

ТРИ ВОПРОСА ПО ПРОТОКОЛУ



Андрей Конопляник
заместитель Генерального
секретаря
Секретариата Энергетической
Хартии.



Россия - одна из пяти стран-участниц Договора Энергетической Хартии, не ратифицировавших этот документ. Государственная Дума РФ обусловила возврат к вопросу о ратификации ДЭХ результатами переговоров по Протоколу по Транзиту. Основная дискуссия между делегациями России и ЕС идет по трем вопросам: формирование транзитных тарифов, право «первого отказа» при доступе к транзитным мощностям, «интеграционная поправка» ЕС. Июньская Конференция ДЭХ приняла решение, что переговоры по транзитному протоколу должны быть завершены до конца этого года, вне зависимости от их исхода. Комплекс связанных с ДЭХ вопросов будет затронут во время очередного саммита Россия-ЕС в ноябре в Копенгагене.

Конечной целью развития энергетических рынков является формирование единого мирового энергетического пространства с едиными «правилами игры», построенными на принципах справедливой конкуренции, недискриминации, взаимодополняемости и взаимной выгоды. Темпы и масштабы формирования рынков разных видов энергоресурсов имеют отличия, но основные закономерности остаются едиными. Сегодня первые шаги на пути создания единого межрегионального энергетического рынка предпринимаются в рамках процесса Энергетической Хартии.

Миссия Энергетической Хартии

Суть процесса Энергетической Хартии - создание унифицированных правил в области инвестиционной деятельности и торговли энергетическими материалами, продуктами и оборудованием, включая транспортировку и транзит. Первоначально процесс Энергетической Хартии выстраивался преимущественно в трансатлантическом измерении. Со временем он трансформировался в евроазиатское измерение.

История ДЭХ началась 25 июня 1990 года, когда бывший в то время премьер-министр

Нидерландов Р.Любберс выдвинул инициативу о создании общеевропейского энергетического сообщества. В декабре 1991 года была подписана политическая декларация - Европейская Энергетическая Хартия, а также юридически обязательные Договор к Энергетической Хартии и Протокол по вопросам энергетической эффективности и соответствующим экологическим аспектам. В апреле 1998 года ДЭХ вступил в полную юридическую силу. В 2000 году начались переговоры по транзитному протоколу к ДЭХ. По состоянию на 1 октября 2002 года ДЭХ подписан 52-мя сторонами (51 государство плюс ЕС) и ратифицирован 47-мью (46 государств плюс ЕС) за исключением 5-ти стран: Белоруссии, Исландии, Австралии, Норвегии и России.

Россия начала процесс ратификации ДЭХ в июне 1996 года. По состоянию на сегодня он характеризуется де-факто поддержанной Государственной Думой формулой: «Ратифицировать надо, но не сегодня...», и, на основании ст.45 Договора, наша страна применяет ДЭХ на временной основе (как в Белоруссии). Россия, с ее богатейшими газовыми ресурсами, безусловно, является ключевым элементом будущего "общего энергетического рынка" Евразии. Без активного участия нашей страны процесс формирования такого рынка будет существенно замедлен, но не остановлен. Поэтому в целях более эффективного формирования единого евразийского энергетического пространства важно понять те его аспекты, которые вызывают озабоченность России и потому препятствуют ратификации Договора к Энергетической Хартии (ДЭХ). В первую очередь к ним относятся некоторые вопросы транзита, который имеет очень большое значение для российского экспорта энергоресурсов, особенно газа.

Значение Транзитного протокола для России

Транзитный протокол - это юридически обязательный, но независимый от ДЭХ документ. Его целью является разработка общепринятых правовых принципов транзитных (т.е. пересекающих как минимум две национальные границы) потоков Энергетических Материалов и Продуктов, обеспечивающих приемлемые для различных сторон условия транзита. Он призван конкретизировать положения ст.7 («Транзит») и связанных с ней статей ДЭХ в отношении прочтения которых у Договаривающихся Сторон возникали или могли возникнуть разногласия.

Для России проблема транзитных поставок энергоресурсов при экспорте является более важной, чем для какой-либо иной страны-экспортера, включая страны-участницы ДЭХ. Если доля транзита в торговле газом Нидерландов составляет 24%, Норвегии - 32%, Алжира - 55%, то 95% экспортных объемов российского газа поступает потребителям через территории третьих стран. При этом практически весь нидерландский и норвежский транзит газа и 44% транзита алжирского газа проходят через территорию одного-двух государств, в то время как российские газопроводы пересекают границы 14-ти государств и доля газа, пересекающего границы трех и более государств, составляет более 90% объема всех транзитных поставок. Поэтому понятно то внимание, которое уделяется российской стороной (и в первую очередь «Газпромом») состоянию переговоров по Транзитному протоколу. Как было заявлено Государственной Думой РФ, необходимым условием ратификации ДЭХ Россией является завершение разработки Протокола по Транзиту таким образом, чтобы в нем были прописаны нераскрытые в ДЭХ и имеющие принципиальное значение вопросы с полным учетом интересов России.

К числу критически важных для российской стороны вопросов, по которым в рамках переговоров по Протоколу по Транзиту Договаривающиеся Стороны не пришли пока «к единому пониманию по существу обсуждаемых проблем» и к взаимоприемлемым юридическим формулировкам, относятся следующие три: формирование транзитных тарифов, право «первого отказа» при доступе к транзитным мощностям, «интеграционная поправка» ЕС.

Транзитные тарифы

По первому вопросу обсуждению подлежат два основных аспекта: критерии и механизмы расчета транзитных тарифов.

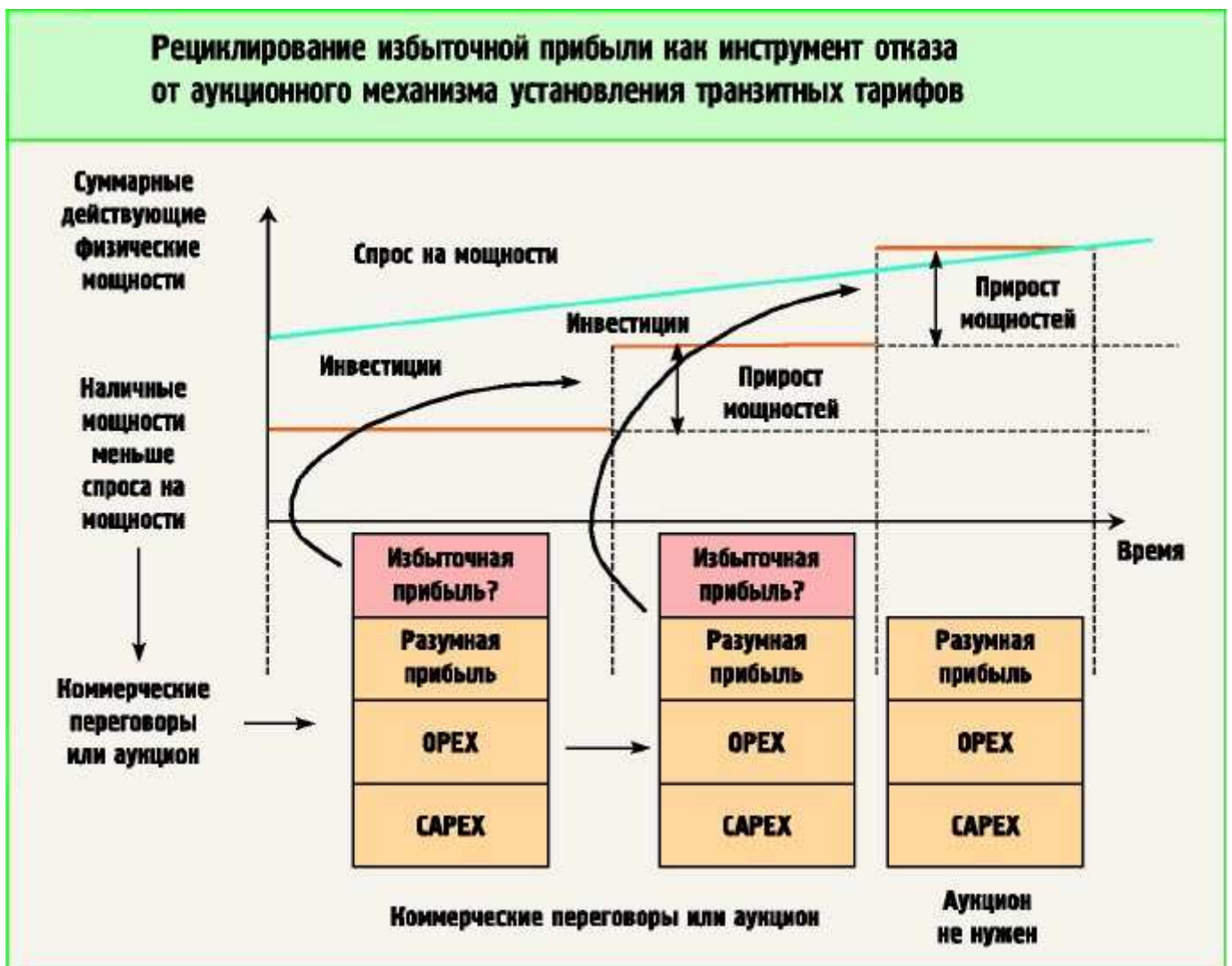
В отношении критериев экономическая часть дискуссии считается практически завершенной.

Договаривающиеся Стороны согласились, что транзитные тарифы должны основываться на издержках (капиталовложения плюс эксплуатационные расходы), включая также разумную норму прибыли. Этот подход полностью отвечает интересам российской стороны.

В отношении механизмов формирования транзитных тарифов дискуссия продолжается. Сегодня основной нерешенный вопрос состоит в том, должна или нет статья о транзитных тарифах в своем перечне допустимых методов регулирования транзита содержать «механизмы управления дефицитными ресурсами». Иначе говоря, аукционы.

Российская делегация считает «основанной на издержках» только разумную норму прибыли. Поэтому возражения российской стороны обосновываются тем, что аукционы не устанавливают для владельцев и/или операторов трубопроводных систем верхний предел полученной по их итогам прибыли на уровне ее разумной нормы. То есть, по мнению российской делегации, аукционный механизм установления тарифов приводит к появлению у владельцев и/или операторов трубопроводных систем избыточной прибыли, не основанной на издержках (что противоречит принятым критериям).

Делегация ЕС указала, что речь идет не о любом виде аукционов как способе установления транзитных тарифов, а только о таких из них, которые обеспечивают посредством специального механизма рециклирования (возвращения в оборот) сокращение избыточной нормы прибыли до разумной (см. «*Рециклирование избыточной прибыли как инструмент отказа от аукционного механизма установления транзитных тарифов*»). Российская делегация возражала против этого предложения, считая, что аукционы, даже при наличии механизмов рециклирования избыточных прибылей, не могут приводить к разумным уровням прибыльности.



По мнению российской делегации, принципиально, чтобы транзитные тарифы понимались как плата отправителя энергии владельцу мощностей за услуги по транзиту, а не за право доступа.

Понятно, что аукционный принцип определения транзитных тарифов уместен только в случае дефицита наличных мощностей. Поэтому, на мой взгляд, до тех пор, пока существует такой дефицит на том или ином направлении, транзитный тариф по нему должен определяться как двуставочный, т.е. включающий как плату за услуги по транспортировке, так и плату за доступ к ограниченным мощностям по транспортировке на этом направлении. Вторая компонента тарифа - плата за доступ - и будет составлять «избыточную прибыль» (см. «Транзитные тарифы: аукционный механизм трансформирования избыточной прибыли в инвестиции»). Направление же этой избыточной прибыли (в составе транзитного тарифа) на финансирование наращивания пропускной способности транзитных мощностей на данном направлении означало бы сокращение дефицита мощностей и тем самым ликвидацию предпосылок для организации аукциона с целью определения величины транзитного тарифа.



Такой подход, на мой взгляд, полностью отвечал бы интересам российской стороны (особенно при осуществлении транзита через территорию России), поскольку фактически узаконивал бы использование в инвестиционных целях дополнительных платежей грузополучателей. Эти грузополучатели, таким образом, стали бы принимать участие в финансировании «расшивки» узких мест на предпочитаемом ими направлении транзита. Фактически это было бы эквивалентно включению в транзитный тариф, только для этих компаний и только на этом направлении, дополнительной целевой инвестиционной составляющей.

Полагаю, делегациям России и ЕС целесообразно продолжить консультации для обсуждения

технических проблем применения механизма «рециклирования избыточной прибыли».

Право первого отказа

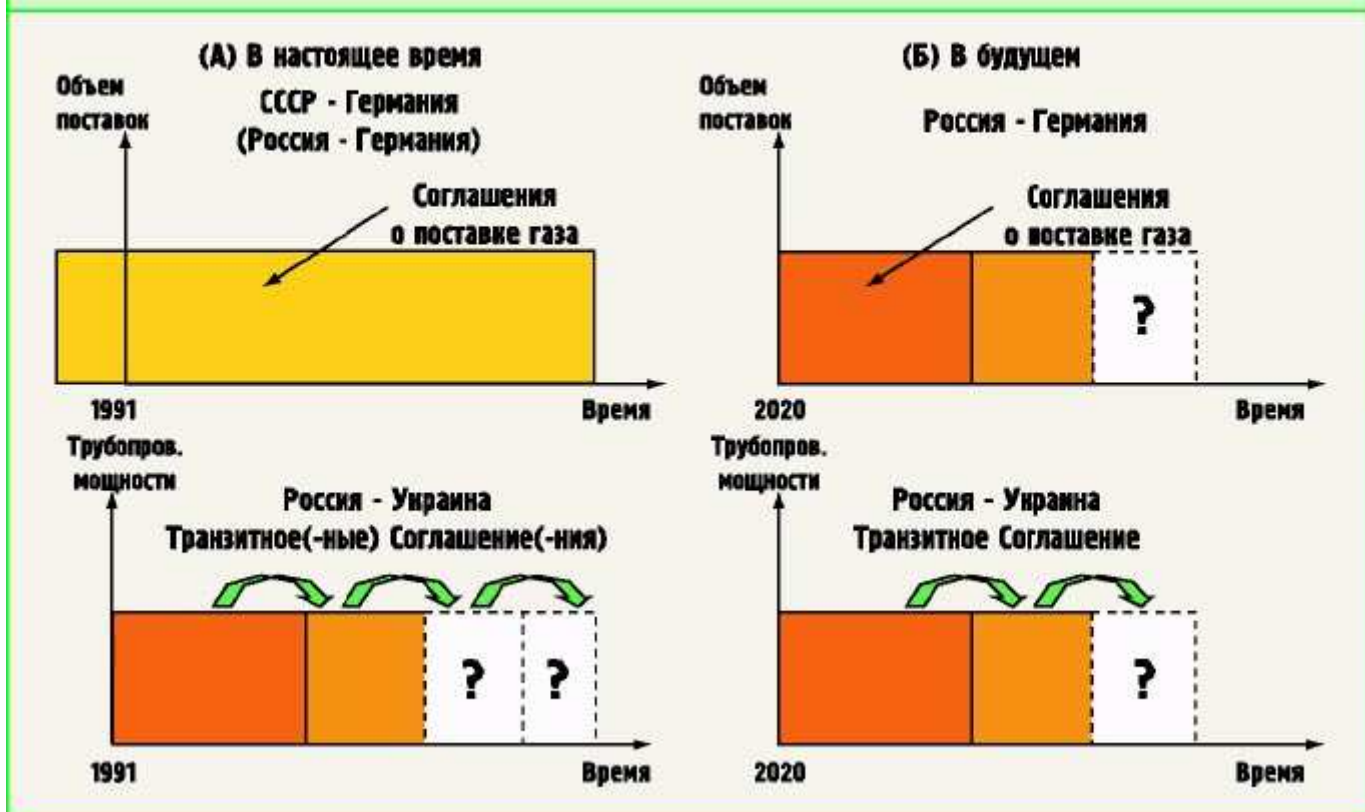
Суть этой проблемы заключается в следующем: следует ли предоставлять поставщикам (в случае России - «Газпрому»), уже осуществляющим поставки и имеющим обязательства (обычно - долгосрочные) перед потребителями (как правило - европейскими), преференциальное право на возобновление своих соглашений о транзите (обычно - краткосрочных) через третьи страны по истечении сроков таких соглашений?

Для обеспечения надежности своих транзитных потоков через соседние страны «Газпром» заинтересован не только в гарантиях непрерывания и/или сохранения объемов физических потоков энергоносителей. Для него является принципиально важным гарантированное регулярное продление существующих краткосрочных транзитных соглашений как минимум по истечении существующих долгосрочных контрактов на поставку, с одной стороны, и приоритет доступа к созданным мощностям существующего транзита над новым при окончании срока действия контрактов в случае их продления, с другой стороны.

Между Договаривающимися Сторонами имеется полное понимание в отношении юридического основания принципа «права первого отказа». В нынешнем проекте Протокола закреплено, что в отношении условий доступа к Наличным Мощностям и их использования субъект продления контракта получает режим не лучше и не хуже, чем режим других потенциальных пользователей, за исключением того, что фактическому пользователю предоставляется возможность первому принять предлагаемые условия возобновления контракта. Поэтому сегодня дискуссия ведется не по вопросу о применении или неприменении «права первого отказа», а о том, должно ли это право быть ограниченным во времени и в пространстве.

Проблема «права первого отказа» (ППО) распадается на две составляющие, к которым другие Договаривающиеся Стороны (в первую очередь ЕС) имеют отличное от России отношение: ППО в случае, когда существует несоответствие между сроками долгосрочных контрактов на поставку и сроками менее продолжительных транзитных контрактов через территорию третьих стран, и ППО в случае, когда продолжительность и крайние точки контрактов на поставку и на транзит через территорию третьих стран совпадают (см. «Содержание проблемы «права первого отказа» при транзите»).

Содержание проблемы «права первого отказа» при транзите



ЕС, ссылаясь на «исторические причины», предложил ограничить применение права первого отказа во времени и в пространстве. Имелись в виду последствия распада СССР, когда долгосрочные контракты Союза с западными покупателями в одночасье приобрели транзитную составляющую: бывшая «внутренняя транспортировка» превратилась в регулируемый нормами международного права «транзит» через территорию соседствующего с Россией суверенного государства.

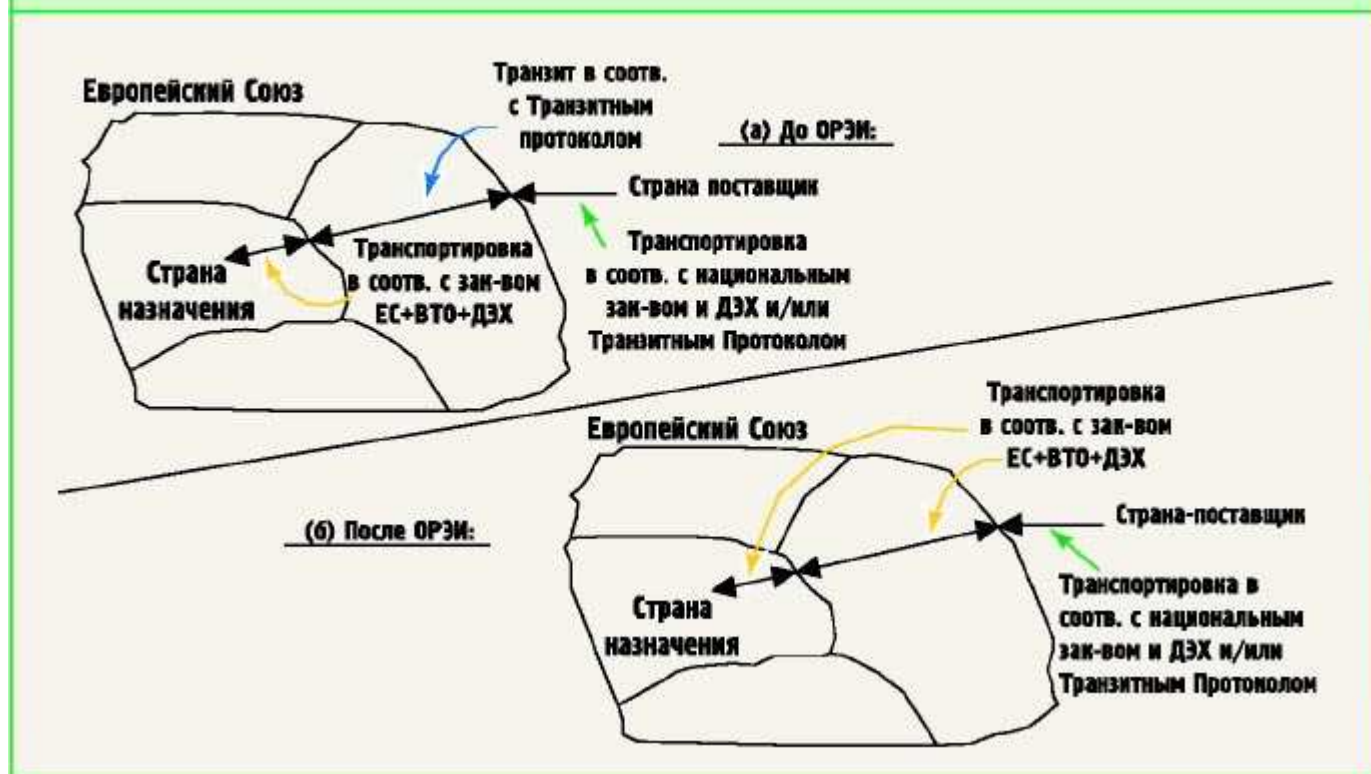
Не признавая на начальной стадии переговоров проблему ППО как таковую, сегодня ЕС признал право на существование ППО в принципе, но с ограниченным применением. Позиция России состоит в том, что каких-либо ограничений применимости этого права быть не должно.

На мой взгляд, с экономической и правовой точек зрения позиция России по этому вопросу является вполне обоснованной и не создает необоснованных конкурентных преимуществ (именно в этом заключаются опасения делегации ЕС) действующим транзитным поставщикам.

Интеграционная поправка ЕС (положение об ОРЭИ)

Интеграционные процессы, происходящие в Европе, приводят к изменению экономического содержания переговорной позиции ЕС. Так, после двух лет переговоров ЕС выдвинул «интеграционную поправку» в Протокол, смысл которой заключается в том, что для целей транзита территория стран ЕС рассматривается в качестве единой территории. Это означает, что понятие «транзит» при поставках, скажем, из России во Францию, заканчивается на внешней границе (расширяющегося) Европейского Сообщества (см. «Интеграционная поправка ЕС: правовые аспекты»).

Интеграционная поправка ЕС: правовые аспекты



При этом ЕС, ссылаясь на внутреннюю нормативно-правовую базу ЕС, в основу которой положены принципы недискриминации и свободного движения товаров в пределах ЕС, а также юридически закрепленные обязательства, установленные ВТО и ДЭХ дал пояснения, что режим ЕС для внутренней транспортировки Энергетических Материалов и Продуктов, по меньшей мере, эквивалентен режиму, обеспечиваемому Протоколом по Транзиту, и, в соответствии с решением Верховного Суда ЕС в Люксембурге от 1983 года, не может ухудшаться.

Секретариат Энергетической Хартии представил юридический анализ «интеграционной поправки» ЕС. Вывод Секретариата, с которым согласился ЕС, заключается в том, что трехуровневая юридическая структура, состоящая из нормативно-правовой базы ЕС, законодательства ВТО и ДЭХ обеспечивает импортируемым энергоносителям режим не менее благоприятный, чем собственным.

Российская делегация во время мартовской сессии с.г. с этими выводами согласилась, однако продолжает подчеркивать, что «несмотря на декларации ЕС о предоставлении импортируемым энергоносителям режима, не менее благоприятного, чем собственным, ...положение об СРЭИ в Протоколе для России нежелательно». По мнению российской стороны, положение об СРЭИ «...практически избавляет ЕС от обязательств по Протоколу. ...Согласившись с ним, Россия ...была бы вынуждена подчиняться действующему и изменяемому законодательству ЕС (в формировании которого Россия, конечно, не участвует) на всей его расширяющейся территории...».

На мой взгляд, более важным, чем «географический» срез проблемы «интеграционной поправки» ЕС, является поднятый на июньских переговорах российской делегацией вопрос о возможности возникновения дополнительных транзакционных издержек при переходе от «транзита», который регулируется нормами Протокола по Транзиту, к «внутренней транспортировке», регулируемой странами ЕС в одностороннем порядке. По мнению российской делегации, в случае принятия поправки об СРЭИ происходит возникновение дополнительных рисков осуществления экспортных поставок, связанных с переходом из сферы гражданского права в сферу публичного права, и увеличение транзакционных издержек экспорта.

Такой вывод не является очевидным. Сднако в этом (или в противном) должны убедиться все

Договаривающиеся Стороны. Для этого необходимы интенсивные, в первую очередь двусторонние, консультации основных полемизирующих сторон.

Наличные мощности

По таким вопросам, как понятие «наличные мощности» для транзита и применение механизма «мирового посредника», на мой взгляд, стороны достигли взаимоприемлемых компромиссов, которые отражают интересы российской стороны, то есть достигли соглашения по существу.

Существующее в настоящей редакции Протокола определение Наличных Мощностей, на мой взгляд, должным образом отражает два основных момента, вызывавших озабоченность российской стороны, а именно: какую часть мощностей трубопровода, не используемых в настоящее время, эксплуатирующая компания должна будет предоставлять третьим сторонам (то есть неаффилированным с ней производителям) под их будущую добычу для целей транзита на коммерческих условиях и в какой мере компаниям, которые являются владельцами и/или операторами трубопроводных систем, следует разрешать резервировать мощности для собственных прогнозируемых производственных потребностей и исключать тем самым эти резервные мощности из состава наличных мощностей для транзита.

На мой взгляд, сам факт, что в настоящей редакции Протокола по Транзиту в определение Наличных Мощностей включено положение об их резерве под будущую добычу, означает абсолютное согласие с экономическим подходом российской стороны и озабоченностью «Газпрома».

Мировой посредник

Предложение о введении согласительного урегулирования транзитных споров с помощью института «мирового посредника» было вызвано, как и многие другие вопросы, объективными экономическими предпосылками, связанными с результатами дезинтеграционных процессов на постсоветском пространстве. С распадом СССР международные контракты на поставку газа тогдашнего Союза приобрели «транзитную» составляющую, не предусмотренную оригинальным контрактом и не предусматривающую процедуры разрешения транзитных споров в случае их возникновения между бывшими республиками СССР.

Для урегулирования такого рода споров при отсутствии контрактных отношений или в рамках контрактов, где соответствующие процедуры отсутствовали или были прописаны очень слабо, и с целью обеспечения того, чтобы поток транзитных товаров не прерывался, и было предложено введение института мирового посредника (см. *«Механизм применения процедуры примирительного урегулирования транзитных споров (мирового посредника)»*). Основными заинтересованными сторонами в наличии такой процедуры были страны-экспортеры из числа республик бывшего СССР, в первую очередь - Россия.

Механизм применения процедуры примирительного урегулирования транзитных споров (мирового посредника)



В соответствии с правовым анализом, проведенным Секретариатом Энергетической Хартии, зоной действия института «мирового посредника» являются только отношения вне сферы заключенных и действующих контрактов, или если процедура разрешения спора в контракте отсутствует. При наличии контрактных отношений между сторонами действует процедура разрешения споров, предусмотренная контрактом (даже если она предписывает прерывать транзитные поставки на период разрешения спора между сторонами).

Такое положение резко сужает сферу применения процедуры согласительного урегулирования транзитных споров с помощью института «мирового посредника». На сколько? Похоже, что почти до нуля, так как за прошедшие 10 лет в контрактной сфере практически полностью были преодолены последствия распада СССР. По крайней мере, мне неизвестны транзитные поставки на неконтрактной основе и/или экспортные контракты без детальной процедуры разрешения споров. Если это предположение правильно, то к российским экспортным контрактам процедура согласительного урегулирования транзитных споров с помощью «мирового посредника» может вообще не иметь (не будет иметь) отношения.

Пакетный компромисс + политическая воля = путь к успеху?

Временное окно для урегулирования всех разногласий неумолимо сжимается: июньская Конференция приняла решение, что переговоры по Протоколу по Транзиту должны быть завершены в декабре с.г. вне зависимости от их исхода.

Окончательное согласие сторон потребует выработки пакетного компромисса на основе серии двусторонних консультаций, в первую очередь между Россией и ЕС.

Европейская сторона предполагает затронуть комплекс связанных с ДЭХ вопросов на высшем уровне - непосредственно во время очередного саммита Россия-ЕС в ноябре в Копенгагене. ЕС и Дания исходят из того, что ДЭХ является правовой базой энергодиалога Россия-ЕС и энергетического сотрудничества в Европе. Председательствующая в ЕС во второй половине текущего года Дания придает приоритетное значение вопросам, связанным с ДЭХ в частности, успешному завершению переговоров по Протоколу по Транзиту. В рабочей программе на период своего председательства Дания отметила, что настроена активно использовать свое председательство в ЕС для максимально интенсивного продвижения по пути успешного завершения переговоров по Транзитному протоколу. Хочется надеяться, что Россия поведет себя столь же активно и конструктивно.