



# АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

вул. Митрополита Василя Липківського, 45, м. Київ, 03035, тел. (044)251-62-62, факс (044)520-03-25  
E-mail: slg@amcu.gov.ua Web: http://www.amc.gov.ua Код ЄДРПОУ 00032767

27.12.17 № 228-2902-14194 На № \_\_\_\_\_ від \_\_\_\_\_

Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг

Копія: Рада Оптового ринку електричної енергії

ДП «Енергоринок»

Про розгляд проекту постанови

На сайті Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі - НКРЕКП) розміщено проект постанови НКРЕКП «Про внесення змін до постанови Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, від 11 жовтня 2012 року № 1314» (далі – Проект постанови), який пропонується до розгляду на засіданні НКРЕКП 27.12.2017.

Проектом постанови пропонується, зокрема, внести зміни до Примірною договору про купівлю-продаж електричної енергії між державним підприємством «Енергоринок» та суб'єктом господарювання, що виробляє електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії, затвердженого постановою НКРЕКП від 11 жовтня 2012 року № 1314.

При цьому, до Антимонопольного комітету України надійшли звернення Ради Оптового ринку електричної енергії України (далі – Рада ОРЕ) від 01.12.2017 №793 та від 19.12.2017 №839 (вх. Комітету від 01.12.2017 № 8-01/11877 та від 19.12.2017 № 8-01/12628) (далі – листи Ради ОРЕ) щодо невідповідності окремих положень проекту Постанови вимогам законодавства про захист економічної конкуренції.

За результатами розгляду листів Ради ОРЕ та Проекту постанови Комітет, в межах компетенції, повідомляє наступне.

1. Правові, економічні, екологічні та організаційні засади використання альтернативних джерел енергії та сприяння розширенню їх використання у паливно-енергетичному комплексі визначаються Законом України «Про альтернативні джерела енергії». Зазначеним законом визначені основні засади державної політики у сфері альтернативних джерел енергії, серед яких, залучення вітчизняних та іноземних інвестицій і підтримка підприємництва у сфері альтернативних джерел енергії. Державне регулювання у сфері альтернативних джерел енергії здійснюється, серед іншого, шляхом встановлення тарифів на електричну енергію, вироблену на об'єктах альтернативної енергетики, а також на теплову енергію, видобуту з альтернативних джерел.

Особливості режиму іноземного інвестування на території України, виходячи з цілей, принципів і положень законодавства України, визначає Закон України «Про режим іноземного інвестування». Згідно зі статтею 7 вказаного Закону, для іноземних інвесторів на

135138



території України встановлюється національний режим інвестиційної та іншої господарської діяльності, за винятками, передбаченими законодавством України та міжнародними договорами України.

Законом України «Про інвестиційну діяльність» встановлено, що всі суб'єкти інвестиційної діяльності незалежно від форм власності та господарювання мають рівні права щодо здійснення інвестиційної діяльності, якщо інше не передбачено законодавчими актами України. Втручання державних органів та посадових осіб у реалізацію договірних відносин між суб'єктами інвестиційної діяльності зверх своєї компетенції не допускається.

Згідно з Законом України «Про інвестиційну діяльність», відносини, що виникають при здійсненні інвестиційної діяльності в Україні, регулюються цим Законом, іншими законодавчими актами України. Особливості здійснення інвестиційної діяльності на території України суб'єктами інвестиційної діяльності, розташованими за межами України, а також цих суб'єктів і суб'єктів України в зонах вільного підприємництва на Україні визначаються спеціальним законодавством України.

Таким чином, діючим законодавством у сфері енергетики не передбачено створення окремих умов для діяльності підприємств з іноземними інвестиціями, а державні гарантії захисту іноземних інвестицій, серед яких, гарантії у разі зміни законодавства, гарантії щодо примусових вилучень, а також незаконних дій державних органів та їх посадових осіб, гарантії в разі припинення інвестиційної діяльності, компенсація і відшкодування збитків іноземним інвесторам, встановлено Законом України «Про режим іноземного інвестування».

Водночас, Проект постанови містить різні умови для підприємств з іноземними інвестиціями та іншими суб'єктами господарювання, що виробляють електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії (далі - ВАД).

2. У Проекті постанови передбачено, що ДП «Енергоринок» поміж іншого погоджується не розривати Договір протягом 120 днів після вручення ДПЕ Кредиторам (або їх агентам) письмового повідомлення про свій намір розірвати Договір через порушення ВАД своїх зобов'язань за Договором, якщо тільки таке порушення не усунуто до перебігу такого 120-денного строку.

Проектом постанови також передбачено, що ВАД має право розірвати Договір на власний розсуд на будь-яких законних підставах, що передбачені законодавством України або у разі настання певних, визначених у Проекті постанови, підстав.

Крім того, якщо Договір буде припинений ВАД відповідно до підпункту 9.9.1 Договору в редакції, що передбачена Проектом постанови, ВАД має право на компенсацію збитків, завданих через таке припинення Договору у сумі (далі – Сума Платежу у зв'язку з припиненням), яку ДПЕ сплачує чотирма рівними частинами (при цьому перша частина підлягає сплаті протягом 90 календарних днів після дати повідомлення про припинення, поданого ВАД, а кожна наступна частина підлягає сплаті через 90 днів після попередньої частини).

Таким чином, суб'єкти господарювання, що виробляють електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії, які укладатимуть договір про купівлю-продаж електричної енергії в редакції, що передбачена Проектом постанови, матимуть додаткові переваги перед ВАД, які такий договір уклали в редакції Примірного договору, затвердженого постановою НКРЕКП від 11.10.2012 № 1314.

Зазначене може створювати передумови для застосування ДП «Енергоринок» різних умов до рівнозначних угод з суб'єктами господарювання, що здійснюють виробництво електричної енергії з використанням альтернативних джерел енергії та її продаж до ДП «Енергоринок», та як наслідок може призвести до негативних наслідків для конкуренції на ринку.

3. Проектом постанови передбачено право ДП «Енергоринок» укласти прямий договір з Кредиторами ВАД, які не є стороною договору про купівлю-продаж електричної



енергії, та обов'язок ДП «Енергоринок» у певних випадках сплатити Платіж у зв'язку з припиненням дії договору.

Сума платежу у зв'язку з припиненням дії договору включає в себе не менш як (але не обмежується цим):

- непогашену основну суму (та всіх нарахованих та несплачених процентів та комісій, що підлягають сплаті у зв'язку із нею) заборгованості ВАД за кредитом, що був наданий ВАД міжнародною фінансовою установою, міжнародним фінансовим фондом, міжнародною/іноземною експортно-кредитною агенцією, багатостороннім банком розвитку або міжнародною/іноземною фінансовою установою розвитку (далі – Кредитор);
- всі суми, що підлягають сплаті з боку ВАД контрагентам з хеджування (далі – Своя-Банки), в тому числі, без обмеження, за хеджування процентних та валютних ризиків у зв'язку з заборгованістю перед Кредиторами;
- всі інші витрати та втрати, які понесли Кредитори та Своя-Банки у зв'язку з розірванням Договору. Зазначена сума повинна бути зменшена на суми (за наявності), отримані ВАД (але не його прямими або непрямими інвесторами у капітал) у якості компенсації за експропріацію/націоналізацію та/або в якості відшкодування втрат від відповідного органу державної влади. Будь-яка Сума Платежу у зв'язку з припиненням розраховується у євро та сплачується рівними щоквартальними частинами, які підлягають сплаті останнього дня кожного березня, червня, вересня та грудня. Сплата кожної такої частини здійснюється у гривнях шляхом перерахування євро у гривню за офіційним валютним курсом Національного банку України на дату платежу.

Звертаємо увагу, що ДП «Енергоринок» має ознаки такого, що займає монополічне (домінуюче) становище (як покупець) на загальнодержавному ринку електричної енергії, яка купується ДП «Енергоринок» з метою здійснення діяльності з оптового постачання електричної енергії на ОРЕ. Відповідно до положень пункту 3.10.1 Умов та Правил здійснення підприємницької діяльності з оптового постачання електроенергії і пункту 27 Статуту ДП «Енергоринок», фінансування діяльності ДП «Енергоринок» здійснюється в межах кошторису на оптове постачання електричної енергії, що затверджується НКРЕКП і є складовою частиною оптової ринкової ціни електричної енергії (далі - ОРЦ).

Пояснювальна записка до Проекту постанови містить посилання на інвестиції у розмірі 500 мільйонів доларів США у фінансування будівництва 500 МВт вітрового парку в Запорізькій області із залученням фінансування ОРС.

Таким чином, у разі припинення з боку ВАД договору про купівлю-продаж електричної енергії в редакції, що передбачена Проектом постанови, за певних обставин у ДП «Енергоринок» можуть виникнути зобов'язання сплатити Платіж у зв'язку з припиненням в розмірі близько 500 мільйонів доларів США (лише за одним інвестиційним проектом).

Тобто необхідність сплати Платежу у зв'язку з припиненням дії договору може створювати передумови для необгрунтованого зростання кошторису ДП «Енергоринок» та, відповідно, ОРЦ, що, в свою чергу, може привести до зростання вартості електроенергії та, як наслідок, ущемлення інтересів споживачів.

У випадку, якщо ОРЦ не буде збільшено, за умови необхідності ДП «Енергоринок» платити Платіж у зв'язку з припиненням, такий платіж може призвести до перерозподілу коштів на Оптовому ринку за рахунок інших виробників електричної енергії, а отже і суттєвого обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин.

Відповідно до статті 3 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг», до основних завдань Регулятора зазначеним Законом віднесено створення сприятливих умов для залучення інвестицій у розвиток ринків у сферах енергетики та комунальних послуг, а також сприяння розвитку конкуренції на ринках у сферах енергетики та комунальних послуг.



Регулятор здійснює державне регулювання з метою досягнення балансу інтересів споживачів, суб'єктів господарювання, що провадять діяльність у сферах енергетики та комунальних послуг, і держави, забезпечення енергетичної безпеки, європейської інтеграції ринків електричної енергії та природного газу України.

Водночас, відповідно до статті 1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» метою діяльності Антимонопольного комітету України є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері державних закупівель.

Основними завданнями Комітету згідно зі статтею 3 вищезазначеного Закону є, зокрема, здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції, запобігання, виявлення і припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

Прийняття Проекту постанови в редакції, розміщеній на сайті НКРЕКП, що пропонується до розгляду на засіданні Комісії 27 грудня 2017 року може створити передумови для вчинення ДП «Енергоринок» порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

При цьому, відповідно до статті 17 Закону України «Про захист економічної конкуренції» забороняються дії чи бездіяльність органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю (колегіального органу чи посадової особи), що полягають у схиленні суб'єктів господарювання, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю до порушень законодавства про захист економічної конкуренції, створенні умов для вчинення таких порушень чи їх легітимації.

Враховуючи зазначене, з метою недопущення вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції, наголошуємо на необхідності суттєвого доопрацювання проекту постанови НКРЕКП «Про внесення змін до постанови Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, від 11 жовтня 2012 року №1314».

#### *Аналіз Проекту постанови в контексті правил державної допомоги*

Щодо пунктів 4 та 5 Змін до Примірнього договору про купівлю-продаж електричної енергії між державним підприємством «Енергоринок» (далі - ДПЕ) та суб'єктом господарювання, що виробляє електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії.

Згідно з пунктом 21 Статуту ДПЕ, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 05.06.2000 № 922, майно ДПЕ складається з основних фондів, обігових коштів, а також фінансових та інших цінностей, відображених у бухгалтерському балансі ДПЕ.

Пункт 22 Статуту визначає, що майно ДПЕ є державною власністю та закріплюється за ним на праві повного господарського відання. ДПЕ володіє, користується та розпоряджається належним йому майном на свій розсуд, вчиняючи щодо нього будь-які дії, що не суперечать законодавству України та цьому Статуту.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 1 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» (далі - Закон) державна допомога суб'єктам господарювання - це підтримка у будь-якій формі суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності.

Проект постанови визначає, що ДПЕ буде зобов'язано сплачувати ВАД з іноземними інвестиціями Платежів у зв'язку з припиненням дії договору (фактично надаючи додаткову державну підтримку ВАД з іноземними інвестиціями). Таким чином, для здійснення Платежів у зв'язку з припиненням дії договору залучатимуться ресурси держави.

Надання державної підтримки ВАД через здійснення Платежів у зв'язку з припиненням дії договору може призвести до спотворення або загрози спотворення конкуренції на ринку електричної енергії.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 1 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» (далі – Закон) державна допомога суб'єктам господарювання – це підтримка у будь-якій формі суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності.

Отже, державна підтримка є державною допомогою, якщо одночасно виконуються такі умови:

- підтримка надається суб'єкту господарювання;
- фінансування державної підтримки здійснюється за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів;
- підтримка створює переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності;
- підтримка спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції.

Згідно з частиною першою статті 4 Закону державна допомога полягає у передачі ресурсів держави чи місцевих ресурсів окремим суб'єктам господарювання.

Частина перша статті 4 Закону містить невичерпний перелік форм, в яких може реалізовуватися державна допомога.

У зв'язку з вищенаведеним, положення Проекту постанови можуть містити ознаки нової державної допомоги.

Для ґрунтовної оцінки заходів державної підтримки на предмет виявлення ознак державної допомоги, її допустимості для конкуренції треба подати Комітету детальну інформацію стосовно програм державної допомоги або індивідуальної державної допомоги.

Подання повідомлення, його розгляд та розгляд справи про державну допомогу здійснюються в порядку, визначеному розділом 4 Закону. При цьому статтею 9 розділу 4 Закону встановлено порядок подання повідомлення про нову державну допомогу.

Відповідно до частини п'ятої статті 9 Закону повідомлення про нову державну допомогу подаються надавачами державної допомоги Уповноваженому органу у визначеному ним порядку з урахуванням строків розгляду повідомлення та справи про державну допомогу, визначених Законом.

У зв'язку з цим повідомлення, передбачені частиною другою розділу 9 Закону, подаються відповідно до розпорядження Комітету від 04.03.2016 № 2-рп «Про затвердження Порядку подання та оформлення повідомлень про нову державну допомогу та про внесення змін до умов чинної державної допомоги», зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 04.04.2016 за № 501/28631 (далі – Порядок 2-рп).

Разом з тим, згідно з пунктом шостим частини першої статті 1 Закону, надавачі державної допомоги – органи влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю, а також юридичні особи, що діють від їх імені, уповноважені розпоряджатися ресурсами держави чи місцевими ресурсами і ініціюють та/або надають державну допомогу.

Перший заступник Голови Комітету –  
державний уповноважений



М. НІЖНИК