

ПОСІБНИК ДЛЯ СУДДІВ ДЕРЖАВНА ДОПОМОГА СУБ'ЄКТАМ ГОСПОДАРЮВАННЯ

ПОСІБНИК ДЛЯ СУДДІВ ДЕРЖАВНА ДОПОМОГА СУБ'ЄКТАМ ГОСПОДАРЮВАННЯ

ЛИСТОПАД 2021

Посібник підготовлено у рамках реалізації проєкту міжнародної технічної допомоги:
«Тренінг із питань конкуренції та державної допомоги»,
що фінансується зі Спеціального фонду акціонерів ЄБРР

Рекомендовано до друку Науково-методичною радою Національної школи суддів України
(протокол № 6 від 16 грудня 2021)

ПОДЯКА

Цей посібник підготовлено Європейським банком реконструкції і розвитку (ЄБРР) у співпраці з Міжнародною організацією права розвитку (ІДЛО) у рамках реалізації проєкту міжнародної технічної допомоги «Тренінг із питань конкуренції та державної допомоги», що фінансується зі Спеціального фонду акціонерів ЄБРР.

Розробку посібника координувала пані Вероніка Брадеуцану, старший радник ЄБРР, пані Анна Коппель, керівник регіональних програм Центральної Азії ІДЛО, пані Наталія Шукліна, проректор з науково-дослідної роботи та науково-методичної роботи Національної школи суддів України, професор, к.ю.н., заслужений юрист України, Олена Коптева, к.ю.н., радник із правових питань ІДЛО.

Над посібником працювали: пан Ханс Петер Нель, д.ю.н, юридичний секретар Суду загальної юрисдикції Європейського Союзу, пан Сергій Шкляр, д.ю.н., партнер-засновник адвокатської компанії «Арцінгер», пані Олена Ліллемаяе, к.ю.н., головний спеціаліст Департаменту моніторингу і контролю державної допомоги АМКУ.

Рецензентами виступили пані Наталія Шукліна, проректор з науково-дослідної роботи та науково-методичної роботи Національної школи суддів України, професор, к.ю.н., заслужений юрист України, та пані Оксана Дягілева, директор Департаменту моніторингу і контролю державної допомоги АМКУ.

Проєкт технічної підтримки «Тренінг з питань конкуренції і державної допомоги» є частиною Програми правової реформи, що реалізується ЄБРР. Більше інформації за посиланням: <https://www.ebrd.com/what-we-do/sectors/legal-reform.html>.

© Європейський банк реконструкції і розвитку
Площа One Exchange
Лондон EC2A 2JN
Велика Британія

Веб-сайт: www.ebrd.com

Всі права захищені.

Зміст посібника відображає думки окремих авторів і не обов'язково відображає погляди ЄБРР.

ЄБРР звільняється від будь-якої відповідальності щодо відбору ІДЛО та якості роботи ІДЛО у процесі підготовки цього Посібника. У жодному разі ЄБРР не несе відповідальності за будь-які втрати, витрати, шкоду чи відповідальність, пов'язану із роллю ЄБРР у відборі, залученні та здійсненні моніторингу за роботою ІДЛО або в результаті використання послуг ІДЛО. Цей Посібник підготовлено виключно для ЄБРР та надається широкій громадськості виключно з метою ознайомлення.

ЄБРР не робить жодних заяв і не дає жодних гарантій, прямо чи опосередковано, щодо точності та повноти інформації, викладеної у цьому Посібнику. ЄБРР не підтверджував незалежно жодної інформації, викладеної у цьому Посібнику, та ЄБРР не бере на себе жодної відповідальності за будь-яку інформацію, що міститься у цьому Посібнику, чи за недостовірність або опущення якоїсь інформації. Цей Посібник залишається власністю ЄБРР.

ЗМІСТ

СПИСОК ОСНОВНИХ СКОРОЧЕНЬ	5
ГЛОСАРІЙ	6
ВСТУП	7
1. КОНЦЕПЦІЯ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ ТА ВІДПОВІДНА НОРМАТИВНО-ПРАВОВА БАЗА В ЄС ТА УКРАЇНІ	8
Питання для самоконтролю	16
2. ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ ТА ПРАКТИКА СУДУ ЄС	17
Питання для самоконтролю	33
3. КРИТЕРІЇ ДОПУСТИМОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ ТА АНАЛІЗ ПРАКТИКИ АМКУ	34
Питання для самоконтролю	37
 РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА	 38

СПИСОК ОСНОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

АМКУ	Антимонопольний комітет України
ДФЄС	Договір про функціонування Європейського Союзу
ЄБРР	Європейський банк реконструкції і розвитку
ЄК або Комісія	Європейська Комісія
ЄС	Європейський Союз
ІДЛО	Міжнародна організація права розвитку
КМУ	Кабінет Міністрів України
ПЗЕІ	Послуги, що становлять загальний економічний інтерес
Угода про асоціацію	Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони

Державна допомога суб'єктам господарювання (державна допомога) – підтримка у будь-якій формі суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності. Державна допомога є недопустимою для конкуренції.

Допустима державна допомога – допомога, що має соціальний характер, кінцевими вигодонабувачами якої є споживачі, за умови, що така допомога надається без дискримінації, пов'язаної з походженням товарів, або надається з метою відшкодування збитків, завданих надзвичайними ситуаціями техногенного чи природного характеру.

Незаконна державна допомога – нова державна допомога, надана без повідомлення уповноваженого органу або в період після повідомлення, але до прийняття уповноваженим органом рішення про допустимість державної допомоги для конкуренції, або надана всупереч рішення уповноваженого органу про визнання нової державної допомоги недопустимою для конкуренції, крім категорій державної допомоги, надавачі якої згідно із законом звільнені від обов'язку повідомлення про нову державну допомогу.

Незначна державна допомога – державна допомога одному суб'єкту господарювання, сукупний розмір якої незалежно від її форми та джерел не перевищує за будь-який трирічний період суму, еквівалентну 200 тисячам євро, визначену за офіційним валютним курсом, встановленим Національним банком України, що діяв на останній день фінансового року.

Послуги, що становлять загальний економічний інтерес або послуги загального економічного інтересу (ПЗЕІ) – публічні послуги, що мають особливе значення для громадян і здійснюються в інтересах суспільства, і які не забезпечуються або недостатньо забезпечуються ринком. Оскільки така діяльність може не приносити достатнього прибутку її постачальнику, може знадобитися державна компенсація, щоб покрити обґрунтовані витрати, пов'язані із наданням такої послуги. Прикладами таких послуг є: поштові послуги, громадський транспорт, енергетичний сектор, електронні комунікації, будівництво інфраструктури, пов'язаної з наданням суспільних послуг, послуги з управління відходами, охорона здоров'я тощо.

ВСТУП

Посібник присвячено розгляду поняття державної допомоги суб'єктам господарювання і відповідного нормативно-правового регулювання в Європейському Союзі (ЄС) та Україні. Особливу увагу приділено стандартам ЄС, формам та критеріям допустимості державної допомоги, а також розгляду справ, що стосуються державної допомоги Судом Європейського Союзу.

Посібник спрямований на підвищення обізнаності і розуміння концепції державної допомоги, вимог і керівних принципів регулювання зазначеної сфери.

Посібник розрахований на широке коло зацікавлених осіб: суддів, працівників органів державної влади та місцевого самоврядування, підприємців, викладачів та науковців, а також усіх, хто цікавиться питаннями державної допомоги суб'єктам господарювання.

1. КОНЦЕПЦІЯ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ ТА ВІДПОВІДНА НОРМАТИВНО-ПРАВОВА БАЗА В ЄС ТА УКРАЇНІ

*Сергій Шкляр, доктор юридичних наук,
партнер-засновник адвокатської компанії «Арцінгер»*

Державна допомога, як правовий інститут, була офіційно внесена до права Європейського Союзу *Римським договором*, підписаним 25 березня 1957 року. В Україні реформування системи державної допомоги суб'єктам господарювання відбулося лише нещодавно на виконання міжнародних зобов'язань шляхом імплементації норм ЄС. Тому поняття державної допомоги в Україні та ЄС майже однакове, за виключенням деяких термінів.

Державною допомогою є підтримка у будь-якій формі (субсидії, податкові пільги та преференції та інше) суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності¹.

Надання державної допомоги може негативно позначатися на функціонуванні ринкового механізму попиту і пропозиції та системи конкурентних переваг, спотворювати конкуренцію, призводити до неефективного витрачання ресурсів і зниження суспільного добробуту². Контроль за наданням державної допомоги покликаний попередити недоцільне втручання органів державної влади та місцевого самоврядування у функціонування ринкових механізмів та економічну конкуренцію.



Державна допомога є недопустимою

Оскільки державна допомога є одним із інструментів, який може негативно вплинути на конкуренцію, – за загальним правилом вона є недопустимою, окрім виключних випадків. Це пов'язано з тим, що державна допомога може надати суб'єктам господарювання операційних переваг, які є достатніми для того, щоб усунути конкуруючі підприємства з ринку, якщо вони не отримують державної допомоги. Такий феномен має місце, тому що державна допомога зменшує витрати на виробництво товарів або на надання послуг підприємства, яке її отримує. Іншими словами, допомагає штучно конкурувати з більш ефективними підприємствами.

¹ Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01.07.2014 № 1555-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18#Text>

² Розпорядження КМУ «Про схвалення Концепції реформування системи державної допомоги суб'єктам господарювання» від 13.01.2010 №81-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/81-2010-%D1%80#Text>

Відповідно до законодавчого регулювання та правозастосовної практики **державна підтримка є державною допомогою, якщо кумулятивно виконуються такі умови:**

- 1) підтримка надається суб'єкту господарювання;**
- 2) державна підтримка здійснюється за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів;**
- 3) підтримка створює переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності;**
- 4) підтримка спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції.**

В ЄС існує додаткова умова – вплив на торгівлю між країнами ЄС. Наразі в Україні також розглядається можливість запровадження такого критерію як вплив на торгівлю між Україною та ЄС, але поки що державна допомога оцінюється з точки зору впливу на конкуренцію в Україні.

Державна допомога може існувати лише в тих випадках, коли підтримка надається суб'єкту господарювання, який здійснює господарську / економічну діяльність, незалежно від його правового статусу або механізму фінансування³. Правила про надання державної допомоги застосовуються незалежно від того, чи суб'єкт господарювання має на меті отримання прибутку чи надає свої послуги кінцевим споживачам або клієнтам на безоплатній основі.

Відповідно до п.2.2 Повідомлення Комісії від 19.07.2016 С/2016/2946⁴ законодавство про державну допомогу не застосовується у випадку, коли держава діє «шляхом виконання владних повноважень» або коли публічні установи вико-

³ Commission Notice on the Notion of State Aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, OJ C 262, 19.7.2016. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52016XC0719%2805%29#ntr5-C_2016262EN.01000101-E0005

Варто відзначити, що в ЄС замість господарської діяльності використовується термін «економічна діяльність», під якою розуміється будь-яка діяльність, що полягає в пропонуванні товарів і послуг на ринку.

⁴ Там само.

нують функції «органів державної влади». Установа може вважатися такою, що виконує владні повноваження, коли відповідна діяльність є частиною виконання основних функцій держави або пов'язана із такими функціями за своїм характером, метою та нормами, відповідно до яких вона реалізовується. Загалом, якщо тільки відповідна держава не вирішила запровадити ринкові механізми, діяльність, яка по суті є частиною виключних прав офіційних органів влади і реалізується державою, не є економічною діяльністю.

Якщо публічна установа займається економічною діяльністю, яку можна відокремити від виконання владних повноважень, така установа виступає суб'єктом господарювання по відношенню до такої діяльності. Натомість, якщо таку економічну діяльність не можна відокремити від виконання владних повноважень, діяльність, якою займається така установа загалом, є пов'язаною із виконанням таких владних повноважень і тому не підпадає під визначення поняття суб'єкта господарювання.

Надання державної допомоги потребує погодження з уповноваженим органом, в Україні це Антимонопольний комітет України (АМКУ), в Європейському Союзі – Європейська Комісія (ЄК або Комісія). Надавач державної допомоги обов'язково має попередити уповноважений орган про нову державну допомогу, а надати її можна тільки після рішення такого органу про допустимість цієї допомоги для конкуренції. У разі виявлення незаконної державної допомоги передбачений механізм її повернення.

Державна підтримка не завжди є негативним явищем і існують випадки, коли без її надання неможливо задовольнити особливо важливі загальні потреби громадян, що не можуть надаватися на комерційній основі без державної підтримки. **З огляду на це, в окремих випадках та за умови дотримання встановлених вимог і правил дозволяється компенсація обґрунтованих витрат за надання послуг, що становлять загальний економічний інтерес.**



Регулювання державної допомоги в Україні запроваджено у зв'язку з прийняттям міжнародних зобов'язань. У 2014 році Україна підписала *Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами*, з іншої сторони

(Угода про асоціацію), яка набула чинності 1 січня 2016 року⁵. У статтях 262 - 267 Угоди про асоціацію передбачено, серед іншого, що Україна повинна вико-

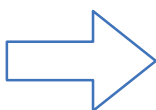
⁵ Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Законом України № 1678-VII від 16.09.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

нати реформу у сфері державної допомоги. Норми щодо запровадження інституту державної допомоги містяться також у статті 18 Договору про заснування Енергетичного Співтовариства, *стороною Договору про заснування Енергетичного Співтовариства* якою Україна стала у 2011 році⁶.

Керуючись статтею 264 Угоди про асоціацію, **сторони домовились, що вони застосовуватимуть** статті 262, 263(3) або 263(4) Угоди з використанням як **джерела тлумачення критеріїв**, що впливають із застосування статей 106, 107 та 93 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС), зокрема відповідну **судову практику Суду Європейського Союзу**, а також відповідне **вторинне законодавство, рамкові положення, керівні принципи та інші чинні адміністративні акти Союзу**⁷. Таким чином, нормативно-правова база ЄС у сфері державної допомоги є невід'ємною частиною правозастосування в Україні.

Тлумачення (стаття 264 Угоди про асоціацію Україна – ЄС)

Застосування статей 262, 263(3), 263(4) Угоди як джерела тлумачення критеріїв, що впливають із застосування статей 106, 107 та 93 ДФЄС



Використання відповідної судової практики Суду Європейського Союзу, а також відповідного вторинного законодавства, рамкових положень, керівних принципів та інших чинних адміністративних актів Європейського Союзу

⁶ Договір про заснування Енергетичного Співтовариства від 25.10.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_926#o91

⁷ Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Законом України № 1678-VII від 16.09.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

Основними нормативно-правовими актами ЄС у сфері державної допомоги є:

	1. Договір про функціонування Європейського Союзу ⁸ ;
	2. Регламент Комісії (ЄС) № 651/2014 від 17.06.2014 про визнання певних категорій допомоги сумісними з внутрішнім ринком з використанням статей 107 та 108 ДФЕС ⁹ ;
	3. Регламент Ради (ЄС) 2015/1589 від 13.07.2015 про встановлення детальних правил застосування статті 108 ДФЕС ¹⁰ ;
	4. Повідомлення Комісії (ЄС) № 2001/С 17/04 «Послуги загального характеру у Європі» ¹¹ ;
	5. Повідомлення Комісії (ЄС) № 2016/С 262/01 щодо поняття державної допомоги, згідно зі статтею 107(1) ДФЕС ¹² ;
	6. Секторальні (галузеві) норми, що дають можливість оцінити сумісність державної допомоги. Зокрема, за такими напрямками, як: — для фільмів та інших аудіовізуальних творів; — у зв'язку зі швидким розгортанням широкосмугових мереж інтернету; — для суспільного мовлення; — на покриття неповоротних витрат в електроенергетиці;

⁸ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390. URL: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj

⁹ Consolidated text: Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17.06.2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty (Text with EEA relevance). URL: <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/651/2020-07-27>

¹⁰ Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Text with EEA relevance) OJ L 248, 24.09.2015, p. 9–29 <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj>

¹¹ Communication from the Commission Services of General Interest in Europe (2001/C 17/04). URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:017:0004:0023:EN:PDF>

¹² European Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (2016/C 262/01). URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=EN)

	— на рибальство та аквакультуру; — у сфері поштових послуг; — у металургійній промисловості; — для морського транспорту, компаніям з управління судноплавством; — з метою введення нових морських шляхів; — залізничним підприємствам; — для надання послуг у сфері громадського пасажирського залізничного та автомобільного транспорту; — аеропортам та авіакомпаніям; — у галузі сільського господарства;
	7. Регулювання специфічних інструментів (форм) державної допомоги: — надання державних (та місцевих) гарантій; — короткострокове страхування експортних кредитів; — державна допомога при продажу землі органами державної влади; — правила державної допомоги для заходів, пов'язаних із прямим оподаткуванням підприємств;
	8. Правила <i>de-minimis</i> (надання незначної державної допомоги), разом з тим, додатково врегульовуються правила надання незначної державної допомоги у сфері сільського господарства, рибальства та аквакультур та транспорту;
	9. Правила компенсації послуг загального економічного інтересу, державна допомога державним та комунальним підприємствам: — компенсації за надання ПЗЕІ; — державна допомога на фінансування, реструктуризацію та приватизацію державних підприємств;
	10. Тимчасові правила щодо фінансової кризи: державна допомога для підтримки заходів на користь банків у контексті фінансової кризи;

	11. Рішення Суду Європейського Союзу, якими закріплені основоположні принципи державної допомоги;
	12. Тлумачення надані Судом Європейського Союзу у цій сфері.

Початком реформи державної допомоги в Україні стало прийняття у 2014 році *Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання»* (Закон)¹³, який набув чинності 2 серпня 2017 року. Закон передбачав ухвалення необхідних підзаконних актів протягом трирічного перехідного періоду.

Наразі в сфері державної допомоги діють такі нормативно-правові акти:

	1. Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01 липня 2014 р.;
	2. Постанова Кабінету Міністрів України (КМУ) «Про затвердження порядку повернення незаконної державної допомоги, недопустимої для конкуренції» від 4 липня 2017 р. № 468 ¹⁴ ;
	3. Постанова КМУ «Про затвердження переліку послуг, що становлять загальний економічний інтерес» від 23 травня 2018 р. № 420 ¹⁵ ;
	4. Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання для забезпечення розвитку регіонів та підтримки середнього та малого підприємництва» від 7 лютого 2018 р. № 57 ¹⁶ ;

¹³ Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01.07.2014 № 1555-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18#Text>

¹⁴ Постанова КМУ «Про затвердження порядку повернення незаконної державної допомоги, недопустимої для конкуренції» від 04.07.2017 № 468. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/468-2017-%D0%BF#Text>

¹⁵ Постанова КМУ «Про затвердження переліку послуг, що становлять загальний економічний інтерес» від 23.05.2018 № 420. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/420-2018-%D0%BF#Text>

¹⁶ Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання для забезпечення розвитку регіонів та підтримки середнього та малого підприємництва» від 07.02.2018 №57. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/57-2018-%D0%BF#n8>

	5. Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на професійну підготовку працівників» від 11 січня 2018 р. № 11 ¹⁷ ;
	6. Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на працевлаштування окремих категорій працівників та створення нових робочих місць» від 31 січня 2018 р. № 33 ¹⁸ ;
	7. Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги на відновлення платоспроможності та реструктуризацію суб'єктів господарювання» від 31 січня 2018 р. № 36 ¹⁹ ;
	8. Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на проведення наукових досліджень, технічний розвиток та інноваційну діяльність» від 7 лютого 2018 р. № 118 ²⁰ ;
	9. Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на подолання наслідків, спричинених коронавірусною хворобою COVID-19» від 3 березня 2021 р. № 200 ²¹ ;
	10. Розпорядження АМКУ «Деякі питання реалізації Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 28 грудня 2015 року №43-рп ²² ;

¹⁷ Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на професійну підготовку працівників» від 11.01.2018 № 11. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/11-2018-%D0%BF#n8>

¹⁸ Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на працевлаштування окремих категорій працівників та створення нових робочих місць» від 31.01.2018 №33. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/33-2018-%D0%BF#n9>

¹⁹ Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на подолання наслідків, спричинених коронавірусною хворобою COVID-19» від 3 березня 2021 р. № 200. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/200-2021-%D0%BF#Text>

²⁰ Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги на відновлення платоспроможності та реструктуризацію суб'єктів господарювання» від 31.01.2018 №36. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/36-2018-%D0%BF#n10>

²¹ Постанова КМУ «Про затвердження критеріїв оцінки допустимості державної допомоги суб'єктам господарювання на проведення наукових досліджень, технічний розвиток та інноваційну діяльність» від 07.02.2018 № 118. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/118-2018-%D0%BF#n8>

²² Розпорядження АМКУ «Деякі питання реалізації Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 28.12.2015 №43-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0140-16#Text>

	11. Розпорядження АМКУ «Про затвердження Порядку подання та оформлення повідомлень про нову державну допомогу та про внесення змін до умов чинної державної допомоги» від 4 березня 2016 р. № 2-рп ²³ ;
	12. Розпорядження АМКУ «Про затвердження Порядку розгляду справ про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 12 квітня 2016 р. № 8-рп ²⁴

Окрім того, АМКУ надає роз'яснення з питань застосування законодавства у сфері державної допомоги, які публікуються на сайті АМКУ²⁵.

З метою збору інформації про чинну та нову державну допомогу, ведення реєстру державної допомоги, реєстру рішень, реєстру справ про державну допомогу тощо діє *Портал державної допомоги*²⁶. За допомогою Порталу можна зручно подати інформацію про державну допомогу.

Питання для самоконтролю

1. Коли з'явився правовий інститут державної допомоги в ЄС?
2. Якими нормативно-правовими актами регулюється питання державної допомоги в Україні?
3. За яких умов державна підтримка вважається державною допомогою?
4. У яких випадках застосовуються правила про надання державної допомоги до суб'єкта господарювання?
5. Що є незаконною державною допомогою?

²³ Розпорядження АМКУ «Про затвердження Порядку подання та оформлення повідомлень про нову державну допомогу та про внесення змін до умов чинної державної допомоги» від 04.03.2016 № 2-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0501-16#Text>

²⁴ Розпорядження АМКУ «Про затвердження Порядку розгляду справ про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 12.04.2016 № 8-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0686-16#Text>

²⁵ Офіційний вебпортал Антимонопольного комітету України. Роз'яснення з питань застосування законодавства. URL: <https://amcu.gov.ua/napryami/derzhavna-dopomoga/rozyasnennya-z-pitan-zastosuvannya-zakonodavstva>

²⁶ Портал державної допомоги. URL: <http://pdd.amc.gov.ua/portal/>

2. ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ ТА ПРАКТИКА СУДУ ЄС*

Ханс Петер Нель, д.ю.н.,
юридичний секретар у палаті судді Віктора Кройшица
Суду загальної юрисдикції Європейського Союзу

А. Судовий перегляд у зв'язку із завданням та юридичними критеріями щодо державної допомоги – загальні коментарі

Щодо питання централізованого судового перегляду на основі найбільш важливих прямих позовів, поданих до Суду загальної юрисдикції, тобто позовів про скасування, у частині другій статті 263 Договору про функціонування Європейського Союзу²⁷ міститься **невиключний список підстав для перегляду**, на які може посилається позивач.



Стаття 263 ДФЄС

Суд Європейського Союзу для цих цілей має юрисдикцію щодо позовів держав-членів, Європейського Парламенту, Ради або Комісії на засадах браку компетенції, порушення істотної процесуальної вимоги, порушення Договорів або будь-якої норми права, пов'язаної з їх застосуванням, або зловживання повноваженнями.

Ці підстави включають **брак компетенції, порушення істотної процесуальної вимоги, порушення Договорів ЄС або будь-якої норми права, пов'язаної з їх застосуванням, або зловживання повноваженнями**. Зокрема, остання підстава для перегляду втратила свою практичну важливість, з-поміж іншого, і у судових процесах щодо державної допомоги в ЄС, і переважно була замінена тестом на наявність «очевидної помилки в оцінці». Цей тест найкраще можна описати як подібний на перевірку достовірності виконанням Європейською Комісією своїх повноважень щодо проведення оцінки або дискреційних повноважень, у разі чого саме на позивачеві лежить тягар доказування щодо надання обґрунтування та достатніх доказів для доведення, що оскаржувана оцінка є недостовірною²⁸.

*Суд справедливості Європейського Союзу або Суд ЄС складається із Суду загальної юрисдикції та Суду справедливості (Суди ЄС).

²⁷ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390. URL: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj

²⁸ Щодо цього див. Суд загальної юрисдикції (СЗЮ), рішення від 06.10.1997, Т 380/94 AIUFFASS та АКТ проти Комісії EU:T:1996:195, пара. 59; рішення від 12.02.2008, Т 289/03 BUPA та інші проти Комісії EU:T:2008:29, пара. 221; рішення від 27.02.2013, Т 387/11 Nitrogenművek Vegyipari проти Комісії EU:T:2013:98, пара. 25.

Суди ЄС радше проводять комплексний перегляд того, чи потрапляє захід до сфери дії заборон відповідно до частини першої статті 107 ДФЄС²⁹. По суті, суддя ЄС проводить повний перегляд поняття державної допомоги відповідно до зазначеного положення, оскільки це юридичне поняття, яке потрібно трактувати з огляду на об'єктивні фактори. Це передбачає кумулятивні правові критерії «суб'єкта господарювання», «державних ресурсів», у тому числі їх приналежність державі, (економічну) перевагу, у тому числі її вибірковість, спотворення конкуренції та вплив на торгівлю між державами-членами.



Стаття 107 ДФЄС

1. Якщо в Договорах не обумовлено інакше, допомога, яку в будь-якій формі надає держава-член або яку надано за рахунок державних ресурсів, що спотворює або загрожує спотворити конкуренцію, надаючи переваги певним суб'єктам господарювання або виробництву певних товарів, є несумісною з внутрішнім ринком тією мірою, якою вона впливає на торгівлю між державами-членами.

Водночас, на противагу юридичним критеріям відповідно до частин другої та третьої статті 107 ДФЄС, це поняття по суті не лишає Комісії жодної дискреції, реалізація якої могла б допомогти уникнути судового перегляду чи підлягала б лише мінімальному перегляду³⁰. Проте Суд справедливості визнав, що судовий перегляд є обмеженим також і в контексті частини першої статті 107 ДФЄС, якщо оцінка Комісії є технічною чи складною за характером³¹. Зокрема, це включає складні економічні оцінювання щодо існування (економічної) переваги, наприклад, як у випадку продажу землі за ціною нижчою ринкової³². У випадку застосування «принципу приватного оператора» чи «тесту приватного інвестора», суди ЄС не можуть замінювати власною економічною оцінкою оцінку Комісії (див. Розділ Д нижче)³³.

²⁹ Суд справедливості Європейського Союзу (СЄС), рішення від 22.12.2008, С 487/06 Р, British Aggregates Association проти Комісії ЕУ:С:2008:757, пара. 111; рішення від 04.09.2014, С 533/12 Р і С-536/12 Р SNCM та Франція проти Corsica Ferries France ЕУ:С:2014:2142, пара. 14.

³⁰ СЄС, рішення від 22.12.2008, С 487/06 Р, British Aggregates Association проти Комісії ЕУ:С:2008:757, пара. 109-15.

³¹ СЄС, рішення від 22.12.2008, С 487/06 Р, British Aggregates Association проти Комісії ЕУ:С:2008:757, пара. 114.

³² СЄС, рішення від 02.09.2010, С 290/07 Р Комісія проти Scott ЕУ:С:2010:480, пара. 64-6.

³³ СЄС, рішення від 24.01.2013, С 73/11 Р Frucona Košice проти Комісії ЕУ:С:2013:32, пара. 74-5; рішення від 24.10.2013, С 214/12 Р, С 215/12 Р і С 223/12 Р, Land Burgenland та інші проти Комісії ЕУ:С:2013:682, пара. 77-8; рішення від 20.09.2017, С 300/16 Р Комісія проти Frucona Košice ЕУ:С:2017:706, пара. 61-4 і 70-1.



Стаття 107 ДФЄС

2. Сумісною з внутрішнім ринком є:

- (а) допомога соціального характеру, надана окремим споживачам, за умови, що вона надається без дискримінації на підставі походження відповідних товарів;
- (б) допомога для ліквідації наслідків стихійного лиха або надзвичайних ситуацій [...]

Відповідно, у контексті проведення таких складних оцінювань чи реалізації широких меж розсуду щодо оцінки або широких дискреційних повноважень (наприклад, відповідно до частин другої та третьої статті 107 ДФЄС, що передбачає проведення складних економічних та соціальних оцінювань, які повинні проводитися в контексті ЄС), суди ЄС обмежуються аналізом того, чи оцінка Комісії не може вважатися нечинною через очевидну помилку або зловживання повноваженнями³⁴. Проте в інших ухвалях суди ЄС використовують дещо ширшу формулу, стверджуючи, що судовий перегляд того, як реалізуються широкі дискреційні повноваження Комісії, обмежується встановленням того, чи були дотримані регламент і норми, пов'язані з обов'язком надати обґрунтування, а також перевіркою достовірності фактів, які використовувалися у процесі аналізу, і що не було допущено помилки в праві, очевидної помилки під час оцінювання фактів чи зловживання повноваженнями³⁵.

³⁴ СЄС, рішення від 15.12.2005, С 148/04 Unicredito Italiano EU:C:2005:774, пара. 71; рішення від 23.02.2006, С 346/03 і С 529/03 Atzeni та інші EU:C:2006:130, пара. 84; див. також СЗЮ, рішення від 12.12.2014, Т 487/11 Banco Privado Português and Massa Insolvente do Banco Privado Português проти Комісії EU:T:2014:1077, пара. 83.

³⁵ СЄС, рішення від 11.09.2008, С 75/05 P і С 80/05 P Deutschland v Kronofrance EU:C:2008:482, пара. 59; СЗЮ, рішення від 12.02.2008, Т 289/03 BUPA та інші проти Комісії EU:T:2008:29, пара. 221; рішення від 16.07.2014, Т 309/12 Zweckverband Tierkörperbeseitigung проти Комісії EU:T:2014:676, пара. 96.



Стаття 107 ДФЄС

3. Сумісною з внутрішнім ринком можна вважати:

- (а) допомогу, що сприяє економічному розвитку регіонів з надзвичайно низьким рівнем життя або високим рівнем безробіття та регіонів, зазначених в статті 349, з огляду на їх структурну, економічну та соціальну ситуацію;
- (б) допомогу, що сприяє здійсненню важливого проекту спільного європейського інтересу або усуває суттєву шкоду функціонуванню економіки держави-члена [...]

Особлива проблема щодо фактичного обсягу судового перегляду в контексті частини першої статті 107 ДФЄС пов'язана з так званими критеріями Альтмарк. (1) У справі **Altmark Trans** Суд справедливості, використовуючи правило «розумного підходу», протрактував це положення досить вузько і визнав, що фінансова компенсація за певні спеціальні зобов'язання, тобто послуги, спрямовані на забезпечення загального економічного інтересу, які надаються суб'єктом господарювання – отримувачем, не підпадають під дію заборони відповідно до частини першої статті 107 ДФЄС за умови дотримання чотирьох кумулятивних умов (див. Розділ Е нижче)³⁶. Щодо позовів про скасування рішень Комісії із зазначенням дотримання цих умов варто пам'ятати про те, що Комісія має обмежений контроль над дискреційними повноваженням держав-членів із проведення оцінювання як стосовно визначення місії з надання ПЗЕІ, так і визначення компенсації витрат, понесених під час виконання такої місії³⁷.

Таким чином, по суті перегляд рішення Комісії судами ЄС має дотримуватися того самого обмеження і відповідно обмежується лише пересвідченням у тому, що Комісія належним чином встановила чи спростувала факт існування очевидної помилки з боку держави-члена³⁸. Це, зокрема, стосується обсягу контролю, який Комісія має право реалізовувати щодо необхідності та пропорційності компенсації, передбаченої третім критерієм Альтмарк. Відповідно до практики Суду загальної юрисдикції, такий перегляд обмежений пересвідченням у тому, що компенсація є необхідною для того, щоб відповідна ПЗЕІ могла надаватися в економічно прийнятних умовах, та чи відповідний захід є очевидно неналежним

³⁶ СЄС, рішення від 24.07.2003, С 280/00 Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg EU:C:2003:415, пара. 87-94.

³⁷ Див. СЗЮ, рішення від 12.02.2008, Т 289/03 BUPA та інші проти Комісії EU:T:2008:29, пара. 214 і 220.

³⁸ СЗЮ, рішення від 22.10.2008, Т 309/04, Т 317/04, Т 329/04 і Т 336/04 TV 2/Danmark проти Комісії EU:T:2008:457, пара. 124; рішення від 15.11.2018, Т 202/10 RENV II і Т 203/10 RENV II Stichting Woonlinie та інші проти Комісії EU:T:2018:795, пара. 79-82.

з огляду на переслідувану мету³⁹. Проте в реальності це означає, що Суд загальної юрисдикції має проводити повний перегляд оцінки Комісії, тоді як у Комісії відсутні дискреційні повноваження щодо виявлення очевидної помилки, допущеної державою-членом під час оцінювання. Тому зрештою техніка та стандарт судового перегляду щодо дотримання критеріїв Альтмарк не суттєво відрізняються від тих, які застосовуються в контексті застосування винятку відповідно до частини другої статті 106 ДФЄС⁴⁰.

В. Поняття суб'єкта господарювання та економічної діяльності

Поняття суб'єкта господарювання, який визначає отримувача допомоги у частині першій 107 ДФЄС, є економічним та функціональним поняттям у законодавстві ЄС про захист конкуренції, та його не потрібно плутати із поняттям юридичної особи, що використовується в цивільному праві (наприклад, товариство з обмеженою відповідальністю чи акціонерне товариство). У цьому контексті «суб'єкт господарювання» означає «економічну одиницю» чи «суб'єкт», залучений до економічної діяльності, що може складатися з кількох юридичних осіб. Це може бути багатонаціональна група компаній, наприклад, із материнською/холдинговою компанією та кількома дочірніми компаніями, усі з яких є окремими юридичними особами.

Під економічною діяльністю мається на увазі пропонування товарів чи послуг на ринку незалежно від юридичного статусу економічної одиниці, яка займається такою діяльністю, чи способу її фінансування. Навіть необов'язково, щоб вона була орієнтована на отримання прибутку⁴¹. До того ж, приватний чи державний статус суб'єкта господарювання також є неважливим. Як зазначено у частині першій статті 106 ДФЄС, державні суб'єкти господарювання також зобов'язані дотримуватися норм законодавства ЄС про захист конкуренції, якщо тільки не застосовується виняток, визначений частиною другою статті 106 ДФЄС.

³⁹ СЗЮ, рішення від 12.02.2008, Т 289/03 BUPA та інші проти Комісії EU:T:2008:29, пара. 220-3; рішення від 16.07.2014, Т 309/12 Zweckverband Tierkörperbeseitigung проти Комісії EU:T:2014:676, пара. 148, 169, і 175; рішення від 15.11.2018, Т 202/10 RENV II і Т 203/10 RENV II Stichting Woonlinie та інші проти Комісії EU:T:2018:795, пара. 163.

⁴⁰ СЗЮ, рішення від 16.07.2014, Т 309/12 Zweckverband Tierkörperbeseitigung проти Комісії EU:T:2014:676, пара. 96, 148, 169 і 175.

⁴¹ Див. СЄС, рішення від 27.06.2017, С 74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania EU:C:2017:496, пара. 44-7.



Справа **AceaElectrabel** наводить гарний приклад поняття «економічної одиниці» чи «суб'єкта» у відношенні багатонаціональної чи національної групи компаній⁴². Вона стосується складної структури групи компаній італійських постачальників електроенергії Electrabel та ACEA, коли допомога від самого початку надавалася одній із материнських компаній, зокрема, ACEA, а зрештою була передана одній із дочірніх компаній, зокрема, AEP, що спільно контролювалися материнськими компаніями.

У цій справі, виникло запитання про те, чи Комісія мала право забороняти надання допомоги і зобов'язувати її повернути навіть попри те, що ACEA вже більше не володіла нею, а AEP не була тією юридичною особою, якій початково надавалася допомога. Проте, оскільки від допомоги користь отримує не сама юридична особа, а економічна одиниця, до складу якої належать як ACEA, так і AEP, вона не може уникнути заборони на надання державної допомоги і повернення після внутрішньої передачі такої допомоги між юридичними особами, які є частинами одного й того ж загального суб'єкта.

Суд справедливості використовує цей функціональний та економічний підхід для того, щоб, зокрема, попередити спроби обійти заборону та вдатися до зловживань. Суб'єкт господарювання не повинен мати можливості провести внутрішню реструктуризацію для того, щоб уникнути заборони та повернення допомоги, наданої одній з його юридичних осіб. Суд справедливості вважає такий суб'єкт неподільним цілим з економічного погляду та дивиться на те, чи материнські компанії мають достатньо контролю над дочірніми компаніями, які зрештою отримують допомогу, надану початково материнській компанії. *У цій справі суд дійшов висновку, що такий контроль існував не лише з огляду на частку капіталу, якою володіла материнська компанія в дочірніх компаніях, а й з огляду на існування органічних та функціональних зв'язків між материнськими компаніями, з одного боку, та дочірніми компаніями, з іншого боку, зокрема, зважаючи на те, що деякі члени ради правління та інших контролюючих органів цього суб'єкта були тими самими особами*⁴³.

Інший важливий аспект, пов'язаний із поняттям суб'єкта господарювання, стосується розрізнення між економічною та неекономічною діяльністю чи виконан-

⁴² СЕС, рішення від 16.12.2010, С 480/09 P AceaElectrabel Produzione проти Комісії EU:C:2010:787.

⁴³ СЕС, рішення від 16.12.2010, С 480/09 P AceaElectrabel Produzione проти Комісії EU:C:2010:787, пара. 46-51 і 55-6. Стосовно паралельної судової практики щодо поняття «суб'єкта господарювання» у статтях 101/102 ДФЄС див. СЕС, рішення від 10.09.2009, С 97/08 P Akzo Nobel та інші проти Комісії EU:C:2009:536, пара. 54-61.

ням публічних повноважень. Зокрема, державні суб'єкти господарювання часто виконують різні види діяльності, деякі з яких можуть бути принципово пов'язаними з виконанням публічних повноважень і відповідно є неекономічними, а інші можуть бути економічними, оскільки вони мають на меті пропонування послуг на ринку, конкуруючи з іншими надавачами послуг.



Congregación, іспанська організація Католицької Церкви, пропонувала освітні послуги та мала певні податкові пільги з огляду на використання своїх будівель у релігійних цілях⁴⁴. І виникло запитання, чи ця діяльність була частиною публічної освітньої системи, зокрема, тієї, яка фінансується іспанською державою і таким чином є пов'язаною з виконанням публічних повноважень, або ж чи це була окрема, навіть орієнтована на отримання прибутку діяльність, за якої Католицька Церква конкурувала з іншими надавачами освітніх послуг.

За рішенням Суду справедливості, незважаючи на те, що орієнтованість на отримання прибутку не є обов'язковою складовою поняття суб'єкта господарювання, все ж це є важливою ознакою такого суб'єкта, і це потрібно відрізняти від простого виконання державних зобов'язань соціального, культурного чи освітнього характеру перед населенням, що є неекономічною діяльністю за своєю природою.

Із метою забезпечення належного розрізнення між економічною та неекономічною діяльністю Суд справедливості вимагає, щоб ці суб'єкти господарювання вели окремі рахунки для виключення будь-якого ризику перехресного субсидіювання їхньої економічної діяльності із використанням державних коштів, отриманих у результаті провадження неекономічної діяльності. У результаті цього деякі види діяльності будуть виключені із обсягу застосування поняття державної допомоги, тому що вони не відповідають поняттю суб'єкта господарювання, тоді як інші будуть включені. У цій справі є важливі ознаки того, що деякі із зазначених послуг були економічними за характером і тому не були частиною державної освітньої системи⁴⁵.

Інша важлива нещодавня справа, пов'язана із розрізненням між економічною та неекономічною діяльністю, – це справа **Dôvera**, що стосується обов'язкового медичного страхування у Словаччині⁴⁶.

⁴⁴ СЕС, рішення від 27.06.2017, С 74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania EU:C:2017:496.

⁴⁵ СЕС, рішення від 27.06.2017, С 74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania EU:C:2017:496, пара. 41 і далі.

⁴⁶ СЕС, рішення від 11.06.2020, С 262/18 P і С 271/18 P Комісія та Словацька Республіка проти Dôvera zdravotna poisťovňa EU:C:2020:450.



Словацькі страхові компанії є частиною системи обов'язкового національного соціального захисту, яка керується соціальною метою і принципом солідарності та контролюється державою. Проте деякі конкурентні аспекти цієї системи, у тому числі обмежена можливість отримання прибутку, призвели до того, що Суд загальної юрисдикції дійшов висновку в першій інстанції про те, що ці страхові компанії були суб'єктами господарювання щодо отримання допомоги відповідно до частини першої статті 107 ДФЄС. Згідно з позицією Комісії Суд справедливості не погодився з цим і проаналізував різні критерії, розроблені з метою розрізнення між економічною та неекономічною діяльністю.

Відповідні виключні права держави передбачають створення схеми державного соціального захисту, яка керується соціальними завданнями та принципом солідарності, відповідно до якого приналежність до страхової компанії є обов'язковою, на противагу приватним страховим компаніям, які функціонують на ринкових умовах відповідно до принципу капіталізації і пропонують добровільну приналежність. За принципом солідарності (державні) страхові компанії зобов'язані реєструвати осіб старшого віку та/чи хворих осіб, які подають запит на приналежність, і пропонують їм пільги в недискримінаційний спосіб, тоді як приватні страхові компанії можуть обирати і дискримінувати членів за ціною, пропонуючи програми страхування і пільги із вищими внесками чи надбавками за ризик. До того ж, схема державного медичного страхування може підпадати під дію норми про врівноваження витрат і ризиків⁴⁷.

Відповідно до рішення Суду справедливості запровадження певних конкурентних елементів до такої державної схеми недостатньо для встановлення факту існування економічної діяльності, що б дозволило класифікувати страхові компанії як суб'єктів господарювання, допоки ці конкурентні елементи просто спрямовані на те, щоб заощадити витрати і керувати страховими компаніями раціонально та ефективно, а також системою державного соціального захисту загалом. За таких умов конкурентні елементи не здатні поставити під сумнів загальний характер цієї системи, яка керується соціальною метою та принципом солідарності під наглядом держави⁴⁸.

⁴⁷ СЕС, рішення від 11.06.2020, С 262/18 Р і С 271/18 Р Комісія та Словацька Республіка проти Dovera zdravotna poist'ovna EU:C:2020:450, пара. 27-37.

⁴⁸ СЕС, рішення від 11.06.2020, С 262/18 Р і С 271/18 Р Комісія та Словацька Республіка проти Dovera zdravotna poist'ovna EU:C:2020:450, пара. 38 і далі.

С. Поняття (передачі) державних ресурсів і приписування

Всупереч враженню, яке створюється формулюванням частини першої статті 107 ДФЄС («допомога, яку в будь-якій формі надає держава-член або яку надано за рахунок державних ресурсів»), відповідно до усталеної судової практики недостатньо, щоб захід держави, наприклад, статутне право, визначав надання допомоги. Держава-член має також контролювати передачу державних ресурсів на основі такого правового зобов'язання.



У справі **PreussenElektra** німецький регіональний державний закон визначав зобов'язання купувати електроенергію в постачальників електроенергії за фіксованою мінімальною ціною, таким чином надаючи економічну перевагу постачальникам електроенергії, тому що ця ціна була встановлена незалежно від ринкових умов. Проте цього правового зобов'язання було недостатньо для того, щоб продемонструвати, що державні ресурси були залучені, коли покупець і продавець/постачальник електроенергії реалізовували контрактні правочини⁴⁹.

Суд справедливості вирішив, що навіть попри визначення ділових стосунків між суб'єктами господарювання законом вони не включають ресурси із державного бюджету, тобто що була відсутня пряма чи непряма передача державних ресурсів. Він постановив, що розрізнення між допомогою, «яку надає держава-член», і допомогою, «яку надано за рахунок державних ресурсів», не означає, що всі переваги, надані державою, незалежно від того, чи фінансуються вони за рахунок державних ресурсів, становлять допомогу, а має на меті лише включити в таке визначення як переваги, надані безпосередньо державою, так і переваги, надані державним чи приватним органом, визначеним чи створеним державою⁵⁰. Інакше кажучи, це розрізнення має на меті лише уникнути ризику обходу у тому, що це не дозволяє державі уникнути свого обов'язку дотримання норм про державну допомогу шляхом створення приватних чи державних суб'єктів, які вона контролює, що надають перевагу замість уряду чи будь-якого державного органу. Проте не виникає занепокоєння щодо обходу, якщо перевага покладається лише на правове зобов'язання, визначене законом, і фінансові потоки мають місце у межах торговельних відносин між приватними суб'єктами господарювання. У цій справі відсутній державний контроль за фінансовими потоками, і таким чином не були залучені державні ресурси⁵¹.

⁴⁹ СЕС, рішення від 13.03.2001, С 379/98 PreussenElektra EU:C:2001:160, пара. 54.

⁵⁰ СЕС, рішення від 13.03.2001, С 379/98 PreussenElektra EU:C:2001:160, пара. 58.

⁵¹ Щодо цього див. СЕС, рішення від 13.03.2001, С 379/98 PreussenElektra EU:C:2001:160, пара. 58-61.

Суд справедливості вдосконалив свою судову практику, з-поміж іншого, у справі **Association Vent De Colère**⁵², відповідно до якої поняття державних ресурсів реалізовується, якщо сума, яка відповідає відповідному заходу, постійно залишається під державним контролем і таким чином є доступною для компетентних національних органів влади, навіть якщо казначейство не постійно утримує ці ресурси. Зокрема, це стосується ситуації, коли державний орган керує фондом, який фінансується за рахунок обов'язкового збору, що стягується з учасників ринку (електроенергії).

На відміну від ситуації у справі *PreussenElektra*, у такому випадку додаткова сума, яка має бути сплачена постачальнику електроенергії, спершу передається у державний фонд, яким керує держава, тобто таким чином це стає передачею державних ресурсів. Проте Суд справедливості додав, що не завжди повинна існувати передача державних ресурсів. Досить, щоб існував достатньо прямий зв'язок між перевагою, з одного боку, та зменшенням державного бюджету, з іншого боку, або достатньо конкретним економічним ризиком чи тягарем для такого бюджету, як у випадку податкових пільг чи державних гарантій⁵³.

Зрештою, у справі **Essent Netwerk Noord** Суд справедливості чітко зазначив, що суми, які походять із надбавок до ціни, що односторонньо накладаються законом держави на покупців електроенергії, яку зрештою повинні сплачувати кінцеві споживачі, можна інтегрувати у збір і, таким чином, вони походять із державного ресурсу⁵⁴.

Поняття приписування, як зазначено у справі **Stardust Marine**⁵⁵, тісно пов'язане з поняттям державних ресурсів. Відповідно до цього поняття, держава не лише повинна здійснювати контроль за державними ресурсами, а й її органи влади також повинні бути залучені до надання переваги. Самого того факту, що державний суб'єкт господарювання надає перевагу, яка походить із ресурсів, що залишаються під постійним державним контролем, недостатньо для встановлення такого приписування⁵⁶.

Приписування потрібно визначати з огляду на набір показників, які виникають за обставин справи, та контекст, у якому був ухвалений такий захід, наприклад, інтегрування державного суб'єкта господарювання «в структури державної адміністрації, характер її діяльності та діяльність останньої на ринку за нормальних умов конкуренції з приватними операторами, юридичний статус суб'єкта госпо-

⁵² СЄС, рішення від 19.12.2013, С 262/12 *Association Vent De Colère! Fédération nationale* та інші EU:C:2013:851, пара. 21.

⁵³ СЄС, рішення від 28.03.2019, С 405/16 *Р Німеччина проти Комісії* EU:C:2019:268, пара. 55-60.

⁵⁴ СЄС, рішення від 17.07.2008, С 206/06 *Essent Netwerk Noord* та інші EU:C:2008:413, пара. 66; див. також рішення від 28.03.2019, С 405/16 *Р Німеччина проти Комісії* EU:C:2019:268, пара. 68.

⁵⁵ СЄС, рішення від 16.05.2002, С 482/99 *Франція проти Комісії* EU:C:2002:294, пара. 24 та 50-7.

⁵⁶ СЄС, рішення від 16.05.2002, С 482/99 *Франція проти Комісії* EU:C:2002:294, пара. 37-8 та 52.

дарювання (у значенні того, що він підпорядковується державному законодавству чи звичайному корпоративному праву), інтенсивність нагляду, який здійснюють державні органи влади щодо управління суб'єктом господарювання, або будь-який інший показник, що демонструє в конкретному випадку залучення державних органів влади до ухвалення заходу або малої ймовірності відсутності їх залучення, також враховуючи спрямованість заходу, його змістове наповнення чи умови, які в ньому містяться»⁵⁷. З іншого боку, платіжні зобов'язання, встановлені законами держави, наприклад, в енергетичному секторі завжди приписуються державі⁵⁸. Зрештою, як продемонстровано у справі **Commerz Nederland**, самого того факту, що державний посадовець надає перевагу, незважаючи на застосовні національні норми, недостатньо для виключення приписування⁵⁹.

D. Поняття (економічної) переваги та вибірковості

Відповідно до усталеної судової практики, поняття економічної переваги визначається дуже широко. Воно включає не лише позитивні переваги, такі як субсидії, позики, гарантії, прямі інвестиції в капітал суб'єктів господарювання, а й також втручання, які у різних формах пом'якшують виплати, що зазвичай включаються до бюджету суб'єкта господарювання, такі як податки чи соціальні внески, та які таким чином мають ту саму природу і той самий вплив, при цьому не будучи субсидіями в суворому значенні слова⁶⁰. Загальне мірило, яке використовується для визначення того, чи держава надала перевагу, полягає у тому, чи суб'єкт господарювання – отримувач отримав би ту саму перевагу за нормальних ринкових умов⁶¹ – тест, який є особливо важливим у зв'язку із застосуванням «принципу приватного оператора» (див. Розділ Д нижче). У випадку державних гарантій Суд справедливості навіть визнав оспорюване припущення про існування переваги на основі застосовних національних норм⁶².

Поняття переваги тісно пов'язане з поняттям вибірковості, яке останнім часом є предметом активних обговорень у судовій практиці, зокрема, у сфері податко-

⁵⁷ СЕС, рішення від 16.05.2002, С 482/99 Франція проти Комісії EU:C:2002:294, пара. 55-6. Див. також більш нещодавнє рішення від 10.12.2020, С 160/19 P Comune di Milano проти Комісії EU:C:2020:1012, пара. 46 і далі; рішення від 02.03.2021, С 425/19 P Комісія проти Італії та інших EU:C:2021:154, пара. 59 і далі.

⁵⁸ СЕС, рішення від 28.03.2019, С 405/16 P Німеччина проти Комісії EU:C:2019:268, пара. 50; рішення від 15.05.2019, С 706/17 Achema та інші EU:C:2019:407, пара. 49.

⁵⁹ СЕС, рішення від 17.09.2014, С 242/13 Commerz Nederland EU:C:2014:2224, пара. 35-6.

⁶⁰ СЕС, рішення від 08.05.2003, С 328/99 і С 399/00 Італія та SIM 2 Multimedia проти Комісії EU:C:2003:252, пара. 35.

⁶¹ СЕС, рішення від 21.12.2016, С 131/15 P Club Hotel Loutraki та інші проти Комісії EU:C:2016:989, пара. 70-1.

⁶² СЕС, рішення від 03.04.2014, С 559/12 P Франція проти Комісії EU:C:2014:217, пара. 64-5 та 98-9; рішення від 19.09.2018, С 438/16 P Комісія проти Франції та IEP Énergies nouvelles EU:C:2018:737, пара. 109-13 та 139 і далі. Стосовно переваги, яка виникає у результаті публічних оголошень, зроблених членом уряду Франції, див. СЕС, рішення від 19.03.2013, С 399/10 P і С 401/10 P Bouygues та Bouygues Télécom проти Комісії та інших і Комісія проти Франції та інших EU:C:2013:175, пара. 99 і далі.

вих заходів⁶³. Критерій вибірковості походить із формулювання «надаючи переваги певним суб'єктам господарювання або виробництву певних товарів» у частині першій статті 107 ДФЄС. У податкових питаннях це стосується запитання, чи певні суб'єкти господарювання отримують перевагу щодо певного звільнення від сплати податків чи зменшення суми на противагу іншим. Інакше кажучи, це питання податкової дискримінації.

На основі послідовної практики Комісії суди ЄС розробили *трьохетапний тест* із метою визначення того, чи таке звільнення від сплати податку чи зменшення суми є вибірковим і таким чином становить собою перевагу у значенні частини першої статті 107 ДФЄС.

НА ПЕРШОМУ ЕТАПІ

у межах повного перегляду Комісією та судами ЄС потрібно визначити звичайний чи нормальний податковий режим, тобто основу для порівняння, використовуючи яку буде визначено, чи мало місце особливе ставлення до одного чи більше суб'єктів господарювання.

НА ДРУГОМУ ЕТАПІ

потрібно визначити, чи таке ставлення спричиняє відхилення від нормального податкового режиму та відмінності між різними економічними операторами, які опинилися у фактичних і правових ситуаціях, які або є ідентичними, або принаймні порівнюваними з огляду на завдання, що переслідується податковим режимом (так звана апріорна вибірковість). Інакше кажучи, цей аналіз використовується для виявлення існування податкової дискримінації між різними суб'єктами господарювання, які функціонують на відповідному ринку.

⁶³ Зокрема, див. СЄС, рішення від 21.12.2016, С 20/15 Р і С 21/15 Р Комісія проти World Duty Free Group та інших (Re: іспанська добра воля) EU:C:2016:981, пара. 54 і далі; рішення від 28.06.2018, С 203/16 Р Andres (банкротство Heitkamp BauHolding) проти Комісії (Re: німецький Sanierungsklausel) EU:C:2018:505, пара. 80 і далі; рішення від 25.07.2018, С 128/16 Р Комісія проти Іспанії та інших (Re: іспанська модель істинної оренди), EU:C:2018:591; рішення від 19.12.2018, С 374/17 A-Brauerei (Re: німецький закон, який звільняє від сплати податку на передачу майна) EU:C:2018:1024.

ТРЕТІЙ ЕТАП

дозволяє державі-члену обґрунтувати таку податкову дискримінацію між суб'єктами господарювання, які опинилися в тій самій чи порівнюваній правовій і фактичній ситуації. Обґрунтування, щодо якого тягар доказування лежить на державі-членові, є можливим із посиланням на характер чи загальну структуру податкового режиму з врахуванням його основних чи керівних принципів та внутрішніх механізмів⁶⁴. Зокрема, схеми податкової прогресії на основі діяльності суб'єктів господарювання, які вимірюються з огляду на прибутки чи оборот, є важливим прикладом обґрунтування такої податкової диференціації⁶⁵.

Е. «Принцип приватного оператора» або «тест приватного інвестора»

«Принцип приватного оператора» або «тест приватного інвестора» є результатом обмеженого трактування у судах ЄС судової практики щодо сфери дії застосування частини першої статті 107 ДФЄС, натхненням для якої став принцип рівного ставлення до приватного і державного секторів. Хоча і тісно пов'язаний із поняттям переваги, цей принцип чи тест безпосередньо не зазначаються у формулюванні частини першої статті 107 ДФЄС. Таким чином, ця судова практика подібна на правило «розумного підходу» щодо критеріїв Альтмарк (див. Розділ А вище та Розділ Е нижче). Основоположна ідея полягає в рівному ставленні – подібно до ідеї, закріпленої у частині першій статті 106 ДФЄС – відповідно до якої ставлення до державного сектору не повинне відрізнятися від ставлення до приватного сектору, якщо він функціонує відповідно до нормальних ринкових умов, наприклад, як приватний інвестор, власник, кредитор чи продавець⁶⁶.

Відповідна судова практика зазнала значного розвитку впродовж останніх років. Однією з основних справ є справа **Комісія проти FIH Holding**, у якій Суд справедливості вперше переназвав «тест приватного інвестора» «принципом приватного оператора», що має на меті покривати всі види економічної діяльності, які здійснюються державою у ситуації, в якій її можна порівняти із приватним оператором на ринку⁶⁷. У минулому судова практика все ще покладала тягар доказування на державу-члена щодо демонстрування застосовності цього принципу, так би мовити, як винятку, який дозволив би їй за виняткових об-

⁶⁴ Детальніше див. у СЄС, рішення від 19.12.2018, С 374/17 A-Brauerei (Re: німецький закон, який звільняє від сплати податку на передачу майна) EU:C:2018:1024, пара. 20 і далі.

⁶⁵ Напр., СЄС, рішення від 16.03.2021, С 562/19 Р Комісія проти Польщі EU:C:2021:201, пара. 26 і далі.

⁶⁶ Напр., див. СЄС, рішення від 08.05.2003, С 328/99 і С 399/00 Італія та SIM 2 Multimedia проти Комісії EU:C:2003:252, пара. 37.

⁶⁷ СЄС, рішення від 06.03.2018, С 579/16 Р Комісія проти FIH Holding та FIH Erhvervsbank EU:C:2018:159, пара. 45 і 52.

ставин уникнути заборони відповідно до частини першої статті 107 ДФЄС, коли вона начебто надала переваги за ринкових умов⁶⁸. Проте остання судова практика свідчить про те, що принцип приватного інвестора є складовим елементом поняття державної допомоги, яке Комісія має підтвердити у кожному випадку, навіть якщо держава-член прямо не посиляється на нього⁶⁹. До того ж, із часом доказовий тягар Комісії щодо цього значно збільшився⁷⁰.

Водночас судова практика визнала, що відповідно до принципу приватного оператора Комісія має проводити складні економічні оцінки, наприклад, щодо потенційної можливості повернути інвестицію, яку приватний інвестор обов'язково врахував би під час ухвалення рішення щодо інвестиції⁷¹. Як уже зазначалося у Розділі А, як виняток із загального правила, яким керується обсяг перегляду відповідно до частини першої статті 107 ДФЄС, такі складні економічні оцінки підпадають лише під обмежений судовий перегляд, зокрема, відповідно до тесту очевидної помилки. Це також означає, що суддя ЄС не може замінити своєю оцінкою оцінку Комісії або доповнювати мотивувальну частину рішення Комісії. До того ж, правомірність рішення Комісії потрібно оцінити з огляду на інформацію, яка була в наявності на момент його ухвалення, у тому числі інформацію, яку Комісія могла б отримати, якби належним чином скористалася своїми повноваженнями щодо проведення розслідування у межах адміністративної процедури⁷².

Суд справедливості також розширив обсяг застосування принципу приватного оператора у **справі EDF**. Він визнав, що цей принцип також можна застосовувати у справах, у яких держава використовує свої публічні повноваження⁷³, наприклад, шляхом запровадження податкових норм із метою збільшення капіталу державного суб'єкта господарювання⁷⁴, або обираючи між різними процедурами стягнення боргу, принаймні частина з яких доступна лише державним органам влади⁷⁵. На противагу так зване поняття «інфікування» унеможливає застосування принципу приватного оператора. Відповідно до цього поняття держава-член може невдало скористатися цим принципом, якщо суб'єкт господарювання – отримувач вже отримував державну допомогу у минулому, яка може

⁶⁸ СЄС, рішення від 05.06.2012, С 124/10 Р Комісія проти EDF EU:C:2012:318, пара. 80 і далі – це важливий поворотний момент щодо цього

⁶⁹ СЄС, рішення від 06.03.2018, С 579/16 Р Комісія проти FIH Holding та FIH Erhvervsbank EU:C:2018:159, пара. 46.

⁷⁰ СЄС, рішення від 26.03.2020, С 244/18 Р Larko проти Комісії EU:C:2020:238, пара. 20 і далі.

⁷¹ СЄС, рішення від 20.09.2017, С 300/16 Р Комісія проти Frucona Košice EU:C:2017:706, пара. 61-4; рішення від 10.12.2020, С 160/19 Р Comune di Milano проти Комісії EU:C:2020:1012, пара. 100 і далі.

⁷² СЄС, рішення від 20.09.2017, С 300/16 Р Комісія проти Frucona Košice EU:C:2017:706, пара. 70-1; рішення від 26.03.2020, С 244/18 Р Larko проти Комісії EU:C:2020:238, пара. 31-2.

⁷³ Проте навіть якщо вони ухвалюють рішення з приводу приватних торговельних відносин, постанови цивільного суду, ухвалені щодо реалізації публічних повноважень, не можуть відповідати тесту приватного інвестора, див. СЄС, рішення від 11.12.2019, С 332/18 Р Mytilinaios Anonymos Etairia – Omilos Epicheiriseon проти Комісії EU:C:2019:1065, пара. 133-4.

⁷⁴ СЄС, рішення від 05.06.2012, С 124/10 Р Комісія проти EDF EU:C:2012:318, пара. 80 і далі.

⁷⁵ СЄС, рішення від 24.01.2013, С 73/11 Р Frucona Košice проти Комісії EU:C:2013:32, пара. 70 і далі.

«інфікувати» будь-яку іншу інвестицію. У такому разі попереднє надання державної допомоги у процесі реалізації публічних повноважень вже спотворило економічну ситуацію/конкуренцію так, що нову державну інвестицію не можна порівнювати з діями приватного оператора за нормальних ринкових умов, який би не зміг взяти до уваги таку допомогу в своїх економічних підрахунках⁷⁶.

Г. Компенсація за надання послуг загального економічного інтересу та критерії Альтмарк

Із метою забезпечення ефективності послуг загального економічного інтересу чи завдань із надання публічних послуг у державах-членах, впровадження яких вимагає значної компенсації витрат, Суд справедливості ухвалив ще одне правило «розумного підходу», трактуючи обсяг застосування частини першої статті 107 ДФЄС досить обмежено, зокрема, поняття економічної переваги.

У справі **Altmark Trans**, яка стосується надання публічних транспортних послуг у місті середнього розміру – Магдебурзі в Німеччині, Суд справедливості розробив тест, який складається із чотирьох кумулятивних критеріїв, виконання яких означає, що заборона відповідно до частини першої статті 107 ДФЄС не застосовується до фінансової компенсації для надання певних ПЗЕІ⁷⁷. Відповідно до цієї судової практики не всі переваги, зокрема, ті, які надаються для компенсування витрат, яких неможливо уникнути, чи витрат, понесених державними суб'єктами господарювання під час виконання своїх публічних місій, підпадають під заборону.

Критерії Альтмарк

По-перше, має бути дійсна реалізація чітко визначеного зобов'язання із надання ПЗЕІ, так звана, «публічна місія», яка має бути прямо довірена конкретному суб'єкту господарювання. По-друге, відповідні норми чи рішення довірити цю місію мають заздалегідь визначити об'єктивні та прозорі параметри для розрахунку компенсації. По-третє, відповідно до так званого тесту «надмірної компенсації» чи пропорційності, компенсація не може перевищувати суму, необхідну для покриття всіх або частини витрат, понесених під час виконання зобов'язань із надання ПЗЕІ, з урахуванням відповідних надходжень та розумного прибутку. По-четверте, відповідно до так званого критерію ефективності або оператор, якому довіряють виконання публічної місії, має обиратися згідно з прозорою і недискримінаційною процедурою публічних закупівель, або рівень необхідної

⁷⁶ СЄС, рішення від 06.03.2018, С 579/16 Р Комісія проти FIH Holding та FIH Erhvervsbank EU:C:2018:159, пара. 58-60

⁷⁷ СЄС, рішення від 24.07.2003, С 280/00 Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg EU:C:2003:415

компенсації має визначатися на основі аналізу витрат, які типовий суб'єкт господарювання із належним управлінням та достатніми ресурсами, необхідними для надання публічних послуг, поніс би під час виконання цих зобов'язань, із врахуванням відповідних надходжень та розумного прибутку⁷⁸.

Зокрема, другу частину критерію ефективності дуже важко реалізувати на практиці, тому зазвичай рекомендовано обирати першу частину – процедуру публічних закупівель. Це тому, що на багатьох ще недостатньо лібералізованих ринках, наприклад, в енергетичному секторі, на яких відсутні реальні ринкові/конкурентні умови, не так легко визначити характерні риси гіпотетичного ефективного оператора.

Публічна компенсація витрат, понесених під час виконання зобов'язань із надання ПЗЕІ, становить економічну перевагу у значенні частини першої статті 107 ДФЕС, якщо принаймні один із кумулятивних критеріїв Альтмарк не дотримано. Проте у такому разі держава-член все ще може посилається на умови-винятки відповідно до частини другої статті 106 ДФЕС, які є менш суворими, зокрема, щодо застосування тесту пропорційності, та які не передбачають використання критерію ефективності (четвертого критерію Альтмарк). Проте відповідно до цього положення державі-члену все ще потрібно належним чином визначити публічну місію⁷⁹ (див. інформацію про широкі дискреційні повноваження держав-членів і обмежений обсяг перегляду щодо цього у Розділі А).

Г. Поняття спотворення конкуренції та впливу на торгівлю між державами-членами

Поняття спотворення конкуренції та впливу на торгівлю між державами-членами майже не створювало проблем у правовій практиці. З огляду на формулювання «спотворює або загрожує спотворити конкуренцію» Суд справедливості постійно ухвалював рішення, що Комісії чи відповідному суду достатньо виявити потенційне спотворення конкуренції, а також що можна припустити, що таке спотворення існує за умови виконання інших умов щодо поняття державної допомоги. До того ж, навіть попри те, що формулювання частини першої статті 107 ДФЕС («тією мірою, якою вона впливає на торгівлю між державами-членами») не вимагає цього, судова практика переважно досліджує поняття (потенційного) спотворення конкуренції та впливу на торгівлю спільно і однаково до них ставиться.

⁷⁸ СЕС, рішення від 24.07.2003, С 280/00 Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg EU:C:2003:415, пара. 87-94.

⁷⁹ Див. СЕС, рішення від 15.05.2019, С 706/17 Achema та інші EU:C:2019:407, пара. 102 і далі; рішення від 24.11.2020, С 445/19 Viasat Broadcasting UK EU:C:2020:952, пара. 29 і далі.

Отже, Суд справедливості послідовно зазначає, що необов'язково «встановлювати, що конкуренція дійсно спотворюється, а потрібно лише дослідити, чи допомога може спотворити конкуренцію». Подібним чином, на думку цього Суду, не потрібно встановлювати, що допомога дійсно вплинула на торгівлю між державами-членами, а лише що допомога може вплинути на таку торгівлю⁸⁰. Найважливішим доказом такого спотворення конкуренції і впливу на торгівлю є те, що допомога посилює економічну позицію отримувача допомоги порівняно з іншими конкурентами на ринку ЄС (дійсними чи потенційними), які вважають, що їхня можливість залишитися чи зайти на відповідний ринок зменшується. Отримувач допомоги навіть не повинен сам бути залучений до торгівлі на внутрішньому ринку ЄС.

Таким чином, місцеві чи регіональні ринки, такі як місцевий публічний транспортний сектор у справі **Altmark Trans**, також можуть зазнати впливу⁸¹. Проте Комісія намагається спонукати суди ЄС запровадити більш вільне трактування цих понять, оскільки це б дозволило їй більше не займатися менш важливими справами про державну допомогу суто місцевого чи регіонального характеру, що не відповідає її пріоритетним завданням щодо забезпечення дотримання норм, але що часто є предметом скарг⁸².

Питання для самоконтролю

1. Які підстави для перегляду у судових процесах щодо державної допомоги у ЄС?
2. Що розуміється під поняттям «суб'єкт господарювання» у сфері державної допомоги?
3. Які етапи передбачає тест із метою визначення, чи звільнення від податку є перевагою?
4. Що означає «принцип приватного оператора»?
5. За яких умов компенсація обґрунтованих витрат на надання ПЗЕІ не є державною допомогою суб'єктам господарювання?

⁸⁰ СЄС, рішення від 15.05.2019, С 706/17 Achema та інші EU:C:2019:407, пара. 89-98 і 122-8; рішення від 29.07.2019, С 659/17 Azienda Napoletana Mobilità EU:C:2019:633, пара. 29 і далі.

⁸¹ Щодо цього див. СЄС, рішення від 29.07.2019, С 659/17 Azienda Napoletana Mobilità EU:C:2019:633, пара. 30-1.

⁸² Див., напр., СЗЮ, рішення від 14.05.2019, Т 728/17 Marininvest і Porting проти Комісії, неопубліковане, EU:T:2019:325.

3. КРИТЕРІЇ ДОПУСТИМОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ ТА АНАЛІЗ ПРАКТИКИ АМКУ

Олена Лілемяе, к.ю.н., головний спеціаліст
Департаменту моніторингу і контролю державної допомоги АМКУ

З моменту набрання чинності Угодою про асоціацію між Україною та ЄС, держава зобов'язалась розробити національну систему контролю і моніторингу державної допомоги, в тому числі визначити уповноважений орган з цих питань.

Законом України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання»⁸³ **Анти-монопольний комітет України** визначено **Уповноваженим органом з питань державної допомоги суб'єктам господарювання**, який в повному обсязі здійснює всі повноваження, що пов'язані з проведенням моніторингу державної допомоги суб'єктам господарювання, здійсненням контролю за допустимістю.

Законом встановлено загальне правило недопустимості для конкуренції надання будь-якої державної допомоги. Однак, АМКУ, розглянувши повідомлення про державну допомогу, має повноваження в окремих випадках, передбачених статтями 5 та 6 зазначеного закону, визнати таку державну допомогу допустимою.

При цьому, специфікою справ щодо оцінки допустимості державної допомоги є те, що, на відміну від інших справ та досліджень, що здійснюються в рамках Закону України «Про захист економічної конкуренції»⁸⁴, Комітет не має встановлювати конкретного факту спотворення конкуренції, достатнім є визнання того, що ринок є або потенційно може бути конкурентним. Тобто, відсутність будь-яких юридичних чи об'єктивних бар'єрів для потенційного вступу на такий ринок нових гравців вже є достатньою для того, щоб вважати такий ринок потенційно конкурентним, державна допомога одному (або декільком) з гравців якого загрожуватиме спотворенням конкуренції.

Відповідно до частини четвертої статті 9 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» **нова державна допомога, що підлягає повідомленню, може бути надана лише після отримання відповідного рішення Уповноваженого органу**, передбаченого пунктами 1 і 2 частини шостої статті 10 або пунктами 1-3 частини сьомої статті 11 цього Закону.

Надання державної допомоги до отримання рішення АМКУ щодо допустимості такої державної допомоги або всупереч рішенням може призвести до визнання

⁸³ Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01.07.2014 № 1555-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18#Text>

⁸⁴ Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>

її незаконною та недопустимою для конкуренції і подальшого повернення надавачем до відповідного бюджету.



Так, наприклад, у *рішенні 652-р від 20.11.2018*⁸⁵ АМКУ визнав державну допомогу Вінницької міської ради комунальному підприємству «**Вінницька транспортна компанія**», що надавалась на підставі Комплексної Програми розвитку міського пасажирського транспорту на 2018-2023 роки недопустимою державною допомогою, оскільки перевізник на автобусному маршруті обирався не на конкурсній основі. Позицію АМКУ було підтримано у всіх судових інстанціях, в тому числі у Верховному Суді⁸⁶.

Верховним Судом також було підтверджено, що АМКУ має право безпосередньо при прийнятті рішень, застосовуючи статтю 264 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, використовувати відповідну судову практику Суду справедливості ЄС, а також відповідне вторинне законодавство, рамкові положення, керівні принципи та інші чинні адміністративні акти ЄС.



Ще одне негативне *рішення АМКУ 278-р від 12.05.2020*⁸⁷ стосувалося комунального підприємства «**Міжнародний аеропорт Ужгород**». Державну допомогу з метою забезпечення безперервності та регулярності повітряних перевезень при обслуговуванні повітряної лінії Київ – Ужгород – Київ було визнано недопустимою, оскільки Державна авіаційна служба України повідомила, що не приймала рішення про визначення авіаперевізника, для обслуговування зазначеної повітряної лінії, що має суспільно важливий характер та не проводила відкритий конкурс з метою визначення авіаперевізника чи авіаперевізників для обслуговування цього маршруту. Тобто не було дотримано вимог діючого українського законодавства щодо визначення такого перевізника, відповідно цей авіаперевізник не був належним отримувачем державної допомоги. Відповідно і будь-яких законних підстав для визнання такої державної допомоги допустимою в АМКУ не було.

⁸⁵ Рішення АМКУ від 20.11.2018 у справі №.652-р. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/rishennya-652-r-vid-20112018>

⁸⁶ Постанова Верховного Суду від 31.03.2020 р. у справі №640/65/19. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/88534719>

⁸⁷ Рішення АМКУ від 12.05.2020 у справі №.278-р. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/pro-rezultati-rozglyadu-spravi-pro-derzhavnu-dopomogu-46>

Переважна кількість повідомлень (біля 80%), що надходять до АМКУ, стосуються фінансування місцевими органами влади та самоврядування комунальних підприємств. При чому в більшості випадків такі комунальні підприємства здійснюють діяльність, яка потенційно може здійснюватися і підприємствами будь-якої іншої форми власності. Це підтверджує актуальність питання доцільності та застосування рівних правил надання державної допомоги суб'єктам господарювання будь-якої форми власності.

Це, зокрема, стосується надання такої форми державної допомоги, як податкові пільги. Досить часто такі пільги щастить отримати виключно комунальним підприємствам, що є неприпустимим для правил надання державної допомоги, оскільки суб'єкти господарювання будь-якої форми власності повинні діяти на ринку в рівних умовах, чесно конкуруючи між собою, від чого споживач тільки виграє.

Окремою сферою, в якій найчастіше здійснюють послуги комунальні підприємства, є сфера **послуг загального економічного інтересу**. У ЄС немає нормативно-правового акта, яким би було закріплено чіткий перелік ПЗЕІ, але деякі приклади згадуються у рамковому *Керівництві для послуг загального інтересу у Європі 2011 року*, а саме: поштові послуги, громадський транспорт, енергетичний сектор, електронні комунікації, будівництво інфраструктури, пов'язаної з наданням суспільних послуг, послуги з управління відходами, охорона здоров'я тощо⁸⁸.

В Україні перелік таких послуг встановлюється Кабінетом Міністрів України⁸⁹.

Особливістю застосування норм ПЗЕІ є те, що законодавство про державну допомогу не поширює свою дію на підтримку господарської діяльності, пов'язаної з наданням ПЗЕІ, у частині компенсації обґрунтованих витрат на надання таких послуг.

Для того, щоб визнати таку компенсацію обґрунтованою, надавач має дотримуватись декількох критеріїв, встановлених у рішенні *Альтмарк* Суду ЄС⁹⁰, яке є прецедентним. АМКУ широко використовує критерії *Альтмарк* при оцінці обґрунтованих витрат на підставі ст. 264 Угоди про асоціацію і розглядає можливість імплементувати їх в українське законодавство.

⁸⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, a Quality Framework for Services of General Interest in Europe 20.12.2011, COM(2011) 900. URL: https://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/president/news/speeches-statements/pdf/20111220_1_en.pdf

⁸⁹ Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку послуг, що становлять загальний економічний інтерес» від 23 травня 2018 р. № 420. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/420-2018-%D0%BF#Text>

⁹⁰ ЄС, рішення від 24.07.2003, C 280/00 Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg EU:C:2003:415

Останній із чотирьох критеріїв Альтмарк вказує нам на конкурентний спосіб обрання суб'єкта господарювання, що надає ПЗЕІ, при цьому процедура має бути відкритою, прозорою та недискримінаційною, яка дозволяє обрати надавача послуг, який міг би забезпечити ці послуги із найменшими витратами для населення. Отже, **ключовим критерієм процедури закупівель має бути ціна на послугу**. Ця умова не вважається виконаною, коли в тендерній процедурі подається лише одна пропозиція.



Так у рішенні від 18.03.2021 № 159-р⁹¹ Комітет визнав, що компенсація, що надається комунальному підприємству «**Миколаївпастранс**», не може вважатися компенсацією обґрунтованих витрат на надання ПЗЕІ, оскільки при проведенні конкурсу з перевезення пасажирів на автобусному маршруті на розгляд конкурсного комітету було винесено лише одну пропозицію, що не виконує умову обрання надавача послуг за найменшою ціною.

Отже, аналізуючи практику Комітету, приходимо до висновку, що саме комунальні підприємства отримують найбільшу частину державної підтримки, яка складається із коштів платників податків, тобто населення.

Тому постає питання більш раціонального використання бюджетного ресурсу та обрання суб'єкта господарювання для послуг, які зараз надаються комунальними підприємствами, через процедуру публічних закупівель, що забезпечить якісні послуги за найменшою ціною.

При цьому, якщо з державного чи місцевого бюджетів фінансуються підприємства, які стали переможцями відкритого прозорого проконкурентного конкурсу (наприклад, Prozorro), – то в такому випадку два з чотирьох критеріїв державної допомоги не дотримуються. По-перше, таке підприємство не отримує економічної переваги, оскільки ним було запропоновано найнижчу ціну, по-друге, не відбувається спотворення конкуренції, оскільки конкурс саме і є проконкурентним інструментом обрання надавача послуг або виробника товарів.

Питання для самоконтролю

1. Чи має право АМКУ використовувати судову практику Суду Європейського Союзу у сфері державної допомоги?
2. За яких умов державна допомога є допустимою?
3. Яким має бути основний критерій процедури закупівель?

⁹¹ Рішення АМКУ від 18.03.2021 № 159-р. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/pro-rezultati-rozglyadu-spravi-pro-derzhavnu-dopomogu-96>

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

- I. Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01.07.2014 № 1555-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18#Text>
- II. Закон України «Про внесення змін до бюджетного кодексу України щодо рішень уповноваженого органу з питань державної допомоги» від 14.05.2015 №416-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/416-19#Text>
- III. Регламент Комісії (ЄС) №2015/2282 від 27.11.2015 про внесення змін і доповнень до Регламенту (ЄС) №794/2004 щодо форм нотифікації та інформаційних листків. URL: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/55-GOEEI/komisii-es-20152282.pdf>
- IV. Розпорядження КМУ «Про затвердження плану заходів щодо проведення інституційної реформи у сфері моніторингу та контролю державної допомоги суб'єктам господарювання та реалізації положень Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 04.03.2013 № 102-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/102-2013-%D1%80#Text>
- V. Розпорядження АМКУ «Деякі питання реалізації Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 28.12.2015 №43-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0140-16#Text>
- VI. Розпорядження АМКУ «Про затвердження Порядку подання та оформлення повідомлень про нову державну допомогу та про внесення змін до умов чинної державної допомоги» від 04.03.2016 № 2-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0501-16#Text>
- VII. Розпорядження АМКУ «Про затвердження Порядку розгляду справ про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 12.04.2016 № 8-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0686-16#Text>
- VIII. Портал державної допомоги. Рішення АМКУ. URL: <http://pdd.amc.gov.ua/registry/registryofdecision/list>
- IX. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку повернення незаконної державної допомоги, недопустимої для конкуренції» від 4 липня 2017 р. № 468. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/468-2017-%D0%BF#Text>

- X. Річні звіти АМКУ про надання державної допомоги. URL: <https://amcu.gov.ua/napryami/derzhavna-dopomoga/richni-zviti-pro-nadannya-derzhavnoyi-dopomogi>
- XI. Рогінська Я. В. Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» / Я. В. Рогінська ; [вступ. сл. д-ра Ю. Стюарта]. – Харків : Право, 2017. – 136 с.
- XII. Роз'яснення АМКУ з питань застосування законодавства. URL: <https://amcu.gov.ua/napryami/derzhavna-dopomoga/rozyasnennya-z-pitan-zastosuvannya-zakonodavstva>
- XIII. Судова практика Європейського Союзу. URL: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en>
- XIV. EU Competition Law Rules Applicable to State Aid 15.04.2014. URL: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/state_aid_15_04_14_en.pdf
- XV. Consolidated text: Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty (Text with EEA relevance). URL: <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/651/2017-07-10>
- XVI. Kreuzschitz V., Some thoughts on the jurisprudence of European courts concerning the admissibility of actions against State aid decisions, in: A. Sutton (ed.), EC State Aid Law – Liber Amicorum F. S. Gadea (The Netherlands: Kluwer International, 2008), pp. 369–389
- XVII. Kreuzschitz V., Decentralized Judicial Review and Enforcement of EU State Aid Rules, in: Herwig Hofmann and Claire Micheau (eds.), EU State Aid Law of the European Union (OUP, Oxford, 2016), pp. 401-405
- XVIII. Nehl HP, 2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to Exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection, in: [2014] European State Aid Law Quarterly (EStAL) (2), pp. 235-249
- XIX. Nehl HP, Judicial Review of Complex Socio-Economic, Technical, and Scientific Assessments, in: Joana Mendes (ed.), EU Executive Discretion and the Limits of Law (OUP, Oxford, 2019), pp. 157-197

ПОСІБНИК ДЛЯ СУДДІВ

**ДЕРЖАВНА ДОПОМОГА СУБ'ЄКТАМ
ГОСПОДАРЮВАННЯ**

Упорядники:

В. Брадеуцану, Н. Шукліна, О. Коптєва

Переклад:

Д. Піменова, Н. Томчук

Дизайн та верстка:

Д. Мокрий-Вороновський, Т. Урущак,
студія графічного дизайну Diagrama Graphics