та проєкту Закону залишається незрозумілим, як встановлюватиметься відповідність/

невідповідність складу наглядової ради вимогам щодо незалежності її членів, зокрема незрозумілий механізм встановлення такої невідповідності, суб'єкт, який це здійснюватиме, та вимоги щодо незалежності членів наглядових рад.

Таким чином, наявність конструкції «якщо склад наглядової ради не відповідає вимогам щодо незалежності її членів» ускладнює розуміння механізму реалізації вищезазначеного положення проєкту Закону та може спричинити штучне обмеження повноважень наглядової ради щодо призначення та звільнення керівників державних унітарних підприємств та голів виконавчих органів господарських товариств, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі.

Рекомендації НАЗК:

виключити зміни до п. 4 ч. 1 ст. 6 Закону.

3. Інші зауваження

3. Згідно з ч. 1 ст. 11² Закону у редакції проєкту Закону утворення наглядової ради є обов'язковим у державних унітарних підприємствах та в господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, у разі, якщо вони відповідають критеріям, які затверджені Кабінетом Міністрів України, або встановлені законом.

Вважаємо, що критерії, які визначатимуть необхідність утворення наглядової ради, є ключовими вимогами в регулюванні порушеного проєктом Закону питання та мають бути унормовані виключно на рівні закону.

Рекомендації НАЗК:

виключити повноваження Кабінету Міністрів України на затвердження критеріїв державних унітарних підприємств та господарських товариств, на яких мають утворюватися наглядові ради;

визначити у проєкті Закону виключний перелік критеріїв державних унітарних підприємств та господарських товариств, на яких мають утворюватися наглядові ради.

Висновок:

проєкт Закону містить корупціогенні фактори та потребує доопрацювання з урахуванням наданих рекомендацій.

**Голова Національного агентства
з питань запобігання корупції**

Олександр НОВІКОВ

