

ISSN 0131-7652

ЭКО



ВСЕРОССИЙСКИЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ № 2 2011 г.



В НОМЕРЕ

КОЛОНКА РЕДАКТОРА

- 2 Без сухой теории «древо жизни пышно зеленеть» не будет

ТЕМА НОМЕРА: «ПОЖАР» – институты

- 4 БЛАМ Ю.Ш.,
МАШКИНА Л.В.,
ЕРМОЛАЕВ О.В.
Лесное ярмо России
- 16 НЕФЕДЬЕВ В.В.
Лес может стать основой
экономического роста.
Но при другом отношении...
- 21 ВАСИЛЕНКО В.А.
Переброска рек отменена –
что взамен?

«ЭКО»-ИНФОРМ 14, 15, 19, 97

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

- 40 ШИРОВ А.А.,
ЯНТОВСКИЙ А.А.
Оценка мультипликативных
эффектов в экономике.
Возможности и ограничения

ИННОВАЦИИ

- 59 БЕКАРЕВ А.А.
Фармбизнес по-русски:
не «благодаря», а «вопреки»
- 72 СОРОКИН Д.Е.
Механизмы торможения
инновационного роста
- 84 ГУРКОВ И.Б.,
МОРГУНОВ Е.Б.
Мотивация руководителей
средних российских предприятий
к инновациям

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

- 98 СЕЛИВЕРСТОВА Н.Н.
Есть ли резервы мощностей
в российской промышленности
- 118 КОНОПЛЯНИК А.А.
Энергетическая хартия: отменить
нельзя модернизировать

РЕГИОН

- 137 МЕЛЬНИКОВА Л.В.
Географический неопределенность,
пространственная мисаллокация
и закон Ципфа
- 147 АЛЕКСАНДРОВ Г.А.,
ИНОУЭ Г., МАЦУНАГА Т.
Биосферные аспекты
развития Сибири

РЫНОК ПОТРЕБИТЕЛЬСКИХ УСЛУГ

- 152 РАЗОМАСОВА Е.А.
Сфера услуг и ценовой
паралогизм с чашкой кофе
- 161 МАНАШЕРОВ Т.О.
Развитие рынка стоматологии
в России

СТРАНИЦЫ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ИСТОРИИ РОССИИ

- 168 ПОКРОВСКИЙ Н.Н.,
ЗОЛЬНИКОВА Н.Д.
Освоение Сибири
и старообрядчество

КНИЖНАЯ ПОЛКА

- 185 РОГОВА О.Л.
Регулирование инфляции
в России

SUMMARU 190

Обновленный сайт «ЭКО» в Интернете:

www.econom.nsc.ru/eco



В статье обсуждаются обоснованность выхода нашей страны из временного применения ДЭХ и минусы такого решения (по причине видимого отсутствия плюсов). По мнению автора, альтернативы ДЭХ в сегодняшнем мире нет, поэтому надо бы стремиться не к его «отмене», а к постоянному совершенствованию по мере развития мировых энергетических рынков. Сохранение Россией своего места в хартийном процессе делает этот процесс возможным и практически реализуемым. Его эффективность зависит только от политической воли российского руководства и адекватности позиции российской делегации в хартийном процессе.

Ключевые слова: Энергетическая хартия, Договор к Энергетической хартии, Транзитный протокол, мифы вокруг ДЭХ, российско-украинский газовый конфликт, дело «ЮКОСа», сценарий «Энергохартия-плюс»

Договор к Энергетической хартии: разрушить нельзя модернизировать*

А. А. КОНОПЛЯНИК**, доктор экономических наук, консультант правления ОАО «Газпромбанк», профессор кафедры «Международный нефтегазовый бизнес» Российского государственного университета нефти и газа им. акад. И.М.Губкина, Москва. E-mail: andrey.konoplyanik@gpb-ngs.ru

ДЭХ, транзит и Транзитный протокол

Со времени внесения Правительством РФ в Госдуму РФ в августе 1996 г. вопроса о ратификации ДЭХ озабоченности России в отношении Договора к Энергетической хартии сводились только к двум вопросам, оба по ст. 7 ДЭХ «Транзит»:

- (1) о возможности интерпретации положений о соотношении уровней транзитных тарифов и тарифов на внутреннюю транспортировку в ущерб России; и
- (2) о непроясненности механизма пересчета временных транзитных тарифов, установленных мировым посредником в ходе согласительного урегулирования транзитного спора, в окончательные транзитные тарифы по завершении спора¹.

* Окончание. Начало см.: ЭКО. – 2010. – № 12.

** В 2002–2008 гг. – заместитель Генерального секретаря Секретариата Энергетической хартии. С публикациями, презентациями, интервью автора на эту тему можно ознакомиться на сайте URL: www.konoplyanik.ru

¹ Помимо этих обоснованных и действительно требовавших прояснения вопросов, противники ратификации ДЭХ Россией, апологетом которых был и остается нынешний зампред Госдумы РФ и глава Российского газового общества В. Язев, выдвигали множество других недовольств, большинство которых следует отнести к категории «мифов».



Таким образом, эти обоснованные озабоченности страны указывали не на неприемлемость указанных положений ДЭХ как таковых, а лишь на возможность их различных интерпретаций, в том числе таких, которые не устраивали бы Россию. Были необходимы практические решения², которые давали бы возможность удовлетворить обоснованные претензии России без внесения изменений в сам Договор³.

В ходе парламентских слушаний в январе 2001 г. по вопросу о ратификации ДЭХ Госдума РФ приняла прагматичное и юридически выполнимое решение, что озабоченности России в отношении транзитных положений ДЭХ должны быть разрешены в специальном юридически обязательном Протоколе к Энергетической хартии по транзиту, переговоры по которому начались в 2000 г.

К 2007 г. все спорные вопросы по Транзитному протоколу, за исключением одного положения, были решены. Разногласие сохранялось в отношении предложения ЕС о внесении в проект Транзитного протокола ст. 20, в соответствии с которой под «транзитом» в случае так называемой Организации региональной экономической интеграции (единственной ОРЭИ на сегодня в рамках стран-членов ДЭХ является ЕС) подразумевалось бы пересечение ВСЕЙ территории ОРЭИ, а движение энергоресурсов внутри ОРЭИ (Евросоюза), то есть пересечение границ отдельных его стран-членов, не классифицировалось бы как транзит. Аргументация ЕС: не может быть транзита – в юридическом понимании этого термина в соответствии со ст. 7 ДЭХ – внутри единого (правда, пока еще только формирующегося) внутреннего рынка ЕС.

Это предложение ЕС может создавать дополнительные транзитные риски для поставок российского газа в Европу. Например, риск так называемого «контрактного несоответствия», являющегося следствием десементации (принудительной вертикальной дезинтеграции) компаний ЕС и так

² На выработку и достижение которых и была в значительной степени нацелена работа автора этой статьи в его бытность заместителем Генерального секретаря Секретариата Энергетической хартии в 2002–2008 гг.

³ Внесение изменений в ДЭХ принципиально возможно тогда и только тогда, когда все подписавшие его страны ратифицируют Договор. До этого момента практически невозможно ожидать, что страны, ратифицировавшие ДЭХ, будут вносить изменения в сам ДЭХ по требованию стран, его не ратифицировавших, как «предварительное» условие ратификации ими Договора.

называемого «обязательного доступа для третьих сторон» к газотранспортной инфраструктуре на территории ЕС в соответствии с положениями законодательства ЕС, поскольку после расширения ЕС в 2004–2007 гг. значительная часть российских поставок – до пунктов сдачи-приемки газа – проходит по территории ЕС⁴.

Однако в рамках сценария «Энергохартия-плюс», обсуждавшегося в 2009 г. (см. ниже), наметился было очень важный новый момент, открывавший путь радикального решения проблемы – возможность включить в Транзитный протокол положение, что ст. 20 автоматически изымается из него в случае ратификации Протокола Россией. А значит, это происходило бы и при ратификации Россией ДЭХ, поскольку ДЭХ и Транзитный протокол Россия может ратифицировать только одновременно (см. таблицу). Однако неявка российской делегации на ряд ключевых заседаний (то, что я в одной из своих статей назвал «противодействие бездействием»⁵) сделала невозможным дальнейшее продвижение этого сценария.

Возможные и невозможные процедурные сценарии ратификации ДЭХ и Транзитного протокола Россией

Сценарий 1. Сначала Россия ратифицирует ДЭХ, затем сообщество Энергетической хартии завершает, подписывает и ратифицирует Транзитный протокол.

⇒ Историческое предложение ЕС, неприемлемо для России.

Сценарий 2. Сначала завершить, подписать и ратифицировать Транзитный протокол с полным учетом обоснованных озабоченностей России в отношении транзитных положений ДЭХ и остающихся открытыми вопросов проекта Транзитного протокола. После этого Россия возвращается к вопросу о ратификации ДЭХ.

⇒ Было бы предпочтительно для России, но невозможно по правилам ДЭХ (никакое государство не может стать стороной Протокола к Энергетической хартии, не ратифицировав ДЭХ).

Сценарий 3. Единственный работоспособный и взаимоприемлемый компромисс: Россия ратифицирует «модифицированный» ДЭХ и Транзитный протокол одновременно.

⁴ О характере этих рисков см., например: Конопляник А. Об эволюции контрактной структуры поставок российского газа в Европу // Перспективы энергетики. – 2006. – Т. 10. – № 1. – С. 1–29; *он же*. Российский газ для Европы: об эволюции контрактных структур (от долгосрочных контрактов, продаж на границе и оговорок о пунктах конечного назначения – к иным формам контрактных отношений?) // Нефть, газ и право. – 2005. – № 3. – С. 33–44; № 4. – С. 3–12.

⁵ Конопляник А. Противодействие бездействием // Ведомости. – 2002. – 23 окт. – С. А4.

При этом «модифицированный ДЭХ» означает существующий ДЭХ, дополненный и расширенный (при необходимости и согласии сторон ДЭХ) новыми Протоколами и другими юридически обязывающими и юридически необязывающими документами, но не означает «переписанный заново» ДЭХ, т.е. не предполагает внесение в него дополнений и изменений как минимум до тех пор, пока все страны, подписавшие ДЭХ, не ратифицируют его.

⇒ Сообществу Энергетической хартии следовало бы сконцентрироваться на практических путях решения обоснованных озабоченностей России в отношении ДЭХ и проекта Транзитного протокола. Однако теперь задача затруднена – но не невозможна – ввиду выхода России из временного применения ДЭХ, последовавшими разночтениями правовых последствий ее шага и разочарованиями в хартийном и более широком международном сообществе указанными действиями России.

Расхожие заблуждения

Хартия и ее инструменты регулярно упоминаются в прессе в стремлении «подтолкнуть» процесс ратификации Договора к Энергетической хартии (ДЭХ) Россией. Но, приводя неверные или мнимые аргументы в пользу ДЭХ, СМИ зачастую оказывают этому процессу «медвежью услугу»⁶.

В западной прессе цитирование европейских политиков, призывающих Россию ратифицировать ДЭХ, обычно сопровождалось комментариями о выгодах такой ратификации для Запада. Многие из этих комментариев свидетельствуют о недопонимании рамок действия Хартии и применения Договора к ней. К глубокому сожалению, эти комментарии зачастую дают неверную интерпретацию положений Договора, например, по особо актуальным для России и «Газпрома» вопросам, связанным с транзитом энергоресурсов или доступом к экспортным трубопроводам. Неверная интерпретация ДЭХ на Западе, выдаваемая за фактическое положение дел и идущая вразрез с заявленными приоритетами российской энергетической политики, вызывала вполне предсказуемую негативную реакцию в России – и в политических, и в деловых кругах.

Российская же пресса, комментируя полемику вокруг ДЭХ, зачастую просто перепечатывала досужие комментарии западной прессы, доводя их иногда до фантазмагорического по своему непрофессионализму уровня.

Некоторые российские политики, активно выступающие против ратификации ДЭХ, в своем стремлении заработать

⁶ О мифологизации ДЭХ и ее последствиях см. публикации автора на URL: www.konoplyanik.ru

«политические очки» в «борьбе за защиту национальных интересов», также не утруждали себя прочтением ДЭХ (требуется определенный уровень подготовленности, чтобы прочесть и, главное, понять этот 250-страничный юридический документ). Реагировали, как правило, на комментарии прессы, поставляя ей, в свою очередь, возможность для ссылок на «авторитеты». Образовался заколдованный круг, в котором мифические ожидания или заблуждения одних порождали борьбу с мифами и заблуждениями других. В итоге дискуссии переместились в некое «виртуальное пространство», в котором горячо обсуждались некие положения ДЭХ, на самом деле в нем отсутствующие. Именно этот «виртуальный фон», на мой взгляд, и создавал информационный фон для принятия Россией решения о выходе в 2009 г. из временного применения ДЭХ.

Критика ДЭХ Россией: хронология событий 2009 г.

Критика ДЭХ высшим руководством России, завершившаяся выходом страны из временного применения ДЭХ, все же связана не с многожды озвучивавшимися претензиями в адрес ДЭХ, а с российско-украинским газовым кризисом (январь 2009 г.).

Первый серьезный звонок в адрес ДЭХ с такого уровня прозвучал в ходе российско-украинского газового кризиса в январе. Поводом для критики послужило нарушение Украиной транзитных положений ДЭХ, отсутствие адекватной оценки нарушения со стороны Евросоюза и входящих в его состав государств и бездействие политического руководства Секретариата Энергохартии.

20.01.2009 г., во время встречи с председателем правления ОАО «Газпром» А.Б. Миллером, президент России Д.А. Медведев высказал критику в адрес Энергетической хартии за то, что она не смогла предотвратить завершившийся накануне российско-украинский газовый кризис, и заявил, что «нужны новые международные механизмы». Президент РФ предложил «подумать или об изменении действующей редакции Энергетической хартии (если на это согласятся страны-участники), или о создании нового многостороннего документа...», а также о том, «какой механизм в этом смысле было бы правильно подготовить и предложить всем участникам международного

сообщества», пообещав представить на рассмотрение ряд идей во время лондонской встречи «двадцатки» в начале апреля⁷.

Высказав жесткую критику в адрес Энергетической хартии (фактически – политическому руководству Секретариата Энергохартии), президент России предложил альтернативный вариант действий: либо модернизировать Хартию (в широком смысле), либо «подготовить новую Энергетическую хартию или новую версию Энергетической хартии»⁸.

Однако в конце апреля характер президентских намерений изменился. 20 апреля в Хельсинки Д.А. Медведев заявил, что «Россия намерена изменить юридическую основу отношений с потребителями энергии и транзитными странами». Он сказал относительно «Энергетической хартии и других документов», что «мы эти документы не ратифицировали и не считаем себя связанными этими решениями». Президент сообщил, что им «будет распространен... базовый документ, который определяет вопросы международного сотрудничества в сфере энергетики»⁹.

На следующий день на официальном сайте президента России был размещен вышеупомянутый «базовый документ»¹⁰. Это – пятистраничный «Концептуальный подход к новой правовой базе международного сотрудничества в сфере энергетики (цели и принципы)».

Апрельская инициатива президента России изменила «альтернативный» характер критики в адрес ДЭХ (либо усовершенствовать хартийный процесс и его документы, либо разработать новый набор документов): российское руководство стало озвучивать только второй вариант – разработать новый набор документов на основе российских инициатив – на безальтернативной основе. Но российские предложения о создании новой системы *взамен* ДЭХ не вызвали энтузиазма у потенциальных партнеров. Брюссель и отдельные члены ЕС заявили, что об отказе от Энергохартии речи быть не может. И это понятно – ДЭХ, после вступления в силу в 1998 г., стал частью системы международного права, его подписала 51 страна, 46 – ратифицировали.

⁷ URL: <http://kremlin.ru/text/appears/2001/01/211884.shtml>

⁸ URL: http://eng.kremlin.ru/text/speeches/2009/03/01/1002_type82914type82916_213434.shtml

⁹ URL: <http://www.1tv.ru/news/polit/142214>

¹⁰ URL: <http://news.kremlin.ru/news/3812/print>

Тем не менее 29.04.2009 г. в Софии российский премьер В.В. Путин заявил, что «к сожалению, Энергетическая хартия ...своей роли не сыграла. Российская Федерация считает и раньше всегда говорила о том, что мы не считаем себя связанными этим документом, потому, что мы его не ратифицировали. А сегодня можем точно и однозначно сказать, что не видим никакого смысла даже в сохранении нашей подписи под этим документом»¹¹.

05.06.2009 г. в Санкт-Петербурге президент РФ Д.А. Медведев подтвердил российскую позицию, что Энергетическая хартия не может справиться со всеми проблемами в международной газовой сфере. «Эта Энергетическая хартия помогла в ходе известного газового конфликта в начале этого года? Процедуры, которые заложены в этой хартии, не работали, стимулы, которые в ней заложены, не работали, договор к Энергетической хартии не применялся. Это означает, что мы должны получить какие-то другие основы для того, чтобы такого рода конфликты сглаживать», – сказал он¹².

29.06.2009 г. участников межведомственного совещания под руководством вице-преьера И.И. Сечина проинформировали, что (несмотря на возражения всех основных ведомств) принято решение о прекращении Российской Федерацией временного применения ДЭХ.

Нарастающий вал критики привел к логическому завершению: в октябре 2009 г. Россия перестала быть стороной, применяющей ДЭХ на временной основе, оставшись тем не менее внутри Договора и хартийного процесса. Надеюсь, не отрезав себе пути назад, поскольку в заявлении российской делегации на двадцатой сессии Конференции по Энергетической хартии в Риме 09.12.2009 г. сказано, что «несмотря на прекращение временного применения Договора к Энергетической хартии (ДЭХ) Россия рассматривает ДЭХ как важное многостороннее соглашение в области энергетики»¹³.

¹¹ URL: <http://premier.gov.ru/events/2670.html>

¹² URL: <http://www.rian.ru/economy/20090605/173397918.html>

¹³ URL: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Conferences/2009_Dec/Russia_RUS.pdf

Выход из временного применения ДЭХ – только «минусы»

Во-первых, приняв такое решение, Россия сыграла на руку антироссийским силам в мировой политике, которые в очередной раз стали утверждать, что Россия подтвердила свою репутацию страны, не уважающей верховенство закона. В экономической сфере повысятся риски кредитования на Россию, возрастет стоимость заимствования в рамках открываемых кредитных линий на страну, а объем кредитования сократится. В итоге вырастут финансовые издержки инвестиционных проектов в российской энергетике. Но утрата репутации дороже возросших рисков кредитования.

Во-вторых, ДЭХ – единственный многосторонний инструмент по защите и поощрению инвестиций в наиболее капиталоемкой и высокорискованной сфере предпринимательской деятельности – энергетике. ДЭХ защищает не только иностранные инвестиции в России, в случае ратификации ДЭХ парламентом он защищал бы и российские за рубежом, в первую очередь, от «рисков либерализации» на рынке ЕС. А они усилились в связи с принятием «Третьего либерализационного пакета» ЕС (об этом будет ниже), ряд положений которого многие обозреватели расценивают как антироссийские.

По мнению российской стороны, ДЭХ недостаточно защищает интересы производителей – тезис, как минимум требующий доказательства, особенно в сопоставлении с другими инструментами защиты и поощрения инвестиций в энергетике. Но на сегодня ДЭХ – это наивысший многосторонний компромисс юридически обязывающего характера, достигнутый международным сообществом. И, кстати, договор будет продолжать защищать европейские компании от антиинвестиционных мер «Третьего либерализационного пакета» ЕС...

В-третьих, неучастие России в ДЭХ не приведет к ликвидации договора. Просто его позитивными сторонами (как механизма снижения рисков) будут пользоваться другие страны, у которых финансовые издержки энергетических проектов снизятся относительно российских, а конкурентоспособность – повысится. Своим неучастием в ДЭХ Россия усугубит разрыв в уровне конкурентоспособности российских инвестиционных проектов в энергетике с конкурирующими проектами в третьих странах и не сможет влиять на выработку правил

игры на этой площадке с учетом своих интересов. Может произойти то же, что произошло с ГАТТ/ВТО: в 1947 г. СССР пригласили участвовать в создании правил мировой торговли – СССР отказался. Правила ГАТТ были разработаны без нашего участия и без учета наших интересов. В итоге мы 17 лет подряд пытаемся (пока безуспешно) вступить в этот всемирный клуб.

В-четвертых, отказ России от ДЭХ не означает, что нашей стране удастся в обозримый срок создать другой, более эффективный многосторонний инструмент. Окно политических возможностей, позволившее быстро завершить переговоры и подписать ДЭХ в начале 1990-х годов, резко сузилось. В сегодняшних условиях ДЭХ, даже в его нынешнем виде, скорее всего, не был бы подписан. Нужно было бы продолжать работать над постепенным улучшением многогранного процесса Энергетической хартии и его инструментов. Для чего в хартийном процессе предусмотрены адаптационные механизмы.

Отсутствие в ДЭХ механизма эффективного предотвращения кризисных ситуаций и быстрого их разрешения, как и бездействие политического руководства Секретариата Энергетической хартии в преддверии январского российско-украинского газового кризиса 2009 г., могло бы стать поводом, чтобы интенсифицировать (на базе принятого в июне 2004 г. Конференцией по Энергетической хартии решения о регулярной адаптации хартийного процесса к меняющимся условиям функционирования энергетических рынков) и возглавить процесс модернизации многогранного хартийного процесса, включая его юридически обязательные документы. В частности, предложить добавить к нему новое соответствующее соглашение о механизмах предотвращения чрезвычайных ситуаций в транзите, тем более, что его проект был подготовлен «Газпромом». Однако Россия подписала соглашение с ЕС о предотвращении чрезвычайных ситуаций в транзите на двусторонней основе. Но вряд ли без участия транзитных стран механизм предотвращения чрезвычайных ситуаций в транзите сможет эффективно заработать. Вариант, предложенный Россией, мог бы стать отправной точкой для выработки работоспособного механизма в рамках многостороннего форума стран-производителей, потребителей и транзитных госу-

дарств. Энергетическая хартия – единственный в этой сфере форум, опирающийся на действующую многостороннюю международно-правовую базу.

В-пятых, отказ от ДЭХ сегодня не приведет к появлению хотя бы его слабого аналога завтра, а то и послезавтра. Значит, отказ от ДЭХ, с одной стороны, создаст для России зону правового вакуума в наиболее высокорискованной сфере предпринимательской деятельности. С другой – после вступления ДЭХ в силу в 1998 г. и в условиях временного применения его Россией многие российские министерства и ведомства (например, ФАС) в своем нормотворчестве уже стали опираться на правовые нормы ДЭХ и ввели их в отечественное законодательство.

Отказавшись от ДЭХ, Россия тем не менее сохранит его наследство частично инкорпорированным в российское законодательство. Значит, местами его вновь придется переписывать, создавая дополнительные инвестиционные риски (что всегда является результатом любого переписывания любого законодательства: какими бы благими целями ни руководствовался законодатель, инвесторам, в первую очередь, нужна стабильность «правил игры»).

В-шестых, заявление России о намерении не становиться Договаривающейся Стороной ДЭХ либо останавливает завершение Транзитного протокола, либо (как в свое время с ГАТТ/ВТО) приведет к его завершению без учета обоснованных озабоченностей России. Страна в итоге не получит приемлемый для нее многосторонний юридически обязательный инструмент по вопросам транзита, на котором сама же и настаивала и на подготовку которого было затрачено десять лет.

В то же время, предлагая обнародованные президентом РФ 21.04.2009 г. документы «фактически взамен Энергетической хартии» (именно так это было прокомментировано его помощником по экономическим вопросам А.В. Дворковичем)¹⁴, Россия де-факто предлагает выстраивать две параллельные системы правового регулирования международной энергетики, причем обе (как показывает анализ новых российских предложений) построены на принципах Энергохартии и полностью отвечают ее целям.

¹⁴ URL: http://news.kremlin.ru/ref_notes/186/print

Представляется, что на одном фундаменте все же нельзя построить два разных дома, точнее, пристраивать к имеющемуся дому на его же фундаменте еще один дом. Сомнительно, чтобы России удалось заинтересовать другие страны в открытии нового переговорного процесса, нацеленного на практический результат, на базе новых российских предложений. Но вполне реально, что международное сообщество могло бы взять за основу предложения России в качестве стартовых позиций по адаптации многогранной Энергетической хартии к новым реалиям, «чтобы отражать новые события и вызовы на международных энергетических рынках» (такое требование было записано в Выводах политического обзора 2004 г. хартийного процесса, принятых Конференцией по Энергетической хартии)¹⁵.

ДЭХ как механизм снижения «рисков либерализации» ЕС

Система заключения международных договоров ЕС с третьими странами выстроена так, что с ЕС крайне трудно, чтобы не сказать невозможно, договориться на условиях, совместимость которых с европейским правом не вполне очевидна. В соответствии со ст. 300(6) Договора о Европейском сообществе, Европейский парламент, Евросовет, Еврокомиссия и государства-члены вправе получать от Суда Европейских сообществ заключение о совместимости проекта международного договора с правом ЕС. Негативное заключение Суда влечет за собой необходимость ратификации международного договора всеми государствами-членами ЕС, что делает малореальным его подписание (собрать сегодня 27+1 ратификаций в ЕС практически невозможно).

Аналогично и с международными договорами отдельных государств-членов ЕС: ст. 133(6) Договора о Европейском сообществе запрещает государствам-членам заключать договоры, не соответствующие внутреннему законодательству ЕС¹⁶. Таким образом, через систему своих международных договоров ЕС проводит политику экспорта своего законодательства. Сегодня только ДЭХ дает возможность ей противостоять.

¹⁵ URL: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Final_Review_conclusions_rus.pdf

¹⁶ *Энтин М.Л.* В поисках партнерских отношений: Россия и Европейский Союз в 2004–2005 годах. – СПб: СКФ «Россия–Нева», 2006. – С. 330–331.

Естественно, не автоматически, а в ходе постоянного, непрекращающегося, зачастую рутинного технического диалога между заинтересованными сторонами, то есть на профессиональном, а не на политическом уровне.

В начале 1990-х годов, когда велись переговоры по ДЭХ, готовились и Первые Энергетические директивы ЕС (принятые в 1996 и 1998 гг.); между ДЭХ и этими директивами нет принципиальных разногласий. С тех пор в ЕС приняты новые, более либеральные Вторые директивы (2003 г.) и еще более радикальные Третьи (вступили в силу 3 сентября 2009 г.). В результате разрыв по уровню либерализации «открытых и конкурентных рынков» между ДЭХ и европейским энергетическим правом резко увеличился. Одновременно, с начала 1990-х годов (с момента распада СССР и системы СЭВ и зарождения хартийного процесса), происходит процесс расширения ЕС (с ЕС-15 до ЕС-27), то есть расширение географии применения *acquis communautaire*.

Опережающими темпами расширяется зона применения энергетического *acquis* ЕС: в 2006 г. вступил в силу Договор об Энергетическом сообществе ЕС (ДЭС) с государствами Юго-Восточной Европы, распространивший зону применения Энергетических директив ЕС на 7 государств бывшей Югославии. 1 мая 2010 г. членом ДЭС стала Молдова, а 23 сентября того же года – Украина.

Объективный «конфликт интересов» (правовая коллизия) внутри ЕС нарастает. Поскольку для ЕС в целом (напомним: страны ЕС ратифицировали ДЭХ не только каждая в отдельности, но и как сообщество в целом) *acquis communautaire* является внутренним законодательством, а ДЭХ – международным, то в случае коллизий его нормы будут доминировать над правом ЕС в рамках единого внутреннего рынка ЕС и над правилами регулирования этого единого рынка.

ДЭХ – это часть законодательства ЕС. Каждая страна может идти в своем национальном законодательстве дальше, чем того требует ДЭХ, в отношении уровня конкуренции, либерализации, недискриминации, но не может требовать того же от других стран-членов ДЭХ на основании положений этого договора (ибо таких положений там просто нет), а тем более наказывать их за неприменение более либеральных, чем в ДЭХ, норм. Отказ от ДЭХ в этих условиях лишает возможности страны, не входящие в ЕС, договариваться с европейцами о «новом мировом энергетическом порядке» на отличных от содержащихся в законодательстве ЕС условиях.

Евросоюз постоянно навязывал России такую интерпретацию положений ДЭХ, которая соответствовала все более и более либеральному внутреннему законодательству ЕС, но противоречила заложенному в ДЭХ принципу «минимального стандарта». Особо крупные негативные последствия

принудительно-ускоренной либерализации по модели ЕС испытали бы страны-производители, перед которыми стоит задача реализации крупномасштабных капиталоемких проектов по добыче и транспортировке, в первую очередь, газа, ориентированных на рынки ЕС.

Такие нормы либерального рынка, характерные для стран-импортеров, как сегментация вертикально-интегрированных компаний, обязательный доступ третьих сторон (ОДТС) к энергетической инфраструктуре, повышают риски финансирования инвестиционных проектов и сдерживают инвестиции в них. Ведь не случайно все основные капиталоемкие инфраструктурные проекты в газовой сфере в ЕС (приемные терминалы СПГ, трубопроводы-интерконнекторы) в последние годы осуществляются не на базе законодательства ЕС (Второй Газовой директивы 2003 г.), а на основе изъятий из него, предусмотренных ст. 21–22 этой директивы. Причина: только так – отказом от принципа ОДТС на период окупаемости инвестиций, например, можно гарантировать объемы транспортной работы создаваемой/финансируемой инфраструктуры, повысить и ускорить окупаемость инвестиций, стимулируя развитие инфраструктуры транспортировки, чтобы увеличить объемы и расширить географию поставок в ЕС энергоресурсов извне ЕС.

Нарастающий разрыв по уровню либерализации между ДЭХ и *acquis* ЕС является, на мой взгляд, наряду с демонстрацией Россией негативного отношения к ДЭХ, одним из факторов утраты интереса со стороны ЕС и к ДЭХ, и к участию в процессе Энергетической хартии, что бы официальные представители ЕС ни заявляли на словах. И напротив, показывает усиление интереса к расширению Энергетического сообщества со странами Юго-Восточной Европы. Вхождение в Договор об Энергетическом сообществе (ДЭС) – это первый шаг по внедрению директив ЕС в этих странах. Эта роль ДЭС схожа с ролью, которую Договор к Энергетической хартии играл в странах Центральной и Восточной Европы после распада СЭВ. Этот договор послужил своего рода «тренировочной базой» для внедрения Первых Энергетических директив ЕС в странах Центральной и Восточной Европы до

их присоединения к ЕС¹⁷. Договор об Энергетическом сообществе выполняет аналогичную функцию в отношении Вторых Энергетических директив ЕС для государств, ранее входивших в СФРЮ (заметим, что к ДЭС постепенно начинают присоединяться и некоторые республики бывшего СССР).

Различие между двумя договорами (на английском языке аббревиатуры обоих договоров одинаковы – ЕСТ, что довольно символично) состоит в том, что Договор к Энергетической хартии основан на Первых Директивах ЕС по электроэнергии и газу (1996 г. и 1998 г.), Договор об Энергетическом сообществе (ДЭС) – на более либеральных Вторых Директивах ЕС по электроэнергии и газу (от 2003 г.). Кроме того, в Договоре к Энергетической хартии установлены минимальные стандарты применения для стран-членов, Договор об Энергетическом сообществе обязывает своих членов в полной мере применять формирующийся *acquis communautaire* ЕС. Таким образом, ДЭС является механизмом дальнейшей экспансии, экспорта *acquis communautaire* ЕС, а ДЭХ – механизмом защиты от «рисков либерализации» ЕС. И не использовать этот механизм страной, которая не собирается вступать в ЕС и/или применять на своей территории законодательство Евросоюза, по крайней мере, контрпродуктивно.

ДЭХ и «дело ЮКОСа»

Приходилось слышать, что, дескать, Энергетическая хартия предоставила возможность акционерам «ЮКОСа» подать иск против России на основании ДЭХ¹⁸, и надо, «выйдя из ДЭХ», исключить этот и аналогичные случаи в будущем. Известно,

¹⁷ Более подробно об этом см., например: *Вальде Т., Конопляник А.* Договор к Энергетической хартии и его роль в мировой энергетике // Нефть, газ и право. – 2008. – № 6. – С. 56–61; 2009. – № 1. – С. 46–50; № 2. – С. 44–49; № 3. – С. 48–55.

¹⁸ Автору приходилось довольно много писать на тему ДЭХ и «дело ЮКОСа». См., например: *Конопляник А.* The Energy Charter Treaty: Dispute Resolution Mechanisms – and the Yukos Case // Russian/CIS Energy & Mining Law Journal. – 2005. – № 1. – Vol. III, – P. 27–33; *он же.* Energy Charter Treaty – and «Yukos case» // Petroleum Economist. – July 2005. – № 8. – P. 35–36; *Конопляник А.* ДЭХ и «дело ЮКОСа» // Нефть России. – Август 2005. – № 8. – С. 83–86; *он же.* Выход России из временного применения ДЭХ и «дело ЮКОСа»: комментарий по итогам процедурного решения арбитражного суда в Гааге // Нефть, газ и право. – 2010. – № 1. – С. 42–49.

что иск акционеров «ЮКОСа» к Российской Федерации возник на основании ст. 26 ДЭХ, предусматривающей возможность подачи прямого иска иностранным инвестором против принимающей страны в международный арбитраж без согласования со страной-ответчиком и/или без предварительного рассмотрения иска в судах национальной юрисдикции принимающей страны¹⁹. Истцы выдвигают иск по ст. 13 ДЭХ «Защита инвестиций». Предмет иска – дискриминационные меры и экспроприация инвестиций (активов «ЮКОСа»).

С момента подачи первого иска в международный арбитраж на основании ст. 26 ДЭХ в 2001 г. известно о более чем 20 таких исках, но иск акционеров «ЮКОСа» – самый крупный. Более того, суммы имущественных претензий акционеров «ЮКОСа» к России постоянно растут: сначала 33 млрд дол., потом 50, сейчас уже 100 млрд дол. «Магия цифр», видимо, все же оказала свое негативное влияние на принятие решения в отношении судьбы ДЭХ в России...

Однако выход из временного применения ДЭХ не поможет России в процессе, который ведут против нее акционеры «ЮКОСа» в международном арбитраже ЮНСИТРАЛ (Комиссия ООН по международному торговому праву). Но именно эта иллюзия могла стать одним из основных мотивов для принятия решения о выходе. Однако отказ от временного применения не имеет обратной силы, и Россия согласно ст. 45 (3-b) ДЭХ, будет связана обязательствами по выполнению инвестиционных положений Договора и процедур разрешения споров в течение последующих 20 лет (до 2029 г.). Поэтому решение «дела ЮКОСа» лежит не в выходе из временного применения ДЭХ, а в процессуальной сфере в ходе арбитражных разбирательств, тем более что 30.11.2009 г. Постоянный третейский суд в Гааге по арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ вынес решение по юрисдикции – подтвердил правомочность рассмотрения «дела ЮКОСа» по существу.

Ст. 45 ДЭХ «Временное применение» является ключевой для дальнейшего хода процесса. Именно эта статья будет определять следующий – на мой взгляд, весьма длительный, этап процесса арбитражного разбирательства: анализ соответствия

¹⁹ См.: Конопляник А. Договор к Энергетической хартии: механизмы разрешения споров // Нефть, газ и право. – 2005. – № 1. – С. 35–41.

положений ДЭХ действовавшему в то время российскому законодательству, ибо временное применение ДЭХ в России осуществлялось «в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам». Это означает, прежде всего, тщательную проработку вопроса, находится ли указанный исковый случай (содержание которого широкой публике официально неизвестно) в юридических рамках временного применения ДЭХ Россией или нет.

После ратификации ДЭХ Россией Договор станет неотъемлемой частью российского законодательства. До 20.10.2009 г. ДЭХ таковым в полном объеме не являлся, если некоторые его положения противоречили российской «конституции, законам или нормативным актам». Таким образом, у российского законодательства и ДЭХ (в рамках его временного применения) могла (должна была) существовать «зона наложения», где положения Договора являлись неотъемлемой частью российского законодательства, и зона, в которой до ратификации ДЭХ Россией они на территории страны были неприменимы.

Обоснование того, в каком объеме использовался до настоящего времени ДЭХ Россией в рамках временного применения Договора, по-видимому, будет являться предметом состязательной деятельности юристов обеих сторон спора (фирма Shearman & Sterling LLP со стороны истца; фирма Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton LLP – со стороны ответчика). При этом следует иметь в виду, что если ДЭХ – это международный договор, содержание которого неизменно во времени с момента его подписания сторонами, то за 16 лет с момента подписания ДЭХ российское законодательство претерпело существенные изменения. Поэтому границы «зоны наложения» также не постоянны.

В какую зону попадает иск «ЮКОСа» в этой ситуации? Тех положений ДЭХ, которые не применяются Россией, пока она не ратифицировала Договор? Или, наоборот, тех, которыми она руководствовалась в рамках временного применения ДЭХ? Или же часть исковых требований оказывается в одной, а часть – в другой зоне, либо вообще выходит за рамки ДЭХ? Все это есть предмет доказательного разбирательства сторон.

Без результатов детального юридического анализа ответить на эти вопросы невозможно.

Ясно другое: выход из временного применения ДЭХ никак не влияет (в содержательном плане) на рассмотрение существа дела, но создает дополнительный негативный информационный фон для его рассмотрения по существу.

**Сценарий «Энергохартия-плюс»:
упущенная возможность? – Еще нет...**

Итак, ряд претензий, выдвигаемых российским руководством к процессу Энергетической хартии и к ее основному юридически обязательному документу – ДЭХ, вполне обоснован: в Договоре существуют положения, допускающие неоднозначную интерпретацию, ДЭХ не может заставить его участников выполнять положения Договора, в нем отсутствуют механизмы принуждения стран-членов к выполнению взятых на себя обязательств, быстрого и эффективного многостороннего предупреждения и разрешения чрезвычайных ситуаций в энергетике, быстрых и эффективных санкций за нарушение положений ДЭХ. Все эти утверждения, на мой взгляд, вполне справедливы. Однако требование отказаться от ДЭХ и разработать вместо него новый документ – наименее эффективный способ удовлетворить обоснованные претензии российской стороны в адрес Энергетической хартии (если его вообще можно реализовать).

Предложенный Россией в апреле 2009 г. «Концептуальный подход...»²⁰ нельзя рассматривать всерьез как альтернативу ДЭХ, но, скорее всего, международное сообщество приняло бы его в качестве стартового предложения по совершенствованию процесса Энергетической хартии.

Раз в пять лет проводится Обзор деятельности Энергетической хартии и обсуждается процесс ее адаптации к новым условиям на энергетических рынках. Решения по итогам очередного Обзора принимались в конце 2009 г. Этот Обзор представлял хорошую возможность внести ряд доказательных изменений и дополнений в процесс Энергетической хартии и ее документы, что позволило бы снять обоснованные озабоченности России²¹. Для этого следовало активно участвовать в адаптационном процессе. Но, похоже, сработала мгновенная реакция нижестоящего российского бюрократического

²⁰ URL: <http://news.kremlin.ru/news/3812/print>

²¹ URL: <http://www.encharter.org/index.php?id=22&L=1>

аппарата на еще не завершённый процесс принятия решения «наверху». Так, еще до распоряжения правительства России о выходе страны из временного применения ДЭХ уже были практически сведены на нет аппаратные действия, необходимые для продолжения и, тем более активизации участия российской делегации в рамках процесса Энергетической хартии. Включая продвижение в рамках хартийного процесса апрельских президентских инициатив, в той их ипостаси и в той степени, что позволили бы России занять в адаптации хартийного процесса лидерские позиции.

Россия могла предложить хартийному сообществу сценарий действий, при котором президентские инициативы от 21.04.2009 г. были бы реализованы в рамках процесса Энергетической хартии – сценарий реформирования процесса Энергетической хартии (условное название «Энергохартия-плюс»²²) обсуждался на неформальном уровне с некоторыми ключевыми фигурами этого процесса, а через них – с представителями ряда европейских государств и получил их принципиальную поддержку. Дальнейшее движение вперед имело бы целью выработать детальную «дорожную карту» на основе этой инициативы. «Дорожная карта» могла бы стать частью сбалансированного пакетного решения очередной конференции по Энергетической хартии в декабре 2009 г.

Выход из временного применения ДЭХ в принципе не мешает России участвовать вместе с другими странами в реализации сценария «Энергохартия-плюс». Например, Норвегия, которая также, подписав ДЭХ, не применяет Договор на временной основе, весьма активно участвует в хартийном процессе. Но, маловероятно, что Россия, а именно высшее руководство страны, в ближайшее время поменяет вектор своего отношения к Энергетической хартии на противоположный. Свидетельством тому является дальнейшая работа российской стороны по материализации «Концептуального подхода»:

²² Сценарий «Энергохартия-плюс» описан автором в: *Конопляник А.* Выход России из временного применения ДЭХ: мифические угрозы оказались сильнее реальных выгод? // *Нефть и газ.* – 2009. – № 9. – С. 32–35 (*Украина*); *он же.* Энергетическая хартия: почему Россия берет тайм-аут // *Международная жизнь.* – 2010. – № 1. – С. 27–44; *Конопляник А.* Why Is Russia Opting Out of the Energy Charter? // *International Affairs.* – 2010. – Vol. 56. – № 2. – P. 84 – 96.

подготовлен, распространен и предлагается к обсуждению проект «Конвенции по обеспечению международной энергетической безопасности»²³, фактически являющейся попыткой заменить ДЭХ иной (однако по большинству положений аутентичной ДЭХ – проект Конвенции и ДЭХ сходны по существу²⁴) международной организацией и Договором.

Впрочем, Россия остается страной, подписавшей ДЭХ, поэтому все обоснованные российские претензии остаются в силе, как и найденные по ним развязки. Ничто не мешает России в будущем вернуться к вопросу о ратификации ДЭХ. Главное – продолжить активно участвовать в хартийном процессе, стремясь инкорпорировать в него апрельские (2009 г.) президентские инициативы, а не противопоставлять их действующему многостороннему международно-правовому инструменту – единственному многостороннему договору по защите и стимулированию инвестиций, торговли, транзита в энергетике, повышению энергоэффективности и разрешению споров, каковым является не имеющий аналогов ДЭХ. Надо не отрицать его, а коллективными усилиями улучшать, совершенствовать, модернизировать, расширять предметную и географическую базу этого уникального Договора и всего многогранного процесса Энергетической хартии.

Только продолжение активного участия в процессе Энергетической хартии будет залогом получения желаемых результатов: удовлетворения обоснованных озабоченностей России, дальнейшего совершенствования многогранного хартийного процесса и адаптации его инструментов к новым вызовам и рискам вслед за эволюцией международных энергетических рынков.

²³ См.: Секретариат Энергетической хартии, Сообщение 915/10 от 26 ноября 2010 г. «Проект Конвенции по обеспечению международной энергетической безопасности» URL: http://www.encharter.org/ntc_admin/dev_extranet/files/1057101_1290793313.pdf

²⁴ См.: Секретариат Энергетической хартии, Сообщение 917/10 от 17 декабря 2010 г. «Сравнительный анализ проекта Конвенции по обеспечению международной энергетической безопасности» URL: http://www.encharter.org/ntc_admin/dev_extranet/files/1057111_1294764498.pdf