

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ

Инвестиции в энергетику и охрана окружающей среды (международно- правовые аспекты)

*Кукушкина А.В.**

В статье рассматривается Договор к Энергетической Хартии, основной целью которого является уменьшение или устранение рисков, связанных с инвестициями и трансграничными потоками в энергетическом секторе.

ДЭХ занимает особое положение, предоставляя энергетическому сектору уникальный многосторонний режим защиты инвестиций. Вопрос о допуске иностранных инвестиций является сравнительно новым в международных соглашениях. Опасения, высказываемые в связи с изменением климата и другими экологическими последствиями производства и использования энергии, концентрируют внимание во всем мире на проблемах энергетической эффективности. На различных международных форумах, в частности, на конференции стран, подписавших Рамочную конвенцию об изменении климата (РКИК) подчеркивается важность развития и реализации действий, направленных на повышение энергетической эффективности и на ограничение выбросов газов, создающих парниковый эффект.

Ключевые слова: Договор к Энергетической Хартии; инвестиции в энергетику; международно-правовая охрана окружающей среды; международное энергетическое агентство.

* Кукушкина Анна Викторовна – к.ю.н., доцент кафедры международного права МГИМО (У) МИД РФ. ilc48@mail.ru.

Договор к Энергетической Хартии занимает особое положение, предоставляя энергетическому сектору уникальный многосторонний режим защиты инвестиций.

Инвестиционные положения являются краеугольным камнем Договора к Энергетической Хартии¹, и они подкрепляются механизмами международного арбитража и разрешения споров инвестор-государство. Такие механизмы имеют особое значение в энергетике с учетом того, что споры могут носить весьма сложный характер и касаться значительных сумм. Договор предоставляет иностранным инвесторам в энергетическом секторе право предъявлять иск принимающей стороне в случае утверждения о наличии нарушения обязательства принимающего государства, связанного с поощрением и защитой инвестиций. Иностранный инвестор может предъявить иск в национальные суды принимающей стороны или передать его в международный арбитраж.

Если какой-либо инвестор предпочитает передать спор в арбитраж, то существует три возможных пути: Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ICSID International Center of Settlement Investment Disputes) – независимое международное учреждение, тесно связанное с Всемирным банком); единоличный арбитр или арбитражный суд *ad hoc*, учреждаемый в соответствии с регламентом Комиссии Организации Объединённых Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ); либо обращение в Арбитражный институт при Международной торговой палате в Стокгольме.

Решение международного арбитража является окончательным и обязательным и каждая из договаривающихся сторон обязана обеспечить эффективное обеспечение исполнения его решений на своей территории.

За период, прошедший с момента вступления Договора в силу инвесторы предъявили несколько исков в рамках процедур разрешения споров. Большинство таких исков по вопросам инвестиций было подано в последние три года. Первое решение было вынесено в декабре 2003 года арбитражным судом согласно регламенту Стокгольмской

¹ О Договоре к Энергетической Хартии см.: «Международно-правовые основы недروпользования». Учебное пособие. Предисловие А.В. Торкунова – академика РАН, ректора МГИМО (У) МИД России. / Ответственный редактор А.Н. Вылегжанин. – М.: Норма. 2007. 528 с.

торговой палаты по делу, сторонами которого являлись Латвия и шведский инвестор².

Приведём данные о некоторых спорах:

Инвестор	Государство	Год и процедура	Статус
AES Summit Generation (Великобритания)	Венгрия	2001 – ICSID	Урегулирование спора по обоюдному согласию сторон
Нукомб (Швеция)	Латвия	2001 – Стокгольм	Решение вынесено в 2003 г.
Petrobart (Гибралтар)	Кыргызстан	2003 – Стокгольм	Решение вынесено в 2005 г.
Плама (Кипр)	Болгария	2003 – ICSI	На рассмотрении
Alstom (Италия)	Монголия	2004 – ICSID	Урегулирование спора по обоюдному согласию сторон
Акционеры Юкоса (Кипр)	Россия	2005 – ЮНСИТРАЛ	На рассмотрении
НЕР (Хорватия)	Словения	2005 – ICSID	На рассмотрении

В рамках Договора работает Группа по инвестициям. Она является форумом для экспертного обсуждения всех аспектов реализации инвестиционных положений Договора к Энергетической Хартии, и, в более широком плане, вопросов, касающихся инвестиционного климата в энергетике государств-членов Хартии.

В группе обсуждаются доклады по инвестиционному климату и структуре рынка в энергетике отдельных стран и обеспечение полной реализации положений Договора относительно недискриминационного режима для иностранных инвесторов. Она также рассматривает формирование и изменения, происходящие в законодательстве и политике всего Евразийского региона, которые сказываются на условиях реализации иностранных инвестиций в рамках энергетических проектов. В последнее время она взяла на себя более активную роль в качестве посредника в диалоге по вопросам инвестиционного климата между правительствами участников Энергетической Хартии и деловыми кругами.

Другим направлением ее деятельности является разработка общих руководящих принципов и рекомендаций по происходящему

²Годовой доклад Секретариата Энергетической Хартии за 2005 г. Брюссель, 2006 г. С. 20.

процессу реструктуризации и приватизации в энергетическом секторе государств-членов.

Материалы, получаемые в рамках обзоров по странам, а также уведомления, получаемые правительствами, включаются в так называемую «Голубую книгу» – документ, в котором фиксируются «несогласующиеся» меры (те, которые не соответствуют обязательству по Договору прилагать все усилия для обеспечения недискриминационного режима для иностранных инвесторов на «пред-инвестиционном» этапе, т.е. при осуществлении инвестиций.) В течение года «Голубая книга» периодически обновляется³.

Инвестиции в энергетический сектор предоставляют ряд социально-экономических преимуществ в тех регионах и странах, где они осуществляются. Они включают в себя создание рабочих мест, рост налоговых поступлений и повышение конкурентоспособности, а также создание инфраструктуры, передачу новых технологий и методов управления, повышение эффективности и возможность перераспределять государственные расходы.

Потребности в инвестициях в энергетику зависят в значительной мере от прогнозов спроса и предложения. В исследовании Международного энергетического агентства «Мировые энергетические перспективы» указывается, что в отсутствие новой политики, направленной на сдерживание потребления энергии, в период между 1995 и 2020 годами мировой энергетический спрос возрастет на 66%. Ожидается, что к 2020 году ископаемые виды топлива обеспечат 95% дополнительного глобального спроса на энергию. Глобальное распределение мирового спроса на энергию существенно изменится, при этом потребление энергии развивающимися странами к 2020 году удвоится более чем вдвое⁴.

Также Мировой энергетический совет (МИРЭС) провел исследование глобальных инвестиционных потребностей в энергетике (на основе прогнозов спроса и предложения, подобных тем, которые проводились Международным энергетическим агентством (МЭА). МИРЭС пришел к заключению, что ежегодные инвестиционные потребности к 2020 году будут оставаться в основном без изменений на уровне приблизительно 3-4% мирового ВВП. Различия в потребностях особенно

³ Инвестиции в энергетику. Совместный доклад Секретариата Энергетической Хартии и Международного Энергетического Агентства//Международное Энергетическое Агентство. Энергетическая Хартия. 1998 г. С. 1.

⁴ Годовой доклад Секретариата Энергетической Хартии за 2004 г. Брюссель, 2005 г. С. 9.

велики в случае стран с переходной экономикой, где инвестиционные потребности почти в 10 раз превышают потребности стран ОЭСР, выраженные в процентах от ВВП. Эта разница является результатом нынешнего низкого уровня ВВП в сочетании с необходимостью инвестировать в модернизацию и обновление старой изношенной и неэффективной инфраструктуры и технологии.

Эффективность инвестиций в экономику будет в большой степени зависеть от соответствующего налогового режима. Практика показывает, что нестабильная или несбалансированная налоговая система может быть единственным наиболее важным фактором, сдерживающим инвесторов. Особенно ярко это проявляется там, где налогообложение основано на валовом доходе, а не на прибыли за вычетом понесенных затрат.

Как внутри стран, так и на международном уровне инвестиционные проекты в энергетике конкурируют с другими инвестиционными возможностями. Только в области создания новых мощностей по производству электроэнергии, согласно оценкам Всемирного банка, потребности Азии составят более 30 млрд долл. в год и Латинской Америки – около 15 млрд долл. в год, более того, к концу 2008 г. разрыв между сбережениями и инвестициями составит около 50 млрд долл. в год в Азии и Латинской Америке, вместе взятых. Что касается России и Восточной Европы, Всемирный банк оценивает этот разрыв на уровне приблизительно 10-15 млрд долл. в год.

Прямые иностранные инвестиции играют роль дополнения к национальным сбережениям. Так, начиная с 1990 года, Китай создал инвестиционный климат, который все в большей степени привлекает прямые иностранные инвестиции в целях развития и обеспечения стабильности высоких темпов роста его ВВП. Если сравнить Россию и Китай, то можно отметить, что в 1996 году Китай привлек более 42 млрд долларов, а Россия – 2 млрд долларов⁵.

Российская экономика в целом нуждается в значительных инвестициях. Россия, занимающая третье место в мире по объемам добычи нефти, а также являющаяся крупнейшим производителем и экспортером природного газа, пережила период 50-процентного сокращения

⁵ Инвестиции в энергетику. Совместный доклад Секретариата Энергетической Хартии и Международного Договора к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. Секретариат Энергетической Хартии. Брюссель, 1996 г. Энергетического Агентства// Международное Энергетическое Агентство. Энергетическая Хартия. 1998 г. С. 3.

нефтедобычи с 600 млн тонн в год в конце 80-х годов XX века. Тем не менее, экспорт ее за пределы государств бывшего СССР сохранился на том же уровне. Существенной причиной добычи нефти, начиная с 90-х годов, было значительное сокращение внутреннего спроса и инвестиций в существующие месторождения. Также возникли проблемы приобретения нефтяного оборудования в результате распада Советского Союза, т.к. традиционно эта отрасль промышленности была сосредоточена в Азербайджане.

Ежегодные потребности России в инвестициях оцениваются минимально в 9-1 млрд долларов.

Глобальные инвестиционные потребности в газовый сектор до 2020 года оцениваются от минимума в 900 млрд долл. до максимума в 2,6 триллиона долларов. Инвестиционные потребности для добычи природного газа сталкиваются во многом с такой же ситуацией, как и потребности по нефти. Как те, так и другие требуют значительных разовых первоначальных инвестиций, и в большинстве случаев длительного срока окупаемости.

Большинство инвестиций в добычу нефти и газа финансируется непосредственно крупными многонациональными нефтяными компаниями или же за счет заемных средств частного сектора. В конечном счете, желание инвестора вкладывать свои средства зависит от способности проекта оправдать ожидания прибыли акционерами и кредиторами.

В ст. 10 ДЭХ «Поощрение, защита и режим капиталовложений» п. (7) отмечается, что: «Каждая Договаривающаяся Сторона предоставляет инвестициям на своей территории инвесторов других договаривающихся сторон и распространяет их на соответствующую деятельность, включая управление, поддержание, пользование, владение или распоряжение, режим, не менее благоприятный, чем тот, который она предоставляет инвестициям своих собственных инвесторов или инвесторов любой другой договаривающейся стороны или любого третьего государства и распространяет на их соответствующую деятельность, включая управление, поддержание, пользование, владение или распоряжение, в зависимости от того, какой из них является наиболее благоприятным. Здесь нужно отметить, что по статье 10 (7) было принято решение в отношении договора к Энергетической Хартии (Приложение 2 к Заключительному Акту Конференции по Европейской Энергетической Хартии), где отмечается, что: «Российская Федерация может потребовать, чтобы компании с иностранным участием

в законодательном порядке получали согласие на аренду федеральной собственности, при условии, что Российская Федерация обеспечит без изъятий применение этого процесса без дискриминации в отношении инвестиций инвесторов других договаривающихся сторон»⁶.

МЭА прогнозирует, что к 2020 году мировой спрос на газ удвоится, при этом прогнозируется, что значительная часть этого роста придется на долю СНГ и развивающихся стран. Удовлетворение такого роста будет сложной задачей и потребует, прежде всего, соответствующих инвестиционных условий, особенно для капиталоемких распределительных систем трубопроводов или заводов по сжижению природного газа.

Опасения, высказываемые в связи с изменением климата и другими экологическими последствиями производства и использования энергии, концентрируют внимание во всем мире на проблемах энергетической эффективности. На различных международных форумах, в частности, на конференции стран, подписавших Рамочную конвенцию об изменении климата (РКИК), подчеркивается важность развития и реализации действий, направленных на повышение энергетической эффективности и на ограничение выбросов газов, создающих парниковый эффект.

В ст. 19 ДЭХ «Экологические аспекты» отмечается, что преследуя цель обеспечить устойчивое развитие и принимая во внимание её обязательства по международным соглашениям об охране окружающей среды, стороной которых она является, каждая договаривающаяся сторона стремится сводить к минимуму экономически эффективными методами вредное воздействие на окружающую среду, имеющее место либо в пределах, либо за пределами её территории в результате всех операций в рамках энергетического цикла на её территории, учитывая надлежащим образом вопросы безопасности. При этом каждая договаривающаяся сторона действует, исходя из соображений экономической эффективности. В своей политике и действиях каждая договаривающаяся сторона стремится принимать меры предосторожности с целью предотвращению или сведения к минимуму деградации окружающей среды. Договаривающиеся стороны соглашаются с тем, что виновник загрязнения на территории договаривающихся сторон должен, в принципе, нести расходы в связи с загрязнением, включая трансграничное загрязнение, должным образом учитывая общественные

⁶ Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. Официальное издание Секретариата Энергетической Хартии. Брюссель, 1996 г. С. 73, 195.

интересы и не допуская диспропорций в инвестициях в энергетическом цикле или в международной торговле.

Соответственно, договаривающиеся стороны:

(а) учитывают экологические соображения в ходе всего процесса выработки и осуществления их энергетической политики;

(b) содействуют ориентированному на рынок ценообразованию и более полному отражению экологических затрат и выгод в рамках всего энергетического цикла;

(i) способствует открытой оценке на ранней стадии и до принятия решений, а также последующему мониторингу воздействия на окружающую среду значимых с экологической точки зрения энергетических инвестиционных проектов». При этом перед подписанием Заключительного Акта представителями были приняты Понимания в отношении Договора к Энергетической Хартии, где в отношении ст. 19(1) (i) отмечается, что каждая договаривающаяся сторона сама решает, в какой мере оценка и мониторинг воздействия на окружающую среду должны подпадать под действие правовых требований, какие органы власти правомочны принимать решения относительно таких требований, а также определяет надлежащие процедуры, которых следует придерживаться⁷.

Уровни энергоёмкости в странах с переходной экономикой значительно выше, чем в странах ОЭСР, даже по сравнению с теми, которые существовали у них 30 лет назад. Согласно данным МЭА, в России потребности для отопления помещений на 50% выше, чем в скандинавских странах (с поправкой на климат и размеры помещений). Производственное потребление энергии на тонну продукции в два раза выше уровня стран Западной Европы. Все это говорит о необходимости увеличения инвестиций в энергетическую эффективность.

По оценкам, потенциал рентабельного энергосбережения в предстоящие два-три десятилетия может составить от 10 до 30%. Страны с переходной экономикой обладают более высоким потенциалом энергетической эффективности, учитывая то, что в 70-е годы эти страны были защищены от ценовых потрясений на энергоносители, которые привели к большому энергосбережению в странах ОЭСР. При существующих внутренних ценах на энергию потенциал энергосбережения России, по подсчетам, составляет от 40 до 45%.

⁷ Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. Официальное издание Секретариата Энергетической Хартии. Брюссель, 1996 г. С. 86-87; 32.

Инвестиции в энергетическую эффективность необходимы для того, чтобы промышленность могла сохранить свою конкурентоспособность, а также для обеспечения повышения индивидуального комфорта и жизненного уровня. По оценкам Европейской комиссии и ЕБРР, рынок для проектов по энергетической эффективности в странах СНГ, Центральной и Восточной Европы может составить 40 млрд. долл. с периодом окупаемости менее трех лет. В настоящее время уровень инвестиций в 10 раз ниже потребностей.

В 2005 г. начала работу промышленно-консультативная группа (ПКГ) Энергетической Хартии, представляющая точку зрения частного сектора на деятельность по процессу Энергетической Хартии. Она действует в качестве консультативного органа при процессе Энергетической Хартии и представляет консультации по Хартии, связанной с инвестициями в энергетику, трансграничными потоками и энергоэффективностью⁸.

Она отметила, что резкий рост спроса (особенно в Азии и Соединённых Штатах) привёл к сокращению свободных мощностей в секторах сырой нефти, природного газа и продуктов их переработки, что привело к существенному росту цен на мировых рынках. Потребуется значительные инвестиции во все секторы для обеспечения надлежащего баланса между спросом и предложением в долгосрочной перспективе. Помимо этого, значительные инвестиции могут потребоваться для модернизации и замены устаревающих инфраструктурных объектов (особенно в секторе природного газа) и для создания новой инфраструктуры для транспортировки газа и электроэнергии на большие расстояния.

Также было отмечено, что одним из ключевых моментов, определяющих инвестиционные риски, является то, что при принятии инвестиционных решений обязательно необходимо принимать во внимание самые разнообразные экологические и социальные вызовы. Компании разработали ряд методологий для оценки таких рисков и противодействия им.

Одним из серьезных препятствий инвестированию является то, что многонациональные банки развития, коммерческие банки и крупные инвесторы в странах с переходной экономикой уделяют главное внимание инвестициям, связанным с энергопоставками. Отчасти это

⁸Годовой доклад Секретариата Энергетической Хартии за 2005 г. Брюссель, 2006 г. С. 22-23.

объясняется небольшими размерами проектов по повышению энергетической эффективности (что делает фиксированные издержки по организации кредитов неприемлемо высокими), а также отсутствием подготовленных и опытных специалистов по разработке предложений по проектам, которые были бы привлекательны для банков. На макроэкономическом уровне препятствием являются субсидированные цены на энергию и отопление, отсутствие возможности обеспечить выполнение контрактов, нестабильность инвестиционного климата и неуплату по счетам за потребление электроэнергии. Другие преграды структурного и технологического характера усугубляют проблему. К ним можно отнести отсутствие измерительных приборов, саму конструкцию зданий и районных систем водоснабжения, а также неуверенность в будущем многих энергоемких отраслей промышленности.

Вопросы здоровья, безопасности и окружающей среды становятся все более приоритетными для правительств, частных инвесторов и населения в целом. Решение этих вопросов приведет к еще более тяжелому финансовому бремени для государств с переходной экономикой, где ранее инвестиционная деятельность, связанная с энергетикой, осуществлялась без должного учёта вопросов окружающей среды. Загрязненным районам, представляющим серьезную опасность для здоровья людей, будет оказываться большее внимание с точки зрения их восстановления.

Предполагаемые риски влияют на решения о том, производить ли инвестиции, и если да, то в каком объеме. Чем выше риск, тем выше требуемый доход от инвестиций, и, в большинстве случаев, тем меньше инвесторов готово к участию в инвестициях.

Одним из ключевых элементов в снижении риска является предсказуемость. С учётом бегства капитала из ряда стран, не менее важно снизить политический риск, как для национальных, так и для частных иностранных инвесторов.

Вопрос о допуске инвестиций является сравнительно новым в международных соглашениях. Большинство двусторонних договоров не определяет обязательств, относящихся к допуску иностранных инвестиций. Североамериканское соглашение о свободной торговле (НАФТА), Договор к Энергетической Хартии и Многостороннее соглашение по инвестициям (разработанное в рамках ОЭСР) рассматривают этот вопрос. В них содержится юридическое обязательство воздерживаться от принятия новых мер, которые дискриминируют по признаку

принадлежности в зависимости от страны, а также добровольные обязательства, направленные на снижение существующей дискриминации.

НАФТА имеет приложение, в котором дается перечень всех изъятий из недискриминации. Такие же изъятия рассматриваются в рамках Многостороннего соглашения по инвестициям. Об изъятиях в энергетическом секторе следует уведомлять в рамках Договора к Энергетической Хартии.

Были сделаны следующие выводы:

– из 50 стран ДЭХ 12 сообщили об отсутствии изъятий. Из стран восьмерки к ним относятся Великобритания и Германия;

– имелось немногим более 100 изъятий по таким вопросам, как землевладение, приватизация, регистрация или контроль и взаимность.

После того, как инвестиции были сделаны, компаниям нужно будет право распоряжаться своими инвестициями без необоснованного вмешательства со стороны правительств или регулирующих органов, а также без дискриминации в пользу их конкурентов. Для инвесторов важно знать, что их деятельность будет осуществляться в определенных правовых рамках, гарантирующих их права и обеспечивающих выполнение контрактов и других соглашений. Норма прибыли и уверенность в ее получении от любой из конкретных инвестиций в энергетический сектор будет зависеть в решающей степени от соответствующей налоговой системы.

Одним из самых больших опасений для инвесторов является возможность коренного изменения правового режима, регулирующего инвестиции, которые могли бы подорвать фискальные или контрактные обязательства, послужившие основой для первоначального решения осуществлять инвестиции.

Большинство двусторонних договоров по защите инвестиций и многосторонние договоры, такие, как НАФТА, МСИ и ДЭХ устанавливают ряд правовых требований. Основные положения включают:

– требование к договаривающейся стороне выполнять обязательства, которые она взяла на себя по отношению к инвестору другой договаривающейся стороны, так что нарушение соглашения инвестора с принимающей стороной становится нарушением договора;

– разрешение инвесторам нанимать ключевой персонал по своему усмотрению, независимо от гражданства, при условии, что этот персонал имеет разрешение на работу и проживание;

- разрешение иностранному инвестору свободно переводить из страны в свободно конвертируемой валюте капитал, который он инвестировал, и любые связанные с ним доходы;
- компенсацию иностранным инвесторам убытков, понесенных в результате гражданских конфликтов, по меньшей мере, в тех размерах, в которых получают компенсацию национальные инвесторы, и обеспечение полной, достаточной и быстрой компенсации, если убытки явились результатом собственных действий страны;
- рассмотрение экспроприации в соответствии с надлежащими правовыми процедурами, а также в соответствии и с национальными интересами и обеспечение полной, достаточной и быстрой компенсации за экспроприированные активы;
- предоставление инвестору права обращаться в международный арбитраж, решения которого будут обязательными в соответствии с положениями договоров о разрешении споров.

* Anna V. Kukushkina – Ph.D. in Law, assistant professor of the Chair of International law, MGIMO-University MFA Russia. ilc48@mail.ru.

Investments in the Energy Sector and Environment Protection (International Legal Aspects) (Summary)

*Anna V. Kukushkina**

The article is devoted to the Energy Charter Treaty. The main objective of the Energy Charter Treaty is to reduce or eliminate risks connected with investments and transboundary flows in the energy sector. The Energy Charter Treaty has a special position providing a unique multilateral protection regime for investments in the energy sector. The investment issues are fairly new in international agreements.

Concerns relating to climate change and other environmental consequences of energy production and use are focused in the world on problems of energy efficiency. Various international forums, in particular, those of FCCC member-states, stress the importance of efforts aimed at raising energy efficiency and limiting greenhouse gas emissions.

Keywords: Energy Charter Treaty; investments in the energy sector; Environment Protection; International Energy Agency.