

Маттео Решиньо

РОЛЬ ОРГАНА ПО РЕГУЛИРОВАНИЮ ЭЛЕКТРОЭНЕРГИИ И ГАЗА И ДОГОВОРНАЯ АВТОНОМИЯ В ЭНЕРГЕТИЧЕСКОМ ПРАВЕ

Статья посвящена исследованию правового статуса органа по регулированию электроэнергетики и газа. Исследование подготовлено на основе итальянского права.

Ключевые слова: регулирование электроэнергетики и газа, итальянское право.

Matteo Rescigno

ROLE OF A BODY REGULATING POWER ENERGY AND GAS AND CONTRACTUAL AUTONOMY IN ENERGY LAW

The article is devoted to the research of a legal status of a body regulating power energy and gas. The research is based on the Italian law.

Keywords: regulation of power energy and gas, Italian law.

1. В итальянском правовом порядке энергетический рынок и его регулирование имеют важную составляющую — Орган по регулированию электроэнергетики и газа (ОРЭГ). Речь идет об одном из множества так называемых независимых органов, учрежденных в различных секторах экономики, — приведу в качестве примера финансовые рынки, которые наделяются важными функциями общего регуляторного типа и особого надзора за деятельностью предпринимателей. Целью учреждения данных органов является обеспечение большей эффективности, прозрачности и корректности деятельности на регулируемых рынках (и, таким образом, доверия на этих рынках) так называемого «паритета вооружения» операторов (особенно в отношениях между предприятиями разного уровня), защиты общественности и, соответственно, потребителей — или пользователей регулируемых услуг — по отношению к предприятиям.

Сложность, в том числе техническая, регулируемых рынков и необходимость обеспечить своевременное вмешательство перед лицом множества потребностей экономических реалий привели в регулировании наиболее важной экономической деятельности, оказывающей наибольшее влияние на общественность, к наделению независимых органов важной ролью по регулированию сектора. Эта роль является составной частью процесса, который отводит нормативной базе наивысшего уровня функцию закрепления общих принципов, а независимым органам — их интерпретацию в отраслевой нормативной базе, — базе намного более важной в регулировании деятельности предприятий.¹ В дополнение к этой функции «законодательного» типа органы наделены также

Маттео Решиньо — профессор коммерческого права, Государственный университет Милана, Италия, 20122, Милан

Matteo Rescigno — Professor of commercial law, The State University of Milan, Milan, 20122, Italy

¹ Этот феномен очевидно порождает множественные дискуссии об отдалении демократического законотворения системы регулирования экономики и о зарождении нормативной технократии. Однако техническая сложность отрасли и необходимость найти адекватные и гибкие решения множественных проблем, которые она вызывает, делают применение такого инструмента незаменимым. Другой

судебными функциями, т. е. функциями по разрешению споров, которые могут возникнуть в ходе применения правил, и функциями по наложению санкций за их нарушение. Таким образом, осуществляется полноправное участие органов в сфере источников права договоров, заключаемых в отраслях экономики, которые являются предметом компетенции независимых органов.

Очевидно, что толкование правил на энергетическом рынке и случаев их частного применения должно происходить с учетом правил и решений, принятых Органом.

Задачи ОРЭГ в целом определяются самим Органом следующим образом.

Орган по регулированию электроэнергии и газа — независимое образование, учрежденное Законом от 14 ноября 1995 г. № 481, задачами которого являются защита интересов потребителей и содействие конкуренции, эффективности и распространению услуг надлежащего качества посредством деятельности по регулированию и контролю. Кроме того, орган реализует функцию по консультированию Парламента и Правительства, для которых он может формулировать замечания и предложения, ежегодно представляет Годовой доклад по состоянию услуг и осуществляемой деятельности.

В частности, Орган должен «гарантировать содействие конкуренции и эффективности» в отраслях электроэнергии и газа, а также обеспечивать «пригодность к однородному использованию и распространению [услуг] на территории государства, устанавливая четкую и прозрачную систему тарифов, основанную на predetermined критериях, способствуя защите интересов пользователей и потребителей». Тарифная система должна также «гармонизировать экономические и финансовые цели субъектов, оказывающих услуги, с общими целями общественного характера, защиты окружающей среды и эффективного использования ресурсов».²

Учреждение и деятельность ОРЭГ, таким образом, наряду с участием Антимонопольного органа, сопровождали процесс отхождения от старой монополистической модели производства и распространения на энергетическом рынке, а также процесс открытия рынка для конкуренции в рамках государственного законодательства и, в наибольшей степени, законодательства ЕС.

2. Среди многочисленных форм, в которых проявляется эта деятельность, я хотел бы остановиться на аспекте, представляющем особый интерес, а именно: возможность того, что нормативное вмешательство независимого органа отразится на свободе договора, а также каким образом это происходит, влияя извне на содержание договоров, заключаемых на разных уровнях операторами рынка.

Необходимо отметить, что для других независимых органов закон особо предусматривает абстрактное полномочие по установлению, в процессе реализации регуляторной функции, содержания договоров, заключаемых между профессиональными участниками и потребителями.

ОРЭГ также имеет возможность использовать свои полномочия по регулированию и вмешательству в данной отрасли, т. е. как на уровне отношений между предприятиями, так и на уровне отношений между предприятиями и потребителями.

В связи с этим нужно отметить, что переход от монополистической модели к приватизации и либерализации рынка определенно привел к возврату свободы договора как

функцией, которую осуществляют независимые органы, является избегание прямого и так называемого «дириджистского» вмешательства в экономику со стороны управляющего органа.

² См. сайт: http://www.autorita.energia.it/it/che_cosa/presentazione.htm.

между самими предприятиями, так и между предприятиями и потребителями. Однако в то же время именно энергетическая отрасль оказалась наиболее чувствительной к:

- необходимости восстановления равновесия в соотношении сил предприятий и потребителей;

- необходимости, вызванной присутствием сильных операторов на рынке поставок и энергосетей, обеспечить эффективный доступ на рынок на каждом уровне, в том числе в отношении договорной структуры.

Эти два требования — зачастую связанные между собой (и мы увидим показательные примеры такой связи в энергетической отрасли), — очевидно, урегулированы на высшем уровне. Итальянская практика, например, знает введение самого настоящего Кодекса потребления (з. декр. 206/2005), в котором установлены общие правила именно в отношении регулирования договоров с профессиональными участниками, защиты потребителей. Кроме того, в Италии с целью установления равновесия в соотношении сил между сильными и слабыми предприятиями был учрежден институт запрета на злоупотребление экономической зависимостью и был установлен ряд правил, ограничивающих свободу договора в сфере так называемых отношений субконтрактации.

Однако общих правил недостаточно. Характеристики каждого сектора экономики требуют анализа и особых, гибких решений по регулированию: одна и та же экономическая конъюнктура может потребовать специфического урегулирования в каждом конкретном случае, в том числе в отношении согласования договорных отношений.

В этом и заключаются значение и роль независимых органов.

ОРЭГ, по своим институциональным целям призванный обеспечить на энергетическом рынке выполнение этих нужд, при исполнении своих полномочий по регулированию нередко принимал меры и решения, предметом которых было именно ограничение свободы договора. Распространено также мнение о том, что среди различных независимых органов ОРЭГ при использовании своих полномочий внес важный вклад в формирование содержания договорных соглашений.

В свете сказанного интересно рассмотреть некоторые из таких вмешательств с целью уяснения их важности.

3. Перейдем к вмешательствам, связанным с договорами между предприятиями и потребителями, естественно, без претензии на полноту ввиду их большого количества.

В отрасли электроэнергетики, в рамках регулируемого рынка и при реализации полномочий контроля условий и способов доступа к услугам под гарантию конкуренции, а также полномочий по установлению уровней качества услуг в соответствии с нормами учредительного закона (ст. 2, абз. 12, литеры с и h и абз. 37 Закона от 14 ноября 1995 г. № 481) Орган с момента его учреждения установил своими решениями (см., напр., решение № 204/99) особые правила о содержании договоров с пользователями в отношении тарифов, как в количественном, так и в качественном плане («базовый тариф» и ограничение его автоматического перерасчета *потолком роста цен*). Кроме того, он установил особые правила об обязанности поставщика обеспечить потребителю выбор между различными тарифными опциями, договорные правила о способах отбора поставок, также требуя от всех предпринимателей принятия, «в том числе совместно» с ассоциациями потребителей, кодексов делового оборота, подлежащих одобрению со стороны Органа.

Аналогичные случаи вмешательства были реализованы в области договоров поставки газа. Для регулируемого рынка газа Орган установил договорные условия продажи,

названные «не допускающими отступления» (Решение от 18 октября 2001 г. № 229/01), во исполнение полномочий, которые предоставлены учредительным законом, и определил также, что данные условия могут применяться и к «клиентам свободного рынка, которым, в качестве опции, могут быть предложены устанавливаемые предпринимателями специальные договорные условия, которые клиент, в свою очередь, может принять или же сделать предметом переговоров с целью выдвинуть собственные альтернативы», если законом не предусмотрено иное.

И наконец, решением № 104/2010 был утвержден единый кодекс делового оборота для поставок электроэнергии и газа.

В этом кодексе делового оборота установлены очень специфические обязательные правила в сфере преддоговорных отношений предприятий и, в частности, правила о содержании информации, которая должна быть предоставлена клиенту и содержать важные сведения об услугах.

Однако — что еще более важно для рассматриваемой темы — кодекс предусматривает обязательный минимум содержания договоров поставки (ст. 11) и жесткие нормы касательно внесения в договор изменений в одностороннем порядке. В рамках этого минимума содержания договоров, при необходимости, нужно также сверяться с обязательными условиями таких договоров, установленными специальными решениями Органа.

Таким образом, полномочия по утверждению договора, используемые ОРЭГ, не ограничиваются требованием о наличии особого минимального содержания договора в том смысле, что оно должно включать определенные условия, но устанавливают также и специфическое содержание статей.

Важным примером является использование полномочий по утверждению договора в том, что касается расторжения. Пользуясь дальнейшими прерогативами (предоставленными ему законодательным декретом от 16 марта 1999 г. № 79), Орган немедленно ввел двусторонние договоры поставки электроэнергии, в том числе заключаемые на свободном рынке, предусматривая автоматическое включение в условия договоров положений об одностороннем расторжении (решение № 78/99). На сегодняшний день все договоры поставки электроэнергии и газа единообразно должны содержать условия о расторжении, соответствующие предписаниям решения 144/2007.

Система регулирования отношений между предприятиями и потребителями в последнее время поддерживается также системой льгот в порядке защиты потребителей при нарушении правил договорного поведения, которая снова была передана в компетенцию ОРЭГ. Речь идет о системе так называемой автоматической компенсации — в случае нарушения определенных правил поведения, включая упомянутые выше в рамках минимального содержания договора, — приводимой в действие посредством направления претензии в ОРЭГ о соблюдении предусмотренных стандартов, которые зафиксированы ОРЭГ в области качества предоставляемых услуг по поставке (решение 168/2008).

4. Наряду с правилами в области так называемых договоров «конечного звена», ОРЭГ участвует и в процессе заключения так называемых договоров «начального звена», который проходит между предприятиями, например, договоры оптовой поставки энергии или же договоры о передаче и распределении энергии.

В данном случае, теоретически, свобода договора должна иметь максимальное пространство для выражения, с ожиданием качества от контрагентов. Однако заслуживают

упоминания два предписания, принятые Органом, которые объясняют его тенденцию к вмешательству в свободу договора тогда, когда он сочтет, что такое вмешательство отвечает лучшему выполнению его институциональных целей и в целом учету норм регулирования энергетического рынка в свете конъюнктурных тенденций рынка и конечного воздействия на потребителей.

Первое предписание (или, скорее, ряд предписаний) касается регулирования так называемого «сырьевого компонента» экономических условий поставки газа, который влияет на цену продажи потребителю, отражает условия снабжения *продуктом* со стороны продавца и тенденция развития которого связана с тенденцией цен на нефтяные продукты, в соответствии с которыми обычно индексируется цена на газ.

В конце 2004 г. в связи с непредвиденным повышением цен на нефтяные продукты, что спровоцировало бы резкое повышение стоимости сырья, Орган выявил путем анализа рынка, что импортные договоры оптовых газовых операторов предусматривают механизмы, которые влекут за собой установление цен, превышающих среднеевропейский уровень, вследствие внесения особо льготных для продавца условий.

Орган счел возможным вмешаться (Решение 248/04), изменив методологию обновления «сырьевого компонента», что предусматривает наличие условия о защите, которое смягчает бремя котировок нефтяных продуктов, если их динамика попадает в определенный интервал. Решение было впоследствии отменено административным судебным органом и заменено другим решением (решение 79/07).

Четыре года спустя ОРЭГ вновь оказался в ситуации, аналогичной описанной. В договорах поставки газа пользователям на регулируемом рынке присутствовал так называемый «порог инвариантности» цены в рамках формулы ежеквартальной индексации; этот порог являлся также следствием норм, обычно включаемых в договоры поставки начального звена (принимая во внимание также вышеупомянутые преференции Органа).

Очевидно, что порог инвариантности замедлял выравнивание цен в случае их снижения. Поэтому именно в такой ситуации для того, чтобы сделать возможным подобное выравнивание в условиях сильного снижения указанных цен, ОРЭГ осуществляет вмешательство путем устранения условия об «инвариантности».

Эти решения характеризуются высоким уровнем технического анализа договорной цепочки энергетического рынка. В таких условиях, как было отмечено,³ ОРЭГ, озабоченный тем, чтобы характеристики рынка не допускали справедливого распределения льгот, которые могут появиться вследствие рыночной тенденции, особенно в пользу потребителей, не только свои полномочия по утверждению в рамках заключения договоров с потребителями, но и (прямо или косвенно), распространил свое вмешательство на уровень отношений оптовых импортеров с производителями-экспортерами, где присутствует полная либерализация (и где участвующие лица должны регулировать свои отношения лишь на основе свободы договора). Отметим, исходя из содержания

³ О данном замечании Бьяндрино делает крайне интересные наблюдения по случаю *Académie des Mémoires Juridiques* 14 сентября 2012 г. в неопубликованном выступлении с названием «Свобода договора и независимые органы: отправные точки итальянского права», с которым я смог ознакомиться благодаря любезности автора. Он подчеркивает, что Орган применяет техники побуждения важных субъектов действовать как адекватные и эффективные участники обсуждаемого рынка — техники, состоящие в перераспределении экономических последствий большей добросовестности в сделке в пользу конечных пользователей, в интересах которых всегда и осуществляется регуляторное действие.

технических докладов, сопровождающих предписания, что в обоих случаях, хотя и с противоположных сторон, ОРЭГ осуществляет вмешательство в сегменты цепочки, характеризующиеся уровнем почти полной либерализации. При этом ОРЭГ выдвигается на уровень оптовых импортеров и, опосредованно, также производителей-экспортеров, устанавливая договорную очередность (в том числе с использованием оговорок о пересмотре условий договора, как правило, включаемых в области), характеризующуюся договорной формулой *бери или плати* на длительный срок.

Можно сказать, что таким образом реализация полномочий ОРЭГ на энергетическом рынке и способов регулирования тарифов для потребителей представляет собой косвенное, но не менее значительное вмешательство в свободу договора. Договор, в том числе отличный от заключаемого с потребителями, внедренный в систему, — в которой присутствует «технический» регулирующий субъект, наделенный полномочиями ОРЭГ, — подвергается влиянию выбора регулирующего субъекта даже тогда, когда этот выбор не заключается непосредственно в наложении договорных моделей или оговорок.

Связь между защитой потребителей и защитой конкуренции между предприятиями очевидна: энергетическая отрасль, в частности даже в эпоху либерализации, в действительности все еще характеризуется присутствием операторов с доминирующим или, в любом случае, важным для различных сегментов рынка положением: например, чувствительный сектор договоров распределения энергии, где сеть, как правило, находится под контролем предприятия, и до недавнего времени такое предприятие принадлежало группе, которая контролируется предприятием, доминирующим на рынке поставок (включая вмешательства на уровне государства или Евросоюза в функциональное и имущественное разделение между производителями и владельцами сети).

5. Это наблюдение предлагает отправную точку для обозначения другого примера вмешательства ОРЭГ в энергетический рынок и, в частности, в распределение. Возьмем, например, рынок газа. В Италии, как известно, газораспределительная сеть принадлежит, по большей части, единому по сути субъекту (уже принадлежащему группе Эни, но в настоящий момент находящемуся в зависимости от серии мероприятий середины 2012 г., начатых в целях имущественного отделения от группы): ОРЭГ, как бы то ни было, на основе правил ЕС, реализованных в итальянском правовом порядке, является субъектом, который призван осуществлять сертификацию операторов сети, подчиняющуюся ряду строгих условий, направленных, помимо независимости, на обеспечение качества и эффективности услуги.

Договорная регламентация между поставщиками газа потребителям и операторами сети оставлена на усмотрение сторон в ходе переговоров, однако она почти полностью основывается на так называемом кодексе сети. Кодекс сети — это не односторонняя регламентация сети ее оператором сети, в свободном порядке обсуждаемая с продавцами или оптовыми поставщиками энергии. Кодекс сети, принятый распределяющими предприятиями, подлежит одобрению со стороны ОРЭГ на основании полномочий, предусмотренных зак. декр. 164/2000. В той же области ОРЭГ выработал также типовой кодекс сети, который предприятия могут принять (решение № 108/06 с последующими изменениями). Как написано на сайте Органа, КГРС (Кодекс газораспределительной сети) — это документ фундаментальной важности для развития рынка газа, поскольку он представляет собой договорный инструмент, которым регулируются и глубоко проясняются отношения между предприятиями, управляющими распределительным оборудованием, и предприятиями-продавцами и оптовыми поставщиками,

использующими это оборудование. С принятием этого инструмента на распределительные предприятия налагается обязанность предлагать предприятиям-продавцам и оптовым поставщикам услуги по распределению в нейтральном, не носящем признаков дискриминации порядке.⁴

Кодекс содержит не только сложную техническую информацию, но и правила, которые оказывают непосредственное влияние на договорные аспекты сторон (такие как, например, характеристики имущества для обеспечения доступа к услугам, последствия несоблюдения таких характеристик при расторжении договора и многие другие аспекты). Возможность, прямая или косвенная, утверждения такого фундаментального договорного документа и посредством обязательного одобрения, и посредством предоставления типового договора сети как такового показывает еще раз, каким образом ОРЭГ осуществляет вмешательство в договорные аспекты как способ регулирования рынка на каждом уровне.

Не случайно, оказывается, в таких случаях говорится об «административном» договоре, в котором свобода договора должна считаться, исходя из множественности вовлеченных интересов, с регуляторным требованием, охраняющим эффективность рынка, свободу конкуренции и защиту потребителей.

6. Затронутые в настоящий момент темы — и не только в отношении полномочий ОРЭГ, но и в отношении всех независимых органов в целом — требуют более общих рассуждений, которые здесь можно только обозначить.

Так возникает вопрос о необходимости, которая, в свете гражданского права, принятия договорных условий или условий делового оборота, в отличие от решений и регламентации органа может привести к ничтожности договоров или их отдельных положений либо к автоматической их замене, даже при отсутствии нормы высшего уровня.⁵

Другая крайне важная тема касается ограничений юрисдикционного контроля административных трибуналов над постановлениями Органа, и именно в рассматриваемой здесь области. С одной стороны, присутствует необходимость обеспечить контроль законности и превышения полномочий в актах Органа, иначе они останутся без контроля и, как уже говорилось, будут вырабатываться в ситуации, в которой нормативная база высшего уровня принимает принципиальные формулировки в наделении Органа полномочиями, которыми ОРЭГ широко пользуется. С другой стороны, есть необходимость отдать должное оценке Органом вопросов высокой технической сложности, представляющих собой вмешательство, зачастую являющееся единственным способом дать своевременный и гибкий ответ в условиях динамики рынка, которая не следует за сроками нормативных правил или судебных решений. Очевидно, что очень важным в решениях судебного органа будет выбор между строгим учетом принципа законности, согласно которому только четкое и специфическое нормативное наделение полномочиями может оправдать вмешательство ОРЭГ в сферу свободы договора, и расширенным понятием этой власти, в силу которого даже простое определение полномочий и целей может представлять собой вторичные императивные нормы, с соблюдением принципа пропорциональности.

⁴ <http://www.autorita.energia.it/it/gas/codicerete/crdg/crdg.htm>.

⁵ Например, в отношении Консобр долгое время присутствовало юридическое противоречие между теми, кто утверждал, что нарушение правил договорного поведения, установленных органом для посредников, влечет ничтожность заключенных договоров, и теми, кто утверждал (тезис, принятый позднее Верховным судом), что последствие будет носить компенсационный характер.

Сказанное свидетельствует в пользу разработки (чего и добивается ОРЭГ) общей прозрачной процедуры (посредством консультационных документов совместно с операторами), которая, хотя и не утратит своего императивного характера постановлений ОРЭГ, сможет благоприятствовать присоединению, если и не спонтанному, то, по меньшей мере, осознанному и, в любом случае, являющемуся результатом адекватного понимания и подготовки, со стороны заинтересованных субъектов.

Статья поступила в редакцию 20 сентября 2013 г.