

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПРИОСТАНОВЛЕНИЯ ПРОЕКТА «ЮЖНЫЙ ПОТОК»

ИВАН БУНИК

Московская коллегия адвокатов «Тимофеев, Фаренвальд и партнёры», Москва, Россия
МГИМО МИД России, Москва, Россия

Резюме

Энергетическое сотрудничество России и Европейского Союза испытывает серьёзное влияние международно-правовых проблем, возникающих вследствие осложнения политических отношений в условиях санкций ЕС и ответных ограничительных мер России. Указанные факторы, а также неразрешённость таких вопросов, как возможное распространение на проект «Северный поток-2» норм «Третьего энергетического пакета» ЕС (ТЭП), отсутствие определённости в правовом оформлении окончательного маршрута европейской части «Турецкого потока», предстоящие согласования китайского направления энергетического сотрудничества (проект «Сила Сибири»), обуславливают актуальность проблем, связанных с приостановлением реализации проекта «Южный поток». Их детальный анализ и предложен автором настоящей статьи. Выдвигается тезис о том, что основными причинами отказа государств от продолжения реализации проекта стали проблемы, связанные с принятием и вступлением в силу ТЭП (в частности, его соответствие принципам и нормам ВТО; соотношение с двусторонними межправительственными соглашениями, оформляющими сотрудничество в сфере строительства «Южного потока»), а также проблемы, относящиеся к применению положений ТЭП к «Южному потоку» (включая невозможность для ПАО «Газпром» беспрепятственной деятельности по реализации проекта вследствие положений директив ЕС, касающихся имущественного разделения операторов газотранспортных систем, а также проблем правовой квалификации строящегося газопровода с целью определения применимых к нему норм ТЭП). Автором отдельно рассматриваются правовые последствия прекращения строительства газопроводной системы для субъектов частного права, а именно: вопросы взыскания убытков, понесённых в результате прекращения контрактов на поставки товаров, работ, услуг, которые стали основанием для предъявления исков в международные арбитражи. На примере спора между дочерней структурой ПАО «Газпром» *South Stream Transport B.V.* и итальянской компанией *Saipem* автор делает вывод о том, что арбитражное решение должно не только основываться на анализе конкретных формулировок контрактов между сторонами, но и принимать во внимание обстоятельства, которые могут служить основанием для освобождения или уменьшения договорной ответственности (например, согласие государств-членов ЕС с проектом «Южный поток», действия государств по реализации проекта, принятие актов, препятствующих продолжению его реализации). В заключение отмечается, что разрешение проблем энергетического сотрудничества России и ЕС возможно только посредством конструктивного диалога при неукоснительном соблюдении норм международного права при реализации иных проектов газотранспортных систем.

Ключевые слова:

энергетика; энергетическое сотрудничество; Южный поток; Третий энергетический пакет ЕС; убытки; право ВТО.

Дата поступления рукописи в редакцию: 31 марта 2018 г.

Дата принятия к публикации: 20 мая 2018 г.

Для связи с автором / *Corresponding author:*

Email: i.bunik@inno.mgimo.ru

Одна из принципиальных характеристик энергетического сотрудничества Российской Федерации и государств—членов Европейского Союза — растущая, несмотря ни на что, взаимозависимость в экспортно-импортных отношениях, касающихся, в частности, поставок природного газа. По данным ПАО «Газпром», 2017 г. стал рекордным для компании: за этот период поставки в Европу составили 193,9 млрд куб. м газа, что на 14,6 млрд куб. м (на 8,1%) превышает максимум, достигнутый в предыдущем году. По мнению руководства компании, установленный рекорд, «с одной стороны, демонстрирует активно растущую потребность европейских стран в российском газе, с другой — его надёжные поставки в необходимых объёмах»¹. При этом доля российского газа в Европе составляет около 31% (что ставит Россию на первое место среди поставщиков этого сырья в государства—члены Европейского Союза), а доля ЕС в российском экспорте газа — 66%. Вместе с тем, по оценкам Международного энергетического агентства (далее — МЭА), поставки Газпрома в Европу достигли максимума и в ближайшие два десятилетия уменьшатся до 150 млрд куб. м в год к началу 2040-х годов, главным образом по причине конкуренции с «Южным газовым коридором». Ввод в эксплуатацию последнего намечен на 2020 год; по нему с азербайджанского месторождения Шах-Дениз в Каспийском море ежегодно будет приходиться 10 млрд куб. м². Невзирая на эти прогнозы, у Москвы есть все перспективы остаться крупнейшим контрагентом европейских государств в сфере поставок природного газа. Описанные тенденции на фоне осложнения политических отношений между государствами—членами ЕС и Россией в свете украинского конфликта и введения органами интеграционного объединения санкций в энергетическом секторе обусловли-

вают актуальность проблем международно-правовой и национально-законодательной регламентации совместных проектов строительства и эксплуатации систем европейского газоснабжения.

В контексте таких проблем, как потенциальное применение к проекту «Северный поток-2» норм «Третьего энергетического пакета» ЕС (*совокупность регламентов и директив интеграционного объединения, направленных на либерализацию энергетического рынка Европейского Союза, а также на обеспечение доступа к газотранспортной инфраструктуре поставщиков, которые не владеют ей*), отсутствие определённости в правовом оформлении окончательного маршрута европейской части «Турецкого потока» и предстоящие согласования китайского направления энергетического сотрудничества (проект «Сила Сибири») значительный интерес представляет вопрос о юридических последствиях приостановления реализации проекта «Южный поток». Иными словами, каковы будут имущественные последствия для участников ввиду уже понесённых компаниями многомиллионных убытков от досрочного прекращения договоров на поставку товаров, работ, услуг, заключённых для его реализации?

Актуализации вопроса о возможности взыскания этих убытков в случае прекращения проекта способствует недавнее обращение к услугам международного арбитража компании *South Stream Transport B.V.* (дочернее предприятие ПАО «Газпром»), выступавшего в качестве заказчика работ, и итальянской компании *Saipem* (генеральный подрядчик). Каждая из сторон требует компенсации убытков в связи с прекращением контракта между ними, а также процентов и штрафов по договору. Арбитражное решение, которое, по всей вероятности, будет вынесено в 2019 г. после рассмотрения спора и анализа представ-

¹ *Топорков А.* «Газпром» установил абсолютный рекорд экспорта газа. URL: <https://www.vedomosti.ru/business/articles/2018/01/09/747176-gazprom-eksporta-gaza>

² IEA Forecasts Rise of Natural Gas Use by 45% to 2040 (Gasprom official website). URL: <http://www.gazpromexport.ru/en/presscenter/news/2068/?year=2017>

ленных участниками разбирательства доказательств, представляет интерес с точки зрения международного публичного и частного права, поскольку в отсутствие в открытом доступе текстов контракта можно лишь предполагать, каким образом будет квалифицирован отказ государств от проекта, ставший причиной для расторжения договора.

В этой связи интерес представляет недавнее заявление Президента Российской Федерации В.В. Путина о том, что Москва не отказывалась от «Южного потока»: «нам просто не дали его сделать», поскольку было бы нерационально «утопить металл в море, не имея права входа на болгарскую территорию»³. Не исключено, что данная позиция стала отправной точкой при выработке соответствующих юридических оснований освобождения от ответственности и/или взыскания убытков в интересах российских компаний, задействованных в реализации проекта, в частности Газпрома.

Вероятно, сторонами соответствующих разбирательств в качестве аргументов для освобождения от ответственности за досрочное расторжение контрактов могут использоваться те или иные элементы (их сочетание) доктрин *clausula rebus sic stantibus*, *hardship clause* (ситуация, когда существенное изменение обстоятельств делает исполнение обязательств излишне обременительным для стороны), обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажор), выражающихся в принятии правительством Болгарии решения о приостановлении работ по строительству газопровода до приведения проекта «Южный поток» в соответствие с нормами права ЕС. Ссылки на указанные обстоятельства не являются

редкими в практике международных коммерческих арбитражей⁴. Признание действий государства (правомерных или неправомерных) в качестве основания для освобождения стороны от ответственности (форс-мажора) характерно и для практики Международной торговой палаты, которая в пункте 3(d) своего издания «Оговорка о форс-мажоре (об освобождении от ответственности)» в числе обстоятельств непреодолимой силы называет «действия властей, законные или незаконные, соблюдение любого закона или указания правительства, правил, распоряжений или указаний, комендантского часа, экспроприация, принудительное отчуждение собственности, захват предприятий, реквизицию, национализацию»⁵. Наличие подобного пункта в контракте между дочерними структурами Газпрома и контрагентами по проекту могло бы стать основанием для отклонения соответствующих исков в международном арбитраже.

Таким образом, приостановка проекта не только не поставила точку в отношении государств и частных лиц по поводу его реализации, но и порождает в настоящее время всё новые юридические вопросы.

1

Проект «Южный поток» стал продуктом инициированной ПАО «Газпром» стратегии диверсификации маршрутов поставок российского природного газа на европейский рынок. Несмотря на то что его разработка длительное время была предметом дискуссий в российских политических и деловых кругах, непосредственные действия, связанные со строительством газопроводного комплекса и его международно-

³ Встреча с руководителями международных информагентств 17 июня 2016 года. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/52183>

⁴ Одним из исторически первых примеров арбитражных решений, в которых акты государственной власти, повлекшие невозможность для одной из сторон исполнить свои договорные обязательства, является решение Внешнеторговой арбитражной комиссии по иску израильской фирмы «Джордан инвестмент лтд» против Союзнефтеэкспорта от 19.06.1958 года, признавшей форс-мажором запрещение со стороны Министерства внешней торговли СССР исполнения договора и отказ в выдаче лицензии на вывоз нефти из СССР (см.: Jordan Investment, Ltd. v. Soiuznefteksport (Israel v. USSR), award of June 19, 1958, reprinted in 53 American Journal of International Law. 800 (1959)).

⁵ ICC Force Majeure Clause 2003/ICC Hardship Clause 2003. — ICC Publishing S.A., 2003. URL: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-Force-Majeure-Hardship-Clause.pdf>

правовым, национально-законодательным и договорным оформлением, начались после того, как в Европейском Союзе стал активно обсуждаться альтернативный трубопровод «Набукко». Можно предполагать, что проект «Южный поток» стал ответом Москвы на действия Брюсселя по диверсификации энергоснабжения ЕС за счёт нероссийских источников углеводородного сырья [Russian Energy Security and Foreign Policy 2011].

Основной целью проекта являлось удовлетворение дополнительного спроса европейских государств на природный газ путём создания новой газопроводной системы, отвечающей самым современным экологическим и технологическим требованиям и стандартам транспортной безопасности [Russian Energy and Security... 2013], что должно было ознаменовать собой «качественно новый уровень международного сотрудничества в энергетической сфере на европейском пространстве» [Бранимир 2016: 126].

Планы постройки трубопровода были разделены на два этапа: (1) строительство газовой магистрали через акваторию Чёрного моря; (2) создание новой газопроводной сети в Южной и Центральной Европе. Кроме того, проект предполагал расширение газотранспортной системы на территории России. Цена «Южного потока» составляла около 10 млрд евро по морскому и 55 млрд евро по сухопутному, европейскому участку.

Таким образом, проект стал самым дорогим из когда-либо создававшихся газопроводов [Бранимир 2016: 126]. Его оформление изначально осуществлялось на частноправовой основе. 23 июня 2007 г. был подписан Меморандум о взаимопонимании между ПАО «Газпром» (в лице заместителя Председателя Правления А.И. Медведева) и концерном ENI (в лице Гене-

рального управляющего Паоло Скарони). Данный документ был подготовлен в рамках двустороннего Соглашения о стратегическом партнёрстве от 14 ноября 2006 года, предоставившего российской корпорации возможность с 2007 г. осуществлять прямые поставки газа на итальянский рынок и продлившего действующие контракты на поставку этого ресурса в Италию до 2035 года. Меморандум определил «направления сотрудничества двух компаний в области проектирования, финансирования, строительства и управления «Южным потоком»⁶. Следующим этапом реализации проекта «Южный поток» стало создание в Швейцарии 18 января 2008 г. на паритетной основе компании специального назначения *South Stream AG* (в соответствии с Дополнением к меморандуму о взаимопонимании от 22 ноября 2007 года, которое в качестве цели создания юридического лица предусматривало осуществление маркетинговых исследований и разработки технико-экономического обоснования проекта)⁷.

В дальнейшем Российской Федерацией был заключён ряд межправительственных соглашений, которые предусматривали создание совместных предприятий Газпрома с национальными компаниями, специально уполномоченными для реализации «Южного потока» государствами, через которые планировалось прохождение трубопровода. Этим предприятиям предоставлялись полномочия операторов соответствующих участков будущего маршрута, исключительная компетенция по установлению тарифа на услуги по транспортировке газа и права по использованию мощностей газопровода (при этом допускались следующие виды участия: 50% – Газпром, 50% – национальная газовая компания либо 51% в пользу Газпрома, а 49 % – национальной газовой компании). Такие соглашения были заключены Россией с Авст-

⁶ Газпром и ENI подписали Соглашение о стратегическом партнёрстве. Официальный сайт ПАО «Газпром». 14.11.2006. URL: <http://www.gazprom.ru/press/news/2006/november/article55943/>

⁷ Газпром и ENI создали компанию специального назначения по реализации проекта «Южный поток». Официальный сайт ПАО «Газпром». 18.01.2008. URL: <http://www.gazprom.ru/press/news/2008/january/article56441/>

рией, Болгарией, Венгрией, Грецией, Сербией, Словенией и Хорватией⁸.

Помимо закрепления компетенций совместных компаний, указанные документы определили особый порядок налогообложения их деятельности, в том числе предоставление ряда льгот. В частности, ст. 14 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Болгария о сотрудничестве при создании газопровода для транзита природного газа через территорию Республики Болгария 2008 г. предусматривала предоставление болгарской стороной освобождения от обеспечения в условиях режима временного ввоза оборудования и комплектующих, необходимых для проведения работ, связанных со строительством и эксплуатацией газопровода, при условии их обратного вывоза, а также ускорение процедур возвращения налога на добавленную стоимость (НДС), уплаченного за материалы, услуги и работы, необходимые для строительства и эксплуатации газопровода (далее – Соглашение РФ и Болгарии 2008). Аналогичным образом ст. 11 Соглашения

между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о сотрудничестве при создании газопровода для транзита природного газа через территорию Венгерской Республики 2008 г. содержала положение об освобождении от уплаты НДС в отношении оборудования и комплектующих, а также материалов и услуг, необходимых для проведения работ, связанных с реализацией проекта, до достижения срока его окупаемости.

Отдельные соглашения содержали так называемую дедушкину оговорку, направленную на защиту участников проекта от негативных изменений налогового законодательства государства-участника (см., например, абзац второй ст. 15 Соглашения с Болгарией 2008 года⁹, ст. 11 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Греческой Республики о сотрудничестве при создании и эксплуатации газопровода на территории Греческой Республики¹⁰). Другие, несмотря на отсутствие подобного условия, предусматривали уведомительный порядок, направленный на уменьшение негативных

⁸ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Австрийской Республики о сотрудничестве при создании и эксплуатации газопровода на территории Австрийской Республики (заключено в г. Вене 24.04.2010) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный. – Дата обновления 16.01.2018; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Болгарии о сотрудничестве при создании газопровода для транзита природного газа через территорию Республики Болгария (заключено в г. Софии 18.01.2008) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный. – Дата обновления 16.01.2018; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о сотрудничестве при создании газопровода через территорию Венгерской Республики (заключено в г. Москве 28.02.2008) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный. – Дата обновления 16.01.2018; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Греческой Республики о сотрудничестве при создании и эксплуатации газопровода на территории Греческой Республики (заключено в г. Москве 29.04.2008) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный. – Дата обновления 16.01.2018; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Сербия о сотрудничестве в нефтегазовой отрасли (заключено в г. Москве 25.01.2008) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный. – Дата обновления 16.01.2018; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Словения о сотрудничестве при создании и эксплуатации газопровода на территории Республики Словения (заключено в г. Москве 14.11.2009) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный. – Дата обновления 16.01.2018.

⁹ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Болгария о сотрудничестве при создании газопровода для транзита природного газа через территорию Республики Болгария (заключено в г. Софии 18.01.2008).

¹⁰ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Греческой Республики о сотрудничестве при создании и эксплуатации газопровода на территории Греческой Республики (заключено в г. Москве 29.04.2008).

последствий введения в действие законодательства, усиливающего налоговую нагрузку на участников деятельности по строительству и эксплуатации газопровода: «В случае если изменения в законодательстве Австрийской Республики в отношении налогообложения приводят к увеличению налоговой нагрузки на проект, в том числе на компанию, Австрийская Сторона в письменной форме по дипломатическим каналам незамедлительно уведомляет Российскую Сторону о таких изменениях для минимизации негативного эффекта, насколько это возможно в соответствии с её законодательством» (ст. 8 Соглашения с Австрией 2010 г.)¹¹.

Интересно отметить, что Соглашение с Болгарией 2008 г. (единственное из рассмотренных) описывало порядок последующего нормативного оформления реализации проекта, закрепляя в ст. 5 обязательство сторон предпринять действия по заключению двусторонних соглашений, а впоследствии — многостороннего документа с государствами, через территории которых будет проходить газопроводная система, по вопросам её сооружения и эксплуатации.

Таким образом, юридический фундамент «Южного потока» в начале его разработки составляли ряд двусторонних межправительственных соглашений, регулирующих отношения государств в сфере создания и эксплуатации отдельных участков нового трубопроводного комплекса в соответствующих государствах, а также система

внешнеэкономических соглашений, которые сформировали частнопроводную основу для дальнейшей работы компаний над реализацией проекта.

2

Принятие в июле 2009 г. «Третьего энергетического пакета» (ТЭП) ЕС и его дальнейшее вступление в силу существенно осложнили сотрудничество по реализации проекта «Южный поток» на взаимовыгодных условиях для России и отдельных государств—членов европейского интеграционного объединения, впоследствии сделав его политически нецелесообразным. Под ТЭП понимается *совокупность нормативных документов Европейского Союза, направленных на либерализацию энергетического рынка группировки, а также на обеспечение доступа к газотранспортной инфраструктуре поставщиков, которые не владеют ей.*

В частности, в него вошли директивы, касающиеся общих правил для внутреннего рынка электроэнергии и для внутреннего рынка природного газа¹². Кроме них, также были приняты регламенты по условиям доступа к электросетям для межгосударственного обмена электроэнергией и к газовым сетям¹³. Наконец, в энергопакет был включён регламент о создании Агентства по сотрудничеству регулирующих органов в сфере энергетики¹⁴. Указанные документы вступили в силу 3 сентября 2009 года, но поскольку процесс имплементации директив государствами-членами предусматри-

¹¹ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Австрийской Республики о сотрудничестве при создании и эксплуатации газопровода на территории Австрийской Республики (заключено в г. Вене 24.04.2010).

¹² Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0055:0093:EN:PDF>; Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0094:0136:en:PDF>

¹³ Regulation (EC) No 714/2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0015:0035:EN:PDF>; Regulation (EC) No 715/2009 on conditions for access to the natural gas transmission networks and repealing Regulation (EC) No 1775/2005. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0036:0054:en:PDF>

¹⁴ Regulation (EC) No 713/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0001:0014:EN:PDF>

вал срок от 18 месяцев, применение данных актов начало осуществляться с 3 марта 2011 года.

Принятие ТЭП фактически привело к разделению нефтегазового комплекса на три элемента: добыча/генерация, транспортировка/передача, сбыт [Канделаки 2015]. Целью подобного дробления было снижение роли вертикально интегрированных корпораций и создание виртуальных посреднических рынков под управлением национальных и общеевропейских регуляторов, ставящих под контроль добывающие компании¹⁵. При этом под **вертикально интегрированным предприятием** в рамках «Третьего энергопакета» понимается *«предприятие, работающее на рынке природного газа, или группа таких предприятий, в которых одно и то же лицо или одни и те же лица уполномочены, прямо или косвенно, осуществлять контроль, и где предприятие или группа предприятий выполняют как минимум одну из функций: транспортировки, распределения или хранения и как минимум одну из функций по производству или реализации природного газа или сжиженного природного газа (СПГ)»* (подпункт 20 ст. 2 Директивы № 2009/73/ЕС)¹⁶.

В отношении таких предприятий принятые акты реализуют концепцию «имущественного разделения» (в дополнение к юридическому разделению, включая разделение управления и ведения счетов, имплементированного «первым и вторым энергетическими пакетами» ЕС), которое предполагает, что одно и то же лицо не вправе «прямо или косвенно осуществлять контроль предприятия, выполняющего любую из функций производства или реализации, или прямо или косвенно осуществлять контроль или иное право в отношении оператора газотранспортной системы или газотранспортной системы, и прямо или косвенно осуществлять кон-

троль оператора газотранспортной системы или газотранспортной системы и прямо или косвенно осуществлять контроль или иное право в отношении предприятия, выполняющего любую из функций производства или реализации» (ст. 9 Директивы № 2009/73/ЕС)¹⁷.

Помимо ст. 9, ключевое значение для отношений с третьими странами, поставляющими энергоресурсы в ЕС, имеет ст. 11 директивы (называемая в литературе «оговоркой о третьих странах»), закрепляющая порядок предоставления одобрения в отношении операторов и владельцев систем транспортировки, контролируемых лицами из третьих государств, которое предоставляется регулирующим органом власти соответствующего государства-члена после получения мнения Европейской комиссии о соответствии оператора требованиям ст. 9 (имущественное и юридическое разделение), а также о том, что не создаётся «риск нарушения безопасности поставок Сообщества»¹⁸.

«Оговорка о третьих странах», предусматривающая усложнённую процедуру в отношении сертификации операторов газотранспортных систем государства, не входящих в ЕС, по сравнению с государствами-членами, стала самым значительным препятствием для строительства газопровода «Южный поток». Газпром, будучи основным участником проекта и одновременно поставщиком газа во исполнение соответствующих норм европейского права о разделении вертикально интегрированных предприятий, должен был либо продать свои активы в ЕС, либо передать право на управление трубопроводами независимым компаниям [Белова 2016].

Данное обстоятельство стало причиной обращения России 30 апреля 2014 г. с запросом о проведении консультаций в рамках Всемирной торговой организации (ВТО),

¹⁵ Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0055:0093:EN:PDF>

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

связанных с содержанием и реализацией рассмотренных выше положений ТЭП рядом государств—членов ЕС (Бельгией, Великобританией, Венгрией, Германией, Литвой, Хорватией, Эстонией). Третьими сторонами в споре выступили Бразилия, Китай, Индия, Япония, Украина, США, Колумбия, Южная Корея и Саудовская Аравия. 20 июня 2015 г. было принято решение о создании третьей группы. 22 февраля 2016 г. Российская Федерация обратилась в соответствии с процедурой, предусмотренной параграфом 7 ст. 8 Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (является приложением к Соглашению об учреждении Всемирной торговой организации, подписанному в Марракеше в 1994), к Генеральному директору ВТО о назначении членов третьей группы, которая была сформирована им 7 марта 2016 года¹⁹. 4 апреля 2017 г. её председатель проинформировал Орган по разрешению споров организации о том, что сложность и объём дела позволит подготовить окончательный доклад по разбирательству не ранее чем к концу 2017 года²⁰. 10 августа 2018 г. опубликован доклад третьей группы.

По мнению Российской Федерации, положения Директивы № 2009/73/ЕС, предусматривающие возможность отказа в сертификации и доступе третьих стран к деятельности на европейском энергетическом рынке по соображениям энергетической безопасности, а также усложнённые процедуры получения доступа к энергетическому рынку ЕС для третьих государств

составляли нарушение ряда статей Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ-1994), а также Генерального соглашения по торговле услугами (ГАТС) и специфических обязательств по услугам, взятых странами-участницами, Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам, Соглашения по инвестиционным мерам, связанным с торговлей, и Соглашения о ВТО²¹. Кроме того, принятие данных мер нарушало требования недискриминации, национального режима и принцип предоставления режима наибольшего благоприятствования — базовых принципов ВТО, закреплённых в отношении торговли услугами, к которой, помимо прочего, относится в соответствии с подпунктом «а» пункта 2 ст. I ГАТС поставка услуг с территории одного члена ВТО на территорию любого другого члена ВТО) в ст. II, VI, XVI и XVII ГАТС [Ануфриева, Исполинов 2011].

Вместе с тем указанная позиция не была полностью поддержана третьей группой. В докладе отмечается, что требование Директивы № 2009/73/ЕС об имущественном разделении «не предоставляет каких-либо преимуществ в отношении природного газа любого происхождения»²². Российская Федерация ссылалась на фактически дискриминационный характер данного требования в отношении ПАО «Газпром», который «лишился возможности поставлять на территорию ЕС услуги трубопроводного транспорта путём коммерческого присутствия на территории Литвы»²³, в отличие от иных неевропейских вертикально интегрированных пред-

¹⁹ European Union and Its Member States — Certain Measures Relating to the Energy Sector — Constitution of The Panel Established at the Request of the Russian Federation. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds476/*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds476/*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

²⁰ На момент написания настоящей статьи доклад, содержащий предложения по урегулированию спора, не был представлен.

²¹ European Union and Its Member States — Certain Measures Relating to the Energy Sector — Constitution of The Panel Established at the Request of the Russian Federation. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds476/*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds476/*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

²² European Union and Its Member States—Certain Measures Relating to the Energy Sector—Report of the Panel P. 276.

²³ European Union and Its Member States—Certain Measures Relating to the Energy Sector—Report of the Panel P. 169.

приятий, которые сохранили право поставки своих аналогичных услуг указанным способом. Опровергая российский аргумент, третейская группа ссылалась на выводы, изложенные в деле «США — Ароматизированные сигареты со вкусом гвоздики» (2012), в котором было установлено, что «предоставление менее благоприятного режима» не может подтверждаться исключительно доказательствами того, что отдельные импортируемые товары или услуги пользуются менее благоприятным режимом, чем группа отечественных аналогичных товаров²⁴. Также третейская группа подтвердила соответствие праву ВТО «оговорки о третьих странах», указав, что РФ не представила достаточных доказательств её фактически дискриминационного характера²⁵. Данные выводы оспариваются в уведомлении РФ о намерении подать апелляционную жалобу, поданном 26 сентября 2018 г.

Несмотря на указанные положения директивы, не позволяющие Газпрому беспрепятственно осуществлять деятельность по строительству нового газотранспортного комплекса на общих основаниях вследствие невозможности использования ни одной из схем разделения предприятия, предложенных европейским регулятором (разделение собственности, независимый оператор системы и независимый оператор газотранспортной сети), одним из способов решения проблемы виделось применение к «Южному потоку» ст. 36 того же нормативного акта. Согласно ей новая газовая инфраструктура, терминалы СПГ и хранилища газа могут по просьбе субъектов их реализации в течение некоторого времени и при соблюдении ряда условий освобождаться от применения к ним тре-

бований о разьединении. Решение о предоставлении освобождения принимается национальным регулирующим органом государства-члена и утверждается Европейской комиссией, которая может потребовать внести изменения и дополнения в решение или отменить его. Указанное требование Брюсселя должно быть исполнено национальным правительством в течение одного месяца²⁶.

Таким образом, не исключалась возможность задействования схемы, аналогичной использованной при реализации проекта «Северный поток»: на основе заключённых межправительственных соглашений предоставление соответствующим участкам «Южного потока» статуса проектов национального значения (он был получен проектом на территории Болгарии в 2011, Венгрии в 2012 и Сербии в 2013 годах) с целью последующего положительного решения национальных регулирующих органов о предоставлении исключения и утверждения его на уровне Европейской комиссии²⁷.

Вместе с тем российской стороне были очевидны недостатки такого подхода.

Во-первых, в случае с «Южным потоком» участниками проекта, по территории которых предполагалось строительство газопровода, являлось не одно государство, обладающее значительным политическим влиянием в рамках ЕС (ФРГ), а несколько стран, не обладающих сопоставимыми лоббистскими возможностями. Следовательно, помимо правовых доводов, Брюссель активно использовал методы политического воздействия, включая, в частности, заявления Европейской комиссии о замедлении переговоров о присоединении к интеграционному объединению Сербии

²⁴ European Union and Its Member States—Certain Measures Relating to the Energy Sector—Report of the Panel.

²⁵ European Union and Its Member States—Certain Measures Relating to the Energy Sector—Report of the Panel P. 310.

²⁶ Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0055:0093:EN:PDF>

²⁷ Кириллов Д. «Южный поток» на шаг впереди // Корпоративный журнал «Газпром». 2013. № 11. URL: <http://www.gazprom.ru/press/news/reports/2013/one-step-ahead/>

в случае продолжения участия в проекте²⁸. В Меморандуме Комиссии с ключевыми выводами по этому государству-кандидату на присоединение к Европейскому Союзу от 8 октября 2014 г. указывалось: «Сербии необходимо активизировать свои усилия, направленные на соответствие актам ЕС, в частности в области энергетики, в том числе по газопроводу «Южный поток», окружающей среде, изменению климата, государственной помощи, системы здравоохранения и социальной защиты, политики предоставления убежища»²⁹.

Во-вторых, обращение в Европейскую комиссию представлялось для Газпрома нецелесообразным с точки зрения возможных условий доступа к реализации проекта на основании указанного исключения (как это произошло с газопроводом OPAL, сухопутным продолжением «Северного потока», когда регулятор снизил объём разрешённых к использованию мощностей газопровода для нужд корпорации до 50% пропускной способности [Stern et al. 2015: 33]).

Наконец, обращение в Комиссию негативно отразилось бы на правовой позиции Российской Федерации в отношении правомерности ТЭП, поскольку использование механизмов, предусмотренных пакетом, могло быть расценено в качестве признания страной правомерности принятых актов на основании международно-правового принципа эстоппель.

Рассмотренные выше правовые проблемы усугублялись невозможностью достижения компромисса относительно статуса проекта в соответствии с Директивой № 2009/73/ЕС. В частности, не был разрешён вопрос о возможности отнесения «Южного потока» к «сети восходящих трубопроводов» (по смыслу пункта 2 ст.

2 документа, понимающего под таковыми «любой трубопровод или сеть, работающую и/или сконструированную как часть объекта производства нефти или газа, или используемую для переправки природного газа из одного или более подобных объектов на перерабатывающий завод или терминал или конечный береговой терминал выгрузки») или к «газораспределительной сети» (которая, согласно пункту 3 ст. 2 Директивы, «в основном состоит из высоконапорных трубопроводов, за исключением сети восходящих трубопроводов и частей высоконапорных трубопроводов, используемых преимущественно для местного распределения природного газа с целью его доставки потребителям, но не включает реализацию»). В случае признания за проектом статуса «сети восходящих трубопроводов» функционирование проекта не требовало бы процедуры сертификации и участия Европейской комиссии в предоставлении разрешений [Offenberg 2016: 13–15].

Кроме того, государства так и не пришли к окончательному выводу о применимости ТЭП к морскому участку «Южного потока»³⁰.

Наконец, отдельной проблемой (и, вероятно, одной из основных причин приостановления реализации проекта) стала невозможность разрешения вопроса о соотношении норм двусторонних соглашений с ТЭП. В июне 2014 г. Европейская комиссия сделала заявление о несоответствии прежде подписанных Россией с государствами-членами интеграционного объединения документов, оформляющих «Южный поток», праву ЕС, в силу несоблюдения требований о разделении имущества и управления Газпрома, недискриминационном доступе третьих стран к поставкам газа, тарифной

²⁸ Commission Staff Working Document Serbia 2014 Progress Report Accompanying The Document Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions – Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-2015 /* SWD/2014/0302 final */. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:52014SC0302>.

²⁹ European Commission Memo – Key findings of the Progress Report on Serbia. Brussels, 8 October 2014. URL: http://ec.europa.eu/enlargement/countries/strategy-and-progress-report/index_en.htm

³⁰ Ibid.

структуре³¹. Кроме того, в адрес Болгарии было направлено уведомление с требованием приостановить работы по строительству трубопровода. Оно стало причиной расприжения Министерства экономики и энергетики этой страны об остановке всех действий по проекту «Южный поток», пока он не будет отвечать требованиям Европейской комиссии и нормам ТЭП. Соответствующее письмо в адрес Болгарского энергетического холдинга 18 августа 2014 г. подписал министр В. Штонов³².

Невозможность дальнейшего сотрудничества с государствами-членами ЕС по строительству газопровода стала предметом активных обсуждений в российских правительственных кругах. В этой связи следует обратить внимание на комментарий Президента В.В. Путина: «Мы в России исходили из того, что вход на территорию стран Евросоюза с южного направления диверсифицирует поставки энергетического сырья в Европу. Но сначала Европарламент принял решение, согласно которому этот поток объявили не соответствующим интересам Евросоюза, а потом Еврокомиссия направила письмо правительству Болгарии, подтвердив это решение Европарламента и потребовав от болгарского правительства прекратить все подготовительные работы. И болгарское правительство это сделало, все работы были прекращены. ... Послушайте, как мы могли начать укладку трубопроводной системы в море, истратить 9 миллиардов евро, утопить этот металл в море, не имея права входа на болгарскую территорию? Конечно, как только мы всё это осознали, мы и прекратили дальнейшую работу. Нам просто не дали его сделать, мы не отказывались от него»³³.

Данное высказывание не только выражает политическую позицию, но также имеет под собой международно-правовую основу.

Нельзя отрицать применимость к двусторонним соглашениям, на основе которых осуществлялась работа по строительству «Южного потока», положений Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, участниками которой являются все государства, выступавшие сторонами этих документов. Конвенция, по свидетельству Суда ЕС, является выражением общеобязательных норм международного обычного права (Пар. 39)³⁴. В свою очередь, в её основе лежит принцип *pacta sunt servanda* (добросовестного исполнения принятых на себя обязательств – ст. 26). Более того, в документе прямо запрещается оправдывать неисполнение международного договора его несоответствием нормам внутреннего законодательства государства-участника (ст. 27).

Поскольку межправительственные соглашения по проекту «Южный поток» были заключены на первоначальный срок 30 лет и не предусматривали права их досрочного расторжения в одностороннем порядке, изменение или прекращение по общему правилу возможно только по взаимному согласию обоих участников. Данный вывод следует из пункта 2 ст. 42 Венской конвенции, в соответствии с которой «прекращение договора, его денонсация или выход из него участника могут иметь место только в результате применения положений самого договора или настоящей Конвенции»³⁵.

Несмотря на то что ЕС не является участником Венской конвенции 1969 года, ст. 3(5) Договора о Европейском Союзе содержит обязанность объединения *«способствовать... строгому соблюдению и раз-*

³¹ Brussels opens infringement procedure against Bulgaria over South Stream. 03.06.2014. URL: <https://seenews.com/news/brussels-opens-infringement-procedure-against-bulgaria-over-south-stream-media-423705#sthash.DrnaD5QF.dpuf>

³² Болгария приостановила все действия по проекту «Южный поток» // ТАСС. 18.08.2014. URL: <http://tass.ru/ekonomika/1386864>

³³ Встреча с руководителями международных информагентств 17 июня 2016 года. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/52183>

³⁴ Case C-118/07 Commission v Finland [2009] ECR I-10889.

³⁵ Венская Конвенция о праве международных договоров. 23.05.1969. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml

визию международного права, особенно выполнению принципов Устава ООН»³⁶. Соответственно, нормы конвенции (в той степени, в которой они кодифицируют международное обычное право) являются обязательными для Брюсселя, который не может требовать от государств-членов совершения такого международного правонарушения, как денонсация соглашений, не предусматривающих их одностороннего прекращения [Гудков 2014].

Несмотря на кажущуюся очевидность и правомерность такого подхода в теоретическом плане, анализ практики показывает гораздо более комплексный характер рассматриваемой проблемы. Хотя двусторонние соглашения должны иметь приоритет перед обязательствами, принятыми государствами в рамках интеграционного объединения и, в частности, ТЭП, то обстоятельство, что данные международные договоры находятся в противоречии с нормами права ЕС, даёт Европейской комиссии полномочия (согласно сложившейся практике, поддержанной Судом ЕС) по инициированию изменений или отмены указанных двусторонних договоров с третьими государствами в случае их противоречия (включая случаи «гипотетического несоответствия» [Ануфриева, Исполинов 2011]) первичному праву интеграционного объединения. При этом в случае неисполнения требований наднационального регулятора государство-член признается нарушившим обязательства, вытекающие из Договора о ЕС и Договора о функционировании ЕС с применением соответствующих мер ответственности.

Рассмотренные выше правовые коллизии, включая неспособность государств прийти к окончательному выводу о соот-

ношении норм европейского права с применимыми нормами двусторонних соглашений, касающихся реализации проекта, сопровождаемые политическим противодействием со стороны институтов ЕС, привели к невозможности продолжения работы над строительством «Южного потока».

З

Говоря о реализации проекта «Южный поток», нельзя забывать о том, что его правовой основой были не только договорные отношения государств и нормативные требования интеграционной группировки, в рамках международного публичного права. Начало прокладки трубопровода было бы невозможно без договорно-правового оформления отношений по его строительству между задействованными хозяйствующими субъектами.

В международно-правовой плоскости приостановление реализации «Южного потока» не привело к образованию большого количества новых правовых проблем. Среди основных вопросов, возникающих в связи с утратой интереса государств к проекту, — продолжение действия соответствующих двусторонних соглашений, которые не были ни денонсированы, ни приостановлены участвующими в них государствами, но вместе с тем объявлены Европейской комиссией не соответствующими праву ЕС и, таким образом, не подлежащими применению³⁷. Ввиду приостановки проекта указанные договоры фактически утратили свой объект и цель (создание газопроводной системы «Южный поток»). Продолжение исполнения обязательств государствами-членами интеграционного объединения, являющимися их участниками, может стать

³⁶ Договор о Европейском Союзе (подписан в г. Маастрихте 07.02.1992) (с изм. и доп. от 13.12.2007) // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». — Режим доступа: локальный. — Дата обновления 16.01.2018.

³⁷ См., например: Brussels opens infringement procedure against Bulgaria over South Stream. 3.06.2014. URL: <https://seenews.com/news/brussels-opens-infringement-procedure-against-bulgaria-over-south-stream-media-423705#sthash.DrnaD5QF.dpuf>; Commission Staff Working Document Impact Assessment — Accompanying the document Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council on establishing an information exchange mechanism with regard to intergovernmental agreements and non-binding instruments between Member States and third countries in the field of energy and repealing Decision No 994/2012/EU. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52016SC0027>

причиной исков в Суде ЕС в связи с нарушением норм европейского права. Соответственно, при отсутствии формальной процедуры денонсации указанные международные соглашения де-факто утратили своё значение. В связи с этим встаёт вопрос о возможности применения к ним ст. 61 (последующая невозможность выполнения договора как основание для его прекращения или выхода из него) и ст. 62 Венской конвенции 1969 года, предусматривающей освобождение от ответственности сторон в случае возникновения «коренного изменения в отношении обстоятельств, существовавших при заключении договора, которое не предвиделось участниками»³⁸.

Последнее из условий представляет собой развитие так называемой клаузулы неизменности обстоятельств (*rebus sic stantibus*), которая как обычная норма международного права используется государствами для обоснования прекращения исполнения их обязательств по международным договорам в случае изменения обстоятельств, при которых они были заключены [Талалаев 1997]. В связи с отказом государств от реализации проекта «Южный поток» уместно процитировать советского юриста-международника В.М. Шуршалова: «Каков бы ни был срок договора, он перестаёт фактически применяться, как только перестают существовать породившие его объективные условия, так как его объём и цель, как правило, отражают изменяющиеся потребности международной жизни» [Шуршалов 1957: 7]. К проблеме толкования концепции *rebus sic stantibus* обращался и представитель международно-правовой доктрины Х. Лаутерпахт, указывавший, что для её применения необходимо, чтобы цель договора было невозможно достичь в принципе, достаточно того, чтобы эта цель не могла быть достигнута «в целом, с учётом объекта договора» [Lauterpacht 1933:

276]. Вместе с тем вывод о применимости клаузулы неизменности обстоятельств в настоящее время является преждевременным в связи с периодическим обсуждением заинтересованными сторонами возможности возрождения проекта.

В частности, по данным газеты *Der Standard*, в 2017 г. между австрийской нефтегазовой компанией *OMV* и Газпромом прошли переговоры относительно возможности реализации газопровода «Южный поток»³⁹. При этом, по замечаниям экспертов, такие обсуждения имеют потенциал привести к практическим результатам вследствие потенциальных экономических выгод для обеих сторон. В частности, в случае возобновления строительства газовой магистрали транзит российского газа в Европу будет осуществляться через австрийский газовый хаб «Баумгартен». В этой связи президент Института энергетики и финансов Владимир Фейгин высказал мнение, что подобное решение позволит *OMV* стать «общевропейским игроком», а стране, которую представляет компания, — «интегратором на юго-востоке Европы». Между тем, с точки зрения Газпрома, конкуренция между двумя проектами («Южный поток» и «Турецкий поток») плодотворно влияет на его положение, позволяя выбирать между различными потенциальными контрагентами (австрийской или турецкой стороной) тех, чьи условия окажутся более выгодными⁴⁰.

Идеи возобновления работ над проектом фигурируют не только в экспертных и деловых, но и в политических кругах. По утверждению Президента В.В. Путина по итогам встречи в Санкт-Петербурге с турецким лидером Реджепом Тайипом Эрдоганом 9 августа 2016 года, «...Болгарская сторона хотела бы вернуться к этому проекту, но мы понесли определённые убытки в связи с отказом европейских пар-

³⁸ Венская Конвенция о праве международных договоров. 23.05.1969. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml

³⁹ Schnauder A. *OMV und Gazprom basteln wieder an South Stream // Der Standard*. 2017. URL: <https://www.pressreader.com/austria/der-standard/20170613/281938837896919>.

⁴⁰ Гунеев С. Эксперт о перспективах «Южного потока»: хорошо, когда есть конкуренция. 13.06.2017. URL: https://ria.ru/radio_brief/20170613/1496422438.html

тнёров от реализации этого проекта. Теперь одних намерений недостаточно, нам нужны абсолютно железобетонные гарантии юридического характера»⁴¹. Кроме того, отдельные специалисты, ссылаясь на отсутствие в названии двусторонних соглашений формулировки «Южный поток», отмечают возможность использования их положений для разработки других аналогичных проектов, учитывающих новые требования ЕС [Stern et al. 2017: 13].

Ещё одной проблемой, связанной с завершением проекта, является возможность использования международно-правовых механизмов для возмещения возникших в связи с его прекращением убытков. Вместе с тем даже в случае признания норм ТЭП не соответствующими фундаментальным принципам и нормам Всемирной торговой организации рекомендации третейской группы не предусматривают последующей компенсации ущерба или упущенной выгоды государству или его частным лицам, чьи права были нарушены в результате принятия не соответствующего праву ВТО законодательства, поскольку «основной целью процедуры разрешения споров является не компенсация ущерба, не наказание виновной стороны, а приведение меры, нарушающей правила ВТО, в соответствии с соглашениями системы ВТО» [Смбатян 2006]. Вопрос ущерба поднимается только в том случае, когда при невыполнении решения Органа по разрешению споров ВТО государство, интересы которого оказались затронутыми, намерено приостановить уступки и другие обязательства [Смбатян 2006].

По сравнению с рассмотренными выше публично-правовыми вопросами частноправовые аспекты деятельности компаний по реализации неудавшегося проекта стоят особенно остро, поскольку прекращение проекта привело к существенным убыткам (которые, как было указано выше, не представляется возможным взыскать с помощью международно-правовых механизмов) на стороне

контрагентов, с которыми были заключены контракты на поставки, выполнение работ и оказание услуг в связи со строительством новой газопроводной системы, что, в свою очередь, стало причиной для предъявления исков в международные арбитражи.

Одним из наиболее ярких примеров таких разбирательств является упоминавшийся выше спор между структурой Газпрома *South Stream Transport B.V. (SSTBV)* и итальянским подрядчиком в связи с расторжением контракта на прокладку газопровода «Южный поток». По данным ежеквартальных отчетов российской корпорации⁴², 16 декабря 2015 г. его дочернее предприятие получило официальное уведомление от секретариата арбитражного суда Международной торговой палаты (МТП). В нём МТП информировала о поступлении просьбы компании *Saipem S.p.A.* о проведении арбитражного разбирательства против *SSTBV* в связи с односторонним расторжением этой фирмой контракта от 14 марта 2014 г. на строительство газопровода «Южный поток». В заявлении *Saipem*, избранная генеральным подрядчиком строительства первой нитки подводной части «Южного потока» по дну Чёрного моря из России в Болгарию, требовала взыскать за заказчика в качестве вознаграждения за выполненные истцом работы компенсации понесённых расходов и компенсации за расторжение контракта около 760 млн евро плюс проценты.

16 февраля 2016 г. компания *SSTBV* направила отзыв на просьбу *Saipem* о проведении арбитража, в которой возразила против заявленных требований и заявила о намерении предъявить контрагенту встречный иск. 8 апреля 2016 г. *Saipem* представила отзыв на встречный иск, в котором было заявлено об отсутствии оснований для его предъявления. По итогам обмена процессуальными документами и взаимных согласований для рассмотрения спора был сформирован арбитражный трибунал и согласован график разбирательства.

⁴¹ Путин: России нужны «железобетонные гарантии» по «Южному потоку». 09.08.2016. URL: <https://mir24.tv/news/14862395/putin-rossii-nuzhny-zhelezobetonnye-garantii-po-yuzhnomu-potoku>

⁴² См., например, ежеквартальный отчет ПАО «Газпром» за IV квартал 2017 г. URL: <http://www.gazprom.ru/f/posts/57/287721/gazprom-emitent-report-4q-2017.pdf>

В процессе развития дела исковые требования *Saipem* были уточнены с уменьшением суммы иска на 81 млн евро (таким образом, в настоящее время сумма исковых требований составляет 679 млн евро). 10 марта 2017 г. *SSTBV* представила возражения на иск с приложением свидетельских показаний и заключений экспертов, а также заявила встречный иск о взыскании 730 млн евро. При этом местом рассмотрения спора является Лондон, Великобритания, а применимым правом — английское. В настоящий момент стороны проходят процедуру взаимного раскрытия информации. Первые слушания пройдут в июне 2019 г.

В рамках предварительного комментария можно отметить, что вероятность получения компенсации какой-либо из сторон при вынесении решения Арбитражным судом МТП в Париже (который является одним из самых авторитетных в Европе) зависят от конкретных формулировок контракта. Если последний содержит оговорки о возмещении расходов в случае досрочного расторжения отношений по инициативе заказчика, то шансы *Saipem* на выигрыш достаточно высоки. Напротив, если контрагент, следуя практике Международной торговой палаты, закрепили в договоре положение, аналогичное пункту 3(d) издания «Оговорка о форс-мажоре (об освобождении от ответственности)» данного арбитражного органа, которое к числу обстоятельств непреодолимой силы, освобождающих сторону от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора относит «действия властей, законные или незаконные, соблюдение любого закона или указания правительства, правил, распоряжений или указаний, комендантского часа, экспроприация, принудительное отчуждение собственности, захват предприятий, реквизицию, национализацию», то усиливается позиция *SSTBV* и, соответственно, увеличивается вероятность отклонения иска *Saipem*.

Кроме того, можно предположить, что стороны могут получить компенсацию фактически понесённых расходов, доказанных соответствующими документами.

Существенный интерес с точки зрения возможного взыскания убытков представляет также возможность обращения к инструменту международного инвестиционного арбитража для привлечения к ответственности Болгарии как государства, принимающего инвестиции. Подобные действия могут быть предприняты на основании действующего Договора между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Болгария о поощрении и взаимной защите капиталовложений (был подписан в г. Софии 8 июня 1993), поскольку в данном случае в отношении Газпрома можно наблюдать беспрецедентную ситуацию, которая демонстрирует всю сложность международных энергетических отношений на европейском газовом рынке.

14 февраля 2017 г. российская корпорация отказалась от права на применение штрафных санкций в размере 70 млн долл. США (взыскание которых предусмотрено Протоколом между ПАО «Газпром» и «Болгарским энергетическим холдингом», подписанным 27 августа 2012 года) за прекращение участия в проекте строительства газопровода «Южный поток» (пункт I.3 Предложений ПАО «Газпром» по урегулированию спора)⁴³. Данный отказ стал результатом серии уступок, на которые компания согласилась в рамках досудебного урегулирования антимонопольного расследования ЕС в связи с её обвинением в злоупотреблении доминирующим положением на рынках газа Восточной Европы и Европейского Союза (антимонопольное дело №39816)⁴⁴. Таким образом, в настоящее время обращение к данному способу получения возмещения в результате отказа от реализации проекта представляется достаточно сомнительным, несмотря на то,

⁴³ Case AT 39816 Commitment Proposal (Non-Confidential Version) February, 14, 2017. P.8. URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/g2/gazprom_commitments.pdf

⁴⁴ Материалы дела №39816. URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39816

что до возбуждения расследования Европейской комиссией выдвигались предложения по защите прав Газпрома в инвестиционном арбитраже (в том числе в соответствии с механизмами Договора к Энергетической хартии) [Camallonga et al. 2014].

* * *

Несмотря на то что энергетическая взаимозависимость России и Европейского Союза остаётся отличительной чертой их взаимодействия на международном экономическом пространстве, международно-правовые проблемы, возникающие в условиях непростых политических отношений, создают препятствия для сотрудничества государств в данной сфере. Это негативно сказывается на экономических возможностях хозяйствующих субъектов. Исходя из указанных обстоятельств, отдельные представители российской международно-правовой доктрины делают вывод о том, что действия ЕС подталкивают Россию на «переориентацию продаж газа с Запада на Восток» [Вельяминов 2015]. Действительно, нельзя не принимать во внимание экономические перспективы, связанные со строительством в китайском направлении газопровода «Сила Сибири». Вместе с тем европейский газовый рынок всё ещё остаётся одним из основных для российских экспортёров, что обуславливает необходимость детального анализа международно-правовых проблем реализации отдельных проектов в европейском направлении.

Среди причин, которые повлияли на невозможность продолжения реализации «Южного потока», можно выделить следующие (включая, но не ограничиваясь):

1) *Проблемы, связанные непосредственно с фактом принятия и вступления в силу «Третьего энергопакета» ЕС:*

а) отсутствие согласия государств относительно статуса ТЭП, его соотношения с двусторонними межправительственными соглашениями, оформляющими сотрудничество в сфере строительства «Южного потока», неразрешённость вопроса о соответствии двусторонних договоров нормам ТЭП в контексте общего международного

права, как и более общего вопроса – о соответствии нормы права ЕС норме общего международного права;

б) отсутствие постановки вопроса об ответственности ЕС за понуждение государств-членов к нарушению их обязательства по двусторонним договорам. Несмотря на то что Комиссия международного права ООН разработала соответствующий документ об ответственности международных организаций (Проект статей об ответственности международных организаций 2008 года), этот вопрос не поставило ни одно государство, хотя юридически сама его постановка имела бы позитивные последствия – и для России, и для тех государств-членов ЕС, которые согласились с политическими доводами Брюсселя вопреки своим экономическим национальным интересам;

в) нерешённость вопроса правомерности ТЭП в рамках права ВТО вследствие предположительно дискриминационных положений, касающихся процедуры сертификации операторов газотранспортных систем, контролируемых лицами из третьих государств.

2) *Проблемы, связанные с применением положений ТЭП к «Южному потоку» (без учёта вопроса об их принципиальной правомерности):*

а) наличие в числе норм ТЭП положений, связанных с имущественным разделением операторов газотранспортных систем, что исключало для Газпрома возможность беспрепятственной деятельности по реализации проекта в рамках европейского законодательства;

б) проблема обращения в Европейскую комиссию с целью освобождения от требований в части имущественно-правового разделения в соответствии со ст. 36 Директивы № 2009/73/ЕС (включая возможность нанесения ущерба правовой российской позиции в отношении правомерности ТЭП в рамках права ВТО);

в) вопросы, связанные с применением норм ТЭП к морским участкам газопроводной системы;

г) проблема классификации проекта как «сети восходящих трубопроводов» или «га-

зораспределительной сети» (поскольку в случае признания за «Южным потоком» статуса «сети восходящих трубопроводов» функционирование проекта не требовало бы процедуры сертификации и участия Европейской комиссии в предоставлении разрешений).

Вместе с тем нельзя забывать, что правовой основой проекта были не только публично-правовые отношения государств. Не менее важным является соответствующее договорно-правовое оформление отношений по строительству газопроводной системы между субъектами частного права, для которых вопрос возмещения убытков в связи с приостановкой реализации проекта стоит особенно остро. Издержки, понесённые в результате прекращения контрактов на поставки товаров, работ, услуг (при отсутствии эффективных международно-правовых механизмов), стали основанием для предъявления исков в международные арбитражи. Ярким примером таких разбирательств является спор между дочерней структурой Газпрома *South Stream Transport B.V.* и итальянской компанией *Saipem* в связи с расторжением контракта на прокладку газопровода «Южный поток». Обе стороны требуют возмещения убытков и процентов и в настоящее время проходят процедуру взаимного раскрытия информации.

Шансы сторон на получение компенсации при вынесении решения Арбитражным судом Международной торговой палаты в Париже зависят от конкретных формулировок контракта. Одновременно при установлении обстоятельств, в результате которых стороны понесли подлежа-

щие возмещению убытки и которые теоретически могут служить основанием для освобождения или уменьшения договорной ответственности сторон, арбитраж должен принять во внимание следующие факты: а) согласие государств—членов ЕС с проектом «Южный поток»; б) договорное оформление такого согласия; в) действия этих государств и России по подготовке к реализации проекта и началу его осуществления, включая понесённые затраты; г) когда и кем были приняты правовые акты, юридически препятствующие реализации проекта; д) иные относящиеся к делу факты.

Невозможность продолжения реализации проекта «Южный поток» выявила ряд фундаментальных проблем энергетического сотрудничества России и ЕС в газовой отрасли, которые могут быть преодолены только посредством конструктивного диалога при неукоснительном соблюдении норм международного права. Вместе с тем указанное сотрудничество, предполагающее взаимное стремление к достижению разумного компромисса, должно по возможности развиваться без ущерба правовой позиции России в отношении принципиальных международно-правовых вопросов касательно, в частности, применения права ВТО к поставкам газа на европейские рынки российскими субъектами. Представляется, что уроки, вынесенные из неудачи «Южного потока», позволят избежать правовых коллизий и неопределённостей в ходе реализации новых проектов газотранспортных систем, участниками которых являются Россия и государства—члены ЕС.

Список литературы

- Ануфриева А.А., Исполинов А.С. Право ЕС и международное право: последствия нового подхода Суда ЕС к договорам, заключённым государствами-членами с третьими странами // Евразийский юридический журнал. 2011. № 3(34). С. 66–71.
- Ануфриева Л.П., Жданов В.А., Калинин П.А. и др. Право ВТО: теория и практика применения: Монография / Под ред. Л.П. Ануфриевой. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2016. 528 с.
- Белова Е.А. Россия и торговые споры в ВТО: антидемпинговые, компенсационные и специальные защитные меры // Российский внешнеэкономический вестник. 2016. № 7. С. 120–131.
- Бранимир Н. Международно-правовые аспекты реализации совместных проектов Европейского Союза и Российской Федерации в энергетической сфере (на примере проекта «Южный поток»): Дисс ... канд. юр. наук: 12.00.10. Москва, 2016. 238 с.

- Вельяминов Г.М. Международное право: опыты. М.: Статут, 2015. 1006 с.
- Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / Сост. А.Н. Талалаев (коммент.); Отв. ред. Н.В. Захарова (предисл.). М.: Юрид. лит., 1997. 336 с.
- Гудков И.В. Энергетический диалог России и ЕС: актуальные политико-правовые проблемы // Интернет-журнал «Вся Европа». № 7 (89). 2014. URL.: <http://alleuropalux.org/?p=6471>
- Канделаки Г.Г. Обзор методов государственного управления и контроля над иностранными инвестициями в сфере недропользования европейских стран // Право и экономика. 2015. № 7. С. 45–51.
- Смбатян А.С. Международные торговые споры в ГАТТ/ВТО: избранные решения (1952 – 2005 гг.). Волтерс Клувер, 2006. 344 с.
- Camallonga J.M.V., Iriarte J.L. Investment arbitration as a possible remedy for investments affected by Bulgaria's suspension of the south stream pipeline project. Lupicinio (International Law Firm), 2014. URL: <https://www.lupicinio.com/wp-content/uploads/2014/07/Investment-arbitration-as-a-possible-remedy-for-investments-affected-by-Bulgaria%E2%80%99s-suspension-of-the-south-stream-pipeline-project.pdf>.
- Lauterpacht H. The Function of Law in the International Community. Oxford: Clarendon Press, 1933. 470 p.
- Offenberg P. The European neighborhood and the EU's security of supply with natural gas. Berlin: Jacques Delors Institut, 2016. 26 p.
- Russian Energy and Security up to 2030 / ed. by S. Oxenstierna S., T. Veli-Pekka. Routledge, 2013. 244 p.
- Russian Energy Security and Foreign Policy / ed. by A. Dellecker, T. Gomart. Routledge, 2011. 272 p.
- Stern J., Simon P., Yafimava K. Does the Cancellation of South Stream Signal a Fundamental Reorientation of Russian Gas Export Policy? Oxford: The Oxford Institute for Energy Studies. 15 p.
- Stern J., Yafimava K. The EU Competition investigation of Gazprom's sales in central and eastern Europe: a detailed analysis of the commitments and the way forward OIES PAPER: NG 121. Oxford Institute for Energy Studies, 2017. 44 p.

INTERNATIONAL LEGAL ASPECTS OF SUSPENDING THE SOUTH STREAM PROJECT

IVAN BUNIK

Moscow Law Firm "Timofeev, Vahrenwald and Partners", Moscow 117312, Russia

Abstract

EU-Russia energy cooperation is being considerably influenced by international law issues arising in the light of the political tension caused by the EU sanctions and the Russian restrictive measures. Based on the said factors along with such issues as the possibility of application of the EU Third Energy Package to the Nord Stream 2 project, the lack of legal certainty in the regulation of the European part of the Turk Stream, the upcoming negotiations on the Russian-Chinese energy cooperation, particular emphasis should be put on the issues of the South Stream project suspension, the detailed analysis of which is given in the present article. The author maintains the position that the key factors that caused the impossibility to continue the South Stream pipeline construction are the issues related to the adoption and entry into force of the EU's TEP (including the conformity of TEP with WTO rules and the applicable bilateral intergovernmental agreements) as well as the issues related to the application of the TEP to the South Stream project (particularly, the "unbundling" rules of the TEP which impeded PJSC Gazprom's activity with respect to the pipeline construction and operation in accordance with the EU legislation and the issues of qualification of the pipeline project in terms of the TEP rules). The author addresses the private law aspects of the South Stream project suspension, in particular, the issue of damages suffered because of the unilateral termination of contracts for the supply of goods and services which are now being claimed in international arbitration. The vivid example of such disputes is the one between the Gazprom

subsidiary South Stream Transport B.V. and the Italian company Saipem. Based on the dispute in question the author concludes that not only should the arbitrators take into account the respective contractual provisions but also the circumstances that may be deemed as the grounds for exemption of the contractual liability (namely, the consent of the EU member states to the construction of the South Stream project; the acts of the states involved with respect to the project implementation; the adoption of the legislation impeding the project implementation etc.). The author comes to the conclusion that the problems of the EU-Russia energy cooperation within the frame of other pipeline construction projects to which Russia and EU member states are parties may be solved only through a dialogue in full compliance with international law s.

Keywords:

energy; energy cooperation; South Stream; EU Third Energy Package; damages; WTO Law.

References

- Anufrieva A.A., Ispolinov A.S. (2011). Pravo ES i mehdunarodnoe pravo: posledstviya novogo podhoda Suda ES k dogovorom, zakljuchennym gosudarstvami-chlenami s tret'imi stranami. [EU Law and International Law: the outcomes of the new ECJ approach to the treaties between the Member states and third countries] // *Evrazijskij juridicheskij zhurnal*. Vol. 3 No. 34. P. 66–71.
- Anufrieva L.P., Zhdanov V.A., Kalinichenko P.A. et al. (2016). *Pravo VTO: teorija i praktika primeneniya: monografiya* [WTO Law: theory and case law]. Moscow: NORMA, INFRA-M. 528 p.
- Belova E.A. (2016). Rossiya i torgovye spory v VTO: antidempingovye, kompensacionnye i special'nye zashhitnye mery [Russia and trade disputes in the WTO: antidumping, countervailing and special safeguard measures] // *Rossijskij vneshejekonomicheskij vestnik*. No. 7. P. 120–131.
- Branimir N. (2016). *Mezhdunarodno-pravovye aspekty realizacii sovместnyh proektov Evropejskogo Sojuza i Rossijskoj Federacii v jenergeticheskoj sfere (na primere proekta "Juzhnyj potok")* [International legal aspects of EU-Russia joint project implementation in the energy sector]: Jur. Dr. PhD: 12.00.10. Moscow. 238 p.
- Camallonga J.M.V., Iriarte J.L. (2014). *Investment arbitration as a possible remedy for investments affected by Bulgaria's suspension of the south stream pipeline project*. Lupicinio (International Law Firm), 2014. [Electronic resource]. URL: <https://www.lupicinio.com/wp-content/uploads/2014/07/Investment-arbitration-as-a-possible-remedy-for-investments-affected-by-Bulgaria%E2%80%99s-suspension-of-the-south-stream-pipeline-project.pdf>
- Dellecker A., Gomart T. (eds) (2011). *Russian Energy Security and Foreign Policy*. Oxon: Routledge. 272 p.
- Gudkov I.V. (2014). Energeticheskij dialog Rossii i ES: aktual'nye politiko-pravovye problemy [EU-Russia energy dialogue: acute political and legal issues]. *Internet journal «Vsya Evropa»*. No 7(89). URL: <http://alleuropalux.org/?p=6471> (accessed 27.02.2018r.).
- Kandelaki G.G. (2015). Obzor metodov gosudarstvennogo upravlenija i kontrolja nad inostrannymi investicijami v sfere nedropol'zovanija evropejskih stran [Review of the methods of the state control of the foreign investment in the subsoil use of the European countries] // *Pravo i jekonomika*. No. 7. P. 45–51.
- Lauterpacht H. (1933). *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press. 470 p.
- Offenberg P. (2016). *The European neighborhood and the EU's security of supply with natural gas*. Berlin: Jacques Delors Institut. 26 p.
- Oxenstierna S., Veli-Pekka T. (eds) (2013). *Russian Energy and Security up to 2030*. Oxon: Routledge. 244 p.
- Smbatjan A.S. (2006). *Mezhdunarodnye torgovye spory v GATT/VTO: izbrannye resheniya (1952–2005 gg.)* [International trade disputes in the GATT/WTO: selected decisions (1952–2000)]. Walters-Cluwer. 344 p.
- Stern J., Simon P., Yafimava K. Does the Cancellation of South Stream Signal a Fundamental Reorientation of Russian Gas Export Policy? Oxford: The Oxford Institute for Energy Studies. 15 p.
- Stern J., Yafimava K. (2017). *The EU Competition investigation of Gazprom's sales in central and eastern Europe: a detailed analysis of the commitments and the way forward*. OIES PAPER: NG 121. Oxford Institute for Energy Studies. 44 p.
- Talalaev A.N. (1997). *Venskaya konvencija o prave mehdunarodnyh dogovorov. Kommentarij* [Vienna Convention on the law of treaties: Commentary]. Moscow: Jurid. lit. 336 p.
- Vel'jaminov G.M. (2015). *Mezhdunarodnoe pravo: opyty* [International Law: Essays]. Moscow: Statut. 1006 p.