



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЇ

08 грудня 2022 р.

Київ

№ 6-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

Антимонopolний комітет України, розглянувши подання Департаменту досліджень і розслідувань ринків невиробничої сфери від 08.12.2022 № 130-09/195-п,

ВСТАНОВИВ:

1. ПРЕДМЕТ РЕКОМЕНДАЦІЙ

- (1) Дії Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі – НКРЕКП, Регулятор), які полягають в обмеженні учасників ринку у виборі банківської установи, для оформлення банківської гарантії для забезпечення виконання зобов'язань за договором про врегулювання небалансів електричної енергії, лише банками, які віднесені Національним банком України до переліку системно важливих банків, відповідно до постанови НКРЕКП від 09.08.2022 № 923 «Про внесення змін до постанови НКРЕКП від 25 лютого 2022 року № 332» (далі – Постанова № 923).

2. ЗМІСТ ЗАЯВИ

- (2) До Антимонопольного комітету України (далі – Комітет) надійшла заява товариства з обмеженою відповідальністю «Д.ТРЕЙДІНГ» (далі – ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ») (м. Київ, ідентифікаційний код юридичної особи 42751799) від 26.08.2022 № 01-08/9785 (вх. № 8-01/114-А від 26.08.2022) про ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції НКРЕКП шляхом прийняття Постанови № 923 (далі – Заява).
- (3) За інформацією заявника:
 - ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ» є суб'єктом ринку електричної енергії та природного газу, який на підставі відповідних ліцензій здійснює надання послуг з постачання електричної енергії та природного газу споживачу;

- ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ» укладено договір про врегулювання небалансів електричної енергії з Оператором системи передачі – приватним акціонерним товариством «Національна енергетична компанія «Укренерго» (далі – ПрАТ НЕК «Укренерго») (м. Київ);
 - згідно з положеннями типового договору про врегулювання небалансів електричної енергії ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ» є стороною, відповідальною за баланс балансуєної групи, до складу якої, станом на 18.08.2022, входить сім учасників оптового ринку електричної енергії та балансуєного ринку. На ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ» поширюється вимога надання фінансових гарантій задля забезпечення зобов'язань перед ПрАТ НЕК «Укренерго» за врегулювання небалансу електричної енергії всієї балансуєної групи;
 - на виконання Правил ринку, затверджених постановою НКРЕКП від 14.03.2018 № 307 (далі – Правила ринку), ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ», як стороною, відповідальною за баланс, та стороною договору про врегулювання небалансів, було оформлено та надано ПрАТ НЕК «Укренерго» банківські гарантії для забезпечення виконання зобов'язань за договором про врегулювання небалансів;
 - однак, окремі банківські гарантії було оформлено у банках, які не віднесено Національним банком України до переліку системно важливих банків.
- (4) Постановою № 923 були внесені зміни до постанови НКРЕКП від 25 лютого 2022 року № 332 «Про забезпечення стабільного функціонування ринку електричної енергії, у тому числі фінансового стану учасників ринку електричної енергії на період дії в Україні воєнного стану», зокрема, доповнено пункт 1 новим підпунктом такого змісту:
- «20) фінансові зобов'язання учасників ринку за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії забезпечуються шляхом грошових коштів та/або у вигляді банківських гарантій, оформлених фінансовими установами, що **входять до переліку системно важливих банків** відповідно до рішення Правління Національного банку України від 09 березня 2022 року № 120-рш «Про визначення системно важливих банків».*
- ОСП (у ролі АР) має право відмовити учаснику ринку у прийнятті банківської гарантії за відповідним договором про врегулювання небалансів електричної енергії, якщо фінансова установа, що її оформила:*
- не віднесена Національним банком України до переліку системно важливих банків;*
- не виконала зобов'язання за відповідною банківською гарантією та/або відображена в переліку банків, що не виконали зобов'язання, оприлюдненому на сайті ОСП.»*
- Підпункт 2 пункту 1 Постанови № 923 набирає чинності з 01 вересня 2022 року.
- (5) Тобто за інформацією ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ», у зв'язку з прийняттям Постанови № 923 задля уникнення можливих негативних наслідків для своєї торговельної діяльності ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ» змушене було до 30.08.2022 забезпечити надання на користь ПрАТ НЕК «Укренерго» фінансових гарантій (у вигляді гарантій, виданих системно важливими банками, або грошової гарантії) для забезпечення зобов'язань за договором про врегулювання небалансів на релевантну суму.
- (6) Таким чином, вказані зміни, внесені Постановою № 923, на думку ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ», є такими, що встановлюють обмеження для учасників ринку у виборі банківської установи для оформлення банківської гарантії для забезпечення виконання зобов'язань за договором про врегулювання небалансів електричної енергії, лише банками, які віднесені Національним банком України до переліку системно важливих банків. Також, на думку ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ», Постановою № 923 надаються переваги окремим банкам, що ставить їх у привілейоване становище щодо інших банків – конкурентів.

- (7) Крім цього, ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ» зазначає про недотримання НКРЕКП вимог абзацу одинадцятого частини другої статті 2 Закону України «Про ринок електричної енергії» та частини четвертої статті 20 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо обов'язку НКРЕКП погоджувати з Комітетом проекти нормативно-правових актів та інших рішень, які можуть вплинути на конкуренцію.

3. ОБСТАВИНИ ВСТАНОВЛЕНІ КОМІТЕТОМ ПІД ЧАС ОЦІНКИ ВІДПОВІДНОСТІ ДІЙ НКРЕКП ЗАКОНОДАВСТВУ ПРО ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

3.1 Нормативно-правове регулювання діяльності на ринках електричної енергії

- (8) Відповідно до положень частини першої статті 1 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг»:
- НКРЕКП є постійно діючим центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом, який утворюється Кабінетом Міністрів України;
 - НКРЕКП здійснює державне регулювання (в тому числі, нормативно-правове регулювання), моніторинг та контроль за діяльністю суб'єктів господарювання у сферах енергетики та комунальних послуг.
- (9) Відповідно до положень статті 2 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» у сфері енергетики, що включає діяльності з виробництва, передачі, розподілу, постачання електричної енергії, зберігання енергії, а також діяльності з транспортування, розподілу, зберігання (закачування, відбору), надання послуг установки LNG, постачання природного газу.
- (10) Відповідно до частини другої статті 6 Закону України «Про ринок електричної енергії» до основних завдань Регулятора на ринку електричної енергії належить, зокрема, **розвиток конкуренції** та забезпечення належного функціонування регіональних (міжнародних) ринків у рамках Енергетичного Співтовариства, зокрема єдиного ринку Енергетичного Співтовариства (пункт 3 частини другої).
- (11) До повноважень Регулятора належить, у тому числі, затвердження правил ринку, правил ринку «на добу наперед» та внутрішньодобового ринку, кодексу системи передачі, кодексу систем розподілу, кодексу комерційного обліку, правил роздрібного ринку, порядку розподілу пропускної спроможності міждержавних перетинів, який включає в тому числі положення щодо особливостей розподілу пропускної спроможності міждержавних перетинів з третіми державами, інших нормативно-правових актів та нормативних документів, що регулюють функціонування ринку електричної енергії (пункт 4 частини третьої статті 6 Закону України «Про ринок електричної енергії»).
- (12) Відповідно до Правил ринку, затверджених постановою НКРЕКП від 14.03.2018 № 307, сторони, відповідальні за баланс, зобов'язані надавати гарантії виконання своїх фінансових зобов'язань за договорами про врегулювання небалансів. Вимоги щодо фінансових гарантій, зокрема умов та розміру банківських гарантій, визначено розділом VI Фінансові гарантії Правил ринку.
- (13) Умови вступу та здійснення діяльності суб'єктами господарювання на оптовому ринку електричної енергії та балансуєчому ринку регламентуються згідно з

положеннями Закону України «Про ринок електричної енергії» та відповідними підзаконними нормативно-правовими актами, що приймаються НКРЕКП як регулятором.

- (14) Правилами ринку визначається порядок реєстрації учасників ринку, порядок та вимоги до забезпечення виконання зобов'язань за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії, правила балансування, правила функціонування ринку допоміжних послуг, порядок проведення розрахунків на балансуєчому ринку та ринку допоміжних послуг, порядок виставлення рахунків, порядок внесення змін до цих Правил, положення щодо функціонування ринку при виникненні надзвичайної ситуації в об'єднаній енергетичній системі України.
- (15) Відповідно до пункту 1.5.1 Правил ринку усі учасники ринку, крім споживачів, які купують електричну енергію за договорами про постачання електричної енергії споживачу, несуть відповідальність за свої небаланси електричної енергії, для чого кожен учасник ринку зобов'язаний стати стороною, відповідальною за баланс, або передати свою фінансову відповідальність за небаланси іншій стороні, відповідальній за баланс, шляхом входження до її балансуєчої групи на підставі укладення/приєднання до відповідного договору.
- (16) Для учасників ринку електричної енергії (крім споживачів, які купують електроенергію за договором постачання електричної енергії споживачу) обов'язковою умовою є укладання договору про врегулювання небалансів електричної енергії з Оператором системи передачі – ПрАТ НЕК «Укренерго» (далі – ОСП) в особі адміністратора розрахунків (далі – АР), що є договором приєднання, типова форма якого наведена в додатку 1 до Правил ринку. Учасники ринків укладають договір про врегулювання небалансів електричної енергії шляхом приєднання до договору (пункт 1.3.2 Правил ринку).
- (17) Так, згідно з положеннями типового договору (пункт 3.5 типової форми договору додатка 1 до Правил ринку) про врегулювання небалансів електричної енергії Сторона, відповідальна за баланс, зобов'язана: 1) нести фінансову відповідальність перед ПрАТ НЕК «Укренерго» за врегулювання небалансів електричної енергії, спричиненого цією стороною, відповідальною за баланс, або учасниками ринку, які входять до балансуєчої групи сторони, відповідальною за баланс; 2) дотримуватись правил ринку; 3) надавати фінансову гарантію відповідно до положень Правил ринку.
- (18) Разом із цим вимоги до надання фінансових гарантій згідно із зобов'язаннями сторони, відповідальною за баланс, визначені розділом VI Правил ринку.
- (19) Відповідно до пункту 6.1.9 розділу VI Правил ринку фінансові гарантії можуть забезпечуватись шляхом:
 - 1) надання грошової гарантії за договором про врегулювання небалансів на поточний рахунок ОСП, що укладається між ОСП та учасником ринку. Оформлення такого виду гарантії виконання фінансових зобов'язань здійснюється безоплатно відповідно до договору про врегулювання небалансів;
 - 2) надання фінансової гарантії банку відповідно до Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 15 грудня 2004 року № 639, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 13 січня 2005 року за № 11/10321, з урахуванням вимог (обмежень), викладених у цьому розділі.

- (20) Разом із тим на період дії в Україні воєнного стану та протягом 30 днів після його припинення або скасування діють настанови, затверджені постановою НКРЕКП від 25.02.2022 № 332 «Про забезпечення стабільного функціонування ринку електричної енергії, у тому числі фінансового стану учасників ринку електричної енергії на період дії в Україні воєнного стану» (далі – Постанова № 332), до якої було внесено зміни Постановою № 923 щодо фінансового забезпечення учасників ринку за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії.

3.2. Обставини, які передували прийняттю Постанови № 923

- (21) Згідно з інформацією, наданою листом ПрАТ НЕК «Укренерго» від 14.10.2022 № 01/45453 (вх. № 8-09/7834 від 14.10.2022), за період з 09.03.2022 по 30.06.2022 на ринку електричної енергії України збільшилась кількість випадків заборгованості учасників ринку перед ПрАТ НЕК «Укренерго», які використовують в якості фінансової гарантії - банківські гарантії. Така ситуація зумовлена причинами відмови окремих фінансових установ сплачувати кошти за банківськими гарантіями.
- (22) З березня 2022 року АТ «БАНК АЛЬЯНС», АТ «МЕГАБАНК», АТ «КОМЕРЦІЙНИЙ ІНДУСТРІАЛЬНИЙ БАНК» та АТ «БАНК ІНВЕСТИЦІЙ ТА ЗАОЩАДЖЕНЬ» відмовили ПрАТ НЕК «Укренерго» у задоволенні вимог на оплату коштів за банківськими гарантіями на 14.07.2022 на загальну суму 1 694 111 520,04 грн.¹
- (23) У зв'язку із зазначеним, та оскільки саме ПрАТ НЕК «Укренерго» у ролі адміністратора розрахунків забезпечує дотримання учасниками ринку вимог щодо надання фінансових гарантій за договором про врегулювання небалансів електричної енергії та здійснює адміністрування розрахунків на ринку електричної енергії, у тому числі з виробниками електричної енергії, ПрАТ НЕК «Укренерго» надало пропозиції НКРЕКП, зокрема листами від 06.06.2022 № 01/22007 та від 19.07.2022 № 901/30028, у частині зміни визначення фінансової гарантії та шляхів її забезпечення. Зокрема, було зазначено, що фінансова гарантія - це виключно грошові кошти, що надаються стороною, відповідальною за баланс, оператору системи передачі для забезпечення виконання фінансових зобов'язань з розрахунків за небаланси електричної енергії. Під час подальших обговорень ця пропозиція отримала певний супротив зі сторони учасників ринку та не була підтримана НКРЕКП.
- (24) Тому ПрАТ НЕК «Укренерго» звернулося до НКРЕКП із пропозицією внесення змін щодо оформлення фінансових зобов'язань учасників ринку за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії, а саме: шляхом грошових коштів та/або у вигляді банківських гарантій, оформлених фінансовими установами, що входять до переліку системно важливих банків.
- (25) За інформацією, наданою НКРЕКП, рішення щодо оформлення фінансових зобов'язань учасників ринку за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії, зокрема у вигляді банківських гарантій, оформлених фінансовими установами, що входять до переліку системно важливих банків, було прийнято з метою уникнення зростання заборгованості на ринку електричної енергії (лист від 27.10.2022 № 130190/22.3.1/7-22).

4. ВПЛИВ ПОСТАНОВИ № 332 (ЗІ ЗМІНАМИ ВНЕСЕНИМИ ПОСТАНОВОЮ № 923) НА КОНКУРЕНЦІЮ

¹ Дані з листа ПрАТ НЕК «Укренерго» від 19.07.2022 № 01/30028 до НКРЕКП щодо внесення змін до Постанови № 332.

- (26) 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) лізинг.
- (27) 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 управленої 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.
- (28) 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.
- (29) 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, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 13.01.2005 за № 41/10321 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.
- (30) Відповідно до статті 66 Закону України «Про банки і банківську діяльність» державне регулювання діяльності банків здійснює Національний банк України.
- (31) 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).

- (32) Згідно з інформацією, наданою НКРЕКП листом від 27.10.2022 № 13190/22.3.1/7-22 (вх. № 7-09/8325 від 27.10.2022), оскільки відповідно до чинного законодавства України не передбачена необхідність звернення НКРЕКП до Національного банку України, Регулятор, у період розробки проєкту Постанови № 923, з метою отримання інформації про стан, стабільність ринку банківських послуг, надійність банків, діяльність банків, зокрема щодо дотримання ними економічних нормативів діяльності, передбачених банківським законодавством, а також із пропозиціями розробки критеріїв відбору банків-гарантів за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії, до Національного банку України не звертався.
- (33) Національний банк України листом від 29.08.2022 № 57-0010/59453 (вх. № 11-01/6295 від 29.08.2022) повідомив, що посилені нормативи до системно важливих банків стосуються капіталізації банку та його кредитного ризику. З огляду на це, можна припустити, що системно важливі банки є більш надійними з питань поглинання капіталом ризиків на які може наражатися банк. У той же час банки, які не належать до переліку системно важливих, також можуть мати запас капіталу відповідно до побудованої системи управління ризиків та розвитку корпоративного управління. Однак, згідно з вимогами нормативно-правових актів Національного банку України - відсутні посилені вимоги до ліквідності системно важливих банків.
- (34) Національний банк щороку визначає перелік системно важливих банків та здійснює посилений нагляд за ними. Методологія визначення системно важливих банків базується на міжнародних стандартах та врегульована Положенням про порядок визначення системно важливих банків, затвердженим постановою Правління НБУ від 25.12.2014 № 863.
- (35) При цьому Національним банком України листом від 13.10.2022 № 20-0006/71734 (вх. № 11-01/7814 від 14.10.2022) надано Комітету позицію щодо наслідків визначення лише системно важливих банків для надання банківської гарантії за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії, а саме:
- 1) частиною другою статті 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» передбачено, що банк самостійно визначає напрями своєї діяльності і спеціалізацію за видами послуг, незалежно від того, чи визначений такий банк системно важливим Національним банком України;
 - 2) неналежність банку до категорії системно важливих не повинна обмежувати його права надавати послуги, включаючи банківські гарантії.
- (36) Відповідно до переліку системно важливих банків, затверджених рішенням Правління Національного банку України від 09 березня 2022 року № 120-рш «Про визначення системно важливих банків», у 2022 році системно важливими банками визнано 14 банків.
- (37) Відповідно до інформації з офіційного сайту НБУ станом на серпень 2022 року на ринку банківських послуг діє 68 банків².
- (38) Таким чином, Постановою № 923 НКРЕКП внесено зміни до Постанови № 332, якими введено обмеження, відповідно до яких лише 14 з 68 банків мають право надавати банківські гарантії за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії.

² https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/Banking_Sector_Review_2022-08.pdf?v=4#:~:text

- (39) Отже, обмеження щодо надання банківських гарантій за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії фінансовими установами, що не входять до переліку системно важливих банків, виключає можливість здійснення ліцензованої діяльності з надання банківських гарантій у сфері врегулювання небалансів електричної енергії значної кількості банків.
- (40) Положення статті 20 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» передбачають, що органи влади, органи місцевого самоврядування зобов'язані погоджувати з Антимонопольним комітетом проекти нормативно-правових актів та інших рішень, які можуть вплинути на конкуренцію, зокрема щодо створення суб'єктів господарювання, встановлення і зміни правил їх поведінки на ринку, або такі, що можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції на відповідних ринках.
- (41) 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.
- (42) Також згідно з абзацом одинадцятим частини другої статті 2 Закону України «Про ринок електричної енергії» проекти правил ринку, правил ринку "на добу наперед" та внутрішньодобового ринку, кодексів системи передачі та систем розподілу, кодексу комерційного обліку, правил роздрібного ринку, інших нормативно-правових актів, що можуть вплинути на конкуренцію, підлягають погодженню з Антимонопольним комітетом України.
- (43) Постанова № 923 не надходила до Комітету на погодження.
- (44) Відповідно до інформації, наданої НКРЕКП, на вимогу Комітету листом від 23.09.2022 № 10800/22.3.1/7-22 (вх. № 7-09/7178 від 23.09.2022) в обґрунтування підстав, з яких НКРЕКП не було надіслано проект Постанови № 923 до Комітету на погодження, зазначено таке:
- відповідно до частини третьої статті 5 Закону про НКРЕКП рішення Регулятора не підлягають погодженню органами державної влади, крім випадків, передбачених Законом про НКРЕКП;
 - Постановою № 923 передбачені норми, які поширюються на учасників ринку електричної енергії, та які, відповідно, не надають переваг одним учасникам ринку над іншими, а отже не впливають на конкуренцію на ринку електричної енергії. Враховуючи це, Постанова № 923 не надсилалась до Комітету на погодження.
- (45) Такі доводи НКРЕКП не є достатніми та не можуть бути взяті Комітетом до уваги, з огляду на те, що НКРЕКП вводить обмеження для учасників ринку електричної енергії у виборі банківської установи для оформлення банківської гарантії та безпідставно обмежує банківські установи в їх праві здійснення ліцензованої діяльності з надання банківських гарантій у сфері врегулювання небалансів електричної енергії.
- (46) Відповідно до пункту 7 частини першої статті 16 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» 25.11.2022 представники: ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ», НКРЕКП, НБУ, ПрАТ «НЕК «Укренерго» були викликані для надання пояснень щодо

обставин, вказаних у Заяві. Надання пояснень щодо Заяви ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ» зафіксовано у протоколі № 1 від 25.11.2022.

- (47) Під час надання пояснень обговорювались наступні питання, які потребують вирішення:
- нездійснення оплати за небаланси з боку недобросовісних трейдерів, що призводить до неможливості розрахунків ПрАТ «НЕК «Укренерго» з учасниками балансуєчого ринку;
 - необхідність пошуку механізмів, які підвищать надійність отримання оплати за небаланси від учасників ринку електричної енергії;
 - наслідки для конкуренції на ринку надання банківських послуг, а саме: послуг із надання банківських гарантій у сфері врегулювання небалансів електричної енергії, що склалися в результаті прийняття Постанови № 923.
- (48) Незважаючи на те, що прийняття НКРЕКП Постанови № 923 обумовлено намірами запобігти зростанню заборгованості на ринку електричної енергії, вказані дії 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.
- (49) Під час надання пояснень представники ТОВ «Д.ТРЕЙДІНГ» не підтримали пропозицію ПрАТ «НЕК «Укренерго» щодо встановлення фінансового забезпечення у вигляді виключно грошових коштів, які будуть депонуватися на рахунках ПрАТ «НЕК «Укренерго», оскільки це призведе до великого відтоку ліквідних коштів.
- (50) Представники НКРЕКП також не підтримали таких змін, оскільки вважають, що це негативним чином вплине на конкуренцію на ринку електричної енергії та наголосили на необхідності запровадження різних фінансових механізмів.
- (51) Крім цього, під час надання пояснень:
- НКРЕКП не надала обґрунтованих пояснень причин ненадання на розгляд та погодження Комітету проекту Постанови № 923;
 - була озвучена позиція НБУ, про те, що надання банківських гарантій у сфері врегулювання небалансів електричної енергії лише системно важливими банками (далі – СББ) не є гарантією обов'язковості виконання зобов'язань цими банками перед ПрАТ НЕК «Укренерго»;
 - позиція щодо встановлення Постановою № 923 фінансового забезпечення, зокрема саме банківськими гарантіями СББ не була достатньо обґрунтованою НКРЕКП.
- (52) Представником ПрАТ «НЕК «Укренерго» була озвучена пропозиція щодо можливих варіантів диверсифікації фінансового забезпечення, а саме: формування фінансового забезпечення перед ПрАТ «НЕК «Укренерго» одночасно такими складовими: грошовими коштами, банківськими гарантіями в СББ, банківськими гарантіями в інших банках.
- (53) Зазначену пропозицію ПрАТ НЕК «Укренерго» виклало в листі від 29.11.2022 № 01/52907 (вх. від 30.11.2022 № 8-09/9942), та запропонувало розглянути такий підхід до забезпечення фінансових гарантій, що надаються сторонами, відповідальними за баланс оператору системи передачі, а саме:
- 1) надання грошової гарантії за договором про врегулювання небалансів на поточний рахунок ОСП, що укладається між ОСП та учасником ринку. Оформлення такого виду

гарантії виконання фінансових зобов'язань здійснюється безоплатно відповідно до договору про врегулювання небалансів у розмірі не менше, ніж ____% від загальної суми необхідної фінансової гарантії;

2) надання фінансової гарантії банку відповідно до Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 15 грудня 2004 року № 639, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 13 січня 2005 року за № 11/10321, з урахуванням вимог (обмежень), викладених у VI розділі Правил ринку, при чому частка суми банківських гарантій, виданих системно важливими банками, визначеними відповідно до Рішення Правління національного банку України «Про визначення системно важливих банків» від 09.03.2022 № 120-рш, повинна становити не менше ____% від загальної суми необхідної фінансової гарантії.

- (54) Водночас пропозиція ПрАТ НЕК «Укренерго» створює додаткові бар'єри при здійсненні діяльності на ринку електричної енергії, оскільки фінансове зобов'язання учасників на цьому ринку будуть потребувати одночасного отримання банківських гарантій у системно важливих банках та банках, що не входять до переліку системно важливих банків.
- (55) Крім того, надісланими до Комітету листами Національного банку України і наданими його представниками поясненнями, підтверджується, що зміна умов щодо фінансового забезпечення у вигляді банківських гарантій СВБ, передбачені Постановою № 332, зі змінами, внесеними Постановою № 923, не є гарантією оплати фінансових зобов'язань учасників ринку за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії.
- (56) Також, надісланими до Комітету листами НКРЕКП та наданими її представниками поясненнями, не надано достатніх аргументів та доказів, що саме СВБ забезпечать виконання фінансових зобов'язань, передбачених банківською гарантією за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії.
- (57) Водночас диверсифікація шляхів фінансового забезпечення, а саме: формування кожного фінансового забезпечення учасників ринку за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії перед ПрАТ «НЕК «Укренерго» одночасно в рівних частинах грошовими коштами та банківськими гарантіями, оформленими в будь-якій фінансовій установі, змогла б вирішити як проблему обмеження конкуренції на ринку банківських послуг із надання банківських гарантій у сфері врегулювання небалансів електричної енергії, так і знизити ризики неплатежів учасників ринку електричної енергії.

5. КВАЛІФІКАЦІЯ ДІЙ НКРЕКП

- (58) 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.
- (59) 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.

- (60) Згідно із 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.
- (61) Абзацом сьомим частини другої статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції» передбачено, що антиконкурентними діями органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, зокрема, визнається 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.
- (62) Вчинення антиконкурентних дій органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю забороняється і тягне за собою відповідальність згідно із законом (частина третя статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції»).
- (63) Необхідною ознакою антиконкурентних дій, передбачених абзацом сьомим 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.
- (64) 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.
- (65) Критерій «входження до переліку системно важливих банків», який визначено Постановою № 923 для відбору банків, банківські гарантії яких будуть прийнятним видом виконання фінансових зобов'язань за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії, обмежив можливість суб'єктів господарювання, які здійснюють діяльність на ринку електричної енергії, у виборі банківської установи, яка надає гарантію, а банки – у можливості провадити діяльність та отримувати прибуток у сфері фінансового забезпечення виконання зобов'язань таких суб'єктів господарювання шляхом надання банківських гарантій у сфері врегулювання небалансів електричної енергії.
- (66) Тобто дії НКРЕКП, що полягають у внесенні змін до пункту 1 Постанови № 332 (внесеними Постановою № 923), якою обмежено вибір банківської установи містять ознаки порушення, передбаченого пунктом 3 статті 50, абзацом сьомим частини

другої статті 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді антиконкурентних дій органів влади, зокрема надання окремим суб'єктам господарювання пільг чи інших переваг, які ставлять їх у привілейоване становище стосовно конкурентів, що призводить або може призвести до обмеження конкуренції.

- (67) Комітет усвідомлює необхідність та важливість у період воєнного стану запобігання накопиченню заборгованості учасниками на балансуєчому ринку перед ПрАТ «НЕК «Укренерго», водночас є необхідність запровадження конкурентних відносин на ринку надання банківських послуг, а саме: послуг із надання банківських гарантій у сфері врегулювання небалансів електричної енергії.
- (68) Водночас, положення Постанови № 332 (зі змінами внесеними Постановою № 923) відповідно до якого *ОСП (у ролі АР) має право відмовити учаснику ринку у прийнятті банківської гарантії за відповідним договором про врегулювання небалансів електричної енергії, якщо фінансова установа, що її оформила не виконала зобов'язання за відповідною банківською гарантією та/або відображена в переліку банків, що не виконали зобов'язання, оприлюдненому на сайті ОСП, спрямоване на добросовісне виконання зобов'язань за банківською гарантією і не є таким, що може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції.*
- (69) Відповідно до 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, абзацом 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 постанови Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 25.02.2022 № 332 «Про забезпечення стабільного функціонування ринку електричної енергії, у тому числі фінансового стану учасників ринку електричної енергії на період дії в Україні воєнного стану» (зі змінами), в частині вимог до фінансових зобов'язань учасників ринку за договорами про врегулювання небалансів електричної енергії у відповідність вимогам законодавства про захист економічної конкуренції, визначивши шляхи фінансового забезпечення грошовими коштами в розмірі не менше 50%, при цьому, передбачивши, що інша частина фінансового забезпечення покривається банківськими гарантіями, оформленими в будь-якій фінансовій установі.

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

Про результати розгляду цих рекомендацій повідомити Антимонопольний комітет України у 10-денний строк з дня їх отримання.

Про виконання цих рекомендацій повідомити Антимонопольний комітет України у 30-денний строк з дня їх отримання.

Голова Комітету

Ольга ПІЩАНСЬКА