

Отношения между Россией и Европейским союзом в энергетической сфере: некоторые политико-правовые аспекты

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

Отношения России и Европейского союза (ЕС) в энергетической сфере играют очень важную роль для экономики обеих сторон и могут быть охарактеризованы одним словом — взаимозависимость.

ЕС испытывает растущую потребность в российских нефти и газе, которые сейчас уже покрывают примерно одну треть спроса ЕС. В свою очередь, для экономики России поставки энергоресурсов в ЕС являются важным источником наполнения бюджета. Поступления от экспорта энергоресурсов в ЕС составляют около 25 % российского ВВП.

Сложившиеся еще со времен СССР инфраструктурные связи делают ЕС естественным направлением экспорта российского газа. Несмотря на развитие восточного направления, европейский рынок на долгосрочную перспективу обещает остаться «рынком номер один» для российского «голубого топлива». Об этом свидетельствует реализация новых проектов по строительству трубопроводов между Россией и ЕС. Уже осуществляется строительство проекта «Северный поток» (между Россией и Германией через акваторию Балтийского моря), обсуждается идея строительства газопровода «Южный поток».

Россия и ЕС сотрудничают не только в сфере торговли энергоносителями, но и в инвестиционной сфере. Компании ЕС покупают доли в энергетических компаниях на территории России, а российский инвестор проявляет растущий интерес к европейским энергетическим активам. Например, в ходе сделки по обмену активами между группой «БАСФ» и группой «Газпром» немецкий инвестор получает пакет акций в ОАО «Севернефтегазпром», а российский инвестор приобретает, в частности, дополнительный пакет долей участия в немецкой газовой компании «Вингаз».

Фактор взаимозависимости обусловил необходимость построения Энергетического партнерства России и ЕС. Энергетическое

Сейчас отношения между Россией и ЕС в целом и в сфере энергетики в частности переживают важный и непростой период. Системно значимым вопросом для всего комплекса отношений между Россией и ЕС является разработка нового соглашения о партнерстве и сотрудничестве. Оно станет правовой основой взаимодействия во всех секторах экономики, включая энергетический. Автор останавливается на нескольких вопросах, касающихся взаимодействия России и ЕС в сфере энергетики, которые сейчас являются предметом дискуссий в политических, коммерческих и научных кругах: реформировании энергетического рынка ЕС и его воздействие на инвестиционный климат в энергетической сфере; Договоре к Энергетической хартии и перспективах его ратификации Россией; гармонизации законодательств России и ЕС в энергетической сфере.

партнерство преследует цель интеграции энергетических рынков сторон. Эта цель подтверждается в принятой в мае 2005 г. «Дорожной карте» Общего экономического пространства, которая предусматривает «сближение энергетических стратегий, политик и законодательных мер».

Сейчас отношения между Россией и ЕС в целом и в сфере энергетики в частности переживают важный и непростой период. Системно значимым вопросом для всего комплекса отношений между Россией и ЕС является разработка нового соглашения о партнерстве и сотрудничестве. Оно станет правовой основой взаимодействия во всех секторах экономики, включая энергетический.

Сотрудничество в сфере энергетики осуществляется главным образом в рамках переговоров по Договору к Энергетической хартии (и связанным с ним документам) и в рамках Энергетического диалога.

Остановимся на нескольких вопросах, касающихся взаимодействия России и ЕС в сфере энергетики, которые сейчас являются предметом дискуссий в политических, коммерческих и научных кругах:

- 1) реформирование энергетического рынка ЕС и его воздействие на инвестиционный климат в энергетической сфере;
- 2) Договор к Энергетической хартии и перспективы его ратификации Россией;
- 3) гармонизация законодательств России и ЕС в энергетической сфере.

Реформирование энергетического рынка ЕС и его воздействие на инвестиционную деятельность в энергетической сфере

В ЕС начиная с конца 90-х годов происходит реформирование электроэнергетического и газового рынков. Цель реформирования — интегрировать национальные рынки, увеличить трансграничную конкуренцию поставщиков, тем самым снизить це-

ны на энергию и повысить конкурентоспособность экономики ЕС.

На сегодняшний день реформирование прошло два этапа, ознаменовавшихся принятием двух газовых и электроэнергетических директив, направленных главным образом на либерализацию доступа третьих лиц к энергетической инфраструктуре. Несмотря на принятые меры, цели реформирования (особенно в газовом секторе) далеки от достижения: сохраняется высокая степень концентрации, снижения цен в ожидаемых масштабах не происходит.

В сентябре 2007 г. Европейская комиссия (далее — Комиссия) выступила с новыми законодательными инициативами — так называемым Третьим энергетическим пакетом, который призван завершить процесс построения единого энергетического рынка. Основные содержащиеся в Третьем энергетическом пакете инициативы — имущественно-правовое разъединение вертикально интегрированных энергетических компаний и ограничение прав иностранных инвесторов на приобретение активов в сфере транспортировки энергии¹. Примечательно, что эти меры Комиссия предлагает наделить обратной силой, т.е. распространить на уже существующие (зачастую давно сложившиеся) отношения в энергетической сфере.

Новые инициативы Комиссии встретили неоднозначную реакцию государств-членов и промышленников и сейчас являются предметом жаркой дискуссии в Европейском парламенте и Совете ЕС. Ключевой экономической вопрос состоит в оценке воздействия, которое эти меры могут оказать на инвестиционный климат в энергетической сфере и на надежность поставок европейскому потребителю. В юридическом плане возникают вопросы о совместимости предлагаемых Комиссией нововведений с базисными принципами европейского права (пропорциональности, subsidiarity, свободы учреждения, свободы движения капитала, юридической определенности и защиты правомерных ожиданий), конституционными нормами ряда государств-членов (прежде всего норм о защите прав частной собственности),

¹ Подробнее см.: Гудков И.В. Третий энергетический пакет ЕС: разъединение вертикально интегрированных энергетических компаний и ограничение прав инвесторов из третьих стран // Нефть, газ и право. 2007. № 5.

международными инвестиционными обязательствами ЕС и его отдельных государств-членов.

Исходя из изложенного, перспектива принятия Европейским парламентом и Советом ЕС Третьего энергетического пакета в том виде, в каком он предложен Комиссией, не вполне очевидна.

Реформирование газового и электро-энергетического рынка ЕС происходит практически по одному сценарию, похожему на сценарии, ранее примененные

при либерализации других секторов экономики ЕС, таких, как, например, телекоммуникационный.

Однако в отличие от электроэнергетики, большая часть потребностей ЕС в которой покрывается за счет внутреннего производства, существенный объем потребляемого ЕС газа импортируется из третьих стран. Поэтому специфика реформирования газового рынка ЕС состоит в том, что этот процесс оказывает прямое воздействие на инвестиционную деятельность в странах-экспортерах, которые подчас высказывают озабоченность тем, что Брюссель не согласовывает с ними принимаемые в газовом секторе меры.

Для производителей критерием привлекательности рынка сбыта является надежность спроса (security of demand). Это понятие можно определить как способность получать гарантированную прибыль, позволяющую: а) окупить вложенные в проекты освоения месторождений инвестиции; б) обеспечить конкурентоспособную норму доходности. Индикаторами надежности спроса являются в том числе стабильность заключаемых между производителями и контрагентами долгосрочных контрактов поставки газа с оговоркой «бери или плати» и стабильность транспортировки газа на рынки сбыта.

Важно, чтобы в контексте реформирования газового рынка ЕС производители не ощущали угрозы для надежности спроса. В противном случае закладывается риск недоинвестирования. Если внутри ЕС этот риск может быть смягчен мерами государственного вмешательства государств-членов (например, в форме возложения на производителей социально значимых обязательств), то в третьих странах инвестиции под по-

ставки газа в ЕС в полной мере зависят от частной инициативы производителей.

Сейчас одна из основных задач энергетической политикой ЕС — найти механизм гармоничного достижения цели конкурентоспособности и обеспечения надежности поставок. Для этого

важно создать предсказуемые и стабильные правовые условия для инвестиций во все звенья энергетической цепочки. От этого во многом зависит и успешность взаимодействия ЕС с внешними поставщиками энергии, в том числе из России.

успешность взаимодействия ЕС с внешними поставщиками энергии, в том числе из России.

Договор к Энергетической хартии: перспектива ратификации Россией

Договор к Энергетической хартии (ДЭХ) представляет собой многосторонний межрегиональный международный договор, регулирующий широкий круг отношений в сфере энергетики. Он был подписан в 1994 г., а в силу вступил в 1998 г.

На сегодняшний день ДЭХ подписало 51 государство, включая Россию, Европейские сообщества и все государства — члены ЕС. Россия пока не ратифицировала ДЭХ и применяет его на временной основе. Вопрос о ратификации ДЭХ Россией часто поднимается ЕС на разных уровнях политического сотрудничества. Но Россия не торопится ратифицировать этот документ. Пока не завершены идущие уже почти 10 лет переговоры по проекту Транзитного протокола к Энергетической хартии (окончание этих переговоров было названо одним из условий ратификации). Более того, в 2006 г. наша страна выступила с инициативой модернизации ДЭХ.

Остановимся кратко на положениях ДЭХ, которые заслуживают особого внимания, — нормах, регулирующих суверенитет над природными ресурсами, торговлю, инвестиции и транзит.

Суверенитет над природными ресурсами

Статья 18 ДЭХ подтверждает признаваемый международным правом суверенитет над энергетиче-

ческими ресурсами. В то же время пункт 4 этой же статьи налагает на Договаривающиеся стороны обязанность «содействовать доступу к энергетическим ресурсам, в том числе путем недискриминационного распределения... лицензий... на поиск и разведку энергетических ресурсов или на их эксплуатацию или добычу».

Обязанность «содействовать доступу» к ресурсам не ограничена оговоркой о том, что такой доступ предоставляется при соблюдении законов и нормативных актов принимающей Договаривающейся стороны (как это сделано, например, в статье 8, касающейся доступа к технологиям).

В отличие от многих других положений ДЭХ, распространяющихся как на страны-потребители, так и на страны-производители, положение о доступе к ресурсам по определению применяется лишь в отношении стран-производителей, что ставит вопрос о том, насколько это положение отвечает принципу взаимной выгоды. Известно, например, что некоторые страны-производители заинтересованы в доступе к технологиям и капиталу, которые имеются у стран-потребителей. Но в отношении доступа к технологиям и капиталу ДЭХ содержит более мягкие формулировки, чем в отношении доступа к ресурсам.

Не исключено, что наличие в ДЭХ широко сформулированной обязанности содействовать доступу к энергетическим ресурсам сыграло не последнюю роль в том, что большинство стран-производителей не подписало ДЭХ: известно, что в мировой практике распространено ограничение прав иностранных инвесторов на доступ в сектор добычи полезных ископаемых.

Торговые положения ДЭХ

В области торговли ДЭХ базируется в целом на правилах Генерального соглашения о тарифах и торговле (ГАТТ) и связанных с ним документов, которые станут обязательными для России при

вступлении во Всемирную торговую организацию. Таким образом, ДЭХ не создает ощутимой дополнительной ценности в регулировании торговли энергией по сравнению с нормами ВТО.

Инвестиционные положения ДЭХ

ДЭХ содержит жесткие и широко сформулированные инвестиционные положения. По ряду аспектов они, как представляется, выходят за рамки тех обязательств, которые страны обычно принимают в рамках ГАТС и двусторонних инвестиционных соглашений. Это выражается в следующем.

Широкое определение инвестиций. ДЭХ понимает под инвестициями вложения инвестора Договаривающейся стороны в форме любых активов, связанных с хозяйственной деятельностью в энергетическом секторе. Под определение инвестиций подпадают «все виды активов, находящихся в собственности или контролируемых прямо или косвенно инвестором». Из такого широкого определения следует, что практически любое вложение иностранного инвестора в энергетический сектор вне зависимости от его размера, срока и цели подпадает под защиту ДЭХ.

Статья 10 (1) ДЭХ содержит обязанность предоставлять инвесторам Договаривающихся сторон «справедливый и одинаковый режим» и обеспечить «максимальную защиту и безопасность». Такого рода формулировка имеет очень широкое и юридически не определенное содержание. Так, профессор Г.М. Вельяминов пишет: «...нет ничего, по сути, более подверженного несправедливым толкованиям, чем некие абстрактные юридически расплывчатые “справедливость и равный режим”. Главное же, что формально “стандарт” этот не закреплен был ни в одном универсального характера международном правовом акте»².

В соответствии со статьей 10 (1) ДЭХ на прединвестиционной стадии (до осуществления инвестиций) Договаривающиеся стороны «стремятся»,

...специфика реформирования газового рынка ЕС состоит в том, что этот процесс оказывает прямое воздействие на инвестиционную деятельность в странах-экспортерах, которые подчас высказывают озабоченность тем, что Брюссель не согласовывает с ними принимаемые в газовом секторе меры.

² Международное экономическое право и процесс / Вельяминов Г.М. М.: 2004. Пар. 688.

но не обязаны предоставить инвесторам другой Договаривающейся стороны национальный режим или режим наибольшего благоприятствования. Это стремление предполагается трансформировать в юридическую обязанность посредством заключения Дополнительного договора об инвестициях (ст. 10 (4) ДЭХ). На постинвестиционной стадии (после осуществления инвестиций) Договаривающиеся стороны обязаны предоставить инвесторам другой Договаривающейся стороны национальный режим или режим наибольшего благоприятствования. В реальности различие между режимом на прединвестиционной и постинвестиционной стадиях во многом устраняется, поскольку ДЭХ распространяет действие постинвестиционного режима на инвестиции, сделанные до его вступления в силу. Вопрос об обоснованности предоставления национального режима на прединвестиционной стадии — тема острых дебатов. Так, в рамках закончившихся в 1998 г. переговоров по проекту Многостороннего соглашения об инвестициях в рамках ОЭСР по данному пункту не удалось достичь согласия.

ДЭХ устанавливает «зонтичную» защиту для договоров между Договаривающейся стороной и инвестором. Это означает, что нарушение Договаривающейся стороной договора, заключенного ею с инвестором (например, СРП), автоматически означает нарушение ДЭХ и влечет международно-правовую ответственность.

ДЭХ ограничивает перечень оснований, по которым государства могут вводить изъятия из недискриминационного режима в отношении иностранных инвесторов, и даже введение изъятий по указанным в ДЭХ основаниям может стать предметом арбитражного разбирательства, если иностранный инвестор или страна — экспортер капитала сочтет применение изъятия неправомерным. Этим ДЭХ отличается от двусторонних инвестиционных договоров России, которые, как правило, предусматривают суверенное право государств вводить изъятия по своему усмотрению. Напри-

мер, заключенное в феврале 2007 г. инвестиционное соглашение Россия — Катар предусматривает: «каждая Договаривающаяся сторона сохраняет за собой право применять и вводить в соответствии со своим законодательством изъятия из национального режима в отношении иностранных инвесторов и их капиталовложений...»³; заключенное в марте 2006 г. инвестиционное соглашение Россия — Алжир предусматривает следующее: «Без ущерба законодательству Договаривающейся стороны, на территории которой были осуществлены капиталовложения, режим... должен быть не менее благоприятным, чем режим, который предоставляется капиталовложениям и доходам от капиталовложений собственных инвесторов или капиталовложениям и доходам от капиталовложений инвесторов любого третьего государства»⁴. Соглашение о партнерстве и сотрудничестве между Россией и ЕС 1994 г. также подчиняет недискриминационный инвестиционный режим внутреннему законодательству сторон и предусматривают право вводить изъятия в отдельных секторах (в том числе в секторе добычи полезных ископаемых)⁵. Таким образом, ДЭХ, ограничивая Договаривающиеся стороны в праве вводить изъятия в отношении иностранных инвесторов, не столько закрепляет сложившийся статус-кво в международном регулировании инвестиционных отношений, сколько либерализует инвестиционный режим в энергетической сфере.

Ограничение государств в праве вводить изъятия из недискриминационного режима для иностранных инвесторов может породить следующие практические проблемы. Во-первых, в энергетической сфере между принимающим государством и инвестором зачастую заключаются соглашения, касающиеся конкретного проекта, с индивидуальными условиями (например, СРП), которые не могут быть предложены другому инвестору. Во-вторых, в сфере добычи природных ресурсов в мировой практике распространено применение ограничений прав иностранных инвесторов, что

³ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Государства Катар о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 12 февраля 2007 г.

⁴ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Алжирской Народной Демократической Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 10 марта 2006 г.

⁵ Статья 28 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Россией и ЕС.

обусловлено значимостью природных ресурсов для суверенитета государства. Так, в России сейчас обсуждается идея о введении изъятий из национального режима для иностранных инвесторов в отношении доступа к стратегическим месторождениям.

ДЭХ закрепляет механизм арбитражного разрешения инвестиционных споров, предполагающий обязательность

и окончательность арбитражных решений. И.З. Фархутдинов отмечает: «ДЭХ... является первым, бес-

прецедентным многосторонним договором, установившим прямой арбитраж между инвестором и государством, что было предметом споров... на протяжении многих лет. В принципе любая жалоба какого-либо иностранного энергетического предприятия на то, что оно пострадало от действий государственного органа, может привести к возбуждению арбитражной процедуры против любого государства, связанного положениями ДЭХ...»⁶. В то же время переговоры в рамках ОЭСР наглядно продемонстрировали, что включение арбитражного механизма в многосторонний договор — вопрос проблематичный и дискуссионный, по которому в рамках указанной организации не удалось достичь согласия. В контексте дискуссий об арбитражном механизме разрешения споров государство — иностранный инвестор обращают на себя внимание в том числе следующие аспекты:

- Дискриминация инвесторов принимающего государства. Использование международного арбитража как средства урегулирования споров с иностранными инвесторами ставит в неравное положение инвесторов принимающего государства, не имеющих такого средства защиты.
- Окончателность арбитражных решений. В рамках переговоров по международному инвестиционному соглашению ОЭСР рассматри-

Важно, чтобы в контексте реформирования газового рынка ЕС производители не ощущали угрозы для надежности спроса. В противном случае закладывается риск недоинвестирования.

вались возможности учреждения специальной апелляционной инстанции, имеющей право пересматривать арбитражные решения.

- Риск ограничения права принимающего государства регулировать инвестиционную деятельность на своей территории. Например, арбитражем в рамках НАФТА было вынесено решение, в соответствии с которым запрет на управление заводом по производству опасных материалов, введенный мексиканскими властями в отношении американского инвестора на основании соображений охраны окружающей среды, был признан мерой, аналогичной экспроприации⁷.
- Риск необоснованных имиджевых проблем для принимающего государства. Существуют случаи возбуждения арбитражных разбирательств в сутяжнических целях, влекущие необоснованные имиджевые проблемы для принимающего государства.

Транзитные положения ДЭХ

ДЭХ развивает заложенный в статье V ГАТТ общий принцип свободы транзита товаров. Так, он устанавливает свободу создания новых и расширения существующих транзитных мощностей, гарантии непрерывности транзита и механизма разрешения транзитных споров.

Механизм разрешения споров сформулирован нечетко, допускает двусмысленные толкования. Он ни разу не применялся на практике, что не позволяет судить о его эффективности с достаточной степенью достоверности.

Работа по уточнению и развитию транзитных положений ДЭХ протекает в формате идущих с 1998 г. переговоров по проекту Транзитного протокола. Выявленные в ходе данных переговоров и остающиеся открытыми разногласия между

⁶ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения. М., 2005. С. 183.

⁷ Joachim K. On the Way to Multilateral Investment Rules – Some Recent Policy Issues P. 14. По вопросу о путях повышения эффективности арбитражного разрешения споров инвестор – государство см.: OECD Paper «Improving the System of Investor – State Dispute Settlement», February 2006 // <http://www.oecd.org/>.

Россией и ЕС показывают, что ЕС заинтересован оставить вопросы регулирования транспортировки энергии по своей территории в максимальной степени в своей компетенции и не желает устанавливать в международно-правовом соглашении нормы, которые каким-либо образом ограничивали бы его в этом.

В широком плане переговоры по проекту Транзитного протокола к Энергетической хартии демонстрируют, что система заключения международных договоров ЕС с третьими странами выстроена таким образом, что практически с ЕС (в лице Комиссии) крайне трудно, если не сказать невозможно, договориться на условиях, совместимость которых с европейским правом не вполне очевидна.

Позиция России в отношении ДЭХ

Вероятно, что в рамках процесса модернизации ДЭХ предметом внимательной оценки будет вопрос о том, насколько положения ДЭХ отвечают принципу взаимной выгоды.

В частности, важно понять, в какой степени ДЭХ способен помочь решению важной задачи расширения инвестиционных возможностей российского бизнеса за рубежом, содействовать получению доступа к технологиям и капиталу. Отдельного рассмотрения заслуживает вопрос о том, насколько содержащаяся в ДЭХ обязанность по содействию в доступе к энергоресурсам совместима с планами законодателя по регулированию инвестиционной деятельности в сфере добычи углеводородов.

Гармонизация законодательств России и ЕС в энергетической сфере

Общее экономическое пространство предполагает сближение, гармонизацию законодательства и правоприменительной практики, в том числе в энергетической сфере. Брюссель под гармонизацией понимает в основном рецепцию европейского права третьими странами.

Внешняя энергетическая политика ЕС направлена на распространение законодательного режима ЕС на сопредельные страны. С подписанием в октябре 2005 г. Соглашения об энергетическом

сообществе ЕС со странами Юго-Восточной Европы (Energy Community Treaty) правила единого энергетического рынка ЕС де-юре распространились уже более чем на 30 государств. Геополитические и геоэкономические выгоды, которые несет для ЕС стратегия расширения, очевидны — становясь центром принятия решений, ЕС увеличивает вес на международной арене.

В то же время у России, страны, не заявляющей о намерении вступить в ЕС, подход к гармонизации законодательств несколько иной. Она понимает под гармонизацией не рецепцию норм права извне, а обоюдное движение к получению желательного правового результата.

Автоматическая рецепция Россией европейского энергетического права в полном объеме была бы объективно нецелесообразна, в том числе по следующим причинам:

- 1) из-за отличий энергетических секторов России и ЕС (Российская Федерация — производитель и экспортер, ЕС — потребитель и импортер углеводородов). Содержание и цели энергетической политики сторон не могут быть полностью идентичными;
- 2) энергетическое право ЕС находится в стадии становления, по фундаментальным вопросам ведется жесткая дискуссия, наблюдается дефицит стабильности, что также в определенной степени снижает привлекательность заимствования европейского опыта в данной сфере.

В то же время это не означает, что стороны не могут использовать опыт друг друга. По отдельным направлениям существует большой потенциал для сближения нормативно-правового регулирования.

В рамках работы над новым соглашением о сотрудничестве между Российской Федерацией и ЕС сторонам важно будет определить механизм гармонизации законодательств, позволяющий эффективно реализовать принцип равенства. Например, в сфере энергетического сотрудничества можно было бы на базе Энергетического диалога более широко использовать метод консультаций перед принятием сторонами законодательных мер в энергетическом секторе. Это, как представляется, позволило бы повысить прозрачность и предсказуемость в отношениях. □