

ПРАВНИТЕ ПРОТИВОРЕЧИЯ НА ПРОЕКТА „ЮЖЕН ПОТОК“

Райко Николов

Март 2014



Настоящата статия се отнася до потенциално вредните правни противоречия, свързани с проекта „Южен поток“. Целта ѝ не е да изрази положително или негативно мнение за проекта. Статията по-скоро ще очертае рисковете, произтичащи от споразуменията, сключени от българската страна с „Газпром“. При изготвянето на този анализ, безпристрастно и с респект към фактите, са взети всички мерки за осигуряване на обективна и точна информация, а данните, анализите и мненията са базирани на посочените източници по начина и обхвата, по който са изложени. Анализът не изразява политически позиции; не третира предмета си положително или отрицателно; разглежда суверенния риск единствено от гледната точка на неговата оценка и управление. Авторът не носи отговорност за неточно, непълно и превратно използване на тезите в доклада. Без неговото изрично писмено съгласие съдържанието на доклада не може да бъде променяно, преработвано, приспособявано, допълвано или от него да се изработват производни материали; не може да се цитира, освен за изследователски и учебни цели – докладът не е част от публичния, а от академичния дебат за оценяването на суверенния риск. За нанесените вреди се носи съответна имуществена отговорност.



Резюме

Статията описва правните противоречия между споразуменията за „Южен поток“ и съответните норми от правото на ЕС. Тя започва с обяснение защо правото на ЕС е приложимо в случая. С оглед върховенството на европейското право, европейските норми се налагат над националните. Съответно, приложими са чл. 102 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и последните два Енергийни пакета. Трудът продължава с обяснение защо Европейската комисия (ЕК) обвинява „Газпром“ в нарушение на гореспоменатите норми.

Втората част от статията описва позицията на „Газпром“. Аргументите, които руските представители могат да приведат, се основават най-вече на принципа „Pacta sunt servanda“ (Договорите трябва да се спазват). Очакването е споразуменията да се спазват, въпреки несъответствията с местното право. Въпреки силата на този принцип, самото международно право посочва българското законодателство (и съответно европейското) като приложимо в случая. Договарящите страни сами са отчели нуждата от това в част от двустранните актове. Нуждата от спазване на местното право е отбелязана също така в Двустранния договор за насърчаване на инвестициите, сключен между България и Русия, върху който руската страна може да се основе при неизпълнение, за да свика арбитражен съд срещу България.



Въведение

Проектът „Южен поток“ поражда въпроси относно своята законосъобразност спрямо европейските норми. Притесненията са най-вече свързани с това, че „Газпром“ би контролирал преноса на газ и едновременно би бил доставчик на същия газ. Наскоро бе подписано споразумение между българската държава и „Газпром“, по силата на което компанията се съгласява да предостави достъп на трети страни до тръбопровода. Условието, при които това би се случило, обаче остават неизвестни и съществува реален риск ангажиментът да е само „козметичен“. Второ, „Газпром“ притежава силно господстващо положение в известен брой национални пазари в Европа. Ценовата политика на компанията, както и политиката за предотвратяване появата на конкуренти, буди притеснения, свързани с член 102 ДФЕС. Трето, не е бил организиран търг за финансова институция, която да осигури кредит за проекта, а търговете за строител на тръбопровода недвусмислено нарушават директива 2004/17/ЕО.

В по-широка перспектива, руските представители поставят под въпрос самото прилагане на европейското право, считайки че въпросът трябва да се разглежда като само международно-правен. Тази позиция лежи върху „чисто договорната“ гледна точка.

Целта на тази статия е да се фокусира върху правните аспекти на въпроса и да опише противоречията, свързани с „Южен поток“.

Проектът нарушава по-голямата част от приложими норми. Тази ситуация обаче не е безвъзвратна. Все още е възможно „Южен поток“ да бъде приспособен към българското законодателство. В първата част от текста ще бъде пояснено защо правото на ЕС е приложимо в случая. Във втората част ще се концентрираме върху

механизмите на международното право.

„Южен поток“ нарушава правото на ЕС

Тук ще се засегне темата за сегмента от проекта, който ще бъде изграден на българска (и, следователно, европейска) територия. Следователно, поради явни причини, той трябва да спазва местното законодателство.

Според ЕК, „Южен поток“ попада под режима на член 102 ДФЕС. Вторият и Третият енергиен пакет също не са взети предвид при проекта. Тази точка ще опише йерархията на правните норми в ЕС, за да оправдае приложимостта им в случая.

Върховенство на правото на ЕС над националните актове

Първо, според „Газпром“, споразуменията по ЮП, в качеството си на международни актове, се намират над националното законодателство и не попадат под неговия режим. Това твърдение е погрешно, тъй като приложимите норми идват от наднационално равнище – от ЕС. Те стоят на върха на правната йерархия на всяка държава членка. Затова националните власти не могат да прилагат закони или да изпълняват договори, които не съответстват на това по-високо ниво на законодателност. „Газпром“ не може да очаква, че споразуменията и протоколите по „Южен поток“ ще бъдат наложени въпреки наднационалните директиви и регламенти на ЕС.

Принципът на това върховенство може да бъде проследен до 1964 г., когато е взето едно от най-съществените решения на Съда на ЕС. Чрез решението си по делото „Flaminio Costa against E.N.E.L.“, Съдът допринася за изграждането на европейската правна система като постановява, че държава членка няма право да законодателства в несъответствие с правото на ЕС. Този принцип засяга в еднаква степен норми, приети преди и след визираната европейска норма. Впоследствие този постулат става обект на Декларация номер 17 към Договорите.

Заклучението е, че правото на ЕС остава приложимо към случая.

Второ, възможно е да се отиде още по-далече. Според практиката на Съда на ЕС, частни лица могат, при определени условия, да се позоват на директиви (а не само на регламентите), които все още не са транспонирани в българското законодателство.

В „Politi SAS against Ministero delle Finanze“ (1971) Съдът постановява, че регламентите имат „непосредствен ефект“. Това означава, че физически и юридически лица могат директно да основават на тях своите искове, без да е нужно транспонирането им в националната правна система. Същото се отнася и за директивите, при условие, че са достатъчно ясни и точни и че крайният срок за транспонирането им е изтекъл.

Третият енергиен пакет все още не е цялостно инкорпориран в българското право, но той остава приложим. Някои негови аспекти са вече част от Закона за енергетиката и подзаконовите нормативни актове, произтичащи от него. Останалата част от пакета са под формата на регламент или изпълват критериите от решението „Van Duyn vs. Home Office“ за яснота и изтекъл срок.

Следователно, Вторият и Третият енергиен пакет, както и директивите и регламентите

за провеждането на търгове могат да бъдат успешно приложени, въпреки че част от тях не е цялостно транспонирана.

Трето, взаимнопоставеността на правото на ЕС и международното право е била обект на много академични спорове. От гледна точка на международното право, споразуменията между България и „Газпром“ се намират на над-национално ниво и не би трябвало да се влияят от вътрешните норми на страната. В някои случаи, тази теза има приложение, но не и в настоящия. Тя не взема предвид спецификата на европейската интеграция. Когато определена компетенция е прехвърлена от национално на европейско ниво, държава членка не може повече да законодателства или да сключва договори с трети страни в противоречие с нея. Обратното би значело, че всяка директива или регламент биха могли да бъдат заобиколени чрез подписването на споразумение със страна, която не е членка на ЕС.

За да бъде избегната тази хипотеза, Съдът издава решението „AETR“ от 1971 г. Според него, „вътрешните компетенции“ на ЕС трябва да бъдат спазени и във „външните“ отношения на държавите членки с трети страни. Целта е да се избегне обезсмислянето на правото на ЕС.

Този принцип е вече част от основополагащите договори, а именно член 3 алинея 2 от ДФЕС. *„Съюзът разполага също с изключителна компетентност за сключване на международни споразумения, когато това е предвидено в законодателен акт на Съюза или е необходимо, за да му позволи да упражнява своята вътрешна компетентност, или доколкото може да засегне общите правила или да промени техния обхват.“*

Четвърто, България не може да заобиколи правото на ЕС, сключвайки международни споразумения.

Енергийните политики все още не са част от компетенциите на Съюза per se. Употребата на собствените енергийни ресурси, както и определянето на енергийните миксове, остава до голяма степен, национален прерогатив. Въпреки това, ЕС регламентира някои аспекти от сектора, посредством Вътрешния пазар. България не може да не отчете този факт при подписването на споразумения и протоколи с „Газпром“.

Според чл. 194, ал. 1 ДФЕС, Енергийната политика на ЕС цели да осигури правилното функциониране на енергийния пазар, сигурността на доставките и да насърчава енергийната ефективност и взаимосвързаност на държавите членки. Това покрива само частично разнообразието от тематики, свързани със сектора.

В този ред на мисли, Третият енергиен пакет всъщност регулира конкуренцията на енергийните пазари, а Регламентът за аварийна доставка на газ цели само да гарантира, че в случай на криза, всяка държава членка би могла да си набави жизнения минимум синьо гориво. Нуждата от диверсифициране многократно е била потвърждавана, именно в стратегията „Европа 2020“. Механизмът „Свързана Европа“ също предоставя фондове за по-пълноценното интегриране на националните енергийни пазари.

Следователно, самото сключване на споразумение с „Газпром“ не е в нарушение на правото на ЕС. Затруднения произтичат от конкретни клаузи на текста, които не спазват изискванията на Втория и Третия енергиен пакет. Българската страна е

направила грешката да подпише текст, който нарушава правилата на Вътрешния пазар. Това е пример, който *par excellence* попада под режима на решението „АЕТР“.

„Южен поток“ не спазва европейското право на конкуренцията и регламентацията, отнасяща се до търговете

След като беше определена приложимостта на европейското право, следва фокусът да премине към конкретните норми, които „Южен поток“ трябва да спазва.

Конкуренция: Притесненията относно „Южен поток“ са основно свързани с конкуренцията. Ще погледнем проекта през призмата на член 102 ДФЕС, отнасящ се до злоупотребата с господстващо положение. След това, ще направим същото с Третия енергиен пакет.

За да може да бъде приложен член 102 ДФЕС, се налага първо да бъде дефиниран пазарът, на който участва въпросната компания. Тази дефиниция позволява да се прецени позицията на фирмата спрямо нейните конкуренти и „пазарното ѝ влияние“. Тази тема може да бъде обект на дълги разсъждения, но *prima facie* поглед позволява да се приеме разделението на два основни пазара, което фигурира в енергийните пакети, а именно: Добив, от една страна, и пренос от друга.

На тези два пазара, „Газпром“ притежава изключителни позиции. Компанията доставя 86% от газта, консумирана в България. Пазарният дял не е достатъчен сам по себе си, за да докаже господстващо положение. То може да зависи от редица други критерии. Газовата криза от 2009 г. обаче показва, че компанията е достатъчно господстваща, за да блокира икономиката на страната.

В допълнение към безспорното господстващо положение на пазара на газовите доставки, „Газпром“ цели да утвърди положението си на пазара на преноса като блокира достъпа на други компании до тръбопровода. ЕК често се е сблъсквала с фирми, които използват тежестта си на определен пазар като основа, върху която да изградят господстващо положение на друг пазар. Вторият казус срещу „Майкрософт“ е именно такава хипотеза. „Майкрософт“ отказваше да предостави на други компании нужната информация относно интерфейса си, като по този начин не им позволяваше да разработят софтуери, които да работят под „Уиндоус“. Така, „Майкрософт“ използваше господстващото си положение на пазара на оперативните програми, за да премахне конкуренцията на пазара на софтуерите. „Газпром“ цели да предотврати по същия начин достъпа на конкуренти до тръбопровода.

Самият тръбопровод може да се разглежда или като отделен пазар сам по себе си, или като част от пазара на преноса на газ. Сред основните критерии за дефинирането на пазар е взаимозаменяемостта на стоки или услуги. Ако визирият продукт може да бъде заменен от друг от гледна точка на потребителя, това значи, че двата продукта са част от един и същ пазар. Ако не може да бъдат заменени, пазарите са отделни и пазарните дялове и поведение трябва да се разглеждат поотделно. В случая с „Южен поток“, тръбопроводът е единственият път за пренос на газ от българското Черноморие до Сърбия (гр. Зайчар). При липсата на действащ интерконектор между двете страни, „Южен поток“ се явява незаменим по това конкретно трасе. Съгласно тази гледна точка, тръбопроводът е отделен пазар или под-пазар. При това условие, „Газпром“ е отговорен за цялостното му ограничаване.

Господстващото положение не е само по себе си незаконно. Всички икономически оператори се целят индиректно в добиването на такава позиция. Проблематична е обаче злоупотребата с него, когато се изкривяват условията за честна конкуренция.

Злоупотребата се дефинира като:

- пряко или косвено налагане на нелоялни покупни или продажни цени или на други несправедливи условия за търговия;
- ограничаване на производството, пазарите или технологичното развитие във вреда на потребителите;
- прилагане на различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори, като по този начин ги поставя в сравнително по-неблагоприятно положение;
- поставяне на сключването на договори в зависимост от приемането на допълнителни задължения от другите страни, които по своя характер или в съответствие с търговската практика, нямат връзка с предмета на тези договори.

Свързвайки цената на газта с цената на петрола и петролните деривативи за период от 9 месеца, „Газпром“ налага нелоялни цени. Тази ценова политика силно се различава от европейския модел на ценообразуване, който се основава върху пазарните цени. „Газпром“ също рискува да ограничи търговията с газ между страни членки.

Стратегията за недопускане на конкуренти на пазара за пренос не е нова. ЕК има вече опит с подобно поведение. „ЕНИ СпА“ (Италия) имаше пълен контрол над преносната мрежа и доставката на газ в Италия. В решението си от 29 септември 2010 г., ЕК определи, че *„Систематичният и целенасочен отказ на „ЕНИ СпА“ да предостави достъп до инфраструктурата значително е намалил възможността на конкурентите да пренасят газ в Италия и чрез международната мрежа. Пренасищайки капацитета на тръбата, предлагайки го при по-лоши условия и стратегически ограничавайки инвестициите си в капацитета на тръбата, „ЕНИ“ е предотвратила достъпа до пазара и е ограничила способността и интереса на конкурентите си да упражнят конкуренция на този пазар в Италия“*. „Газпром“ няма предимството на изненада в това отношение, защото прецедент вече съществува. В случая с „ЕНИ“ се наложи фирмата да се съгласи на редица компромиси, преди ЕК да преустанови задействаната срещу нея процедура по член 102. Компанията се наложи да разпродаде голяма част от дяла си във фирмата, която контролира въпросните газопроводи. В преговорите си с „Газпром“ ЕК трудно би могла да отстъпи от тази своя позиция, защото това директно би означавало, че дискриминира „ЕНИ“ спрямо руския доставчик.

Наскоро бе подписано ново споразумение между България и „Газпром“, което предвижда достъп за трети страни до „Южен поток“. Принципът на това споразумение (чийто текст не е публично достъпен) е да замести член 4 от Споразумението от 2009 г., което предвиждаше *„100% от капацитета на Газопровода да бъде договорен от ОАО „Газпром“ или от упълномощена от него компания“*. Условията, при които този достъп би бил осигурен, остават обаче неизвестни.

Според член 9 алинея 1 (b) (i) от Газовата директива от Трети енергиен пакет, едно и също лице не може да „контролира“ или „упражнява каквото и да е право“ върху

Оператора на преносната система или върху самата преносна система. Целта на това правило е да се сложи край на възможността да се използва доминантно положение на пазара на доставките, за да се усили това положение на пазара на преноса. Стимулирайки конкуренцията на двата различни сегмента от процеса, ЕК цели намаляване на цените и увеличаване на качеството на услугата.

Нещо повече, даже да не беше в сила Третият енергиен пакет, изискването за отделяне на двата сегмента (доставка и пренос) вече съществува във Втория енергиен пакет. „Газпром“ не може да избегне това правило.

Повсеместният контрол на „Газпром“ над всички етапи от процеса накара ЕК да интервенира. Споразумението от 2014 г за достъп на трети страни цели да реши проблема, но то може и да не бъде достатъчна гаранция. Достъпната на този етап информация не позволява да се установи по какъв механизъм би бил предоставен достъпът.

Последователният отказ на „Газпром“ да свърже „Южен поток“ с националната мрежа на България ясно говори за намерението да се предотврати включването на конкуренти. На този етап, „Южен поток“ е предвидено да се простира върху 540 км от българската територия, без нито една връзка към националната газопреносна мрежа. Компанията може да предяви иск за изключение от принципа на член 9 по силата на член 49 от Газовата директива. Ситуацията, обаче, не позволява изключение. За да бъде успешно предявен искът за изключение, засегнатата държава членка не трябва да има междусистемна връзка със съседна страна член и трябва да се снабдява с газ от един основен доставчик (от 75% нагоре, какъвто е случаят на „Газпром“).

България наистина се намира в тази ситуация, но член 49 пояснява, че изключение може да се търси само до момента, в който горепосочените условия съществуват. Интерконекторната връзка между България и Румъния ще бъде оперативна значително преди „Южен поток“ да започне да функционира. Следователно, България вече няма да бъде изолирана от останалите държави членки и изключението не би важало. Параграф 35 от същата директива също позволява изключение, когато е засегната сигурността на доставките. В случая, тя не би била засегната от отделянето на двете дейности, освен при политическо решение от руска страна. Изключение не може да се направи.

Търговете: Съществуват и проблеми относно строителството на газопровода „Южен поток“. Доставката на съставни елементи, строителството на тръбата и избора на кредитна институция са стъпки, които изискват законосъобразно провеждане на търг. Един първи търг беше организиран през месец януари 2014 г., но не беше публикуван в Официален вестник на ЕС (ОВ), както го изискваше член 16 от директива 2004/17/ЕО. Поради прекалено кратките срокове на търга, той бе отменен. Впоследствие нов търг е бил организиран през март с.г., но той отново не е обект на обява в ОВ. Според информация, излязла в медиите, спечелилата компания е „Стройтрансгаз“ (руска фирма), заедно с консорциум от пет български фирми. Проектната компания „Южен поток – България“ нито потвърждава, нито отхвърля информацията. Възможно е да се търси оправдание за липсата на прозрачност с търговската тайна (както „Газпром“ прави по отношение на критериите, по които образува цените си спрямо отделните държави).

Директивата, обаче, не може да бъде заобиколена чрез този довод. Практиката на

Съда в Люксембург дефинира търговската тайна като покриваща „чувствителни и детайлни данни, които обикновено не са достъпни нито за обществото, нито за специализираните кръгове“ (10 февруари 2000 г., „Галилео и Галилео Интернешънъл“). „Газпром“ трудно може да претендира, че информация, която по право би следвало да бъде публикувана в ОВ не е „достъпна за обществото, нито за специализираните кръгове“. Самата идея за търг предполага информацията да достигне до възможно най-широк кръг хора.

Търговете също така не спазват и българското законодателство, което също изисква публикуването в Държавен вестник, но при значително по-ниски прагове на поръчката.

Някои анализатори считат, че при повторен търг би трябвало, той да бъде разделен на четири части, а именно за: 1) Доставчик на съставните елементи 2) Доставчик на компресорните станции 3) Строител. Това би позволило да се стимулира конкуренцията между кандидатите за всяка отделна част. Въпреки това, и вторият търг възлага всичките три аспекта на един изпълнител.

Несправедливо образувание на таксите за пренос: ЕС изисква транзитните такси да бъдат определяни въз основа на разходите по преноса. За целта, регламент 715/2009 въвежда модела „Вход-изход“.

„Газпром“, от своя страна, определя транзитните такси според пропътуваното разстояние, за да може условията да варират от страна на страна. Компанията защитава своята ценова политика с търговската тайна. Този аргумент не е валиден.

Както споменахме по-горе, търговската тайна не може да бъде повод за неспазване на европейското законодателство. Всички останали участници на пазара спазват модела „вход-изход“. Ценовата политика на останалите конкуренти не е тайна. „Газпром“ би поставил всички тях в неравностойно положение, ако откаже да предостави точна информация за критериите, по които фиксира транзитните такси. Щом тази информация не е „чувствителна“ за останалите участници, нито „обикновено (не) достъпна за обществото и специализираните кръгове“, значи „Газпром“ трябва да я даде.

„Газпром“ се позовава на международното право

Позовавайки се на международното право, руските представители твърдят, че правото на ЕС не е приложимо към „Южен поток“. В тази част ще разгледаме случая през призмата на международното право.

Споразуменията за „Южен поток“ – Pacta sunt servanda

От гледна точка на международното право, проектът се състои от серия международни споразумения и протоколи между България и „Газпром“. Основавайки се на известния латински принцип, че „Договорите следва да се спазват“, руската позиция предполага споразуменията да се налагат над националното и европейско законодателство.

Вторият Протокол от 2013 г. може да се дефинира като „клауза за приложимо право“: Според този протокол, договарящите страни се съгласяват, че правната рамка на България трябва да бъде спазена. Същото е и съдържанието на член 3 от

Споразумението от 2009 г., според който *„Прединвестиционното (предпроектно) проучване ще съдържа детайлна оценка на всички технически, юридически, финансови, екологични и икономически аспекти и характеристики на Проекта“*.

Международните договори често съдържат клаузи с формулировка подобна на тази на протокола. Наричат се „клауза за приложимо право“ и посочва правото на конкретна държава, според което ще се изпълняват договореностите и според което би бил решен евентуален спор.

Ако принципът *Pacta sunt servanda* бъде спазен, „Южен поток“ би следвало да се подчини на българското и следователно на европейско право. В този случай, самото международно право пренасочва страните към българската правна система. Аргументът на руската страна не променя по същество приложимите правила. „Газпром“ си противоречи в това отношение.

Компанията със сигурност ще повдигне принципа *Nemo auditor propriam turpitudinem allegans*, според който никой не може да се оправдае със собствената си грешка. Действително, България е подписала тези споразумения, въпреки че от самото начало е било ясно тяхната незаконосъобразност. Руският аргумент тук би бил валиден, защото „Газпром“ не би трябвало да бъде санкциониран защото българската страна сама е подписала несъответстващо споразумение. Ако България спре изпълнението на проекта, защото е в нарушение на правото на ЕС, страната ще се озове в противоречие с позицията, която е имала досега. Подписването на тези договорености, последвано от отказ на изпълнение, би било забелязано от всеки арбитражен съдия. Такива явни противоречия се наричат „estoppel“ и поставя страната в правен шах-мат.

Конкуренцията като безпрекословен принцип, който не може да се заобиколи договорно: Вероятно е „Газпром“ да оспори по-горната дефиниция на „клаузата за приложимо право“. При това положение, Протоколът от 2013 г. би представлявал само общо съгласие, че правото трябва да се спазва. Това би го лишило от всякакъв смисъл. Какво би се случило ако компетентният съдия отхвърли дефиницията? Това би ли означавало, че правото на конкуренцията няма да се приложи? Някои автори включват конкуренцията в групата на нормите, които се налагат на договарящите страни даже в международен план. *„Принципно, безпрекословните правила предпазват обществения и икономически интерес на едно общество. Най-често цитираните такива правила са: конкуренцията, регулациите за ценни книжа, блокадата или бойкотът, контролът на валутата, както и конфискацията и национализацията“*. Във френското право, примерно, тези правила се казват „d'ordre public“ (от обществено значение) и покриват социални и икономически императиви, които остават приложими въпреки договорните отношения. Ние подкрепяме тезата, че конкуренцията е специфична сфера, която прекалено лесно би се обезсмислила, ако международен договор бе достатъчен, за да я отмени.

Следователно, още веднъж международното право препраща страните по „Южен поток“ към европейските норми и по-конкретно към член 102 ДФЕС и член 9 от Газовата директива от Третия енергиен пакет.

Инвестиционен арбитраж: „Оправданите очаквания“ на „Газпром“ срещу липсата на „Дю дилиджънс“

Преговорите между ЕК и руските представители са в застой с оглед анексията на

Крим. Какво би се случило обаче ако никоя от двете страни не се съгласи да направи компромис? България би се озовала пред неприятната дилема – да наруши правото на ЕС или да наруши споразуменията с „Газпром“. И в двата случая се очакват санкции. Ако разочарованата страна е „Газпром“, компанията би могла да потърси обезщетение чрез международен инвестиционен арбитраж.

Това е възможно по силата на договора между България и Русия за насърчаване и взаимна защита на инвестициите от 1993 г., който е ратифициран и от двете страни.

Приложимост на двустранния договор за инвестициите: Приложимостта на договора е подчинена на дефинициите за „инвестиция“ и „инвеститор“. Те се намират в член 1 от Договора, като формулировката е целенасочено обща, за да може да обгърне възможно най-широк спектър от случаи. Инвеститор е „б) всякаква компания, фирма, дружество, предприятие, организация или асоциация, създадена в съответствие със законодателството на тази договаряща страна, със седалище на нейна територия.“ Следователно, „Газпром“ е инвеститор. Алинея първа описва какво е инвестиция : „а) права на собственост и други вещни права; б) акции, дялове или други форми на участие в дружества; д) права за осъществяване на стопанска дейност, провеждани въз основа на закон или договор, и по-специално за търсене, обработване, извличане или експлоатиране на природни ресурси“. Собствеността над тръбопровода, както и споразуменията, които се отнасят до неговата експлоатация, се вписват в дефиницията за инвестиция по смисъла на Договора. Освен това, 50-те процента, които „Газпром“ притежава в проектната компания „Южен поток – България“ също се разглеждат като инвестиция.

Важно е да се прави разлика между „Газпром“ и проектната компания. Инвеститорът е „Газпром“, а „Южен поток – България“ е инвестицията заедно с тръбопровода и правата над него.

Може да се заключи, че договорът е приложим към случая.

„Справедливият и равноправен режим“ обичайно предпазва „оправданите очаквания“ на инвеститора: Договорът взема предвид хипотезата за национализиране на инвестициите и начина, по който следва да бъдат обезщетени. В някои случаи, експроприирането може да се случи индиректно посредством правни мерки, които биха обезценили инвестицията. Случаят не е такъв. Споделянето на капацитета на газопровода с трети страни не означава, че проектът губи своята възвращаемост. Следователно, въпросът се задава в плоскостта „Справедлив и равноправен режим“. Това е стандарт в международното инвестиционно право, който санкционира вредата нанесена на инвестициите, когато тя не е толкова сериозна, за да се говори за експроприиране. Ако бъде свикан арбитражен съд, руската страна неминуемо ще се позове на този стандарт.

Член 3 от Договора за инвестициите съдържа този принцип. Режимът е „почти повсеместен в международния инвестиционен арбитраж“. Количеството решения, издадени въз основа на него, ни позволяват да очертаем характеристиките му. Инвестициите следва да бъдат третирани „справедливо“, „безпристрастно“ и с „добро намерение“. Санкционира се „произволът“ и „липсата на честен процес“.

Трудно би могло да се твърди, че българската администрация и правителство са третирали инвестицията несправедливо. Всъщност, инвестицията беше определена

като проект от национално значение през 2011 г., което значително улесни административните стъпки по осъществяването му. Едно е сигурно, обаче. Проектът не е бил третиран като всички останали, защото никоя друга инвестиция не е получавала такава правителствена подкрепа в България през последните 25 години.

„Газпром“ ще повдигне аргумент за нарушението на „оправданите си очаквания“ – концепт, който се интерпретира от арбитражните съдилища като съдържащ се имплицитно в по-общия „справедлив и равноправен режим“. Очакванията на инвеститора са често породени от действия и обещания от страната приемник на инвестицията и които са създали представата, че държавата ще способства за реализацията на проекта. Обективно, българското правителство на различни етапи е създавало именно такава представа.

„Оправданите очаквания могат да се основат само, или по-лесно, върху действия, насочени към определено лице или малка група от лица по-скоро, отколкото върху общи правила.“ Отново, България се е ангажирала конкретно към „Газпром“ в редица случаи. Това неминуемо е породило очакването, че проектът ще се реализира.

Очакванията на инвеститора не са основателни, когато той не е изпълнил своя „дю дилидженс“ (дължимо усърдие): Справедливото третиране не е абсолютен принцип. То има граници, свързани с дълга на инвеститора да проведе „дю дилидженс“, т.е. да не основава очакванията си на несъстоятелни обстоятелства. Една международно опитна компания като „Газпром“ не би следвало да очаква, че проект, който е в нарушение на местното право, би се реализирал безпрепятствено.

Член 2 от Договора за насърчаване на инвестициите гласи: *„Всяка от договарящите страни насърчава инвеститорите на другата договаряща страна да осъществяват инвестиции на нейната територия и допуска такива инвестиции в съответствие с националното си законодателство“.* Ако „Газпром“ има очаквания, те не могат да бъдат оправдани, след като компанията е знаела, че ще се сблъска със българските закони.

България също се е поставила в трудно положение. Според член 5 от Споразумението от 2009 г., *„Всяка страна си запазва правото самостоятелно да вземе окончателно решение за участието си в Проекта (наричано оттук-нататък „инвестиционно решение“) по собствена преценка, при отчитане на приложимото си национално законодателство“.* Вземането на инвестиционно решение от страна на България се явява гаранция, че проектът отговаря на местното право, какъвто не е случаят.

Не звучи правдоподобно „Газпром“ да е очаквал, че незаконосъобразността на „Южен поток“ няма да бъде забелязана или санкционирана от Брюксел. Хипотетичните очаквания на компанията са основани върху несигурната презумпция, че България ще наруши европейското право, за да спази споразуменията.



Заклучение

Правото на ЕС се налага над националните актове, даже когато те влизат в сила след европейската норма. Липсата на транспониране не влияе върху непосредствения ефект на европейските норми.

България като държава членка на ЕС не може да подписва международни споразумения в нарушение на европейското законодателство.

Споразуменията за „Южен поток“ нарушават член 102 ДФЕС, както и Втория и Третия енергиен пакет.

Проведените търгове по изпълнение на проекта нарушават директива 2004/17/ЕО.

Ценовата политика на „Газпром“ нарушава Регламент 715/2009.

„Газпром“ твърди, че трябва да се приложи международното право, вместо европейското, но самите международни норми препращат към българското (и следователно европейското) законодателство.

Споразумението от 2009 г съдържа клаузи, препращащи към българското законодателство (член 3 и член 5).

Чрез втория протокол от 2013 г. „Газпром“ се ангажира да спазва местното законодателство.

Двустранният договор между България и Русия за насърчаване на инвестициите гласи в своя член 2, че законодателството на страната приемник трябва да се спазва.

С оглед всичко казано, може да се заключи, че „Южен поток“ е незаконосъобразен, но същото така, че това не е безвъзвратно. Проектът все още може да бъде приспособен към правилата на ЕС.

БИБЛИОГРАФИЯ

Статии:

д-р Виктор Аврамов. „Южен поток“: противоречията Брюксел-Мосва“.

Нели Беширова „Правни и социални последици от дефицита на енергийната дипломация“, Външнополитически изследвания 5, септември 2013 г., Дипломатически институт, София.

Атанас Георгиев. „Регулаторни аспекти на Европейската Енергийна общност“, Външнополитически изследвания 5, Септември 2013 г. Дипломатически институт, София.

Mohammad Reza Baniassadi. "Do mandatory rules of public law limit choice of law in international commercial arbitration?", Berkley Journal of International Law Volume 10 (1992).

Christoph Schreuer, Professor of Law at the University of Vienna, "Fair and equitable treatment".

Snodgrass (E.), « Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle », ICSID Review, FILJ, Vol. 21, № 1, Spring 2006.

Michele Potesta, "Legitimate expectations in Investment Treaty law : Understanding the roots and

the limits of a controversial concept” presented at the Society of International Economic Law (SIEL) Third Biennial Global Conference, Singapore, 12–14 July 2012.

Официални документи:

Commission Staff Working Document, “Ownership unbundling – the Commission’s practice in assessing the presence of a conflict of interest including in case of financial investors.

Summary of Commission decision of 29 September 2010 relating to a proceeding under Article 102 TFEU and Article 54 of the EEA Agreement – (Case COMP/39.315 – ENI)

Commission notice on the definition of relevant market for the purpose of Community competition law (97/C 372/03)

Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02)

Съдебна практика:

“Flaminio Costa against E.N.E.L.” decision (1964) ECJ, ECR 585 (6/64)

“Politi SAS against MinisteriodelleFinanze” (1971) ECJ, Case 43/71

“Van Duyn vs. Home Office” (1975) ECJ, Ch. 358 C-41/74

“AETR” (1971) ECJ, Case 22/70

“MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. VS Republic of Chile”, ICSID Case No. ARB/01/7

“Waste Management, Inc. v. United Mexican States” (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3)

“Saluka Investments B.V. vs. Czech Republic” (UNCITRAL)

“TecnicasMedioambientalesTecmed S.A. v. The United Mexican States” – Case N. ARB(AF)/00/2