

Договор к Энергетической хартии: окно возможностей для защиты инвестиций закрывается¹



И.В. Гудков,
доцент кафедры
правового регулирования
ТЭК МИЭП МГИМО России,
кандидат юридических наук



С.О. Добшевич,
руководитель практики
разрешения споров
юридической фирмы
«Better Chance»

Аннотация. В статье рассмотрены категории подпадающих под ДЭХ инвестиций и стандарты их защиты, статистика разрешения инвестиционных споров по ДЭХ, специфика предусмотренной ДЭХ «закатной оговорки». В заключении сформулированы основные выводы и рекомендации. Российский бизнес при условии подходящего корпоративного структурирования своей зарубежной деятельности может опосредованно воспользоваться выгодами ДЭХ, пока окно возможностей для защиты инвестиций на основании этого договора не полностью закрылось.

Ключевые слова: Договор к Энергетической хартии, ДЭХ, модернизация, стандарты инвестиционной защиты, «Северный поток», инвестиционные споры, «закатная оговорка», выход из договора.

Energy Charter Treaty: «window of opportunity» for investment protection is closing

Gudkov I.V., Dobshevich S.O.

Annotation. The article considers types of investments covered by the ECT and standards of their protection, statistics of investment disputes' resolution under the ECT, specifics of the ECT's «sunset clause» and concludes with making general recommendations. The Russian business, if its foreign activity is structured in an eligible manner, can indirectly use advantages of the ECT before window of opportunities for protection of investments under this treaty is not fully closed.

Key words: Energy Charter Treaty, ECT, modernization, investment protection standards, Nord Stream, investment disputes, «sunset clause», withdrawal from the treaty.

7 июля 2023 г. Европейская комиссия (далее – Комиссия) предложила Европейскому союзу (далее – ЕС) в координации с его государствами-членами выйти из Договора к энергетической хартии 1994 г. (далее – ДЭХ), который является единственным наднациональным многосторонним международным соглашением, объединяющим в настоящее время 53 участника (включая ЕС и Евратом) из стран Европы и Азии, комплексно регулирующим отношения в области энергетики, включая инвестиционные, торговые и транзитные².

Эта инициатива Комиссии была выдвинута после того, как 8 государств – членов ЕС (Дания, Германия, Испания, Нидерланды, Лихтенштейн, Польша, Португалия и Франция) в 2022-2023 гг. заявили о намерении выйти из ДЭХ³. До этого в 2009 г. из ДЭХ вышла Россия, а в 2016 г. – Италия.

Основным декларируемым в последние два года и лежащим в основе инициативы Комиссии мотивом выхода из ДЭХ является его несоответствие современным эколого-климатическим приоритетам, а именно защита договором инвестиций в ископаемое топливо, сжигание которого служит основным источником антропогенных выбросов парниковых газов.

¹ Настоящая статья отражает личную точку зрения авторов и не представляет официальную точку зрения какого-либо учреждения или организации.

² EU tables Energy Charter Treaty exit, citing climate concerns. 07.07.2023. – URL: <https://www.euractiv.com/section/energy/news/eu-tables-energy-charter-treaty-exit-citing-climate-concerns/>

³ E.S. Nicolas. Why are EU countries leaving the Energy Charter Treaty? 19.10.2022. – URL: <https://euobserver.com/green-economy/156308>;

K. Mathiesen, S. Anne Aarup. The world's biggest dirty energy club is cracking up. 24.10.2022. – URL: <https://www.politico.eu/article/fossil-fuels-dirty-energy-charter-treaty-eu-guy-lentz/>;
Portugal announces withdrawal from Energy Charter Treaty. 20.07.2023. – URL: <https://www.euractiv.com/section/energy/news/portugal-announces-withdrawal-from-energy-charter-treaty/>

ДЭХ упрекают за то, что, защищая такие инвестиции, он повышает риски и издержки участников, связанные с принятием ими мер энергоклиматического регулирования, направленных на достижение глобальной температурной цели Парижского соглашения 2015 г. и, в конечном счете, препятствует энергетическому переходу: транзиту от ископаемого топлива к низкоуглеродным, в том числе возобновляемым, источникам энергии (далее – ВИЭ)⁴.

Процесс модернизации ДЭХ, инициированный в 2017 г. и воплотившийся в 15 раундах многосторонних переговоров, привел к появлению проекта обновленного договора, учитывающего климатическим соображения: с эффективным «экологическим исключением» и «механизмом гибкости», позволяющим участникам лишать защиты будущие инвестиции в ископаемое топливо⁵. Однако этот проект не был поддержан внутри ЕС (отклонен Комитетом постоянных представителей), поскольку оказался менее амбициозным, чем ожидали некоторые государства – члены ЕС. Как следствие, он не смог получить требуемое единогласное одобрение Конференции по Энергетической хартии (далее – КЭХ), на рассмотрение которой был вынесен в конце 2022 г. Перспектива одобрения не просматривается и в ближайшее время⁶.

Учитывая, что ДЭХ является самым активно используемым многосторонним инвестиционным инструментом, стандарты которого при определенных условиях (подходящем структурировании

владения или действии предусмотренной другим инвестиционным договором оговорки о режиме наибольшего благоприятствования) защищают также инвестиции, подконтрольные инвесторам из государств, не участвующих в ДЭХ или вышедших из него, высокую практическую актуальность приобретает вопрос о том, каким образом анонсированный Комиссией и рядом государств – членом ЕС выход из договора может отразиться на перспективах защиты соответствующих иностранных инвестиций.

Для внешнеэкономических интересов российского бизнеса этот вопрос имеет особую значимость, поскольку после начала Россией в феврале 2022 г. специальной военной операции (далее – СВО) подконтрольные российским лицам (в том числе через зарубежные структуры, зарегистрированные и осуществляющие деятельность в государствах – участниках ДЭХ) нефтегазовые активы в ЕС были подвергнуты мерам, которые имеют очевидные признаки нарушения предусмотренных договором стандартов защиты инвестиций.

Так, принудительный перевод зарегистрированных в ЕС компаний, прямо или косвенно подконтрольных российским предприятиям, под управление регуляторов государств – членом ЕС имеет признаки незаконной экспроприации и нарушения стандарта справедливого и равноправного обращения⁷.

В свою очередь, подрыв принадлежащих швейцарским компаниям трубопроводов «Северный поток-1» и «Северный поток-2» нанес беспрецедентный по масштабу ущерб критически важной трансграничной энергетической инфраструктуре и имеет признаки нарушения предусмотренного ДЭХ стандарта максимальной защиты и безопасности.

В настоящей статье, во-первых, рассмотрены категории подпадающих под ДЭХ инвестиций и стандарты их защиты, во-вторых, приведен обзор накопленной на текущий момент статистики разрешения инвестиционных споров по ДЭХ, в-третьих, изучена специфика предусмотренной ДЭХ «закатной оговорки» и перспективы ее нейтрализации, а в заключении сформулированы основные выводы исследования.

Инвестиции по ДЭХ и стандарты их защиты

ДЭХ представляет собой многостороннее соглашение о защите инвестиций, связанных с «хозяйственной деятельностью в энергетическом секторе». Как и многие иные двух- и многосторонние

⁴ Kyla Tienhaara and Lorenzo Cotula Raising the Cost of Climate Action? Investor–State Dispute Settlement and Compensation for Stranded Fossil Fuel Assets // IIED 2020; Kyra Bos and Joyeeta Gupta Stranded Assets and Stranded Resources: Implications for Climate Change Mitigation and Global Sustainable Development // (2019) 56 Energy Research and Social Science 1, at 1–15;

Kyla Tienhaara Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor–State Dispute Settlement // (2018) 7 Transnational Environmental Law 229, at 229–250; Kyla Tienhaara [et al.], Investor–State Dispute Settlement: Obstructing a Just Energy Transition (2022).

⁵ См. подробнее о причинах модернизации и содержании обновленного проекта ДЭХ: Гудков И.В. Договор к энергетической хартии: реформа или распад? // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2023. – № 2.

⁶ Tibisay Morgandi & Lorand Bartels (2023) Exiting the Energy Charter Treaty under the law of treaties. King's Law Journal. 2023;34(1):145–169. DOI: 10.1080/09615768.2023.2196834.

⁷ Эксперты: ФРГ разрушает энергобезопасность ради незаконной конфискации активов России, 21.04.2023 // ТАСС: [сайт]. – URL: <https://tass.ru/ekonomika/17576621>;

«Роснефть» назвала экспроприацией передачу своих активов под контроль регулятора ФРГ, 17.09.2022 // Forbes: [сайт]. – URL: <https://www.forbes.ru/biznes/477377-rosneft-nazvala-ekspropriaciy-peredacu-svoih-aktivov-pod-kontrol-regulatora-frg>;

Газ карман не тянет. Германия национализировала активы «Газпрома», 14.11.2022 // Коммерсант.ру: [сайт]. – URL: <https://www.kommersant.ru/doc/5667757>;

Польша и Германия забрали активы «Газпрома», 15.11.2022. – URL: <https://journal.tinkoff.ru/news/takeover-of-gazprom/>;

Польша обязала «Новатэк» передать местную газовую инфраструктуру госкомпаниям, 29.04.2022. – URL: <https://rg.ru/2022/04/29/polsha-obiazala-novatek-peredat-mestnuiu-gazovuiu-infrastrukturu-goskompaniiam.html>;

S. Moody Rosneft prepares investment claim against Germany, 17.08.2023. – URL: <https://globalarbitrationreview.com/article/rosneft-prepares-investment-claim-against-germany>

соглашения о защите инвестиций, ДЭХ содержит определения «инвестор», «инвестиции» и предусматривает весьма щедрые материальные и процессуальные стандарты их защиты.

Для задействования предусмотренного ДЭХ механизма защиты инвестиций инвестору необходимо, во-первых, установить наличие соответствующих критериям ДЭХ инвестиций (пункт 6 статьи 1 ДЭХ), инвестора и территории осуществления инвестиций (подпункты 7 и 10 статьи 1 ДЭХ), во-вторых, доказать нарушение одного или нескольких предусмотренных ДЭХ материальных стандартов защиты инвестиций, в-третьих, прибегнуть к обязательному трехмесячному досудебному урегулированию (так называемый период заморозки), после чего в случае невозможности договориться об урегулировании спора принять решение о возбуждении разбирательства либо в суде принимающего государства, либо в предусмотренном статьей 26 ДЭХ международном инвестиционном арбитраже.

В подавляющем числе случаев инвесторы обращаются в международный инвестиционный арбитраж, поскольку он имеет такие базовые преимущества, как нейтральность, исполнимость и конфиденциальность. Кроме того, обращение в международный арбитраж создает риск только на стороне принимающего государства, а инвестору дает возможность торговаться с государством об условиях мирового урегулирования.

Инвестиции, инвестор, территория

Инвестицией для целей ДЭХ считается любой вид активов, находящихся в собственности или под контролем инвестора, включая различные формы имущества (движимое и недвижимое), имущественные права, в том числе акции, доли, вклады и иные формы участия в предприятиях, интеллектуальную собственность и др. Эти активы должны быть связаны с «хозяйственной деятельностью в энергетическом секторе», включающей, среди прочего, разведку, добычу, переработку, хранение, передачу, распределение, сбыт энергетических материалов и продуктов.

Если инвестор в рамках статьи 26 ДЭХ передает спор в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, учрежденный в соответствии с Вашингтонской конвенцией 1965 г. (далее – МЦУИС), то арбитраж также проверяет соответствие инвестиций статье 25(1) Вашингтонской конвенции, применяя один из выработанных в практике тестов.

Наиболее широко применяются тест *Salini* и его модифицированные версии. В деле *Salini v. Mo-*

gosso в качестве критериев защищенной инвестиции были установлены: (i) вложение денежных средств или активов; (ii) определенная продолжительность реализации проекта; (iii) элемент риска и (iv) вклад в экономическое развитие государства-реципиента⁸.

При применении теста *Salini* у арбитража есть значительная свобода усмотрения, ярким примером проявления которой служит варьирующаяся практика применения четвертого критерия: в некоторых делах необходимость соблюдения критерия о вкладе в экономическое развитие государства-реципиента отвергается⁹, а в некоторых признается и, сверх того, отмечается, что вклад должен быть «существенным»¹⁰.

Другой предусмотренный статьей 26 ДЭХ арбитраж – по Регламенту ЮНСИТРАЛ – более широко толкует термин «инвестиции», поскольку он не связан статьей 25(1) Вашингтонской конвенции. Вместе с тем арбитражи по Регламенту ЮНСИТРАЛ также иногда применяют модификации теста *Salini*, указывая при этом, что их подход является более гибким, чем у МЦУИС. Например, практика арбитража по Регламенту ЮНСИТРАЛ знает прецеденты защиты инвестиций, внесенных в относительно короткие по продолжительности, но при этом значимые и рискованные проекты¹¹.

Таким образом, широкие формулировки договора и гибкие тесты арбитражной практики позволяют относить к защищенным ДЭХ инвестициям множество активов в производственно-сбытовой цепи ТЭК.

Инвестором для целей ДЭХ признается компания, учрежденная в соответствии с законодательством участника ДЭХ, а также физические лица, постоянно проживающие на территории или имеющие гражданство (подданство) участника ДЭХ. Статья 17 ДЭХ содержит ограниченный круг оснований для отказа в преимуществах. По общему правилу, если инвестором является компания, зарегистрированная на территории участника и осуществляющая там «существенную деловую активность», она считается защищенным инвестором.

Территорией в понимании ДЭХ считается не только территория участника «в классическом» меж-

⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para. 52.

⁹ См., например: *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012, para. 220.

¹⁰ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, para. 53.

¹¹ *Christian Doutremepuich and Antoine Doutremepuich v. Republic of Mauritius*, PCA Case No. 2018-37, Award on Jurisdiction, 23 August 2019, para. 120.

дународно-правовом значении, т.е. находящаяся под его суверенитетом, но также «при соблюдении норм международного морского права и в соответствии с ними: море, морское дно и его недра, в отношении которых... договаривающаяся сторона осуществляет суверенные права и юрисдикцию» (пункт 10 статьи 1 ДЭХ).

Исходя из этого в доктрине высказывается мнение о том, что стандарты защиты инвестиций ДЭХ распространяются на инвестиции, осуществленные в исключительной экономической зоне (далее – ИЭЗ) и на континентальном шельфе (далее – КШ) участников ДЭХ, в том числе на инвестиции в виде подводных трубопроводов и электрокабелей¹².

Этот, значимый, в том числе в связи с произошедшим на «Северных потоках» инцидентом, вывод основан на положениях статей 55, 56(1) и 79 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., согласно которым прибрежные государства реализуют определенные суверенные права и юрисдикцию в ИЭЗ и на КШ, в частности, право согласовывать трассы трубопроводов (статья 79 (3)) и принимать «разумные меры для предотвращения, сокращения и сохранения под контролем загрязнения» от них (статья 79(2)).

Близкое к содержащемуся в ДЭХ определение территории воспроизводится и в других заключаемых в настоящее время международных инвестиционных соглашениях. Например, в Соглашении о свободной торговле между ЕС и Сингапуром 2018 г. указано: «Для большей определенности инвестиции, осуществляемые «на территории другой Стороны», включают инвестиции, осуществляемые в исключительной экономической зоне или континентальном шельфе, как это предусмотрено в Конвенции ООН по морскому праву от 10 декабря 1982 г.»¹³.

Материальные стандарты защиты инвестиций

Часть III ДЭХ содержит набор значимых материальных стандартов защиты инвестиций, включая стандарты максимальной защиты и безопасности, равноправного и справедливого обращения, возмещения ущерба при чрезвычайных ситуациях, защиты от незаконной экспроприации, свободы перевода платежей, свободы перевода ключевого персонала.

В свете инцидентов с «Северными потоками» особого внимания заслуживает стандарт максимальной защиты и безопасности, который по сравнению с другими стандартами в меньшей степени протестирован практикой и изучен в литературе.

В свете инцидентов с «Северными потоками» особого внимания заслуживает стандарт максимальной защиты и безопасности. На его основе участник ДЭХ может быть привлечен к ответственности за действия третьих лиц, разрушившие инвестицию, даже если сам участник своими собственными действиями ущерб инвестиции не наносил

Этот стандарт, который в других международных инвестиционных соглашениях обычно именуется стандартом полной защиты и безопасности, направлен в первую очередь на защиту физической безопасности инвестиций. На его основе участник ДЭХ может быть привлечен к ответственности за действия третьих лиц, разрушившие инвестицию, даже если сам участник своими собственными действиями ущерб инвестиции не наносил.

Впервые стандарт полной защиты и безопасности был применен в практике международного инвестиционного арбитража в деле *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka*, рассмотренном на основании двустороннего инвестиционного соглашения между Соединенным Королевством и Шри-Ланкой¹⁴.

Обстоятельства дела были связаны со схваткой между силами безопасности Шри-Ланки и повстанцами, в ходе которой была разрушена креветочная ферма инвестора и убито более 20 его сотрудников. Ни инвестор, ни принимающее государство не смогли доказать, кто именно нанес ущерб – повстанцы или силы безопасности Шри-Ланки.

Арбитраж постановил, что Шри-Ланка нарушила стандарт полной защиты и безопасности, поскольку не приняла «все возможные меры для предотвращения убийств и уничтожения инвестиций». Арбитраж указал, что нет необходимости доказывать наличие у Шри-Ланки злого умысла или халатности, достаточно установить отсутствие или недостаток должной осмотри-

¹² Azaria D. The Scope and Content of Sovereign Rights in Relation to Non-Living Resources in the Continental Shelf and the Exclusive Economic Zone, p. 13. – URL: <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/1493065/1/The%20Scope%20and%20Content%20of%20Sovereign%20Rights%20in%20relation%20to%20Non-Living%20Resources%20in%20the%20Continental%20Shelf%20and%20the%20Exclusive%20Economic%20Zone.pdf>

¹³ Соглашение пока не вступило в силу. – URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5714/download>

¹⁴ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990.

тельности, под которой понимаются разумные меры по предупреждению ущерба, которые в аналогичных обстоятельствах должно было бы предпринять правительство с хорошим уровнем управления.

Наиболее интересным в контексте энергетических инвестиций является дело *Ampal-American and others v. Egypt*, рассмотренное на основании двустороннего инвестиционного соглашения между Египтом и США¹⁵.

Оно касалось подрыва на территории Египта принадлежащего американскому инвестору газопровода, который в период с февраля 2011 г. по апрель 2012 г. подвергся серии нападений со стороны террористических организаций. В ходе рассмотрения дела арбитраж ознакомился с внушительным объемом фактических доказательств, представленных сторонами. Установив, что египетские власти не предприняли «каких-либо конкретных шагов», чтобы защитить инвестицию, арбитраж заключил, что Египет нарушил стандарт полной защиты и безопасности и присудил инвестору крупную компенсацию.

Сопоставляя это дело с обстоятельствами инцидента на «Северных потоках», можно выявить как определенные отличия, так и аналогии.

В отличие от серии последовательных, растянутых во времени и совершенных на сухопутной территории нападений на египетский газопровод, «Северные потоки» были взорваны в один день, и подрыв был совершен в морских пространствах.

Сходство состоит в том, что в обоих случаях причастность государств к атакам на инфраструктуру не установлена. В то же время, в опубликованном С. Хершем независимом расследовании инцидента на «Северных потоках» упоминается, что власти ряда европейских государств были в курсе готовящейся диверсии, но не предприняли попыток для защиты газопроводов¹⁶. По оценке С. Херша, информацией обладала Германия, в территориальном море которой проложены «Северные потоки», а косвенными данными могли располагать Дания и Швеция, в ИЭЗ и на КШ которых произошел инцидент¹⁷. На осведомленность (и, возможно, вовлеченность) Дании и Швеции указывает также публикация в газете *Times*, согласно которой эти два государства за четыре дня до инцидента «впервые за много лет» направили к месту его будущего происшествия военные суда с выключенными транспондерами¹⁸. Впоследствии эти государства отказали пострадавшим лицам в допуске к расследованию¹⁹.

Статистика рассмотрения инвестиционных споров по ДЭХ

По состоянию на середину 2023 г. известно о 158 инвестиционных спорах, возбужденных на основании ДЭХ²⁰, что делает этот договор наиболее популярным международно-правовым средством защиты прав инвесторов²¹. Из общего количества споров 59 % возбуждено в сфере ВИЭ, 34 % – в сфере ископаемого топлива, 3 % – в сфере атомной энергетики²². Начиная с 2010-х гг. ДЭХ активно используется как средство разрешения «внутриевропейских» инвестиционных споров: порядка 60 % от общего количества споров, рассматриваемых в рамках ДЭХ, составляют споры, возбужденные инвесторами из государств – членом ЕС против других государств – членом ЕС²³. Поскольку разбирательство инвестиционных споров осуществляет международный арбитраж, не связанный нормами права ЕС, установленный Судом ЕС запрет на рассмотрение вне юрисдикции ЕС «внутриевропейских» споров на практике не применяется.

Инвесторы активно используют ДЭХ, в том числе как средство защиты от причиняющих им значительный экономический ущерб радикальных изменений государственной энергетической политики принимающих стран.

Так, на основании ДЭХ шведские инвесторы предъявили требование компенсации убытков в размере свыше 8 млрд евро, причиненных запретом на производство ядерной электроэнергии в ФРГ²⁴.

¹⁵ *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08–10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss.

¹⁶ Seymour Hersh Answers Questions on Explosive Allegation that US Blew Up Nord Stream Pipeline. 16.02.2023. – URL: <https://thewire.in/world/seymour-hersh-us-destroyed-nord-stream-pipeline-interview>;

«Северные потоки»: власти Германии все знали, но ничего не сделали. – URL: <https://smotrim.ru/video/2671556>

¹⁷ Там же.

¹⁸ *Times* узнал о кораблях Дании и Швеции у «Северных потоков» до взрывов. 24.03.2023. – URL: <https://www.rbc.ru/politics/24/03/2023/641d91099a7947628d9718ce>

¹⁹ В Дании заявили, что не допустят Россию к расследованию взрывов на «Северных потоках», 16.03.2023 // Интерфакс: [сайт]. – URL: <https://www.interfax.ru/world/891448>; Швеция отказалась передать России итоги расследования взрывов Nord Stream, 10.10.2022 // РБК: [сайт]. – URL: <https://www.rbc.ru/politics/10/10/2022/63446c5c9a79475ab566f6e2>

²⁰ International Energy Charter. – URL: <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>

²¹ H. Khalifeh ECT: to withdraw or not to withdraw? 03.01.2022. – URL: <https://www.lexology.com/commentary/energy-natural-resources/international/obeid-partners/ect-to-withdraw-or-not-to-withdraw>

²² International Energy Charter. – URL: <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>

²³ Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option – URL: <https://www.clientearth.org/media/ub1b4hmk/ect-reform-withdrawal-itn-july-2021.pdf>

²⁴ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

Немецкие инвесторы требуют компенсации убытков от запрета на генерацию угольной электроэнергии, введенного в Нидерландах²⁵.

Английский инвестор судится с Италией по поводу введенного ею запрета на разработку морских участков недр²⁶.

Более 50 споров было возбуждено инвесторами в связи с отменой льготного инвестиционно-стимулирующего режима производства ВИЭ в Испании, Италии и Чехии²⁷.

Швейцарский инвестор Nord Stream-2 AG, подконтрольный российскому газовому предприятию, в 2019 г. возбудил на основании ДЭХ первый спор не против отдельного принимающего государства, а против Евросоюза как организации региональной экономической интеграции в связи с ретроспективным распространением внутреннего энергетического регулирования ЕС на трансграничный морской газопровод из России²⁸.

Половина (79) возбужденных на основании ДЭХ инвестиционных споров на текущий момент закончилась вынесением арбитражных решений, 53 дела находятся в стадии рассмотрения, по 11 спорам стороны достигли мирового соглашения (например, иск шведской Vattenfall к ФРГ был в конце 2021 г. после почти 10-летнего арбитражного разбирательства урегулирован мировым соглашением, по которому ФРГ обязалась выплатить инвестору около 1,5 млрд евро), 8 дел были прекращены, 3 арбитражных решения были отменены²⁹.

Швейцарский инвестор Nord Stream-2 AG, подконтрольный российскому газовому предприятию, в 2019 г. возбудил на основании ДЭХ первый спор не против отдельного принимающего государства, а против Евросоюза.

В целом на базе ДЭХ сформирован солидный набор прецедентов присуждения принимающим государствам компенсаций. В половине известных разрешенных дел решения были вынесены в пользу инвесторов, из них в большинстве случаев с выплатой компенсации, но соотношение присужденной арбитражем и запрошенной инвесторами компенсации существенно варьируется (от 10,5 до 95,5 %), а в трех спорах арбитраж ограничился признанием нарушения ДЭХ со стороны принимающего государства без присуждения компенсации. Чаще всего принимающие государства признаются нарушившими стандарт справедливого и равноправного обращения, на втором месте в списке нарушений – незаконная экспроприация, на третьем – неразумные или дискриминационные меры. Крупнейшая в истории международного инвестиционного арбитража сумма компенсации (около 50 млрд долл.) была присуждена на основании ДЭХ в «деле ЮКОСа»³⁰.

Таким образом, критика ДЭХ за то, что он блокирует энергетический переход, так как защищает инвестиции в ископаемое топливо, представляется не вполне обоснованной, поскольку, как показано выше, львиная доля инвестиционных споров, возбужденных на основании этого договора, преследует цель защиты инвестиций в ВИЭ.

«Закатная оговорка» ДЭХ

Пункт 3 статьи 47 ДЭХ содержит типичную для международных инвестиционных соглашений «закатную оговорку» («sunset clause»), которая предусматривает продолжение применения инвестиционных норм ДЭХ на территории вышедшего из договора участника в течение 20 лет с даты выхода для защиты инвестиций, сделанных на его территории инвесторами других участников.

Буквально она устанавливает следующее: «Положения настоящего договора продолжают применяться в отношении инвестиций, осуществленных на территории договаривающейся стороны инвесторами других договаривающихся сторон или на территории других договаривающихся сторон инвесторами этой договаривающейся стороны с момента, когда вступает в силу выход этой договаривающейся стороны из договора, в течение 20 лет с этой даты».

Опыт России и Италии, в отношении которых уже после их выхода из ДЭХ были вынесены ар-

²⁵ C. Sanderson. Netherlands risks first treaty claim over closure of coal plants // Global Arbitration Review. 08.09.2019.

²⁶ Outrage as Italy ordered to pay millions to oil investor over Energy Charter Treaty claim. 24.08.2022. – URL: <https://caneurope.org/outrage-as-italy-ordered-to-pay-out-millions-to-oil-investor-over-energy-charter-treaty-claim/>

²⁷ Обзор соответствующих решений: см. Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases? Yulia S Selivanova ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 33, Issue 2, Spring 2018, 433–455 p.;

Alessi M., Nunez J.F., Egenhofer C. Suspended in legal limbo: Protecting investment in renewable energy in the EU // CEPS Policy Insight No 2018/03. January 2018.

²⁸ G. Gotev. Nord Stream 2 seeks arbitration in dispute with EU Commission. 26.09.2019. – URL: euractiv.com

²⁹ International Energy Charter. – URL: <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>; C. Sanderson. Germany settles with Vattenfall // Global Arbitration Review 05 March 2021. – URL: [https://globalarbitrationreview.com/article/germany-agrees-settle-vattenfall-case](https://globalarbitrationreview.com/article/germany-agrees-settle-vattenfall-case;);

J. Ballantyne Vattenfall saga at an end // Global Arbitration Review 12 November 2021. – URL: <https://globalarbitrationreview.com/vattenfall-saga-end>

³⁰ International Energy Charter. – URL: <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>

битражные решения о выплате компенсаций иностранным инвесторам, наглядно демонстрирует действенный характер этой оговорки³¹. Практика Италии наиболее показательна: в течение года после объявления ей о предстоящем выходе из ДЭХ против нее было подано пять инвестиционных исков, а уже после выхода – на базе «закатной оговорки» – еще семь инвестиционных исков³².

В связи с этим в качестве возможного средства нейтрализации «закатной оговорки» Европейская комиссия предложила идею заключения между выходящими из ДЭХ участниками отдельного соглашения об исключении действия этой оговорки только во взаимоотношениях между ними (так называемого «соглашения *inter se*»)³³.

Такое право предусмотрено Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 г. («Венской конвенцией») в статье 41, озаглавленной «Соглашения об изменении многосторонних договоров только во взаимоотношениях между определенными участниками».

Пункт 1 этой статьи предусматривает, что «два или несколько участников многостороннего договора могут заключить соглашение об изменении договора только во взаимоотношениях между собой, если:

- a) возможность такого изменения предусматривается самим договором; или
- b) такое изменение не запрещается договором и:
 - i) не влияет на пользование другими участниками своими правами по договору или на выполнение ими своих обязательств; и
 - ii) не затрагивает положения, отступление от которого является несовместимым с эффективным осуществлением объекта и целей договора в целом».

ДЭХ не предусматривает, но прямо и не запрещает заключение соглашения *inter se*. При заключении соглашения *inter se* между выходящими из ДЭХ участниками права и обязательства остающихся в ДЭХ участников не затрагиваются, что позволяет считать выполненным условие подпунктов (b) (i) пункта 1 статьи 41 Венской конвенции. Касательно соответствия соглашения *inter se* условию подпунктов (b) (ii) пункта 1 статьи 41 мнения в литературе расходятся³⁴. Более убедительным представляется мнение о том, что поскольку защита инвестиций по принципу наибольшего благоприятствования входит в объект и цели ДЭХ, соглашение *inter se*, исключающее «закатную оговорку», один из системообразующих элементов предусмотренного ДЭХ режима защиты инвестиций, с высокой степенью вероятности всту-

пит в противоречие с подпунктом (b) (ii) пункта 1 статьи 41 Венской конвенции, что поставит под вопрос его юридическую действительность³⁵.

Однако, даже если соглашение *inter se*, исключающее «закатную оговорку», было бы признано юридически действительным, его практическая исполнимость была бы существенно затруднена действием статьи 16 ДЭХ, закрепляющей приоритет за наиболее благоприятными для инвестора и инвестиций соглашениями.

Эта статья, озаглавленная «Связь с другими соглашениями», устанавливает: «В тех случаях, когда две или более договаривающиеся стороны заключили предшествующее международное соглашение или заключают последующее международное соглашение, условия которого в любом из этих случаев касаются предмета части III (материально-правовые стандарты защиты инвестиций – *прим. авт.*) или V (механизм разрешения инвестиционных споров – *прим. авт.*) настоящего договора,

- 1) ничто в части III или V настоящего Договора не должно толковаться как наносящее ущерб любому положению таких условий другого соглашения или любому праву на разрешение споров в отношении него в соответствии с этим соглашением; и
- 2) ничто в таких условиях другого соглашения не должно толковаться как наносящее ущерб любому положению части III или V настоящего Договора или любому праву на разрешение споров в отношении него в соответствии с настоящим Договором, когда любое такое положение является более благоприятным для инвестора или инвестиции».

В случае заключения соглашения *inter se*, исключающего «закатную оговорку», оно считалось бы менее благоприятным для инвесторов и инвести-

³¹ Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option. – URL: <https://www.clientearth.org/media/ub1b4hmk/ect-reform-withdrawal-itn-july-2021.pdf>

³² Tibisay Morgandi & Lorand Bartels. Exiting the Energy Charter Treaty under the law of treaties. King's Law Journal. 2023;34(1):145–169. DOI: 10.1080/09615768.2023.2196834.

³³ European Commission, Non-Paper from the European Commission: Next Steps as Regards the EU, Euratom and Member States' Membership in the Energy Charter Treaty (Euractiv, 7 February 2023); Tibisay Morgandi & Lorand Bartels. Exiting the Energy Charter Treaty under the law of treaties. King's Law Journal. 2023;34(1):145–169. DOI: 10.1080/09615768.2023.2196834.

³⁴ Позиция о соответствии: Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option. – URL: <https://www.clientearth.org/media/ub1b4hmk/ect-reform-withdrawal-itn-july-2021.pdf>

Позиция о несоответствии: Tibisay Morgandi & Lorand Bartels (2023) Exiting the Energy Charter Treaty under the law of treaties. King's Law Journal. 2023;34(1):145–169. DOI: 10.1080/09615768.2023.2196834.

³⁵ Tibisay Morgandi & Lorand Bartels (2023) Exiting the Energy Charter Treaty under the law of treaties. King's Law Journal. 2023;34(1):145–169. DOI: 10.1080/09615768.2023.2196834.

ций, нежели ДЭХ, и поэтому международные инвестиционные арбитражи на основании статьи 16 ДЭХ с высокой степенью вероятности обязаны были бы отказываться в применении соглашения *inter se* и применять вместо него соответствующие стандарты ДЭХ.

В качестве теоретического альтернативного сценария «нейтрализации» «закатной оговорки» ДЭХ в литературе высказывается идея о возможности выхода из договора в целом, включая его «закатную оговорку», на базе доктрины коренного изменения обстоятельств («*rebus sic stantibus*»), кодифицированной в статье 62 Венской конвенции, пункт 1 которой устанавливает: «На коренное изменение, которое произошло в отношении обстоятельств, существовавших при заключении договора, и которое не предвиделось участниками, нельзя ссылаться как на основание для прекращения договора или выхода из него, за исключением тех случаев, когда:

- а) наличие таких обстоятельств составляло существенное основание согласия участников на обязательность для них договора; и
- б) последствие изменения обстоятельств коренным образом изменяет сферу действия обязательств, все еще подлежащих выполнению по договору».

Суть этой идеи состоит в том, что во время заключения ДЭХ в 1994 г. участники хотя и знали об изменении климата, но не предвидели масштаб и серьезность последствий этой проблемы и исходили из того, что ископаемое топливо в обозримом будущем будет продолжать использоваться, но с тех пор климатическая наука развивалась и, наконец, как следует из последнего, Шестого обобщающего оценочного доклада Межправительственной группы экспертов по изменению климата (далее – МГЭИК) 2023 г., совершила открытия, показывающие вредоносность ископаемого топлива для климата, срочную необходимость скорейшего введения ограничений и

запретов на его производство и использование и сопутствующую целесообразность устранения долгосрочной защиты инвестиций в этот вид энергетических ресурсов³⁶.

Однако жизнеспособность данной идеи, как признают сами ее авторы, сомнительна, поскольку практика успешного применения доктрины *rebus sic stantibus* весьма ограничена ввиду сложности доказывания ее условий, что вызывает в среде ученых-юристов скептическое отношение к ней³⁷. Кроме того, следует отметить наличие определенных дефектов логики в предложенной аргументации о коренном изменении обстоятельств.

Во-первых, современная климатическая наука, воплощенная в периодически обновляемых докладах МГЭИК, хотя и констатирует, что сжигание ископаемого топлива является основным источником антропогенных выбросов парниковых газов, не содержит безусловных выводов о том, что для достижения глобальной температурной цели ископаемое топливо не должно в целом производиться или использоваться. Последний доклад МГЭИК 2023 г. указывает на то, что риск недостижения глобальной температурной цели вытекает из использования ископаемого топлива «с неуменьшенными выбросами» («*unabated fossil fuels*»). В отношении определения этого термина продолжают дискуссии, при этом, исходя из логики доклада, при задействовании технологий или процессов уменьшения выбросов ископаемое топливо может продолжать использоваться без ущерба для достижения глобальной климатической цели, а значит, может продолжаться и инвестиционное финансирование связанных с таким ископаемым топливом проектов³⁸.

Во-вторых, как показано выше, ДЭХ и его «закатная оговорка» защищает инвестиции не только в ископаемое топливо, но также в иные отрасли ТЭК, включая низкоуглеродные источники и ВИЭ.

В-третьих, даже если бы доктрина *rebus sic stantibus* была успешно задействована как основание для выхода из ДЭХ, в силу пункта 1 (b) и пункта 2 статьи 70 Венской конвенции права и обязательства, возникшие в ходе выполнения договора, не должны были бы быть затронуты в отношениях между выходящими из договора и остающимися в нем участниками, т.е. данное конвенционное положение оставило бы возможность для защиты на базе стандартов ДЭХ инвестиций, осуществленных в период выполнения ДЭХ на территориях выходящих участников, но в формате не «диагональных» инвестиционных, а «горизонтальных» межгосударственных споров.

³⁶ Tibisay Morgandi & Lorand Bartels (2023) Exiting the Energy Charter Treaty under the law of treaties. *King's Law Journal*. 2023;34(1):145–169. DOI: 10.1080/09615768.2023.2196834.

³⁷ Malgosia Fitzmaurice, 'Exceptional Circumstances and Treaty Commitments' in Duncan Hollis (ed), *The Oxford Guide to Treaties* (OUP 2020); Robert Kolb, 'The Construction of the Rebus Sic Stantibus Clause in International Law: Exception, Rule, or Remote Spectator?' in Lorand Bartels and Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (OUP 2020).

³⁸ IPCC, 2023: Summary for Policymakers. In: *Climate Change 2023: Synthesis Report. A Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 36 p. (in press). <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle/>

Подробнее о правовых последствиях этого доклада МГЭИК см. Гудков И.В. «Климатический приговор» ископаемому топливу: окончательный и обжалованию не подлежит? // Энергетическая политика. – 2023. – № 12.

Заключение

Исторически ДЭХ формировался при лидирующей роли западных государств прежде всего как инструмент защиты западных инвестиций, направляемых в освоение природных ресурсов стран бывшего СССР.

Однако с течением времени ситуация на международном энергетическом рынке поменялась, инвестиции стали идти «в обратном потоке», с Востока на Запад, и стало очевидно, что ДЭХ является грозным «обоюдоострым оружием», которое может быть направлено также против его авторов.

Число исков, подаваемых инвесторами на основании ДЭХ против государств – членов ЕС, устойчиво растет, появился также первый в истории прецедент инвестиционного иска против Европейского союза.

Кроме того, ярко обозначилась весьма болезненная для ЕС способность ДЭХ «вскрывать» европейское право, выводя – вопреки позиции Суда ЕС – «внутриевропейские» инвестиционные споры за рамки юрисдикции ЕС.

Эти факторы наряду с климатическими соображениями вошли в число ключевых побудительных стимулов для анонсированного Комиссией и отдельными государствами – членами ЕС выхода из ДЭХ в отсутствие реалистичных перспектив единогласного утверждения КЭХ его обновленной редакции.

В силу «закатной оговорки» предусмотренные ДЭХ стандарты инвестиционной защиты будут подлежать применению на территориях вышедших участников в течение 20 лет после их выхода, по меньшей мере в отношении инвесторов из оставшихся в договоре участников.

ЕС пытается нейтрализовать действие «закатной» оговорки. Хотя обсуждаемые варианты нейтрализации – через соглашение *inter se* или на основании *rebus sic stantibus* – являются весьма спорными, заданная Европейским союзом и его государствами-членами тенденция отношения к ДЭХ очевидна и состоит в том, чтобы осуществить скоординированный выход из договора, минимизировав при этом возможности защиты ранее осуществленных на их территориях инвестиций в любые проекты, связанные с ископаемым топливом.

Поэтому в интересах российского бизнеса – наиболее эффективно использовать имеющиеся сейчас возможности по защите тех подконтрольных ему инвестиций в Европе, которые подпадают под ДЭХ, успев – при наличии оснований – возбудить соответствующие процедуры до вступления в силу анонсированного выхода. В перспективе такие возможности будут сокращаться, поскольку при введении мер по нейтрализации «закатной оговорки» ДЭХ потребуются существенные усилия, направленные на их оспаривание или обоснование неприменимости, что станет дополнительным барьером на пути защиты инвестиций.

То, что после начала СВО и введения антироссийских ограничительных мер в практике международного коммерческого арбитража постепенно формируются прецеденты положительных для российских лиц и подконтрольных им зарубежных компаний решений, дает повод для осторожного оптимизма, поскольку указывает на наличие аналогичного – конструктивного, объективного и нейтрального – потенциала также в иных формах международного

арбитража. В перспективе такие возможности будут сокращаться

В интересах российского бизнеса – наиболее эффективно использовать имеющиеся сейчас возможности по защите тех подконтрольных ему инвестиций в Европе, которые подпадают под ДЭХ, успев – при наличии оснований – возбудить соответствующие процедуры до вступления в силу анонсированного выхода. В перспективе такие возможности будут сокращаться

правосудия, включая международный инвестиционный арбитраж.

В стратегическом плане накопленный в рамках разработки, применения и модернизации ДЭХ опыт может быть использован Россией при формировании правил «Большого евразийского энергетического пространства»³⁹.

© Гудков И.В., 2023, e-mail: 7905821@mail.ru
© Добшевич С.О., 2023,
e-mail: stanislav.dobshevich@betterchance.ru

³⁹ Конопляник А.А. Евросоюз освобождает пространство для маневра. Выход ЕС из Договора к Энергетической хартии откроет новые перспективы для России в Евразии // Ведомости. 25.07.2023.