

Вих. № 517 від 16.10.2020

Голові Комітету Верховної Ради України
з питань транспорту та інфраструктури
Кіслю Ю.Г.

Пропозиції та зауваження

до проекту Закону №3927 «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту»

Експерти ГО «Офіс ефективного регулювання – BRDO» проаналізували зареєстрований депутатами законопроект №3927 від 22 липня 2020 року «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту» (далі – «НКРТ») та виявили низку проблемних положень, а саме:

1) *Неконституційні положення*

Стаття 9 законопроекту визначає повноваження Президента та Верховної Ради України (далі – «ВРУ») щодо внесення кандидатур до складу конкурсної комісії. Таке положення є неконституційним, оскільки повноваження Президента та ВРУ вичерпно визначені в Конституції України, додаткове наділення повноваженнями на рівні закону є недопустимим, про що Конституційний суд України неодноразово наголошував у своїх рішеннях:

- № 5-р/2019 від 13.06.2019 (Рішення у справі про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг);
- № 21-рп/2008 від 08.10.2008 (Рішення у справі про Національну комісію з питань регулювання зв'язку України).

Наявність неконституційних положень в проекті закону ставлять під загрозу стабільне функціонування НКРТ та дозволяють в будь-який момент заблокувати роботу конкурсної комісії і самого органу. Тому пропонуємо такі положення привести у відповідність до Конституції.

2) *Відсутність незалежності* органу в прийнятті рішень

Стаття 55 Директиви 2012/34/ЄС про створення єдиного європейського залізничного простору, вимагає від кожної держави-члена створити єдиний національний регуляторний орган для залізниці. Такий орган повинен бути самостійним (окремим) органом влади, який в організаційному, функціональному, ієрархічному відношенні, а також у прийнятті рішень є юридично відокремленим і **незалежним** від будь-якої іншої публічної (державної) чи приватної організації¹. Проект закону наразі містить положення, які повністю нівелюють незалежність органу:

¹ Article 55, Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012L0034>

а. Кабінет Міністрів України може скасувати будь-яке рішення НКРТ повністю або частково.

Стаття 14 проекту закону встановлює, що Кабінет Міністрів України може скасувати будь-яке рішення НКРТ повністю або частково.

За рекомендаціями Організації економічного співробітництва та розвитку (далі - "ОЕСР"), незалежність у прийнятті рішень регулятором означає, зокрема, що прийняті НКРТ рішення є остаточними, а скасувати таке рішення може лише суд². Зокрема, стаття 56 згаданої Директиви визначає, що рішення регулятора є обов'язковими для виконання усіма сторонами, на яких таке рішення поширюється і **не підлягає контролю будь-якою іншою адміністративною інстанцією**.³

Створення залежного і повністю підконтрольного Кабінету Міністрів України органу повністю нівелює ідею незалежного регулятора, який забезпечує баланс інтересів бізнесу, споживачів та держави. Саме для забезпечення балансу інтересів такі органи є колегіальними, а процедура добору членів НКРТ містить додаткові запобіжники, спрямовані на уникнення конфлікту інтересів, корупційних ризиків та політичної приналежності, що можуть впливати на неупередженість рішень. Отже, рішення регулятора не потребують додаткового контролю щодо балансу інтересів будь-яким вищим органом, зокрема Кабінетом Міністрів України.

У разі якщо НКРТ прийме протиправне рішення, то лише суд може оцінити наявність чи відсутність порушень прав суб'єктів господарювання чи споживачів з дотримання усіх процесуальних гарантій, у той час як запропоноване скасування рішень Кабінетом Міністрів України не передбачає жодної процедури, не гарантує усім зацікавленим сторонам можливості бути заслуханими, а також несе ризик скасування економічно обґрунтованих рішень винятково з політичних мотивів.

Відтак, положення про можливість скасування рішень НКРТ Кабінетом Міністрів України пропонуємо вилучити з тексту законопроекту як таке, що порушує стандарти незалежності регуляторного органу і вимоги Директиви 2012/34/ЄС.

б. Член НКРТ може бути звільнений у будь-який момент

Стаття 9 законопроекту наділяє Кабінет Міністрів України правом звільняти членів Регулятора, проте підстави для звільнення містять нечіткі формулювання такі як - «встановлення факту порушення ним вимог законів, що регулюють діяльність у сфері транспорту». Це означає, що Кабінет міністрів України де-факто зможе звільнити будь-якого члена в будь-який час.

Директива 2012/34/ЄС надає державам-членам дискрецію обрати, чи члени регулятора призначаються на обмежений і поновлюваний термін, чи на постійній основі, проте зобов'язує держави встановити, що **звільнення можливе лише з дисциплінарних причин, які не пов'язані з процесом прийняття рішень**⁴.

Можливість свавільного звільнення членів НКРТ не сприяє стабільності органу й вкотре робить НКРТ повністю залежним від Кабінету Міністрів України. Члени НКРТ для призначення на посаду проходять вимогливий конкурс, доводять свою неупередженість і приймають рішення з підвищеними вимогами до прозорості та підзвітності перед

² OECD (2014), The Governance of Regulators, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209015-en> p.49, box 2.1, Examples of independent regulator, reference to German regulator's decisions which can only be appealed in court in the final instance.

³ Para 9, Article 56, Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012L0034>

⁴ Para 3, Article 55, Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012L0034>

бізнесом та споживачами, проте можуть бути звільнені в будь-який момент і з будь-яких причин через непопулярні прийняті рішення чи перспективу прийняття таких рішень.

Подібно до попереднього пункту, встановлення факту порушення вимог закону – це прерогатива суду, а не політичне рішення, яке приймає Кабінет Міністрів України.

Саме тому ми пропонуємо дану редакцію підстав для звільнення переписати, а саме: кількість підстав слід зменшити і такі підстави не повинні бути пов'язані з процесом прийняття рішень.

в. Юстування рішень НКРТ Міністерством юстиції.

Частина п'ята статті 14 проекту закону визначає обов'язкове юстування актів НКРТ Міністерством юстиції.

За рекомендаціями ОЕСР, лише керівник регулятора або рада/комісія/board регулятора приймають рішення, за які регулятор несе відповідальність⁵. Зокрема, стаття 56 згаданої вище Директиви визначає, що рішення регулятора є обов'язковими для виконання усіма сторонами, на яких таке рішення поширюється і **не підлягає контролю будь-якою іншою адміністративною інстанцією**⁶.

Юстування Мініюстом кваліфікується як контроль за рішеннями НКРТ, оскільки згідно Положенням про державну реєстрацію⁷ така процедура полягає у проведенні правової експертизи на відповідність Конституції та законодавству України, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколам до неї, міжнародним договорам України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та зобов'язанням України у сфері європейської інтеграції та праву Європейського Союзу (acquis ЄС), антикорупційної та гендерно-правової експертиз з урахуванням практики Європейського суду з прав людини⁸. Крім того, згідно з пунктом 11-1 згаданого Положення, Міністерство юстиції має право не зареєструвати та повернути на доопрацювання нормативно-правовий акт, а НКРТ повинна врахувати усі висловлені зауваження та усунути виявлені порушення.

Хоча ідея юстування як перевірки актів на дотримання усіх перелічених стандартів є правильною й такою, що сприяє розвитку й утвердженню принципів верховенства права, демократії та поваги до прав людини, але по суті ця процедура стане інструментом урядового контролю над рішеннями НКРТ.

Відсутність контролю над рішеннями будь-якою іншою адміністративною інстанцією – це гарантія незалежності, яка вже реалізована для аналогічного регулятора у сфері енергетики – Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі – «НКРЕКП»). Зокрема, частина шоста статті 14 відповідного закону⁹ стверджує, що рішення НКРЕКП не підлягають державній реєстрації Міністерством юстиції України і відсутність такої реєстрації рішень не є підставою для відмови суду у прийнятті заяви про їх оскарження. Подібно до положення

⁵ Page 10, OECD (2017), Creating a Culture of Independence: Practical Guidance against Undue Influence, the Governance of Regulators, OECD Publishing, Paris https://read.oecd-ilibrary.org/governance/creating-a-culture-of-independence_9789264274198-en#page1

⁶ Para 9, Article 56, Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012L0034>

⁷ Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/731-92-%D0%BF#Text>

⁸ Пункт 4 Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/731-92-%D0%BF#Text>

⁹ Закон України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-19#Text>

про незалежність залізничного регулятора у Директиві 2012/34/ЄС, незалежність енергетичного регулятора також була вимогою Директив 2009/72/ЄС¹⁰ та 2009/73/ЄС.¹¹

Отже, процедура юстування актів НКРТ Міністерством юстиції є загрозою незалежності органу та суперечить вимогам Директиви 2012/34/ЄС, а отже відповідні положення мають бути змінені.

г. Погодження проектів актів в Державній регуляторній службі становить таку ж загрозу незалежності, як і юстування Міністерством юстиції.

У прикінцевих та перехідних положеннях НКРТ не введено з-під дії Державної регуляторної служби (далі – «ДРС»), а це означає, що НКРТ не зможе прийняти рішення допоки ДРС не погодить проект акта в порядку, визначеному статтею 21 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності». ДРС може відмовити у погодженні регуляторного акта¹² і така відмова означає, що регуляторний акт не може бути прийнятий або схвалений уповноваженим на це органом виконавчої влади або його посадовою особою¹³.

Такі положення дозволяють ДРС безпосередньо контролювати рішення НКРТ і прямо суперечить вимогам Директиви 2012/34/ЄС, а отже прикінцевими та перехідними положеннями законопроекту повинні бути внесені зміни до Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», якими НКРТ буде введено з-під дії цього закону.

3) *Непередбачуваність регулювання для бізнесу*

Законопроект містить низку положень, які не відповідають принципу визначеності правової норми, та не дозволяють особі передбачити наслідки регулювання, зокрема:

а. Розмиті положення, які дозволяють уникнути громадського обговорення регуляторного акта.

Стаття 14 проекту закону дозволяє уникнути публікації проекту регуляторного акта та обговорення його положень з бізнесом і громадськістю, якщо «виникають надзвичайні ситуації та інші невідкладні випадки, передбачені законом».

Таке розмите регулювання дозволяє НКРТ не виконувати вимоги щодо прозорості громадського обговорення:

По-перше, «інші невідкладні випадки, передбачені законом» не визначені законом про НКРТ і з тексту норми неможливо встановити, яким саме законом передбачені такі невідкладні випадки. Власне, термін «невідкладний випадок» вживається у різних значеннях у 3766 нормативно-правових актах¹⁴.

¹⁰ Chapter IX National Regulatory Authorities, Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0072>

¹¹ Chapter VIII National Regulatory Authorities, Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0073>

¹² Стаття 21 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15#top>

¹³ Стаття 25 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1160-15#top>

¹⁴ За результатами пошуку словосполучення «невідкладних випадків» на офіційному веб-сайті ВРУ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/find/a?text=%D0%BD%D0%B5%D0%B2%D1%96%D0%B4%D0%BA%D0%BB%D0%B0%D0%B4%D0%BD%D0%B8%D1%85+%D0%B2%D0%B8%D0%BF%D0%B0%D0%B4%D0%BA%D0%B0%D1%85&textl=3&bool=and>

По-друге, наявність надзвичайної ситуації є підставою не для уникнення прозорого обговорення регулювання, а для того, щоб уповноважені Кодексом цивільного захисту органи могли ефективно реагувати на надзвичайні ситуації та мінімізувати їхні наслідки.

До прикладу, НКРТ зможе не виконувати вимоги щодо прозорості громадського обговорення протягом усього часу пандемії COVID-19, оскільки, згідно з Кодексом цивільного захисту України, це надзвичайна ситуація спричинена епідемією (пандемією)¹⁵.

Водночас, збройна агресія РФ в Криму та на Сході України також кваліфікуються за Кодексом цивільного захисту України як воєнна надзвичайна ситуація¹⁶, а наслідки агресії як внутрішнє переміщення осіб є підставою для виникнення соціальної надзвичайної ситуації¹⁷. Це означає, що протягом 6 років триваючої війни та протягом тривалого часу подолання її наслідків, НКРТ змогла б і зможе приймати рішення без громадського обговорення.

Хоча перелічені ситуації мають надзвичайний характер і потребують особливого правового режиму, регуляторні нормативно-правові акти НКРТ, особливо ті, які мають постійний характер, повинні прийматися з дотриманням усіх вимог прозорості. Тому норми, які дозволяють уникнути публікації акта для громадського обговорення, краще вилучити з тексту проекту.

б. Відсутній порядок делегування громадськими організаціями кандидатур до конкурсної комісії.

Стаття 9 проекту закону встановлює, що до Конкурсної комісії з відбору членів НКРТ увійдуть «дві особи – за поданням громадськості, з яких одна від Федерації роботодавців транспорту України, а інша - в особі громадських організацій, об'єднань, асоціацій в сфері транспорту та в галузях, які є споживачами відповідних послуг, пропозиції від яких надаються до Кабінету Міністрів України».

Необґрунтована перевага однієї громадської організації (Федерації роботодавців транспорту України)¹⁸, відсутність будь-яких вимог щодо інших громадських організацій, тривалості їхнього існування, кількості учасників чи представників, відсутність порядку подання таких кандидатур та критеріїв, за якими Кабінет Міністрів України має обрати одну особу до Конкурсної комісії дозволяє припустити, що така участь «громадськості» у Конкурсній комісії жодним чином не забезпечить балансу інтересів, а серед поданих кандидатур буде обрана найбільш лояльна до Кабінету Міністрів України.

Участь громадських об'єднань у Конкурсній комісії є необхідним, проте задля дотримання балансу інтересів та репрезентативності усіх учасників ринку та споживачів, пропонуємо включити таких представників лише від саморегулювальних організацій, вимоги до яких повинні бути закріплені окремим законом.

¹⁵ Визначення надзвичайної ситуації з пункту 24 частини першої статті 2 Кодексу цивільного захисту України <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5403-17/print>

¹⁶ Пункт 4 частини другої статті 5 Кодексу цивільного захисту України <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5403-17#Text>

¹⁷ Пункт 3 частини другої статті 5 Кодексу цивільного захисту України <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5403-17#Text>, а також Наказ МВС від 06.08.2018 № 658 «Про затвердження Класифікаційних ознак надзвичайних ситуацій» <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0969-18#Text>, Звіт Норвезької ради у справах біженців «Заходи компенсаційного характеру у рамках надзвичайної ситуації: грошова компенсація за житло, зруйноване внаслідок збройного конфлікту» ст.4-6, https://www.nrc.no/globalassets/pdf/reports/ukraine/emergency-compensatory-measures/nrc-ukraine-hlp-report_ukr.pdf

¹⁸ Федерація роботодавців транспорту України є неприбутковою громадською організацією, згідно з її Статутом, розміщеним на її офіційному веб-сайті <https://frt ukr.org/statut-frtu/>

4) **Фінансування НКРТ за рахунок внесків лише суб'єктів природних монополій**, визначене статтею 11 законопроекту, означає, що орган буде зацікавлений у тому, щоб саме природні монополії отримували більший дохід і, відповідно, встановлюватиме максимально високі тарифи на послуги, які надаються такими суб'єктами. Від моделі фінансування «за рахунок лише природних монополій» постраждають, перш за все, суб'єкти суміжних ринків, оскільки саме вони першими відчують збільшення тарифів суб'єктів природних монополій.

На протипагу запропонованій моделі, пропонуємо, щоб Регулятор функціонував за рахунок внесків як суб'єктів природних монополій, так і суміжних ринків. У такому разі, НКРТ матиме інтерес в тому, щоб суміжні ринки розвивалися, отримували більший прибуток, і сплачували більші внески на регулювання.

5) **Не передбачено відповідальності** за невиконання вимог Регулятора бізнесом, не передбачено (не уточнено) положення про персональну відповідальність членів Регулятора.

Зокрема, блок «відповідальність» у законопроекті BRDO містить зміни до КУпАП, КАС, КК та КПК.

6) **Гарантії незалежності НКРТ потребують додаткових змін до законів** «Про комітети ВРУ», «Про політичні партії в Україні», «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», «Про запобігання корупції», «Про оплату праці», «Про місцеве самоврядування в Україні», «Про державну службу».

7) **Недоліки структури проекту**

Законопроект написаний за зразком закону «Про НКРЕКП» і зберіг частину його недоліків, зокрема довгі статі та часткову відсутність нумерації частин/абзаців. До прикладу, стаття 9, яка стосується особливостей призначення, припинення повноважень та правового статусу членів НКРТ викладається на 8 сторінках без чіткої нумерації абзаців.

Хоча це питання законодавчої техніки, проте **його не можна буде виправити правками до другого читання**: згідно з статтею 102 Регламенту ВРУ, прийняття проекту у першому читанні означає, що структура законопроекту є схваленою і правками до другого читання її не можна змінювати. У законопроекті BRDO усі положення закону «Про НКРЕКП», які брались за основу, скориговані.

В зв'язку із цим, **зміни що мають бути внесені законопроектом до інших законів (перелічені у пунктах 5 та 6), доведеться оформлювати окремим законопроектом.**

Зважаючи на викладене вище, прийняття законопроекту 3927 за основу і в цілому містить ризики створення органу всупереч Конституції та праву ЄС. Прийняття закону з неконституційними нормами містить ризик, за яким робота новоствореного органу **може бути заблокована** частково чи повністю Конституційним судом у будь-який момент. Відсутність достатніх гарантій незалежності органу та його членів відповідно до вимог

Директив несе ризик, що *неупередженість та безсторонність регулювання не буде забезпечена.*

Такі ризики можливо усунути шляхом:

- відкликання законопроекту 3927 і реєстрації доопрацьованого з урахуванням усіх вказаних положень;
- реєстрації альтернативного законопроекту;
- суттєвого доопрацювання положень законопроекту при підготовці проекту 3927 до другого читання.

Незалежно від обраної альтернативи, експерти BRDO готові співпрацювати та забезпечити аналітичну та юридичну підтримку законопроекту задля створення незалежного та стабільного регулятора.

Голова

Дорогань О.Д.