

МЕМОРАНДУМ

Клієнт: Європейсько-українське енергетичне агентство (ЄУЕА)

До уваги: Ради ЄУЕА

Від: Тімура Бондарєва, адвоката, Керуючого Партнера Адвокатського об'єднання "Arzinger"

Дата: 02 липня 2014 року

Шановні члени Ради ЄУЕА!

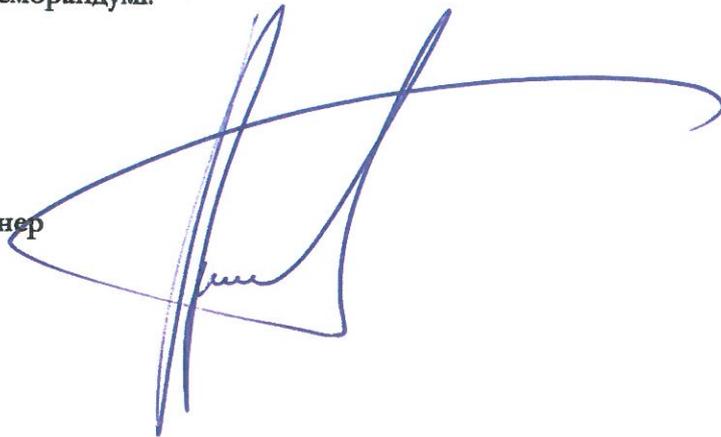
Ми, що нижче підписалися, Адвокатське об'єднання "Arzinger" надаємо висновок щодо потенційного впливу на ринок відновлювальних джерел енергії (зокрема, сонячної енергетики) прийняття Розпорядження Кабінету Міністрів України "Про вдосконалення системи розрахунків за електроенергію з альтернативних джерел енергії" від 18 червня 2014 року ("Розпорядження").

Готові відповісти на будь-які Ваші запитання, що можуть виникнути щодо висновків, викладених у даному Меморандумі.

З повагою,

Тімур Бондарєв,

адвокат, керуючий партнер



Head Office

Eurasia Business Centre; 75, Zhylyanska Str., 5th Floor; 01032, Kyiv, Ukraine; Tel.: +38 (044) 390 55 33; Fax: +38 (044) 390 55 40

West Ukrainian Branch

6, Generala Chuprynyky Str., 1st Floor; 79013, Lviv, Ukraine; Tel.: +38 (032) 242 96 96; Fax: +38 (032) 242 96 95

South Ukrainian Branch

Pokrovsky Business Centre; 33, Zhukovskogo Str., 6th Floor, office 601, 65045, Odesa, Ukraine; Tel. / Fax: +38 (048) 711 74 74

1. ВИХІДНІ ДАНІ

- 1.1. 1 квітня 2009 був прийнятий Закон України "Про внесення змін до Закону України "Про електроенергетику" щодо стимулювання використання альтернативних джерел енергії", яким було введено "зелений" тариф на електроенергію, вироблену з альтернативних джерел енергії.
- 1.2. Відповідно до Закону України "Про електроенергетику" "зелений" тариф - це спеціальний тариф, за яким закуповується електрична енергія, вироблена на об'єктах електроенергетики, в тому числі на введених в експлуатацію чергах будівництва електричних станцій (пускових комплексах), з альтернативних джерел енергії.
- 1.3. Величина "зеленого" тарифу встановлюється для кожного суб'єкта господарювання, який виробляє електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії, за кожним видом альтернативної енергії та для кожного об'єкта електроенергетики. Так Законом «Про електроенергетику» закріплено конкретні коефіцієнти "зеленого" тарифу для кожного виду альтернативної енергії.
- 1.4. "Зелений" тариф встановлюється Національною комісією, що здійснює державне регулювання в сфері електроенергетики ("НКРЕ") до 1 січня 2030 року.
- 1.5. Законом «Про електроенергетику» держава гарантує, що для суб'єктів господарювання, які виробляють електричну енергію з альтернативних джерел енергії на введених в експлуатацію об'єктах електроенергетики, буде застосовуватися порядок стимулювання виробництва електроенергії з альтернативних джерел енергії, встановлений на дату введення в експлуатацію об'єктів електроенергетики, які виробляють електроенергію з альтернативних джерел енергії. У разі внесення змін до законодавства, що регулює порядок стимулювання виробництва електроенергії з альтернативних джерел енергії, суб'єкти господарювання можуть обрати новий порядок стимулювання.
- 1.6. Окрім згаданої вище гарантії в сфері електроенергетики, держава надала інвесторам також *гарантію стабільності умов здійснення інвестиційної діяльності*, додержання прав і законних інтересів її суб'єктів, невтручання державних органів та їх посадових осіб в діяльність суб'єктів інвестиційної діяльності (стаття 18 Закону України "Про інвестиційну діяльність") та *гарантій у разі зміни законодавства* (стаття 8 Закону України "Про режим іноземного інвестування").
- 1.7. Гарантії у разі зміни законодавства полягають у тому, що якщо в подальшому спеціальним законодавством України про іноземні інвестиції будуть змінюватися гарантії захисту іноземних інвестицій, зазначені в Законі України "Про режим іноземного інвестування", то протягом десяти років з дня набрання чинності таким законодавством на вимогу іноземного інвестора застосовуються державні гарантії захисту іноземних інвестицій, зазначені в цьому законі.

Member of European Business Association www.eba.com.ua
Member of American Chamber of Commerce www.chamber.ua

- 1.8. Водночас, згідно з інформацією з різних джерел, включаючи засоби масової інформації¹, **18 червня 2014 року Кабінет Міністрів України ("КМУ") прийняв Розпорядження "Про вдосконалення системи розрахунків за електроенергію з альтернативних джерел енергії"**.
- 1.9. За нашою інформацією, Розпорядження не було належним чином опубліковано на сайті уряду або в інших офіційних джерелах.
- 1.10. Розпорядженням КМУ *рекомендує* при розрахунку "зеленого" тарифу для всіх суб'єктів господарювання, які виробляють електроенергію з альтернативних джерел енергії, за винятком міні-ГЕС, *знижити коефіцієнт пікового часу з 1,8 до 1,01*.
- 1.11. Важливо зазначити, що **Розпорядження не визначає, на які саме об'єкти електроенергетики буде поширюватися знижений піковий коефіцієнт, - на ті, яким ще не затверджений "зелений" тариф, або на ті об'єкти, яким вже затверджений і гарантований конкретний тариф**. При цьому, треба розуміти, що в разі, якщо знижений піковий коефіцієнт буде застосовуватися до тих об'єктів, яким ще не затверджено "зелений" тариф, то така зміна може зачіпати і інтереси тих інвесторів, яким ще не був затверджений "зелений" тариф, і об'єкти не введені в експлуатацію, але інвестори, наприклад, вже почали підготовку ділянки для будівництва, або навіть вже йде будівництво, і весь проект розраховувався, виходячи з гарантованого на той момент тарифу.
- 1.12. Зважаючи на невизначене коло суб'єктів, на яких буде розповсюджуватися знижений піковий коефіцієнт, та на те, що така зміна ще не була імплементована, розуміємо, що факт порушення інтересів інвесторів ще не настав, однак може мати місце в майбутньому за певних умови, які будуть описані нижче.
- 1.13. Якщо знижений піковий коефіцієнт буде застосовуватися до тих об'єктів, яким вже затверджено "зелений" тариф, то у результаті "зелений" тариф для сонячної енергії зменшиться майже в два рази², і буде виглядати наступним чином:

¹ <http://tek.rbc.ua/rus/v-kabmine-zamalchivayut-prinyatie-rasporyazheniya-o-snizhenii-20062014155500>
<http://www.capital.ua/ru/publication/23295-khod-koeffitsientom-kabmin-snizil-tarify-dlya-solnechnykh-stantsiy-vdvoe>

² Ініціатори таких змін пояснюють необхідність зниження «зеленого» тарифу тим, що в Україні необґрунтовано найвищий "зелений" тариф на сонячну енергію. Однак такі аргументи не зовсім коректні, оскільки в при визначенні розміру тарифу мають враховуватися такі фактори, як кредитний рейтинг країни, фінансові витрати, вимога місцевої складової, рівень дотримання верховенства права, наявність корупції в країні, тощо. Так, наприклад, якщо порівнювати Україну з європейськими країнами, то у України, як у країни, набагато нижче кредитний рейтинг, відповідно, якщо припустити, що в Україні і в Німеччині буде пропонуватися однаковий розмір "зеленого" тарифу, то інвестор безсумнівно вибере Німеччину, так як там банки запропонують кредит під значно менший відсоток, і проект окупиться набагато швидше. Тому зважаючи на високий ризик країни, для того, щоб бути конкурентоспроможною на ринку «зелених» інвестицій, і залишатися привабливою для інвесторів, Україна змушена пропонувати вищий "зелений" тариф.

"ЗЕЛЕНІ" ТАРИФИ, ЗА 1 КВТ/ГОД, В ЄВРОЦЕНТАХ			
Об'єкт	Поточний тариф для об'єктів, введених в експлуатацію до 31.03.2013	Поточний тариф для об'єктів, введених в експлуатацію з 01.04.2013 до 31.12.2014	Тариф після зниження коефіцієнта пікового часу для об'єктів, введених в експлуатацію з 01.04.2013 по 31.12.2014³
Сонце, наземні установки	46,53	33,93	19,04
Сонце, на дахах, >100 кВт	44,59	34,89	19,58
Сонце, на дахах, <100 кВт, на фасадах	42,65	35,86	20,12

1.14. Якщо ж піковий коефіцієнт буде знижений для тих об'єктів, яким вже затверджений і гарантований певний тариф, то необхідно проаналізувати (а) питання наявності повноважень КМУ видавати Розпорядження з рекомендаціями для Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики ("НКРЕ"), а також (б) питання правомірності зміни розміру "зеленого" тарифу, оскільки може мати місце ретроспективна зміна законодавства.

2. ПИТАННЯ ДЛЯ ЮРИДИЧНОГО АНАЛІЗУ І ЗАСТЕРЕЖЕННЯ

2.1. АО "Arzinger" було поставлено завдання провести правовий аналіз відповідності процедури прийняття Розпорядження, його змісту та наслідків прийняття діючому законодавству України та її міжнародним зобов'язанням. Щодо інвесторів, які інвестують (інвестували) в альтернативну, зокрема, сонячну, енергетику в Україні. Зокрема, дослідити доступні механізми правового захисту інвесторів через державні та міжнародні судові (арбітражні) органи.

2.2. При цьому, наш висновок носить загальний характер і не стосується конкретного проекту чи інвестора. Для остаточного і детального висновку по кожній конкретній справі необхідні провести аналіз релевантних документів та особливостей такої справи, зокрема, наявність двосторонніх угод щодо захисту інвестицій між Україною та країною відповідного інвестора.

³ На разі не відомо, для яких саме проектів буде застосовуватися знижений коефіцієнт, тому наводимо для прикладу, як буде виглядати «зелений» тариф для проектів, введених в експлуатацію до кінця 2014 року.

3. ЮРИДИЧНИЙ АНАЛІЗ

ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ В СФЕРІ ЕЛЕКТРОЕНЕРГЕТИКИ ТА АЛЬТЕРНАТИВНИХ ДЖЕРЕЛ ЕНЕРГІЇ.

- 3.1. В рамках вивчення питання компетенції органів державної влади, буде проаналізовано (а) питання наявності повноважень КМУ видавати Розпорядження з рекомендаціями для Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики ("НКРЕ"), а також (б) питання правомірності зміни розміру "зеленого" тарифу, оскільки може мати місце ретроспективна зміна законодавства.
- 3.2. Відповідно до статті 49 Конституції України, **Органи державної влади** та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи **зобов'язані діяти лише на підставі, в межах** повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та **законами України**.
- 3.3. Відповідно до частини 2 статті 4 Закону України "Про альтернативні джерела енергії" КМУ та інші уповноважені органи виконавчої влади в межах повноважень, визначених законом, реалізують державну політику в галузі альтернативних джерел енергії та здійснюють управління нею.
- 3.4. Відповідно до частини 1 статті 5 Закону України "Про альтернативні джерела енергії" *державне регулювання у сфері альтернативних джерел енергії здійснює КМУ чи за його дорученням спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади у відповідній сфері в порядку, визначеному законодавством.*
- 3.5. Відповідно до частини 1 статті 8 Закону України "Про електроенергетику" державне управління в електроенергетиці здійснюють центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики в електроенергетичному комплексі, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику в електроенергетичному комплексі.
- 3.6. Відповідно до частин 1, 2 статті 11 Закону України "Про електроенергетику" державне регулювання діяльності в електроенергетиці провадиться шляхом формування тарифної політики відповідно до законодавства, а *органом державного регулювання діяльності в електроенергетиці є НКРЕ.*
- 3.7. Відповідно до частини 2 статті 12 Закону України "Про електроенергетику" НКРЕ, здійснюючи державне регулювання діяльності в електроенергетиці та у відповідності з покладеними завданнями, серед іншого, забезпечує реалізацію державної політики щодо стимулювання виробництва електроенергії з альтернативних джерел енергії.

- 3.8. В той же час НКРЕ є державним колегіальним органом, підпорядкованим Президенту України, та у своїй діяльності *керується*, серед іншого, *актами КМУ* (пункти 1 – 2 Положення про НКРЕ, затвердженого Указом Президента України від 23 листопада 2011 року № 1059/2011)
- 3.9. **Таким чином, законодавство України не дає чіткого визначення, який саме орган (КМУ чи НКРЕ) здійснює державне регулювання у сфері альтернативних джерел енергії.**
- 3.10. Відповідно до статті 49 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" КМУ на основі та на виконання Конституції і законів України, актів Президента України, постанов Верховної Ради України, прийнятих відповідно до Конституції та законів України, видає *обов'язкові для виконання акти* - постанови і *розпорядження*. В цілому, Розпорядження КМУ з рекомендацією для НКРЕ може мати обов'язковий характер.
- 3.11. В той же час, треба зважати на формулювання першого речення Розпорядження, яке говорить "рекомендувати", **отже, документ сам по собі носить рекомендаційний характер**. Зауважимо, що навіть, якщо в Розпорядженні було б сказано не «рекомендувати», а "встановити/прийняти", досить сумнівним є висновок, що таке розпорядження мало б для НКРЕ обов'язковий характер, зважаючи на той факт, що чинне законодавство не дає відповіді на питання, хто є центральним органом, що здійснює державне регулювання у сфері альтернативних джерел енергії.

ПОРУШЕННЯ ПОРЯДКУ ОПРИЛЮДНЕННЯ РОЗПОРЯДЖЕННЯ.

- 3.12. Згідно зі статтею 52 Закону України "Про КМУ" акти КМУ, відповідно до закону є регуляторними актами⁴, які розробляються, розглядаються, приймаються та оприлюднюються з урахуванням вимог Закону України "Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності".
- 3.13. Згідно зі статтею 9 Закону України "Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності" кожен проект регуляторного акта оприлюднюється з метою одержання зауважень і пропозицій від фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань.
- 3.14. Згідно статтею 10 Закону України "Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності", термін, протягом якого від фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань приймаються зауваження та пропозиції, встановлюється розробником

⁴ Відповідно до статті 1 Закону України "Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності" регуляторний акт - це прийнятий уповноваженим регуляторним органом нормативно-правовий акт, який або окремі положення якого спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання.

проекту регуляторного акта і не може бути менше одного місяця і більше ніж три місяці з дня оприлюднення проекту регуляторного акта та відповідного аналізу регуляторного впливу. Повідомлення про оприлюднення проекту регуляторного акта з метою одержання зауважень і пропозицій, проект регуляторного акта та відповідний аналіз регуляторного впливу оприлюднюються шляхом опублікування в друкованих засобах масової інформації розробника цього проекту, а в разі їх відсутності - у друкованих засобах масової інформації, визначених розробником цього проекту, та / або шляхом розміщення на офіційній сторінці розробника проекту регуляторного акта в мережі Інтернет.

- 3.15. Отже, оскільки проект Розпорядження не був оприлюднений, можна стверджувати про наявне порушення порядку оприлюднення Розпорядження КМУ.

ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ ІНВЕТОРІВ, ЯКІ ВЖЕ ОТРИМАЛИ "ЗЕЛЕНИЙ" ТАРИФ. ПРАВОМІРНІСТЬ РЕТРОСПЕКТИВНОГО ЗНИЖЕННЯ ПІКОВОГО КОЕФІЦІЄНТА.

- 3.16. "Зелений" тариф для суб'єктів господарювання, які виробляють електричну енергію з енергії сонячного випромінювання, встановлюється на рівні роздрібного тарифу для споживачів другого класу напруги на січень 2009 року, визначеного із застосуванням тарифного коефіцієнта, що застосовується для пікового періоду часу (для трьохзонної тарифної класифікації), помноженого на коефіцієнт "зеленого" тарифу для електроенергії, виробленої з енергії сонячного випромінювання.
- 3.17. "Зелений" тариф не може бути менше фіксованого мінімального розміру "зеленого" тарифу, який на кожен дату встановлення роздрібних тарифів для споживачів (це відбувається в кінці кожного місяця) перераховується з євро в національну валюту за офіційним валютним курсом Національного банку України на таку дату.
- 3.18. Фіксований мінімальний розмір "зеленого" тарифу для суб'єктів господарювання встановлюється шляхом перерахування у євро "зеленого" тарифу, розрахованого за правилами Закону України "Про електроенергетику" (з урахуванням різних коефіцієнтів), станом на 1 січня 2009 року за офіційним валютним курсом Національного банку України на зазначену дату.
- 3.19. Згідно з Постановою НКРЕ "Про встановлення фіксованих мінімальних розмірів" зелених "тарифів на електричну енергію" № 365 від 1 квітня 2013 року для об'єктів електроенергії, які виробляють електричну енергію з сонця, встановлені наступні фіксовані мінімальні розміри "зелених" тарифів:

Фіксовані мінімальні "зелені" тарифи, за 1 кВт / годину, в копійках		
Категорія об'єкта	для об'єктів, введених в експлуатацію	
	до 31.03.2013 включно	з 01.04.2013 по 31.12.2014
Сонце, наземні установки	505,09	368,30
Сонце, на дахах, > 100 кВт	484,05	378,82
Сонце, на дахах, < 100 кВт, на фасадах	463,00	389,34

- 3.20. Важливо, що виходячи з цифр видно, що при розрахунку фіксованих мінімальних тарифів брався піковий коефіцієнт розміром 1,8. Наприклад, тариф на енергію, вироблену сонячними наземними установками, введеними в експлуатацію до 31.03.2013, був розрахований таким чином: роздрібна ціна на електроенергію для споживачів 2-го класу на січень 2009, коп. / кВт · год (58,46 коп. за 1 кВт · год) * коефіцієнт "зеленого" тарифу на енергію, вироблену сонячними наземними установками (4,8) * піковий коефіцієнт (1,8) = 505 коп. за 1 кВт · год або 46,53 євроцентів за 1 кВт · год.
- 3.21. Враховуючи вищевикладене, законодавець гарантує, що "зелений" тариф не може бути менше фіксованого мінімального. Крім того, оскільки роздрібний тариф для споживачів другого класу береться станом на 01.01.2009, його зміна не впливає на ставку "зеленого" тарифу. За аналогією, оскільки фіксовані мінімальні ставки "зеленого" тарифу розраховуються станом на 01.01.2009, зміна пікового коефіцієнта часу не впливає на ставки "зеленого" тарифу. Це підтверджує і той факт, що Постановою НКРЕ від 4 листопада 2011 року були внесені зміни до Постанови від 20 грудня 2001 року № 1241 "Про тарифи, диференційовані за періодами часу", і піковий тарифний коефіцієнт був знижений до 1,68, але незважаючи на це, **НКРЕ в своїх розрахунках розміру "зеленого" тарифу застосовувала (і досі застосовує) тарифний коефіцієнт станом на 01.01.2009 (1,8)**, адже саме з прив'язкою до цієї дати був закріплений фіксований мінімальний "зелений" тариф.
- 3.22. Закріпленням фіксованого мінімального розміру «зеленого» тарифу, який корегується відповідно до зміни курсу гривні по відношенню до євро, держава захищає виробників електроенергії з відновлюваних джерел від коливання валютного курсу о. На практиці НКРЕ повністю дотримується цієї вимоги і відповідно коригує розмір "зелених" тарифів щомісяця. Так, 29 травня 2014 НКРЕ затвердила Постанову № 772 "Про

встановлення "зелених" тарифів" на електричну енергію, в черговий раз скорегувавши тим самим "зелений" тариф згідно з поточним обмінним курсом НБУ⁵.

- 3.23. Таким чином, НКРЕ має право змінювати піковий тарифний коефіцієнт, однак така зміна не повинна призводити до зниження розміру "зеленого" тарифу, який є фіксованим мінімальним, і гарантується державою.
- 3.24. Відповідно, зниження розміру пікового коефіцієнта, а, отже, і самого "зеленого" тарифу призведе до порушення гарантії, даної інвестору законодавцем відповідно до статті 17-1 Закону України "Про електроенергетику", про яку зазначалося раніше, оскільки законодавець гарантував, що зміна законодавства про стимулювання виробництва електроенергії з відновлювальних джерел енергії не повинна стосуватися тих об'єктів електроенергетики, які вже введені в експлуатацію.
- 3.25. Таким чином, прийняття Розпорядження в частині зниження розміру пікового коефіцієнта прямо суперечить нормам Закону України "Про електроенергетику" та порушує надану ним державну гарантію інвесторам.

ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ ІНВЕТОРІВ, ЯКІ ВЖЕ ПОЧАЛИ БУДІВНИЦТВО, АЛЕ ЩЕ НЕ ОТРИМАЛИ "ЗЕЛЕНИЙ" ТАРИФ.

- 3.26. Правомірність зниження розміру пікового коефіцієнта щодо інвесторів, які вже розпочали будівництво, однак не отримали "зелений" тариф необхідно оцінювати з тієї позиції, чи міг інвестор припустити, що так швидко знизиться "зелений" тариф, виходячи з розміру якого, інвестор здійснював всі розрахунки і приймав рішення про інвестиції.
- 3.27. Так згідно чинного законодавства вже передбачено планове зниження "зеленого" тарифу для всіх типів електростанцій на відновлюваних джерелах, який буде зменшуватися щодо рівня 2013 року на 10%, 20% і 30% при введенні в експлуатацію з 2015, 2020 і 2050 рр. відповідно. Це було спочатку прописано і передбачено законодавцем, виходячи з того, що з часом обладнання для відновлюваних проєктів буде дешевшати, відповідно, окупність проєктів буде набагато коротшою / швидшою.
- 3.28. Незважаючи на таке планове зниження, 20 листопада 2012 року законодавець прийняв Закон України "Про внесення змін до закону України" Про електроенергетику "(в частині стимулювання виробництва електроенергії з альтернативних джерел енергії)" № 5485-VI № 10183. Даний Закон передбачив істотне зниження "зеленого тарифу" для сонячних електростанцій, що вводяться в експлуатацію з квітня 2013 року. Так, для наземних станцій коефіцієнт зменшився з 4,8 до 3,5, дахових (настінних) потужністю

⁵ У таких постановках НКРЕ прописує розмір скоригованого "зеленого" тарифу для кожного конкретного суб'єкта, якому було присвоєно такий тариф.

більше 100 кВт - з 4,6 до 3,6, дахових (настінних) потужністю менше 100 кВт - з 4,4 до 3, 7.

- 3.29. Таким чином, істотним є той факт, що потенційний інвестор був повідомлений за 4,5 місяці до фактичного зниження тарифу (20 листопада 2012 року - 31 березня 2013 року). Отже, законодавець надав інвестору, який вже почав розробку проекту, певний час, для того щоб прискоритися, і встигнути отримати "зелений" тариф по вищому коефіцієнту; а також дав можливість новим інвесторам розрахувати окупність майбутніх проектів, виходячи з уже знижених тарифів, які будуть застосовуватися для об'єктів, введених в експлуатацію з 1 квітня 2013 року.
- 3.30. Отже, зниження "зелених" тарифів на електроенергію для об'єктів, які виробляють електроенергію з сонячного випромінювання, яким вже присвоєно "зелений" тариф, або зниження "зелених" тарифів без перехідного розумного періоду для проектів, які будуть незабаром введені в експлуатацію, і їм буде присвоєно "зелений" тариф, не відповідає усталеній практиці, і інвестор не міг передбачити такі дії законодавця. Також можна припустити, що знаючи заздалегідь про таке значне зниження тарифу, інвестор, виходячи з економічних розрахунків, не обрав би Україну для розміщення своїх інвестицій.

ЗАХИСТ ІНТЕРЕСІВ ПОТЕНЦІЙНИХ ІНВЕТОРІВ, ЯКІ ЩЕ НЕ ПОЧАЛИ БУДІВНИЦТВО, І НЕ ОТРИМАЛИ "ЗЕЛЕНИЙ" ТАРИФ

- 3.31. Держава Україна має право сама визначати, яким чином вона стимулює виробництво електроенергії з альтернативних джерел енергії. Отже, законодавець має право зменшити "зелені" тарифи, або змінити іншим чином сам порядок стимулювання, за умови дотримання законності прийняття таких заходів.

СПОСОБИ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ІНВЕТОРІВ

- 3.32. Захист інвесторів в сфері "зеленого тарифу" здійснюється за допомогою національних способів правового захисту на підставі українського законодавства, а захист іноземних інвесторів – ще й на основі Договору до Енергетичної Хартії ("Енергетична Хартія") та Протоколу до Енергетичної Хартії з питань енергетичної ефективності і суміжних екологічних аспектів від 17.12.1994, міжурядових дво-/багатосторонніх угод про сприяння та взаємний захист інвестицій та Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року.
- 3.33. **Оскарження в порядку адміністративного судочинства.** На національному рівні інвестор має право оскаржити прийняте КМУ Розпорядження в порядку,

передбаченому Кодексом адміністративного судочинства України ("КАСУ"), в т.ч. на підставі пункту 2 частини 1 статті 17 КАСУ.

- 3.34. Зважаючи на порушення порядку прийняття Розпорядження, а також порушення гарантій в сфері електроенергетики, інвестор має право на подання позову (а) про визнання протиправним та скасування Розпорядження на підставі порушення порядку (процедури) його прийняття, а також (б) про спонукання вчинити певні дії (застосувати державні гарантії захисту іноземних інвестицій у разі зміни законодавства).
- 3.35. У разі задоволення адміністративного позову суд може прийняти постанову про 1) визнання протиправними рішення суб'єкта владних повноважень чи окремих його положень, дій чи бездіяльності і про скасування або визнання нечинним рішення чи окремих його положень, про поворот виконання цього рішення чи окремих його положень із зазначенням способу його здійснення; 2) зобов'язання відповідача вчинити певні дії.
- 3.36. **Оскарження до Європейського суду з прав людини ("ЄСПЛ").** Іноземний інвестор може звернутись до ЄСПЛ із заявою про порушення прав, гарантованих положеннями Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод з протоколами до неї, а саме статті 1 Протоколу №1 Конвенції, що гарантує недоторканість права власності та передбачає, що кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.
- 3.37. **Оскарження в режимі звернення до інвестиційного арбітражу.** На даний час Україна є стороною Енергетичної Хартії та більше 70 двосторонніх угод про захист інвестицій, зокрема з такими країнами як Австрія, Франція, Німеччина, США, Швеція, Нідерланди, Італія, Іспанія.
- 3.38. Частина 2 статті 26 Енергетичної Хартії передбачає так званий "період обдумування", що передує зверненню в арбітраж. Це означає, що, перш, ніж подати інвестиційний позов іноземний інвестор може звернутись до компетентного органу держави Україна, яким є Міністерство юстиції України, з повідомленням про інвестиційний арбітраж (проханням про мирне розв'язання спору) з метою вирішення спору шляхом переговорів протягом трьохмісячного періоду.
- 3.39. Повідомлення про інвестиційний арбітраж (прохання про мирне розв'язання спору) часто призводить до фактичного розв'язання спору на початковій стадії.
- 3.40. У випадку неможливості врегулювання спору в доарбітражному порядку іноземний інвестор може за власним вибором звернутись з заявою про вирішення спору (а) до державного суду України (наприклад, адміністративного суду, як розглядалось вище, чи господарського суду з позовом про відшкодування шкоди), (б) в порядку вирішення

спорів відповідно до будь-якої застосовної, раніше погодженої процедури розв'язання спору (наприклад, в договорі), (в) міжнародного арбітражу відповідно до положень Енергетичної Хартії.

- 3.41. Якщо інвестор обирає останній варіант - міжнародний інвестиційний арбітраж -, то він має право звернутись до: (а) Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів МЦВІС (ICSID), або (б) одноосібного арбітра або арбітражного трибуналу, утвореного відповідно до правил ЮНСІТРАЛ, або (в) арбітражного трибуналу при Арбітражному інституті Торгової палати м. Стокгольма (SCC).
- 3.42. При підготовці інвестиційного позову проти України необхідно враховувати положення статті 26 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року, відповідно до якої, Україна, будучи Договірною державою, вправі вимагати попереднього звернення до національних адміністративних або судових засобів вирішення спорів в якості умови згоди про передачу спору для арбітражного розгляду.
- 3.43. Як свідчить практика інвестиційного арбітражу, зокрема справа Joseph C. Lemire v Ukraine (ICSID Case No. ARB/06/18), Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/08/9), арбітражний трибунал все більш схильний визнати, що вичерпання національних судових засобів захисту прав інвесторів є обов'язковою передумовою для встановлення юрисдикції арбітражного трибуналу.
- 3.44. У деяких країнах (Бельгія, Болгарія, Великобританія) тяжкість і негативний вплив ретроспективних заходів, що погіршують положення інвесторів, були визнані незаконним, і такі заходи, таким чином, були скасовані відповідними національними судами. Також в 2012 році проти Іспанії було подано позов групою з 14 інвесторів у відповідь на зниження тарифів на сонячну енергію. Інвестори стверджували, що роблячи інвестиції, вони виходили з чинного законодавства про "зелений" тариф, і зниження тарифів з боку уряду порушило Договір до Енергетичної хартії та багатосторонні угоди про захист інвестицій. На даний момент ряд справ ще підлягають розгляду, і інформація по ним не є публічною, однак зважаючи на сильну позицію інвесторів, є високі шанси, що суд стане на сторону інвесторів.
- 3.45. Найчастіше іноземні інвестори в сфері альтернативної енергетики обирають (МЦВІС або ICSID).
- 3.46. Для аналізу перспектив та стратегії щодо подачі позову до інвестиційного арбітражу потрібно аналізувати кожний конкретний випадок окремо та конкретну угоду про захист інвестицій.
- 3.47. **Таким чином, інвестор має наступні способи правового захисту:**

- 3.48. **Досудові:** звернення інвестора з листами до КМУ про скасування Розпорядження, звернення асоціації або громадського об'єднання у сфері енергетики з листами до КМУ про скасування Розпорядження, звернення інвестора з повідомленням про інвестиційний спір (претензії) до Міністерства юстиції України;
- 3.49. **Судові:** подання інвестором адміністративного позову про визнання протиправним та скасування Розпорядження на підставі порушення порядку (процедури) його прийняття, а також (б) про спонукання вчинити певні дії (застосувати державні гарантії захисту іноземних інвестицій у разі зміни законодавства); подання позову до інвестиційного арбітражу; подання заяви до ЄСПА.