

Андрей КОНОПЛЯНИК,
заместитель генерального
секретаря Секретариата
Энергетической хартии,
доктор экономических наук

Все началось с опубликованной 4 ноября 2004 г. в газете *Financial Times* заметки «Инвесторы ищут правовую защиту в связи с проблемами «ЮКОСа». Именно она породила целую волну последующих сообщений в различных российских и зарубежных средствах массовой информации, на разные лады пересказывающих одну и ту же новость: акционеры «ЮКОСа» подают (или уже подали) иск против России на основаниях Договора к Энергетической хартии (ДЭХ). Сопровождавшие эту информацию и последующее развитие событий комментарии тех или иных изданий различались в зависимости от подготовленности, профессиональной грамотности или уровня фантазии соответствующих журналистов и экспертов.

ДЭХ и «дело «ЮКОСа»

Иск «дочек» «МЕНАТЕПа» к России может стать своеобразным экзаменом для системы урегулирования споров Договора к Энергетической хартии

● Уникальный механизм разрешения споров

Комментарии в прессе отличаются завидной противоположностью мнений. Представители и «болельщики» одной из сторон говорят о том, что все очевидно: Россия в свое время подписала договор, поэтому можно считать, что на основании ДЭХ «ЮКОС» уже выиграл многомиллиардный иск (размеры которого колеблются, судя по сообщениям прессы, в пределах от 28 до 33 млрд долларов). Ну или, по крайней мере, какая-то часть этой суммы будет присуждена истцу. Так что России ничего не остается делать, как только готовиться к выплате в пользу акционеров «ЮКОСа», для чего ей, по-видимому, придется использовать деньги Стабилизационного фонда. При этом, однако, далеко не всегда в комментариях (даже западных юристов, выступаю-

щих на стороне «ЮКОСа») упоминается, что Россия пока не ратифицировала ДЭХ и применяет его на временной основе. А это, как минимум, вызывает вопросы в отношении возможности использования и сферы действия механизмов разрешения споров, предусмотренных договором¹, о чем мы поговорим ниже.

Другая крайность, это когда говорят: «Ничего не знаем. Россия договор подписала, но не ратифицировала. Так что никакие правила ДЭХ в России не действуют и никакой международный арбитраж ей не

¹О механизмах разрешения споров в рамках ДЭХ см., например, брошюру «Договор к Энергетической хартии. Путеводитель для читателя». - Брюссель: Секретариат Энергетической хартии, 2002. - 85 с. (доступна на веб-сайте Секретариата www.encharter.org); Конопляник А. Договор к Энергетической хартии: механизмы разрешения споров // Нефть, газ и право. - 2005. - № 1. - С. 35-41.

грозит. Более того, не надо вообще этот документ ратифицировать, чтобы какие-нибудь там еще новые инвесторы не пришли с очередными исками. Поэтому ДЭХ для России - это плохо».

Итак, есть российское законодательство, есть ДЭХ, есть иск акционеров «ЮКОСа». Как они соотносятся между собой? Этот вопрос имеет принципиальное значение для обеих сторон, и в нем мы попробуем разобраться.

Членами ДЭХ является 51 государство Евразии (в том числе Россия, все страны СНГ и ЕС) плюс Европейское сообщество в качестве «коллективно-го» участника. Таким образом, в состав ДЭХ входят 52 договаривающиеся стороны (ДС). 17 государств и 10 международных организаций являются наблюдателями в процессе Энергетической хартии. Договор подписан в декабре 1994 г. и вступил в силу в апреле

Разрешение споров «инвестор-государство» в соответствии со статьей 26 ДЭХ (иски, известные ДЭХ по состоянию на май 2005 г. *)

Истец (инвестор ДС ДЭХ)	Ответчик (ДС ДЭХ)	Дата возбуждения дела	Выбранный инвестором арбитражный институт	Предмет	Статус процесса	Сумма иска/ выплата по иску
AES Summit Generation Ltd. (дочерняя компания в Великобритании американской AES Corporation)	Венгрия	25 апреля 2001 г.	ИКСИД (Дело № ARB/01/4)	Соглашение о закупке и продаже энергии	3 января 2002 г. стороны достигли соглашения по иску и процесс был прекращен по их просьбе	неизвестно
Nykomb Synergetics Technology Holding AB (шведский инвестор)	Латвия	11 декабря 2001 г.	Арбитражный институт ТПС	Закупка электроэнергии	Выплата по иску присуждена 16 декабря 2003 г.	8354 тыс. шведских крон (1191047 долл.)/ 2 млн шведских крон (285144 долл.)
Petrobart Ltd. (британский инвестор в Гибралтаре)	Киргизия	2003 г.	Арбитражный институт ТПС	Контракт на поставку газа	Иск зарегистрирован в Арбитражном институте	неизвестно
Plama Consortium Ltd. (кипрский инвестор)	Болгария	19 августа 2003 г.	ИКСИД (Дело № ARB/03/24)	Инвестиции в нефтепереработку	31 марта 2005 г. арбитраж принял Приказ № 2 в отношении графика процесса	неизвестно
Alstom Power Italia SpA, Alstom SpA (итальянский инвестор)	Монголия	18 марта 2004 г.	ИКСИД (Дело № ARB/04/10)	Проект по тепловой энергии	2 декабря 2004 г. арбитраж провел 1-ю сессию по телеконференцсвязи	неизвестно
Hulley Enterprises Ltd. (Кипр) & Yukos Universal Ltd. (о. Мэн) - дочерние компании гибралтарской группы «МЕНАТЕП»	Российская Федерация (применяет ДЭХ на временной основе)	3 февраля 2005 г.	ЮНСИТРАЛ	Дискриминационные меры и экспроприация инвестиций	Назначены третейские судьи для каждой стороны	28-33,1 млрд долл. **

*Информация, содержащаяся в этой таблице, получена из ряда публичных источников (пресса, ИКСИД, ТПС) и предполагается достоверной, что, однако, не может быть гарантировано.

**Gas Matters, 27 мая 2005 г.; Пресс-релиз «МЕНАТЕПа» от 11 апреля 2005 г.

1998 г., то есть сегодня он выступает в качестве неотъемлемой части международного права и обязателен для выполнения ратифицировавшими его сторонами. ДЭХ представляет собой специализированный «отраслевой» международный договор. Сферой его действия является энергетика - от разведки и добычи энергоресурсов до конечного использования энергии. ДЭХ охватывает такие функциональные области, как инвестиционная деятельность, торговля, транзит, энергоэффективность, включая соответствующие экологические аспекты.

Таким образом, ДЭХ и его инструменты охватывают не только весь технологический, но и весь инвестиционный цикл в энергетике входящих в него государств, способствуют снижению политических рисков предпринимательской деятельности на всех ее стадиях и нацелены на создание единого энергетического пространства на территории Евразии. Договор формирует единый минимальный (то есть могущий повышаться с течением времени) стандарт защиты и стимулирования инвестиций и торговли на территории стран с разным уровнем экономического развития и находящихся на различных стадиях эволюции энергетических рынков.

ДЭХ содержит несколько механизмов разрешения международных споров, каждый из которых предназначен для рассмотрения отдельного предмета

договора. Двумя основными арбитражными процедурами являются разрешение споров между инвестором и договаривающейся стороной (статья 26 ДЭХ) и между договаривающимися сторонами (статья 27 ДЭХ). Моделью для урегулирования инвестиционных споров служат двусторонние инвестиционные договоры (ДИД). Специфические процедуры были разработаны применительно к спорам в области торговли (основаны на нормах ВТО), транзита (согласительное урегулирование), конкуренции (информация и консультации) и окружающей среды (рассмотрение Конференцией по Энергетической хартии - высшим руководящим органом хартийного процесса).

Цель разрешения международных споров - не оказание услуг иностранным инвесторам, а обеспечение независимого и нейтрального судебного форума. В целом ДЭХ предлагает в данной сфере такую систему, которая является единственной в своем роде как с точки зрения широты предметного охвата (относящиеся к энергетике инвестиции, торговля, транзит, конкуренция, охрана окружающей среды), так и количества присоединившихся к ней стран. В этом заключается особая сила и посему особая юридическая привлекательность ДЭХ: у него, по сути, нет сегодня альтернативы в части комплексности процедур разрешения споров. Не будет преувеличением сказать, что он представляет собой наилучший из име-

ющихся сегодня многосторонних механизмов защиты инвестиций.

Очевидно, что иск «ЮКОСа» к России должен попадать под действие статьи 26 ДЭХ. Согласно ей, споры между инвестором и ДС разрешаются, по возможности, дружественным образом. Обе стороны имеют трехмесячный период для консультаций. Если переговоры не приводят к успеху, иностранный инвестор может по своему выбору передать тяжбу на рассмотрение:

- в национальные суды или административные трибуналы принимающей страны;
- в инстанцию, оговоренную в предварительно согласованной процедуре разрешения спора (например, в соответствии с ДИД);
- в международный арбитраж.

Если иностранные инвесторы предпочитают последний из этих трех вариантов, они имеют право выбора между тремя альтернативными арбитражными процедурами²:

- Международным центром по урегулированию инвестиционных споров, учрежденным Конвенцией ИКСИД³. Этот вариант возможен в случае, если

²Существуют детальные правила в отношении всех этих арбитражных процедур, в том числе учреждения судов, выбора арбитров, слушаний и судебных издержек, описание которых не является целью настоящей работы.

³Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, открытая для подписания в Вашингтоне (США, округ Колумбия) 18 марта 1965 г.

хотя бы материнская страна инвестора или принимающее государство являются участниками этой конвенции;

- единоличным арбитром или арбитражным судом ad hoc, учреждаемым в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ⁴;

- Арбитражным институтом международной торговой палаты в Стокгольме.

Таким образом, ДЭХ не разбирает инвестиционный спор по существу, а обеспечивает четкий, прозрачный, согласованный международным сообществом механизм выбора одной из существующих арбитражных процедур для разбора спора по существу на основании принципов, зафиксированных в договоре. При этом арбитражные решения являются окончательными и обязательными для сторон в споре, каждая из которых без задержки исполняет любое такое решение и предусматривает обеспечение эффективного исполнения таких решений на ее территории.

В соответствии с сообщениями, полученными из различных открытых источников (информация которых предполагается достоверной, что, однако, не может быть гарантировано), компании Hulley Enterprises Ltd. (Кипр) и Yukos Universal Ltd. (остров Мэн), являющиеся дочерними структурами гibraltarской группы «МЕНАТЕП» - основного акционера «ЮКОСа», подали иск против России на основаниях ДЭХ. Выбранный ими арбитражный институт - на базе регламента ЮНСИТРАЛ. Судя по имеющимся сведениям о том, что назначены третейские судьи для каждой стороны, вопрос будет рассматриваться не единоличным арбитром, а арбитражным судом ad hoc.

● Дело «ЮКОСа» и другие иски

Разветвленная система положений ДЭХ о разрешении споров придает им двоякую роль: эффективного инструмента как для разрешения уже возникших споров, так и для их предотвращения. В связи с этим незначительное число конфликтных ситуаций, выход из которых был найден в досудебном или судебном порядке, не является непосредственным мериллом эффективности самой описываемой системы. Ведь трудно оценить, какое число потенциальных споров было предотвращено именно вследствие того, что стороны были осведомлены о юридических последствиях нарушения положений договора. При этом следует понимать, что история данного механизма

⁴Комиссия ООН по праву международной торговли.

ведет отсчет лишь с 16 апреля 1998 г., то есть с того момента, когда ДЭХ вступил в юридическую силу и стал неотъемлемой частью системы международного права. Фактическое же его функционирование, с объективным лагом запаздывания, началось еще позже - первый известный Секретариату Энергетической хартии иск инвестора к договаривающейся стороне датирован 2001 г.

За пять лет было возбуждено как минимум шесть исков по статье 26 ДЭХ (см. таблицу), один из которых был разрешен в досудебном порядке, один - по решению арбитража в пользу инвестора, три находятся в производстве, а

33 млрд (!) долларов - в 30 тыс. раз больше!!! Уже этот факт, без сомнения, приковывает к данному делу всеобщее внимание и делает его своего рода «лакмусовой бумажкой». В его рамках будет проверена на устойчивость и объективность система международных арбитражных институтов, за которые так ратуют многие (если не все) иностранные инвесторы, работающие в странах с переходной экономикой, и против применения которых зачастую так активно выступают некоторые (не скажу многие) российские законодатели.

Иск «ЮКОСа» выпадает из общего ряда приведенных в таблице случаев



шестой - это иск «ЮКОСа» против России. «Как минимум» - потому что ДЭХ является самореализующимся договором. В случае возникновения спора и возбуждении иска на основании ДЭХ стороны конфликта не обязаны ставить в известность Секретариат ни о его содержании, ни даже о самом его факте, как не обязан информировать нас об этом соответствующий арбитражный институт, так как Секретариат не обладает надзорными или контрольными функциями. Поэтому число исков на сегодняшний день может быть и больше шести.

Однако очевидно, что случай с «делом «ЮКОСа»» выпадает из общего ряда как по масштабу исковой суммы, так и по политическому резонансу. Для сравнения, размер выплат по иску в рамках дела «Никомб против Латвии» (единственный завершившийся в судебном порядке - см. таблицу) составил менее 300 тыс. долларов при первоначальных претензиях примерно в 1,2 млн долларов. Сумма же иска дочек «МЕНАТЕПа» колеблется от 28 до

также и потому, что он является единственным из шести, где ответчиком выступает страна, применяющая ДЭХ на временной основе. Все остальные государства, к которым были предъявлены претензии (Латвия, Киргизия, Венгрия, Болгария, Монголия), не только подписали, но и ратифицировали ДЭХ.

● «Зона наложения» или «зона отчуждения»?

ДЭХ был подписан Россией в 1994 г. В 1996 г. правительство РФ внесло его на ратификацию в Государственную Думу. В ходе парламентских слушаний в январе 2001 г. законодатели вынесли вердикт: они вернутся к рассмотрению этого вопроса после благоприятного для России завершения переговоров по Протоколу Энергетической хартии по транзиту. Поэтому сегодня наша страна является одним из пяти государств (наряду с Австралией, Исландией, Норвегией, Белоруссией), которые пока не ратифицировали ДЭХ. Однако Россия (наряду с Белоруссией) применяет договор на временной ос-

нове - в соответствии с частью II Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. и разделом II Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» от 15 июня 1995 г.

На практике это означает, что в соответствии со статьей 45 ДЭХ «Каждая подписавшая сторона соглашается временно применять настоящий договор впредь до его вступления в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со статьей 44, в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее Конституции, законам или нормативным актам» (выделено мной - А.К.).

Форма и пределы юридических последствий временного применения ДЭХ тем или иным государством пока в недостаточной степени исследованы международным правом. Это означает, что иск дочек «МЕНАТЕПа» нужда-

ется в тщательном изучении, дабы определить, в какой мере он вписывается в юридические рамки такого временного применения договора Российской Федерацией.

После ратификации ДЭХ Россией он станет неотъемлемой частью отечественного законодательства (см. рис. 1а). Сегодня же таковым в полном объеме он может и не являться - если некоторые его положения противоречат российской Конституции, законам или нормативным актам. Иными словами, у законодательства РФ и ДЭХ может существовать «зона наложения», где положения договора являются неотъемлемой частью российского законодательства, и «зона отчуждения», в которой до ратификации ДЭХ Россией его положения на территории страны неприменимы (см. рис. 1б). При этом следует иметь в виду, что если ДЭХ -

международный документ, содержание которого неизменно во времени с момента его подписания сторонами, то развитие российского законодательства есть непрерывный процесс и за последние десять лет оно претерпело существенные изменения. Поэтому границы «зоны наложения» также подвержены трансформации (см. рис. 1б).

В какую зону попадает иск «ЮКОСа» в этой ситуации (см. рис. 2)? В сферу действия тех положений ДЭХ, которые не применяются Россией, пока она не ратифицировала договор? Или, наоборот, тех, которые не противоречат национальным законам и поэтому применяются на территории России еще до ратификации ею ДЭХ? А может, искивые требования распределяются сразу между двумя этими зонами? Не исключено, что часть претензий дочек «МЕНАТЕПа» и вовсе выходит за рамки ДЭХ... Судить об этом без детального юридического анализа невозможно.

Применение ДЭХ в отношении каждого конкретного иска - это предмет для решения того или иного арбитражного института, выбранного инвестором и договаривающейся стороной. Юристы каждой из сторон в споре для начала должны будут, по-видимому, убедить арбитров в правильности именно их взгляда на вопрос о зоне применения иска «ЮКОСа» (прежде чем арбитражный суд перейдет к рассмотрению иска по существу). При этом следует иметь в виду, что если ратификация ДЭХ Россией произойдет прежде, чем иск акционеров «ЮКОСа» к ней будет рассмотрен арбитражным судом ad hoc, зона применения иска останется прежней (закон - в том числе международный - обратной силы не имеет).

И если юристы сторон докажут только частичное применение (или полное неприменение) иска «ЮКОСа» - таким оно останется и после ратификации ДЭХ Россией. И наоборот, если до завершения рассмотрения иска Россия решит прекратить временное применение ДЭХ, то ее «обязательство... относительно применения частей III и V (договора - соответственно, «Поощрение и защита капиталовложений» и «Разрешение споров» - А.К.) ко всем инвестициям, осуществленным на ее территории в период такого временного применения инвесторами других подписавших сторон, тем не менее, остается в силе в отношении этих инвестиций в течение двадцати лет с даты вступления в силу прекращения временного применения ДЭХ» (статья 45(3)(b) ДЭХ).

Процесс арбитража может оказаться долгим. Но должен быть справедливым. ■

Рис. 1. Зона применения ДЭХ в России

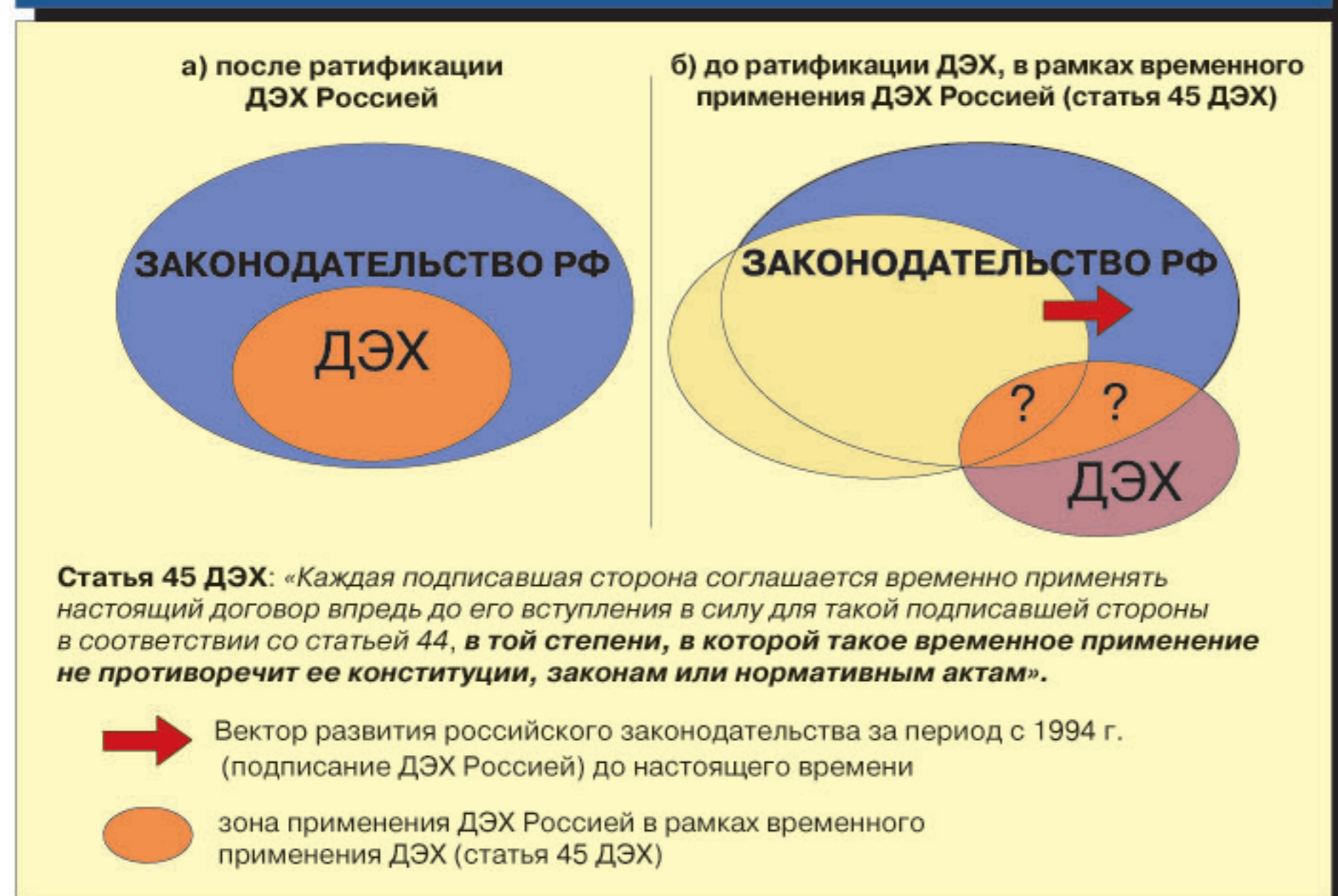


Рис. 2. Зона применения иска «ЮКОСа» к России на основании ДЭХ

