

Договор к Энергетической хартии и его роль в мировой энергетике*



Т. Вальде,

доктор юриспруденции, профессор,
заведующий кафедрой им. Жана Моне,
Центр энергетического, нефтегазового
и горного права и политики
Университета г. Данди (Шотландия)



А. Конопляник,

доктор экономических наук,
заместитель Генерального секретаря,
Секретариат Энергетической хартии
(Брюссель, Бельгия)¹

Инвестиции

Основная часть ДЭХ описывает режим защиты инвестиций (часть III). Она построена по модели главы XI Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) и современных типов двусторонних соглашений о защите инвестиций (ДИД), широко используемых в частности, в практике США и Великобритании. Этот раздел должен рассматриваться в комплексе со статьей 26 (часть V ДЭХ), которая разрешает инвестору предъявлять иск правительству страны, нарушившей одно из взятых на себя обязательств по ДЭХ, непосредственно в независимом арбитражном трибунале.

Фундаментальной особенностью инвестиционных положений ДЭХ является обеспечение равных возможностей для инвестиций в энергетическом секторе в рамках сообщества государств — членов ДЭХ с целью сведения к минимуму некоммерческих рисков, связанных с инвестициями в энергетический сектор.

ДЭХ обеспечивает защиту иностранных инвестиций в энергетику, основываясь на принципе недискриминации. Принимая правила ДЭХ, государство берет на себя обязательство распространить национальный режим инвестиций или режим наибольшего благоприятствования (тот из них, который является наиболее благоприятным) на физических и юридических лиц других государств, подписавших ДЭХ, которые осуществляют инвестиции в энергетическом секторе. Таким образом, ДЭХ имеет правовую силу, эквивалентную совокупности ДИД в рамках сообщества подписавших ДЭХ государств. Это означает, что в рамках 51 государства — члена ДЭХ его совокупная правовая мощь эквивалентна 1275 ДИД, которые должны были бы быть заключены между всеми странами — членами ДЭХ.

Большинство инвестиционных положений ДЭХ, нацеленных на создание соответствующего инвестиционного климата, являются самоприменимыми. Тем не менее Конференция по Энергетической хартии поддерживает постоянный уровень политического внимания к вопросам обеспечения должного инвестиционного климата, регулярно оценивая инвестиционную практику в странах — членах ДЭХ в форме обзоров и оценок независимыми экспертами.

ДЭХ различает преинвестиционную стадию (которая включает в себя вопросы доступа для иностранных инвесторов, то есть когда инвестиции еще не осуществлены, но намерение их осуществить есть) и постинвестиционную стадию (которая решает вопросы, возникающие после осу-

* Продолжение. Начало см. Нефть, Газ и Право. 2008. № 6. С.56–61.

¹ Авторизированный (уточненный и дополненный) А. Конопляником специально для публикации в «Нефть, Газ и Право» русский перевод статьи тех же авторов «Energy Charter Treaty and its Role in International Energy», опубликованной в журнале «Journal of Energy & Natural Resources Law» (Vol. 24, No 4, November 2006, P. 523–558), является их последней (до трагической кончины Томаса Вальде) совместной работой.

Оба автора — редакторы и соавторы всеобъемлющего исследования о Договоре к Энергетической хартии, написанного международным коллективом авторов и опубликованного на английском языке под редакцией Т. Вальде в издательстве «Клювер» в 1996 г. и на русском языке под редакцией Т. Вальде и А. Конопляника в издательстве «Международные отношения» в 2002 г. (см. библиографию).

ществления инвестиций). В первом случае ДЭХ устанавливает только «мягкие» правовые обязательства сторон, то есть обязательства с более подвижными рамками и менее четко очерченным наполнением типа «должны стремиться (предоставлять, ограничивать)». Во втором случае используются «жесткие» правовые обязательства, прописанные через долженствование (типа «стороны поощряют и создают», что означает «стороны должны поощрять и должны создавать»).

Применение ключевого юридического термина «должны» обозначает жесткое и имеющее обязательную юридическую силу обязательство. Применение термина «должны стремиться предоставлять» предполагает более мягкий уровень обязательности. Причина различий в уровне обязательности заключается в том, что страны должны быть относительно свободны в принятии решений в отношении специфических инвесторов и сфер для инвестирования. Но если инвестор уже допущен на внутренний рынок, осуществил здесь свои инвестиции и, значит, подвержен существенному политическому риску, применяются гораздо более жесткие обязательства государства с точки зрения справедливости его поведения по отношению к инвестору. Юридический язык статьи 10, тем не менее, содержит компромисс между подходом, предпочитающим исключительно не имеющие обязательной юридической силы увещевания, и подходом, предпочитающим исключительно обязательства, прописанные жестким правовым языком. Реальная правовая ценность этих обязательств еще должна быть установлена².

В его сегодняшнем виде ДЭХ обязывает Договаривающиеся стороны предоставлять недискриминационный режим в первую очередь существующим инвестициям, осуществленным инвесторами других Договаривающихся сторон. Принятие Дополнительного договора, который должен распространить действие этого обязательства предоставлять недискриминационный режим также и на прединвестиционную стадию (так называемую стадию осуществления инвестиций), продолжает оставаться дискуссионным вопросом для государств — членов Энергетической хартии³.

Выдача лицензий на разведку и добычу нефти и газа должна осуществляться объективно и открыто на недискриминационной основе. В качест-

ве модели была выбрана Лицензионная директива ЕС. Государственные и частные компании, иностранные или отечественные, должны конкурировать исключительно на основе технических и коммерческих критериев, без встроенных в лицензионные процедуры возможностей для фаворитизма. Прединвестиционный режим не предоставляет четко очерченных юридических обязательств остановить такую негативную практику, но он содержит стандарт объективного, прозрачного и недискриминационного лицензирования.

Постинвестиционные обязательства соответствуют международному обычному праву, как следует из большинства современных арбитражных решений и ДИД⁴.

В основном они посвящены защите собственности и справедливому отношению к инвесторам, необходимому

для того, чтобы считать принимающую страну привлекательной для инвестиций, уменьшить любое ощущение политического риска и привнести некоторую дисциплину, повлиять на чрезмерную бюрократизацию и на естественное стремление к национальному протекционизму.

Собственность (ей дается широкое определение⁵, включающее «лицензии» (право пользования недрами) на добычу нефти и газа, такие как концессии и соглашения о разделе продукции)

Фундаментальной особенностью инвестиционных положений ДЭХ является обеспечение равных возможностей для инвестиций в энергетическом секторе в рамках сообщества государств — членов ДЭХ с целью сведения к минимуму некоммерческих рисков, связанных с инвестициями в энергетический сектор.

² См. главу Т. Вальде «Инвестиционный режим ДЭХ» в вышеуказанной коллективной монографии «Договор к Энергетической хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада» (см. сноску 4). Ее автор стоит на позициях, отличных от взглядов Elshihabi (International Lawyer. 35. P. 147–148), хотя последний активно опирается на материалы указанной главы Т. Вальде. Следует также иметь в виду, что с этих позиций прединвестиционная деятельность создает (существующие) «инвестиции», широкое определение которых дано в статье 1 (6) ДЭХ, и эти «инвестиции» защищены защитными положениями ДЭХ для постинвестиционной стадии, даже если они являются лишь элементом последовательных действий инвестора.

³ Следует еще раз обратить внимание на вышеупомянутую дискуссию в отношении использования жесткого термина «должны» с размытыми границами применения для прединвестиционной стадии.

⁴ О состоянии дел на начало 2004 г. см.: *Walde T. Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration – Controversial Issues. 2004. 5 J World Investment 373.*

⁵ О современном широком взгляде на понятие «собственность» как на защищаемые активы в соответствии со статьей 1 (6) ДЭХ см. комментарии Yala F., Rubins N.: (TDM): www.transnational-dispute-management.com, 2005. Вынесенное в 2005 г. арбитражное решение по делу на базе ДЭХ «Petrobart v Kirgizstan» («Петробарт против Киргизстана») посчитало юридически оформленное контрактное требование на продажу нефти подпадающими под защиту инвестициями. Иногда бывает трудно определить граничную линию, см. дела «Joy Mining v Egypt» и «Mihaly v Sri Lanka» (архив TDM). Трибунал по делу «Nykomb v Latvia» («Никомб против Латвии») на основаниях ДЭХ не имел сложностей с отнесением долгосрочного соглашения на закупку электроэнергии, организованного как составная часть иностранных инвестиций в комбинированное производство электрической и тепловой энергии, к покрываемым ДЭХ и подпадающим под его защиту инвестициям.

защищена от экспроприации обязательством быстро выплатить достаточную и эффективную компенсацию (ст. 13 ДЭХ). Это обязательство также распространяется на нормативно-правовое регулирование, то есть регуляторную деятельность государства, которая по своим последствиям эквивалентна экспроприации⁶. Оно не означает, что экспроприация запрещена — лишь то, что должна быть выплачена полноценная компенсация. Это, по-видимому, является современным стандартом международного обычного права (опирающимся на так называемую формулу Халла)⁷.

Вторым важнейшим обязательством является требование «соблюдать все (контрактные) обязательства» (последнее предложение ст. 10 (1) ДЭХ). Это следует понимать как очередное подтверждение существующей в международном праве обязанности правительств уважать контракты, заключенные с иностранными инвесторами⁸. Это требование на практике означает, что правительства не могут использовать свою административную силу для аннулирования соглашения или прибегать к не менее спорной практике насильственного принуждения инвестора к вынужденному пересмотру условий соглашения — тоже довольно часто встречающаяся в прошлом

практика в Великобритании и Норвегии и в развивающихся странах. Это означает, что правительства могут объявлять недействительными существующие заключенные ими соглашения только с выплатой полной компенсации. Некоторые даже утверждают, что этот принцип является подтверждением универсального, всемирного характера требования о неизблемости контракта, зафиксированного еще в Коране.

Третьим важнейшим обязательством является национальный режим (недискриминация)⁹. Он означает, что правительство не может, выстраивая отношения с инвесторами, отдавать предпочтение каким-либо отечественным или иностранным инвесторам по сравнению с режимом, который оно предоставляет всем остальным инвесторам из государств — членов ДЭХ. До сих пор единственной судебной практикой такого рода были несколько дел в рамках ЕС и в контексте арбитражных разбирательств на основании статьи XI НАФТА. Они в основном были связаны с регулированием торговых операций, которое создавало барьеры для иностранных инвесторов в пользу их отечественных конкурентов. Можно рассматривать такую практику как более благоприятное для отечественных инвесторов налогообложение (хотя ДЭХ в статье 21 предусматривает специальные правила в этом отношении)¹⁰, дополнительные затруднения для иностранных инвесторов в доступе к нефте- и газопроводам, портовым мощностям, к таможенной очистке — все это может стать основанием для судебного иска по дискриминационным признакам.

Недискриминационные обязательства также затрагивают субнациональные власти, государственные и привилегированные предприятия (ст. 22, 23 ДЭХ) с исключительными или специальными преимуществами. Это означает, что государство несет ответственность (по отношению к иностранному инвестору) за то, что меры осуществляемой им поддержки, действия государственных предприятий и доминирующих частных компаний не подвергают риску дискриминации инвесторов из стран ДЭХ. Следует иметь в виду, что понятие «дискриминация» не является эквивалентом понятия «иной режим», но скорее указывает на различие режимов без законных оснований. Судебная практика, нарабатываемая в настоящее время в рамках арбитражных разбирательств на основании статьи XI НАФТА, заключений экспертных комиссий по разрешению споров в рамках ГАТТ / ВТО, или практика, нарабатываемая Европейским судом, представляет наилучшую иллюстрацию того, как именно стандарты дискриминационного поведения будут применяться в рамках разбирательств по ДЭХ.

⁶ *Wälde T., Kolo A. Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law* (2001) 50 ICLQ. 811–848.

⁷ Более подробно о «формуле Халла» см.: *Norton P. M. Back to the Future: Expropriation and the Energy Charter Treaty* // T. Wälde (ed). *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade* (Kluwer, 1996) или Нортон П. Назад в будущее: экспроприация и Договор к Энергетической Хартии // Договор к Энергетической хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада / Под ред. Т. Вальде (англ. изд.) и А. Конопляника (рус. изд.). М.: Международные отношения, 2002.

⁸ В отношении углубленной дискуссии о «защитных оговорках» см.: *Wälde T. The Umbrella Clause in Investment Arbitration: a Comment on Original Intentions and Recent Cases* (2005) 6 *J World Investment & Trade* 183–237, короткая и обновленная версия которой была позднее опубликована в *ICSID journal*; см. также: *Zolia V. Effect and Purpose of «Umbrella Clauses» in Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues*. TDM November 2005, op cit. См. также обновленный и короткий комментарий Т. Вальде в кн: *C. Ribeiro (ed). Energy Charter Treaty, 2006*, подготовленной по материалам конференции, организованной совместно Секретариатом Энергетической хартии и Арбитражным институтом Международной торговой палаты в Стокгольме (www.encharter.org). В настоящее время существуют два подхода в отношении нарушения контрактных обязательств принимающим государством — более «узкий» подход, утверждающий, что только действия правительств, но не действия коммерческих структур, ведущие к подрыву заключенных соглашений, могут считаться их нарушением (см. решения арбитражных трибуналов в 2006 г. по делу «*The El Paso v Argentina*» и по делу «*BP et al v Argentina*»), или, напротив, более «широкий» подход, при котором любое нарушение контракта, заключенного государством (или любым представляющим его лицом) представляет подлежащее судебной ответственности договорно-правовое нарушение ДЭХ (к такого рода искам относится, вероятно, дело «*Eureko v Poland*», частично разрешено в 2005 г.).

⁹ *Wälde T. National Treatment in International Investment Disputes*. TDM 2007, op cit; *Kurtz J. National Treatment, Foreign Investment and Regulatory Autonomy: The Search for Protectionism or Something More? // Report on the Seminar on International Investment Law of the Hague Academy of International Law, 2004* (2006); *Weiler T. National Treatment* // T. Weiler (ed). *Nafta, Investment Law and Arbitration* (2004).

¹⁰ Об инвестиционных спорах на основании вопросов налогообложения см.: *Wälde / Kolo. Report to the IIA Foreign Investment Law Committee* (2007).

Первое судебное решение по делу «*Nykomb v Latvia*» (декабрь 2003 г.), было вынесено в пользу истца-инвестора на основании обязательств о национальном режиме инвестиций. Предметом иска было невыполнение государственной энергетической монополией обязательства платить иностранному инвестору повышенный вдвое против обычного тариф на продукцию ТЭЦ, который был установлен правительством и государственной монополией. Отечественные компании получали этот повышенный вдвое тариф в качестве инвестиционного стимула для комбинированной выработки электроэнергии и тепла, но иностранный инвестор был лишен этого стимула (преференции), несмотря на то что имел все основания, по мнению трибунала, полагаться на жесткие контрактные обязательства¹¹.

Существует также обязательство предлагать «справедливый и одинаковый режим» и обеспечивать «максимальную защиту и безопасность» (ст. 10 (1) ДЭХ)¹². Эти правила представляются традиционными принципами международного права, однако практика арбитражных разбирательств в НАФТА и ИКСИД (Международный центр по урегулированию инвестиционных споров Всемирного банка) и их последние решения указывают на переоценку этих принципов. Они могут теперь означать и современное понимание содержания термина «надлежащее управление» — будь то государственное, будь то корпоративное. В данном контексте — по отношению к правительству принимающей страны — оно может включать такие характеристики его действий, как прозрачность, консультации с заинтересованными сторонами, выбор наименее ограничительных мер для достижения поставленных легитимных целей, опора на убедительные научные суждения, отсутствие недозволенных (считающихся запрещенными) влияний на действия правительства, уважения к ценностям, включенным сегодня во множество международных конвенций по правам человека. Эти принципы явились основой для решений арбитражных трибуналов присудить компенсацию инвесторам, пострадавшим от непрозрачного и избыточного государственного вмешательства, в результате чего пострадали законные и обоснованные инвестиционные ожидания инвесторов¹³.

Необходимо отметить следующие инвестиционные положения ДЭХ: об облегчении найма ключевого персонала (ст. 11), возмещении убытков в случае войн и аналогичных событий (ст. 12), праве перевода платежей, связанных с инвестициями (ст. 14), ограниченной сферы вторжения договора в вопросы налогообложения (ст. 18 (3)¹⁴ и 21), прозрачности, особенно в отношении соответствующих законов и подзаконных актов (ст. 20), и про-

граммных принципов добросовестной практики по вопросам охраны окружающей среды (ст. 19). Они либо являются скорее политически ориентированными положениями программного типа, либо формируют (и (или) отражают) сложившееся к сегодняшнему дню стандартное содержание ДИД. Основная проблемная зона здесь — это, по видимому, обязательства по конвертированию в иностранную валюту и по переводу платежей в контексте охватившего многие страны финансового кризиса. Договор не содержит исключений из правил для чрезвычайных финансовых ситуаций¹⁵.

Важно подчеркнуть, чего именно *не требует* ДЭХ. ДЭХ не накладывает обязательств по выбору формы права собственности на энергетические ресурсы (ст. 18 (2)). В противовес тому, что приходится иногда слышать в отношении системы общественной собственности на добытые или находящиеся в недрах энергоресурсы, такая система собственности находится в полном соответствии с ДЭХ. То же относится к сохраняющейся практике существования государственных предприятий (компаний). Недискриминационные правила ДЭХ могут создавать обязательства в случае осуществления приватизации (это является предметом (хотя существуют мнения, что скорее побочным продуктом) так и незавершенного Дополнительного договора к ДЭХ), но ДЭХ не требует приватизации государственных нефтяных и газовых ком-

¹¹ Решение опубликовано в TDM archive (www.transnational-dispute-management.com). Комментарий Т. Вальде по этому решению см.: *Wälde T.* The First Energy Treaty Arbitral Award (with Hober K.) in (2005) 22 J Int'l Arbitration 83–105. О дополнительных деталях этого и других судебных разбирательств на основаниях ДЭХ см. также: *Jagusich St., Sinclair A.* The Energy Charter Treaty: Settlement of Disputes between an Investor and a Member State – presentation at the Seminar on the ECT dispute settlement mechanisms, Energy Charter Secretariat, 20 October 2005 (www.encharter.org).

¹² *Laird I.* Betrayal, Shock and Outrage – Recent Developments in NAFTA Article 1105 // *T. Weiler* (ed), 2004, *op cit*; *Schreuer C.* Fair and equitable treatment in arbitral practice // *J World Investment*. 2005. P. 374; *Sabahi B.* Protections of Legitimate Expectations // *TDM* 2005 (www.transnational-dispute-management.com), November 2005.

¹³ Быть может, складывается тенденция, что трибуналы все больше выносят решения в пользу истца на основаниях стандарта справедливого и одинакового режима (поведения правительства принимающей страны), что, похоже, требует менее детальной доказательной базы для обоснования «притеснений» иностранного инвестора со стороны государства, чем обоснование «нормативных притеснений» со стороны государства, границы которых не так легко обосновать с высокой степенью надежности. Последняя судебная практика развивается в основном в русле статьи 1105 НАФТА и эквивалентных (соответствующих) ей положений ДИД. См.: «*Metalclad v Mexico*», «*Tecmed v Mexico*» and «*MTD v Chile*» – all available from TDM and www.investmentclaims.com. См. также: Особое мнение Т. Вальде (*Wälde's Separate Opinion*) по иску «*Thunderbird v Mexico*» (www.naftaclaims.com).

¹⁴ Под руководством Т. Вальде был выполнен исследовательский проект по вопросам налогообложения в международных инвестиционных договорах. Вступительный комментарий см.: *Wälde T.* Renegotiating previous governments' privatization deals: the 1997 UK windfall tax on utilities and international law (1999) 19 *Northwestern J Int'l Law & Business* 405–424 (with Abba Kolo).

¹⁵ Короткая дискуссия по этому вызывающему удивление отсутствию положения о чрезвычайных национальных обстоятельствах представлена в: *Wälde T., idem.* International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty (1995) 29 *JWT* 5–72; *Kentin E.* Report of the Hague Academy of International Law, 2006, *op cit*. Наиболее свежие судебные разбирательства, в ходе которых обсуждалась концепция национальных чрезвычайных обстоятельств, – это дело «*CMS v Chile*» (решение по существу вопроса см. на сайте: www.worldbank.org/icsid), а также дело «*LG&E v Argentina*». CMS не признавало позиции об объявлении форс-мажора в связи с экономическим кризисом, LG&E согласилось с такой позицией.

паний. ДЭХ скорее требует следующее: в том случае, если государственное предприятие осуществляет производственную деятельность, ему не должен предоставляться преференциальный режим — оно должно работать на «коммерческих условиях» и в «поле равных возможностей» с иностранными инвесторами. Если публичная акционерная компания или какая-либо организация наделяется полномочиями на выполнение коммунальных услуг, это может тем не менее оправды-

вать применение иного режима по отношению к ним, ибо «дискриминация» означает применение различных режимов в сходных, похожих условиях без легитимных на то оснований по аналогии со статьей 86 Договора об образовании ЕС.

ДЭХ не содержит четко выраженного положения, требующего открытия для иностранных инвесторов доступа к нефтегазовым районам. Подчеркнутая отсылка к «суверенным правам над энергетическими ресурсами» подтверждает этот вывод (ст. 18 (1) ДЭХ). «Постоянный суверенитет над природными ресурсами» (резолюция 1803 Генеральной Ассамблеи ООН 1962 г. является авторитетным источником этого положения) обычно понимается как право государства — собственника недр распоряжаться своими природными ресурсами по своему усмотрению. Ссылка на «суверенитет над энергетическими ресурсами» следует понимать как подтверждение со стороны ДЭХ принципа постоянного суверенитета над природными ресурсами.

В соответствии со статьей 47 ДЭХ каждая Договаривающаяся сторона имеет право выйти из ДЭХ в любое время спустя пять лет после того, как ДЭХ вступил в силу для этой Договаривающейся стороны. Такой выход вступит в силу спустя один год после того, как уведомление о выходе из договора будет получено депозитарием (Правительством Португальской Республики). Тем не менее ДЭХ защищает существующие инвестиции иностранных инвесторов других Договаривающихся сторон на территории Договаривающейся стороны, вышедшей из договора, а также инвесторов этой Договаривающейся стороны, вышедшей из договора, на территории других Договаривающихся сторон, в течение следующих 20 лет после даты вступления в силу выхода этой Договаривающейся стороны из договора.

Статья 45 содержит юридическую новеллу — положение о «временном применении» ДЭХ. Пять государств подписали, но не ратифицировали ДЭХ. В то же время два государства из этих пяти (Россия и Беларусь) применяют договор на временной основе¹⁶, а Норвегия принимает очень активное участие в процессе Энергетической хартии¹⁷. Проходящий в настоящее время арбитражный процесс по делу «Menater v Russia» поднимает вопрос о том, в какой степени Россия обременена обязательствами по договору в соответствии со статьей 45 ДЭХ о его временном применении, а также обеспечивает ли временное применение договора возможность достижения арбитражного решения в соответствии с процедурой, предусмотренной его статьей 26¹⁸.

(Продолжение следует.)

¹⁶ Основными возражениями со стороны России против ратификации ДЭХ были инициированные в свое время «Газпромом» озабоченности по следующим вопросам. Якобы: а) ДЭХ, подталкивая развитие открытых и конкурентных энергетических рынков, выступает против долгосрочных контрактов на поставку; б) ДЭХ обязывает его договаривающиеся стороны предоставлять обязательный доступ для третьих сторон к энерготранспортной инфраструктуре и таким образом открывает газотранспортную систему «Газпрома» для конкурирующего с российским и более дешевого среднеазиатского газа для прокачки в направлении Европы; в) ДЭХ требует, чтобы транзитные тарифы были равны тарифам на внутреннюю транспортировку, что в комбинации с изложенным в пункте «б» приведет к конкурентным ущербам для поставщиков российского газа в Европу; четвертый аргумент против ратификации ДЭХ был высказан Министерством по атомной энергии, которое считало недостатком ДЭХ то, что: г) ДЭХ не регулирует на многосторонней основе торговлю ядерными материалами между Россией и ЕС.

Все четыре группы возражений не являются корректными: 1) такие требования или такие положения в ДЭХ отсутствуют; более того, ДЭХ защищает (ст. 10 (1) ДЭХ, как было показано выше) существующие контрактные структуры на энергетических рынках и заключенные контракты; 2) ДЭХ содержит специальное Понимание IV.1 (b) (ii), которое гласит: «Положения Договора... не обязывают никакую Договаривающуюся сторону открывать обязательный доступ для третьих сторон...» («Договор к Энергетической хартии и связанные с ним документы». Секретариат Энергетической хартии. С. 28); 3) такое понимание представляет собой неверную интерпретацию статьи 7.3 ДЭХ («Транзит»), которая, имея дело с трансграничными потоками энергии, гласит, что «каждая Договаривающаяся сторона обязуется, что... для транзитных энергетических материалов и продуктов, происходящих из ее собственной территории или предназначенных для нее...» (то есть, соответственно, чем для экспорта или импорта, ибо именно и только эти потоки, а не внутренняя транспортировка относятся к трансграничным потокам энергии, которые рассматриваются в этой статье). Необходимые разъяснения были сначала даны в письме Генерального секретаря Секретариата Энергетической хартии, направленном в Россию в феврале 2001 г. На этой основе экспертами России и ЕС в рамках их двусторонних консультаций по нерешенным вопросам проекта Транзитного протокола был впоследствии подготовлен проект специального Понимания (которое в октябре 2008 г. было одобрено на рабочем уровне всем многосторонним сообществом Энергетической хартии в ходе многосторонних обсуждений по завершению Транзитного протокола — А. К.); 4) торговля ядерными материалами между Россией и ЕС была исключена из сферы действия ДЭХ в силу подписания сторонами двустороннего меморандума (то же самое было сделано в отношении торговли ядерными материалами ЕС с Украиной, Казахстаном, Киргизстаном, Таджикистаном и Узбекистаном). Совместный меморандум делегаций Российской Федерации и ЕС по ядерной торговле, являющийся неотъемлемой частью пакета документов ДЭХ, содержит положение о применении соответствующих положений о торговле ядерными материалами из заключенного сторонами за полгода до подписания ДЭХ двустороннего Соглашения о партнерстве и сотрудничестве (СПС) Россия — ЕС, которое, в свою очередь, предусматривало подготовку специального двустороннего соглашения между сторонами по этому вопросу. Намерением сторон, изложенном в статье 22 СПС, было заключить такое соглашение к 1 января 1997 г., однако оно не заключено до сих пор. Такое суверенное решение двух стран не свидетельствует о недостатках ДЭХ по этому вопросу. Вышеизложенное говорит скорее об отсутствии прогресса в двусторонних отношениях между сторонами по этому вопросу.

¹⁷ Норвегия говорит о конституционных проблемах ратификации ДЭХ, относящихся к вопросам разрешения споров между государством и инвестором (ст. 26 ДЭХ), но существует мнение, что страна ратифицирует ДЭХ если (когда) это сделает Россия.

¹⁸ По этому вопросу см.: Klaus U. ECT and provisional application // TDM 2005, *op cit*; Konoplyanik A. The Energy Charter Treaty: Dispute Resolution Mechanisms — and the Yukos Case // Russian / CIS Energy & Mining Law Journal. 2005. № 1. (Vol. III). P. 27–33; Konoplyanik A. Energy Charter Treaty — and «Yukos case». (2005) 8 Petroleum Economist 35–36; Коноплиник А. ДЭХ и «дело ЮКОСа» // Нефть России. 2005. № 8. С. 83–86. Арбитраж по делу «Petobart v Kirgizstan» согласился с применением положений ДЭХ о его временном применении в инвестиционном арбитражном разбирательстве (доступно в «TDM archive» на www.transnational-disputemanagement.com). В ходе слушаний по делу «Plama v Bulgaria» (www.worldbank.org/icsid) этот вопрос обсуждался, но без конкретных выводов. Этот вопрос является ключевым элементом в продолжающемся деле «Menater / Hulley et al v Russia» на основаниях ДЭХ.