

## Модернизация Договора к энергетической хартии

*Дубовикова Анна Андреевна*

*Студент (магистр)*

Российский экономический университет имени Г.В. Плеханова, Юридический факультет,  
Москва, Россия

*E-mail: dubovikova402@gmail.com*

В начале 1990х годов Европейское экономическое сообщество возглавило инициативу по развитию международного сотрудничества в энергетическом секторе, особенно с постсоветскими государствами Восточной Европы и Центральной Азии. В результате этого процесса в 1994 году был подписан Договор к Энергетической хартии (ДЭХ). Он позволяет иностранным инвесторам в энергетическом секторе подавать иски в международные арбитражные суды на принимающие их государства и требовать денежной компенсации, когда политические меры и другие действия государства затрагивают их интересы.

Участниками ДЭХ стали 52 государства, среди которых страны ЕС, Япония, Австралия и много других. Однако одни из главных стран-экспортеров нефти такие как Венесуэла или Арабские Эмираты получили лишь статус наблюдателя и не стали присоединяться к договору.

Для конца 20 века ДЭХ стал прорывом в области энергетики, так как являлся первым столь всеобъемлющим документом в данной сфере. Так, в ДЭХ можно найти положения, которые посвящены: торговле, транзиту, защите инвестиций, вопросам охраны окружающей среды, обеспечению безопасности, вопросам суверенитета над энергоресурсами, а также урегулированию споров, возникающих между государствами и между инвестором и государством и тд.

В ДЭХ существует 4 модели урегулирования споров. Если говорить о них кратко, то механизмы касаются споров в сфере транзита, инвестиций, третейских разбирательств между государствами, также существует еще механизм разрешения торговых споров для стран, которые не являются членами ВТО.

Однако с подписания договора прошло более 25 лет, поэтому возникает вопрос: насколько положения ДЭХ актуальны для современной международной энергетики?

В 1994 году многие государства-участники не были ориентированы на развитие зелёной энергетики, так как основу рынка составляли газ, нефть и уголь, но по прошествии времени энергетическая повестка сместилась в сторону неуглеродных способов добычи энергии, особенно заметна данная динамика в странах Евросоюза.

На 2021 год возбуждено 135 известных дел, и ДЭХ является наиболее часто используемым механизмом урегулирования споров между инвесторами и государством (ISDS - Система урегулирования споров между инвесторами и государством или система инвестиционных судов). Как свидетельствует растущий объем исследований, ДЭХ устарел, в особенности, учитывая цели Парижского соглашения об изменении климата и Целей устойчивого развития. Особые меры защиты в соответствии с международным правом, которые ДЭХ предоставляет инвесторам в ископаемое топливо и их инвестициям, направлены в противоположную сторону от зелёной энергетики.

Несколько лет назад начался процесс модернизации ДЭХ, однако возникает вопрос необходимо ли менять договор, для того чтобы он отвечал новой повестке в энергетике или проще создать новый документ, где, возможно, его членом станет Россия?

Модернизация любого многостороннего договора сама по себе является довольно сложной задачей. Для ДЭХ отправной точкой размышлений о потенциальной модернизации

стало решение Российской Федерации отказаться от временного применения Договора еще в 2009 году.

В ноябре 2010 года Конференция по Энергетической хартии утвердила Дорожную карту модернизации Процесса Энергетической хартии. В Дорожной карте подчеркивалось, что основное внимание уделяется завершению переговоров по Транзитному протоколу, целенаправленному расширению географического охвата ДЭХ.

Меняющийся внешний контекст создал причины для начала внутренней дискуссии о потенциальной модернизации ДЭХ. Изменение глобальных моделей энергопотребления, проблемы изменения климата, общественное давление на существующую систему защиты инвестиций и растущая потребность Африки в современных видах энергии были одними из наиболее важных внешних факторов. ДЭХ не соответствует климатическому законодательству и политике ЕС. ЕС, с его обещанием обеспечить углеродную нейтральность к 2050 году, не может позволить себе продолжать спонсировать ДЭХ, который защищает инвесторов и инвестиции в ископаемое топливо. Фактически, Европейский парламент внес в Европейский закон о климате мандат для Союза «прекратить защиту инвестиций в ископаемое топливо в контексте модернизации Договора к Энергетической хартии».

За пределами ЕС также наблюдается некоторое недовольство ДЭХ, однако, в отличие от ЕС, по совершенно другим причинам. Группы стран-экспортеров энергии из Каспийского региона, не имеющих выхода к морю, утверждают, что Договор, единственное существующее многостороннее соглашение с положениями о транзите, не обеспечивает защиту транзитных потоков, как ожидалось. По этой причине Туркменистан обратился в Генеральную Ассамблею ООН, где инициировал несколько политических резолюций ГА ООН, касающихся стабильного и надежного транзита.

Сам Союз, 26 его государств—членов (все, кроме Италии) и Европейское сообщество по атомной энергии (ЕВРАТОМ) — независимая организация с тем же членством, что и ЕС, - вместе составляют половину членов ДЭХ. Хотя это может дать ЕС некоторую переговорную силу при пересмотре ДЭХ, внесение поправок в ДЭХ требует единогласия (статьи 36(1)(а) и 42 ДЭХ), и достижение этого в вопросах инвестиций и климата будет непростой битвой.

Как следствие вышеизложенного, в декабре 2017 года Конференция ДЭХ на своем заседании в Ашхабаде согласилась начать процесс обсуждения потенциальной модернизации Договора к Энергетической хартии. К удивлению делегаций, участвовавших в исследовании, и многих противников, в ноябре 2019 года Конференция учредила и поручила новой Группе по модернизации начать переговоры на основе списка из 25 тем, согласованных в 2018 году. Было решено называть это «Тиранским мандатом» на модернизацию ДЭХ. Работа группы началась в декабре 2019 года, и после решения всех процедурных аспектов и технических проблем, связанных с пандемией COVID-19, первый раунд переговоров был проведен в начале июля 2020 года.

Несмотря на необходимость регулирования энергетики на международном уровне, и попытки модернизации договора, ДЭХ устарел по нескольким причинам:

1. Модернизация Договора не положит конец защите инвестиций в ископаемое топливо.

Предложения ЕС по модернизации будут продолжать защищать существующие инвестиции в ископаемое топливо в течение десяти лет после ратификации реформ. Это означает, что ископаемая инфраструктура, такая как угольные электростанции, будет защищена по крайней мере до середины 2030-х годов, а некоторая инфраструктура ископаемого газа - вплоть до 2040 года. Однако согласно данным климатических исследований, если человечество стремится избежать глобального потепления и оставить прирост

температуры на том же уровне, что и сейчас, то необходимо значительно сократить использование угля (который на данный момент является самым используемым источником энергии) к 2030 году. Поэтому, можно сделать вывод, что модернизация ДЭХ не решит климатических проблем.

## 2. Юридические проблемы ДЭХ и ЕС

Были высказаны сомнения в том, являются ли ключевые положения ДЭХ законными в соответствии с законодательством ЕС. В сентябре 2021 года Суд ЕС (СJEU) постановил, что дела ISDS между инвестором ЕС и государством-членом ЕС являются незаконными в соответствии с законодательством ЕС. К сожалению, это не означает, что такие дела внутри ЕС автоматически прекращаются, но ЕС и государствам-членам придется найти способ выполнить это решение. Выход из ДЭХ мог бы быть наиболее простым вариантом.

## 3. Применение Стандартов защиты инвестиций

Также на практике существует проблема интерпретации ст. 10 ДЭХ. Это касается значения первого предложения статьи 10(1) ДЭХ, которое предусматривает, что «[е] каждая Договаривающаяся Сторона... поощряет и создает стабильные, справедливые, благоприятные и прозрачные условия для инвесторов других Договаривающихся Сторон для осуществления инвестиций в ее Области». Спор заключается в том, содержит ли это предложение автономный стандарт, предусматривающий отдельную причину для иска, или это просто введение к остальной части ст. 10, в которой излагаются различные стандарты защиты инвестиций.

В 2016 году Трибунал по делу Блусун против Италии постановил, что ни одно из предложений пункта 1 статьи 10 не является «преамбулой», в то время как в деле Изолюкс против Испании, на основании заключения, достигнутого в деле Плама против Болгарии, трибунал отклонил аргумент о том, что первое предложение содержало автономное обязательство в целом.

Процесс модернизации ДЭХ был начат в 2017 году, но переговоры начались только в 2020 году, и в наиболее спорных областях был достигнут очень незначительный прогресс. Просочившиеся отчеты Рабочей группы Совета ЕС по энергетике за июль 2021 года, в которых Комиссия представила странам ЕС обзор переговоров, показали, что «Существенного прогресса в обсуждении того, какие виды деятельности должны получить правовую защиту, достигнуто не было».

На фоне затяжных переговоров появляется вопрос: если модернизация договора провалится, что еще может сделать ЕС?

Статья 41 Венской конвенции о праве международных договоров (VCLT) предусматривает, что в данных обстоятельствах «две или более стороны многостороннего договора могут заключить соглашение об изменении договора только между собой». Соответственно, если сторонам не удастся достичь единодушия в отношении значимой реформы, государства — члены ЕС — возможно, к которым присоединятся члены ДЭХ — единомышленники — должны заключить соглашение *inter se* об изменении ДЭХ между собой. Для этих государств и инвесторов из этих государств изменяющее соглашение *inter se* могло бы постепенно отменить предусмотренные договором меры защиты инвестиций в ископаемое топливо.

Одним из условий заключения соглашения *inter se* является то, что вносимые в него изменения «не влияют на осуществление другими сторонами их прав по договору или выполнение их обязательств» государствами — членами ЕС. Соответственно, государствам — членам ЕС будет разрешено изменять только элементы ДЭХ, не затрагивая прав других членов ДЭХ в соответствии с договором. Нереформированный ДЭХ будет продолжать регулировать отношения государств — членов ЕС с инвесторами из стран — членов ДЭХ, которые не подписали соглашение *inter se*. Инвесторы из этих других членов ДЭХ все еще

могут инициировать арбитраж против государств - членов ЕС в соответствии с нерезформированным договором, а инвесторы из ЕС все еще могут подавать иски ДЭХ против своих принимающих государств ДЭХ, не входящих в ЕС. Чтобы предотвратить эти возможности, в сочетании с соглашением *inter se*, ЕС должен принять меры, направленные на запрещение арбитража ДЭХ, такие как отзыв предварительного согласия на ISDS.

Другим условием является то, что соглашение *inter se* «не относится к положению, отступление от которого несовместимо с эффективным осуществлением объекта и цели договора в целом» (Венская конвенция ст. 41(b)(ii)). Это положение представляет риск для государств - членов ЕС. Член ДЭХ, не являющийся членом ЕС, придерживающийся мнения, что, например, снятие защиты с ископаемых видов топлива в соответствии с соглашением *inter se* помешает достижению цели и цели ДЭХ, может захотеть отменить соглашение *inter se* посредством межгосударственного арбитража против государств - членов ЕС в соответствии со статьей 27 ДЭХ. Трудно определить вероятность такого шага или его перспективы успеха, но это возможно.

Учитывая риски ДЭХ и его негативное воздействие на климатическую политику и государственные бюджеты, его непригодность для целей привлечения устойчивых, благоприятных для климата иностранных инвестиций и его негативное восприятие гражданским обществом, ЕС должен работать над тем, чтобы достичь единогласия в вопросе прекращения инвестиций в углеродные способы добычи энергии. Нынешние усилия ЕС по пересмотру договора — с низкой вероятностью успешного исхода — были бы более ценными, если бы их использовали для его прекращения.

Если, например, зависимость Японии от угля является тем, что подпитывает ее оппозицию благоприятной для климата реформе ДЭХ, ЕС мог бы дать своим участникам переговоров по торговле и инвестициям передышку и привлечь экспертов по энергетической политике, чтобы выступить против зависимости от ископаемого топлива.

В отсутствие положения о прекращении действия ДЭХ для его прекращения требуется «согласие всех сторон после консультаций с другими договаривающимися государствами» (ст. 54(b) VCLT). Поскольку в конечном счете прекращение действия, как и внесение поправок, не находится под контролем ЕС, следующей наилучшей стратегией Союза было бы выйти из ДЭХ.

Так, например, в 2020 году Франция направила в Еврокомиссию письмо о необходимости подготовки скоординированного выхода ЕС из Договора к Энергетической хартии.

Доцент департамента зарубежного регионоведения НИУ ВШЭ Сергей Шеин высказал своё мнение, что не случайно Франция в процессе инициирования выхода из этого документа играет первую скрипку в Европе, ведь именно президент страны Эмманюэль Макрон сделал климатическую повестку одним из центральных направлений своей внешней и внутренней политики.

Подобное мнение было озвучено директором по исследованиям VYGON Consulting Марией Беловой. С имплементацией Третьего энергопакета ЕС создал менее комфортные условия работы на своем энергетическом рынке, чем предусмотрено ДЭХ. «В каком-то смысле уход ЕС может положительно сказаться на Энергетической хартии, поскольку остающиеся члены и наблюдатели по-прежнему собираются уделять серьезное внимание ископаемым топливам».

### Источники и литература

- 1) Договор к Энергетической хартии. Правовая основа для международного энергетического сотрудничества.
- 2) Венская конвенция о праве международных договоров.

- 3) Martin Dietrich Brauch. Should the European Union Fix, Leave or Kill the Energy Charter Treaty? Columbia Center on Sustainable Investment. 2021.
- 4) 8 reasons why the Energy Charter Treaty reform process is doomed to failure. Электронный ресурс. Режим доступа: <https://caneurope.org/8-reasons-ect-reform-is-doomed-to-failure/>
- 5) Urban Rusnák. ECT Modernisation Perspectives: Modernisation of the Energy Charter: The Long Story Told Short. 2020. Электронный ресурс. Режим доступа: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/21/ect-modernisation-perspectives-modernisation-of-the-energy-charter-the-long-story-told-short/>
- 6) Лесных А. Франция предлагает ЕС выйти из Энергетической хартии. Электронный ресурс. Режим доступа: <https://www.vedomosti.ru/economics/articles/2021/02/15/858074-frantsiya-es>
- 7) Cees Verburg. Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement. 2019. Электронный ресурс. Режим доступа: [https://brill.com/view/journals/jwit/20/2-3/article-p425\\_11.xml?language=en](https://brill.com/view/journals/jwit/20/2-3/article-p425_11.xml?language=en)