

ВИСНОВОК

антикорупційної експертизи проєкту Закону України «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період»

Картка проєкту

Суб'єкт права законодавчої ініціативи: народні депутати України (Стефанчук Р. О., Кальченко С. В., Медяник В. А. та інші)	Мета проєкту Закону – удосконалення корпоративного управління в юридичних особах, заснованих на державній і комунальній власності, для підвищення інвестиційної привабливості країни, запровадження ефективних механізмів контролю за використанням об'єктів державної та комунальної власності, а також для усунення суперечностей між Цивільним кодексом України та актами спеціального законодавства	Проект Закону (реєстр. № 6013 від 09.09.2021)
---	---	---

Резюме антикорупційної експертизи

За результатами проведення антикорупційної експертизи проєкту Закону Національне агентство ідентифікувало корупціогенні фактори, які зумовлюють потребу в його суттєвому доопрацюванні, а саме:

1) встановлення непрозорих механізмів призначення органів управління підприємства з відсутністю конкурсних засад відбору кандидатур та з нівелюванням міжнародних практик корпоративного управління;

2) унормування процесів відчуження майна (його частини), що закріплено за державним чи комунальним підприємством на праві оперативного управління чи господарського відання, без урахування законодавства про приватизацію;

3) ускладнення процесів притягнення до відповідальності винних осіб за вчинення корупційних або пов'язаних із корупцією правопорушень шляхом ототожнення понять «конфлікт інтересів» та «корупція», що не узгоджується із нормами Закону України «Про запобігання корупції»;

4) надання надмірних дискреційних повноважень органам державної влади та органам місцевого самоврядування при прийнятті рішення про застосування того чи іншого речового права під час передачі державного (комунального) майна та під час вирішення інших поточних питань;

5) застосування оціночних конструкцій, що створює умови для непрозорого управління підприємством, зокрема державного сектору економіки, неефективного використання коштів та державного майна.

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

1.1. Положеннями ч. 2 ст. 4 проекту Закону пропонується визначити органи управління підприємства, а саме:

– керівника підприємства, який призначається (обирається) власником (суб'єктом, що виконує функції власника підприємства) або наглядовою радою такого підприємства і є підзвітним органу, який його призначив;

– наглядову раду підприємства (у разі її утворення), яка призначається (обирається) власником (суб'єктом, що виконує функції власника підприємства), в межах компетенції, визначеної цим Законом, статутом підприємства та положенням про наглядову раду, контролює і регулює діяльність керівника підприємства.

У значенні, запропонованому абз. 3 ч. 1 ст. 1 проекту Закону, до поняття «підприємство» слід відносити, зокрема, підприємства – юридичні особи, які на дату набрання чинності цим Законом існують в організаційній формі державного підприємства, казенного підприємства, комунального підприємства, спільного комунального підприємства.

Слід врахувати, що Організацією економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР) були розроблені *Керівні принципи корпоративного врядування на підприємствах державної форми власності* (далі – Керівні принципи), які 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 й надмірного втручання держави.

Положення глави VII Керівних принципів передбачають, що незалежно від типу процедури, призначення повинні базуватися на критеріях професіоналізму та на результатах конкурентного відбору. Особливо для великих державних підприємств, що задіяні у господарській діяльності, належною практикою вважається використання незалежних експертів для управління процедурою відбору.

Указом Президента України від 08.11.2019 № 837 «Про невідкладні заходи з проведення реформ та зміцнення держави» було закріплено орієнтир держави на відповідність міжнародним стандартам корпоративного управління, затвердженим ОЕСР, шляхом встановлення завдання для Уряду забезпечити їх впровадження (п.п. «б» п. 1 розд. 1).

Враховуючи зазначене, з метою дотримання міжнародних стандартів корпоративного управління обрання членів наглядової ради та керівника підприємства, у статутному капіталі якого більше 50% акцій (часток) належить державі, має здійснюватися за процедурою конкурентного відбору.

Таким чином, запропонований проектом Закону механізм призначення керівника та членів наглядової ради підприємства, насамперед державного

сектору економіки, зокрема у статутному капіталі якого більше 50% акцій (часток) належить державі, містить ризик непрозорого призначення на керівні посади та не дає змоги гарантувати ефективне управління державним майном.

Рекомендації НАЗК:

після абз. 3 ч. 2 ст. 4 проекту Закону доцільно доповнити новим абзацом такого змісту: «Вимоги цього пункту щодо призначення членів наглядової ради та керівників підприємства, у статутному капіталі якого більше 50% акцій (часток) належить державі, повинно здійснюватися за процедурою конкурсного відбору та у порядку, визначеному законодавством».

1.2. Відповідно до абз. 2 ч. 4 ст. 4 проекту Закону кандидати на посаду керівника державного та комунального підприємства визначаються на умовах конкурсного відбору у порядку, встановленому наглядовою радою.

Проте згідно з нормами п.п. «г» п. 18 ч. 2 ст. 5 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» порядок конкурсного відбору керівників суб'єктів господарювання державного сектору економіки визначає Кабінет Міністрів України.

Наразі Порядок проведення конкурсного відбору керівників суб'єктів господарювання державного сектору економіки затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 03.09.2008 № 777.

Таким чином, запропоноване проектом Закону положення не узгоджується з вимогами чинного законодавства, сприяє виникненню корупційних ризиків та ризику проведення непрозорих конкурсів на посаду керівника державного та комунального підприємства, а також не узгоджується з міжнародними стандартами корпоративного управління.

Рекомендації НАЗК:

абз. 2 ч. 4 ст. 4 проекту Закону необхідно узгодити із нормами ст. 5 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» та постановою Кабінету Міністрів України від 03.09.2008 № 777 «Про проведення конкурсного відбору керівників суб'єктів господарювання державного сектору економіки».

1.3. Згідно з положеннями абз. 6 ч. 5 ст. 22 проекту Закону, якщо власник (суб'єкт, що виконує функції власника підприємства) не прийме одне із рішень про передачу майна (його частини), що раніше було закріплено за державним чи комунальним підприємством на праві оперативного управління чи господарського відання, господарському товариству – правонаступнику (в управління за договором управління; до статутного капіталу господарського товариства; в оренду), *таке майно вважається переданим до статутного капіталу господарського товариства – правонаступника у власність.*

Відповідно до ч. 1 ст. 115 Цивільного кодексу України господарське товариство є власником, зокрема, майна, переданого йому учасниками товариства у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу.

Водночас у п. 22 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про приватизацію державного і комунального майна» визначено, що приватизація державного або комунального

майна (далі – приватизація) – *платне відчуження майна*, що перебуває у державній або комунальній власності, на користь фізичних та юридичних осіб, які відповідно до цього Закону можуть бути покупцями.

Положеннями абз. 1 ч. 1 ст. 25 Закону України «Про приватизацію державного і комунального майна» встановлено, що кошти, одержані від продажу державного або комунального майна, інші надходження, безпосередньо пов'язані з процесом приватизації (суми штрафних санкцій за несвоєчасні розрахунки за придбані об'єкти приватизації тощо), *зараховуються до державного або місцевого бюджету у повному обсязі*, крім плати за участь.

З урахуванням зазначеного запропоноване у проекті передання до статутного капіталу господарського товариства – правонаступника відповідного державного майна у власність призведе до його неефективного використання та відчуження з втратами надходжень до державного бюджету, адже запропонована у законопроекті процедура має ознаки відчуження без урахування законодавства про приватизацію.

Рекомендації НАЗК:

положеннями абз. 6 ч. 5 ст. 22 проекту Закону виключити.

1.4. Положеннями ч. 1 ст. 22 проекту Закону пропонується встановити, що протягом п'яти років з дня набрання чинності цим Законом власник (суб'єкт, що виконує функції власника підприємства) зобов'язаний прийняти рішення про реорганізацію підприємства (злиття з господарським товариством, приєднання до господарського товариства, перетворення в господарське товариство) або його ліквідацію.

У ч. 8 ст. 22 проекту Закону зазначено, що у разі неприйняття суб'єктом, що виконує функції власника державного підприємства, рішення про його припинення, управління такими юридичними особами переходить до Фонду державного майна України, який протягом одного року з дня переходу до нього прав суб'єкта, уповноваженого на виконання функцій власника підприємства, зобов'язаний прийняти рішення про ліквідацію таких юридичних осіб.

Водночас проектом Закону не врегульовується порядок переходу до Фонду державного майна України прав суб'єкта, уповноваженого на виконання функцій власника підприємства, що залишає юридично неврегульованими ключові засади практичної реалізації зазначеного проекту Закону.

Рекомендації НАЗК:

у ч. 8 ст. 22 проекту Закону визначити механізм переходу до Фонду державного майна України прав на управління відповідними юридичними особами.

1.5. Згідно з п. 6 ч. 2 ст. 23 проекту Закону органи державної влади та органи місцевого самоврядування відповідно до своїх повноважень та у порядку, встановленому законом, можуть застосовувати до суб'єктів підприємництва, зокрема, такі адміністративно-господарські санкції, як зупинення дії ліцензії (патенту), дозволу, сертифіката чи іншого дозвільного документа на здійснення

юридичною особою чи фізичною особою – підприємцем певних видів підприємницької діяльності.

Однак у ст. 4¹ Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» передбачено виключно процедури одержання, переоформлення та анулювання документів дозвільного характеру. Зупинення їх дії, а також заміна вказаним Законом не передбачена.

Зазначене наділяє уповноважених органів надмірними дискреційними повноваженнями та дає змогу застосовувати суб'єктивні підходи при визначенні виду адміністративно-господарської санкції, у тому числі з метою отримання неправомірної вигоди.

Рекомендації НАЗК:

у редакції п. 6 ч. 2 ст. 23 проекту Закону слова «дозволу, сертифіката чи іншого дозвільного документа» виключити.

1.6. Згідно з положеннями абз. 3 п. 12 Прикінцевих та перехідних положень проекту Закону державне та комунальне майно, що раніше було закріплене за органом державної влади, органом місцевого самоврядування, державною чи комунальною організацією (установою, закладом), *може бути передано їм в управління, оренду або на іншому речовому праві*, зокрема на праві узуфрукту.

Проте надання органам державної влади та місцевого самоврядування можливості самостійно приймати рішення про застосування того чи іншого речового права під час передачі державного (комунального) майна без визначення критеріїв для прийняття такого рішення створює невизначеність та додаткові корупційні ризики.

Крім цього, у законодавстві України поняття «право узуфрукту» не визначено, а механізм його застосування як підстави для передачі державного (комунального) майна власником такого майна юридичній особі – відсутній.

Рекомендації НАЗК:

абз. 3 п. 12 Прикінцевих та перехідних положень проекту Закону виключити.

2. Невідповідність положень нормативно-правового акта положенням нормативно-правового акта, що має вищу юридичну силу, або міжнародним зобов'язанням України

2.1. В абз. 1 ч. 9 ст. 4 проекту Закону визначено, що *отримання посадовою особою підприємства або її афілійованими особами від третіх осіб виплат, винагород чи інших благ за дії (бездіяльність)*, пов'язані з виконанням посадовою особою підприємства її повноважень, *є конфліктом інтересів*.

Проте у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» визначено, що *використання особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону, наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди, чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, або, відповідно, обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у частині першій статті 3 цього Закону, або, на її вимогу, іншим фізичним чи юридичним*

особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей, є корупцією.

Існування такої колізії сприятиме виникненню корупційних ризиків та формуванню хибного уявлення про відсутність корупції у діяннях, які по своїй суті є корупційними діяннями, а не конфліктом інтересів, та як наслідок може ускладнити процес притягнення до відповідальності винних осіб за вчинення корупційних або пов'язаних із корупцією правопорушень.

Рекомендації НАЗК:

положення абз. 1 ч. 9 ст. 4 проєкту Закону в частині визначення поняття «конфлікт інтересів» узгодити з нормами Закону України «Про запобігання корупції».

2.2. В абз. 4 п. 12 Прикінцевих та перехідних положень проєкту Закону зазначено, що договори управління державним та комунальним майном з державними чи комунальними органами і установами не підлягають нотаріальному посвідченню, можуть бути безоплатними та укладатися на певний строк чи безстроково.

Проте відповідно до ст. 1029 Цивільного кодексу України за договором управління майном одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача).

Згідно зі ст. 1031 Цивільного кодексу України договір управління нерухомим майном підлягає нотаріальному посвідченню.

Як наслідок, запропоновані проєктом Закону зміни не узгоджуються з нормами чинного законодавства та містять ризики неефективного управління державним та комунальним майном.

Рекомендації НАЗК:

абз. 4 п. 12 Прикінцевих та перехідних положень проєкту Закону привести у відповідність до вимог Цивільного кодексу України.

3. Використання правових конструкцій оціночного характеру

3.1. Згідно з положеннями абз. 5 ч. 4 ст. 4 проєкту Закону пропонується визначити, що у разі зміни керівника державного чи комунального підприємства наглядова рада *може ініціювати проведення незалежного аудиту або державного фінансового аудиту* діяльності підприємства в порядку, передбаченому законом.

Проте за результатом застосування оціночного слова «може» запропоновані положення наділяють надмірними дискреційними повноваженнями наглядову раду в частині прийняття рішення щодо необхідності або відсутності необхідності проведення незалежного аудиту або державного фінансового аудиту діяльності підприємства.

Так, у разі прийняття рішення про відсутність необхідності проведення аудиту можуть залишитись не виявленими такі корупційні правопорушення, як привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання

службовим становищем, випадки неефективного використання бюджетних коштів тощо.

Рекомендації НАЗК:

в абз. 5 ч. 4 ст. 4 проекту Закону слова «може ініціювати» замінити словом «ініціює».

3.2. У редакції ч. 5 ст. 6 проекту Закону визначено, що наглядова рада або власник підприємства (суб'єкт, що виконує функції власника підприємства) з метою проведення оцінки правочину із заінтересованістю на відповідність його умов звичайним ринковим умовам *може залучити суб'єкта оціночної діяльності.*

Як наслідок, запропоновані положення наділяють надмірними дискреційними повноваженнями наглядову раду підприємства в частині прийняття нею рішення щодо необхідності або відсутності необхідності залучення суб'єкта оціночної діяльності під час проведення оцінки правочину із заінтересованістю на відповідність його умов звичайним ринковим умовам.

До того ж встановлення суб'єктивного підходу при визначенні наглядовою радою доцільності залучення суб'єкта оціночної діяльності містить ризик неефективного використання значних коштів, у тому числі бюджетних, при вчиненні правочинів із заінтересованістю.

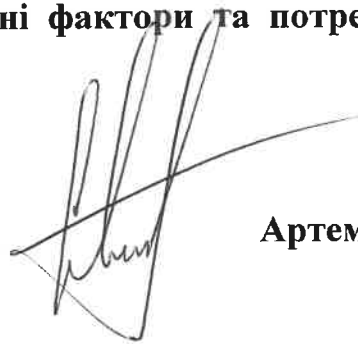
Рекомендації НАЗК:

у ч. 5 ст. 6 проекту Закону слова «може залучати» замінити словом «залучає».

Висновок:

проект Закону містить корупціогенні фактори та потребує суттєвого доопрацювання.

**В.о. Голови Національного агентства
з питань запобігання корупції**



Артем СИТНИК