Третий энергетический пакет Европейского союза*

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

Важнейшим событием прошлого года в энергетической политике Европейского союза (ЕС) стало принятие пакета нормативных правовых актов, регулирующих газовую и электроэнергетическую отрасли ЕС (далее — Третий пакет). Принятию Третьего пакета предшествовали напряженные двухгодичные обсуждения, в ходе которых значительные изменения претерпели первоначальные предложения Европейской комиссии (далее — Комиссия), опубликованные в январе 2007 г.

Третий пакет включает следующие документы:

- Газовая директива ЕС (Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC);
- Электроэнергетическая директива ЕС (Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC);
- Регламент о доступе к газовым сетям (Regulation № 715/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions of access to the natural gas transmission networks and repealing Regulation (EC) № 1775/2005);
- Регламент о доступе к электроэнергетическим сетям (Regulation № 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions of access to the networks for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) № 1228/2003);
- Регламент об Агентстве по сотрудничеству регулирующих органов (Regulation № 713/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators).

Все указанные акты приняты совместным решением Европейского парламента и Совета ЕС, но их юридическая природа неоднородна. Директивы адресованы государствам-членам и требуют перенесения (имплементации) в национальные законодательства в установленный срок. Они обязательны для государств-членов в том, что касается срока и требуемого результата, при этом формы и методы достижения результата оставлены на усмотрение государств-членов. Такая модель позволяет, с одной стороны, гармонизировать национальные законодательства, с другой стороны, учесть страновую специфику. Для частных лиц правовые последствия порождают не сами директивы, а имплементирующие их акты национального законодательства.

Регламенты в отличие от директив являются актами общего характера, адресованными всем субъектам права ЕС (не только государствам-членам) и наделенными прямым действием (не требуют актов имплементации). Эти свойства делают регламенты похожими на национальные законы.

Третий пакет вступил в силу 3 сентября 2009 г., на двадцатый день после официального опубликования, но применяться будет по истечении срока имплементации Газовой и Электроэнергетической директив, который составляет 18 месяцев, т. е. с 3 марта 2011 г. (за исключением отдельных положений, для которых предусмотрен более длительный срок имплементации).

В настоящей статье, во-первых, представлен общий обзор новелл Третьего пакета, во-вторых, рассмотрены наиболее дискуссионные нововведения (разъединение вертикально интегрированных предприятий и оговорка о третьих странах), в-третьих, проанализирован вопрос о правомерности последних в контексте европейского и международного права.

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

1. Основные новеллы Третьего пакета

Централизованное планирование развития европейской энергетической сети

Раньше вопросы строительства и развития систем транспортировки энергии были внутренним делом отдельных государств — членов ЕС. Третий пакет четко наметил путь к созданию единой европейской энергетической сети на основе системы планирования, которая имеет национальный и общеевропейский уровень.

На уровне государств — членов ЕС операторы систем транспортировки разрабатывают, а регулирующие органы утверждают юридически обязательные национальные десятилетние планы сетевого развития, подлежащие ежегодному обновлению.

На уровне ЕС принимается общеевропейский десятилетний план сетевого развития (Community-wide network development plan), подлежащий обновлению раз в два года. Хотя формально общеевропейский план назван необязательным (non-binding), регулирующие органы государств-членов должны следить за тем, чтобы наделенные обязательной силой национальные планы соответствовали ему. Регуляторы вправе требовать корректировки национальных планов для приведения их в соответствие с общеевропейским планом, что придает последнему жесткий характер[1].

Взаимодействие между национальными регулирующими органами

Взаимодействие национальных регулирующих органов необходимо для появления общей «культуры регулирования ЕС» в отсутствие единого общеевропейского регулятора.

В 2000 г. регуляторы на добровольной основе объединились в Совет европейских регуляторов энергетики (Council of European Energy Regulators), ассоциацию без формальных полномочий.

В 2003 г. Комиссия специальным решением сформировала на правах официального консультативного органа Группу европейских регуляторов электроэнергетики и газа (European Regulators' Group for Electricity and Gas). Эта группа, состоящая из руководителей национальных регуляторов, оказывает Комиссии содействие в подготовке мер реализации энергетической политики, в том числе проектов нормативных правовых актов.

Третий пакет предусматривает учреждение нового органа — Агентства взаимодействия энергетических регуляторов (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER), которое заменит ныне действующие ERGEG и CEER.

ACER станет юридическим лицом с широкими консультативными, но ограниченными надзорными и правоприменительными полномочиями. ACER сможет принимать юридически обязательные решения по вопросам трансграничной транспортировки энергии лишь по «остаточному принципу»: когда регуляторы затронутых соответствующими вопросами государств-членов не смогут прийти к взаимоприемлемому решению или совместно обратятся за помощью к ACER. Такого рода вопросы касаются определения условий доступа, операционной безопасности и освобождения от применения требований доступа.

Не входящие в ЕС страны будут вправе участвовать в работе ACER, только если у них заключено соглашение с ЕС, предусматривающее принятие норм европейского права в сфере энергетики[2]. Данное положение направлено на то, чтобы в состав ACER вошли регуляторы из стран Юго-Восточной Европы, с которыми ЕС в 2005 г. заключил Соглашение об Энергетическом сообществе, а также стран Европейского экономического пространства (Норвегии, Исландии, Лихтенштейна). В то же время страны, не готовые принимать энергетическое acquis, лишены возможности участия в ACER.

Взаимодействие между операторами систем транспортировки

Третий пакет предусматривает учреждение Европейской сети операторов систем транспортировки газа/электроэнергии (European Network for Transmission System Operators for Gas/Electricity, ENTSO).

ENTSO будет заниматься планированием развития общеевропейской энергетической сети и формированием правил трансграничной транспортировки энергии. Важнейшими полномочиями ENTSO являются:

- разработка и принятие общеевропейского десятилетнего плана сетевого развития;
- разработка на основе указаний ACER трансграничных сетевых кодексов (network codes), подлежащих утверждению Комиссией.

[1] Газовая директива ЕС, ст. 22 (5); Регламент о доступе к газовым сетям, ст. 8 (11).
[2] Регламент об Агентстве по сотрудничеству регулирующих органов, ст. 31 (1).

Усиление независимости и расширение компетенции национальных регулирующих органов

Третий пакет предусматривает комплекс мер, наделяющих регуляторов максимальной независимостью и широкой компетенцией по аналогии с англо-американской моделью (OFGEM, FERC).

Во-первых, регулятор должен обладать самостоятельной правосубъектностью, быть юридически и функционально независим не только от предприятий, но и от иных органов государственной власти.

Во-вторых, регулятор должен иметь собственный бюджет. То есть вопросы финансирования регулятора не должны решаться иными органами государственной власти.

В-третьих, регулятор должен иметь достаточное количество независимого персонала и менеджмента. Персонал и менеджмент в своей деятельности не вправе принимать в расчет рыночные интересы или какие-либо указания «извне». Менеджмент назначается на срок от пяти до семи лет (с правом одного переназначения) и не может быть досрочно отстранен от должности, кроме как по ограниченному перечню оснований.

Третий пакет предусматривает комплекс мер, наделяющих регуляторов максимальной независимостью и широкой компетенцией по аналогии с англо-американской моделью (OFGEM, FERC).

Компетенция регулятора охватывает три основные группы функций:

1. *Тарифное регулирование.* Регулятор утверждает либо тариф на транспортировку энергии, либо методику его определения. Утвержденные тарифы (методики) подлежат опубликованию и лишь после этого вступают в силу. Благодаря предварительному (ex-ante) опубликованию заказчики могут заранее посчитать стоимость транспортных услуг.

2. *Надзорно-контрольные функции.* Регулятор следит за тем, чтобы в его государстве выполнялись положения Третьего пакета (и имплементирующего законодательства). Он осуществляет мониторинг уровня открытия рынка, конкуренции, прозрачности, безопасности, контролирует соблюдение права доступа третьих лиц. В рамках расследования нарушений регулятор вправе проводить проверки предприятий и запрашивать у них информацию. Он вправе самостоятельно или через суд налагать на нарушителей санкции в форме оборотных штрафов, составляющих до 10 % от годовой выручки. Решения регулятора являются обязательными для предприятий (без ущерба для права их судебного обжалования).

3. *Разрешение споров.* Регулятор разрешает споры о доступе к системам транспортировки между третьими лицами и операторами систем. Предметом споров обычно служат отказ в доступе или предоставление доступа в недостаточном объеме. Спор должен быть разрешен оперативно, по общему правилу, в течение двух месяцев с даты подачи заявления. Решения регулятора являются обязательными для спорящих сторон, но могут быть обжалованы в судебном порядке.

Повышение защиты прав потребителей энергии

Потребители энергии наделены широкими правами получения информации. Имеющееся у них право на смену поставщика усилено требованием о том, что смена должна быть осуществлена в течение трех недель с даты соответствующего обращения (правда, лишь если это не запрещено договором поставки). Предусмотрено учреждение в государствах-членах «энергетических омбудсманов», которые будут рассматривать жалобы потребителей. Предписано обязательное внедрение интеллектуальных измерительных устройств (smart meters), позволяющих вести точный замер объема потребленной энергии. К 2020 г. 80% населения ЕС должны быть обеспечены такими устройствами.

Повышение прозрачности

К требованию раскрывать данные о наличии пропускной способности систем транспортировки добавлены требования ежедневного опубликования данных о запасах газа, находящегося в хранилищах и терминалах СПГ, прогнозов спроса и предложения, затрат на балансирование системы.

Поставщики обязаны в течение пяти лет хранить доступную для регуляторов, конкурентных ведомств и Комиссии информацию о ключевых условиях сделок, заключенных с оптовыми покупателями, операторами систем транспортировки, хранения и СПГ.

2. Наиболее дискуссионные новеллы Третьего пакета

2.1. Разъединение вертикально интегрированных предприятий

Третий пакет предусматривает комплекс мер по структурному реформированию вертикально интегрированых предприятий (ВИП)[3], направленный на отделение естественно-монопольного (транспортировка) от конкурентных видов деятельности (производство, продажа). Декларируемая цель разъединения — лишение собственника системы транспортировки фактических возможностей и коммерческих стимулов для дискриминации не аффилированных с ним компаний (третьих лиц).

На выбор государств — членов ЕС предложены следующие модели разъединения: (i) имущественно-правовое (ownership unbundling), (ii) независимый системный оператор (independent system operator, НСО) и (iii) независимый транспортный оператор (independent transmission operator, НТО).

Модели НСО и НТО могут применяться лишь к ВИП, которые, по состоянию на 3 сентября 2009 г., уже владеют системами транспортировки. К предприятиям, создающим новые системы транспортировки (после 3 сентября 2009 г.), в отношении этих новых систем на безальтернативной основе применяется имущественно-правовое разъединение, если только не получено специальное освобождение (exemption — см. ниже).

Имущественно-правовое разъединение запрещает одним и тем же лицам одновременно владеть голосующими акциями на предприятиях по производству и поставке, с одной стороны, и предприятии по транспортировке энергии, с другой стороны. Альтернативные модели (НСО, НТО) позволяют совмещать в рамках одной группы лиц владение производственно-сбытовым и транспортным бизнесом, но при этом контроль собственника за системой транспортировки энергии либо фактически полностью утрачивается (НСО), либо существенно ограничивается (НТО). Ниже модели разъединения рассмотрены подробнее.

Имущественно-правовое разъединение означает, что:

- лицу, прямо или косвенно контролирующему предприятие по производству или поставке, запрещено прямо или косвенно осуществлять контроль *или какие-либо иные права* в отношении оператора системы транспортировки, равно как и в отношении самой системы;
- лицу, прямо или косвенно контролирующему оператора системы транспортировки или саму систему транспортировки, запрещено прямо или косвенно осуществлять контроль *или какие-либо иные права* в отношении предприятий по производству или поставке[4].

Имплементация этой модели влечет полную дезинтеграцию ВИП. Предприятие должно либо передать систему транспортировки независимому лицу, либо разделиться на принадлежащие разным собственникам компании, занимающиеся транспортировкой и производством (поставкой) энергии.

Третий пакет оставляет неясным вопрос о перечне прав, которые производственно-сбытовые предприятия могут осуществлять в отношении оператора системы. С одной стороны, из пунктов 1 (b) и 2 статьи 9 Газовой директивы ЕС следует, что им запрещено пользоваться «любым правом» в отношении оператора, включая право голоса. С другой стороны, пункт 8 вступительной части Директивы намекает на возможность владения неконтрольной долей участия в операторе.

Не определена четким образом и географическая сфера действия норм об имущественно-правовом разъединении. Когда говорится о том, что производственно-сбытовому предприятию запрещено иметь права в отношении оператора системы транспортировки (и наоборот), не ясно, идет ли речь о предприятии и операторе, находящихся в одном государстве — члене ЕС или в более широких границах.

Модель имущественно-правового разъединения поддержана меньшинством государств — членов ЕС (Бельгией, Венгрией, Данией, Ирландией, Испанией, Нидерландами, Великобританией и Швецией).

Независимый системный оператор (НСО): система транспортировки номинально остается в собственности ВИП, но реально практически все правомочия по владению и пользованию системой передаются юридическому лицу, не связанному с ВИП (независимому системному оператору).

НСО назначается государством-членом по предложению ВИП и с одобрения Комиссии. НСО осуществляет весь комплекс полномочий по управлению

[3] Под «вертикально интегрированным предприятием» в газовом секторе понимается предприятие или группа предприятий, в которых одно и то же лицо или одни и те же лица вправе прямо или косвенно осуществлять контроль и в которых предприятие или группа предприятий выполняют одну из функций транспортировки, распределения, СПГ или хранения и по меньшей мере одну из функций производства или поставки природного газа. Газовая директива ЕС, ст. 2 (20).

[4] Газовая директива ЕС, ст. 9 (1) (b).

системой (предоставляет доступ третьим лицам, осуществляет операторские функции, инвестиционное планирование). ВИП обязано оказывать НСО всяческое содействие, в том числе финансировать инициированные НСО инвестиционные проекты.

Основное отличие модели НСО от имущественно-правового разъединения состоит в том, что система транспортировки остается на балансе ВИП. Фактически же вертикальная интеграция устраняется, так как собственник лишается контроля над системой транспортировки.

Модель НСО основана на опыте Шотландии, где компания «National Grid» управляет сетями не связанных с ней вертикально интегрированных электроэнергетических компаний «Scottish Power» и «Scottish & Southern Energy». Похожая модель внедрена в электроэнергетический сектор Польши и Швейцарии.

Независимый транспортный оператор (НТО): система транспортировки передается в собственность и управление юридическому лицу, входящему в состав ВИП (независимый транспортный оператор).

Чтобы аффилированность НТО с ВИП не стала причиной дискриминации третьих лиц, предусмотрен широкий набор мер, обеспечивающих автономность оператора, — так называемых «китайских стен».

Во-первых, НТО наделяется собственными техническими, кадровыми и финансовыми ресурсами, необходимыми для осуществления транспортной деятельности.

- Система транспортировки передается в собственность НТО.
- Штат НТО комплектуется персоналом, специализирующимся на транспортной деятельности.
- ВИП обязано своевременно финансировать инвестиционные потребности НТО.

Во-вторых, НТО максимально изолируется от ВИП.

- НТО имеет отдельную корпоративную идентичность (в том числе самостоятельный бренд и офис).
- НТО пользуется отдельными системами информационных технологий и безопасности.
- НТО назначает отдельного аудитора для проверки финансовой отчетности.
- Условия оказания НТО услуг другим сегментам ВИП утверждаются регулятором.

В-третьих, менеджмент и персонал НТО приобретают максимальную независимость.

- Менеджерами и сотрудниками НТО не могут стать лица, имеющие финансовые или деловые интересы (должности, доли участия, выплаты) в других сегментах ВИП.
- Вводятся периоды «заморозки»: менеджером НТО может стать лицо, которое в течение по меньшей мере трех лет до этого не работало в других сегментах ВИП. После ухода из НТО менеджер в течение как минимум четырех лет не вправе занимать должности в других сегментах ВИП.
- Назначение и увольнение менеджмента НТО, включая определение условий найма, утверждаются регулятором.

Для контроля выполнения указанных мер в НТО внедряется программа соответствия (Compliance program), которую утверждает регулятор. Программа определяет меры, принятые для недопущения дискриминации. За ее выполнением следит специальный контролер (Compliance officer) — физическое или юридическое лицо, назначенное Наблюдательным советом НТО и утвержденное регулятором.

Текущая деятельность осуществляется НТО самостоятельно, ключевые кадровые решения принимаются с участием регулятора, возможности неформального воздействия ВИП на менеджмент НТО сведены фактически к нулю. Единственным средством влияния ВИП на НТО остается принятие решений, «существенно воздействующих на стоимость активов» (включая одобрение финансовых планов, уровня задолженности НТО и размера дивидендов). Эти решения отнесены к компетенции Наблюдательного совета НТО (Supervisory Body), большинство голосов в котором может принадлежать представителям ВИП.

Модель НТО — самая популярная среди государств — членов ЕС. Изначально ее предложили Франция и Германия как альтернативу моделям имуществнно-правового разъединения и НСО (так называемый третий путь). Однако «на выходе» модель НТО превратилась в очень сложный и обременительный комплекс мер. Ее практическое применение будет сопряжено с большими затратами ВИП на возведение «китайских стен» (дублирование штата и менеджмента, отдельные офисы и программы, поддержание программы соответствия). Для ВИП может оказаться проще избавиться от системы транспортировки (т.е. добровольно разъединиться по собственности), чем имплементировать модель НТО.

Исключения из требований разъединения

Новые системы транспортировки

Согласно статье 36 Газовой директивы ЕС объекты «новой крупной газотранспортной инфраструктуры», такие как соединительные газопроводы между государствами — членами ЕС, терминалы СПГ и хранилища газа, могут при соблюдении определенных условий претендовать на временное освобождение (exemption) от применения к ним требований имущественно-правового разъединения, доступа третьих лиц и регулирования тарифов. Данная мера призвана стимулировать инвестиционную деятельность ВИП.

> Третий пакет предусматривает комплекс мер по структурному реформированию вертикально интегрированых предприятий (ВИП), направленный на отделение естественно-монопольного (транспортировка) от конкурентных видов деятельности (производство, продажа).

По ходатайству оператора системы транспортировки решение об освобождении принимает национальный регулирующий орган государства — члена ЕС, в котором реализуется проект, а затем это решение подлежит утверждению Комиссией. Последняя вправе изменить или отменить решение регулятора. То есть поддержка проекта на национальном уровне является необходимой, но недостаточной для получения освобождения.

Условия предоставления освобождения оставляют существенное пространство для субъективного усмотрения регулятора и Комиссии. Одним из условий названо «увеличение конкуренции в поставках газа и расширение надежности поставок». Под увеличением конкуренции Комиссия понимает диверсификацию источников, а не маршрутов поставки газа. По ее мнению, «освобождение не может быть предоставлено новому участку инфраструктуры, в котором значительная доля пропускной способности зарезервирована доминирующим поставщиком»[5]. На освобождение не может претендовать проект, находящийся в постинвестиционной стадии (после принятия инвестиционного решения). При этом отсутствуют «переходные положения», позволяющие автоматически освободить от требований имущественно-правового разъединения те проекты, которые начали осуществляться в рамках ранее действовавшего правового режима.

Интересно, что перечень объектов, подходящих для получения освобождения, является закрытым. Он не включает системы транспортировки, соединяющие государства — члены ЕС с третьими странами. Теоретически это может привести к нарушению синхронизации правового режима трансграничного проекта, который соединяет как государства — члены ЕС между собой, так и с третьими странами. Открытым остается важный вопрос о том, как освобождение от требований имущественно-правового разъединения влияет на применимость к проекту альтернативных моделей разъединения. Выпадает ли «освобожденный» проект полностью из правил о дезинтеграции или же альтернативные модели (НСО, НТО) могут быть распространены на него? С этим связан и вопрос о последствиях истечения срока действия освобождения.

Если альтернативные модели разъединения не применимы к проекту, то по истечении срока освобождения ВИП обязано будет избавиться от прав на систему транспортировки. Такая перспектива может негативно повлиять на коммерческие стимулы к реализации новых проектов.

Изолированные (isolated) и новые (emergent) рынки

Статья 49 Газовой директивы ЕС дает государствам — членам ЕС, рынки которых являются изолированными или новыми, право отложить применение ряда положений Третьего пакета, включая правила разъединения, до тех пор, пока рынки не утратят указанные характеристики.

Изолированным считается рынок, не соединенный с газотранспортной системой ЕС и имеющий одного главного внешнего поставщика газа (с долей более 75 %), а новым — тот рынок, на который первая поставка по долгосрочному контракту была осуществлена менее чем десять лет назад.

Прямо названы изолированными рынками Финляндия, Латвия, Эстония и Кипр. Кроме того, не обязаны имплементировать нормы Третьего пакета о разъединении Люксембург и Мальта.

[5] Параграф 33 решения Комиссии, которым изменено решение болгарского регулирующего органа о предоставлении освобождения болгарскому участку проекта «Набукко» // http://ec.europa.eu/energy/infrastructure/infrastructure/gas/gas_exemptions_en.htm.

2.2. Оговорка о третьих странах

Третий пакет впервые на уровне ЕС ввел ограничения прав иностранных инвесторов в сфере энергетики, так называемую оговорку о третьих странах (third countries clause), срок имплементации которой установлен до 3 марта 2013 г.

Суть оговорки состоит в следующем: подконтрольные иностранцам операторы систем транспортировки могут быть сертифицированы лишь в том случае, если докажут, что их сертификация не повлечет риск для надежности поставок. При этом не определены ни термин «надежность поставок», ни доказательства, которые операторы могут представить в обоснование отсутствия риска.

Аналогичное требование не распространяется на операторов, подконтрольных инвесторам ЕС, т.е. оговорка представляет собой нарушение национального режима, изъятие ограничительного характера. Примечательно, что оговорка распространяется не только на вновь создаваемых, но и на действующих операторов. Это создает риск дестабилизации сложившихся в отрасли отношений.

Решение о сертификации принимает регулятор государства-члена, в котором находится оператор, но, перед тем как принять решение, он должен запросить мнение Комиссии и придать ему «особое внимание» («utmost account»). Последствия отказа в сертификации в Директиве не указаны и подлежат определению на национальном уровне. Вероятно, сертификация по аналогии с лицензированием будет рассматриваться как условие осуществления транспортной деятельности: оператор, не имеющий сертификации, будет лишен права заниматься транспортной деятельностью.

3. Анализ правомерности норм о разъединении и оговорки о третьих странах

Вопрос о правомерности норм о разъединении и оговорки о третьих странах является предметом серьезных дискуссий. Критические оценки данных положений звучат, в частности, со стороны практикующих в Брюсселе юристов, указывающих на «большую уязвимость» Третьего пакета[6]. В качестве аргументов приводятся соображения о нарушениях европейского и международного права.

В контексте европейского права ставится вопрос об отсутствии надлежащих правовых оснований для принятия Третьего пакета, о нарушении принципов пропорциональности, субсидиарности, свободы учреждения компаний, свободы движения капитала, юридической ясности и защиты правомерных ожиданий.

По общему правилу, лишь государства-члены и институты ЕС имеют право на оспаривание в Суде ЕС норм вторичного европейского права, причем лишь в течение двух месяцев с даты опубликования соответствующих актов[7]. Судя по имеющейся информации, указанные «привилегированные» истцы не воспользовались этим правом, что неудивительно, учитывая, что Третий пакет стал продуктом политического компромисса, достигнутого между государствами-членами и институтами ЕС в ходе длительных и непростых согласований.

В то же время на стадии имплементации норм Третьего пакета частные лица, интересы которых негативно затронуты, вправе будут оспаривать в национальных судах соответствующие нормы имплементирующего законодательства. В таком случае национальные суды будут обращаться в Суд ЕС за получением преюдициальных решений по вопросам толкования и действительности тех норм европейского права, которые послужили основой для принятия оспариваемых национальных актов[8].

Что касается соответствия Третьего пакета нормам международного права, то здесь речь идет о международных инвестиционных договорах ЕС в целом и его государств-членов в частности. Энергетические предприятия ЕС с иностранными инвестициями находятся в рамках специального режима, предусмотренного указанными международными договорами и обеспеченного защитой международного арбитража. Этот специальный режим делает их положение более благоприятным, чем положение предприятий без иностранных инвестиций.

Если разъединение предприятий повлечет для иностранных инвесторов существенную потерю контроля или стоимости инвестиций, то оно может быть квалифицировано как мера, имеющая эквивалентный экспроприации эффект. Правомерность экспроприации, как правило, зависит от выполнения ряда условий, включающих недискриминационный характер, соблюдение надлежащей процедуры, выполнение публичного интереса

[6] *Willems A.R., Sul J., Benizri Y.* Unbundling As a Defense Mechanism Against Russia: Is the EU Missing the Point? Oil, Gas & Energy Law Intelligence. May, 2009. Vol. 7, Issue 2. Анализ правомерности первоначального проекта Третьего пакета см.: *Гудков И.В.* Третий энергетический пакет ЕС: разъединение вертикально интегрированных компаний и ограничение прав инвесторов из третьих стран// Нефть, Газ и Право. 2007. №5.

[7] Договор о функционировании ЕС, ст. 263.

[8] Там же. Ст. 267.

и, главное, выплату компенсации[9]. Договор к Энергетической хартии 1994 г. (ДЭХ) и многие двусторонние инвестиционные соглашения требуют, чтобы компенсация была незамедлительной, достаточной и эффективной («формула Халла»), при этом в расчете ее размера не должно учитываться снижение стоимости актива, вызванное ожиданиями экспроприации.

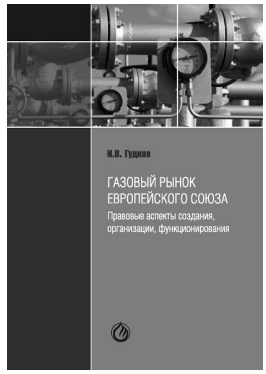
Кроме того, ряд международных инвестиционных договоров предусматривает применение к иностранным инвестициям стандарта справедливого и одинакового режима (fair and equitable treatment). Согласно арбитражной практике составной частью данного стандарта являются обеспечение стабильного правового режима и защита правомерных ожиданий инвестора. Пункт 1 статьи 10 ДЭХ, помимо того что предусматривает указанный стандарт, обязывает принимающие страны обеспечить инвестициям «максимальную защиту и безопасность» и «не препятствовать посредством неоправданных или дискриминационных мер управлению, пользованию, владению или распоряжению ими».

Применение мер разъединения, дестабилизирующих сложившиеся отношения собственности, к ВИП с иностранными инвестициями может нарушить указанные положения.

В свою очередь, введение в действие оговорки о третьих странах повлечет нарушение национального режима в отношении операторов систем транспортировки с иностранным участием. Национальный режим предусмотрен пунктом 7 статьи 10 ДЭХ, многими двусторонними инвестиционными договорами, пунктом 2 статьи 28 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Россией, ЕС и государствами — членами ЕС 1994 г. Иностранные инвесторы, на капиталовложения которых распространяется национальный режим, вправе будут требовать неприменения оговорки о третьих странах.

Дискуссия о соотношении норм Третьего пакета с международными инвестиционными обязательствами ЕС и его государств-членов перешла в политическую плоскость, о чем свидетельствуют материалы Энергетического диалога Россия — ЕС. В десятом докладе диалога (ноябрь 2009 г.) зафиксированы диаметрально различающиеся позиции сторон по данному вопросу. По мнению ЕС, «Третий пакет… полностью соответствует двусторонним и многосторонним обязательствам Сообщества, пред-

[9] Договор к Энергетической хартии, ст. 13.



И.В. Гудков

Газовый рынок Европейского союза. Правовые аспекты создания, организации, функционирования

Мягкий переплет. Объем 280 с., тираж 500 экз. Москва, 2007 г.

Вышла в свет монография И.В. Гудкова «Газовый рынок Европейского союза. Правовые аспекты создания, организации, функционирования». Данное исследование позволяет через призму анализа правового регулирования отношений, связанных с созданием и функционированием газового рынка Европейского союза, составить представление о том, каким ЕС видит будущее региональной и глобальной энергетики.

В монографии проанализирована история интеграции в энергетическом секторе ЕС, выявлены факторы, определяющие долгосрочный вектор развития европейской энергетической политики, представлена комплексная информация о текущем статусе либерализации европейского газового рынка, правовых средствах, используемых для данного процесса. Автор рассмотрел основные проблемы, связанные с построением единого газового рынка ЕС, и выявил перспективы интеграции в данном секторе экономики. В работе содержится анализ внешней энергетической политики ЕС в контексте отношений Россия – ЕС, в том числе рассмотрена проблематика, касающаяся принципов сотрудничества, Договора к Энергетической хартии и связанных с ним документов, перспектив построения энергетического партнерства.

В целом работа позволяет восполнить дефицит научной информации о процессе создания, организации и деятельности единого энергетического рынка ЕС. Монография представляет интерес не только для специалистов в газовом бизнесе, но и для всех, кто интересуется проблемами энергетики и вопросами экономических отношений между Россией и Европейским союзом.

Приобрести книгу можно в группе изданий «ПравоТЭК»:

115054 Москва, ул. Зацепа, 23
Тел.: +7 (495) 235-47-88
Факс: +7 (495) 235-23-61
E-mail: order@oilgaslaw.ru
http://media.lawtek.ru/

ставляет привлекательную и стабильную правовую среду для российских инвестиций». Россия, в свою очередь, полагает, что «принятие Третьего пакета... существенно ограничивает деятельность российских энергетических компаний в ЕС, прямо затрагивая их интересы»[10].

Выводы

В энергетической политике ЕС ключевым является вопрос о «примирении» целей надежности поставок (security of supply) и конкуренции (competition). Третий пакет предлагает найти алгоритм сосуществования данных целей через одновременную максимизацию конкуренции в сфере поставок энергии и усиление государственного вмешательства в естественно-монопольную сферу транспортировки энергии. Чтобы эти меры имели интеграционный эффект, акцент сделан на трансграничную составляющую: учреждены новые инструменты взаимодействия операторов и регуляторов, введена категория общеевропейского плана сетевого развития.

Третий пакет впервые на уровне ЕС ввел ограничения прав иностранных инвесторов в сфере энергетики, так называемую оговорку о третьих странах (third countries clause), срок имплементации которой установлен до 3 марта 2013 г.

Максимизация конкуренции в поставках достигается через внедрение доступа третьих лиц к ключевым объектам инфраструктуры, регулирование тарифов независимыми органами и радикальное структурное реформирование вертикально интегрированных предприятий. Эти меры сокращают у традиционных вертикально интегрированных игроков коммерческие стимулы для реализации инфраструктурных проектов. В то же время нет гарантий появления новых дезинтегрированных инвесторов, желающих вкладывать средства в регулируемый бизнес с относительно небольшой нормой доходности. Чтобы избежать проблемы недоинвестирования и обеспечить надежность поставок, Третий пакет использует модель «кнута и пряника»: допускает возможность тарифного стимулирования и изъятий из общего режима (пряник) и предусматривает внедрение жесткого планирования развития инфраструктуры под контролем национальных регуляторов (кнут). Последнее резко увеличивает значение публичного элемента в транспортировке энергии: теперь принятие инвестиционных решений становится обязанностью операторов, коль скоро эти решения необходимы для выполнения плана.

Вопрос о том, насколько предложенные Третьим пакетом меры адекватны для достижения постулированных целей, — предмет дискуссий, ответ на который даст время. Объективными индикаторами будут данные о динамике инвестиционной и торговой активности на энергетическом рынке ЕС.

Специфика энергетической отрасли ЕС, состоящая в ее растущей зависимости от импортных поставок, не нашла отражения в Третьем пакете. С одной стороны, декларируется концепция «ровного игрового поля», согласно которой постоянно меняющийся в течение последних десяти лет правовой режим ЕС в сфере энергетики в равной степени распространяется на европейский бизнес предприятий как из государств-членов ЕС, так и из других стран. С другой стороны, вводится оговорка о третьих странах — изъятие ограничительного характера, усложняющее фукционирование подконтрольных иностранцам операторов, к деятельности ACER не допускаются представители стран, не принимающих acquis, отдельные элементы Третьего пакета и многочисленные содержащиеся в нем «неясности» по принципиальным вопросам порождают серьезные сомнения в их совместимости с международными договорами, в том числе с нормами ДЭХ, активным сторонником которого выступает ЕС.

Эти обстоятельства могут негативно отразиться на инвестиционном климате, на что указала российская сторона в ходе Энергетического диалога с ЕС. Учитывая единый характер производственно-сбытовой энергетической цепи, инвестиционные решения в производственном бизнесе напрямую зависят от ситуации в транспортной и сбытовой сферах. Если транспортная (частично) и сбытовая (полностью) сферы находятся в рамках европейского правового поля и проблемы инвестирования в них ЕС может решить самостоятельно, в том числе с помощью нерыночных мер, то производство основных первичных энергоносителей сосредоточено на территориях стран, не входящих в ЕС. Инвестиционные решения «внешних» производителей энергии находятся за пределами контроля ЕС и целиком зависят от коммерческой мотивации: уверенности в стабильном функционировании всего производственно-сбытового цикла. Это говорит в пользу создания в ЕС «острова правовой стабильности», позволяющего производителям уверенно развивать проекты, обеспечивающие долгосрочные поставки на европейский рынок в контексте резко меняющегося регулятивного и ужесточающегося конкурентно-правового режима. □

[10] EU – Russia Energy Dialogue. Tenth Progress Report. November 2009.