



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЇ

05 листопада 2020 р.

Київ

№ 48-рк

Національній комісії, що здійснює
державне регулювання у сферах енергетики
та комунальних послуг

Про надання рекомендацій
щодо припинення дій, які містять
ознаки порушення законодавства
про захист економічної конкуренції,
та усунення причин виникнення
цих порушень і умов, що їм сприяють

Антимонопольний комітет України, розглянувши подання Департаменту досліджень і розслідувань ринків невиробничої сфери від 05.11.2020 № 130-01/446-п,

ВСТАНОВИВ:

1. ПРЕДМЕТ РЕКОМЕНДАЦІЙ

- (1) Антимонопольним комітетом України (далі – Комітет) отримано заяви:
- товариства з обмеженою відповідальністю «ЄГАЗ» (змінено найменування на товариство з обмеженою відповідальністю «ЙЕ Енергія», Товариство) (м. Київ, ідентифікаційний код юридичної особи 38863790) від 15.09.2020 № 167-сп-1246-0920 (вх. № 8-01/338-АМ від 18.09.2020) та доповнення до заяви від 19.10.2020 № 167-сл-1416-1020 (вх. № 8-01/13495 від 22.10.2020);
 - акціонерного товариства «СБЕРБАНК» (далі – АТ «СБЕРБАНК», Банк) (м. Київ, ідентифікаційний код юридичної особи 25959784) від 16.10.2020 № 12929/5/14-6 (вх. № 11-01/389-АМ від 23.10.2020), –
- про наявність у діях Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі – НКРЕКП, Регулятор) ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних дій органів влади, які полягають у розробленні та затвердженні постанови від 26.08.2020 № 1611 «Про затвердження Змін до деяких постанов НКРЕКП» (далі – Постанова № 1611), якою затверджені зміни до Кодексу газотранспортної системи, затвердженого постановою НКРЕКП № 2493 від 30.09.2015, які можуть створити перешкоди для розвитку конкуренції.

2. ЗМІСТ ПОДАНИХ ЗАЯВ

- (2) За інформацією заявника ТОВ «ЙЕ Енергія»:

- ТОВ «ЙЕ Енергія» є суб'єктом ринку природного газу, який на підставі відповідної ліцензії здійснює надання послуг із постачання природного газу;
- ТОВ «ЙЕ Енергія» укладено договір транспортування природного газу від 17.12.2019 № 1912000074 (далі – Договір) з товариством з обмеженою відповідальністю «Оператор газотранспортної системи України» (далі – ТОВ «Оператор ГТС України») (м. Київ);
- пунктом 12.1 Договору передбачено обов'язок для ТОВ «ЙЕ Енергія» перед ТОВ «Оператор ГТС України» протягом усього строку отримання послуг з транспортування природного газу мати та підтримувати на належному рівні фінансове забезпечення відповідно до вимог Кодексу газотранспортної системи, затвердженого постановою Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, від 30.05.2015 № 2493 (далі – Кодекс ГТС);
- на виконання умов Договору, з метою можливості забезпечення транспортування природного газу та, відповідно, його постачання споживачам, ТОВ «ЙЕ Енергія» створено фінансове забезпечення виконання зобов'язань перед ТОВ «Оператор ГТС України» щодо оплати за вчинення дій з врегулювання добового небалансу у вигляді банківської гарантії АТ «МЕГАБАНК» від 26.12.2019 № 552.

- (3) Постановою НКРЕКП № 1611 були внесені зміни до Кодексу ГТС, затвердженого постановою НКРЕКП від 30.09.2015 № 2493, відповідно до яких абзацом двадцять п'ятим та двадцять шостим пункту 3 глави 2 розділу VIII Кодексу ГТС додано положення в частині фінансового забезпечення, а саме:
- «Оператор газотранспортної системи не приймає фінансове забезпечення у вигляді банківської гарантії виданої банком, який не віднесено Національним банком України до переліку системно важливих банків.*
- У випадку якщо на день надання банківської гарантії, яка була прийнята оператором газотранспортної системи, банк відповідав зазначеним вище вимогам, але згодом Національним банком України прийнято рішення про вилучення банку з переліку системно важливих банків, оператор газотранспортної системи в той же день інформує про це замовника послуг транспортування шляхом направлення повідомлення через інформаційну платформу. Замовник послуг транспортування протягом двох місяців з дня отримання повідомлення оператора газотранспортної системи повинен надати іншу банківську гарантію, яка відповідає вимогам цього Кодексу, або інший вид фінансового забезпечення. Протягом двох місяців з дня вилучення банку із переліку системно важливих банків, таке фінансове забезпечення вважається таким, що відповідає вимогам цього Кодексу».*
- (4) Вказані зміни до Кодексу ГТС, внесені Постановою № 1611, Товариство вважає такими, що протиправно обмежують ТОВ «ЙЕ Енергія» у частині вибору банка-гаранта та одночасно обмежують банки щодо здійснення ними ліцензованої діяльності у сфері кредитних зобов'язань. Звуження кола банків, гарантія яких може вважатись ТОВ «Оператор ГТС України» прийнятним фінансовим забезпеченням, посилює фінансовий бар'єр доступу суб'єктів господарювання на ринок постачання природного газу як постачальника.
- (5) У доповнення до вказаного ТОВ «ЙЕ Енергія» зазначено, що Постанова № 1611 надає конкурентні переваги тим банкам, які включені в перелік системних банків, порівняно з іншими аналогічними банками. Отже, Постанова № 1611 спотворює та обмежує конкуренцію на ринку банківських послуг.
- (6) 29.09.2020 ТОВ «ЙЕ Енергія» звернулося до Окружного адміністративного суду міста Києва із заявою про забезпечення позову шляхом зупинення з 01 жовтня 2020 року дії

підпункту 2 пункту 1 Змін до деяких постанов НКРЕКП, затверджених постановою НКРЕКП від 26.08.2020 № 1611. Ухвалою суду від 06.10.2020 у справі № 640/22977/20 заяву задоволено та зупинено з 01 жовтня 2020 року дію підпункту 2 пункту 1 Змін до деяких постанов НКРЕКП від 26.08.2020 № 1611 для певних учасників ринку природного газу.

- (7) Також Ухвалою Окружного адміністративного суду м. Києва від 16.10.2020 відкрито провадження у справі № 640/24268/20 за позовом ТОВ «ЙЕ Енергія» до НКРЕКП про визнання протиправною та нечинною Постанови № 1611.
- (8) За інформацією АТ «СБЕРБАНК», зміни до Кодексу ГТС, внесені Постановою № 1611, Банк вважає такими, що виключають можливість здійснення ліцензованої діяльності у сфері кредитних зобов'язань – послуг із надання банківських гарантій у сфері послуг транспортування природного газу переважної кількості банків, включаючи АТ «СБЕРБАНК», оскільки на сьогодні системно важливими Національним банком України визнано лише 14 з-понад 70.
- (9) Також АТ «СБЕРБАНК» зазначено:
 - 1) державне регулювання діяльності банків здійснює Національний банк України (стаття 66 Закону України «Про банки і банківську діяльність»);
 - 2) Законом України «Про Національний банк України» передбачено:
 - Національний банк України здійснює банківське регулювання та нагляд на індивідуальній та консолідованій основі (частина перша статті 7);
 - головна мета банківського регулювання і нагляду - безпека та фінансова стабільність банківської системи, захист інтересів вкладників і кредиторів (частина перша статті 55);
 - Національний банк здійснює функції банківського регулювання і нагляду на індивідуальній та консолідованій основі за діяльністю банків та банківських груп у межах та порядку, передбачених законодавством України (частина друга статті 55);
 - Національний банк видає нормативно-правові акти з питань, віднесених до його повноважень, які є обов'язковими для органів державної влади і органів місцевого самоврядування, юридичних та для фізичних осіб (частина друга статті 56).
- (10) АТ «СБЕРБАНК» здійснює діяльність на підставі виданої Національним банком України ліцензії № 198 від 18 грудня 2015 року на право надання банківських послуг, визначених частиною третьою статті 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність».
- (11) Відповідно до статті 49 Закону України «Про банки і банківську діяльність», як кредитні в цій статті розглядаються операції, зазначені в пункті 3 частини третьої статті 47 Закону, а також:
 - 1) здійснення операцій на ринку цінних паперів від свого імені;
 - 2) надання гарантій і поручительств та інших зобов'язань від третіх осіб, які передбачають їх виконання у грошовій формі;
 - 3) придбання права вимоги на виконання зобов'язань у грошовій формі за поставлені товари чи надані послуги, приймаючи на себе ризик виконання таких вимог та прийом платежів (факторинг);
 - 4) лізінг.
- (12) Відповідно до статті 200 Господарського кодексу України, гарантія є специфічним засобом забезпечення виконання господарських зобов'язань шляхом письмового підтвердження (гарантійного листа) банком, іншою кредитною установою, страховою організацією (банківська гарантія) про задоволення вимог управненої сторони у розмірі повної грошової суми, зазначеної у письмовому підтвердженні, якщо третя

особа (зобов'язана сторона) не виконає вказане у ньому певне зобов'язання, або настануть інші умови, передбачені у відповідному підтвердженні.

- (13) Статтею 560 Цивільного кодексу України визначено, що за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником.
- (14) Вимогами пункту 3 розділу 1 Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній валюті та іноземних валютах, затвердженого постановою Правління НБУ від 15 грудня 2004 року № 639, визначено, що:
 - банк-гарант - банк, який надає гарантію на користь бенефіціара;
 - гарантія - спосіб забезпечення виконання зобов'язань, відповідно до якого банк-гарант бере на себе грошове зобов'язання перед бенефіціаром сплатити кошти в разі настання гарантійного випадку. Зобов'язання банку-гаранта перед бенефіціаром не залежить від базових відносин, які забезпечуються такою гарантією (їх припинення або недійсності), зокрема й тоді, коли посилання на такі базові відносини безпосередньо міститься в тексті гарантії.
- (15) Отже, АТ «СБЕРБАНК» зазначило, що вищезазначені положення законодавства не містять жодних заборон, обмежень для банків, а також не передбачають спеціальних переваг для банків, що віднесені Національним банком України до переліку системно важливих банків щодо видачі гарантій у рамках забезпечення зобов'язань, зокрема замовникам послуг за договорами на транспортування природного газу.

3. НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

- (16) Відповідно до статті 32 Закону України «Про ринок природного газу» транспортування природного газу здійснюється на підставі та умовах договору транспортування природного газу в порядку, передбаченому Кодексом ГТС та іншими нормативно-правовими актами.
- (17) За договором транспортування природного газу оператор газотранспортної системи зобов'язується забезпечити замовнику послуги транспортування природного газу на період та умовах, визначених у договорі транспортування природного газу, а замовник зобов'язується сплатити оператору газотранспортної системи встановлену в договорі вартість послуг транспортування природного газу.
- (18) Фінансове забезпечення виконання зобов'язань замовника послуг транспортування щодо оплати послуг оператора газотранспортної системи за договором транспортування природного газу врегульовано главою 2 розділу VIII Кодексу ГТС.
- (19) Крім того, відповідно до типового договору транспортування природного газу протягом усього строку отримання послуг з транспортування природного газу замовник надає ТОВ «Оператору ГТС України» та підтримує на належному рівні фінансове забезпечення відповідно до вимог Кодексу ГТС.
- (20) Відповідно до пункту 3 глави 2 розділу VIII Кодексу ГТС фінансове забезпечення виконання замовником послуг транспортування зобов'язань щодо оплати за вчинення дій з врегулювання добового небалансу обсягів природного газу, які подаються до газотранспортної системи і відбираються з неї, надається оператору газотранспортної системи в одній або декількох з таких форм:
 - банківської гарантії;

– передачі замовником послуг транспортування оператору газотранспортної системи як фінансового забезпечення грошових коштів на підставі договору транспортування природного газу.

- (21) Відповідно до положень статті 17 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» для ефективного виконання завдань державного регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг Регулятор розробляє та затверджує нормативно-правові акти, зокрема кодекси газотранспортної та газорозподільних систем, та ініціює внесення змін до них.
- (22) Пунктом 6 частини п'ятої статті 4 Закону України «Про ринок природного газу» встановлено, що Регулятор має право, зокрема, вимагати від оператора газотранспортної системи, оператора газосховища та оператора установки LNG внесення змін до кодексу газотранспортної системи, кодексу газосховища або кодексу установки LNG, у тому числі тарифів на відповідні послуги, з метою додержання принципу пропорційності і недискримінації.
- (23) За змістом пункту 1 частини другої статті 22 Закону України «Про ринок природного газу» з метою виконання функцій, передбачених частиною першою статті 20 цього Закону, оператор газотранспортної системи зобов'язаний розробляти, подавати на затвердження Регулятору та розмішувати на своєму веб-сайті кодекс газотранспортної системи.

4. ОБСТАВИНИ, ЯКІ ПЕРЕДУВАЛИ ПРИЙНЯТТЮ ПОСТАНОВИ № 1611

- (24) Згідно з інформацією ТОВ «Оператор ГТС України», наданою листом від 02.10.2020 № ТОВВИХ –КТ-55 (вх. № 8-01/1016-Кі від 07.10.2020), ТОВ «Оператор ГТС України» у поточному році зафіксувало випадки неналежного виконання окремими банками своїх грошових зобов'язань перед оператором газотранспортної системи за наданими банківськими гарантіями.
- (25) ТОВ «Оператор ГТС України» зазначило, що:
 - несе значні ризики несплати за виникнення негативного небалансу, у зв'язку із чим питання належного фінансового забезпечення виконання зобов'язань істотно впливає на фінансову стабільність його діяльності – забезпечення природним газом споживачів України та забезпечення транзиту природного газу до країн Європи;
 - за період травень – серпень 2020 року негативний добовий небаланс замовників послуг транспортування становив 1 191 470 тис. куб. м (для порівняння – за аналогічний період 2019 року становив 43 516 тис. куб. м), а зобов'язання замовників щодо сплати за негативний добовий небаланс перед ТОВ «Оператор ГТС України» становили 3 740 872 431,94 грн.
- (26) За інформацією, наданою НКРЕКП, одним із важливих аспектів забезпечення стабільної та надійної роботи ринку природного газу є безбиткова діяльність оператора газотранспортної системи, у тому числі здійснення фізичного балансування газотранспортної системи, яка забезпечується своєчасним виконанням зобов'язань замовників послуг транспортування з оплати послуг оператора газотранспортної системи за договором транспортування природного газу.
- (27) У зв'язку із зазначеним, ТОВ «Оператор ГТС України» неодноразово зверталося до НКРЕКП із пропозиціями внесення змін щодо фінансового забезпечення виконання зобов'язань замовника послуг транспортування газу.
- (28) Крім того, 31.07.2020 ТОВ «Оператор ГТС України» звернулося до Національного банку України щодо визначення критеріїв для відбору банків, банківські гарантії яких

будуть прийнятним видом виконання замовником своїх фінансових зобов'язань щодо оплати послуг транспортування природного газу.

- (29) Національний банк України (далі – НБУ) листом (адресованим НКРЕКП і ТОВ «Оператор ГТС України») від 10.08.2020 № 20-0006/41102 запропонував для забезпечення своєчасної та повної оплати послуг, наданих оператором газотранспортної системи, розглянути можливість внесення змін до Кодексу ГТС в частині встановлення критеріїв для банків, банківські гарантії яких будуть прийнятним видом виконання замовником своїх фінансових зобов'язань щодо транспортування газу та щодо оплати аукціонної премії. Зокрема, пропонувалось визначити таким критерієм віднесення банків НБУ до системно важливих.
- (30) НКРЕКП було враховано позицію Національного банку України та з метою удосконалення нормативно-правових актів, що регулюють діяльність на ринку природного газу, було прийнято Постанову № 1611, якою передбачено в главі 2 розділу VIII Кодексу ГТС, що оператор газотранспортної системи не приймає фінансове забезпечення у вигляді банківської гарантії, виданої банком, який не віднесено Національним банком України до переліку системно важливих банків.
- (31) Незважаючи на те, що внесення НКРЕКП таких змін до Кодексу ГТС обумовлено необхідністю забезпечення безперебійної роботи ГТС України, вони можуть вважатися такими, що:
 - надають окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання пільги чи інші переваги, які ставлять їх у привілейоване становище стосовно конкурентів, що призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції;
 - створюють окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання несприятливі чи дискримінаційні умови діяльності порівняно з конкурентами.

5. ОЦІНКА ВІДПОВІДНОСТІ ДІЙ НКРЕКП ЗАКОНОДАВСТВУ ПРО ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

- (32) Відповідно до частини другої статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» суб'єкти господарювання, органи влади, органи місцевого самоврядування, а також органи адміністративно-господарського управління та контролю зобов'язані сприяти розвитку конкуренції та не вчиняти будь-яких неправомірних дій, які можуть мати негативний вплив на конкуренцію.
- (33) Частиною четвертою статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» передбачено, що державний контроль за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції, захист інтересів суб'єктів господарювання та споживачів від його порушень здійснюються органами Антимонопольного комітету України.
- (34) Згідно з частиною першою статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції» дії органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю у вигляді прийняття будь-яких актів (рішень, наказів, розпоряджень, постанов тощо), надання письмових чи усних вказівок, укладення угод або будь-які інші дії чи бездіяльність органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю (колегіального органу чи посадової особи), які призвели або

можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції, є антиконкурентними.

- (35) Частиною другою статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції» передбачено, що антиконкурентними діями органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, зокрема, визнаються:
- надання окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання пільг чи інших переваг, які ставлять їх у привілейоване становище стосовно конкурентів, що призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції;
 - дія, внаслідок якої окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання створюються несприятливі чи дискримінаційні умови діяльності порівняно з конкурентами.
- (36) Вчинення антиконкурентних дій органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю забороняється і тягне за собою відповідальність згідно з законом відповідно до частини третьої статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції».
- Відповідно до пункту 3 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції» порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, є, зокрема антиконкурентні дії органів влади.
- (37) Необхідною ознакою антиконкурентних дій, передбачених абзацом шостим частини другої статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції», є наявність прямих наслідків у вигляді недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції. Зазначена норма передбачає, що надані пільги або переваги мають створити привілейоване становище стосовно конкурентів тих суб'єктів господарювання, ринкова частка яких є або може бути, з урахуванням наданих пільг (переваг), достатньо великою, щоб забезпечити відчутність впливу цього привілейованого становища на можливості вибору споживачів, суб'єктів господарювання та на умови обігу товарів на ринку.
- (38) При застосуванні зазначеної норми необхідно враховувати, що надані пільги чи інші переваги повинні, як наслідок, створювати привілейовану позицію суб'єктів господарювання на ринку порівняно з конкурентами. Такий ефект має місце лише у випадках, коли пільги й переваги стосуються визначеного кола осіб, груп суб'єктів господарювання або навіть окремих суб'єктів господарювання.
- (39) Критерій «входження до переліку системно важливих банків», який прийнято Постановою № 1611 для відбору банків, банківські гарантії яких будуть прийнятним видом виконання замовником своїх фінансових зобов'язань, обмежив можливість суб'єктів господарювання, які здійснюють діяльність на ринку природного газу, у виборі банківської установи, яка надає гарантію, а банки, які не входять у перелік системно важливих банків – у можливості провадити діяльність та отримувати прибуток у сфері фінансового забезпечення виконання зобов'язань таких суб'єктів господарювання шляхом надання банківських гарантій.
- (40) Тобто, дії НКРЕКП, що полягають у розробленні та затвердженні Постанови № 1611, містять ознаки порушення, передбаченого пунктом 3 статті 50, абзацами шостим-сьомим частини другої статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді антиконкурентних дій органів влади, зокрема надання окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання пільг чи

інших переваг, які ставлять їх у привілейоване становище стосовно конкурентів, що призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції.

- (41) Відповідно до приписів частини першої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» органи Антимонопольного комітету України мають право надавати рекомендації органам влади стосовно припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, усунення причин виникнення цих порушень і умов, що їм сприяють, а у разі, якщо порушення припинено, – щодо вжиття заходів для усунення наслідків цих порушень.

Враховуючи наведене, з метою припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 3 статті 50, абзацами шостим-сьомим частини другої статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції», та усунення причин виникнення цього порушення і умов, що йому сприяють, керуючись статтею 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції», Антимонопольний комітет України надає Національній комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, такі обов'язкові для розгляду

РЕКОМЕНДАЦІЇ:

Привести положення Кодексу газотранспортної системи в частині вимог до фінансового забезпечення виконання зобов'язань замовника послуг транспортування газу у відповідність із вимогами законодавства про захист економічної конкуренції шляхом недопущення:

надання окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання пільг чи інших переваг, які ставлять їх у привілейоване становище стосовно конкурентів, що призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції;

створення окремим суб'єктам господарювання або групам суб'єктів господарювання несприятливих чи дискримінаційних умов діяльності порівняно з конкурентами.

Рекомендації Антимонопольного комітету України підлягають обов'язковому розгляду органами та особами, яким вони надані.

Про результати розгляду цих рекомендацій повідомити Антимонопольний комітет України у 20-денний строк з дня їх отримання.

Голова Комітету

О. ПІЩАНСЬКА