

# Международные механизмы защиты иностранных инвестиций в ТЭК и расширенный/обновленный пакет ДЭХ и связанных с ним инструментов\*



**А.А. Конопляник,**  
советник генерального директора  
ООО «Газпром экспорт»,  
профессор РГУ нефти и газа  
им. И.М. Губкина,  
доктор экономических наук

В статье автор приводит свое видение закономерностей эволюции энергетических рынков от национальных к глобальным и соответствующих им механизмов защиты и стимулирования инвестиций в энергетике. Автор анализирует основные различия между двусторонними и основными многосторонними международно-правовыми инструментами защиты инвестиций и торговли в энергетике, обосновывает существенную утрату инструментов защиты российских энергетических компаний на зарубежных рынках в связи с нератификацией ДЭХ Россией, что показало решение суда в Гааге по «делу ЮКОС».

**Ключевые слова:** Договор к Энергетической Хартии, Договор об Энергетическом Сообществе, Всемирная Торговая Организация, двусторонние инвестиционные договоры, двусторонние договоры об избежании двойного налогообложения, Энергетическое законодательство ЕС, Энергетические пакеты ЕС, «дело ЮКОСа», энергетические рынки, механизмы защиты и стимулирования инвестиций в энергетике.

## International mechanisms of investment protection of foreign investment in energy and expanded & updated package of the ECT and related documents

**Konoplyanik A.**

In his article the author presents his vision of the evolutionary trends in energy markets development from national to global and of corresponding instruments of investment protection & stimulation in energy. The author analyses major distinctions between bilateral and key multilateral international legal instruments of investment protection & stimulation in energy, and serious loss of such protection for Russian energy companies at foreign markets due to non-ratification of the ECT by Russia, which has demonstrated the decision of the arbitration court in The Hague on «Yukos case».

**Keywords:** Energy Charter Treaty, Energy Community Treaty, World Trade Organisation, bilateral investment treaties, bilateral double-taxation treaties, energy «acquis communautaire» of the EU, EU Energy Packages, «Yukos case», energy markets, instruments of investment protection & stimulation in energy.

28 июля 2014 г. было обнародовано принятое десяти днями ранее решение Постоянной палаты третейского суда в Гааге (далее — решение Суда) по трем взаимосвязанным искам акционеров компании ЮКОС против Российской Федерации (далее — дело ЮКОС) на основании статьи 26 Договора к Энергетической хартии (ДЭХ). В решении Суда сказано, что «*принятые Ответчиком (Российской Федерацией — А. К.) меры в отношении ЮКОС ... по мнению Трибунала, имели эффект, «эквивалентный национализации или экспроприации»* (параграф 1580 на стр. 497 решения Суда по каждому из исков)<sup>1</sup>. Российская Федерация сразу же объявила о намерении обжаловать решение Суда и подать апелляцию, несмотря на то, что механизм апелляции не предусмотрен ДЭХ, поскольку «арбитражные решения... являются окончательными и обязательными для сторон в споре» (статья 26(8) ДЭХ)<sup>2</sup>.

Решение Суда вызвало естественный всплеск дополнительного интереса к ДЭХ и к перспективам дальнейших взаимоотношений России с Конференцией по Энергетической хартии (КЭХ): ведь, как известно, Россия вышла в 2009 г. из временного применения ДЭХ и до сих пор не может, на наш взгляд, определиться с устойчивой линией поведения в рамках КЭХ (если не определять в качестве таковой широко известную из всеобщей истории линию поведения «колебаться вместе с линией партии»). И сам факт решения Суда (первое в истории арбитражных разбирательств на основании ДЭХ решение, где ответчиком является Российская Федерация), и величина

\* По материалам выступления на «круглом столе» «Механизмы защиты зарубежных инвестиций российских топливно-энергетических компаний», Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации (г. Москва, 26 августа 2014 г.)

<sup>1</sup> [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/Investor-State\\_Disputes/Yukos\\_Final\\_Award\\_-\\_18\\_July\\_2014.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Investor-State_Disputes/Yukos_Final_Award_-_18_July_2014.pdf); [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/Investor-State\\_Disputes/Hulley\\_Final\\_Award\\_-\\_18\\_July\\_2014.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Investor-State_Disputes/Hulley_Final_Award_-_18_July_2014.pdf); [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/Investor-State\\_Disputes/Veteran\\_Petroleum\\_Final\\_Award\\_-\\_18\\_July\\_2014.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Investor-State_Disputes/Veteran_Petroleum_Final_Award_-_18_July_2014.pdf).

<sup>2</sup> [http://www.encharter.org/index.php?id=21&id\\_article=530&L=1](http://www.encharter.org/index.php?id=21&id_article=530&L=1).

предъявленного для компенсации иска (114 млрд долл., максимальная в истории величина заявленных требований) и подлежащего компенсации ущерба (50 млрд долл. по решению Суда, это максимальная величина — абсолютная и относительная — удовлетворенных исковых требований) вызвали неоднозначную реакцию в России, вплоть до маргинального желания прервать все контакты с КЭХ, включая уплату членских взносов и участие в ее мероприятиях (заседаниях и рабочих группах), чтобы попытаться создать впечатление о полной непричастности России к этой организации. Однако поможет ли такой подход к формированию сегодняшних и завтрашних взаимоотношений с КЭХ (исходя из видимости только отрицательных последствий для России решения Суда по событиям вчерашних дней, действия участников которых уже не подлежат изменению, а только объяснению, интерпретации) делу защиты интересов российских энергетических компаний за рубежом и какие существуют альтернативы ДЭХ в этой сфере, если вдруг такое желание превратится в государственное решение?

## **Рынки и защита инвестиций: объективная логика процессов**

Существует объективная логика развития и функционирования энергетических рынков и взаимосвязанных с ними столь же объективных процессов защиты и стимулирования инвестиций в энергетике: одно предопределяет другое. Каждая стадия развития рынков предопределяет необходимость наличия адекватных этой стадии механизмов защиты инвестиций. Для энергетике наличие таких адекватных взаимосвязей особенно важно, ибо эта отрасль (особенно ее добывающие сегменты) характеризуется наивысшей капиталоемкостью по сравнению с другими сферами экономической деятельности и наличием группы геологических рисков, отсутствующих в других отраслях.

По нашему мнению<sup>3</sup>, энергетические рынки в международном измерении развиваются по следующей логике: от рынков локальных, страновых, через процессы интернационализации, т. е. через развитие торгово-инвестиционной деятельности сначала с соседними государствами, затем, по мере развития технологий транспортировки энергоресурсов, со странами более удаленными — к рынкам региональным.

А далее, через процессы глобализации, — к мировым рынкам: сначала мировым рынкам отдельных энергоресурсов, из которых сегодня в наличии только один — мировой рынок нефти, существующий в двухсегментной модели: сегмент рынка физической нефти и сегмент рынка бумажной нефти. Однако в завершающей стадии формирования сегодня находится мировой рынок газа: быстроразвивающаяся торговля сжиженным природным газом (СПГ) замыкает воедино до недавних пор разрозненные — и потому развивающиеся по не совпадающим в деталях, хотя и похожим в общем моделям развития — региональные рынки сетевого газа. В перспективе, на наш взгляд, человечество выйдет на формирование единого глобального рынка энергоресурсов, опирающегося на технологическую возможность взаимозамещения различных энергоресурсов в конечном использовании (см. рисунок 1).

Вслед за этой логикой развития рынков происходит развитие инструментов защиты (стимулирования) инвестиций в энергетике. Сначала их формирование происходит на уровне национальном, где, на наш взгляд, существуют два этапа развития правовых инструментов такой защиты.

## **Два этапа развития защиты правовых инструментов на национальном уровне**

Первый этап — это создание анклавов стабильности для защиты отдельных инвестиционных проектов (инвестиционные соглашения между инвестором и принимающей страной — концессии, соглашения о разделе продукции (СРП) и др.) или ограниченных территорий (например, экономические зоны со специальным правовым режимом) в нестабильной или отсутствующей правовой среде. Сначала это обычно происходит там, где законодательства как такового еще нет (страны, находящиеся на доиндустриальном уровне развития), либо там, где резко меняются модель и вектор социально-экономического развития (например, с социалистических на капиталистические, как в СССР и странах СЭВ в конце 1980-х — начале 1990-х гг.) и сложившаяся к этому времени экономико-правовая модель развития оказывается более невостребованной. Или там, где в развитой экономико-правовой среде, например, в силу ускоренной либерализации рынков теряется баланс между стимулами для торговли (краткосрочные конъюнктурные выгоды для купли-продажи) и инвестициями (долгосрочная предсказуемость условий и «правил игры»), особенно в ТЭК, для обеспе-

<sup>3</sup> См. соответствующие публикации автора на его сайте [www.konoplyanik.ru](http://www.konoplyanik.ru).

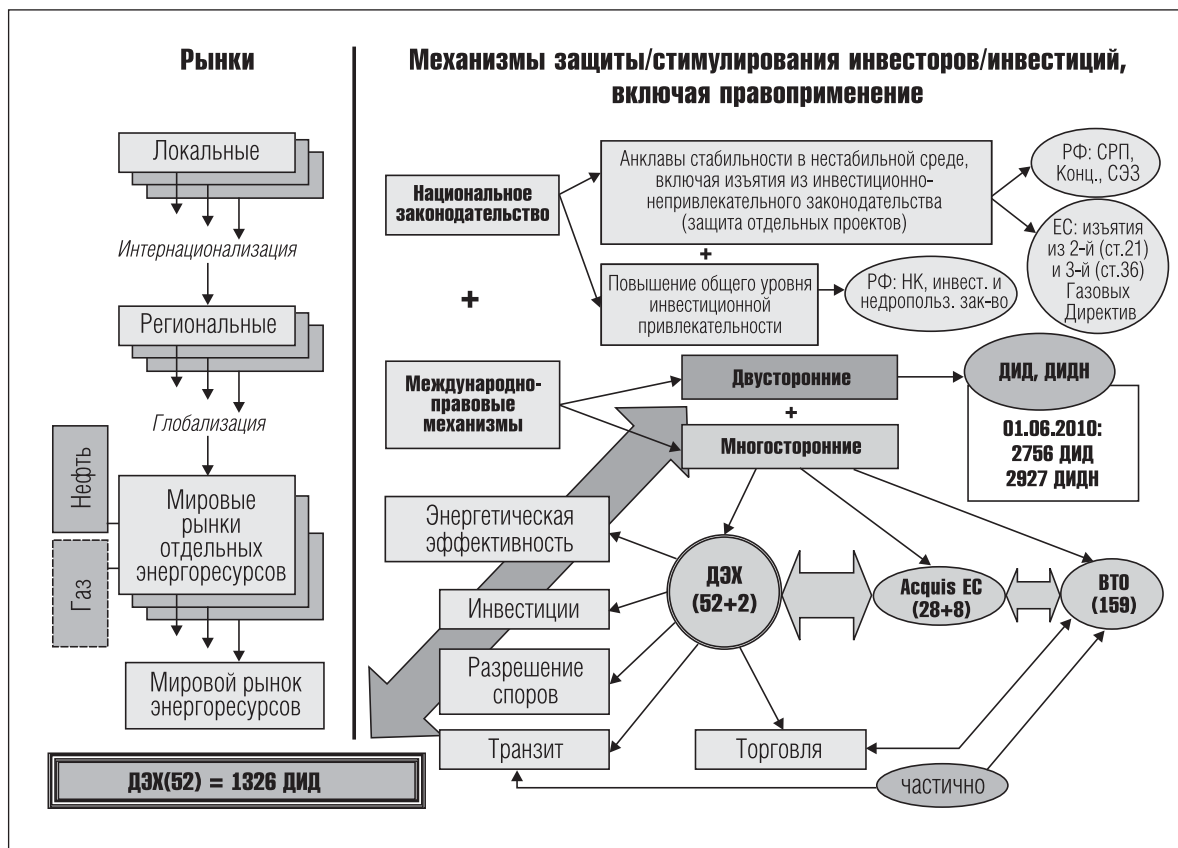


Рис. 1. Развитие энергетических рынков и механизмов правовой защиты/стимулирования инвесторов/инвестиций

чения финансируемости капиталоемких проектов с длительным жизненным циклом) и появляются «риски либерализации», как, например, в ЕС<sup>4</sup>. Поэтому в таких либеральных экономиках также могут быть представлены «анклавы стабильности». Например, в ЕС они существуют в виде законодательных изъятий из положений инвестиционно-запретительного в целом законодательства ЕС. Эти изъятия, защищающие инвесторов от «рисков либерализации» ЕС, изначально встроены законодателем в соответствующие основополагающие Директивы, которые являются ключевыми элементами соответствующих «энергетических пакетов ЕС»: для газовой отрасли — это статья 21 во Второй газовой директиве ЕС (2003 г.) и статья 36 в Третьей газовой директиве ЕС (2009 г.), которые фактически отменяют (правда, посредством очень сложной бюрократической процедуры по каждому обратившемуся за изъятием проекту) действие таких, например, положений, создающих дополнительные риски для проектного финансирования, как «обязательный доступ для третьих сторон» (ОДТС) к газотранспортной инфраструктуре (это положение создает ключевой риск так называемого «контрактного несоответствия» для грузоотправителей) и др.

В итоге все основные капиталоемкие инвестиционные проекты в газовой отрасли ЕС после принятия Второго энергопакета (приемные терминалы СПГ, трубопроводы-интерконнекторы — всего около 40 инвестпроектов начиная с 2003 г.) осуществляются не на базе законодательства ЕС, а на базе указанных индивидуальных изъятий из него (например, с отказом от ОДТС на период срока окупаемости), которые только и обеспечивают возможность их финансирования, т. е. гарантии возврата вложенных в проект средств.

Второй этап — это повышение общего уровня инвестиционной привлекательности национального законодательства. В России эти попытки осуществляются, например, посредством развития Налогового кодекса Российской Федерации, инвестиционного и недропользовательского законодательства.

<sup>4</sup> Так, в период работы в Брюсселе в 2002–2008 гг., удивляла заставка со слоганом из четырех слов «дешевле купить — дороже продать» к разделу «Экономика» программы новостей телеканала «Евроныюз», ибо в этом случае вся экономическая деятельность невольно сводится к менее капиталоемкой и сиюминутной «экономике торговли», отсекая более капиталоемкую и долгосрочную «экономику созидания».

На определенном этапе развития рынков к защите/стимулированию инвестиций подключаются международно-правовые механизмы (основной закон эволюционного развития: новое в дополнение к старому с последующей конкуренцией между ними, а не немедленно вместо него).

## Два этапа развития защиты правовых инструментов на наднациональном уровне

С развитием международной торговли, а затем и инвестиций поначалу между соседними странами возникает объективная потребность в минимизации рисков законодательных различий между ними. Поэтому сначала формируются двусторонние инструменты защиты торговли между основными торговыми партнерами. Первые двусторонние соглашения по избеганию двойного налогообложения (ДИДН) появились в 1920-х гг. Трансграничная инвестиционная деятельность формируется с лагом отставания вслед за ростом международной торговли, поэтому первый двусторонний инвестиционный договор (ДИД) был подписан лишь в 1959 г. С тех пор в мире заключено почти по три тысячи ДИД и ДИДН (см. рисунок 1).

Международная экспансия законодательства ЕС ведет к снижению транзакционных издержек для европейских инвесторов за рубежом, повышению их конкурентоспособности.

Однако текущее разнообразие ДИД, несмотря на общие элементы, создает достаточно большие пересечения. Это значит, что множество ДИД и ДИДН не являются гомогенной, унифицированной средой инструментов защиты — возможна разная интерпретация разных их положений, несмотря на наличие модельных инструментов такого рода. Поэтому возникает объективная потребность в унификации этих инструментов, в некоей стандартизации их положений для минимизации рисков, связанных с различной их интерпретацией, что особенно актуально для многомиллиардных инвестпроектов с длительными жизненными циклами.

Таким образом, появляются многосторонние инструменты защиты и стимулирования инвестиционной деятельности. Главное преимущество, которое имеют любые многосторонние инструменты по сравнению с двусторонними, — это унификация «правил игры» («выравнивание» стандарта защиты) меньшей ценой и за более короткое время. Пример ДЭХ это наглядно подтверждает — его «совокупная сила» в рамках 52 подписавших его государств адекватна совокупности 1326 ДИД

(см. рисунок 1). При этом переговоры по ДЭХ до его подписания (1992–1994 гг.) длились всего три года, плюс еще полтора года, с июля 1990 г. по декабрь 1991 г., — предшествующие ему переговоры по предваряющей ДЭХ политической декларации «Европейская Энергетическая хартия». В то же время, для того чтобы заключить 2756 ДИД, т. е. всего в два раза больше, чем количество ДИД, адекватное «совокупной силе» ДЭХ, человечеству потребовалось более 50 лет (1959–2010 гг.), т. е. пришлось потратить минимум в 10 раз больше времени и еще много больше трудовых, интеллектуальных, финансовых и т. п. ресурсов.

Из числа многосторонних международных правовых инструментов, которые относятся (могут относиться) к энергетике и в той или иной степени могут работать для защиты инвестиций (в том числе российских) за рубежом, которые в наибольшей степени представлены в публичном пространстве, дискутируются наряду с двусторонними инструментами и наиболее широко известны общественности, таковых, на наш взгляд, всего три: ВТО, законодательство ЕС (*acquis communautaire*) и ДЭХ. Эти три инструментария различаются, они не взаимозаменяемы, но имеют зоны взаимного наложения, пересечения.

Россия является полноправным членом ВТО, не применяет на своей территории законодательств ЕС и не является Договаривающейся стороной ДЭХ (*Contracting Party*) (поскольку не ратифицировала Договор и вышла в 2009 г. из его временного применения), но продолжает оставаться стороной, подписавшей ДЭХ (*Signatory*), т. е. в том же статусе, что и такие страны — члены ДЭХ, как Норвегия, Австралия, Исландия.

## ВТО и ДЭХ

Сферы предметного применения и зоны географического охвата ДЭХ и ВТО различаются. ВТО шире по географии применения (в три раза: 159 против 52 государств — см. рисунок 2) и отраслевому охвату (все отрасли), но много уже по предметной сфере охвата (только торговля). Зато ДЭХ, будучи «отраслевым» договором (только энергетические отрасли и связанное с энергетикой оборудование), более многогранен с точки зрения предметной сферы охвата (см. рисунок 1), покрывая тем самым полный ин-

	<b><u>ДЭХ (2014):</u></b> 52 страны + 2 ОРЭИ (ЕС + ЕВРАТОМ) подписали ДЭХ, в том числе 46 стран + 2 ОРЭИ ратифицировали ДЭХ	
<b><u>ВТО (2014):</u></b>  159 стран-членов + 30 стран-наблюдателей	<b><u>«Торговый» раздел ДЭХ:</u></b> Правила ВТО – для членов ВТО, правила ВТО посредством отсылки к ним – для нечленов ВТО	<b><u>Торговля товарами и услугами –</u></b>  «режим наибольшего благоприятствования» (РНБ)
	<b><u>Энергетические товары:</u></b>  (Энергетические материалы и продукты + связанное с энергетикой оборудование), инвестиции, торговля, транзит – «национальный режим» (НР) или «режим наибольшего благоприятствования» (РНБ), какой из них более благоприятный	

Рис. 2. Соотношение между сферой предметного применения и зоной географического охвата ДЭХ и ВТО

вестиционный воспроизводственный цикл в наиболее капиталоемких — энергетических — отраслях. При этом открытый характер ДЭХ для присоединения новых членов предполагает возможность его дальнейшего географического расширения, т. е. он такой же потенциально широкий по охвату, что и ВТО.

Торговый раздел ДЭХ построен на основе положений ГАТТ/ВТО. Но в ВТО отсутствуют адекватные ДЭХ инвестиционные положения и, соответственно, механизмы разрешения инвестиционных споров. А статья 5 ГАТТ/ВТО «Свобода транзита» много уже статьи 7 ДЭХ «Транзит», ибо в 1947 г., когда было подписано ГАТТ, в мире практически отсутствовала трансграничная транспортировка (транзит) энергоресурсов по трубопроводам. Поэтому статья 7 ДЭХ учитывает отсутствовавшие во времена формирования правил ГАТТ (и потому не нашедшие отражения в статье 5 ГАТТ/ВТО) риски транзита по стационарной трансграничной инфраструктуре.

Поэтому ВТО и ДЭХ не являются конкурентными или альтернативными международными правовыми инструментами защиты инвестиций

за рубежом. Более того, ВТО, по нашему мнению, не является инструментом защиты инвестиций российского ТЭК за рубежом (и не может рассматриваться в качестве такового) — это было бы неверным и необоснованным ожиданием.

### Логика развития *acquis communautaire* ЕС

ЕС был, есть и останется для России основным энергетическим рынком в течение еще очень долгого времени. Российские компании будут продолжать все более интенсивно выходить на рынок ЕС, несмотря на турбулентность текущей политической конъюнктуры. Поэтому требуются эффективные инструменты защиты их деятельности на этом рынке. Следовательно, необходимо понимать логику формирования инструментов права (в том числе энергетического) в ЕС.

Эта логика своими корнями уходит в Римский договор 1958 г. о формировании ЕС, которым была продекларирована свобода перемещения внутри ЕС товаров, услуг, людей, капиталов и т. п.

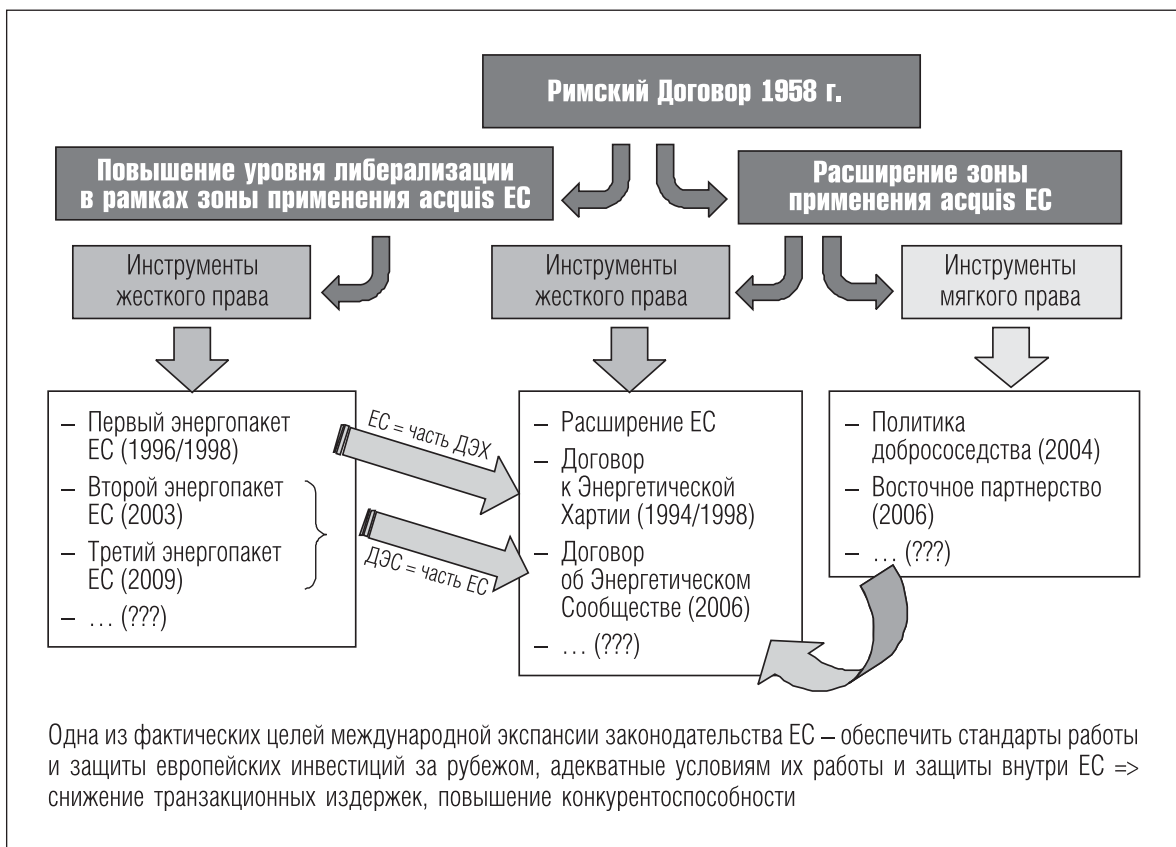


Рис. 3. Инструменты международной экспансии acquis EC (энергетика)

Отсюда вытекают два процесса, которые начали развиваться в разных секторах экономики ЕС в разное время в силу различной капиталоемкости этих секторов: повышение уровня либерализации в рамках зоны применения acquis ЕС и расширение самой зоны применения acquis ЕС (см. рисунок 3). Поскольку энергетика является одним из наиболее капиталоемких секторов экономики, а внутри нее наиболее капиталоемкими являются газ и электроэнергетика, видимо, поэтому очередь этих отраслей для либерализации (т. е. для начала применения на практике инструментов, обеспечивающих реализацию продекларированных в Римском договоре свобод) подошла только в конце 1990-х гг.

Два указанных процесса обеспечиваются инструментами «жесткого» и «мягкого» права. Инструменты «жесткого» права, обеспечивающие повышение уровня либерализации законодательства ЕС в энергетике — это последовательная серия так называемых энергетических пакетов ЕС, включающих несколько «директив» и «регулирующих»: Первого энергетического пакета (1996/1998 гг.), Второго (2003 г.) и Третьего (2009 г.) энергетических пакетов ЕС.

Политика ЕС по расширению зоны применения энергетического права ЕС за пределы ЕС нацелена на обеспечение стандартов работы и защиты европейских инвестиций за рубежом, адекватных условиям их работы и защиты внутри ЕС.

Фактически это означает, что международная экспансия законодательства ЕС ведет к снижению транзакционных издержек для европейских инвесторов за рубежом, повышению их конкурентоспособности. Географический ареал, на который нацелена международная экспансия законодательства ЕС, охватывает, по нашему мнению, всю «Большую энергетическую Европу», что означает территорию всех государств Европы, Азии, Африки, которые связаны с рынком ЕС стационарной энергетической инфраструктурой. Направление этой экспансии — от ЕС (рынка конечного потребления) вдоль основных цепочек энергоснабжения в направлении устья скважины по каждой такой цепочке.

Политика по «экспорту acquis» включает инструменты и «жесткого» и «мягкого» права, где инструменты «мягкого» права (различные меры сотрудничества, не имеющие юридически обяза-

тельного характера — см. рисунок 3) могут рассматриваться в качестве подготовительных шагов (мер) к применению на территории стран, не входящих в ЕС, энергетического законодательства ЕС.

Важно понимать, что для каждого уровня либерализации энергетического законодательства ЕС существует свой набор инструментов его заграничной экспансии. Так, можно утверждать, что для Первого энергопакета ЕС таким инструментом «экспорта *acquis*» являлся ДЭХ. Хотя можно утверждать и обратное, принимая во внимание заметный разрыв между сроками подписания ДЭХ (1994 г.) и принятия Первого энергопакета (1996/1998 гг.), а именно: ДЭХ явился инструментом «выравнивания» уровня либерализации законодательства ЕС по более низкому стандарту, общепринятому в более широкой среде (50 государств, включая Россию, изначально подписавших ДЭХ), нежели тогдашний ЕС в составе 15 государств, т. е. ЕС в свой Первый энергопакет импортировал нормы, согласованные большим числом стран.

Однако для Второго и Третьего энергопакетов ЕС логика международной экспансии *acquis* посредством последовательного применения сначала инструментов «мягкого», затем «жесткого» права вполне очевидна.

Сначала инструменты «мягкого» права втягивают, всасывают в орбиту все более тесного сотрудничества с ЕС участников этих программ извне ЕС. Понятно, что даже применение инструментов «мягкого» права по заграничной экспансии законодательства ЕС требует согласования с потенциальными реципиентами.

Однако здесь у ЕС бывали проколы, основанные, похоже, на незыблемой вере в неоспоримые преимущества внедряемой на пространстве ЕС модели организации энергетических рынков на основе *acquis communautaire* для всего пространства «Большой энергетической Европы». Так, в 2003 г., объявляя о формировании программы под названием «Европейская политика (добро)соседства», предполагавшей в том числе постепенную унификацию правовых норм на территории стран программы на основе повсеместного применения законодательства ЕС, Еврокомиссия включила Россию

в состав участников этой программы, не заручившись ее согласием, на что последовала нота Правительства России, после которой Еврокомиссия исключила Россию из участников этой программы.

Инструментом «жесткого» права для более либеральных, чем Первый энергопакет (а значит, и ДЭХ), Второго и Третьего энергопакетов ЕС является Договор об Энергетическом сообществе ЕС с государствами Юго-Восточной Европы (ДЭС), подписанный в 2006 г., в соответствии

Политика по «экспорту *acquis*» включает инструменты и «жесткого» и «мягкого» права, где инструменты «мягкого» права могут рассматриваться в качестве подготовительных шагов (мер) к применению на территории стран, не входящих в ЕС, энергетического законодательства ЕС.

с положениями которого государства — члены ДЭС обязаны применять на своей территории энергетическое законодатель-

ство ЕС: сначала нормы Второго, а теперь и Третьего энергопакетов ЕС со всеми присущими этому законодательству «рисками либерализации» для компаний, пришедших из стран с иным (менее либеральным) инвестиционным режимом, чем нормы текущего законодательства ЕС.

Начиная с 2003 г. ДЭХ, естественно, более не мог выступать в качестве инструмента международной экспансии законодательства ЕС. В этом заключается, на наш взгляд, причина утраты интереса ЕС к ДЭХ после 2003 г. В результате ДЭХ становится более интересен России уже не столько как принимающей стране (как инструмент минимизации некоммерческих рисков для иностранных инвестиций в Российской Федерации), сколько как материнской стране, компании которой все активнее и шире осуществляют внешнюю экспансию (как инструмент защиты инвестиций российских энергетических компаний за рубежом), но только в случае ратификации ДЭХ Россией. Однако «партия и правительство» рассудили иначе...

Таким образом, ЕС активно проводит политику защиты своих компаний за рубежом, используя инструменты экспорта *acquis*, т. е. экспортируя привычную для компаний ЕС среду их торговой и инвестиционной деятельности за пределы ЕС по цепочкам формирования стоимости от конечного потребителя внутри ЕС к местам добычи за пределами ЕС. А Россия, с нашей точки зрения, теряет ту потенциальную уникальную возможность, которую дает нам ДЭХ (в случае его ратификации) по защите интересов российских компаний за рубежом, в первую очередь от «рисков либерализации» ЕС.

## ДЭХ и *acquis EC*

Система взаимодействия ДЭХ с законодательством ЕС устроена более сложно, чем взаимоотношения «ДЭХ — ВТО». В российском и европейском истэблшменте существует давнее и устойчивое разнопонимание соотношения между ДЭХ и европейским законодательством (*acquis communautaire*), которое попробуем разъяснить ниже.

Первое и главное: ЕС является Договаривающейся стороной (ДС) ДЭХ в двух ипостасях: каждая страна ЕС подписала и ратифицировала ДЭХ, плюс к этому ЕС подписал и ратифицировал ДЭХ как Организация региональной экономической интеграции (ОРЭИ). Тем самым европейские коллеги России попали в западню, которую, может быть, сами они своевременно не заметили. Сегодня ДЭХ, как международный правовой договор, является приоритетным, доминирующим для ЕС по отношению к законодательству ЕС (*acquis communautaire*), которое для ЕС является внутренним законодательством и нормы которого поэтому имеют второстепенное значение в случае их конфликта с ДЭХ.

Поэтому ДЭХ для его ДС и для инвесторов этих ДС (т. е. тех стран — членов ДЭХ, которые ратифицировали ДЭХ) является инструментом защиты от «рисков либерализации» ЕС. Только не для российских компаний (инвесторов) в ЕС, ибо Российская Федерация ДЭХ не ратифицировала, а, выходя из его временного применения в 2009 г., заявила, что не намерена делать это и в будущем.

К сожалению, позиция российского руководства в рамках КЭХ была такой: ДЭХ — это некий аналог двустороннего договора (соглашения) между Россией и ЕС в силу того, что большая часть членов ДЭХ — это государства — члены ЕС (ныне — 28 из 52 стран), притом, что ЕС постоянно расширяется: с 12 членов до 15, затем до 25, далее до 27, теперь до 28 членов.

Последнее утверждение (про расширение ЕС) справедливо: действительно, увеличивается число членов ЕС в рамках сообщества членов ДЭХ. Более того, справедливо также утверждение, что расширяется зона применения законодательства ЕС (*acquis communautaire*) в рамках сообщества

ДЭХ за счет стран Договора об Энергетическом сообществе (ДЭС), которые (еще 8 государств), подписав этот договор с ЕС, взяли на себя обязательство применять на своей территории законодательство ЕС.

ДЭХ (подписан в 1994 г.) был построен на базе принципов, заложенных впоследствии в Первый энергетический пакет ЕС (подписан в 1996–1998 гг.), т. е. переговоры по обоим пакетам документов шли практически параллельно. После принятия Первого энергопакета ЕС происходит повышение уровня либерализации европейского законодательства (выше/за пределы уровня либерализации ДЭХ) в рамках расширяющегося сообщества европейских государств, применяющих *acquis communautaire* в энергетике (см. рисунок 4). Основное различие, определяющее водораздел между ДЭХ и Пер-

вым энергопакетом ЕС, с одной стороны, и Вторым и Третьим энергопакетом ЕС, с другой стороны, заключается, по нашему мнению, в двух параметрах: ОДТС и сегментации (*unbundling*) вертикально-интегрированных компаний (ВИК). ДЭХ и Первый энергопакет ЕС не требуют ни того, ни другого. Второй и Третий энергопакеты ЕС требуют и то, и другое (см. рисунок 4).

Тот факт, что Россия не ратифицировала ДЭХ, сделал невозможным для российских компаний применять те защитные положения Договора, которые защищали бы их на территории ЕС от выходящих за рамки ДЭХ либерализационных требований Второго и Третьего энергопакетов. Однако история не терпит сослагательных наклонений, поэтому что имеем — то и имеем...

## Расширение ДЭХ

Тот факт, что ДЭХ был подписан в конфигурации «трансатлантической Европы» (аналогично Хельсинским соглашениям 1975 г.), не означает, что ДЭХ — это исключительно европейский или евразийский договор. Просто в 1990 г., после падения Берлинской стены, именно в Европе открылось «окно возможностей», которое было использовано странами ОЭСР и государствами, исчезающими и появляющимися на пространстве СССР и СЭВ. В составе ДЭХ сегодня 23 страны-наблюдателя, которые (медленнее, чем хотелось бы) переходят из статуса наблюда-



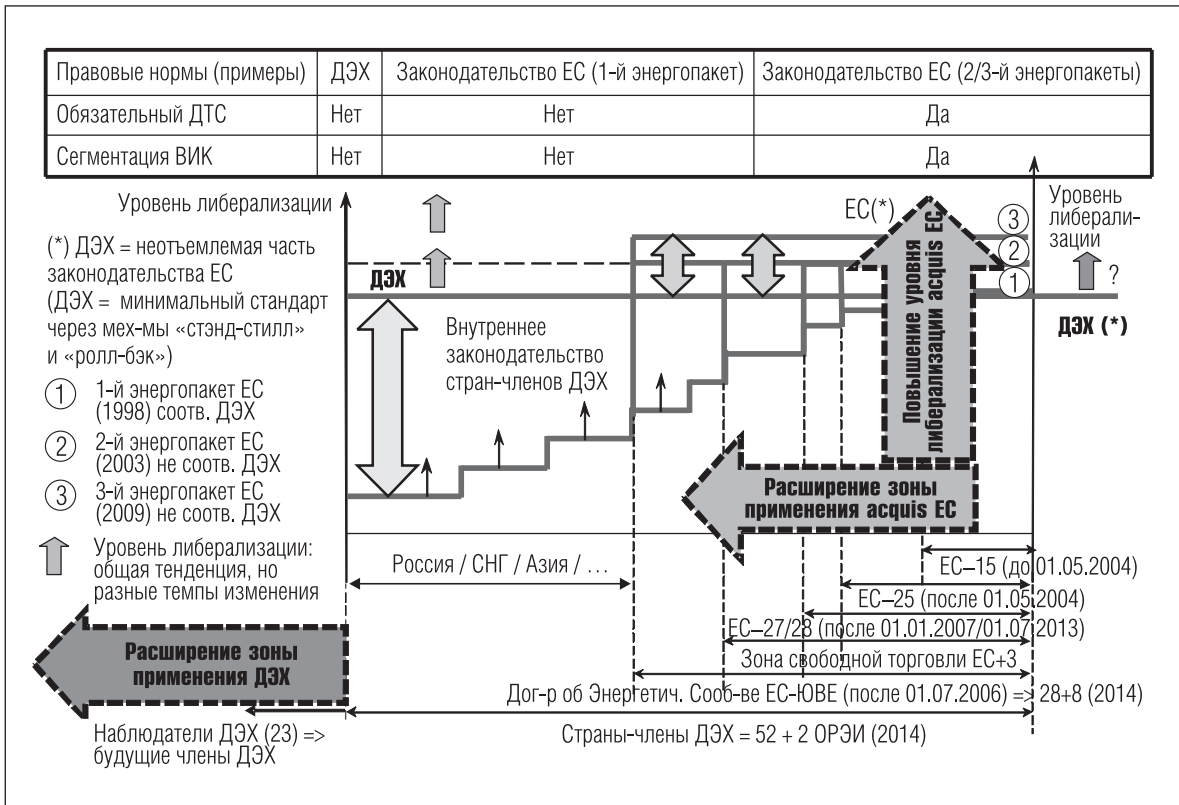


Рис. 4. ДЭХ как «минимальный стандарт» на расширяющемся общем энергетическом пространстве Евразии – и более либеральная модель «acquis» ЕС

телей в статус ДС (последний пример — Афганистан в 2013 г.). ДЭХ является универсальным по принципам применения. И, на наш взгляд, его количественный состав будет и далее увеличиваться в зависимости от того, насколько быстро, эффективно и адекватно ДЭХ будет адаптироваться вслед за (а лучше — наряду с) продолжающейся эволюцией энергетических рынков, расширяя спектр инструментов минимизации некоммерческих рисков, связанных с хозяйственной деятельностью в энергетике.

Сегодня российские компании во взаимоотношениях со странами ЕС — ключевыми (по количеству) игроками на пространстве Энергетической хартии — долго еще не получают «окошка возможностей», аналогичного тому, которое открылось и было использовано в начале 1990-х гг., чтобы думать о формировании какого-то нового договора, будь он хоть в тысячу раз лучше существующего ДЭХ, и связанных с ним инструментов.

ДЭХ — это лучшее многостороннее соглашение по защите инвестиций, которое сегодня существует в международной правовой практике. ДЭХ — это лучший реализованный на практике результат многостороннего компромисса.

Поэтому работать надо, по нашему мнению, с тем, что есть. И не потому, что ДЭХ не так уж и плох, а потому, что ДЭХ — это лучшее многостороннее соглашение по защите инвестиций, которое сегодня существует в международной правовой практике. ДЭХ — это лучший реализованный на практике результат многостороннего компромисса (другого просто нет и пока не предвидится). Тот же, кто этого не понимает, видимо, не вполне отдает себе отчет в существовании разницы между программными требованиями одной отдельно взятой страны и объективной возможностью их удовлетворения в рамках многосторонних переговоров.

Важно понимать, что ДЭХ — это не только единственный договор. ДЭХ означает «ДЭХ и связанные с ним инструменты», т. е. это открытая (пополняемая) совокупность документов юридического свойства, сформированных по принципу конструктора «Лего», модульная правовая конструкция, опирающаяся на политическую декларацию,

подписанную в 1991 г. (см. рисунок 5). Эта конструкция состоит из договоров (горизонтального типа) и протоколов (вертикального типа). ДЭХ в этой модульной конструкции играет роль конституции хартийного процесса.

И вот по мере эволюции энергетических рынков, по мере выявления новых рисков и неопределенностей, связанных с их развитием, хартийное сообщество может реагировать на эти новые вызовы разработкой соответствующих связанных с ДЭХ инструментов — горизонтальных или вертикальных, главное — адекватных этим вызовам. Подчеркнем: не переписывая ДЭХ (это контрпродуктивно), а добавляя к пакету связанных с ДЭХ документов новые инструменты защиты и стимулирования инвестиций и торговли в энергетике.

## **ДЭХ и решение Суда: две стороны одной медали**

Позволим себе парадоксальное утверждение: решение Суда доказывает, помимо прочего, эффективность применения ДЭХ как механизма защиты зарубежных инвестиций. Однако тот факт, что Российская Федерация оказалась проигравшей стороной, безусловно, затрудняет саму возможность для органов власти Российской Федерации принять (и/или даже услышать) этот аргумент.

То, что Россия не является ДС ДЭХ, но лишь подписавшей его стороной, является упущенной выгодой страны, ибо лишает возможности Россию и ее инвесторов применять инструменты защиты ДЭХ при работе за рубежом, в частности, от рисков либерализации ЕС (пример: разбирательство с Еврокомиссией относительно трубопровода ОПАЛ, который построен, но не может использоваться более чем на 50 % мощности, что препятствует окупаемости инвестиций в этот проект и связанный с ним «Северный поток»). Если бы Россия ратифицировала ДЭХ, это случай с ОПАЛ был бы предметом разбирательства в международном арбитраже по иску России к ЕС о защите инвестиций). Однако этими выгодами начинают активно пользоваться другие страны — члены ДЭХ. Так, большая часть последних исков по статье 26 ДЭХ (общее число таких исков достигло 60) — это иски инвесторов из стран ЕС против стран ЕС.

Временное применение ДЭХ Россией (с 1994 г. по 2009 г.) сохраняет до 2029 г. инвестиционные обязательства Российской Федерации как принимающей страны, но не давало (и не дает) ей и/или российским инвесторам возможности защищать свои интересы за рубежом с помощью

инструментов ДЭХ. Это может обеспечить только ратификация ДЭХ Россией. Но понятно, что после выхода страны из временного применения ДЭХ в 2009 г., а тем более после решения Суда в 2014 г. ставить вопрос о сегодняшней ратификации ДЭХ или о его ратификации в нынешнем виде не приходится. Тем более в условиях сегодняшней политической напряженности во взаимоотношениях ЕС и России. Поэтому, на наш взгляд, практическая задача заключается в нахождении оптимальной траектории перехода Российской Федерации в статус ДС «обновленного пакета» ДЭХ и связанных с ним инструментов.

## **Россия как ДС «обновленного пакета» ДЭХ: точки невозврата**

Большую часть времени после 2003 г. (принятие Второго энергопакета ЕС) и 2004 г. (расширение ЕС с 15 до 25 членов) официальная позиция России в хартийном процессе сводилась зачастую к «противодействию бездействию». В результате прогресс в модернизации Энергетической хартии был обеспечен преимущественно благодаря индивидуальным усилиям отдельных российских государственных чиновников-профессионалов.

Апрельская (2009 г.) инициатива России по «модернизации Энергетической хартии» (несмотря на все ее изъяны и последующий выход Российской Федерации из временного применения ДЭХ) явилась одним из факторов ускорения организационного оформления процесса «обновления Энергетической хартии» (что является неотъемлемой частью жизненного цикла Энергетической хартии — статья 34.7 ДЭХ), формально запущенного еще в 2004 г. Теперь важно не упустить этот процесс модернизации, а лучше «оседлать» и вести за собой.

Но всплеск интереса органов власти Российской Федерации к проблемам Энергетической хартии летом 2014 г. отражал не изменение официальной позиции по отношению к КЭХ в позитивную сторону, а бюрократическое желание отдельных ведомств попытаться получить должность заместителя Генерального секретаря (ЗГС) Секретариата Энергетической хартии (СЭХ) для гражданина России.

Препятствием для этого являлась длительная неплата членских взносов Российской Федерации в СЭХ за 2010–2014 гг. (до 2012 г. — начиная с 2004 г.). Поэтому заключение аудиторов СЭХ (компании «Эрнст и Янг») к сессии КЭХ 2012 г. (еще до погашения задолженности по взносам

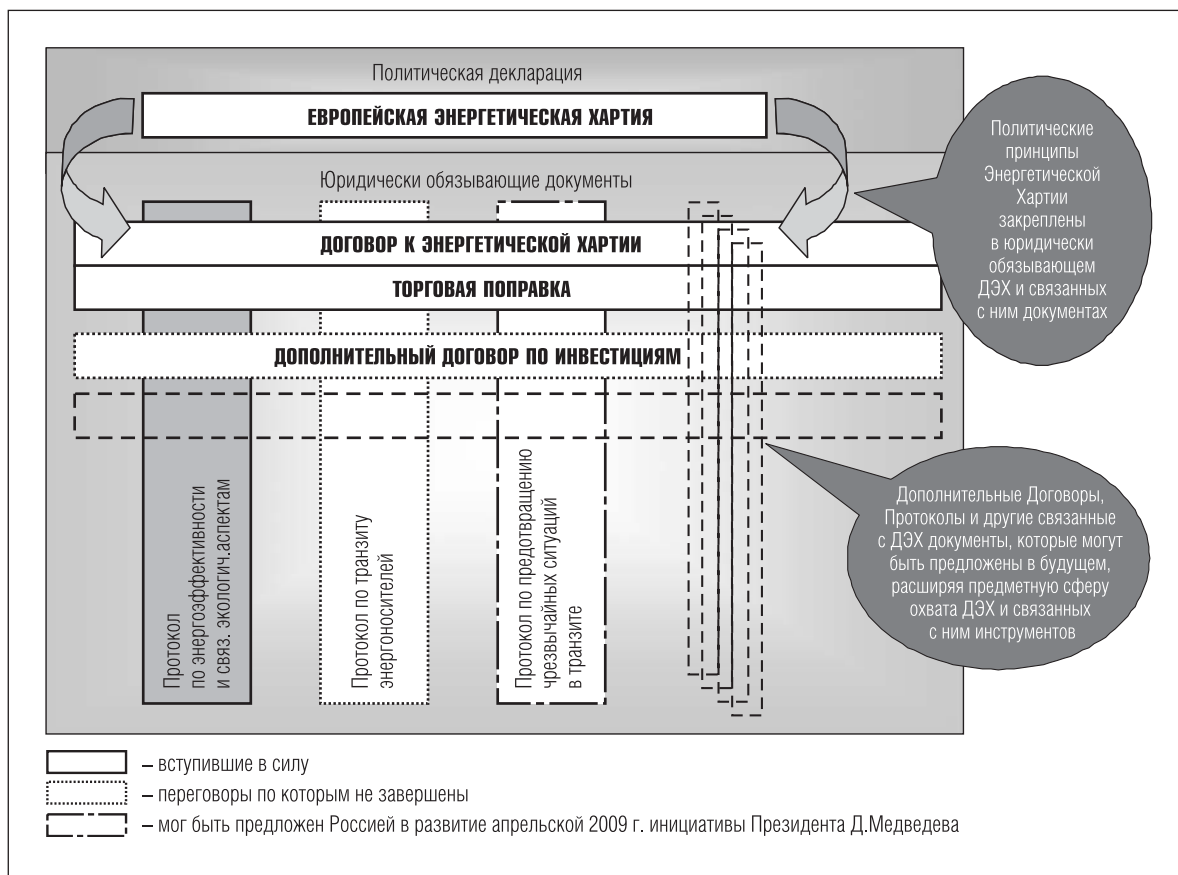


Рис. 5. Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы

за 2004–2009 гг.) было уже лишь «условно положительным» и отметило «токсичный» характер задолженности России по взносам.

До 15 июля 2014 г. существовала возможность размена: «уплата Российской Федерацией членских взносов на должность ЗГС СЭХ для гражданина Российской Федерации». Этот размен не состоялся, ибо Россия не уплатила и, судя по всему, не готова платить членские взносы по надуманным поводам, в том числе в связи с решением Суда.

После прохождения «точки невозврата» 15 июля с.г. параметры «размена» на некоторое время стали другими: «уплата членских взносов или риск требования одной из ДС ДЭХ на очередной сессии КЭХ в ноябре 2014 г. о лишении Российской Федерации права голоса в рамках КЭХ в соответствии со статьей 36.8 ДЭХ». Новой «точкой невозврата» было заседание Бюджетного комитета КЭХ 15 сентября с.г.: если бы заключение аудиторов СЭХ вновь — вторично — оказалось бы «условно положительным», то тогда какая-либо из стран ДЭХ, недружелюбно относящаяся к Рос-

сии (а в нынешних политических условиях число таких стран, увы, увеличилось), имела бы все формальные основания запустить вышеуказанную процедуру по статье 36.8 ДЭХ в ноябре с.г. Однако Генеральному секретарю СЭХ удалось убедить аудиторов не ставить российскую задолженность в разряд безнадежной.

После 18 июля с.г. (даты решения Суда), похоже, образовалась двойная утрата интереса со стороны Российской Федерации к Энергетической хартии в силу неполучения позиции ЗГС СЭХ и решения Суда не в пользу Российской Федерации по иску, предъявленному по статье 26 ДЭХ (из чего делается прямолинейный вывод, что якобы ДЭХ по сути своей направлен против Российской Федерации). Поэтому велик риск того, что развитие событий может пойти по неблагоприятной для России траектории в результате очередного «противодействия бездействием» или начала активных контрпродуктивных действий органов власти страны по прерыванию (прекращению) контактов России с КЭХ. Похоже, такие действия уже начались, по крайней мере, российская делегация уже отсутствовала

на очередном заседании по обсуждению обновленной Энергетической хартии, что, с нашей точки зрения, является странной линией поведения. Приложив усилия к запуску процесса модернизации Энергетической хартии, не принимать участия в этом процессе и рассчитывать, что обоснованные интересы России будут учтены без ее участия, — это как минимум контрпродуктивно.

Может повториться ситуация с ГАТТ 1947 г., когда СССР предложили быть одним из отцов-основателей этого соглашения, но И. Сталин отказался от данного предложения (по нашему мнению, по той причине, что мы не смогли бы «оседлать» этот процесс и поднять его под себя, а быть «одним из...» не захотел). Поэтому правила ГАТТ/ВТО разрабатывали без СССР(России) и без учета наших интересов, а Россия потом в течение 19 лет присоединилась к ВТО на условиях, разработанных другими странами и с учетом интересов этих стран.

## Предлагаемая программа действий

Понимая складывающуюся неблагоприятную атмосферу в органах власти Российской Федерации вокруг КЭХ/ДЭХ, тем не менее предлагаем следующую программу действий.

Считаем необходимым срочно заплатить членские взносы России в КЭХ, хотя бы за 2010 г. Цена вопроса — 124 тыс. евро. Как вариант, это могла бы сделать одна из государственных компаний Российской Федерации от имени России. Прецедент такого рода уже имел место (1998 г., компания «Зарубежнефть»).

По счастью, благодаря, твердой позиции и умелой линии поведения Генерального секретаря СЭХ У. Руснака удалось избежать повторного негативного заключения аудиторов СЭХ по Российской Федерации объявить задолженность России по уплате членских взносов за 2010–2014 гг. невозвратным долгом, подлежащим списанию в связи с неисполнением Российской Федерацией обязательств по уплате членских взносов. Это было бы равносильно объявлению «технического дефолта» Российской Федерацией по своим обязательствам в рамках КЭХ,

поскольку в 2012 г. первое официальное предупреждение уже было вынесено России в рамках «условно положительного» «квалифицированного заключения» (Qualified Opinion) аудиторов СЭХ. В соответствии со статьей 36.8 ДЭХ это могло бы стать основанием для инициативы одной из недружественных по отношению к России стран на очередной сессии КЭХ 26 ноября 2014 г. в Астане (Казахстан) потребовать лишения Российской Федерации права голоса в рамках конференции. В случае удовлетворения этого требования (что, однако, было бы трудноисполнимым,

Только активным конструктивным участием Российской Федерации в многогранном процессе Энергетической хартии и КЭХ можно добиться возможности применения ДЭХ и связанных с ним инструментов по защите российских инвестиций за рубежом.

поскольку традиционно решения в рамках КЭХ принимаются консенсусом), Россия потеряла бы возможность влиять

на (инициированный в том числе и Россией) процесс обновления хартийного процесса и его документов к новым реалиям энергетических рынков, в том числе с учетом наших интересов. Но в любом случае это нанесло бы России очередной репутационный урон, что в нынешних условиях обострения отношений с Западом ей совершенно ни к чему.

Тот факт, что такого развития событий, похоже, удалось избежать (удалось ли, покажет ноябрьское заседание в Астане), означает, что у России лишь появилась временная передышка для переосмотра своей текущей позиции по отношению к хартии, каковая, базируется на неверных исходных положениях, о чем мы неоднократно говорили и писали<sup>5</sup>.

Более того, дальнейшая неуплата членских взносов (безотносительно возможного запуска процедуры по статье 36.8 ДЭХ в отношении Российской Федерации) неизбежно вызовет цепочку негативных последующих действий, как то: рассмотрение вопроса о целесообразности сохранения русского языка как одного из двух наряду с английским рабочих языков КЭХ (такое двуязычие, особенно полезное для многих государств СНГ, сохраняется на основе традиции, но не закреплено документально) и о сохранении в штате СЭХ российских граждан, работающих по контракту на долгосрочной основе, исключит возможность привлечения граждан России на краткосрочной основе по программам СЭХ в качестве «исследователей», «прикомандированных сотрудников», «молодых специалистов», «стажеров», т. е. будет вести к углубляющемуся разрыву между Российской Федерацией и Энергетической хартией при сохранении до 2029 г. инвестиционных обязательств России

<sup>5</sup> См. соответствующие публикации автора на его сайте [www.konoplyanik.ru](http://www.konoplyanik.ru).

в рамках временного применения ею ДЭХ до октября 2009 г.

Безусловно, России необходимо принимать активное участие во всех регулярных заседаниях КЭХ, в первую очередь Группы по стратегии. Нельзя рассчитывать на успех в многостороннем процессе при мерцающем (пульсирующем) участии в нем. Исходя в том числе из собственного опыта, полагаем, что целесообразно сформировать межведомственную рабочую группу по участию Российской Федерации в КЭХ с фиксированным персональным составом во главе, например, с заместителем Председателя КЭХ от Российской Федерации (пока Россия еще не утратила эту позицию) с трехэтапной программой действий: обновленная политическая декларация, обновленный пакет «ДЭХ и связанные с ним инструменты», ратификация этого «обновленного пакета» Россией. Амбициозные задачи по активному обратному полномасштабному вхождению России в хартийный процесс для решения указанных задач (своего рода возвратный ход маятника) с целью наращивания потенциала защиты инвестиций компаний российского ТЭК за рубежом требуют формирования эшелонированной и постоянно действующей системы, в первую очередь — для экспертной работы между заседаниями.

Только активным конструктивным участием Российской Федерации в многогранном процессе Энергетической хартии и КЭХ можно добиться возможности применения ДЭХ и связанных с ним инструментов (его обновленного пакета) по защите российских инвестиций за рубежом. Чем раньше мы вернемся к активному конструктивному полномасштабному участию в КЭХ, тем раньше получим эффективный и доказавший свою работоспособность инструмент защиты российских инвестиций (российских энергетических компаний) за рубежом, в первую очередь на рынке ЕС, в том числе от «рисков либерализации» ЕС. □

### Заявление об ограничении ответственности

Взгляды, изложенные в настоящей статье, не обязательно отражают (могут/должны отражать) и(или) совпадают (могут/должны совпадать) с официальной позицией Группы «Газпром» (включая ОАО «Газпром» и(или) ООО «Газпром экспорт»), ее/их акционеров и(или) ее/их аффилированных лиц, отражают личную точку зрения автора настоящей статьи и являются его персональной ответственностью.

© Конопляник А.А., 2014, e-mail: andrey@konoplyabik.ru



Манин Я.В.

### Особенности правового режима участков недр федерального значения

МОНОГРАФИЯ

Москва, ПравоТЭК, 2013. — 200 с.

Монография посвящена актуальным проблемам реализации правового режима участков недр федерального значения и способам их решения. В ней представлен комплексный анализ форм и методов государственного управления, а также контроля и надзора за использованием участков недр федерального (государственного) значения, разработаны предложения по совершенствованию норм законодательства и правоприменительной практики в сфере стратегического недропользования. Правовое регулирование пользования участками недр федерального значения рассматривается автором монографии как новое направление государственного управления в сфере недропользования.

Исследование обладает высокой степенью научной новизны, в нем содержатся новые определения понятий, классификации, а также предлагается научно-правовая концепция недропользования на участках недр федерального значения, в том числе в пределах российского континентального шельфа, анализируются исторические документы, приводится сравнительно правовой анализ отечественного и зарубежного законодательства о недрах.

*Работа рассчитана на руководителей и специалистов добывающих компаний, департаментов недропользования, правовых и геологических служб, развития бизнеса и GR, а также консультантов, экспертов, юристов и ученых, занимающихся проблемами пользования недрами.*

Приобрести книгу можно в группе изданий «ПравоТЭК»:

115054 Москва, ул. Зацепы, 23

Тел.: +7 (499) 235-47-88

Факс: +7 (499) 235-23-61

E-mail: order@lawtek.ru

<http://media.lawtek.ru/>

РЕКЛАМА