

DIXI GROUP ALERT:

ЗМІНИ ДО ЗАКОНУ ПРО ЕНЕРГЕТИЧНОГО РЕГУЛЯТОРА Є ТИМЧАСОВИМ РІШЕННЯМ

РЕКОМЕНДАЦІЇ DIXI GROUP ЩОДО ПРИЙНЯТОГО ЗАКОНУ ПРО КОНСТИТУЦІЙНІСТЬ НКРЕКП

Аналітичний центр DiXi Group послідовно підтримує реформи в Україні та вкладає багато зусиль у створення незалежного регулятора на ринках енергетики і комунальних послуг.

Зокрема, з ініціативи DiXi Group та за підтримки Міжнародного Фонду “Відродження” в 2015 році було створено Стратегічну дорадчу групу за участі провідних українських та міжнародних експертів (Секретаріату Енергетичного Співтовариства, Групи підтримки України Європейської Комісії, Ради європейських енергетичних регуляторів, Агентства США з міжнародного розвитку). За участю Стратегічної дорадчої групи, міжнародних партнерів, експертів, журналістів було проведено багато публічних обговорень щодо основних принципів роботи регулятора в енергетиці та вимог законодавства ЄС, що мають бути враховані. У результаті складного, але публічного процесу обговорення за участю всіх зацікавлених сторін парламентом було прийнято у 2016 році Закон про НКРЕКП. Документ було визнано таким, що відповідає вимогам Третього енергетичного пакету ЄС.

Слідкуючи за імплементацією Закону, DiXi Group також проводила оцінку добросовісності кандидатів на посади членів НКРЕКП та оцінювала в цілому відповідність роботи регулятора правилам ЄС. На постійній основі ми здійснюємо моніторинг виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, у т.ч. положень про незалежний регуляторний орган. Варто наголосити, що наші висновки та рекомендації щодо посилення незалежності та спроможності регулятора в цілому співпадають із позицією Секретаріату Енергетичного Співтовариства.

DiXi Group вітає спроби врегулювання правового статусу НКРЕКП, спрямовані на виконання рішення Конституційного суду №5-р від 13.06.2019 р. та вирішення інших проблем, у тому числі здійснені шляхом прийняття Закону “Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення конституційних принципів у сферах енергетики та комунальних послуг” (реєстр. №2490-1 від 25.11.2019 р.).

Разом із тим, спроби врегулювання одних проблемних питань не мають бути причиною виникнення інших проблем щодо прозорості та незалежності регулятора. Експерти DiXi Group проаналізували прийнятий Закон і звертають увагу на наступне.

ПОЗИТИВНІ ЗМІНИ

1. Скасовано положення, що регуляторні акти НКРЕКП вступають в дію після публікації у друкованому виданні “Урядовий кур’єр”. Натомість запропоновано, що рішення набувають чинності наступного дня з моменту оприлюднення на сайті НКРЕКП.

Такий підхід, по-перше, дозволить економити частину коштів з бюджету Регулятора – близько 7 млн грн, або 2% передбаченого кошторису на 2019 рік. По-друге, вирішується проблема із значною затримкою публікацій регуляторних актів, що мало місце в попередні роки. Фактично, затримки із публікацією в «Урядовому кур’єрі» створювали умови відсутності правил на ринках, коли старі правила вже втратили чинність, а нові не вступили в дію. Крім того, тепер чітко вказано, що рішення Регулятора “не підлягають погодженню органами державної влади”, крім передбачених цим законом випадків.

2. До Кодексу адміністративного судочинства пропонується ввести «запобіжник» можливості заблокувати рішення Регулятора щодо цін (тарифів), а також можливості заблокувати конкурс на відбір членів Регулятора рішенням суду.

Як відомо, оголошений у I першому півріччі 2018 року конкурс на 2 вакантних посади у складі НКРЕКП заблоковано судовим рішенням за позовом недопущених до участі кандидатів. Фактично, за весь час судових засідань, процес відверто затягується, а позивачі на судові засідання не з'являлись.

ЗМІНИ, ЩО МОЖУТЬ БУТИ ВИКОРИСТАНІ ЯК ДЛЯ ПОЗИТИВНИХ ЗМІН, ТАК І ДЛЯ МАНІПУЛЯЦІЙ ТА ПОРУШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА

1. Дано можливість Регулятору встановлювати граничні ціни (тимчасові мінімальні та/або максимальні цінові межі) на ринках електроенергії, а саме ринку «на добу наперед», внутрішньодобовому ринку та балансуєчому ринку для кожної торгової зони.

Впровадження такої норми може мати як позитивний, так і негативний вплив з огляду на її застосування. З одного боку, це дозволить «застрахувати» споживачів – побутових та неопбутових – від різкого підвищення оптових цін на електроенергію, та зробити цей перехід більш плавним. З іншого боку – це “ручне” керування ринком, що не відповідає принципам вільного ціноутворення. ГЮУ Верховної Ради, посилаючись на пункт 4 статті 269 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, зауважує, що набранню чинності цих положень мало би передувати затвердження відповідної методики визначення Регулятором граничних цін.

Варто також зазначити, що додатково ціноутворення на ринку викривлене умовами ПСО, тобто обмеженнями для виробників електроенергії («Енергоатому» та «Укргідроенерго»).

2. Посилено вплив Регулятора на суб'єктів господарювання в частині дотримання ними умов ліцензійної діяльності.

Впровадження такої норми може мати як позитивний, так і негативний вплив, залежно від використання. З одного боку, НКРЕКП отримала функції проведення розслідувань щодо порушень на енергоринках, внесення змін до інвестиційних програм за результатом перевірки та/або моніторингу, проведення позапланових перевірок для підтвердження достовірності даних у звітності, визначення умов, порядку та розміру компенсації споживачам за умов недотримання встановлених стандартів та вимог до якості їх обслуговування.

З іншого боку, можливість щодо розслідувань вимагає чіткої процедури проведення, задля мінімізації зловживання такою функцією. Сьогодні невідомо, як виглядатиме процедура проведення розслідувань, і наскільки захищеніми будуть права учасників ринків під час такої діяльності.

РИЗИКИ ДЛЯ НЕЗАЛЕЖНОЇ ТА ПРОФЕСІЙНОЇ РОБОТИ РЕГУЛЯТОРА

1. Недостатньо чітко окреслено незалежний статус Регулятора.

До статті 1 про статус Регулятора вноситься зміна, яка передбачає що НКРЕКП - не незалежний державний колегіальний орган, а центральний орган виконавчої влади (ЦОВВ) зі спеціальним статусом. З огляду на це, НКРЕКП підпадає під дію Закону “Про центральні органи виконавчої влади”. При цьому, серед змін до закону про ЦОВВ йдеться лише про включення НКРЕКП до переліку органів з таким статусом та повноваження КМУ призначати його склад за результатами конкурсного відбору. Немає чіткого визначення терміну «ЦОВВ зі спеціальним статусом», також немає чіткого визначення порядку взаємодії КМУ з такими ЦОВВ (або окремо виписаної статті у контексті взаємодії з НКРЕКП).

Варто звернути увагу і на зауваження ГНЕУ Верховної Ради, що під ЦОВВ зі спеціальним статусом розуміються такі, створення яких прямо (або опосередковано) передбачено в Конституції. Також, на думку ГНЕУ, законодавче зобов'язання КМУ створити Регулятора “є по суті втручанням у конституційні повноваження Уряду”. Аналогічними є зауваження ГЮУ Верховної Ради, яке вказує, що запропонований правовий статус НКРЕКП не впливає з конституційної моделі організації влади в Україні, а “вичерпний

перелік органів..., що формально не належать до жодної з гілок влади, прямо встановлюється Конституцією України". Таким чином, виникає підстава для оскарження конституційності пропонуваного статусу Регулятора.

Крім того, законопроект не відмінює і не надає винятків щодо права уряду повністю чи в окремій частині скасовувати акти такого ЦОВВ, надане частиною шостою статті 21 Закону "Про Кабінет Міністрів". Також, відповідно до пункту 9 статті 116 Конституції, до компетенції КМУ належить спрямування і координація роботи органів виконавчої влади.

Також пропонується зміна формулювання статті 5 із «Гарантії незалежності Регулятора» на «Гарантії здійснення повноважень Регулятора». Визначено, що "Регулятор у своїй діяльності керується Конституцією України, цим Законом та іншими законодавчими актами України". Таким чином з'являється можливість впливу на НКРЕКП через зміни до інших законів.

2. Порядок звільнення членів НКРЕКП є дискреційним та загрожує незалежності Регулятора.

Законопроект передбачає право Кабінету Міністрів достроково припинити повноваження члена Регулятора, а до умов такого рішення включено «встановлення факту порушення... вимог законів, що регулюють діяльність у сферах енергетики та комунальних послуг». При цьому, не уточнено, які самі порушення можуть мати наслідком таке рішення, та не визначено процедуру, за якою встановлюється факт порушення.

Таким чином, законопроект надає Кабміну дискреційні повноваження щодо встановлення факту порушення закону, що суперечить нормам Конституції про розділення гілок влади.

3. Порушується баланс формування складу Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади членів НКРЕКП.

Згідно із законопроектом, Конкурсна комісія утворюється КМУ за наступним принципом:

- ▶ 3 особи за поданням профільного комітету ВРУ;
- ▶ 1 особа за поданням Мінекоенерго;
- ▶ 1 особа за поданням Мінрегіону.

Ключовим аспектом є те, що 3 особи будуть затверджуватись рішенням комітету, а не голосуванням всієї Верховної Ради. Таким чином, профільному комітету надається можливість сформуванню більшості у складі цієї Комісії, відтак невелика група осіб буде мати вирішальний вплив на формування складу НКРЕКП. Такий механізм ігнорує демократичні засади роботи парламенту, як органу, де представлені інтереси різних політичних сил.

Варто звернути увагу і на зауваження ГНЕУ і ГЮУ Верховної Ради, що такі положення не враховують правового статусу комітетів парламенту, які за Конституцією не можуть мати самостійних зовнішніх повноважень.

Крім того, законом виключено обмеження на участь в Конкурсній комісії осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (відповідно до пункту 1 статті 3 Закону «Про запобігання корупції»). Таким чином, виникає загроза політизації роботи Конкурсної комісії, наприклад через обрання її членами народних депутатів, представників центральних органів виконавчої влади, правоохоронних органів тощо.

4. Не врегульовано порядок ротації для чинних членів Регулятора, призначених за різними процедурами

Із чинного Закону пропонується виключити положення про періодичну ротацію (визначаючи початкову ротацію лише у Прикінцевих та перехідних положеннях) та обмеження на кількість каденцій (у чинному Законі – не більше двох строків). Це може створити ризики для оновлення складу Регулятора.

Статус чотирьох членів НКРЕКП, призначених Президентом 29 жовтня 2019 року у тимчасовому порядку (на підставі пункту 3-1 Прикінцевих та перехідних положень чинного Закону), залишається незрозумілим.

Законопроект пропонує одночасно:

- ▶ зберегти таких «тимчасових членів» на посадах, визначаючи строк повноважень як різницю між 6 роками та строком перебування на посаді до дня набрання чинності новим Законом;
- ▶ розпочати ротацію чинного складу НКРЕКП вже у 2020-2021 роках, при цьому покладаючи відповідальність на затвердження схеми ротації на Президента.

Таким чином, незрозуміло як виконати ці взаємовиключні норми щодо «тимчасових членів». Регулятора Якщо під початкову ротачію потраплять ті члени НКРЕКП, які були призначені за результатами відкритого конкурсного відбору 29 травня 2018 року, це буде порушенням вимог Закону щодо їх строку повноважень (має завершитися не раніше травня 2024 року).

Крім того, вказані норми законопроекту урівнюють в статусі членів НКРЕКП, які були призначені як за відкритим конкурсом, так і за тимчасовою процедурою, що можна розглядати як дискримінацію. Іншими словами, закон «легалізує» призначення Президентом тимчасових членів НКРЕКП та їх майже повний термін повноважень, що суперечить вимогам закону щодо конкурсного відбору членів Регулятора.

Незрозумілим виглядає саме віднесення до повноважень Президента затвердження схеми ротачії для органу, що утворюється КМУ. Згідно із зауваженнями ГНЕУ і ГЮУ Верховної Ради, ці норми є такими, що не узгоджуються з конституційними приписами щодо повноважень Президента (зокрема статті 106 Конституції).

5. Виключено низку положень щодо прозорого конкурсного відбору кандидатів на посади членів Регулятора

Виключено вимогу вести трансляцію засідань Конкурсної комісії у режимі реального часу. Таким чином, знижується довіра до рішень Конкурсної комісії та зростає ризик їх оскарження.

У контексті прозорості стурбованість викликає і норма про незастосування процедури відкритого обговорення для проектів рішень Регулятора із встановлення тарифів на транспортування природного газу протягом 2019-2020 рр. Розуміючи підґрунтя такого рішення - необхідність швидко затвердити тарифи і забезпечити неперервну роботу ГТС у разі досягнення прогресу в переговорах щодо транзиту, - вважаємо, що такий режим не має застосовуватись у звичайних умовах.

6. Питання з оплатою праці в НКРЕКП врегульовано у бік зменшення.

Як відомо, попередня норма чинного закону щодо прив'язки окладу співробітників Регулятора до мінімальної зарплати не виконувалася. Зміна підходу (прив'язка до прожиткового мінімуму зі збереженням кінцевого розміру винагороди) дозволить коректніше формувати

фонд оплати праці. Також, слід зазначити, що максимальний розмір внесків на регулювання для формування кошторису НКРЕКП збільшено з 0,1% до 0,15% чистого доходу ліцензіатів.

Разом з тим, внаслідок зміни бази нарахування фактичний оклад може зменшитись – на 24,4% для голови та членів Регулятора, і майже на 40% для працівників апарату Регулятора. Зміни фактично погіршують фінансові умови Регулятора, а відтак не відповідають принципу забезпечення його фінансової незалежності.

З огляду на вищезазначене, аналітичний центр DiXi Group вважає прийнятий закон тимчасовим рішенням, покликаним забезпечити легітимну роботу НКРЕКП після 1 січня 2020 року. Попри врегулювання низки проблем, закон по суті не вирішує питання правового статусу Регулятора, процедури призначення його членів (особливо в частині ротачії чинного складу), а також фінансової незалежності.

Недоліки прийнятого закону створюють підстави для порушення принципів політичної, функціональної та фінансової незалежності Регулятора, як того вимагають положення Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, а також Договору про заснування Енергетичного Співтовариства.

Не виключено оскарження конституційності окремих положень прийнятого закону, із непрогнозованими наслідками - особливо з огляду на неврегульований статус Регулятора на рівні Конституції. Єдиний поданий з даного питання законопроект №1014 (щодо закріплення повноважень Президента утворювати незалежні регуляторні органи) висновком Конституційного Суду №7-в/2019 від 16.12.2019 р. визнано таким, що не відповідає частині першій статті 157 Конституції, і відтак не буде розглядатися.

РЕКОМЕНДАЦІЇ DIXI GROUP

Усвідомлюючи роль, яку НКРЕКП відіграє у реформуванні в енергетичному секторі, та ризику, що зберігаються навіть після набуття чинності прийнятим законом, аналітичний центр DiXi Group пропонує наступні кроки із врегулювання ситуації:

НА СТРАТЕГІЧНОМУ РІВНІ РЕКОМЕНДУЄМО

Суб'єктам законодавчої ініціативи:

- ▶ внести до ВРУ новий законопроект про внесення змін до Конституції України, яким було би чітко зафіксовано статус незалежних регуляторних органів, повноваження органів влади щодо їх формування, та порядок взаємодії регуляторів з іншими органами;
- ▶ після набуття чинності вказаних змін до Конституції – внести до ВРУ новий законопроект про внесення змін до Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» та інших законів.

НА ТАКТИЧНОМУ РІВНІ РЕКОМЕНДУЄМО

- ▶ **Суб'єктам законодавчої ініціативи:** розглянути внесення до ВРУ законопроекту щодо “швидких змін” - коригування строків ротації (першочергового застосування до членів НКРЕКП, призначених у тимчасовому порядку, уточнення періодичності), встановлення обмеження на кількість строків повноважень членів НКРЕКП, зміни підходу до фінансування оплати праці, прозорості роботи Конкурсної комісії та процедури делегування до неї представників ВРУ, тощо;

- ▶ **Президенту:** затвердити схему ротації, яка би передбачала першочергову ротацію тих членів НКРЕКП, що були призначені Президентом у тимчасовому порядку (не за результатами відкритого конкурсного відбору);
- ▶ **Комітету ВРУ з питань енергетики та житлово-комунальних послуг, Мінекоенерго, Мінрегіону:** утриматися від подання до Конкурсної комісії осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (відповідно до пункту 1 статті 3 Закону «Про запобігання корупції»), з метою деполітизації конкурсних процедур;
- ▶ **Комітету ВРУ з питань енергетики та житлово-комунальних послуг:** прийняти рішення щодо кандидатур членів Конкурсної комісії, які пропонуються ВРУ для обрання, на основі пропозицій депутатських фракцій (груп);
- ▶ **КМУ:** забезпечити на добровільних умовах можливість вести трансляцію засідань Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади членів НКРЕКП (у режимі реального часу);
- ▶ **КМУ (Мінфін):** забезпечити безумовне включення проекту кошторису НКРЕКП до проекту Державного бюджету на 2021 рік, без змін та скорочень.

У свою чергу, аналітичний центр DiXi Group готовий взяти активну участь у вдосконаленні правової основи для діяльності Регулятора на основі діалогу із зацікавленими сторонами та з урахуванням вимог законодавства ЄС.