

Российский концептуальный подход и Договор к Энергетической хартии*



И.В. Гудков,
кандидат юридических наук,
заведующий сектором
Юридического департамента
ОАО «Газпром»¹

Неактуальность идеи заключения дополнительного инвестиционного договора, предусмотренного пунктом 4 статьи 10 ДЭХ

Пункт 4 статьи 10 ДЭХ предусматривает, что Договаривающиеся стороны заключат дополнительный договор, фиксирующий жесткое обязательство по предоставлению иностранным инвесторам недискриминационного режима на прединвестиционной стадии, иными словами, внедряющий концепцию открытого доступа к энергетическим рынкам.

До заключения дополнительного договора Договаривающиеся стороны «стремятся» ограничить до минимума изъятия из недискриминационного режима, то есть, в том числе, воздерживаться от введения новых изъятий (standstill) и постепенно устранять существующие изъятия (roll-back)².

Переговоры по дополнительному договору были начаты в 1996 г., в 2002 г. они были приостановлены до разработки международных инвестици-

онных правил ВТО³. Однако подобно тому, как в рамках ОЭСР в конце 90-х гг. провалились переговоры по многостороннему инвестиционному соглашению, так и в рамках ВТО не наблюдается прогресса в разработке международных инвестиционных правил. По мнению С. Хаджиджи, «никакой работы по переговорам на эту тему не произойдет в ВТО в обозримом будущем. Спротивление в отношении инвестиций наблюдается в контексте ВТО, так как понятие «либерализованного инвестиционного режима» воспринимается с чрезвычайной настороженностью»⁴.

Заключение дополнительного договора (так же, как и стремление устранять на промежуточном этапе ограничения прав иностранных инвесторов) неактуально в том смысле, что тенденции последних лет демонстрируют практически повсеместное поддержание существующих и внедрение новых специальных правил допуска иностранных инвесторов на национальные рынки. В особенности это касается стратегических секторов, к числу которых относится ТЭК.

Эти тенденции характерны как для развивающихся, так и для развитых стран (в том числе США, Канады, Японии, Норвегии, Австралии, Германии, Франции). Последние ограничивают доступ иностранного капитала, провозглашая необходимость защиты национальной безопасности в контексте растущих аппетитов фондов национально-го благосостояния и государственных компаний развивающихся стран.

Доклад Правительственного отчетного ведомства США (United States Government Accountability Office) от февраля 2008 г. по вопросам иностранных инвестиций содержит данные о том, что в десяти странах (Канада, Китай, Франция, Германия, Индия, Япония, Нидерланды, Россия, ОАЭ, Соединенное королевство), также как и в США, действуют специальные правила допуска иностранных инвестиций⁵.

Применительно к энергетическому сектору соответствующие исследования готовит Секретариат Энергетической хартии в форме так называемых

* Продолжение. Начало см.: Нефть, Газ и Право. 2009. № 6.

¹ Настоящая статья отражает личную точку зрения автора и не является официальной позицией ОАО «Газпром».

² П. 5 ст. 10 ДЭХ.

³ Проект дополнительного договора по инвестициям размещен на официальном сайте Энергетической хартии: <http://www.encharter.org/>

⁴ Haghghi S. Energy Security. The External Legal Relations of the European Union with Major Oil and Gas Supplying Countries. Oxford, 2007. P. 198.

⁵ <http://www.gao.gov/new.items/d08320.pdf>.

«голубых книг», репрезентативность сведений в которых не всегда абсолютно безупречна⁶.

Специальные правила допуска иностранных инвестиций носят как секторальный (применяются в отдельных отраслях народного хозяйства), так и горизонтальный (применяются в экономике в целом) характер. Их формы отличаются многообразием — от специальной процедуры одобрения, предполагающей рассмотрение вопроса о допуске уполномоченным государственным органом (наиболее часто встречающийся вариант), до ограничения долей или запрета иностранного участия. Когда речь идет о «секторальном подходе», энергетический сектор, как правило, включается в число областей со специальными правилами допуска. Когда применяется «горизонтальный подход», энергетический сектор также, естественно, подпадает под действие специальных правил.

Даже страны с самыми открытыми рынками, к которым относятся Соединенное королевство и Нидерланды, применяют специальные правила допуска иностранных инвестиций: они хотя и не используют процедуры одобрения, ограничения или запрет иностранного участия, но резервируют право вводить основанные на публичном интересе защитные меры, предотвращающие нежелательные инвестиции из-за рубежа. Иными словами, вместо подхода «иностранная инвестиции запрещены, если они специально не разрешены», эти страны руководствуются правилом «иностранная инвестиции разрешены, если они специально не запрещены защитными мерами». Тот факт, что на практике защитные меры применяются не часто, не изменяет их юридическую квалификацию как специальных правил допуска иностранных инвестиций, поскольку аналогичные меры в отношении отечественных инвестиций законодательно не предусмотрены.

Третий энергетический пакет ЕС, вступивший в силу осенью 2009 г., наглядно демонстрирует, что специальные правила допуска иностранных инвестиций становятся предметом, которому европейское право придает возрастающее значение.

Неактуальность идеи заключения дополнительного договора подчеркивается также тем, что в него предполагается включить обязательства по «продаже и иному отчуждению государственных активов» и «роспуску монополий» (понима-

ние в отношении п. 4 ст. 10 ДЭХ). На фоне повсеместно возрастающей роли государств в энергетическом секторе, усиления позиций доминирующих игроков, «национальных чемпионов», консолидации энергетических активов и объективной естественно-монопольной природы инфраструктурного сегмента энергетической отрасли такого рода обязательства представляются необоснованными, а сам факт их упоминания в тексте ДЭХ свидетельствует о «революционном подходе» к решению важнейших вопросов ТЭК.

Статья 16 ДЭХ: возможность использования ДЭХ «в обход» других международных инвестиционных договоров

Статья 16 ДЭХ предусматривает алгоритм соотношения ДЭХ и иных международных инвестиционных договоров, заключенных двумя или более Договаривающимися сторонами. Из конкурирующих норм подлежит применению та, которая является «более благоприятной для инвестора или инвестиции».

Из этого вытекают важные правовые последствия, которые могут быть проиллюстрированы следующими примерами, смоделированными на основе допущения о том, что Россия была бы Договаривающейся стороной ДЭХ. Возьмем в качестве исходной нормы ДЭХ, подлежащей сопоставлению с нормами других международных договоров России, положение пункта 7 статьи 10, устанавливающее жесткое обязательство по применению к осуществленной инвестиции на альтернативной основе

⁶ В марте 2008 г. Секретариат Энергетической хартии выпустил специальную «голубую книгу», посвященную специальным правилам допуска иностранных инвестиций на энергетические рынки сторон, участвующих в хартийном процессе. В данной книге специальные правила условно подразделены на пять категорий: 1) недвижимость; 2) приватизация; 3) допуск, регистрация и надзор; 4) взаимность; 5) другие. В большинстве случаев специальные правила носят горизонтальный характер, т.е. применяются к экономике в целом. Специальные правила в энергетическом секторе в большинстве случаев отнесены к категории «допуск, регистрация и надзор». Книга составлена в основном на основании отчетов, направленных Договаривающимися сторонами, что в некоторой степени снижает ее полный и объективный характер. Например, такие страны, как Германия, Соединенное королевство, Норвегия, не представили отчеты о специальных правилах допуска иностранных инвестиций. Это не означает, что в указанных странах ограничения иностранных инвесторов не применяются (информация о наличии в Германии и Соединенном королевстве ограничений содержится, например, в вышеупомянутом докладе Правительственного отчетного ведомства США). См.: The Blue Book. Making Investments in Energy Charter Member Countries. Exceptions to the principle of non-discriminatory treatment / Energy Charter Secretariat. March 2008. <http://www.encharter.org/>.

национального режима (далее — НР) или режима наибольшего благоприятствования (далее — РНБ)⁷.

Как было показано выше, стандартная практика российских двусторонних инвестиционных договоров (далее — ДИД) включает норму, устанавливающую безусловное право принимающих государств применять и вводить изъятия из НР в отношении как иностранных инвесторов, так и их инвестиций. Согласно статье 16 ДЭХ эта норма российских ДИД не подлежала бы применению в энергетическом секторе, поскольку она наносит ущерб «более благоприятной для инвестиций» норме пункта 7 статьи 10 ДЭХ, не допускающей безусловных изъятий из обязательства по предоставлению НР на постинвестиционной стадии.

Соглашение о партнерстве и сотрудничестве между Россией и ЕС 1994 г. (далее — СПС) определяет закрытый перечень секторов, в которых дозволены изъятия из НР на постинвестиционной стадии. В частности, сюда относится сектор добычи полезных ископаемых⁸. В силу статьи 16 ДЭХ согласованные в СПС изъятия из НР не должны были бы применяться, поскольку они представляют собой нормы, менее благоприятные для инвестиций, чем пункт 7 статьи 10 ДЭХ. Это достаточно любопытный вывод: переговоры по ДЭХ и СПС велись параллельно, договоры датированы одним годом, но получается так, что согласованные в СПС изъятия в энергетическом секторе могут быть обойдены при помощи ДЭХ.

Интересно проанализировать также проблему соотношения инвестиционного режима ДЭХ и Генерального соглашения по торговле услугами 1994 г. (далее — ГАТС), которое распространяется на инвестиции как на услуги, оказываемые способом «коммерческого присутствия».

В рамках ГАТС по общему правилу действует РНБ, а применение НР в отдельных секторах согласу-

ется сторонами в перечнях специфических обязательств, которые вырабатываются в ходе переговоров и становятся составными частями ГАТС. Как из РНБ, так и из НР ГАТС позволяет делать изъятия, причем этим правом члены ВТО обычно пользуются в стратегических отраслях (в том числе энергетической). Подлежит ли применению изъятие из НР или РНБ в энергетическом секторе, согласованное в рамках ГАТС, к отношениям между Договаривающимися сторонами ДЭХ?

Статья 4 ДЭХ устанавливает, что в отношениях между Договаривающимися сторонами — членами ВТО ничто в ДЭХ (то есть, в том числе, и статья 16) «не должно наносить ущерб положениям ГАТТ и связанных с ним документов [включая ГАТС. — прим. И.Г.], как они применяются между этими Договаривающимися сторонами». Получается, что участвующие в ДЭХ члены ВТО вправе применять в отношениях между собой изъятия по ГАТС, даже если «более благоприятное» инвестиционное положение пункта 7 статьи 10 ДЭХ

не допускает изъятия. Но в то же время участвующие в ДЭХ члены ВТО не могут

ДЭХ оставляет широкое пространство для обхода связывающих Договаривающиеся стороны международных инвестиционных договоров, как двусторонних, так и многосторонних.

применять согласованные в рамках ГАТС изъятия в отношении сторон ДЭХ — нечленов ВТО. Получается несколько парадоксальная (и вряд ли входившая в намерения разработчиков ДЭХ) ситуация, когда в государстве — члене ВТО режим капиталовложений из «страны-аутсайдера» становится более благоприятным, чем из страны ВТО.

Мы рассмотрели примеры коллизии инвестиционных режимов, содержащихся в ДЭХ и иных международных договорах, но конфликты могут затрагивать и другие нормы, в том числе стандарт защиты капиталовложений.

Предусмотренный ДЭХ стандарт защиты иностранных инвестиций подлежит применению даже в том случае, если принимающее государство договорилось с государством инвестора о менее жестких мерах защиты в отношении конкретного проекта. Возникает вопрос: могут ли менее жесткие меры защиты быть согласованы в договоре принимающего государства с иностранным инвестором? Т. Вальде полагает, что в таком случае речь идет об отказе иностранного инвестора от прав по ДЭХ и такой отказ сомнителен с точки зрения юридической действительности⁹.

Поскольку в ТЭК широко распространены как международные, так и частноправовые договоры по конкретным проектам, отсутствие возможнос-

⁷ Данное обязательство носит близкий к абсолютному характер. Оно ограничено лишь расплывчатыми правилами в пунктах 8 и 10 статьи 10 ДЭХ. Данные пункты предусматривают возможное применение изъятий из недискриминационного режима к инвестициям, подпадающим под программы государственного субсидирования (п. 8) и относящимся к интеллектуальной собственности (п. 10).

⁸ Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны, от 24 июня 1994 г. Ст. 28 и прил. 3, 4.

⁹ Вальде Т. Международные инвестиции в соответствии с Договором к Энергетической хартии 1994 г. // Договор к Энергетической хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада. Москва, 2002. С. 242.

ти предусмотреть в них отклонение от стандарта ДЭХ способно снизить привлекательность ДЭХ для ряда государств. Особенно это касается такого элемента стандарта защиты инвестиций, как механизм международного арбитражного разрешения споров. Латиноамериканские страны, придерживающиеся доктрины Кальво, настаивают на разрешении споров исключительно в судах принимающего государства. Норвегия не ратифицировала ДЭХ из-за содержащейся в нем арбитражной оговорки, от которой нельзя отойти в рамках отдельных соглашений¹⁰.

Проведенный анализ показывает, что ДЭХ оставляет широкое пространство для обхода связывающих Договаривающиеся стороны международных инвестиционных договоров, как двусторонних, так и многосторонних. Примечательно, что именно несоответствие ДЭХ международным инвестиционным обязательствам сыграло ключевую роль в отказе США (вероятно, также и Канады) от подписания данного договора. У. Фокс пишет: «По-видимому, главное возражение США по отношению к ДЭХ состоит в том, что текст ДЭХ не удовлетворяет международным инвестиционным нормам, которые зафиксированы США в их двусторонних инвестиционных документах и многосторонних инвестиционных соглашениях¹¹».

Статья 17 ДЭХ: проблема «безбилетного проезда»

Помимо вопроса о последствиях несоответствия ДЭХ другим договорам Договаривающихся сторон существует более общая проблема — воздействие ДЭХ в целом (и его инвестиционных положений в частности) на отношения между его сторонами и третьими, не участвующими в ДЭХ, государствами, а также инвесторами последних.

В той мере, в которой международные договоры, заключенные Договаривающимися сторонами ДЭХ с третьими государствами, предусматривают РНБ (как, например, ГАТС или ДИД), ДЭХ будет подлежать применению в отношении третьих государств и их инвесторов. Таким образом, в реальности круг субъектов, которые могут пользоваться ДЭХ, существенно превышает число его сторон. Положение, при котором третьи государства, не связанные обязательствами по ДЭХ, и их инвесторы могут использовать выгоды ДЭХ, называют проблемой «безбилетного проезда».

Попытка решения этой проблемы содержится в статье 17 ДЭХ, которая позволяет Договаривающимся сторонам при соблюдении ряда условий отказывать инвесторам и инвестициям, подконтрольным лицам третьих государств, в выгодах ДЭХ. Однако эта попытка не решает

проблему полностью. Во-первых, статья 17 касается отказа в выгодах лишь инвестиционных положений (но не транзитных и торговых). Во-вторых, условия отказа сформулированы таким образом, что их можно обойти.

Приведем пример. Согласно пункту 1 статьи 17 в выгодах ДЭХ может быть отказано юридическому лицу, если оно, во-первых, принадлежит лицам третьего государства или контролируется ими и, во-вторых, не ведет существенной деятельности на территории той Договаривающейся стороны, на которой оно создано.

Второе квалифицирующее условие серьезно ограничивает возможность для отказа в выгодах: инвестор из третьего государства (например, США) может воспользоваться жесткими инвестиционными нормами ДЭХ посредством своего дочернего общества, созданного на территории Договаривающейся стороны и осуществляющего там существенную деловую активность¹².

Критерии «существенной деятельности» в ДЭХ не определены. В деле «Амто против Украины» наличие офиса, банковского счета и небольшого, но постоянного штата сотрудников было признано достаточным для признания за деятельностью компании существенного характера. В данном деле Украина пыталась на основании статьи 17 отказать в выгодах ДЭХ латвийской фирме, подконтрольной россиянам. Арбитраж, решив, что второе условие для отказа не выполнено (компания вела существенную деятельность в Латвии — Договаривающейся стороне ДЭХ), счел ненужным определять, выполнено ли первое условие.

¹⁰ Вальде Т., Конопляник А. Договор к Энергетической хартии и его роль в мировой энергетике // Нефть, Газ и Право. 2009. № 1. С. 50.

¹¹ Фокс У. США и Договор к Энергетической хартии: опасения и заблуждения // Договор к Энергетической хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада. Москва, 2002. С. 165.

¹² Примечательно, что статья XXVII ГАТС «Отказ в выгодах» оставляет государствам более широкие возможности для отказа в выгодах, признавая право на отказ в отношении поставщика услуги, являющегося юридическим лицом, если это лицо не является поставщиком услуг другого члена ВТО или является поставщиком члена ВТО, в отношении которого отказывающее государство не применяет Соглашение о ВТО. Критерий «существенной деятельности» в ГАТС не установлен.

Тем самым, арбитраж избежал необходимости рассматривать непростой вопрос о том, являлась ли Россия, применявшая ДЭХ на момент разбирательства на временной основе, третьим государством для целей ДЭХ¹³. Исходя из такого понимания подконтрольные лицам из третьих государств фирмы, действующие на территориях Договаривающихся сторон ДЭХ, могут претендовать на применение к ним инвестиционных положений данного договора, пользуясь правом «безбилетного проезда».

Подконтрольные лицам из третьих государств фирмы, действующие на территориях Договаривающихся сторон ДЭХ, могут претендовать на применение к ним инвестиционных положений данного договора, пользуясь правом «безбилетного проезда».

Предусмотренный пунктом 7 статьи 7 ДЭХ механизм разрешения транзитных споров ни разу не применялся на практике и является скорее виртуальным, чем реальным инструментом преодоления разногласий, связанных с транзитом энергии.

Во-первых, этот механизм может быть задействован лишь «по

точному принципу»: после исчерпания «*договорных или иных средств разрешения спора, предварительно согласованных*» спорящими сторонами. То есть в экстренной ситуации с прерыванием транзита энергии ДЭХ не поможет: необходимо будет дожидаться окончания процедуры разрешения споров, предусмотренной договором о транзите, что может занять годы.

Статья 7 ДЭХ: проблемы «транзитного модуля»

Статья 7 ДЭХ регулирует режим транзита энергии. Она развивает признаваемый статьей V ГАТТ принцип свободы транзита, адаптируя его применительно к энергетической сфере посредством установления свободы создания новых и расширения существующих транзитных мощностей, гарантии непрерывности транзита и механизма разрешения транзитных споров.

Вопрос о соотношении статьи V ГАТТ и статьи 7 ДЭХ является дискуссионным¹⁴. Поскольку в отношениях между Договаривающимися сторонами ДЭХ — членами ВТО нормы ГАТТ имеют приоритет, в случае коллизии норм статьи 7 ДЭХ и статьи V ГАТТ применению подлежат последние. Но здесь возникает другая проблема: хотя статья V ГАТТ прямо не исключает из сферы своего действия трубопроводный транзит энергии, в реальности практика ВТО по применению указанной статьи к энергетическим отношениям отсутствует и вообще возможность такого применения подвергается сомнению¹⁵. Таким образом, правовые последствия конфликта норм статьи V ГАТТ и статьи 7 ДЭХ не вполне ясны.

Остановимся на двух частных проблемах, связанных со статьей 7 ДЭХ: отсутствие эффективного механизма предотвращения и пресечения чрезвычайных ситуаций с транзитом энергии (п. 7 ст. 7) и режим, применимый к транзитным тарифам (п. 3 ст. 7).

Во-вторых, если транзитный спор уже разрешен в рамках процедуры, предусмотренной договором о транзите, сомнительна возможность его последующего рассмотрения в рамках механизма ДЭХ. Принцип «*res judicata*» препятствует повторному разрешению спора между теми же лицами по тому же предмету и основанию.

В-третьих, важнейшие элементы механизма разрешения транзитных споров ДЭХ сформулированы нечетко. Не ясно, например, распространяется ли механизм только на споры, одной из сторон которых является Договаривающаяся сторона ДЭХ, или также на споры между субъектами Договаривающихся сторон.

Поэтому представляется вполне обоснованным, что в Концептуальном подходе особое внимание уделяется необходимости «создания и совершенствования механизма раннего предупреждения с участием поставщиков, потребителей и транзитных государств». Концептуальный подход исходит из того, что «интегральной частью новой системы документов должно стать новое соглашение о гарантиях транзита энергетических материалов и продуктов, включающее... договор, устанавливающий процедуру преодоления чрезвычайных ситуаций в данной сфере».

В соглашение предполагается включить ряд весьма важных положений:

- *ответственность Договаривающихся сторон за выполнение их субъектами обязательств по транзитным договорам. С практической*

¹³ Дело «Амто против Украины» (пар. 59–70).

¹⁴ Clark B. Transit and the Energy Charter Treaty: Rhetoric and Reality // <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue5/clark5.html>. P. 3.

¹⁵ Там же.

точки зрения эта гарантия особенно желательна, когда у оператора транзита нет имущества, достаточного для возмещения убытков, причиненных нарушением обязательств;

- *создание системы органов урегулирования чрезвычайных ситуаций с транзитом энергии.* Это предложение, вероятно, учитывает опыт работы международной экспертной комиссии ad hoc, созданной в январе 2009 г. для мониторинга транзита газа через территорию Украины. Поскольку Концептуальный подход наряду с понятием «преодоление» оперирует понятием «раннее предупреждение» чрезвычайных ситуаций, данные органы предполагается наделить правом принятия как пресекательных, так и превентивных мер (предотвратить проблему проще, чем решать ее);
- *обязательный доступ экспертов органов урегулирования к транзитной инфраструктуре.* Прозрачность транзитных потоков энергии является ключевым условием проверки надлежащего выполнения транзитных обязательств.

Пункт 3 статьи 7 ДЭХ обязывает Договаривающиеся стороны применять для транзитной энергии «не менее благоприятный режим, чем тот, который ее положения предусматривают для... материалов и продуктов, происходящих из ее собственной территории или предназначенных для нее...».

Данное положение требует применять к транзиту энергии тарифы, эквивалентные тарифам на ее внутреннюю транспортировку.

В то же время согласно опубликованному Секретариатом Энергетической хартии в январе 2006 г. исследованию как Россия, так и важнейшие транзитные Договаривающиеся стороны ДЭХ (Австрия, Бельгия, Германия, Польша, Словакия) применяют более высокие тарифы на транзитную, чем на внутреннюю транспортировку¹⁶.

Целесообразность дифференциации тарифов на внутреннюю и транзитную транспортировку энергии вызвана различными экономическими условиями данных видов перемещения энергии. Таким образом, требуемый ДЭХ для транзита энергии режим объективно не соответствует реальному положению вещей.

Выводы

Вышеизложенный анализ показывает, что основным объективным недостатком ДЭХ является его противоречивость. Делегирование международному арбитражу права применения двусмысленно сформулированных норм, регулирующих важнейшие вопросы функционирования стратегического сектора экономики, является рискованным шагом с трудно предсказуемыми последствиями. Арбитраж в такой ситуации наделяется не столько правоприменительной, сколько правотворческой функцией, что может оказать негативное влияние на суверенные интересы Договаривающихся сторон. Конфиденциальный характер арбитража и отсутствие прецедентного подхода может негативно сказаться на прозрачности и последовательности практики применения ДЭХ.

Конкурентоспособность тех «правил игры» на международном энергетическом рынке, которые будут предлагаться в развитие Концептуального подхода, во многом зависит от их качества — от того, насколько они будут четкими, недвусмысленными и понятными.

В отношении «транзитного модуля» ДЭХ, ставшего главным объектом критики российской стороны, Концептуальный подход предлагает ряд конкретных мер по повышению эффективности международно-правовой защиты транзитной транспортировки энергии.

Сопоставление «инвестиционного модуля» ДЭХ с Концептуальным подходом даже в общем приближении затруднено, поскольку последний очень лаконично затрагивает тему инвестиционного регулирования энергетики. В то же время «инвестиционный модуль» является основным содержанием и смыслом ДЭХ, его наиболее сложным и неоднозначным фрагментом.

«Мягкие» нормы ДЭХ, посвященные доступу на рынки Договаривающихся сторон (прединвестиционный режим), допускают трактовку, согласно которой открытие рынков из красивой декларации превращается в ослабленное, но вполне конкретное обязательство, снабженное механизмом

Конфиденциальный характер арбитража и отсутствие прецедентного подхода может негативно сказаться на прозрачности и последовательности практики применения ДЭХ.

туальный подход предлагает ряд конкретных мер по повышению

¹⁶ Тарифы за транзит газа в отдельных странах Договора к Энергетической хартии. Январь 2006 г. / Секретариат Энергетической хартии. С. 10: <http://www.encharter.org/>.

межгосударственного арбитража. В свою очередь, пункт 4 статьи 18 ДЭХ предусматривает беспрецедентное для международного права обязательство содействовать доступу к сектору *upstream* — отдельному сегменту энергетического рынка, который должен был бы в силу принципа суверенитета над природными ресурсами огражден от подобного двусмысленного обязательства. Планируемый к заключению дополнительный инвестиционный договор призван в полном объеме внедрить в ТЭК концепцию «открытых дверей» и демонополизировать ТЭК.

Указанные нормы не согласуются ни с общей «статичной» ситуацией в сфере международного регулирования инвестиций, характеризующейся отсутствием прогресса в разработке многосторонних инструментов (в рамках ВТО и ОЭСР), ни логике развития законодательств Договаривающихся сторон, придающей особое значение сохранению суверенных прав на применение ограничений доступа иностранных инвесторов в энергетику. В этом смысле ДЭХ порождает несколько парадоксальную ситуацию, когда энергетика — традиционно одна из наиболее закрытых отраслей экономики — оказывается впереди других отраслей народного хозяйства в вопросах либерализации.

Можно было бы говорить о том, что такое положение вещей взаимовыгодно, поскольку речь идет о доступе как на рынки стран-производителей, так и на рынки стран — потребителей энергии, но следующие факты дают основания для того, чтобы усомниться в этом. Во-первых, содержательная взаимность в доступе объективно невозможна из-за различных характеристик энергетических рынков (например, у одних стран есть ресурсы, у других нет). Во-вторых, в силу географической концентрированности ресурсов страны — производители энергии зачастую занимают доминирующее положение на рынках стран-потребителей и формальное наделение первых правом недискриминационного доступа на рынки вторых не устраняет проблему возможных конкурентно-правовых ограничений. В-третьих, норма ДЭХ о доступе к энергетическим ресурсам сформулирована более жестко, чем общие нормы, регулирующие прединвестиционный режим, что позволяет квалифицировать ДЭХ в качестве неравноправного договора, нарушающего принцип взаимной выгоды.

В отношении «транзитного модуля» ДЭХ, ставшего главным объектом критики российской стороны, Концептуальный подход предлагает ряд конкретных мер по повышению эффективности международно-правовой защиты транзитной транспортировки энергии.

Закрепленная в ДЭХ либерализация доступа на рынки имеет мало общего с реальностью: как развитые, так и развивающиеся Договаривающиеся стороны ДЭХ поддерживают существующие и вводят новые ограничения доступа иностранцев в ТЭК. Даже последовательные сторонники ДЭХ, такие, как страны ЕС, фактически не выполняют его положения.

Тот факт, что ДЭХ не допускает применения менее жесткого, чем закрепленного в нем, стандарта защиты инвестиций, сужает пространство переговорных возможностей в ТЭК, спецификой которого является распространенность индивидуальных, проектно-ориентированных договоров между принимающими странами и странами — экспортерами капитала или их инвесторами.

В случае разработки предложений по совершенствованию международного инвестиционного регулирования энергетики с методологической точки зрения представляется возможным раздельное рассмотрение вопросов инвестиционного режима (доступа) и защиты инвестиций.

Что касается инвестиционного режима, то открытие ТЭК в форме наделения иностранных инвесторов правом недискриминационного доступа, как показано выше, само по себе не гарантирует

соблюдение надлежащего баланса интересов. В связи с этим представляется логичным консервативный подход, характерный для двусторонних инвест-

тиционных договоров России, согласно которому доступ определяется в соответствии с национальным законодательством принимающей стороны.

Что касается стандарта защиты инвестиций, то здесь ключевым является вопрос о том, должен ли соответствующий стандарт безусловно распространяться на иностранные инвестиции или же от него можно отходить в рамках индивидуальных двусторонних отношений принимающего государства с иностранными инвесторами и государствами последних. Очевидно, что повсеместный рост капиталоемкости энергетических проектов предопределяет целесообразность серьезной защиты иностранных инвестиций.

Общий стандарт защиты инвестиций, предусмотренный ДЭХ (возмещение убытков, экспроприация,

перевод платежей, суброгация, международный арбитраж), в целом соответствует двусторонним инвестиционным договорам России. В то же время возможность отказа от механизма международного арбитражного разрешения споров является принципиальной для ряда стран, которые не готовы дать рамочный отказ от суверенного юрисдикционного иммунитета в отношении споров с иностранными инвесторами. Отсутствие такой возможности в ДЭХ снижает привлекательность данного договора для таких стран.

В отношении особо важных трансграничных проектов в международной практике распространено предоставление повышенного стандарта защиты инвестиций. Крупные проекты в качестве необходимой предпосылки их реализации требуют получения от принимающих государств специальных гарантий по широкому кругу вопросов: от ускорения процедур согласования до стабилизации налогового режима. Унификация такого рода гарантий на уровне международно-правового стандарта могла бы с практической точки зрения быть полезной.

Разумеется, проблематика совершенствования международно-правового регулирования энергетических отношений не сводится к ряду рассмотренных в настоящей работе инвестиционных и транзитных вопросов. Возрастающее значение приобретает многостороннее международное регулирование отношений, связанных с достижением устойчивого развития, спецификой торговли отдельными видами энергии, развитием научно-технического сотрудничества в ТЭК.

Предметом обсуждения отечественных ученых стал вопрос формата, в котором будут продвигаться российские предложения, развивающие Концептуальный подход: будут ли они сформулированы как проекты новых соглашений или как проекты изменений ДЭХ?

Доктор экономических наук, президент Российского газового общества В.А. Язев выступает за первый путь, предлагая разработать проект мирового энергетического кодекса как нового универсального договора, регулирующего отношения в ТЭК¹⁷. Для того чтобы на этот путь встали Договаривающиеся стороны ДЭХ, они должны будут либо принять непростое решение о выходе из ДЭХ, либо согласиться на параллельное меж-

дународно-правовое регулирование однородных отношений, сопряженное со сложностями взаимодействия двух инструментов.

Второй путь поддерживает доктор экономических наук, профессор А.А. Конопляник. По его мнению, идея модификации ДЭХ может найти поддержку у Договаривающихся сторон ДЭХ, не желающих выходить из данного договора, в том числе у ЕС¹⁸. Ученый обозначает такой подход формулой «ДЭХ плюс». Данное название не учитывает возможность внесения в ДЭХ изменений в форме иной, чем дополнения. Между тем, если российская сторона, встав на путь

модификации ДЭХ, предложит не только включить в данный договор новые положения, но также скорректировать или исключить от-

дельные существующие нормы, более правильным представляется использовать название «ДЭХ плюс-минус». Переговорной площадкой для обсуждения изменений ДЭХ могла бы стать учрежденная Конференцией по Хартии в 2007 г. специальная многосторонняя Рабочая группа по стратегии. Ее цель заключается именно в адаптации процесса Энергетической хартии к меняющимся реалиям энергетических рынков и мировой экономики в целом¹⁹. □

¹⁷ Язев В.А. Необходим новый подход. Назрела необходимость создания мирового энергетического кодекса // Независимая газета. Энергия (прил.). 2009. 10 нояб.: http://www.ng.ru/energy/2009-11-10/11_kodeks.html.

¹⁸ Конопляник А.А. Энергохартия – плюс. Россия должна возглавить процесс модернизации ДЭХ // Время новостей. 2009. 16 июля.

¹⁹ Вальде Т., Конопляник А. Договор к Энергетической хартии и его роль в мировой энергетике // Нефть, Газ и Право. 2009. № 3. С. 50. Необходимость адаптации процесса Энергетической хартии была впервые отмечена в 2004 г., когда Конференция по Хартии признала, что «работа... должна развиваться таким образом, чтобы отражать новые события и вызовы на международных рынках, а также признавать и учитывать последствия значительных изменений, происходящих в странах-участниках».