



Вих. № 3 - 30.12.2021
від 30 грудня 2021 року

**Міністру енергетики України
Галущенко Г. В.**

Копія:

**Президенту України
Зеленському В. О.**

**Прем'єр-міністру України
Шмигалью Д. А.**

**Голові Верховної Ради України
Стефанчуку Р. О.**

**Бізнес-омбудсмену в Україні
п. Роману Ващуку**

**Виконавчому директору UkraineInvest
Цівкачу С. Я.**

Щодо проєкту Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про ринок електричної енергії" щодо введення тимчасової адміністрації у разі загрози порушення безпеки постачання електричної енергії"

Шановний Германе Валерійовичу!

Від імені Європейсько-українського енергетичного агентства (ЄУЕА), Української вітроенергетичної асоціації (УВЕА) та Української асоціації відновлюваної енергетики (УАВЕ), які разом об'єднують понад 80% ринку відновлюваної електроенергетики України та представляють міжнародних і українських інвесторів, висловлюємо Вам свою глибоку повагу та звертаємося із наступним.

Національні та міжнародні інвестори з ВДЕ висловлюють свою занепокоєність щодо проєкту Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про ринок електричної енергії" щодо введення тимчасової адміністрації у разі загрози порушення безпеки постачання електричної енергії" (надалі – "Законопроект"), опублікованого на сайті Міністерства енергетики України (далі – "Міненерго") 01 грудня 2021 року як проєкт регуляторного акту для надання зауважень та пропозицій.

Як зазначається, метою Законопроекту є визначення дієвого механізму забезпечення можливості введення тимчасової адміністрації

1) до суб'єктів господарювання, які здійснюють діяльність в енергетичній сфері, в разі загрози порушення безпеки постачання електричної енергії, критерії/види яких визначено Правилами про безпеку постачання електричної енергії та/або

2) порушення учасниками ринку, які є суб'єктами природних монополій ліцензійних вимог провадження господарської діяльності.¹

Законопроект розроблений на виконання Плану організації виконання рішення Ради національної безпеки і оборони України від 30 липня 2021 року “Про заходи з нейтралізації загрози в енергетичній сфері”, введеного в дію Указом Президента України від 28 серпня 2021 року № 452, схваленого на засіданні Кабінету Міністрів 01 вересня 2021 року (протокол № 104), (підпункт “б” підпункту 2 пункту 1 рішення Ради національної безпеки і оборони України).² Проаналізувавши текст Законопроекту, експерти профільних Асоціацій дійшли висновку, що він матиме негативний вплив на енергетичну галузь, зважаючи на наступне.

1. Законопроект несе значні ризики порушень прав власників об'єктів енергетики

1.1. Законопроект суперечить основоположним принципам українського та міжнародного права

Попри те, що запропонований Законопроект механізм не містить таких формулювань як “відчуження”, “примусове відчуження”, “позбавлення права власності”, “конфіскація”, Законопроект пропонує встановити механізм введення тимчасової адміністрації шляхом передачі управління активами учасників ринку та/або їх корпоративними правами, акціями в управління підприємству, установі, організації, що належить до сфери управління міністерства, іншого центрального органу виконавчої влади, або господарському товариству, 50 і більше відсотків акцій (часток) якого знаходиться у статутних капіталах господарських товариств, частка держави в яких становить 100 відсотків, які здійснюють аналогічну господарську діяльність (надалі – тимчасовий адміністратор).

Така передача управління активами учасників ринку та/або їх корпоративними правами, акціями фактично усуває власників об'єктів енергетики від управління своїм майном на невизначений строк та суперечить статті 41 Конституції України, яка проголошує, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності, право приватної власності є непорушним і що примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови повного відшкодування їх вартості.

Випадки, при настанні яких може бути застосована процедура введення тимчасової адміністрації, зазначені у Законопроекті нечітко:

1 http://mpe.kmu.gov.ua/minugol/control/uk/publish/article?art_id=245607124&cat_id=35109

2 http://mpe.kmu.gov.ua/minugol/control/uk/publish/article?art_id=245607053&cat_id=167475

1) Незрозуміло значення твердження “загроза порушення учасниками ринку безпеки постачання електричної енергії”. У чому полягає така загроза, наскільки довго вона існує, тощо.

2) Незрозуміло які саме ліцензійні вимоги провадження господарської діяльності повинні бути порушені учасниками ринку, які є суб’єктами природних монополій, щоб до них була застосована зазначена вище процедура.

3) Не визначено, на який максимальний строк може бути введена тимчасова адміністрація, що являтимуть собою консультації щодо визначення тимчасового адміністратора (з ким і стосовно чого будуть проводитись такі консультації, які рішення можуть бути прийняті за результатами консультацій, тощо).

Все вищенаведене суперечить принципу правової визначеності, який є одним з елементів верховенства права. У принципі правової визначеності стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями; обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки (Рішення Конституційного Суду України N 17-рп/2010 від 29 червня 2010 року)³.

Механізм тимчасової адміністрації, запропонований Законопроектом, суперечить принципам та нормам Закону України “Про ринок електричної енергії” та Закону України “Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг”, зокрема, щодо:

- 1) запровадження надлишкових заходів регуляторного впливу у випадках, коли мета Законопроекту може бути забезпечена за рахунок механізмів, передбачених чинною редакцією Закону України “Про ринок електричної енергії”, зокрема функціонування ринку в умовах надзвичайного стану відповідно до Закону України “Про правовий режим надзвичайного стану”;
- 2) введення особливого періоду відповідно до Закону України “Про мобілізацію та мобілізаційну підготовку”;
- 3) покладення Кабінетом Міністрів України спеціальних обов’язків на учасників ринку, для забезпечення безпеки постачання електричної енергії.

При цьому, аналітичні матеріали, зокрема пояснювальна записка до Законопроекту, опубліковані Міністерством ігнорують наявність альтернативних механізмів для забезпечення енергетичної безпеки та безпеки постачання електричної енергії та не обґрунтовують необхідність застосування більш жорсткого заходу регуляторного впливу.

Окрім того, положення Законопроекту можна трактувати як порушення принципу законності. Відповідно до практики Європейського суду з прав людини, принцип законності також передбачає, що застосовні положення національного законодавства повинні бути достатньо доступними, точними та передбачуваними у своєму застосуванні (наприклад, справа *Beyley v. Italy*, § 109⁴).

Законопроект також не роз’яснює у чіткій та послідовній формі мету запровадження механізму введення тимчасової адміністрації. Через це неможливо визначити пропорційність значного обмеження прав власника об’єкта енергетики. В Рішенні Конституційного Суду України у справі від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012

3 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10#Text>

4 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58832%22%5D%7D>

відзначено, що одним із елементів верховенства права є принцип пропорційності, який “...означає, зокрема, що заходи, передбачені в нормативно-правових актах, повинні спрямовуватися на досягнення легітимної мети та мають бути співмірними з нею”.

Додатково, застосування процедури введення тимчасової адміністрації може розглядатися як порушення права на підприємницьку діяльність, передбачену статтею 42 Конституції України. Таким чином, підсумовуючи, відповідно до практики Європейського суду з прав людини, таке введення тимчасової адміністрації не може розглядатися як належне та допустиме втручання у право на мирне володіння своєю власністю, оскільки таке втручання повинне відповідати принципу законності і переслідувати законну мету за допомогою засобів, які є достатньо пропорційними меті, яку намагаються реалізувати ((наприклад, справа *Beyeler v. Italy*, § 108-114⁵)).

Крім того, Конституція України не наділяє ані Кабінет Міністрів України (надалі – КМУ), ані окремі центральні органи виконавчої влади повноваженнями приймати рішення щодо позбавлення права власності або щодо усунення власників від розпорядження своєю власністю.

Таким чином, положення Законопроекту суперечать принципам верховенства права, правової визначеності, законності, пропорційності, вільного володіння, користування і розпорядження своєю власністю, свободи підприємницької діяльності, наділяють КМУ та Міненерго несприятливими їм повноваженнями приймати рішення щодо позбавлення права власності.

1.2. Законопроект суперечить Угоді про Асоціацію з ЄС, Енергетичній Хартії та *acquis* ЄС.

Відповідно до частини 1 статті 277 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (надалі – Угода про Асоціацію), в Україні регуляторний орган для електроенергії та газу (Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (надалі – НКРЕКП або Регулятор)), серед іншого, повинен бути достатньо вповноважений, щоб гарантувати ефективну конкуренцію і ефективне функціонування ринку.

Надаючи КМУ повноваження приймати рішення щодо передачі управління активами учасників ринку та/або їх корпоративними правами, акціями, тимчасовому адміністратору, держава цим самим визнає, що український регуляторний орган для електроенергії та газу (НКРЕКП) не здатен гарантувати ефективне функціонування енергетичного ринку України. В такому випадку, більш доречним кроком держави було би вдосконалення статусу та повноважень НКРЕКП для його функціональної та інституційної можливості гарантувати ефективну конкуренцію і ефективне функціонування ринку.

Відповідно до частини 2 статті 277 Угоди про Асоціацію, рішення та процедури, що використовуються регуляторним органом, повинні бути об’єктивними стосовно всіх учасників ринку. Проте, як вже було зазначено вище, випадки, при настанні яких може бути застосована процедура введення тимчасової адміністрації, зазначені у Законопроекті доволі нечітко. Це означає, що рішення, прийняті за наявності такої законодавчої нечіткості, апріорі не можуть бути об’єктивними. Згідно із Додатком XXVII-В до Угоди про Асоціацію, Україна зобов’язалася імплементувати положення Директиви Європейського Парламенту і Ради 2009/72/ЄС від 13 липня 2009 року щодо спільних правил для внутрішнього ринку електроенергії та про

5 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-58832%22%7D>

скасування Директиви 2003/54/ЄС (надалі – Директива 2009/72/ЄС). Відповідно до статті 35 Директиви 2009/72/ЄС, у разі раптової кризи на енергетичному ринку, держава може тимчасово вжити необхідних захисних заходів. Такі заходи повинні спричиняти найменше можливих порушень у функціонуванні внутрішнього ринку і не повинні бути ширшими за обсягом, ніж це строго необхідно для усунення раптових труднощів, що виникли.

Запропоновані у Законопроекті заходи не відповідають положенням Директиви 2009/72/ЄС, тому прийняття Законопроекту може призвести до порушення Україною положень Угоди про Асоціацію.

Аналогічно, Законопроект також не відповідає Директиві 2019/944 Європейського Парламенту та Ради від 5 червня 2019 року щодо загальних правил для внутрішнього ринку електроенергії та внесення змін до Директиви 2012/27/ЄС, яка вже діє у Європейському Союзі і відповідно до статті 57 якої регулювання ринку має здійснюватися саме незалежним регуляторним органом.

З огляду на незворотність європейського курсу України, зафіксованого в Основному Законі нашої держави, невідповідність Законопроекту вищезазначеним директивам Європейського Союзу, в разі прийняття Законопроекту парламентом та набрання ним чинності, може бути причиною для визнання Законопроекту неконституційним. Також Законопроект не відповідає положенням Договору до Енергетичної Хартії та Заключного акту до неї, ратифікованого Законом України № 89/98-ВР від 06 лютого 1998 року (надалі – Договір до Енергетичної Хартії). Відповідно до статті 13 Договору до Енергетичної Хартії, капіталовкладення інвесторів не повинні бути націоналізовані, експропрійовані чи піддаватися заходу чи заходам, які мають аналогічні націоналізації чи експропріації наслідки (далі іменуються “експропріація”), за винятком випадків, коли така експропріація здійснюється:

- a) з метою, що відповідає громадським інтересам;
- b) без дискримінації;
- c) з дотриманням належного законного порядку; і
- d) разом з виплатою оперативної, адекватної та ефективної компенсації.

Як було зазначено вище, мета запровадження механізму введення тимчасової адміністрації залишається нечіткою. До того ж, Законопроект залишає доволі значний простір для дискримінаційного застосування його положень та не передбачає виплати компенсації інвестору.

1.3. Порушення Угод про взаємний захист інвестицій та загроза арбітражів проти держави Україна

Закони України “Про інвестиційну діяльність” та “Про режим іноземного інвестування” встановлюють гарантії щодо збереження іноземних інвестицій в Україні та їх захист від експропріації державою.

Окрім того, Україна уклала угоди щодо сприяння та взаємного захисту інвестицій з 57 країнами світу, наприклад, з такими країнами-донорами інвестицій в Україну:

- a) Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій, що набрала чинності 16 листопада 1996 року;

- b) Угода між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій, що набрала чинності 29 червня 1996 року;
- c) Угода між Урядом України та Урядом Французької Республіки про взаємне сприяння та взаємний захист інвестицій, що набрала чинності 26 січня 1996 року;
- d) Угода між Урядом України та Урядом Сполученого Королівства Великобританії і Північної Ірландії про сприяння і взаємний захист інвестицій, що набрала чинності 10 лютого 1993 року;
- e) Угода про сприяння та взаємний захист інвестицій між Україною та Королівством Нідерландів, що набула чинності 01 червня 1997 року, тощо.

Всі угоди щодо сприяння та взаємного захисту інвестицій містять серед своїх положень зобов'язання України як Договірної Сторони не вживати заходів, що позбавляють прямо або побічно громадян іншої Договірної Сторони їх інвестицій, без справедливої компенсації.

Зокрема, Україна гарантувала, що іноземні інвестиції не будуть експропрійовані або націоналізовані прямо або непрямо шляхом вжиття заходів, рівнозначних експропріації або націоналізації ("експропріація"), за винятком, коли така експропріація або націоналізація проводиться для громадських потреб, у недискримінаційний спосіб, з виплатою негайної, адекватної та ефективної компенсації і згідно з належним порядком, встановленим законом та загальними принципами. Компенсація повинна дорівнювати справедливій ринковій вартості експропрійованої інвестиції безпосередньо перед тим, коли були здійснені дії по експропріації або коли про неї стало відомо залежно від того, що станеться раніше; розраховуватись у вільно використовуваній валюті на основі ринкового обмінного курсу, що переважає на цей час; виплачуватись без затримки; включати відсотки за комерційно вмотивованою ставкою, починаючи з дати експропріації; бути такою, що повністю реалізується та вільно переказується.

В свою чергу, введення тимчасових адміністрацій на підставі положень Законопроекту може розглядатися як експропріація (фактичний механізм передачі об'єктів електроенергетики з приватної у державну власність без будь-якої компенсації виробників або інвесторів), що суперечить принципам конкурентного ринку електроенергії, Законам України "Про ринок електричної енергії", "Про інвестиційну діяльність", "Про режим іноземного інвестування" та міжнародним договорам України про захист інвестицій, зокрема Енергетичній хартії.

Оскільки:

- 1) строк тимчасової адміністрації може де факто бути продовжений на невизначений термін (до усунення обставин для введення тимчасової адміністрації),
- 2) введення тимчасової адміністрації може ставати де факто примусовим вилученням активів учасників ринку без відповідної компенсації,
- 3) повноваження тимчасового адміністратора не обмежуються Законопроектом, а його діяльність може призвести до заподіяння збитків підприємству, на яке

вводиться тимчасова адміністрація, і Законопроектом не передбачена відповідальність такого тимчасового адміністратора,

- 4) на час дії тимчасової адміністрації органи управління не зможуть здійснювати свої функції, включно з вирішенням питань щодо розподілу прибутку (виплати дивідендів),
- 5) тимчасовий адміністратор матиме доступ до комерційної таємниці підприємств, яку він може неправомірно використати, діючи в умовах конфлікту інтересів,

то такі порушення прав інвесторів (акціонерів, учасників підприємств) невідворотно призведуть до подання відповідними інвесторами позовів щодо стягнення збитків проти державних органів України та держави Україна як до українських судів, так і до міжнародних арбітражних органів. Зокрема, можливість захисту порушених прав іноземних інвесторів передбачена як Європейською Енергетичною Хартією, так і Договорами про взаємний захист інвестицій, які Україна уклала з більшістю розвинутих країн світу.

1.4. Погіршення інвестиційного клімату та інвестиційної привабливості України

Загроза непрямой експропріації енергетичних підприємств негативно вплине на інвестиційну привабливість України та призведе до зменшення прямих іноземних інвестицій в енергетичний сектор України. Окрім того, введення інституту тимчасових адміністрацій та порушення принципу здійснення контролю за ринком електроенергетики незалежним регулятором, збільшення корупційних факторів на ринку енергетики поставить під сумнів успішну інтеграцію України до Європейського союзу.

Також варто зазначити, що введення тимчасових адміністрацій надаватиме негативний сигнал для українських та іноземних кредиторів в секторі енергетики, оскільки така санкція ставить під питання можливість підприємства вчасно та належним чином виконати свої боргові зобов'язання. Це, в свою чергу, призведе до підвищення процентних ставок за кредитами, складнощів в отриманні фінансування, та, як наслідок, зменшення конкурентної спроможності українського бізнесу.

2. Законопроект порушує незалежність Регулятора

2.1. Законопроект наділяє Міненерго контрольними функціями у сфері енергетики

Законопроект наділяє Міненерго невласивими йому функціями здійснення заходів впливу до учасників ринку електроенергетики шляхом введення тимчасових адміністрацій у разі загрози порушення учасниками ринку безпеки постачання електричної енергії та порушення учасником ринку ліцензійних умов.

2.1.1. Законопроект передбачає здійснення Міненерго контролю щодо додержання ліцензіатами ліцензійних умов провадження господарської діяльності у сфері енергетики

До повноважень НКРЕКП належить ліцензування господарської діяльності у сфері електроенергетики і контроль за додержанням ліцензіатами ліцензійних умов провадження господарської діяльності, в т.ч. накладення санкцій за недодержання ліцензійних умов – аж до анулювання ліцензії⁶. При цьому, законодавство України на виконання міжнародних зобов'язань України⁷⁸ забезпечує незалежність регулятора, а саме: органам державної влади, органам місцевого самоврядування, їх посадовим і службовим особам, суб'єктам господарювання, політичним партіям, громадським об'єднанням, професійним спілкам та їх органам забороняється чинити незаконний вплив на процеси державного регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг⁹; особи, які здійснюють незаконний вплив на процес виконання членами НКРЕКП, його посадовими особами своїх функцій і повноважень, несуть адміністративну та кримінальну відповідальність відповідно до закону.

Окрім того, іншим органом державного контролю за ринком енергетики є Державна інспекція енергетичного нагляду України (надалі – Інспекція), яка здійснює державний енергетичний нагляд за електричними установками і мережами учасників ринку (крім споживачів) та дотриманням учасниками ринку (крім споживачів) вимог правил та інших нормативно-правових актів і нормативних документів з питань технічної експлуатації електричних станцій і мереж, технічного стану електричних установок і мереж.

Інспекція має право видавати учасникам ринку електричної енергії обов'язкові для виконання розпорядчі документи щодо усунення порушень вимог нормативно-правових актів, норм і правил з питань технічної експлуатації електричних станцій і мереж, технічного стану електричних, теплових, тепловикористальних установок і мереж, експлуатації, проектування, будівництва, підтвердження готовності до роботи теплових, тепловикористальних установок і мереж, користування енергією у сфері теплопостачання.

В свою чергу, Міненерго має повноваження лише щодо формування та реалізації державної політики¹⁰: до таких повноважень не входять повноваження щодо здійснення державного регулювання, моніторингу та контролю за діяльністю суб'єктів господарювання у сферах енергетики, які належать НКРЕКП¹¹, та повноваження у сфері державного енергетичного нагляду¹², які належать Інспекції¹³.

6 стаття 6 Закону України "Про ринок електричної енергії"

7 стаття 277 Угоди про Асоціацію

8 стаття 35 Директиви 2009/72/ЄС

9 частина 2 статті 5 Закону України "Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг"

10 частина 4 статті 5 Закону України "Про ринок електричної енергії"

11 частина 1 статті 2 Закону України "Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг"

12 стаття 9 Закону України "Про ринок електричної енергії"

13 Положення про Державну інспекцію енергетичного нагляду України, яке затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 14 лютого 2018 р. № 77

Таким чином, Законопроект, надаючи Міненерго невластиві йому функції:

- 1) порушує конституційний принцип, відповідно до якого органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України¹⁴
- 2) уможлиблює втручання у діяльність НКРЕКП та порушення принципу незалежності регулятора, що суперечить Директиві 2009/72/ЄС від 13 липня 2009 року щодо загальних правил для внутрішнього ринку електроенергії, оскільки регулювання ринку має здійснюватися лише незалежним регуляторним органом¹⁵, тобто – НКРЕКП.

2.1.2. Законопроект передбачає здійснення Міненерго невластивих йому повноважень у сфері безпеки постачання електричної енергії

До повноважень Міненерго належить розроблення і затвердження правил безпеки постачання електричної енергії та здійснення моніторингу безпеки постачання електричної енергії¹⁶. Зокрема, відповідно до Наказу Міністерства енергетики та вугільної промисловості України від 27 серпня 2018 року № 448 “Про затвердження Правил про безпеку постачання електричної енергії” (надалі – Правила про безпеку постачання електричної енергії) Міненерго наділене повноваженнями щодо оцінки ризиків порушення безпеки постачання електричної енергії та зобов'язане надавати НКРЕКП результати оцінювання ризиків на наступний календарний рік та сформовані висновки щодо превентивних заходів для зниження ймовірності виникнення ризиків, які можуть призвести до критичних та значних наслідків. В свою чергу, учасники ринку та НКРЕКП співпрацюють з Міненерго та на його запит надають необхідну інформацію для оцінювання ризиків.

Ролі НКРЕКП і Інспекції, зазначені в Правилах про безпеку постачання електричної енергії, кореспондують із законодавчими повноваженнями цих органів. Зокрема, Регулятор надає пропозиції щодо перегляду та доповнень переліку критеріїв безпеки постачання електричної енергії, отримує від Міненерго результати оцінювання ризиків на наступний календарний рік та сформовані висновки щодо превентивних заходів для зниження ймовірності виникнення ризиків, які можуть призвести до критичних та значних наслідків, тощо.

В свою чергу, Інспекція здійснює державний енергетичний нагляд в галузі електроенергетики щодо дотримання учасниками ринку вимог правил та інших нормативно-правових актів і нормативних документів з питань технічної експлуатації електричних станцій і мереж, технічного стану та обслуговування електричних установок і мереж, нагляду за наявністю та станом резервних автономних джерел живлення на об'єктах споживачів електричної енергії першої категорії та особливої групи першої категорії з надійності електропостачання, тощо.

14 частина 2 статті 19 Конституції України

15 стаття 35 Директиви 2009/72/ЄС

16 частина 4 статті 5 Закону України "Про ринок електричної енергії"

Більше того, законодавством прямо передбачено, що притягувати до відповідальності учасників ринку за порушення законодавства, що регулює функціонування ринку електричної енергії, можуть лише НКРЕКП та Інспекція¹⁷. Саме тому у Правилах про безпеку постачання електричної енергії відсутні згадки про повноваження Міненерго щодо накладення будь-яких санкцій на учасників енергетичного ринку. Законопроект порушує відповідне законодавче правило і фактично надає Міненерго право накладати санкції на учасників ринку.

3. Законопроект запроваджує подвійну відповідальність за одне і те саме порушення

Законопроект де факто запроваджує подвійну відповідальність за порушення ліцензійних умов.

Так, учасник ринку може бути притягнутий до відповідальності:

- 1) Регулятором чи Інспекцією: до учасника ринку може бути застосована санкція у вигляді попередження про необхідність усунення порушень; штрафу; зупинення дії ліцензії; анулювання ліцензії;¹⁸ та
- 2) Міненерго: введення тимчасової адміністрації¹⁹.

Проте, згідно зі статтею 61 Конституції України, ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення.

4. Законопроект містить корупціогенні фактори

Законопроект у поточній редакції складається із положень, які містять потенційні корупціогенні фактори та створюють ризики вчинення корупційних правопорушень стосовно підстав та порядку введення тимчасових адміністрацій.

4.1.1. Відсутні чіткі критерії введення тимчасової адміністрації

А саме Законопроектом:

- 1) не передбачений перелік загроз порушення учасниками ринку безпеки постачання електричної енергії;
- 2) не визначені конкретні вимоги (коло вимог) ліцензійних умов, порушення яких може призводити до введення тимчасової адміністрації. Відповідно до чинного законодавства ліцензійні умови містять кадрові, організаційні, технологічні та спеціальні вимоги²⁰, порушення яких можуть взагалі не ставити під загрозу енергопостачання та функціонування ринку електричної енергії;
- 3) не визначена процедура відбору тимчасового адміністратора.

17 стаття 77 Закону України "Про ринок електричної енергії"

18 стаття 77 Закону України "Про ринок електричної енергії"

19 Законопроект

20 Стаття 9 Закону України "Про ліцензування видів господарської діяльності"

За такої невизначеності критеріїв, Міненерго буде наділений широкими дискреційними повноваженнями, що можуть використовуватися на власних оціночних судженнях, свавільно та упереджено.

Оскільки Законопроект передбачає, що тимчасовими адміністраторами можуть бути лише державні компанії, в управлінні яких вже й так знаходиться значна кількість компаній, які оперують на ринку електричної енергії, то в першу чергу підвищуються ризики упередженого та довільного трактування критеріїв введення тимчасових адміністрацій для приватних компаній – учасників ринку.

4.1.2. Відсутній механізм визначення суми винагороди тимчасового адміністратора за управління активами та суми витрат, понесених ним у зв'язку з управлінням активами.

З тексту Законопроекту залишається не дуже зрозумілим, як буде розраховуватися винагорода, за чий рахунок сплачуватиметься та ким такий механізм буде розроблятися. Зазначена правова невизначеність також створює ризики встановлення необґрунтованої та надмірної плати за роботу тимчасового адміністратора з боку приватних компаній, навіть у разі, якщо його робота призведе до погіршення ефективності та фінансових результатів діяльності компанії.

Потенційне погіршення фінансового становища компанії в сукупності з необхідністю відшкодування витрат й збитків тимчасового адміністратора можуть спотворити конкуренцію на ринку електричної енергії та призвести до банкрутства компанії. При цьому, Законопроект не містить положень щодо відповідальності тимчасового адміністратора за наслідки, які можуть потенційно настати внаслідок його діяльності. Оскільки статистично економічна діяльність державних компаній у сфері електроенергетики порівняно із приватними є менш ефективною, профільні асоціації з ВДЕ висловлюють занепокоєння щодо відсутності відповідальності за дії тимчасового адміністратора та прав приватних компаній щодо відшкодування своїх збитків.

4.1.3. Відсутні критерії відбору тимчасового адміністратора.

Законопроект лише передбачає, що тимчасовим адміністратором може бути виключно компанії державного сектору економіки, але відсутні вимоги щодо їх кваліфікації та компетенції у вирішенні питань безпеки постачання електричної енергії (метою чого і є введення тимчасового адміністратора). У свою чергу, відсутність таких критеріїв додатково збільшує дискреційні повноваження Міненерго як органу, що визначатиме кандидатури тимчасових адміністраторів.

Зважаючи на вищевикладене, ми вважаємо, що Законопроект не може бути прийнятий у поточній редакції та має бути проведена всебічна антикорупційна експертиза Законопроекту.

5. Законопроект спотворить та усуне ринкову конкуренцію та нівелює всі досягнення лібералізації ринку електроенергетики

Згідно з статтею 42 Конституції України кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Не допускаються зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція. Види і межі монополії визначаються законом.

Рішенням Конституційного Суду України № 4-р(П)/2019 від 5 червня 2019 року у справі № 3-234/2018(3058/18) за конституційною скаргою акціонерного товариства "Запорізький завод феросплавів" щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення пункту 13 частини першої статті 17 Закону України "Про Національне антикорупційне бюро України" Суд дійшов наступного висновку. Конституцією України встановлено, що кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом; правові засади і гарантії підприємництва визначаються виключно законами України (частина перша статті 42, пункт 8 частини першої статті 92 Основного Закону України). Зі змісту частини першої статті 42 Конституції України вбачається, що вона гарантує свободу підприємства та ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання, обмеження якої допустиме лише законом з метою виконання державою конституційних обов'язків перед людиною та суспільством. Межі такої свободи мають визначатися насамперед конституційними правами і свободами людини, правами та законними інтересами учасників господарських відносин, а більш загально – інтересами суспільства і держави.

Далі, статтею 254 Угоди про Асоціацію встановлено, що Сторони визнають важливість вільної та неспотвореної конкуренції у торговельних відносинах. Сторони визнають, що антиконкурентні господарські дії та операції потенційно можуть спотворити належне функціонування ринків та загалом зменшити позитивні наслідки лібералізації торгівлі. Так само статтею 6 Договору до Енергетичної Хартії передбачається, що кожна Договірна Сторона діє з метою ослаблення ринкових перекручень та перешкод на шляху конкуренції у господарській діяльності в енергетичному секторі.

Наразі в управлінні держави, в особі Кабінету Міністрів України, Міненерго та Мінекономіки знаходиться численна кількість великих компаній, які працюють на ринку електричної енергії: ВАТ "Тернопільобленерго", ПАТ "Запоріжжяобленерго", АТ "Харківобленерго", АТ "Миколаївобленерго", АТ "Хмельницькобленерго", ПАТ "Черкасиобленерго", АТ "Сумиобленерго", НЕК "УКРЕНЕРГО", ПРАТ "УКРГІДРОЕНЕРГО", ДПЗД "Укрінтеренерго", "НАЕК "Енергоатом" тощо. Таким чином, в управлінні держави, в особі Міненерго, зосереджено значну кількість підприємств, які здійснюють діяльність на ринку електричної енергії.

Законопроект передбачає передання управління активами приватних енергетичних підприємств на користь інших підприємств, безпосередньо пов'язаних з державою. Вказане призведе до фактичної концентрації ринкової влади за рахунок отримання контролю та управління активами приватних енергетичних компаній в руках одного гравця – держави. Зокрема, вказана ситуація дозволить державі координувати діяльність приватних енергетичних компаній в інтересах державних компаній з метою посилення ринкової влади останніх (зокрема в сегменті генерації електроенергії, де державні генеруючі компанії і без того займають домінуюче становище), забезпечить державі доступ до конфіденційної внутрішньої інформації приватних гравців ринку держави, методології їх ціноутворення та конкурентної стратегії на ринку тощо – що врешті матиме негативні та катастрофічні довгострокові наслідки для ринкової конкуренції.

При цьому, звертаємо увагу, що Директивою Європейського парламенту та Ради 2009/72/ЄС, для протидії зловживанню монопольним становищем окремих учасників енергетичного ринку, а також з метою встановлення незалежності прийняття рішень

керівництвом енергетичної компанії, законодавством має бути передбачено управлінське та функціональне відокремлення одних учасників ринку від інших. Відтак, запропонований механізм введення тимчасової адміністрації грубо порушуватиме права та інтереси учасників ринку в конкуренції, до яких такий механізм буде застосовано.

Вище вже зазначалось, що запропонований законопроект фактично спрямований на делегування виключних повноважень Регулятора Міністерству енергетики України і т.зв. тимчасовим адміністраторам, стосовно можливості застосування санкцій та інших надзвичайних заходів до учасників ринку, що порушують ліцензійні та інші умови ведення своєї діяльності.

Натомість ст. 16 Закону України "Про захист економічної конкуренції" передбачає, що органам влади та органам місцевого самоврядування забороняється делегування окремих владних повноважень об'єднанням, підприємствам та **іншим суб'єктам господарювання**, якщо це призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції.

Окремо звертаємо увагу, що набуття контролю над активами, у випадках, передбачених законодавством про захист конкуренції, забороняється до отримання відповідного дозволу Антимонопольного комітету України на концентрацію. Не вбачається, що Законопроект враховує цю законодавчу вимогу у запропонованому порядку передачі активів енергетичних компаній в управління та під контроль тимчасовим адміністраціям, пов'язаним відносинами контролю з державою.

Отже, на переконання профільних асоціацій з ВДЕ, запропонований Законопроект суперечить Конституції України, міжнародно-правовим договорам за участі України та національному законодавству про захист конкуренції, оскільки може призвести до ручного втручання держави в ринкову економіку та посилення ринкової влади державних енергетичних компаній за рахунок отримання контролю держави над приватними енергетичними компаніями та втручання держави в операційну діяльність таких приватних компаній, що також призведе до отримання неправомірних переваг у конкуренції державними компаніями внаслідок діяльності тимчасових адміністрацій та відповідно може призвести до повного усунення приватних гравців ринку та тотальної монополізації ринку з боку держави.

Виходячи з зазначеного, на наше переконання запропонований Законопроект також підлягає узгодженню з Антимонопольним комітетом України.

Підсумовуючи усе вищевикладене, профільні асоціації з ВДЕ дійшли висновку, що Законопроект:

- 1) суперечить основоположним принципам українського та міжнародного права (зокрема, Угоді про Асоціацію з ЄС, Енергетичній Хартії та acquis ЄС),
- 2) порушує Угоди про взаємний захист інвестицій та створює загрозу арбітражів проти держави Україна,
- 3) погіршує інвестиційний клімат та інвестиційну привабливість України,
- 4) порушує незалежність Регулятора,
- 5) запроваджує подвійну відповідальність за одне і те саме порушення,
- 6) містить корупціогенні фактори,

- 7) спотворює та усуває ринкову конкуренцію та нівелює всі досягнення лібералізації ринку електроенергетики, тощо.

Ми вважаємо, що Законопроект не може бути прийнятий Верховною Радою України. На нашу думку, закони такого характеру в правовій державі з ринковою економікою не мають прийматися. Натомість, було би доречним та ефективним посилювати повноваження регуляторів (НКРЕКП і Антимонопольного комітету України) і вдосконалювати енергетичне та антимонопольне законодавство України до законодавства Європейського Союзу.

Англійську версію листа надіслано також до Секретаріату Енергетичного Співтовариства, Голови Делегації ЄС в Україні, Послів Великобританії, Італії, Канади, Німеччини, США, Франції та Японії.

З повагою,

Конеченков А. Є.
Голова Правління УВЕА
Віце-президент WWEA

Офіс УВЕА: вул. Лаврська, 20, м. Київ, оф.316, 01015
тел.: +38 (067) 209-20-65
Email: uwea@i.ua
www.uwea.com.ua

Гуменюк О. С.
Директор ЄУЕА

Офіс ЄУЕА: вул. Дорогожицька 3, UNIT City,
корпус В9, каб. 5, м. Київ, Україна, 04112
Тел: +38 091 331 00 10
Email: office@euea-energyagency.org
www.euea-energyagency.org

Козакевич О. Ю.
Голова УАВЕ

Офіс УАВЕ: вул. Мечникова, 3, оф. 810, м. Київ, 01601
тел.: +38 (044) 379-12-95
Email: info@uare.com.ua
www.uare.com.ua