

ЗАУВАЖЕННЯ

до проекту Закону України
про внесення змін до деяких законодавчих
актів України щодо регульованих ринків та деривативів
(реєстр. № 3498)

У Головному юридичному управлінні проаналізовано проект Закону України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо регульованих ринків та деривативів (реєстр. № 3498), підготовлений Комітетом з питань фінансової політики і банківської діяльності для розгляду в другому читанні, за результатами опрацювання якого слід зазначити таке.

Поділяючи необхідність законодавчого врегулювання принципів функціонування регульованих ринків похідних цінних паперів та деривативів, Головне юридичне управління поділяє міркування, висловлені у висновку Головного науково-експертного управління від 09.12.2015 щодо необхідності удосконалення цього законопроекту, адже за відсутності розвиненого фондового ринку та слабких сучасних гарантіях правомірної поведінки його учасників поява значної кількості нових фінансових інструментів може призвести лише до збільшення фінансових спекуляцій та відволікання ресурсів від реального сектору економіки. По-друге, запропоноване посилення статусу та розширення повноважень Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку не відповідає загальнодержавним завданням дерегуляції та залучення інвестицій. По-третє, значна частина норм законопроекту прямо не належить до предмета його правового регулювання, вказаного у пояснювальній записці, і при цьому без належних обґрунтувань змінює низку інститутів цивільних правовідносин. Зокрема, це стосується змін до Цивільного кодексу України (дотримання вимог щодо письмової форми договору, загальні засади функціонування банківських рахунків, застава), Закону України «Про заставу», Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень». По-четверте, норми законопроекту здебільшого сформульовані некоректно, мають декларативний характер.

У цілому законопроект не відповідає принципу верховенства права та вимогам щодо правової визначеності законодавчих норм, оскільки низка його положень не ґрунтуються на нормах Конституції та законів України, частина положень виходить за межі задекларованого предмету регулювання закону, а

текст проекту викладений без врахування правил нормопроєктування і вимог законодавчої техніки. Зокрема, це стосується:

1. Законопроектом передбачається змінити назву Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" на "Про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку", що призведе до невідповідності назви закону його змісту, оскільки закон містить значну кількість норм, що стосуються загальних засад регулювання фондового ринку.

Разом з тим, законопроектом передбачається визначити повноваження, принципи діяльності, гарантії незалежності Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – Національна комісія) на ринках капіталу та регульованих ринках похідних цінних паперів, а також встановити статус працівників Національної комісії та гарантії їх правового захисту.

Вважаємо, що законодавче визначення особливостей правового статусу національних комісій та визначення способу їх реалізації не узгоджується з положеннями частини першої статті 6 Конституції України, за якою державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, та не впливає з конституційної моделі організації влади в Україні. Так, згідно з законопроектом Національна комісія є постійно діючим незалежним державним колегіальним органом, що є організаційно, функціонально та фінансово незалежним, який самостійно планує свою діяльність (абзац третій підпункту 9 пункту 8 розділу I законопроекту). Проте вичерпний перелік державних органів, що формально не належать до жодної з гілок влади, прямо встановлюється Конституцією України (ЦВК, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, органи прокуратури тощо).

Визначення для Національної комісії правового статусу, аналогічного статусу Національного банку (статті 6¹, 8¹, 15¹ Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" в редакції законопроекту), є необґрунтованим з правової точки зору, оскільки "особливий мандат" центрального банку, визначений відповідно до сформульованого у Статуті Європейського центрального банку принципу "незалежності", пов'язаний виключно з його основним завданням - провадженням монетарної політики, а не виконанням наглядових функцій у банківській сфері.

2. Згідно з законопроектом незалежність Національної комісії забезпечується встановленим цим Законом порядком призначення на посади та звільнення з посад Голови та членів Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку.

Так, відповідно до частини десятої статті 6 чинного Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" "Голова та члени Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку призначаються на посади та звільняються з посад Президентом України шляхом видання відповідного указу". Зазначений підхід не враховує положень частини першої статті 106 Конституції України, що містить вичерпний перелік повноважень Президента України, до якого не входять визначені чинним Законом та

законопроектом повноваження. Разом з тим, згідно з пунктом 31 частини першої статті 106 Конституції України повноваження Президента України визначаються лише Основним Законом України.

На цю обставину Конституційний Суд України неодноразово вказував у своїх рішеннях, зокрема у рішенні від 10 квітня 2003 року № 7-рп/2003 (справа про гарантії діяльності народного депутата України), що “повноваження Президента України вичерпно визначені Конституцією України, а це унеможлиблює прийняття законів, які встановлювали б інші його повноваження (права та обов’язки)”, та в рішенні від 7 квітня 2004 року № 9-рп/2004 (справа про Координаційний комітет), в якому вказано, що повноваження Президента України, як і повноваження Верховної Ради України, визначаються Конституцією України.

3. Згідно з абзацом сьомим підпункту 12 пункту 8 розділу I законопроекту передбачається, що акти Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку не підлягають державній реєстрації. Зазначений підхід не враховує вимог частини третьої статті 117 Конституції України, за якою нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади підлягають реєстрації в порядку, встановленому законом, а також пункту 1 Указу Президента України від 3 жовтня 1992 р. № 493 “Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади”, за яким нормативно-правові акти, які видаються міністерствами, іншими органами виконавчої влади, органами господарського управління та контролю і які зачіпають права, свободи й законні інтереси громадян або мають міжвідомчий характер, підлягають державній реєстрації.

4. Відсутність переліку видів “регульованих ринків” у Законі України “Про цінні папери та фондовий ринок”, назву якого пропонується змінити на “Про ринки капіталу та регульовані ринки” не дає змоги чітко визначити функції Комісії з метою здійснення їх регулювання, що суперечить статті 19 Конституції України, відповідно до якої органи державної влади зобов’язані діяти виключно в межах повноважень та у спосіб, що передбачені законами України.

5. Відповідно до підпункту 5 пункту 29 розділу I законопроекту передбачається, що перелік цінних паперів, що можуть видаватися як електронні документи, визначається Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку спільно з Національним банком України, тоді як Конституція України не передбачає можливість спільного здійснення органами державної влади та органами державного управління їхніх повноважень.

6. Згідно з абзацом восьмим підпункту 17 пункту 8 розділу I законопроекту щодо викладення в новій редакції статті 15 Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні” передбачається, що Голова, члени Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку та інші службовці Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, залучені експерти не несуть відповідальності за будь-які дії або бездіяльність, пов’язані з

виконанням завдань та повноважень Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, якщо вони діяли на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Позови, подані проти таких осіб, вважаються позовами, поданими проти Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку. Зазначений підхід, на нашу думку, не враховує норми Кодексу адміністративного судочинства України, який передбачає, що стороною у адміністративній справі може бути як орган державної влади, так і окремо його службова чи посадова особа.

Зважаючи на коло суб'єктів, які можуть бути відповідачами у судових справах і характер (правову природу) спірних відносин, відповідні спори щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності Національної комісії, її посадових осіб, можуть належати до різних судових юрисдикцій, наприклад, до господарської, цивільної, адміністративної. Визначення сторони у справі можливе лише на підставі відповідного процесуального кодексу у певній справі. Тому вважаємо, що визначення у запропонований законопроектom спосіб належної сторони у якості відповідача не враховує вимог процесуальних кодексів України.

7. Деякі положення законопроекту не узгоджується з вимогами статті 19 Конституції України щодо визначення способу здійснення повноважень органами державної влади, їх посадовими особами виключно Конституцією та законами України. Це стосується, зокрема, таких положень:

- видача Національною комісією ліцензій на певні види професійної діяльності на регульованих ринках у встановленому нею порядку (частина перша нової редакції статті 4 Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”);

- встановлення порядку та проведення сертифікації фахівців шляхом видачі сертифікатів на право вчинення дій, пов'язаних з безпосереднім провадженням професійної діяльності на ринках капіталу та регульованих ринках, їх дублікатів, а також анулювання таких сертифікатів (пункт 17² частини першої нової редакції статті 7 Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”);

- погодження відповідно до Закону України “Про ринки капіталу та регульовані ринки” в установленому нею порядку набуття особою участі у професійному учаснику ринків капіталу та регульованих ринків (крім банків) або її збільшення (пункт 40 частини першої нової редакції статті 7 Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”);

- визначення порядку надання адміністративних послуг Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку (пункт 50 частини першої статті 7 нової редакції Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”);

- ведення реєстру власних актів у встановленому нею порядку (пункт 50 частини першої статті 7 нової редакції Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні”);

- у встановленому нею порядку визначення випадків обов'язковості проведення клірингу Центральним контрагентом за деривативами, укладеними поза регульованим ринком, а за деривативами грошового ринку – за погодженням з Національним банком України (зміни до статті 8 Закону).

8. Законопроектом запроваджується інститут кваліфікованих інвесторів та визначається механізм визнання юридичних та фізичних осіб кваліфікованими інвесторами. Так, статтею 2 Закону України “Про ринки капіталу та регульовані ринки” (в редакції проекту) передбачено, що юридичні та фізичні особи можуть бути визнані кваліфікованими інвесторами Національною комісією з цінних паперів і фондового ринку у встановленому нею порядку.

Крім невідповідності цих положень статті 19 Конституції України, також не враховуються вимоги директиви Європейського Парламенту та Ради №2014/65/ЄС від 15.05.2014 про ринки фінансових інструментів (MiFID II).

Так, у додатку до зазначеної Директиви визначено певні розміри показників (критерії), за умови відповідності двом з яких велике підприємство автоматично вважається кваліфікованим інвестором. Інші юридичні та фізичні особи можуть бути визнані кваліфікованими інвесторами за їх запитом виключно інвестиційними фірмами за умови відповідності таких осіб відповідним критеріям.

Разом з тим, у зазначеній директиві відсутні норми щодо необхідності визнання юридичних та фізичних осіб кваліфікованими інвесторами уповноваженими державними органами.

З огляду на зазначене положення законопроекту в частині механізму визнання Національною комісією з цінних паперів і фондового ринку юридичних та фізичних осіб кваліфікованими інвесторами не відповідає нормам директиви Європейського Парламенту та Ради № 2014/65/ЄС від 15.05.2014 про ринки фінансових інструментів (MiFID II).

9. Не узгоджуються із вимогами статті 92 Конституції України, за якою засади створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків, а також порядок випуску та обігу державних цінних паперів, їх види і типи встановлюються виключно законами України, положення законопроекту (зміни до статті 7 Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні” та статей 2, 12¹, 12² Закону України “Про цінні папери та фондову біржу”), згідно з якими Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку встановлює:

- стандарти та вимоги до емісії (випуску) та обігу цінних паперів, проспекту емісії цінних паперів, у тому числі іноземних емітентів, які здійснюють емісію цінних паперів на території України, а також порядок реєстрації випуску цінних паперів, проспекту їх емісії, звіту про результати розміщення та порядок скасування реєстрації випуску цінних паперів;

- порядок та надає статус саморегулювальної організації професійних учасників ринків капіталу;
- вимоги до похідних цінних паперів, а також порядок їх емісії, обліку та обігу;
- порядок реєстрації випуску та проспекту емісії опціонних сертифікатів, а також порядок реєстрації випуску та проспекту емісії фондових варантів тощо.

10. Законопроектом не визначено достатніх і завершених правових механізмів реалізації його положень, як того вимагає принцип правової держави (Рішення Конституційного Суду від 30 травня 2001 року N 7-рп/2001), згідно з якими частина змін до законодавчих актів має застосовуватися “з урахуванням особливостей, передбачених цим законом”. Це, зокрема, зміни, що проектом пропонується внести:

- до статті 181 Господарського кодексу України, згідно з якими “господарський договір укладається в порядку, встановленому Цивільним кодексом України, з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом”;

- до статті 9 Закону України “Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг”, якими передбачено, що “положення частин п’ятої – тринадцятої цієї статті застосовуються до окремих фінансових установ з урахуванням вимог законів, що регулюють діяльність таких фінансових установ”;

- до статті 2 Закону України “Про державну підтримку сільського господарства України” щодо визначення аграрної біржи як “оператора товарного регульованого ринку, що функціонує відповідно до Закону України “Про ринки капіталу та регульовані ринки” з урахуванням положень цього Закону”;

- до статті 46 Закону України “Про цінні папери та фондову біржу”, згідно з якими “реклама фінансових інструментів регулюється Законом України “Про рекламу” з урахуванням норм цього Закону та Закону України “Про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку”;

- до статті 1 Закону України “Про систему гарантування вкладів фізичних осіб”, якою передбачено, що “відносини, що виникають у зв’язку із виведенням неплатоспроможних банків, які є стороною одного чи кількох деривативів, з ринку та ліквідацією таких банків, регулюються цим Законом з урахуванням особливостей, передбачених законодавством про ринки капіталу та регульовані ринки” тощо.

Крім того, у змінах до статті 1 Закону України “Про ринки капіталу та регульовані ринки” (в редакції проекту) виключені терміни “лістинг” та “делістинг”. Проте проект не містить положень щодо врегулювання в правилах функціонування регульованого ринку порядку лістингу/делістингу цінних паперів та щодо запровадження інших видів організованих ринків капіталу.

З огляду на зазначене виникає законодавча прогалина, пов'язана із невизначеним статусом цінних паперів, які були делістинговані, оскільки такі цінні папери не зможуть перебувати в обігу на регульованому ринку. Така правова невизначеність не відповідає вимогам повноти правового регулювання та завершеності правових механізмів, які впливають з конституційного принципу верховенства права (стаття 8 Конституції України).

У цілому вважаємо, що запровадження правового регулювання ринків похідних цінних паперів та деривативів у редакції змін, запропонованих законопроектом, може негативно вплинути на стан та розвиток ринків капіталу, оскільки призведе до правової невизначеності відповідних приписів законів та ускладнить їх застосування на практиці.

Крім того, необхідно виключити із законопроекту пункт 4 розділу II “Прикінцеві та перехідні положення”, згідно з яким “до приведення законодавства у відповідність із цим Законом закони та інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності цим Законом, застосовуються в частині, що не суперечить цьому Закону”. Зазначені положення не ґрунтуються на приписах статей 6, 8, 19 Конституції України та не відповідають принципу правової визначеності закону, що вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними, спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишалися передбачуваними для кожного суб'єкта застосування цих норм.

11. Питання, пов'язані з запровадженням ескроу-рахунків, не потребують внесення змін до Цивільного кодексу України (ЦКУ). Відповідно до чинної редакції частини третьої статті 1066 ЦКУ обмеження права клієнта розпоряджатися коштами може бути передбачено договором про банківський рахунок. Стаття 1071 ЦКУ та Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» допускає договірне списання коштів з рахунку клієнта без його окремого розпорядження.

12. Частина друга запропонованої статті 1076¹ ЦКУ передбачає можливість обмеження права банку використовувати кошти, розміщені на ескроу-рахунку. Зазначене не відповідає загальним засадам банківської діяльності, яка передбачає формування за рахунок залучених від клієнтів коштів фінансової бази для кредитування. Розміщуючи кошти на рахунку клієнт передає їх банку для використання на його розсуд, отримуючи взаємін грошове зобов'язання банку на відповідну суму. Цей принцип закріплено у частині другій статті 1066 ЦКУ та частині третій статті 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність». Те саме стосується змін до статті 42 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», адже виключення коштів на ескроу-рахунках з ліквідаційної маси банку є неможливим, оскільки на рахунках, по суті, обліковуються зобов'язання.

13. Порядок розкриття інформації, що містить банківську таємницю, визначений статтею 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність», не

є предметом правового регулювання ЦКУ (стаття 1076⁹ ЦКУ, передбачена законопроектом).

14. Положення диспозиції частини першої статті 222¹ Кримінального кодексу України не враховують усталені правила побудови норм Кодексу та допускають двояке тлумачення у кримінально-правовому значенні терміну «особи». Відповідне його застосування у досудовій та судовій практиці залежатиме від розуміння того, чи охоплює термін «особа» також і юридичних осіб. Такий підхід з удосконалення кримінально-правових норм щодо відповідальності за маніпулювання на регульованих ринках не відповідає принципу юридичної визначеності, на що зверталася увага у відповідних рішеннях Конституційного суду України. Використання у диспозиції частини першої цієї ж статті словосполучення «встановлені відповідно до Закону України «Про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку» допускає можливість врегулювання питань щодо ознак маніпулювання на регульованих ринках підзаконними актами. Однак така редакція не ґрунтується на приписах пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України, за яким діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них визначаються виключно законами України.

Те саме стосується абзацу першого частини першої статті 163-8 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

15. Поправки, що увійшли до порівняльної таблиці, стосуються не тільки тих положень законодавчих актів, необхідність внесення змін до яких була обґрунтована у пояснювальній записці до законопроекту, але й до інших норм законів України, що не охоплюються загальною концепцією законопроекту про регульовані ринки та деривативи. Зокрема, під час доопрацювання для розгляду у другому читанні до тексту законопроекту включено положення, що не були предметом розгляду у першому читанні. Це, зокрема:

1) зміни до Закону України “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні” щодо:

- актів Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (доповнення Закону статтею 8¹);

- статусу працівників Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, їх правового захисту, заборон та обмежень, професійної таємниці (статті 15, 15¹ – 15⁴ Закону);

2) зміни до Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” щодо:

- набуття статусу професійного учасника ринків капіталу та регульованих ринків (доповнення Закону статтею 27³);

- саморегулювних організації професійних учасників ринків капіталу (зміни до статей 48, 49 Закону);

3) зміни до Закону України “Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності” щодо переоформлення документів дозвільного характеру (пункт 24 законопроекту);

4) зміни до статей 28 та 42 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” щодо арешту майна боржника та інших обмежень дій боржника, а також щодо виключення із складу ліквідаційної маси “грошових коштів, що знаходяться на банківському рахунку умовного зберігання (ескроу) банкрута” (пункт 32 законопроекту);

5) зміни до статті 3 Закону України “Про державну службу” щодо службовців Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (пункт 42 законопроекту) тощо.

Зазначений підхід не враховує вимог статті 116 Регламенту Верховної Ради України, за якою пропозиції та поправки до законопроекту, який готується до другого читання, можуть вноситися лише до того тексту законопроекту (статей, їх частин, пунктів, речень), який прийнятий Верховною Радою за основу.

16. Переважна більшість положень законопроекту щодо змін до окремих законодавчих актів, їх розділів, статей, їх частин, пунктів, речень тощо викладена без дотримання вимог щодо якості закону та усталених правил законопроектної техніки.

Законопроект потребує доопрацюванні в частині упорядкування застосування термінів «біржовий ринок», «ринок капіталу», «ринок капіталів», «грошовий ринок», «фондовий ринок», «ринок цінних паперів», «фінансовий ринок», «ринок фінансових інструментів»; словосполучення «ринки капіталу та регульовані ринки» не враховує того, що ринки капіталу також є регульованими. Визначення самого терміну «регульований ринок» у запропонованому пункті 17 статті 1 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» вбачається невдалим, оскільки воно дає підстави вважати, що кожний оператор створює навколо себе «регульований ринок» і таким чином у державі можливе функціонування одночасно багатьох «регульованих ринків» одного виду, кожний із особливим правовим режимом.

Разом з тим, проектом запропоновано внести до законів України “Про цінні папери та фондовий ринок” та “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні” суттєві зміни, змінюються навіть назви цих законів. Зокрема, зміни до Закону України “Про цінні папери і фондовий ринок” складають сто сторінок тексту порівняльної таблиці (із загальної їх кількості 217). При цьому передбачаються зміни до переважної більшості статей чинної редакції Закону (що на сьогоднішній день налічує 49 статей), у тому числі пропонується 10 статей викласти у новій редакції, а також доповнити Закон новим розділом II¹ та включити до тексту Закону 15 статей з позначками, змінюється назва Закону і навіть його преамбула.

Слід також зазначити, що з 23 лютого 2006 року - дати прийняття Закону України “Про цінні папери і фондовий ринок”, Верховна Рада України вже

прийняла 28 законів про суттєві зміни до його тексту. Відтак, вбачається, що внести зміни до цього Закону в редакції, запропонованій законопроектом, технічно складно, оскільки частину з них сформульовано юридично некоректно. Вважаємо, що у разі необхідності внесення відповідних змін зазначений Закон доцільно викласти у новій редакції або, принаймні, ті його статті, опис змін до яких значно перевищує розмір тексту цих статей, а також уточнити нумерацію статей, перенумерувавши статті з позначками, а також внести відповідні редакційні правки.

Узагальнюючий висновок: законопроект потребує доопрацювання та внесення на повторне друге читання.

**Заступник керівника
Головного управління**

В. МІЛОВАНОВ