

Др Таијана Љ. Јованић, ванредни професор
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
tanja@ius.bg.ac.rs

ДРЖАВНА ПОМОЋ ЗА ИНВЕСТИЦИЈЕ У ЕНЕРГЕТСКУ ИНФРАСТРУКТУРУ: ДИЛЕМЕ У ВЕЗИ ПРОЈЕКТА „КОЛУБАРА Б“

Сажетак: Једно од кључних питања у преговорима о приступању ЕУ у поглављу 8 (Политика конкуренције) је прелазни режим за државну помоћ додељену пре приступања у чланство, која мора бити компатибилна са правом ЕУ. У овом раду се разматра правни оквир за државну помоћ у области енергетике у праву ЕУ, укључујући и интерпретативне акције Европске комисије, као и нормативне обавезе Србије у процесу стабилизације и придруживања, преговора о приступању и Уговора о енергетској заједници. Предмет рада је анализа критеријума за одређивање постојања државне помоћи за инвестиције у енергетску инфраструктуру, са нарочитим акцентом на доказивање постојања финансијске погодности у облику гаранција, будући да је Република Србија издала гаранције за инвестиционе кредитне одобрене ради реализације пројекта термоелектране „Колубара Б“, што је било предмет истраживања пред Министарским саветом Енергетске заједнице.

Кључне речи: државна помоћ, енергетска инфраструктура, преговори о приступању, право ЕУ.

1. УВОД

Подршка привредним субјектима, појединим гранама или регионима може бити усмерена на различите социјалне и економске циљеве. Због потенцијалног негативног утицаја државне помоћи на алокацију ресурса и унутрашњу трговину, правила о додели државне помоћи су кодификована у циљу повећања транспарентности и предвидљивости, као и објективности у поступ-

ку доделе.¹ Уговор о функционисању ЕУ (УФЕУ)² начелно забрањује државну помоћ као подстицај из јавних ресурса, уз одређене изузетке. Одредбе о забрани државне помоћи обавезују органе јавне власти Србије због међународних уговора које је наша земља закључила, пре свега Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП)³ и Уговора о Енергетској заједници.⁴

Отпочињање преговора о приступању Србије Европској унији и активности које се обављају у погледу отварања Поглавља 8 – Конкуренција и државна помоћ, у којем је низ питања из области државне помоћи представљен кроз мерила за отварање поглавља,⁵ упућују на закључак да затварање овог поглавља може бити условљено питањима која се односе на правни оквир државне помоћи и његово спровођење од стране Комисије за државну помоћ. Једно од важних питања у преговорима у овом поглављу су прелазни режим за државну помоћ додељену пре ступања у чланство, као и решавање појединачних питања у погледу државних мера додељених у корист неког привредног субјекта.

Државна помоћ додељена пре ступања у чланство која ће у преговорима бити уврштена у прелазни режим мора бити компатибилна са правом ЕУ, укључујући и интерпретативне акте Европске комисије који *stricto sensu* не представљају формалне изворе права државне помоћи. Ови инструменти меког права ће бити приказани у раду у контексту специфичног режима инвестиција у енергетску инфраструктуру. То се односи и на помоћ у облику државних гаранција и кредита, што је најзначајнији спорни елемент у случају који се разматра у раду, обзиром да је за потребе изградње Термоелектране „Колубара Б“ Република Србија издала четири гаранције за отплату финансијских кредита. Примери из нових држава чланица указују да одређене мере државне помоћи, пре свега оне које су одобрене у корист великих државних система, подразумевају овлашћење ЕУ да Србији наложи повраћај средстава уколико се те мере издвоје као услови за затварање преговарачког поглавља.⁶

¹ Драго Дивљак, „Државна помоћ у праву ЕУ и национално право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 365.

² *OJ C* 326, 26.10.2012.

³ Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008.

⁴ Закон о ратификацији Уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006.

⁵ European Commission, „*Screening Report Serbia Chapter 8 – Competition Policy*“, MD 205/15, 23. November 2015.

⁶ У преговорима Хрватске у овом поглављу била је предвиђена обавеза повраћаја државне помоћи додељене Железари Сисак у периоду 2002-2007 године са каматом. European

У првој целини рада размотриће се укратко општи појам државне помоћи и нормативни извори са акцентом на државну помоћ у области енергетике, као и нормативни оквир обавеза Србије у процесу стабилизације и придруживања, преговора о приступању и Уговора о енергетској заједници. Потом се указује на основне критеријуме за одређивање постојања државне помоћи, са фокусом на сектор енергетике и новију праксу европских судова, нарочито у погледу доказивања постојања преноса финансијске погодности у облику гаранција. Ово представља полазни основ за анализу конкретног случаја пројекта „Колубара Б“ у вези са којим се пред Министарским саветом Енергетске заједнице води поступак у циљу утврђивања да ли је Република Србија прекршила обавезе из Уговора о Енергетској заједници.

2. ОПШТИ ПОЈАМ И ИЗВОРИ ПРАВА ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ

2.1. Појам државне помоћи

Државна помоћ у правном смислу предмет је посебног материјалног и процесноправног режима који подразумева и утврђивање свих конститутивних елемената правног појма државне помоћи од стране надлежног регулаторног тела. Према чл. 2(1) Закона о контроли државне помоћи,⁷ државна помоћ је „сваки стварни или потенцијални јавни расход или умањено остварење јавног прихода, којим корисник државне помоћи стиче повољнији положај на тржишту у односу на конкуренте, чиме се нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на тржишту.“

Уговор о функционисању Европске уније не даје правну дефиницију појма државне помоћи, већ у члану 107(1) наводи пет елемената чије кумулативно постојање мора бити утврђено, да би се интервенција државе квалификовала као државна помоћ. Према овој одредби, „било која помоћ додељена од стране државе чланице или из државних ресурса у било којој форми, која нарушава или прети да наруши конкуренцију фаворизовањем одређених предузећа, или производњу одређених производа, биће, у мери у којој утиче на трговину између држава чланица, некомпатибилна са унутрашњим тржиштем.“ Пет елемената чије присуство се мора доказати су: 1) пренос финансијске предности; 2) предност која потиче од државе или је додељена из ресурса који су под државном контролом; 3) селективност предности; 4) ефекат предности је ограничење или потенцијално ограничење конкуренције; 5) предност утиче на трговину између држава чланица, односно на

Commission, *Information on the Results of the EU Accession Negotiations with Croatia*, November 2011, 9.

⁷ Чл. 2(а) Закона о контроли државне помоћи, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009.

унутрашњем тржишту ЕУ.⁸ Међутим, да би се говорило о постојању државне помоћи, неопходно је да се прво утврди да ли је инвестиција у инфраструктуру облик привредне активности.⁹ У енергетском сектору либерализација је знатно повећала уплив приватних улагача у инфраструктурна улагања, која су традиционално била резервисане за државу.

Државна помоћ је објективни појам, јер су за њено постојање релевантни ефекти мере, а не њени циљеви, па ће се сматрати да државна помоћ постоји и без обзира на чињеницу да ли је неко предузеће у конкретном случају могло да одбије државну помоћ.¹⁰ Циљеви могу бити релевантни у поступку одобрења државне помоћи, као што је то сигурност снабдевања енергијом, производња енергије из обновљивих извора и др. Контрола државне помоћи не бави се избором циљева, који су у регулаторном режиму дати, већ обезбеђењем финансијске дисциплине.¹¹ Док је коришћење субвенција ради остваривања циљева економске политике институт јавног права у форми концепта државне помоћи, дотле је у приватном праву, нарочито праву спољне трговине, циљ заштита од штетних последица субвенција које извозницима дају учесници у спољној трговини.¹²

О значају процесног приступа говори и чињеница да се нова државна помоћ додељена пре нотификације и одобрења Европске комисије сматра незаконитом државном помоћи, без обзира да ли испуњава услове компатибилности са наведеним критеријумима, чланом 108 УФЕУ и Уредбом о поступку контроле и повраћаја државне помоћи.¹³ Дакле, некомпатибилна државна помоћ је незаконита, али незаконита помоћ може накнадно бити одобрена ако је компатибилна са тржиштем ЕУ. Од обавезе нотификације постоје два изузетка која су такође релевантна за сектор енергетике. Први је Уредба Комисије (ЕУ) бр. 651/2014 о општем блок изузећу,¹⁴ која садржи опште критеријуме који су заједнички за све мере помоћи покривене изузећем,

⁸ У литератури се често појам предности и селективности спајају у један концепт. Но, Суд правде још увек није представио конзистентан принцип конститутивних елемената државне помоћи. Kelyn Bacon (Бејкн), *European Union Law of State Aid*, Oxford 2013, 20.

⁹ Joined Cases T-443/08, T-455/08 *Mitteldeutsche Flughafen and Flughafen Leipzig/Halle v Commission*, EU:T:2011:117, par. 92-100.

¹⁰ Case C-173/73 *Italy v Commission*, EU:C:1974:71, par. 13.; Case C-251/97 *France v Commission*, EU:C:1998:572, Opinion of Advocate General Fennelly, par. 26.

¹¹ Светислав Табороши, „Циљеви државне помоћи“, *Контрола државне помоћи у Србији и Европској унији* (ур. Стеван Лилић), Београд 2011, 11.

¹² Драго Дивљак, „Правни значај субвенција“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-2/2008, 530-531.

¹³ Council Regulation (EC) No 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the TFEU, *OJ L 248*, 24.9.2015.

¹⁴ 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, *OJ L 187*, 26.6.2014.

и посебне критеријуме који зависе од конкретне намене мере државне помоћи. Ова уредба значајна је због тога што нормира изузетке који се односе на област заштите животне средине.¹⁵ Други изузетак је државна помоћ мале вредности која је предмет Уредбе Комисије (ЕУ) бр. 1407/2013 (*de minimis* Уредба).¹⁶

2.2. Нормативни оквир државне помоћи у праву ЕУ

Одредбе УФЕУ представљају примарни извор правила државне помоћи. Члан 107 УФЕУ садржи основна начела материјалног права: забрану државне помоћи (став 1), аутоматско изузеће од забране за помоћ социјалног карактера и помоћ у случају катастрофа и ванредних ситуација (став 2) и услове за изузеће од забране ради решавања одређених проблема и чији позитивни ефекти претежу у односу на негативан утицај на конкуренцију и трговину (став 3). Члан 108 УФЕУ садржи процесна правила. Одредбе УФЕУ као део примарног права ЕУ појашњене су инструментима тумачења, низом аката, преваходно саопштења Европске комисије, као инструментима меког права којима се продубљује позитивна интеграција у области контроле државне помоћи.¹⁷ То су Саопштење Комисије о појму државне помоћи према члану 107(1) УФЕУ,¹⁸ Саопштење Комисије о гаранцијама,¹⁹ Саопштење Комисије о краткорочном извозно-кредитном осигурању,²⁰ Саопштење комисије о примени правила државне помоћи на услуге од општег економског интереса,²¹ а у области енергетике значајан је и Став Комисије о примени члана 107(1) на енергетску инфраструктуру (нарочито у ситуацијама када постоји државни монопол на преносној и дистрибутивној мрежи).²² Иако

¹⁵ Драго Дивљак, Сандра Фишер Шобот, „Државна помоћ за заштиту животне средине на наднационалном нивоу и у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2017, 684-685.

¹⁶ Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to *de minimis* aid, *OJ L* 352, 24.12.2013.

¹⁷ Michael Blauburger (Блојбергер), „Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law“, *West European Politics* 32(4), 719-737.

¹⁸ 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, *OJ C* 262, 19.7.2016.

¹⁹ Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, *OJ C* 155, 20. 06. 2008.

²⁰ Communication from the Commission to the Member States on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to short-term export-credit insurance, *OJ C* 392, 19. 12. 2012.

²¹ European Commission, Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, *OJ C* 8, 11.1.2012.

²² European Commission, Infrastructure Analytical Grid for Energy Infrastructure, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_energy_en.pdf, 24. децембар 2018.

формално нису извор права, њихова доследна примена од стране Европске комисије учинила је да даваоци, корисници државне помоћи и трећа лица имају легитимна очекивања у вези са њиховом применом. Томе је нарочито допринело прихватање ових инструмената као мериторне подлоге у пракси Суда правде ЕУ.²³

Члан 107(3) УФЕУ односи се на помоћ тржишту која је усклађена са циљевима политика ЕУ и решава неки тржишни недостатак. Једна од таквих ситуација је када пословање у одређеном делу сектора представља недовољно исплативу инвестицију. То је, примера ради, улагање у производњу енергије из обновљивих извора, где је државна интервенција неопходна. Мера мора бити подстицајна, тако да мења понашање корисника и одговарајућа (најмање дисторзивни облик интервенције), пропорционална и транспарентна. Критеријуми су детаљније дефинисани у инструментима тумачења члана 107(3) УФЕУ, Уредби Комисије (ЕУ) 651/2014 о општем блок изузећу, као и водичима који се односе на државну помоћ одређене намене. За област енергетике значајни су Водич комисије за државну помоћ за заштиту животне средине и енергију 2014-2020;²⁴ Водич Комисије за одређене мере државне помоћи у контексту шеме трговине емисијама гасова стаклене баште после 2012 године,²⁵ Водич за регионалну помоћ 2007-2013.²⁶

Релевантан је и члан 106(2) УФЕУ, који одређује обим примене правила државне помоћи на финансирање из јавних извора ради обезбеђења континуираног обављања делатности од општег економског интереса, јер одређује услове под којима одређене мере могу бити изузете од забране државне помоћи и правила о заштити конкуренције. Одлука Суда правде у случају *Altmark*²⁷ одређује обим изузећа у јавном интересу, што је додатно прецизирано посебним Саопштењем Европске комисије о примени правила државне помоћи на пружање услуга од општег економског интереса. Када мера не испуњава критеријуме постављене поменутом одлуком суда, она представља државну помоћ. Питање оправданости такве помоћи размотрено је у тзв. пакету мера помоћи за услуге од општег економског интереса у оквиру којег се издваја Одлука Европске комисије 2012/21/EU о примени члана 106(2)

²³ Oana Stefan (Стефан), *Soft law in court: competition law, state aid and the Court of Justice in the European Union*, Kluwer Law International 2013, 332-340.

²⁴ European Commission, Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, *OJ C 200*, 28. 06. 2014.

²⁵ European Commission, Guidelines on certain State aid measures in the context of the greenhouse gas emission allowance trading scheme post-2012, *OJ C 158*, 05. 06. 2012.

²⁶ European Commission, Guidelines on national regional aid for 2007-2013, *OJ C 54*, 04. 03. 2006.

²⁷ Case C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* [2003] ECR I-7747.

на државну помоћ одобрену предузећима којима је поверено вршење услуга од општег економског интереса.²⁸ Овде је суштински реч о посебном облику блок изузећа које не подлеже обавези нотификације.

Акт поверавања обављања делатности у оквиру тржишта електричне енергије мора бити усклађен са захтевима Директиве 2009/72/ЕЗ о либерализацији тржишта електричне енергије,²⁹ којом је државама чланицама остављена могућност поверавања обавезе вршења јавних услуга којима се обезбеђује сигурност, стабилност, редовност снабдевања, и постављају захтеви у погледу квалитета, цене, заштите животне средине и енергетске ефикасности.

2.3. Обавезе Србије у процесу стабилизације и придруживања, преговора о приступању и Уговора о енергетској заједници

2.3.1. Захтев из Споразума о стабилизацији и придруживању и преговора о приступању ЕУ

Споразум о стабилизацији и придруживању у члану 73 садржи одредбе о државној помоћи. Први став овог члана у трећем подставу садржи дефиницију појма државне помоћи готово идентичну дефиницији из УФЕУ, осим што се ефекат утицаја простире на трговину између ЕУ и Србије. Други став предметног члана опредељује да ће се примењивати критеријуми који проистичу из примене правила конкуренције у ЕУ, нарочито чланови 106 и 107 УФЕУ и инструменти тумачења које су усвојиле институције ЕУ. Члан 74 ССП предвиђа да ће се истеком рока од три године након његовог ступања на снагу (односно од 1. фебруара 2013),³⁰ до дана приступања Србије ЕУ, на јавна предузећа и предузећа којима су додељена посебна и искључива права примењивати правила државне помоћи, укључујући и инструменте тумачења одредби о државној помоћи.

Члан 73(4) ССП обавезује Србију да успостави оперативно независно тело коме ће поверити овлашћења одобравања шема државне помоћи и доделе индивидуалне помоћи, укључујући и повраћај незаконито додељене државне помоћи. У домену институционалног устројства, Комисија за контролу државне помоћи установљена је Законом о контроли државне помоћи

²⁸ European Commission, Decision 2012/21/EU of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, *OJL* 7, 11. 01. 2012.

²⁹ Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, *OJL* 211, 14. 08. 2009.

³⁰ Вид. чл. 139 ССП и чл. 38 и 39 Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008.

да би утврђивала постојање државне помоћи, њену компатибилност са ССП, а у случају да се утврди да није компатибилна са чланом 73 ССП и спровођење поступка повраћаја. Међутим, Извештај о скринингу за поглавље 8 и годишњи извештаји о напретку Србије указују да је неопходно успоставити оперативну независност Комисије и одговарајући организациони модел који подупире такав статус, што је и једно од мерила за отварање поглавља 8 посвећено политици конкуренције.³¹

Поред опште обавезе усаглашавања прописа, усаглашавања шема помоћи (укључујући и фискалне шеме) или еквивалентних мера и успостављања оперативне независности надзорног органа, од Србије се очекује да Европској комисији доставља информације о индивидуалним случајевима помоћи³², што значи да се очекује појачани надзор Европске комисије и над *ad hoc* мерама. Јасно је да ће процес преговора ставити фокус на помоћ великим јавним редузећима. Једно од најважнијих питања преговора у поглављу о заштити конкуренције је прелазни режим за државну помоћ. Све шеме државне помоћи и индивидуалне мере које су успостављене и примењују се пре датума приступања, сматраће се да представљају нову помоћ осим уколико припадају некој од следећих категорија. Прву групу представља државна помоћ која је у примени пре одређеног датума о којем ће се преговарати и који ће бити утврђен Споразумом о приступању.³³ Другу групу чини државна помоћ која ће бити стављена на посебну листу која је предмет преговора. Трећу групу државне помоћи чиниће она која је пре датума приступања оцењена као компатибилна и за коју Европска комисија није изнела приговор.

2.3.2. *Одредбе о државној помоћи у Уговору о оснивању Енергетске заједнице*

Уговор о Енергетској заједници потписан је 25. октобра 2005. године у Атини, а Србије га је ратификовала јула 2006. године. Одредбама о државној помоћи Енергетске заједнице, које се налазе у поглављу о конкуренцији, предвиђено је да се примена члана 107 УФЕУ проширује и на Енергетску заједницу. Уговор о Енергетској заједници упућује на материјално право државне помоћи ЕУ, предвиђајући да „неће бити компатибилна са правилним функционисањем Уговора, у мери у којој може утицати на трговину енергетске

³¹ Више о концепту оперативне независности у: Dušan Popović, „Institutional Design of State Aid Authorities in South East Europe: The Unfit Legal Transplant and Its Ramifications”, *Competition Authorities in South Eastern Europe* (eds. Boris Begović, D. Popović), Springer 2018, 63-77.

³² Члан 73, ст. 5 ССП.

³³ У случају Хрватске то је био 1. март 2002.г. Ако се примени аналогија са Хрватском, датум ступања на снагу Прелазног споразума између Србије и Европске заједнице (1. фебруар 2010.г.) би могао да буде релевантан.

мреже између уговорних страна... било која јавна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију фаворизовањем одређених предузећа или одређених извора енергије“.³⁴ Чланом 18(2) Уговора је предвиђено да ће свака пракса супротна овом захтеву бити предмет испитивања на основу критеријума који су дефинисани у примени члана 107 УФЕУ. Посебна одредба Уговора наглашава обавезу да се у погледу јавних предузећа и предузећа којима су поверена посебна или искључива права, у року од шест месеци од ступања на снагу Уговора поштују начела УФЕУ, а нарочито чл. 107 о државној помоћи.³⁵ Међутим, Уговор не садржи процесне одредбе, због чега се може рећи да је контрола државне помоћи у Енергетској заједници децентрализована, док Секретаријат Енергетске заједнице надгледа поштовање одредби Уговора без могућности вршења *ex ante* контроле.³⁶ У контексту чл. 39 Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима, Србија је у обавези да примени принципе који се односе на јавна предузећа и предузећа са посебним и искључивима правима, по истеку три године од ступања на снагу прелазног споразума. Овај захтев отвара питање да ли би примена прописа ЕУ на случајеве када постоји сумња о недозвољености државне помоћи било супротно чл. 197 Устава РС, који забрањује ретроактивно дејство закона и других прописа.

Енергетска заједница по природи није тело ЕУ, већ је установљена међудржавним уговором и представља „секторску интеграцију без чланства“.³⁷ Поставља се питање да ли се поред упућивања на УФЕУ може прихватити став Секретаријата Енергетске заједнице да се у оцени компатибилности државне помоћи са Уговором о енергетској заједници примењују правила меког права којима Европска комисија тумачи домаћа одредбе из члана 107 УФЕУ. Члан 94(1) Уговора о Енергетској заједници овлашћује органе Енергетске заједнице да тумаче концепте изведене из права ЕУ у складу са праксом европских судова. Упутства за тумачење Уговора даје Министарски савет Енергетске заједнице (или по његовом налогу Стална група на високом нивоу). Из низа поступака покренутих против страна уговорница, као и посебног Упутства Секретаријата енергетске заједнице³⁸ јасно се уочава настојање Секретаријата да прошири обухват материјалних извора и на Водич о државној помоћи за животну средину и енергетику 2014-2020. Штавише,

³⁴ Чл. 18(1)(с) Уговора о енергетској заједници.

³⁵ Чл. 19 Уговора о енергетској заједници.

³⁶ Marco Botta (Бота), Rozeta Karova (Карова), „State Aid Enforcement in the Energy Community“, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher (Хенчер), A. de Hauteclocque (д'Отклок), F. Maria Salerno (Салерно), Oxford 2018, 557-558.

³⁷ Roman Petrov (Петров), „Energy Community as a Promoter of the European Union's 'Energy Acquis' to its neighbourhood“, *Legal Issues of Economic Integration* 38(3)/ 2012, 331-356.

³⁸ Energy Community Secretariat, Policy Guidelines on the Applicability of the Guidelines on state Aid for Environmental Protection and Energy 2014-2020, PG 04/2015/ 24. 11. 2015.

Секретаријат настоји да обезбеди примену поменутог водича и у испитивању компатибилности државне помоћи која је додељена пре његовог ступања на снагу. У одсуству примене процедуралних правила ЕУ и на режим Енергетске заједнице, поставља се питање да ли органи Енергетске заједнице имају мандат да разматрају не само питање квалификације, већ и евентуалног повраћаја државне помоћи од корисника. Питање постаје још интригантније у контексту одредбе из члана 3. Закона о контроли државне помоћи, према којем државна помоћ која је супротна закљученим међународним уговорима није дозвољена.

3. ЕЛЕМЕНТИ ЗА УТВРЂИВАЊЕ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ СА ПОСЕБНИМ АКЦЕНТОМ НА ЕНЕРГЕТСКУ ИНФРАСТРУКТУРУ

3.1. Финансијска предност и утврђивање преноса финансијске предности

У смислу УФЕУ, финансијска предност је било која економска предност која се није могла стећи према нормалним условима на тржишту.³⁹ Ефекат државне мере који се мора се утврдити је побољшање финансијске позиције субјекта у односу на конкуренцију. Дакле, битан је ефекат мере, те околност да ли је предузеће могло да избегне финансијску корист није релевантна.⁴⁰ Трансакција није заснована на сразмерности узајамних давања, те корисник помоћи или не враћа ништа или враћа мање него што би морао да врати по нормалним условима на тржишту.⁴¹

Директан начин утврђивања да ли је трансакција у складу са уобичајеним условима на тржишту је провера да ли се трансакција спровела у конкурентном, транспарентном и недискриминаторном и поступку јавних тендера, односно да је поштовано начело конкуренције у спровођењу јавних набавки и да се домаћим понуђачима не даје предност.⁴² Међутим, ово неби требало изједначавати са јавним конкурсима за доделу средстава државе ради финансирања неке делатности у јавном интересу, под условима повољнијим од тржишних, као што су тендери за компензацију коришћења капацитета производње струје ради адекватности генерације (*electricity generation*

³⁹ 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), *OJ C* 262, 19.7.2016, став 66.

⁴⁰ Case C-173/73 *Italy v Commission*, EU:C:1974:71, par. 13; Case C-251/97 *France v Commission*, EU:C:1998:572, Opinion AG Fennelly, par. 26.

⁴¹ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), став 74. Case C-39/94 *SFEI and Others*, ECLI:EU:C:1996:285, par. 60-61.

⁴² Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), став 84. Вид. Christopher Bovis (Боувиз), *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar 2012, 286-333.

adequacy), подршка производњи струје из обновљивих извора и слично, где би државну меру требало испитати.

Индиректан начин утврђивања подразумева примену теста приватног оператора, односно хипотетичког приватног субјекта који послује у нормалним тржишним условима у односу на које се пореди понашање државе,⁴³ као и његових деривата теста приватног инвеститора или приватног зајмодавца. У процени да ли би претпостављени приватни инвеститор сличне величине у истим тржишним условима направио идентично улагање,⁴⁴ узима се у обзир да ли је улагање профитабилно и да ли се губици своде на најнижу могућу меру. У примени овог теста нису релевантни циљеви у друштвеном интересу којима би се рационално руководио орган јавне власти, у домену социјалне, регионалне или политике заштите животне средине.⁴⁵

Мерила за упоређивање се дефинишу на нивоу оператора, врсте трансакције и специфичних карактеристика предметног тржишта, а држава мора обезбедити доказе да се понашала као разумни приватни инвеститор. При томе би требало имати у виду да се компатибилност државне интервенције утврђује *ex-ante* (информације које поседује брижљив инвеститор пре улагања), док *ex-post* анализа профитабилности у начелу неби била привађена као одбрана.⁴⁶ То значи да би држава пре улагања у енергетског субјекта морала да спроведе анализу профитабилности трансакције пре него што се донесе инвестициона одлука и да се на основу реалистичног пословног плана утврди да би хипотетички приватни улагач у разумном времену остварио најмање просечни повраћај уложених средстава.⁴⁷

У области државне помоћи у сектору енергетике добар пример примене теста приватног инвеститора представља случај дугорочних уговора о откупу електричне енергије, у циљу обезбеђења сигурности снабдевања, који су закључени између државног предузећа и произвођача електричне енергије у Мађарској. Тест приватног инвеститора примењен је како би се одредило да ли су произвођачи на основу уговора у којима су количине и цене биле унапред утврђене имали већу гаранцију откупа у односу на услове који су преовлађивали на тржишту, што се показало исправним.⁴⁸ И у ситу-

⁴³ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), став 75.

⁴⁴ Joined Cases T-129/95, T-2/96, T-97/96 *Neue Maxhütte Stahlwerke and Lech-Stahlwerke v Commission*, EU:T:1999:7, par. 104-105; Joint Cases T-228/99, T-233/99 *Westdeutsche Landesbank v Commission*, EU:T:2003:57, par. 270.

⁴⁵ Case C-124/10 P *Commission v EDF*, EU:C:2012:318, par. 79-81.

⁴⁶ Case C-124/10 P *European Commission v Électricité de France (EDF)* ECLI:EU:C:2012:318, 82-86.

⁴⁷ Commission Decision SA.24895 of 31 July 2013, Public investment in wind power development projects [2013] OJ C279/1, par. 112-116.

⁴⁸ Case T-179/09 *Dunamenti Erőmű Zrt v Commission*, EU:T:2014:236; Case C-357/14 P *Electrabel SA, Dunamenti Erőmű Zrt v Commission* EU:C:2015:642; Joined Cases T-80/06, T-182/09

ацијама када је кроз пореско законодавство, укључујући и парафискалне намете који се користе за одређену сврху,⁴⁹ држава омогућила стицање финансијске предности субјектима у енергетском сектору, тест приватног инвеститора се мора применити приликом утврђивања постојања државне помоћи.⁵⁰

Тест приватног кредитора спроводи се у ситуацијама када је држава одобрила кредит под повољнијим условима од тржишних, издала гаранцију, опростила или репрограмирала дуг на начин како то неби учинио приватни поверилац у датим околностима.⁵¹ Према Саопштењу Европске комисије о гаранцијама, гаранције које органи јавне власти дају могу представљати државну помоћ уколико нису одобрене у складу са тржишним критеријумима. У тачки 3(2) Саопштења су дефинисани критеријуми који кумулативно морају бити испуњени да би се сматрало да се мера неће сматрати државном помоћи. Захтева се да дужник из главног посла није предузеће у финансијским тешкоћама, да је износ гаранције везан за одређену финансијску трансакцију, фиксираног износа и временски ограничену (како би се обезбеђени износ адекватно израчунао), да гаранција у сваком моменту не покрива више од 80% дуга,⁵² као и да је премија за гаранцију наплаћена по тржишној цени која се може упоредити са просечном премијом на финансијском тржишту или условима сличног кредита. Утврђивање тржишне цене гаранције тестом приватног инвеститора подразумева да се узму у обзир карактеристике трансакције, обезбеђење дуга од стране дужника и све што утиче на анализу стопе повраћаја, као и остали економски услови на тржишту, како би се израчунала разлика између тржишног еквивалента и висине премије и трошкова гаранције чија се вредност испитује.

Budapesti Erőmű Zrt v Commission EU:T:2012:65; Commission Decision SA. 17365 on the State aid C 41/05 awarded by Hungary through Power Purchase Agreements [2009] OJ L225/53.

⁴⁹ Парафискалне дажбине су заправо дестинирани порези намењени финансирању одређеног економског или социјалног задатка. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „О појму пореске државне помоћи у праву Европске уније и утицају на српско право“, *Сйрани йравни живоић* 2/2015, 29.

⁵⁰ Case T-156/04 *EDF v Commission*, EU:T:2009:505, par. 91-92. О фискалним мерама као инструментима државне помоћи у сектору енергетике вид.: Lena Sandberg (Сендберг), *State Aid in the Form of Taxation and Emission Costs: Special Focus on Energy and the Environment, State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher et al.), *op. cit.*, 65-90.

⁵¹ Falk Schöning (Шоенинг), Clemens Ziegler (Циглер), “What is State Aid?”, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher et al.), *op. cit.*, 14-16.

⁵² Покриће више од 80% могуће је само у случају да је реч о предузећу које искључиво обавља делатност од општег економског интереса (нпр. градска топлана) за чију обавезу може да гарантује само орган јавне власти који је поверио обављање делатности. Commission Decision SA. 31261 of 10 May 2011, *Municipal Guarantee for Loan for Geothermal Heat Distribution Network* [2011] OJ C262/1.

Новији случајеви државне помоћи⁵³ допринели су јаснијем тумачењу обавезе утврђивања тржишне цене применом теста приватног кредитора и појаснили захтев из чл. 3(2) Саопштења Комисије о гаранцијама. Сходно пракси Суда правде ЕУ и поменутом Саопштењу о гаранцијама, корист која се испољава у преносу ризика, а који није покривен одговарајућом премијом представља финансијску помоћ, без обзира да ли давалац гаранције има могућност повраћаја средстава.⁵⁴ Чак и у случају да гаранција никада није активирана, државна помоћ сматраће се да је додељена у моменту када је гаранција дата, а не када је иста активирана.⁵⁵ Међутим, уколико је сврха гаранције намирење повериоца у случају да се над предузећем за чије се обавезе гарантује отвори стечај или поступак ликвидације, неће постојати пренос финансијске предности.⁵⁶

Утврђујући да ли гаранција представља пренос финансијске предности, Суд правде је у низу случајева потврдио да би Европска комисија требало да своје одлуке заснива кроз примену принципа приватног инвеститора, односно приватног кредитора (*market economy investor/creditor principle* – МЕИР, МЕСР). Као параметар се превасходно узима провизија и остале накнаде које би корисник гаранције платио комерцијалној банци, па државну помоћ представља разлика између премије еквивалентне гаранције комерцијалне банке и гаранције коју је дала држава. Међутим, у ситуацијама када комерцијална банка неби издала гаранцију, сматра се да је читав износ кредита за чију је отплату издата гаранција државна помоћ.⁵⁷ Поред основног критеријума, а то је упоређивање са премијом комерцијалне банке, новија пракса Европске комисије и судова ЕУ у области државне помоћи у сектору енергетике указује да се у оцени да ли је реч о тржишној вредности гаранције користе и други параметри на финансијском тржишту, попут маржи свопова кредитног ризика неизвршења и приноса на капитал прилагођеног ризику (*Risk Adjusted Return on Capital* – RAROC).⁵⁸ Нови параметри су нарочито релевантни у ситуацији када је реч о државама које немају велики кредитни рејтинг, као што су земље кандидати за пријем у ЕУ.

⁵³ C 124/10 P, *European Commission v EDF*, par. 88; Commission Decision, State aid SA.35956 (2013/C) и Commission Decision State aid SA.36868 (2014/C) *AS Estonian Air*, par. 104-105.

⁵⁴ C-275/10 *Residex Capital IV CV v Gemeente Rotterdam* [2011] ECR I-13043, par. 7.

⁵⁵ European Commission, Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, OJ 2008 C 155/02, *OJ C 155*, 20.6.2008, par. 2.1.

⁵⁶ Commission Decision SA.33766 of 7 December 2011, *Coal mine closure plan 2008-2018*, [2012] OJ C284/6, рецитал, тачка 85.

⁵⁷ Case C-288/96 *Germany v Commission*, EU:C:2000:537, par. 30-31.

⁵⁸ Commission Decision SA.36740 of 20 November 2013, *Klaipėdos nafta LNG terminal* [2016] OJ C161/1; Commission Decision SA.36323 of 31 July 2014, *Liquidity support in the energy sector: PPC* [2014] OJ C348/1.

3.2. Предност која се додељује из ресурса који су под контролом државе и која се може приписати држави

Државно порекло финансијске погодности подразумева непосредно или посредно преношење државних средстава. Ту се подразумевају и ресурси регионалних и локалних органа јавне управе, као и јавних предузећа која не морају бити у државном власништву, али морају бити под контролом органа јавне власти. Поред ресурса и преношења финансијске погодности, неопходно је да се утврди да се одређена мера може приписати држави. Предност из средстава државе или ресурса који су под контролом државе може бити пренета у било ком облику, директна (нпр. изградња инфраструктуре, субвенција, кредит са нижом каматном стопом и сл.) или индиректна (нпр. опраштање дуга, умањење пореза, ослобађање трошкова који произилазе из регулаторних обавеза).

У пресуди у случају *PreussenElektra*,⁵⁹ једној од најважнијих у области државне помоћи сектору енергетике, Суд правде појаснио је да је поред директног или индиректног финансирања из ресурса под контролом државе неопходно да постоји непосредна веза државе и располагања средствима. У предметном случају закон је обавезао учеснике у систему дистрибуције да купују одређене количине електричне енергије из обновљивих извора по унапред утврђеној минималној цени, али се то не сматра индиректним обликом финансирања произвођача енергије из обновљивих извора. У ситуацији када би тако прикупљена средства парафискалног карактера била под контролом органа јавне власти или поверена недржавном субјекту ради компензације енергетских субјеката који користе обновљиве изворе енергије и то по цени већој од тржишне која се финансира продајом крајњим корисницима, пракса Суда правде показује да би се то квалификовало као државна помоћ.⁶⁰

Без обзира на порекло средстава, неопходно је да постоји континуирана контрола државе над ресурсима пре њиховог трансфера.⁶¹ Само порекло финансијског ресурса није релевантно уколико држава има ефективну контролу. Средства ЕУ из структурних фондова, као и средства међународних финансијских институција (МФИ) нису државни ресурс уколико национални органи немају дискреционо овлашћење да одлучују о избору корисника и начину коришћења ресурса.⁶² Иако се кредити МФИ и недржавних кре-

⁵⁹ Case C-379/98 *PreussenElektra*, EU:C:2001:160. Комисија је користила исту аргумен- тацију и у сличном случају у Белгији. Commission Decision of 22 May 2002 NN 27/2000 *Law on promotion of electricity generation from renewable energies* [2002] OJ C326/18.

⁶⁰ Case C-262/12 *Vent de Colère et al.*, EU:C:2013:851; Case T-251/11 *Austria v Commission*, EU:T:2014:1060.

⁶¹ Case 83/98 *France v Ladbroke Racing and Commission* EU:C:2000:248, пар. 50.

⁶² Commission Decision SA.37068 of 18 December 2013 *Underground electricity transmis- sion line between Aghios Stefanos and nea Chalkedonia* [2014] OJ C460/5, рецитал, тачка 17;

датора не сматрају државним ресурсом, уколико државне гаранције за обезбеђење кредита нису одобрене у складу са нормалним условима на тржишту, представљаће државну помоћ под већ наведеним условима. Даље, реч је о државној помоћи и када држава под повољнијим условима од преовлађујућих на тржишту дистрибуира средства финансијских институција, као и када непосредно узима средства МФИ ради финансирања пројеката неког предузећа, односно када држава врши контролу над средствима МФИ или недржавних кредитора. Овом логиком би се требало руководити и случају када се средства из фондова ЕУ (најчешће инструменти развојне односно кохезионе политике ЕУ) дистрибуирају преко органа државе чланице или кандидата за пријем (у случају Инструмента за претприступну помоћ), односно када се не врше директно преко институција ЕУ већ акредитованог националног система за децентрализовано управљање фондовима. Штавише, уколико држава своја средства поверава другим субјектима, укључујући и међународне финансијске институције, ради управљања и дистрибуције корисницима, та средства остају државни ресурс и на њих се такође примењују правила о државној помоћи.⁶³

3.3. Селективност мере и изузеци

Селективност мере подразумева ситуацију када се финансијска предност преноси тако да се фаворизују одређена предузећа или одређене групе предузећа, или производња одређених производа (нпр. финансијска предност која се преноси произвођачима струје из обновљивих извора енергије). Питање карактера својине (јавно или приватно предузеће) је ирелевантно, јер се појам предузећа којем се додељује државна помоћ тумачи у смислу појма предузећа у праву конкуренције ЕУ.

Постојање селективности се посебно не утврђује код појединих мера, као што су субвенције, државне гаранције и кредити, управо због усмерености ка конкретном предузећу. Селективност такође постоји и у ситуацијама када мере унапред не дефинишу примаоца помоћи, али утврђују објективне критеријуме којима се издвајају одређени корисници, укључујући и тзв. шеме државне помоћи.⁶⁴ Таквом би се могла сматрати и средства одобрена на основу домаће Уредбе о условима и начину привлачења директних инвестиција.⁶⁵ Селективност може бити *de jure* и *de facto*. У првом случају прописом су одређени корисници финансијске предности, према неком критеријуму

Commission Decision SA.39050 of 17 July 2015 *Aid to gas infrastructure in Poland* [2015] OJ C352/4, рецитал, тачка 34.

⁶³ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), став 75.

⁶⁴ *Ibid.*, 118.

⁶⁵ *Службени гласник РС*, бр. 37/2018.

који може бити везан за величину, правну форму, припадност одређеном сектору и сл. У другом случају потребно је утврдити дејство мере којима се каналише предност ка одређеним категоријама помоћи. Предност може бити додељена и дискреционом праксом органа управе, која представља посебан облик фактичке селективности мере јер се не примењују аутоматски испуњавањем одређених критеријума, већ орган примене има одређени степен слободне оцене у додели помоћи.⁶⁶

Изузетак од примене критеријума селективности су *de minimis* помоћи (која се додељује појединачном предузећу, уколико су испуњени услови из *de minimis* Уредбе) или услови предвиђени посебном *de minimis* Уредбом која се односи на услуге од општег економског интереса.⁶⁷

Уредба Комисије (ЕУ) бр. 651/2014 о општем блок изузећу садржи опште критеријуме за све мере помоћи покривене изузећем, и посебне критеријуме који зависе од конкретне намене мере државне помоћи. Активности које се односе на производњу, пренос, дистрибуцију, снабдевање и трговину електричном енергијом не могу имати користи од изузећа ван оквира о блок изузећу регионалне инвестиционе помоћи, већ само у оквиру посебних одредби ове уредбе које се односе на помоћ за животну средину која обухвата и сектор енергетике, што је предмет Уредбе Комисије (ЕУ) бр. 651/2014 о општем блок изузећу. Уредба прописује посебне услове за изузеће инвестиционе помоћи за конструкцију или унапређење енергетске инфраструктуре. Међутим, није предвиђено изузимање инвестиционе помоћи која се односи на производњу и снабдевање, већ само изградњу инфраструктуре за пренос, дистрибуцију и складиштење, опрему неопходну за безбедно, сигурно и ефикасно функционисање инфраструктуре и паметне мреже (*smart grids*). Посебна правила инвестиционе и оперативне помоћи прописана су за промоцију производње енергије из обновљивих извора.

Водич Комисије за државну помоћ за заштиту животне средине и енергију 2014-2020 у одељку 3.2. одређује опште критеријуме компатибилности помоћи у сектору животне средине и енергетике и посебне услове за конкретне типове помоћи, која се за разлику од помоћи предвиђене Уредбом о општем блок изузећу мора нотификовати. Неки облици државне помоћи обрађени су и у Водичу Комисије за одређене мере државне помоћи у контексту шема трговине емисијама гасова и стаклене баште после 2012 године. Први облик су мере помоћи за индиректне трошкове емисија, одосно за ризик тзв. цурења угљендиоксида⁶⁸, други облик је инвестициона помоћ за високофикасна постројења за производњу енергије, укључујући и нова по-

⁶⁶ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1), par. 123-124.

⁶⁷ Commission Regulation (EU) No 360/2012 of 25 April 2012 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to *de minimis* aid granted to undertakings providing services of general economic interest, *OJ L 352*, 25. 04. 2012.

стројења за контролу угљендиоксида, а трећи облик бесплатне опционе прелазне дозволе за модернизацију производње струје.

Од великог значаја за разумевање правног проблема у случају пројекта „Колубара Б“ је и Водич Европске комисије за регионалну помоћ 2007-2013, који се може применити на инвестициону помоћ која је додељена у сектору енергетике пре 26. јуна 2014.г., као и документ који му је претходио: Водич за државну помоћ за заштиту животне средине из 2008. г.⁶⁸ Ово из разлога што се компатибилност помоћи тумачи од стране Европске комисије према критеријумима који су били на снази у моменту када је помоћ додељена. У сврху примене правила о државној помоћи (период 2010-2015.г.), у смислу чл. 107(3)(а) УФЕУ, Србија се може сматрати потпомогнутим регионом, обзиром да је БДП по становнику био испод 45% просека у ЕУ. У том смислу, сходно чл. 73(2) Споразума о стабилизацији и придруживању, у оцени критеријума компатибилности државне помоћи додељене пре 2014. године требало би применити управо критеријуме наведених водича за регионалну помоћ и државну помоћ за заштиту животне средине. Сходно прелазним одредбама Уредбе о општем блок изузећу из 2014.г. која је ступила на снагу 1. јула 2014.г., поставља се питање да ли би критеријуми компатибилности за помоћ додељену у време када је била у примени Уредба о општем блок изузећу из 2008.г.⁶⁹ требало да се тумаче у складу са захтевима постављеним старијом уредбом.

3.4. Мера угрожава конкуренцију и утиче на трговину на унутрашњем тржишту ЕУ

Селективно додељивање финансијске предности из ресурса под контролом органа јавне власти мора утицати на конкуренцију или изазивати њено ограничење. Европска комисија није у обавези да доказује да ли је последица трансфера финансијске предности повећање тржишног удела, већ је довољно да се докаже да је дошло до побољшања позиције у односу на позицију у којој би било да помоћ није примило или да није ослобођен трошкова.

У случају да је реч о помоћи мале вредности која испуњава услове *de minimis* Уредбе, као и у случајевима постојања законског монопола, сматраће се да одобрена помоћ не ограничава конкуренцију. Иако су производња, дистрибуција и снабдевање либерализоване мрежне делатности, у неким

⁶⁸ European Commission, Community guidelines on State aid for environmental protection, OJ C 82 European Commission, Commission notice on the determination of the applicable rules for the assessment of unlawful State aid, OJ C 119, 22. 05. 2002.

⁶⁹ Commission Regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation) OJ L 214, 09. 08. 2008.

државама чланицама је изградња, одржавање или управљање мрежом за пренос или дистрибутивним системом законски резервисано за оператера мреже за пренос електричне енергије или оператера дистрибутивног система који није приватни субјект. Постојање елемента нарушавања конкуренције код државних мера подршке изградњи мрежне инфраструктуре у ситуацијама природног монопола може се искључити уколико не постоји конкуренција недржавног капитала за изградњу, управљање или одржавање ове инфраструктуре. У том случају потребно је да буду испуњена три услова: инфраструктура не може бити репродукована из економских разлога, алтернативно финансирање преносне инфраструктуре је безначајно и инфраструктура не фаворизује одређено предузеће, већ је приступ мрежи отворен у складу са правилима Трећег пакета енергетског тржишта. Међутим, истакнуто је да држава чланица не може да користи овај изузетак у погледу финансирања капацитета складиштења и финансирања инфраструктуре намењене међуповезивању мрежа.⁷⁰

Либерализација тржишта енергетике подразумева утицај на трговину сваке помоћи која би се односила на производњу, дистрибуцију или снабдевање електричном енергијом, изузев *de minimis* помоћи (нпр. за мале снабдеваче електричном енергијом из обновљивих извора). Готово сваки облик финансијске подршке домаћем предузећу на либерализованом европском тржишту електричне енергије може имати утицај на трговину међу земљама чланицама.⁷¹

4. СЛУЧАЈ СЕКРЕТАРИЈАТ ЕНЕРГЕТСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ПРОТИВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ПРОЈЕКАТ ИЗГРАДЊЕ ТЕРМОЕЛЕКТРАНЕ „КОЛУБАРА Б“ (ECS-11/14)

ЈП Електропривреда Србије је јавно предузеће које у данашњем облику послује од 2005. године,⁷² а у свом саставу има и рудник Колубара Лазаревац, у којем се производи 75% укупне руде лигнита у Србији и 52% укупне производње струје у Србији. Још 1983 године покренута је иницијатива за изградњу термоелектране Колубара Б, али је пројекат суспендован 1992 године, на око 40% изграђених капацитета. За наставак реализације пројекта одобрене су две државне гаранције за два зајма Европске банке за обнову и

⁷⁰ Вид. Commission decision of 17.10.2010 in case N 629/2009 – Romania – Grants for investment in electricity and natural gas transmission networks, OJ C 37.

⁷¹ F. Schönig (Шоенинг), C. Ziegler (Циглер), *op. cit.*, 28; Case T-468/08 *Tisza Erőmű kft v Commission*, EU:T:2014: 235, пар. 186.

⁷² Одлука о оснивању јавног предузећа за производњу, дистрибуцију и трговину електричне енергије, *Службени гласник РС*, бр. 12/05 и 54/10.

развој (EBRD) и две државне агенције за два зајма одобрена од стране Немачке државне развојне банке KfW (*Kreditanstalt für Wiederaufbau*), и извршен пренос својине над земљом и зградама за изградњу термоелектране, чија је вредност процењена на око 12.7 милиона евра.

Након пријаве Центра за истраживање, транспарентност и одговорност (CRTA), Секретаријат енергетске заједнице је 2014. године отпочео проверу поступања Комисије за контролу државне помоћи у погледу пројекта термоелектране Колубара Б и рударског басена Колубара. Усвајањем Правилника о процедури решавања спорова на основу Споразума о енергетској заједници 2015.г.,⁷³ након спроведеног прелиминарног поступка предвиђеног чланом 11. Правилника, Секретаријат је пред Министарским саветом Заједнице покренуо поступак како бу се утврдило да ли је Србија прекршила обавезе из члана 18 и 19 Уговора о Енергетској заједници.⁷⁴

Секретаријат је оценио да издавање гаранција за потребе обезбеђења зајма за реконструкцију и изградњу нове термоелектране представља погрешну примену принципа за одобравање државне помоћи у области услуга од општег економског интереса. Комисија за контролу државне помоћи је у одговору у прелиминарном поступку априла 2015.г. потврдила да није одлучивала о питању државне помоћи која јој није пријављена, те да је реч о периоду пре него што је Закон о контроли државне помоћи почео да се примењује.⁷⁵

Међутим, у погледу другог зајма KfW, Комисија је истакла да је разматрала пријаву гаранције у погледу овог зајма у висини од 74 милиона евра, односно Закон о издавању гаранције РС Немачкој развојној банци KfW за потребе зајма ЈП Електропривреда Србије.⁷⁶ За ову гаранцију РС није била предвиђена премија, а у случају њеног активирања био је предвиђен регрес од ЕПС-а. Приликом оцене дозвољености, Комисија је истакла да се руководила одредбама Уредбе о правилима за доделу државне помоћи⁷⁷ која се односе на државне гаранције, и усклађена су са Саопштењем Европске комисије о гаранцијама. Међу најважнијим аргументима Комисије истиче се чињеница да предметни пројекат доприноси повећању ефикасности термоелектрана и смањењу утицаја на животну средину, као и да је реч о важном пројекту који је од интереса за државу и све грађане Републике Србије.

⁷³ Procedural Act No. 2015/04/MC-EnC of the Ministerial Council of the Energy Community of 16 October 2015 on the Rules of Procedure for Dispute Settlement under the Treaty.

⁷⁴ Energy Community Secretariat, Reasoned Request in Case ECS-11/14, Annex 12a/15th MC/13-10-2017.

⁷⁵ Energy Community Secretariat, Reasoned Request in Case ECS-11/14, Annex 6: Letter in Case ECS-11/14, 24.04.2015.

⁷⁶ Службени гласник РС, бр.121/12.

⁷⁷ Службени гласник РС, бр. 13/2010, 100/2011, 91/2012, 37/2013 и 97/2013.

Међутим, аргументе Комисије Секретаријат је сматрао недовољним и погрешним тумачењем права ЕУ у области државне помоћи, указавши да Комисија није разматрала потенцијалне или постојеће негативне ефекте, као и да ли је државна помоћ у облику гаранције пропорционална овом циљу.⁷⁸

Након још једног изјашњења Републике Србије крајем фебруара 2017.г. Секретаријат је у Образложеном мишљењу (*Reasoned Opinion*)⁷⁹ нагласио потребу да Комисија спроведе анализу и у погледу гаранција и преноса непокретности, и то у „блиској сарадњи“ са Секретаријатом, каква је предвиђена чл. 2. Правилника о решавању спорова (уведена изменом Правилника из 2015. године). Међутим, пошто Комисија није задовољила постављене захтеве, случај је у облику Образложеног захтева (*Reasoned Request*) подигнут на ниво највишег тела установљеног Уговором, а то је Министарски савет.⁸⁰

Пошавши од претпоставке да је реч о имовини Републике Србије, Секретаријат Енергетске заједнице је квалификовао као државну помоћ и пренос својине над земљиштем и зградама. Међутим, Закон о јавној својини у погледу имовине државних органа и организација, органа локалне самоуправе и јавних предузећа не садржи елемент селективности, те је Комисија за контролу државне помоћи указала да је реч о процесу трансформације власништва и образложила да је ЕПС сукцесор „Радне организације за изградњу термоелектране топлане Колубара Б за комбиновану производњу електричне и топлотне енергије у оснивању, са потпуном одговорношћу, Уб“ . Трансформација власништва извршена је кроз измене одлуке о оснивању ЕПС-а 2010. г.,⁸¹ дакле у време када је Закон о државној помоћи био на снази, а трансформација коришћења претходно експроприсаног земљишта у контексту промена друштвено-економског система није подразумевала додатно располагање новом имовином у корист ЕПС-а.

Иако су гаранције за прве зајмове које су одобрили поменути кредитори дате пре ступања на снагу Закона о контроли државне помоћи,⁸² споразум о гаранцији за зајам EBRD у висини од 80 милиона је ратификован 2011. године.⁸³

⁷⁸ У том смислу вид. Commission decision, State aid SA.33984 (2012/N) – United Kingdom; State aid M542/2010 – Poland.

⁷⁹ Reasoned Opinion in Case ECS-11/14, Annex 9, 28.02.2017.

⁸⁰ Reasoned Request in Case ECS-11/14, Annex 12a/15th MC/13-10-2017.

⁸¹ *Службени гласник РС*, бр. 12/2005, 54/2010.

⁸² Закон о ратификацији уговора о гаранцији (ЕПС, Пројекат II) између Србије и Црне Горе и Европске банке за обнову и развој, *Службени лист ЦЦГ – Међународни уговори*, бр. 5/2004; Закон о давању гаранције Републике Србије немачкој финансијској организацији KfW по задужењу ЈП „Електропривреда Србије“ за финансирање пројекта за набавку рударске опреме за потребе површинског копа „Тамнава Западно Поље“, *Службени гласник РС*, бр. 34/2006.

⁸³ Закон о потврђивању уговора о гаранцији (ЕПС пројекат за Колубару) између Републике Србије и Европске банке за обнову и развој, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 8/2011.

Преузимајући већ поменуте одредбе Упутства Комисије о гаранцијама, Уредба о правилима за доделу државне помоћи наводи услове које је неопходно кумулативно испунити да се давање гаранције неби третирао као одобравање државне помоћи. Међутим, Секретаријат је сматрао да није испуњен последњи кумулативни услов, а то је одређивање тржишног еквивалента гаранције, што је Секретаријат квалификовао као кршење Уговора о оснивању Енергетске заједнице, због ефекта који се огледа у јачању позиције ЕПС на енергетском тржишту.

У одговору на Образложени захтев Секретаријата, Министарство рударства и енергетике је у свом допису обрадило низ аргумената који се односе на процесне и материјалне аспекте.⁸⁴ У погледу процесних аспеката, указано је на чињеницу да ЕУ има искључиву надлежност да прати наводно кршење правила о државној помоћи, и то у поступку преговора у Преговарачком поглављу 8. Будући да чл. 73(2) ССП намеће Србији обавезу директне примене *acquis*-а који се односи на државну помоћ, што представља и једно од мерила за отварање овог поглавља, уз обавезу пружања свих потребних информација Европској комисији, поступак пред Министарским саветом представљао би *sui generis* облик литиспенденције у погледу примене идентичних правила.⁸⁵ Што се самог поступка тиче, указано је да основни недостатак лежи у чињеници да је Секретаријат Енергетске заједнице применио низ негативних претпоставки о кршењу правила о контроли државне помоћи и превалио терет доказивања на органе Републике Србије, што је супротно и чл. 4 Правилника о процедури решавања спорова, као и релевантној судској пракси.⁸⁶ Дакле, у овом случају Секретаријат Енергетске заједнице морао је да спроведе опсежну правно-економску анализу и примени не само тест приватног оператора у тржишној привреди чији је циљ да максимизује профит, већ нарочито тест приватног зајмодавца који тежи да минимизује ризик коме би био изложен у сценарију нечињења у конкретном случају.⁸⁷ Крајем јуна 2018.г. овај двогодишњи поступак поводом наводне државне помоћи је окончан, те ће ова највреднија инвестиција у српску енергетску инфраструктуру у последње четири деценије бити настављена.⁸⁸

⁸⁴ Деловодни бр. 337-01-00103/2016-04, од 1. 12. 2017.г.

⁸⁵ Сходно чл. 30 Бечке конвенције о уговорном праву (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори* 30/72) примењивао би се ССП који је ступио на снагу 1. септембра 2013. г. као *lex posterior*, у односу на Уговор о оснивању Енергетске заједнице (1 јул 2006).

⁸⁶ C-520/07 P *Commission v MTU Friedrichshafen* [2009] ECR I-8555, (par. 54-58).

⁸⁷ Вид. аналогiju са поступањем Краљевине данске у случају Општег суда, Case T-386/14, *FIH Holding and FIH Erhvervsbank A/S v Commission*, пар. 69-71.

⁸⁸ Gecić Law, *Obustavljen postupak protiv EPS-a i RS oko projekta Kolubara B*, <https://www.geciclaw.com/sr/obustavljen-postupak-protiv-eps-i-srbije-oko-kolubare-bl>, 26. 12. 2018.

5. ЗАКЉУЧАК

Приказ суштинских захтева из примарног и секундарног законодавства ЕУ, интерпретативних докумената Европске комисије и одлука Суда правде у погледу доделе државне помоћи у сектору енергетике показује зашто је неопходно да држава, *пре доношења одлуке о додели државне помоћи* енергетским субјектима спроведе детаљну анализу тржишта и анализу профитабилности пројекта. Ова анализа мора показати да држава као инвеститор неће имати губитак, односно да ће у начелу остварити просечан повраћај уложених средстава уобичајен у сектору енергетике. Не само држава, већ и привредни субјекти у сектору енергетике морају водити рачуна о томе да се пре одобрења инвестиција не сме започети тј. не сме доћи до финансијског обавезивања предузећа према трећим лицима. У анализи профитабилности пројекта мора се водити рачуна о критеријуму разумног приватног инвеститора односно повериоца и постојању подстицајног ефекта. Привредни субјект који конкурише за помоћ из државних средстава мора да има у виду и инструменте тумачења формалних правила о контроли државне помоћи у ЕУ, који су представљени у овом раду, како би се избегао регулаторни ризик повраћаја државне помоћи пре и по ступању у чланство у ЕУ.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Bacon, Kelyn, *European Union Law of State Aid*, Oxford 2013.
- Blauberger, Michael, „Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law“, *West European Politics* 32(4), 719-737.
- Bovis, Cristopher, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar 2012.
- Botta, Marco, Rozeta Karova, „State Aid Enforcement in the Energy Community“, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher, Adrien de Hauteclocque, Francesco Maria Salerno, Oxford 2018, 555-572.
- Дивљак, Драго, „Државна помоћ у праву ЕУ и национално право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 363-377.
- Дивљак, Драго, „Правни значај субвенција“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-2/2008, 530-531.
- Дивљак, Драго, Сандра Фишер Шобот, „Државна помоћ за заштиту животне средине на наднационалном нивоу и у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2017, 684-685.
- Gecić Law, Obustavljen postupak protiv EPS-a i RS oko projekta Kolubara B, <https://www.geciclaw.com/sr/obustavljen-postupak-protiv-eps-i-srbije-oko-kolubare-b/>, 26. 12. 2018.
- Petrov, Roman, „Energy Community as a Promoter of the European Union’s ‘Energy Acquis’ to its neighbourhood“, *Legal Issues of Economic Integration* 38(3)/ 2012 331-356.

- Popović, Dušan, „Institutional Design of State Aid Authorities in South East Europe: The Unfit Legal Transplant and Its Ramifications”, *Competition Authorities in South Eastern Europe* (eds. Boris Begović, Dušan Popović), Springer 2018, 63-77.
- Поповић, Дејан, Гордана Илић Попов, „О појму пореске државне помоћи у праву Европске уније и утицају на српско право“, *Сѝрани ѝравни живоѝи* 2/2015.
- Sandberg, Lena, State Aid in the Form of Taxation and Emission Costs: Special Focus on Energy and the Environment, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher, Adrien de Hauteclocque, Francesco Maria Salerno), Oxford 2018, 65-90.
- Schöning, Falk, Clemens Ziegler, “What is State Aid?”, *State Aid and the Energy Sector* (eds. Leigh Hancher, Adrien de Hauteclocque, Francesco Maria Salerno), Oxford 2018.
- Stefan, Oana, *Soft law in court: competition law, state aid and the Court of Justice in the European Union*, Kluwer Law International 2013.
- Табороши, Светислав, „Циљеви државне помоћи“, *Контрoла државне ѝмоћи у Србији и Европској унији* (ур. Стеван Лилић), Београд 2011.
- Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени ѝласник РС – Међународни уђовори*, бр. 83/2008.
- Закон о ратификацији Уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација, *Службени ѝласник РС*, бр. 62/2006.
- Закон о контроли државне помоћи, *Службени ѝласник РС*, бр. 51/2009.
- Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција, *Службени ѝласник РС*, бр. 37/2018.
- Закон о ратификацији уговора о гаранцији (ЕПС, Пројекат II) између Србије и Црне Горе и Европске банке за обнову и развој, *Службени лист СЦГ – Међународни уђовори*, бр. 5/2004.
- Закон о давању гаранције Републике Србије немачкој финансијској организацији KfW по задужењу ЈП „Електропривреда Србије“ за финансирање пројекта за набавку рударске опреме за потребе површинског копа „Тамнава Западно Поље“, *Службени ѝласник РС*, бр. 34/2006.
- Закон о потврђивању уговора о гаранцији (ЕПС пројекат за Колубару) између Републике Србије и Европске банке за обнову и развој, *Службени ѝласник РС – Међународни уђовори*, бр. 8/2011.
- Бечка конвенција о уговорном праву, *Службени лист СФРЈ – Међународни уђовори* 30/72.
- European Commission, „Screening Report Serbia Chapter 8 – Competition Policy“, MD 205/15, 23. November 2015.
- European Commission, Information on the Results of the EU Accession Negotiations with Croatia, November 2011.
- Council Regulation (EC) No 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the TFEU, *OJ L 248*, 24.9.2015.

- 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, *OJ L 187*, 26.6.2014.
- Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid, *OJ L 352*, 24.12.2013.
- Commission Regulation (EU) No 360/2012 of 25 April 2012 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid granted to undertakings providing services of general economic interest, *OJ L 352*.
- 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).
- Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, *OJ C 155*.
- Communication from the Commission to the Member States on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to short-term export-credit insurance, *OJ C392*.
- European Commission, Infrastructure Analytical Grid for Energy Infrastructure, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_energy_en.pdf, 24. децембар 2018.
- European Commission, Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, *OJ C 8*.
- Commission Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, *OJ C 200*.
- Commission Guidelines on certain State aid measures in the context of the greenhouse gas emission allowance trading scheme post-2012, *OJ C 158*.
- Commission Guidelines on national regional aid for 2007-2013 *OJ C 54*.
- Commission Decision 2012/21/EU of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, *OJ L 7*.
- Commission Regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation), *OJ L 214*.
- Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, *OJ L 211*.
- 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).
- Commission Decision SA.24895 of 31 July 2013, Public investment in wind power development projects [2013], *OJ C279/1*.
- Commission Decision SA. 17365 on the State aid C 41/05 awarded by Hungary through Power Purchase Agreements [2009], *OJ L225/53*.
- Commission Decision SA. 31261 of 10 May 2011, Municipal Guarantee for Loan for Geothermal Heat Distribution Network [2011], *OJ C262/1*.

- Commission Decision, State aid SA.35956 (2013/C).
- Commission Decision State aid SA.36868 (2014/C) AS Estonian Air.
- Commission Decision SA.33766 of 7 December 2011, Coal mine closure plan 2008-2018, [2012], *OJ C284/6*.
- Commission Decision SA.36740 of 20 November 2013, Klaipėdos nafta LNG terminal [2016], *OJ C161/1*.
- Commission Decision of 17.10.2010 in case N 629/2009 – Romania – Grants for investment in electricity and natural gas transmission networks, *OJ C 37*.
- Commission Decision of 22 May 2002 NN 27/2000 Law on promotion of electricity generation from renewable energies [2002], *OJ C326/18*.
- Commission Decision SA.37068 of 18 December 2013 Underground electricity transmission line between Aghios Stefanos and nea Chalkedonia [2014], *OJ C460/5*.
- Commission Decision SA.39050 of 17 July 2015 Aid to gas infrastructure in Poland [2015], *OJ C 352/4*.
- Commission Decision SA.36323 of 31 July 2014, Liquidity support in the energy sector: PPC [2014], *OJ C348/1*.
- Energy Community Secretariat, Policy Guidelines on the Applicability of the Guidelines on state Aid for Environmental Protection and Energy 2014-2020, PG 04/2015/24 November 2015.
- Energy Community Secretariat, *Reasoned Request in Case ECS-11/14*, Annex 12a/15th MC/13-10-2017.
- Joined Cases T-443/08, T-455/08 *Mitteldeutsche Flughafen and Flughafen Leipzig/Halle v Commission*, EU:T:2011:117.
- Joined Cases T-129/95, T-2/96, T-97/96 *Neue Maxhütte Stahlwerke and Lech-Stahlwerke v Commission*, EU:T:1999:7.
- Case C-173/73 *Italy v Commission*, EU:C:1974:71.
- Case C-251/97 *France v Commission*, EU:C:1998:572, Opinion of Advocate General Fennely.
- Case C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* [2003] ECR I-7747.
- Case C-124/10P *Commission v EDF*, EU:C:2012:318
- Case T-179/09 *Dunamenti Erőmű Zrt v Commission*, EU:T:2014:236; Case C-357/14 P *Electrabel SA, Dunamenti Erőmű Zrt v Commission* EU:C:2015:642
- Joined Cases T-80/06, T-182/09 *Budapesti Erőmű Zrt v Commission* EU:T:2012:65.
- Case C-262/12 *Vent de Colère et al.*, EU:C:2013:851
- Case T-251/11 *Austria v Commission*, EU:T:2014:1060.
- Case 83/98 *France v Ladbrooke Racing and Commission* EU:C:2000:248.
- Case T-386/14, *FIH Holding and FIH Erhvervsbank A/S v Commission*.

*Tatjana Lj. Jovanić, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
tanja@ius.bg.ac.rs*

State Aid for Investments in Energy Infrastructure: the Dilemmas of „Kolubara B“ Project

***Abstract:** One of the key issues in the EU accession negotiations in Chapter 8 (Competition Policy) is the transitional state aid regime for aid granted before joining the EU, which must be compatible with EU law. This paper examines the legal framework for state aid in the field of energy in EU law, including the interpretative acts of the European Commission, as well as the normative obligations of Serbia in the stabilization and association process, the accession negotiations and the Energy Community Treaty. The subject of this paper is an analysis of the criteria for the assessment of state aid for investments in energy infrastructure, with particular emphasis on financial advantage in the form of state guarantees, since the Republic of Serbia issued guarantees for investment loans approved for the implementation of the project „Kolubara B“, which was debated in a dispute before the Ministerial Council of the Energy Community.*

***Keywords:** state aid, energy infrastructure, accession negotiations, EU law.*

Датум пријема рада: 21.02.2019.