



**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ЯРОСЛАВА МУДРОГО**

вул. Пушкінська, 77, м. Харків, 61024, тел. (057) 704-92-93, факс (057) 704-11-71
E-mail: kancel@nlu.edu.ua, ЄДРПОУ 02071139

29.08.2022 № 126-01-605
На № 52 від 11.08.2022

**Голові
ГС «ЕНЕРГЕТИЧНИЙ СОЮЗ»
Ользі ТАГІЄВІЙ**

а/с 56, м. Київ, 03057

На Ваше звернення надсилаємо науково-правовий висновок, підготовлений кандидатом юридичних наук, доцентом кафедри цивільного права № 1, начальником науково-дослідницького сектору Ісаєвим А. М. та докторкою юридичних наук, професоркою, завідувачкою кафедри фінансового права Дмитрик О. О.

Додаток: науково-правовий висновок на 15 арк.

**Проректор
з наукової роботи**



Дмитро ЛУЧЕНКО

НАУКОВО-ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК

про відповідність принципам верховенства права, міжнародно-правовим зобов'язанням України та національному законодавству ситуації, що виникла на ринку електричної енергії при здійсненні виробниками електричної енергії експортних операцій

I. ВСТУПНА ЧАСТИНА

У зверненні Громадської спілки «Енергетичний союз» від 11.08.2022 р. вих. № 52 (вх. № 126-01-605 від 15.08.2022 р.) для вирішення було поставлено таке запитання:

чи відповідає вимогам чинного законодавства України здійснення виробниками електричної енергії експорту електричної енергії без проведення електронних аукціонів, передбачених пунктом 6 частини другої статті 66 Закону України «Про ринок електричної енергії» та постановою Кабінету Міністрів України від 05.06.2019 № 499 «Про затвердження Порядку проведення електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами та Порядку відбору організаторів електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами»?

Юридичні підстави для надання науково-правового висновку:

1. Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» від 26.11.2015 р. № 848-VIII.
2. Статут Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, затверджений наказом Міністерства освіти і науки України від 06.06.2022 р. № 528.
3. Положення про Науково-дослідницький сектор Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, затверджене ректором НЮУ від 24.11.2015 р.
4. Звернення Громадської спілки «Енергетичний союз» від 11.08.2022 р. вих. № 52 (вх. № 126-01-605 від 15.08.2022 р.).

При здійсненні науково-правового дослідження були використані такі нормативні джерела:

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
2. Цивільний кодекс України: Кодекс від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/ru/ed20131011#Text>.

3. Господарський кодекс України: Кодекс від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.

4. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991 р. № 959-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text>.

5. Про ринок електричної енергії: Закон України від 13.04.2017 р. № 2019-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2019-19#Text>.

6. Про затвердження Порядку проведення електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами та Порядку відбору організаторів електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами: Постанова КМУ від 05.06.2019 р. № 499. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/499-2019-%D0%BF#Text>.

7. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з виробництва електричної енергії: Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 27.12.2017 р. № 1467. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1467874-17#Text>

8. Про затвердження Правил ринку: Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 14.03.2018 р. № 307. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0307874-18#Text>.

9. Директива 2003/54/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу стосовно спільних правил для внутрішнього ринку електроенергії, яка скасовує Директиву 96/92/ЄС Брюссель, 26 червня 2003 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_571#Text.

Наукові праці та довідкова література:

1. Блінов І.В. Теоретичні та практичні засади функціонування конкурентного ринку електроенергії. К.: Наукова думка, 2015. 250 с.

2. Полікевич Н.І. Роль енергетичних бірж на Європейському енергетичному ринку. 2014. URL: http://dSPACE.wunu.edu.ua/bitstream/316497/13935/1/%D0%A5%D0%B5%D1%80%D1%81%D0%BE%D0%BD_%D0%9F%D0%BE%D0%BB%D1%96%D0%BA%D0%B5%D0%B2%D0%B8%D1%87.pdf.

3. Mohammad Shahidehpour, Hatim Yamin, Zuyi Li. Market Operations in Electric Power Systems. Forecasting, Scheduling, Risk Management. Wiley-IEEE Press, 2002. – 552 p.

4. Vincent Kaminski. Energy Market. Risk books. London. 2012. – 987 p.

5. Біржі, як двигуни ринкових відносин: проблеми й механізми розвитку в Україні єдиного біржового простору. Аналітичний центр «Академія». URL: <http://www.academia.org.ua/?p=320>.
6. Umutlu G., Dorsman A., Telatar E. The Electricity Market, DayAhead Market and Futures Market/ Financial Aspects in Energy. A European Perspective. – 2011. – 231 p.
7. Виды рынков электроэнергии. Точка Роста – Образовательный ресурс для совершенных регуляторов. URL: <http://tochkarosta.pro/Novosti/vidyrynkov-elektroenergii.html>.
8. Regulatory oversight of EXs – Conclusions paper / CEER – homepage of the European Energy Regulators . URL: http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_PAPERS/Cross-Sectoral/2011/C10-WMS-13-03a_EX%20Oversight%20Conclusions-11102011.pdf.
9. Karan M., Kazdagli H. The Development of Energy Markets in Europe / Financial Aspects in Energy. A European Perspective. – 2011. – 231p.
10. Sector inquiry in the energy sector conducted by the Directorate General for Competition / European Commission. URL: <http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/energy/inquiry>.
11. Meeus L. Why (and how) to regulate power exchanges in the EU market integration context? Energy Policy № 39(2011). – P. 1470-1475.
12. Bunn D., Zachmann G. Inefficient arbitrage in interregional electricity transmission. Journal of Regulatory Economics 37. – 2010. – P. 243-265.
13. Kristiansen T. A preliminary assessment of the market coupling arrangement on the Kontek cable. Energy Policy № 35(6). – 2007. – P. 3247-3255.
14. Creti A., Fumagalli E., Fumagalli E. Integration of electricity markets in Europe: relevant issues for Italy. Energy Policy № 38(11). – 2010. – P. 6966-6976.
15. Boisseleau F., L.de Vries. Congestion management and power exchanges: their significance for a liberalized electricity market and their mutual dependence / Working Paper. URL: <http://www.docstoc.com/docs/37762937/Congestion-management-and-power-exchanges>.

Методи науково-правового дослідження:

На підставі звернення було здійснено вивчення та аналіз законодавства України, міжнародно-правових документів, спеціальної юридичної літератури, практики застосування норм законодавства. Для вирішення поставленого завдання використовувалися загальноприйняті методи і прийоми тлумачення правових актів і юридичних норм.

II. АНАЛІТИЧНА ЧАСТИНА ТА ВІДПОВІДЬ НА ПОСТАВЛЕНЕ ЗАПИТАННЯ

Запитання: чи відповідає вимогам чинного законодавства України здійснення виробниками електричної енергії експорту електричної енергії без проведення електронних аукціонів, передбачених пунктом 6 частини другої статті 66 Закону України «Про ринок електричної енергії» та постановою Кабінету Міністрів України від 05.06.2019 № 499 «Про затвердження Порядку проведення електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами та Порядку відбору організаторів електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами»?

Обґрунтування висновків

Аналіз документів та інформації, наданих Заявником, свідчить та доводить наступні обставини:

Питання правового регулювання ринку електричної енергії належать до вельми актуальних, які розробляються дослідниками в рамках проблематики ринкової економіки, енергетичної безпеки та імплементації законодавства України до законодавства ЄС.

В контексті приєднання України до об'єднаної енергосистеми континентальної Європи ENTSO-E, розгляд поставленого питання варто розпочати з аналізу європейського законодавства та окремих аспектів функціонування ринків електричної енергії країн-членів Європейського Союзу.

Згідно зі ст. 269 – 271, 282, 283 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, наголошується, що Україна поступово наближує своє законодавство та практику до принципів *acquis* ЄС, зокрема у сфері електричної енергії, згідно з якою Україна (ч. 3, 4 ст. 263) гарантує, що таке зобов'язання буде чітко визначеним, прозорим, пропорційним, недискримінаційним, таким, що піддається перевірці. При застосуванні цього зобов'язання Україна також гарантує, що якщо ціна, за якою продається електроенергія на внутрішньому ринку, регулюється, то Сторона забезпечує, щоб методологія, яка визначає розрахунок регульованої ціни, була опублікована до набрання чинності регульованою ціною. При цьому, будь-які обмеження або заходи (ч. 2 ст. 271) не мають стати засобом навмисної дискримінації чи прихованого обмеження торгівлі між Сторонами.

Усвідомлюючи (ст. 282) той вплив, який законодавче поле кожної з них може мати на торгівлю між ними, Сторони створюють та підтримують ефективне та передбачуване законодавче середовище для суб'єктів господарської діяльності, що займаються бізнесом на своїй території, особливо для малих, при цьому належним чином враховуючи вимоги правової визначеності та пропорційності.

В цьому контексті варто зазначити, що, по-перше, Закон України «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» набув чинності 27.09.2014 р. По-друге, аналіз законодавства Європейського Союзу свідчить про те, що прозорість та недискримінаційність умов діяльності учасників ринку є вихідною засадою функціонування об'єднаного ринку електричної енергії Європейського Союзу.

Зокрема, відповідно до п. 14 Директиви 2003/54/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу стосовно спільних правил для внутрішнього ринку електроенергії (Брюссель, 26 червня 2003 року), з метою полегшення укладання договорів між енергокомпанією, заснованою в одній державі-члені на постачання електроенергії відповідним споживачам в іншій державі-члені, держави-члени та, якщо це доцільно, національні регулюючі органи повинні працювати над створенням більш однорідних умов та однакових ступенів відповідності на території усього внутрішнього ринку. З метою забезпечення ефективного доступу до ринку усіх учасників ринку, включаючи нових, необхідні недискримінаційні механізми балансування (п. 17), що відображують витрати.

Директивою 2019/944 Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу від 5 червня 2019 року щодо загальних правил для внутрішнього ринку електроенергії, а також Регламентом 2019/943 Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу від 05 червня 2019 року щодо внутрішнього ринку електроенергетики також не обмежено двосторонні договори та учасників ринку межами національних ринків.

Отже, європейський енергетичний ринок є зрілим ринком, де досягнення у торгівлі електроенергією є найбільш оптимальними в умовах постійної інтеграції, фізична торгівля електроенергією сприяла розширенню ринків за національні кордони.

Розглядаючи складові стабільних розвинутих ринків, неможливо оминати увагою той факт, що ключовими економічними інструментами, які забезпечують прозорість і відкритість товарних ринків та створюють середовище конкуренції й вільного пересування товарів і послуг, є біржі.

Сьогодні майже на кожному з виділених ЄС регіональних ринків функціонує енергетична біржа, що прагне бути ефективною, аби залучити максимальну кількість угод. Для досягнення цієї мети біржа повинна забезпечити реальну додану вартість на ринку шляхом створення конкурентного ринкового середовища. По-перше, вона повинна бути ефективною з економічної точки зору через порівняння попиту і пропозиції за найнижчою ціною без шкоди для надійності системи. По-друге, продавці та покупці повинні мати можливість увійти та вільно діяти на спотовому ринку. Цей факт передбачає, що завжди існує мінімальний рівень ліквідності, а значить, ніхто не може безпосередньо впливати на ринкову ціну.

Енергетична біржа створює базову ціну, що допомагає учасникам ринку визначитися, яку ціну запропонувати на аукціоні. Без такої ціни ринок відчуває нестачу прозорості. Базова ціна, яку створює енергетична біржа, полегшує участь в торгах на аукціоні імпортованих/експортованих потужностей, особливо для невеликих і менш досвідчених учасників, а це покращує ліквідність ринку імпорту та експорту.

Отже, основна роль енергетичних бірж полягає в узгодженні попиту та пропозиції для визначення рівноважної ринкової ціни та оприлюднення її на ринку, мінімізації транзакційних витрат, якщо гравці не враховують вартість використання енергетичної біржі як фактору обрахунку ціни. Таким чином, основна роль енергетичних бірж у забезпеченні прозорості цінових індексів. Додаткова роль енергетичних бірж полягає у спрощенні торгівлі стандартизованими продуктами, розповсюдженні ринкової інформації та створенні конкуренції та ліквідності на ринку.

Підсумовуючи, зазначимо, що використання енергетичних бірж зумовлюється їх специфічними характеристиками, а саме: нейтральним місцем торгівлі, нейтрально орієнтованими цінами, простотою доступу до ринку, низькими операційними витратами, надійністю партнерів, кліринговими та розрахунковими послугами.

Дослідження європейського енергетичного ринку та аналіз діяльності енергетичних бірж дозволили виокремити важливі аспекти їх діяльності, що виявляються у:

- 1) захисті та безпеці виконання угод учасників біржового ринку (чіткі правила обміну на противагу двосторонній торгівлі або торгівлі через посередника);
- 2) створенні більшої прозорості цін (біржі відкриті для будь якого учасника, пропонують анонімний доступ до операцій);
- 3) спрощенні торгівлі стандартизованими продуктами (встановлюють цінові сигнали для стандартизованих продуктів).

Вітчизняне законодавство чітко вимагає імплементації та дотримання вимог законодавства ЄС.

Почнемо з Конституції України (ч. 2 ст. 19), в якій регламентовано, що 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 України.

В свою чергу, ст. 278 Господарського кодексу України (далі – ГК України) встановлює, що організація торгівлі продукцією на товарних ринках (у тому числі правила розрахунків), крім випадків, передбачених законодавством у сфері енергетики, регулюється Законами України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» та «Про товарні біржі», а частиною другою цієї статті конкретизовано, що правові умови організації та здійснення купівлі-продажу електричної енергії, у тому числі проведення розрахунків, встановлюються Законом України «Про ринок електричної енергії».

Концепція Закону України «Про ринок електричної енергії» в цілому побудована відповідно до наведених вихідних положень ГК України.

Частиною першою та другою статті 3 Закону України «Про ринок електричної енергії» (далі – Закон) передбачено, що ринок електричної енергії функціонує на конкурентних засадах, крім діяльності суб'єктів природних монополій, з обмеженнями, встановленими цим Законом. Функціонування ринку електричної енергії здійснюється, зокрема, на принципах: добросовісної конкуренції, рівності прав на продаж та купівлю електричної енергії, недискримінаційної участі в ринку електричної енергії, розвитку міждержавних перетинів з енергосистемами суміжних держав, співробітництва та інтеграції ринку електричної енергії на регіональному та загальноєвропейському рівнях тощо.

Суб'єктний склад учасників ринку відповідно до п.п. 96, 96-2 ст. 1 Закону налічує виробників, електропостачальників, трейдерів, операторів системи передачі, операторів системи розподілу, оператора ринку, гарантованого покупця, оператора установки зберігання енергії, зареєстрованого учасника та споживача, які провадять свою діяльність на ринку електричної енергії у порядку, передбаченому цим Законом.

Відповідно до статті 4 Закону учасники ринку електричної енергії провадять свою діяльність на ринку електричної енергії на договірних засадах. Також цією статтею наведено вичерпний перелік договорів, що укладаються на ринку електричної енергії.

Права учасників ринку передбачені статтею 30 Закону, якою виробників електричної енергії, серед іншого, наділено правом на здійснення експорту електричної енергії (пункту 5 частини третьої статті 30 Закону).

Відносини щодо зовнішньоекономічної діяльності регулюються окремими положеннями ГК України, а також спеціальним Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Згідно зі ст. 377 ГК України зовнішньоекономічною діяльністю є господарська діяльність, яка в процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном, зазначеним у частині першій статті 139 цього Кодексу, та/або робочою силою. Зовнішньоекономічна діяльність провадиться на принципах свободи її суб'єктів добровільно вступати у зовнішньоекономічні відносини, здійснювати їх у будь-яких формах, не заборонених законом, та рівності перед законом усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності.

В юридичній літературі сутність зовнішньоекономічної діяльності визначається практичною реалізацією інституціалізованих зовнішньоекономічних зв'язків країни у формі господарських операцій суб'єктів господарювання національної економіки під час їхньої взаємодії з суб'єктами господарювання інших країн.

Електрична енергія – специфічний товар, який визначає особливий характер відносин між учасниками ринку, що здійснюють різні функції на різних етапах процесу, в тому числі й при експорті.

Специфіка електроенергії як «товару», полягає, зокрема, у необхідності збігу в часі процесів виробництва та споживання, відсутності «виробничих запасів», нерівномірності режиму споживання (відносно рівномірного режиму генерації), значних розбіжностях собівартості електроенергії залежно від виду виробника (ядерна, гідро-, теплова, альтернативна тощо генерація), неможливості «доставки» без значних капіталовкладень в інфраструктуру (електромережі).

Наведені особливості обумовлюють специфіку зовнішньоекономічної діяльності підприємств енергетичного ринку, яка визначається трьома групами чинників, пов'язаних з:

- а) особливими властивостями електроенергії як товару;
- б) системотвірною роллю електроенергетики в національній економіці;
- в) специфікою функціонування та взаємодії національного (внутрішнього) ринку та зовнішніх (зарубіжних, міжнародних) ринків електроенергії.

Сьогодні питання щодо зовнішньоекономічних правовідносин та укладених в їх межах договорів на національному рівні врегульовується такими

спеціальними нормативними актами, як Закони України «Про міжнародне приватне право» та «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» експорт (експорт товарів) – це продаж товарів українськими суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності іноземним суб'єктам господарської діяльності з вивезенням або без вивезення цих товарів через митний кордон України, включаючи реекспорт товарів, а зовнішньоекономічний договір (контракт) – це домовленість двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності.

Таким чином, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» передбачає договірну форму взаємодії суб'єктів права при здійсненні експортно-імпортних операцій.

Важливою складовою відносин у сфері зовнішньоекономічної діяльності є укладання договору (контракту) між резидентом та нерезидентом. Зовнішньоекономічний договір (контракт) – матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності. Зовнішньоекономічний договір (контракт) укладається суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності або його представником у простій письмовій формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом.

Основними особливостями ЗЕД контрактів є наступні:

- сторонами виступають як вітчизняний суб'єкт господарювання, так й іноземний. Тому, *крім вітчизняних нормативно-правових актів, необхідно брати до уваги міжнародні конвенції*, а також законодавство країни, якій сторони підпорядкували свої відносини;

- мовами договору має бути українська та мова контрагента. Стаття 254 Митного кодексу України закріплює, що документи, необхідні для митного контролю і митного оформлення товарів, що переміщуються через митний кордон України, належить подавати українською мовою, офіційною мовою митних союзів, членом якого є Україна, або іншою іноземною мовою міжнародного спілкування (англійська);

- форма контракту – виключно письмова;

- умови поставки товару визначаються відповідно до правил Інкотермс;

- обов'язковий пункт про відповідальність, в якому вказуються санкції щодо непоставки товару, поставки товару із затримкою, або неналежної якості (згідно зі світовою практикою торгівлі та рекомендаціями, зокрема, в Типовому

(модельному) ~~контракту~~ міжнародної купівлі-продажу товару (публікація МТП № 738):

- якщо для вирішення суперечок між контрагентами обрано арбітражний суд, сторони договору повинні зробити арбітражне застереження, у якому зазначають арбітражний суд, матеріальне право, кількість арбітрів, мову та місце проведення арбітражного розгляду;

- додаткові умови, які можуть бути обговорені сторонами та вказані в договорі: страхування, гарантії якості, умови залучення субвиконавців договору, агентів, перевізників, визначення норм навантаження (розвантаження), умови передачі технічної документації на товар, збереження торгових марок, порядок сплати податків, митних зборів, різного роду захисні застереження, із якого моменту договір починає діяти, кількість підписаних примірників договору, можливість і порядок внесення змін до договору тощо.

З проведеного аналізу вбачається, що зовнішньоекономічний договір за своєю правовою природою відповідає класичному розумінню договору купівлі-продажу (є двостороннім, консенсуальним, оплатним), що втілено в ст. 655 Цивільного кодексу України, якою передбачено, що за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму, а також має низку особливостей, що визначаються спеціальним законодавством та міжнародними актами (конвенціями, договорами тощо).

Оскільки поряд із загальними положеннями про договори купівлі-продажу до зовнішньоекономічних договорів застосовуються положення спеціального законодавства у випадках, передбачених законом, останньому слід приділяти особливу увагу. Зокрема, це стосується укладання таких договорів на ринку електричної енергії.

Як вже зазначалось на початку, статтею 4 Закону встановлено вичерпний перелік договорів, що укладаються на ринку електричної енергії. Однак, законодавцем не виділено експортно-імпортний договір купівлі-продажу електричної енергії як окремий різновид договорів, що укладаються учасниками для забезпечення функціонування ринку електричної енергії.

З огляду на це та враховуючи наділення виробників електричної енергії в пункті 5 частини третьої статті 30 Закону правом на здійснення експорту останньої, при врегулюванні відповідних зовнішньоекономічних відносин мають застосовуватись загальні положення Закону про договори на ринку електричної енергії, тим більше, що ч. 4 ст. 30 Закону передбачено, що виробники зобов'язані, зокрема, надавати повідомлення про договірні обсяги купівлі-продажу електричної енергії за укладеними двосторонніми

договорами, у тому числі імпортованої та експортованої електричної енергії, у порядку, визначеному правилами ринку.

Так, відповідно до ст. 1 Закону, двосторонній договір – це договір купівлі-продажу електричної енергії, укладений між двома учасниками ринку поза організованими сегментами ринку, крім договору постачання електричної енергії споживачу. При цьому, ч. 2 ст. 66 Закону передбачає при укладенні двосторонніх договорів низку окремих обмежень. Перелік цих обмежень встановлює окремі зобов'язання для учасників договірних відносин.

До їх числа віднесено, зокрема, але не виключно (п. 6 ч. 2 ст. 66) зобов'язання виробників електричної енергії (крім виробників електричної енергії, яким встановлено «зелений» тариф, та виробників електричної енергії, які за результатами аукціону набули право на підтримку) здійснювати продаж електричної енергії за двосторонніми договорами виключно на електронних аукціонах, порядок проведення яких затверджується Кабінетом Міністрів України.

Тобто, аналіз юридичної конструкції цієї статті дозволяє вести мову про те, що суб'єктам права – учасникам ринку електричної енергії, коло яких визначено Законом, встановлено спосіб волевиявлення в правовідносинах із купівлі-продажу електричної енергії шляхом надання права на укладання договорів, які за своєю правовою природою є двосторонніми, що обумовлено специфікою правовідносин між учасниками цього сегменту ринку. І зазначена специфіка, крім ст. 278 ГК України, регламентується також окремими положеннями Цивільного кодексу України.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 639 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом.

Із системного аналізу положень ЦК України та Закону України «Про ринок електричної енергії» вбачається, що ч. 1 ст. 639 ЦК України кореспондує положення п. 6 ч. 2 ст. 66 Закону України «Про ринок електричної енергії», якою передбачено форму реалізації вищевказаних обмежень, а саме – встановлено, що виробники електричної енергії (крім виробників електричної енергії, яким встановлено «зелений» тариф, та виробників електричної енергії, які за результатами аукціону набули право на підтримку) здійснюють продаж електричної енергії за двосторонніми договорами на електронних аукціонах, порядок проведення яких затверджується Кабінетом Міністрів України.

Подальше втілення вимог ч. 2 ст. 66 Закону України «Про ринок електричної енергії» міститься у Порядку проведення електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами та Порядку відбору організаторів електронних аукціонів з продажу електричної енергії за

двосторонніми договорами, затверджених постановою КМУ від 05.06.2019 р. № 499, і якими врегульовано процедурні аспекти реалізації вимог закону щодо проведення електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами.

Варто зауважити, що у постанові Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 14.03.2018 р. №307 «Про затвердження Правил ринку» (далі – Правила ринку) також йде мова про проведення торгів.

Зокрема, відповідно до п. 2.1.7 Правил ринку обсяги електричної енергії, що купуються та продаються за двосторонніми договорами, є договірними зобов'язаннями щодо відпуску/відбору електричної енергії. При цьому, відпуск та відбір включають обсяги імпорту (п. 4.6.5 Правил ринку) та експорту (п. 4.7.6 Правил ринку).

Аналогічно цьому Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва електричної енергії, що затверджені постановою Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 27.12.2017 р. № 1467 (далі – Ліцензійні умови) у п. 2.2. глави 2 визначають, що при провадженні ліцензованої діяльності ліцензіат повинен виконувати чітко визначені вимоги, серед яких вимога дотримуватися вищенаведених принципів.

Крім цього, відповідно до пп. 15 п. 2.2. глави 2 Ліцензійних умов при провадженні ліцензованої діяльності ліцензіат повинен дотримуватися організаційних вимог, зокрема, надавати повідомлення про договірні обсяги купівлі-продажу електричної енергії за укладеними двосторонніми договорами, у тому числі імпортованої та експортованої електричної енергії, у порядку, визначеному правилами ринку.

Також варто зазначити, що запровадження вищезазначеної моделі продажу електричної енергії за двосторонніми договорами відбулося з урахуванням кращих європейських практик з метою забезпечення реалізації принципу функціонування ринку електричної енергії на конкурентних засадах та недопущення можливих порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

Так, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (ч. 1 ст. 23), встановлює, що кожний суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності має право на одержання будь-якої інформації, необхідної для здійснення цієї діяльності, що не становить державної або комерційної таємниці. *В даному випадку мова йде про відкритість товарних ринків електричної енергії, що забезпечується, зокрема, шляхом біржової торгівлі.*

В цьому контексті доречно зауважити, що на запровадженні механізму біржових торгів електричною енергією неодноразово наполягав Антимонопольний комітет України (далі – Комітет).

Так, у своїх Рекомендаціях від 04.02.2021 року №1-рк «Про здійснення заходів з метою розвитку підприємництва і конкуренції та запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції» Комітет рекомендував Міністерству енергетики України в установленому порядку розробити та внести на розгляд Аукціонного комітету з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами пропозиції щодо внесення змін до «Регламенту організації та проведення електронного аукціону з продажу електричної енергії на Товарній біржі «Українська енергетична біржа», які б зобов'язували учасників торгів (продавців) керуватися принципом економічної доцільності при здійсненні продажу електроенергії за двосторонніми договорами на електронних аукціонах, унеможлилювали б спотворення конкуренції, створення штучних бар'єрів для учасників аукціонів із продажу електричної енергії за двосторонніми договорами¹.

Також Комітет у своїх зверненнях до Міністерства енергетики України, Національної комісії, що здійснює державне регулювання енергетики та комунальних послуг та Кабінету Міністрів України, а також у рекомендаціях від 25.10.2019 р. № 59-рк неодноразово зазначав, що оптимальним механізмом, який дозволив би запровадити конкуренцію на ринку двосторонніх договорів, є торгівля електроенергією за біржовими принципами. Згідно із Законом України «Про товарні біржі» основними принципами діяльності біржі є забезпечення рівноправності учасників торгів, застосування вільних (ринкових) цін, публічного проведення торгів. При цьому у рекомендаціях Комітету № 59-рк від 25.10.2019 р. Комітет зазначав, що такі торги повинні бути запроваджені з одночасним дотриманням загальних принципів і порядків проведення біржових торгів, зокрема:

- «організатор торгів повинен бути рівновіддаленим від усіх учасників купівлі продажу електроенергії; мета: незацікавленість організатора торгів дозволить знизити ризики можливого маніпулювання ринком та можливого надання необґрунтованих переваг одним учасникам перед іншими;

- конфіденційність (знеособлення) учасників торгів, як продавців, так і покупців; мета: торги повинні бути «закритими», тобто проводитись за біржовим принципом. Зазначене дозволить мінімізувати ризики антиконкурентної узгодженої поведінки між учасниками;

¹ Рекомендації Антимонопольного комітету України від 04.02.2021 р. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/602/2a1/0b1/6022a10b1b1c5387690644.pdf>

- розміщення «дрібних» лотів для можливості залучення більшої кількості учасників; мета: «дрібні» лоти дозволять залучити якомога більшу кількість потенційних покупців та, як наслідок, підсилити конкуренцію з боку покупців;

- максимальну інформованість учасників ринків про проведення біржових торгів; мета: доступ до торгів усіх зацікавлених учасників (продавців/покупців) для максимального збалансування попиту та пропозиції;

- створення умов, за яких організатор торгів як торговельний майданчик буде незацікавлений у зміні (підвищенні) ціни; мета: уникнення можливого маніпулювання ринком з боку організатора торгів;

- дотримання принципу вільного ціноутворення; мета: дотримання ринкових принципів ціноутворення, які в тому числі передбачені Законом України «Про ринок електричної енергії».

З метою дотримання принципів функціонування ринку електричної енергії, зокрема, ринку двосторонніх договорів, що передбачені Законом України «Про ринок електричної енергії», а також із метою унеможливлення викривлень ринкових механізмів торгівлі електричною енергією, Антимонопольний комітет України вважає за доцільне проведення електронних аукціонів із продажу електричної енергії за двосторонніми договорами.

Таким чином, положення Закону, якими виробникам електричної енергії надано право на здійснення експортно-імпортних операцій на ринку електричної енергії, передбачають, що останні здійснюються на підставі укладених двосторонніх договорів, адже, як свідчить проведений системний аналіз положень Закону, іншого виду договорів Законом не встановлено.

Відтак, обов'язковою умовою експорту електричної енергії є проведення електронних аукціонів з подальшим укладенням двосторонніх договорів у порядку, передбаченому спеціальним законодавством.

На підставі викладеного, керуючись положеннями Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Законів України «Про ринок електричної енергії», «Про зовнішньоекономічну діяльність», Ліцензійними умовами провадження господарської діяльності з виробництва електричної енергії, Правилами ринку, а також Рекомендаціями Антимонопольного комітету України, слід зробити наступний **ВИСНОВОК**:

Здійснення виробниками електричної енергії експорту електричної енергії без проведення електронних аукціонів не відповідає принципам верховенства права, міжнародно-правовим зобов'язанням України та національному законодавству, зокрема:

- Цивільному кодексу України (ст.639);
- Закону України «Про ринок електричної енергії» (ст. 66);

- **Постанові КМУ від 05.06.2019 р. № 499 «Про затвердження Порядку проведення електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами та Порядку відбору організаторів електронних аукціонів з продажу електричної енергії за двосторонніми договорами».**

Науково-правовий висновок у двох примірниках підготували:

**Кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права № 1,
начальник науково-дослідницького сектору
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого**



Арсен ІСАЄВ

**Докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри фінансового права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого**



Ольга ДМИТРИК



Підпис *Дмитрик О. Сергеев А.*
Засвідчую
Нач. ВК
29 . *05* . *2019* р.