

Лючия Фолладори, Роберто Сакки

ПРАВИЛА И СВОБОДА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА В ЭНЕРГЕТИЧЕСКОМ ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА И ИТАЛИИ*

В статье авторы излагают свои представления о правовых пределах свободы предпринимательской деятельности. Свои идеи авторы развивают на основании норм энергетического права Европейского Союза и Италии.

Ключевые слова: энергетическое право, свобода предпринимательства.

Lucia Folladori, Roberto Sacchi

RULES AND FREEDOM OF ENTREPRENEURSHIP IN THE ENERGY LAW OF THE EUROPEAN UNION AND ITALY

The authors of the article present their vision of legal limitations to the entrepreneurial freedom. The authors develop their concepts on the basis of the energy law of the European Union and Italy.

Keywords: energy law, entrepreneurial freedom.

1. В итальянском праве и в праве Европейского Союза (ЕС) свобода предпринимательства является основополагающей ценностью. Она признана ст. 41 итальянской Конституции¹ и ст. 16 Хартии Европейского Союза об основных правах (Хартия ЕС).²

Свобода предпринимательства, впрочем, не является ценностью абсолютной, защищенной правом порядком без намека на дискриминацию, в том числе тогда, когда она находится в противоречии с другими первоочередными целями правом порядком. В самом деле, ст. 41 Конституции ограничивает свободу частной экономической инициативы рамками социальной утилитарности, безопасности, свободы и человеческого достоинства и устанавливает, что публичная и частная экономическая деятельность может быть направлена и организована в социальных целях посредством программ и контроля, при условии, что они регулируются на законодательном уровне.

Эти ограничения, хотя и не выражены явно в ст. 16 Хартии ЕС, представляются важными и для права ЕС в том числе, поскольку в ст. 16 свобода предпринимательства признается в пределах ее соответствия праву ЕС, законодательству и практике государств.

Лючия Фолладори — доктор права, преподаватель, Университет Брешии, Италия, 25128, Брешиа
Роберто Сакки — профессор, Университет Милана, Италия, 20122, Милан
Lucia Folladori — Doctor of law, lecturer, The University of Brescia, Brescia, 25128, Italy
Roberto Sacchi — Professor, The University of Milan, Milan, 20122, Italy

* *Несмотря на то что настоящая работа представляет собой плод совместной дискуссии, Лючия Фолладори является автором параграфов 2–6, а Роберто Сакки — параграфов 1 и 7.*

¹ Это положение предусматривает: «(1) частная экономическая инициатива свободна. (2) Она не может осуществляться в противоречии с общественной пользой или ущербом для безопасности, свободы, человеческого достоинства. (3) Закон определяет программы мероприятий и контроль, с помощью которых публичная и частная экономическая деятельность может направляться и координироваться в социальных целях».

² В соответствии с этой системой «свобода предпринимательства признается в соответствии с правом Европейского сообщества, законодательством и практикой государств».

Эта формула позволяет очертить границы свободы предпринимательства, предусмотренные ст. 41 Конституции.

В отрасли энергетического права, где центральное место занимает свобода предпринимательства, в расчет принимаются также и другие интересы — интересы общественной важности. В самом деле, понятно, что и для ЕС, и для государств — членов ЕС должны быть удовлетворены требования о гарантии безопасности энергоснабжения, энергосбережения, эффективности производства и транспортировки, о развитии новых и возобновляемых видов энергии.³

Достижение этих целей представляет собой затраты, которые предприятие, работающее в энергетической отрасли, призвано понести, осуществляя очень важные инвестиции с перспективой быть возмещенными только в долгосрочном (или очень долгосрочном) периоде. Само по себе это, с одной стороны, может стать сдерживающим фактором для инвестирования частными лицами в предприятия, работающие в энергетической отрасли, а с другой — поднимает вопрос о возможных ограничениях свободы предпринимательства, дабы руководители предприятий, принадлежащих к энергетической отрасли, не могли вводить политику, направленную на получение прибыли от инвестиций, вложенных в эти предприятия, в краткосрочном периоде с целью привлечения больших инвестиций. Политика такого рода могла бы, действительно, поставить под угрозу реализацию указанных выше публичных интересов в энергетической отрасли, для осуществления которых, как уже сказано, необходима политика управления, ориентированная на долгосрочные (или очень долгосрочные) цели.

По этой причине в Италии и в других странах ЕС собственность на предприятия, работающие в энергетической отрасли, традиционно была публичной. Когда же с принятием так называемого первого пакета Директив (Директива 96/92/СЕ и Директива 98/30/СЕ) был инициирован процесс либерализации в энергетических отраслях (в частности, в газовой отрасли), возникла новая необходимость — в ограничении свободы предпринимательства.

В самом деле, присутствие частных инвесторов в предприятиях энергетической отрасли создает риск того, что оператор транспортной и энергораспределительной сети окажется в ситуации конфликта интересов, при котором компания из состава его группы предприятий будет производить энергию, транспортируемую через сеть оператора. В данном случае очевиден риск того, что оператор будет создавать льготные условия для такого предприятия. Это исказило бы конкуренцию между энергопроизводственными предприятиями, нанося ущерб конечным потребителям, а в более общем смысле — эффективности рынка. Возникает, таким образом, проблема предотвращения конфликта интересов оператора введением нормы, которая, как мы увидим, могла бы ограничить свободу предпринимательства.

В странах ЕС ограничения свободы предпринимательства установлены на трех различных нормативных уровнях:

— ограничения, вытекающие из законодательства ЕС; в настоящее время так называемый третий пакет включает: Регламент 713/2009, которым учреждено Агентство

³ В частности, ст. 194.1 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС) выделяет четыре основные задачи политики Союза в энергетической отрасли: (i) правильное функционирование внутреннего рынка, (ii) надежность энергоснабжения, (iii) экономия энергии, энергетическая эффективность и развитие новых и возобновляемых видов энергии, (iv) содействие межсоединению энергетических сетей.

по взаимодействию стран-участниц; Директивы 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ в отраслях электроэнергетики и природного газа соответственно; Регламенты Европейского Союза 714/2009 и 715/2009 в области доступа к инфраструктуре передачи/транспортировки электроэнергии и газа;⁴

— ограничения, вытекающие из национальной нормативной базы;⁵

— ограничения, установленные национальными административными органами; в Италии регламентирование и контроль энергетической отрасли находятся в компетенции Органа по регулированию электроэнергетики и газа (АЕЕГ), даже при наличии конфликта полномочий между этим органом и Министерством экономического развития (примером в данном вопросе служат «Брути Либерати» — в «Басси-Брути Либерати-Донати» и сообщение АЕЕГ от 8 ноября 2012 г.).

2. Ограничения свободы предпринимательства предприятий, работающих в энергетической отрасли, происходят прежде всего на основании нормы, установленной ст. 13 (1) и предпосылкой № 47 Директивы 2009/73/СЕ, а также предпосылкой № 50 Директивы 2009/72/СЕ и ст. 7 и 21 з. декр. 93/2011 — так называемых обязанностей по оказанию услуг (примером могут служить «Брути Либерати» и «Трави», оба в «Де Фокатус-Маэстриони», 2011 г.).

Они переводятся, например, в обязательства по регулярности поставки энергии, обязательства по обеспечению доступа к сети (так называемый *Third Party Access*) и обязательства по соблюдению тарифов для особых защищенных категорий. Такие обязательства, хотя и являются нарушением принципа свободы предпринимательства, о которой говорится в ст. 41 Конституции и в ст. 16 Хартии ЕС, толкуются в юриспруденции в том смысле, что не изменяют правовую природу услуги как экономической деятельности и должны поэтому интерпретироваться в логической связи с пониманием автономии предпринимательства. Например:

— необходимо, чтобы наложение обязательства по оказанию услуг подкреплялось объективными причинами и адекватными гарантиями;⁶

— закрепляется, что определение фиксированной цены для потребителей общедоступной услуги должно в любом случае гарантировать поставщику услуги свободу в принятии решений;⁷

— в свете вышеизложенного Государственный совет (высший орган итальянской административной юстиции) решил не препятствовать, например, применению норм итальянского гражданского кодекса в области неисполнения обязательств, вследствие

⁴ Ранее энергетическая отрасль была предметом, прежде всего, так называемого первого пакета (упоминавшегося выше), впоследствии — так называемого второго пакета, включающего Директиву 2003/54/СЕ (в области электричества), Директиву 2003/55/СЕ (в области газа) и коммунитарный Регламент 1228/2003, касающийся условий доступа к сетям трансграничного обмена электроэнергией.

⁵ В настоящий момент упомянутая нормативная база в Италии состоит, главным образом, из законодательного декрета (з. декр.) 93/2011, который вводит в действие Директивы 2009/72/СЕ, 2009/73/СЕ и 2008/92/СЕ, временного декрета (вр. декр.) от 24 января 2012 г. № 1, преобразованного в закон от 24 марта 2012 г. № 27, а также декрета председателя Совета министров от 25 мая 2012 г. Ранее отрасль регулировалась также, помимо прочего, законом от 14 ноября 1995 г. № 481, которым был учрежден Орган по регулированию электроэнергетики и газа; з. декр. 79/1999, вр. декр. 164/2000, закон 239/2004.

⁶ Трибунал первой инстанции СЕЕ, 12 февраля 2008 г., № 289-03, банк данных *DeJure*.

⁷ Там же.

чего оператор имеет право отказать в доступе к услуге в случае невыполнения заявителем своих договорных обязательств.⁸

Кроме того, юридическая система ЕС⁹ в тех случаях, когда принятие обязанностей по оказанию услуг требует чрезмерных затрат от предприятия, допускает принятие поддержки от государства (запрещенной нормами ЕС о конкуренции); и это подтверждает, что толкование норм должно осуществляться в логической связи со свободой экономической инициативы.

3. Более сильны ограничения свободы предпринимательства тех предприятий, которые управляют сетями передачи энергии, в том, что касается темы определения выбора инвестирования, фундаментальной с точки зрения предпринимательства (примером могут служить «Брути Либерати» в «Де Фокатиис-Маэстроини» 2011 г.; «Брути Либерати» в «Маэстроини-Де Фокатиис», 2012 г.; «Поличе» в «Наполитано-Дзоппини»; «Стелла Рихтер Мл.» в «Наполитано-Дзоппини»; последний случай касается, в частности, мер поощрения для инвестиций в сеть передачи энергии).

В самом деле, операторы сети передачи не могут свободно распоряжаться своими инвестициями в соответствии с собственными стратегиями и нуждами, они связаны десятилетними планами развития, которые должны предусматривать увеличение мощности и модернизацию сетей передачи, связанными с требованиями национальной энергетической системы. Такие планы, помимо прочего, подлежат контролю со стороны национального Органа регулирования данной области (в Италии — АЕЕГ и Министерство экономического развития).

В частности, предусмотрено, что каждый год все операторы систем передачи подают в регулирующий Орган десятилетний план развития сети, четко соответствующий по содержанию требованиям ст. 22 Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ.

В итальянской нормативной базе этот этап представляет собой процедурное осложнение, так как ст. 16 з. декр. 93/2011 отсылает к декрету председателя Совета министров за уточнением содержания плана, который ограничивает преимущественно оператора.¹⁰

Соответствие десятилетнего плана развития сети национальной энергетической стратегии, а также выявленным энергетическим потребностям подлежит оценке регулирующим Органом (ст. 22 (4) и (5) Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ) и — в Италии — Министерством экономического развития. В частности, в итальянском правовом порядке Министерство и Орган — совместно и каждый в соответствии с собственной компетенцией — оценивают соответствие десятилетнего плана развития сети и национальной

⁸ Государственный совет, разд. VI, 3 декабря 2008 г., № 5936, банк данных *De Jure*.

⁹ По этому поводу, помимо других, см. решение Суда Юстиции СЕ от 24 июля 2003 г., *Altmark Trans и Regierungspräsident Magdeburg*, C-280/00, банк данных *De Jure*, в соответствии с которым «в сферу применения ст. 92, п. 1 хартии не подпадает вмешательство государства, представляющее собой простую компенсацию за услуги, оказанные во исполнение определенных обязательств по услугам населению. В этом случае предприятия-бенефициары не пользуются какими-либо финансовыми преимуществами, а соответствующее вмешательство не производит эффект установления для таких предприятий более благоприятных конкурентных условий по сравнению с условиями для их конкурентов»; Трибунал первой инстанции СЕЕ, 1 июля 2008 г., № 266/02, банк данных *De Jure*.

¹⁰ В качестве критики процитированного в тексте положения можно привести Поличе, в Наполитано-Дзоппини, который подчеркивает, что оно «не дает Оператору такой свободы выбора форм осуществления наиболее важного вида деятельности, являющегося, по моему мнению, планированием стратегических шагов», возвращая «все к слишком строгой схеме планирования», которая «создает риск потери из виду централизованности инфраструктурного выбора».

энергетической стратегии, а проверка соответствия этого плана десятилетнему плану развития сети на уровне ЕС находится в компетенции (лишь) Министерства. Выбор этого последнего был подвергнут критике со стороны АЕЕГ в сообщении от 8 ноября 2012 г.¹¹

Поэтому десятилетний план развития подлежит последующему контролю со стороны регулирующего Органа (а в соответствии с итальянской законодательной базой — и со стороны Министерства экономического развития), и в Италии, как следствие положений ст. 16 з. декр. 93/2011, этот последующий контроль сопровождается также общественным вмешательством превентивного характера в содержание плана, учитывая, что последний устанавливается декретом председателя Совета министров.

4. Нормативное закрепление десятилетних планов предусматривает инструмент (десятилетний план), который ограничивает свободу компании не только в выборе инвестирования (это наиважнейшая тема для компании), но и в выборе мер, принимаемых с целью привлечения финансовых средств, необходимых для осуществления инвестиций, предусмотренных десятилетним планом.

Действительно, для того чтобы гарантировать осуществление инвестиций, предусмотренных десятилетним планом, ранее процитированные Директивы ЕС (ст. 22) предлагают различные альтернативы, а именно:

- (i) вменение обязанности по осуществлению инвестиций;
- (ii) обязанность проведения открытого для всех инвесторов тендера на подряд;
- (iii) вменение обязанности по увеличению капитала, направленного на финансирование вложения и открытого для независимых инвесторов.

Последняя альтернатива в наибольшей степени представляет собой сильнейшее вмешательство в свободу предприятия, управляющего сетью передачи.

Регулирующий Орган может, кроме того, обязать оператора разрешать инвестирование или строительство инфраструктуры третьими лицами.

По этому вопросу итальянский законодатель, хотя и приводя в действие большую часть мер, предусмотренных Директивами 2009 г., не предусмотрел, однако, обязанность по увеличению капитала,¹² а также по проведению тендера на подряд, ограничившись вменением оператору обязанности по осуществлению инвестиций, предусмотренных десятилетним планом, в пределах установленного данным планом срока. Эта разница в нормативном регулировании, как отмечает Поличе, «расширяет не только права

¹¹ Согласно этому сообщению особенно критичным представляется «лишение Органа права требовать у оператора изменения плана развития сети», что «ограничивает полномочия по вмешательству, которыми коммунитарный законодатель, напротив, наделил органы регулирования на стадии предоставления самого плана».

¹² Статья 22 Директив была отражена в ст. 16 (8) з. декр. 93/2011 для газовой отрасли следующим образом: «В тех случаях, когда Оператор по собственной вине не осуществит инвестиции, которые на основании десятилетнего плана развития сети должны быть выполнены в последующие три года, Министерство экономического развития, в случаях, когда невыполнение работ, являющихся объектом инвестирования, оказывает влияние на безопасность системы природного газа, на соблюдение международных соглашений, подписанных Италией, или же на национальную энергетическую Стратегию, о которой говорится в ст. 3, и Орган по регулированию электроэнергии и газа, в случаях, когда такое невыполнение препятствует доступу к системе или развитию конкуренции на рынке природного газа, налагают на Оператора обязательство по осуществлению инвестиций в таких случаях, в течение установленного срока, лишь бы такие инвестиции все еще отвечали интересам актуального плана развития сети» (аналогично, см. ст. 36 (14) з. декр. 93/2011 для рынка электроэнергии).

Оператора, но, необычным образом, также и его обязанности, навлекая риск принятия очень сложных и трудных решений, поскольку они неизбежно требуют поиска ресурсов, необходимых для таких инвестиций». Вышеприведенная критика, вероятно, может быть смягчена, если принять во внимание, что отсутствие норм регулирования прочих инструментов, предусмотренных Директивами, естественно, не мешает оператору обращаться к третьим лицам для получения ресурсов для запланированных инвестиций, в случае необходимости прибегая также и к увеличению капитала или к проведению тендера на подряд (что, впрочем, признает и Поличе).

Невзирая на изложенную выше специфику итальянского права, необходимо подчеркнуть, что свобода предприятий, которые управляют сетями передачи энергии, ограничена не только решением о том, какие инвестиции осуществлять, но и решением о том, в каком объеме задействовать финансовые средства для реализации инвестиций и какими способами привлечь эти финансовые средства. Ограничение свободы предпринимательства касается, таким образом, как политики инвестирования, так и политики привлечения финансовых ресурсов и определения финансовой структуры предприятия.

5. Вышеперечисленные ограничения свободы предпринимательства обусловлены ранее обозначенными общественными интересами, присутствующими в энергетической отрасли, которые касаются безопасности энергоснабжения, энергосбережения, эффективности транспортировки и распределения энергии, конфигурации энергетической отрасли в соответствии с приемлемыми моделями.

Как уже сказано, наряду с этими требованиями, существует также необходимость защиты от риска конфликта интересов оператора сети — риска, присутствующего, в наибольшей степени, вследствие либерализации энергетических рынков.

С этой целью нормативная база ЕС и государства осуществляют вмешательство при помощи мер, которые в значительной степени противоречат свободе предпринимательства в плане конфигурации структуры.

Выше уже отмечалось, что поскольку сети передачи и распределения являются монопольными, наибольший риск возникновения конфликта интересов возникает в случае, когда по сети передачи транспортируется энергия, производимая предприятием, входящим в ту же группу, т. е. в группу вертикально интегрированного предприятия,¹³ а если использовать терминологию законодателя ЕС и итальянского законодателя — группу, к которой принадлежит оператор сети.

Существуют две основные системы противодействия этой опасности: имущественное разграничение и функциональное разграничение, которое, в свою очередь, подразделяется на две субгипотезы.

При имущественном разграничении (*ownership unbundling*) деятельность по управлению сетью передачи вверена субъекту, не являющемуся собственником самой сети (ст. 9 Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ).

При функциональном разграничении тема конфликта интересов возникает не на уровне имущественной структуры, а на уровне структуры *governance*. Как уже было сказано, эта гипотеза предусматривает два варианта: независимый оператор систем (ISO: ст. 13 Директивы 2009/72/СЕ и ст. 14 Директивы 2009/73/СЕ) и независимый оператор

¹³ Определение вертикально интегрированного предприятия энергетической отрасли или отрасли природного газа см. в Техническом приложении к решению № 11/2007 ОРЭГ, с последующими изменениями (ст. 1.1).

передачи (ИТО: ст. 17 и последующие Директивы 2009/72/СЕ и Директивы 2009/73/СЕ). В модели ISO управление сетью вверено полностью независимому от собственника субъекту, в то время как в модели ИТО предприятие, которое управляет сетью, может являться составной частью вертикально интегрированной компании, а также предусмотрены организационные и резолютивные меры, направленные на нейтрализацию конфликта интересов (по данному вопросу см. Диазесопулос, *Ownership*).

В Италии имущественное разграничение в отрасли электроэнергетики уже проведено.¹⁴ Эта модель четко определена в Директивах 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ как «наиболее действенный метод недискриминационного продвижения инвестиций в инфраструктуру с целью гарантии равного доступа к сети для новых участников и обеспечения прозрачности рынка» (восьмая предпосылка Директивы 2009/73/СЕ и одиннадцатая предпосылка Директивы 2009/72/СЕ). Отмеченное предпочтение, отданное имущественному разграничению на заседании ЕС, было отмечено большим числом комментаторов (например, Решиньо, в Наполитано-Дзоппини, Петерсен, Сориано Гарсиа, Лекок, Диазесопулос, *Third Party Access* и Диазесопулос, *Access*).

Естественно, что из трех моделей именно она в наибольшей степени ущемляет свободу предприятия, мешая группе, частью которой является предприятие — оператор сети передачи энергии, осуществлять другие виды деятельности в энергетической отрасли и налагая (на момент ее введения в действие) обязанность на группы, которые работали как в управлении сетью передачи, так и в сфере производства и продажи энергии, оставить тот или иной вид деятельности (для оценки затрат и прибыли от имущественного разграничения см. Либертини, в Наполитано-Дзоппини).

В Италии в газовой отрасли ст. 10 з. декр. 93/2011 обязала крупнейшего оператора транспортировки газа применять модель ИТО, в то время как другие предприятия — собственники сетей могут выбрать систему ISO в качестве альтернативы ИТО. Необходимо, однако, принимать во внимание, что декрет председателя Совета министров от 24 мая 2012 г. предусматривает введение в действие, не позднее сентября 2013 г., имущественного разграничения и для крупнейшего *player* в газовой отрасли, наложив на ЭНИ с. п. а. обязанность по сокращению, в первую очередь, и по осуществлению уступки в полном объеме, во вторую очередь, доли участия в ЗНАМ с. п. а.

6. В модели ИТО независимость оператора гарантируется мерами, относящимися как к имущественной структуре, так и (преимущественно) к управленческому *governance*. В отношении имущественной структуры ст. 18 (3) Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ запрещает предприятию, руководящему сетью передачи, создавать на любом уровне вертикальную цепь контроля, в которой присутствуют предприятия-производители или поставщики энергии. Эффективность этого положения, однако, снижена тем фактом, что аналогичное правило не применяется (Решиньо, в Наполитано-Дзоппини) в случае, когда оператор сети и предприятие-производитель/поставщик не находятся в отношениях материнское/дочернее предприятие (вертикальная линия контроля), но

¹⁴ Модель имущественного разграничения в отрасли электричества, введенная директивой 2009/72/СЕ, уже применялась в Италии в силу законодательного декрета № 79 от 16 марта 1999 г. (так называемый «Декрет Берсани»). Итальянский законодатель подтвердил уже действующую модель, закрепив управление сетью в форме концессии за Терна с. п. а., и установил для Терна с. п. а. запрет как на прямое или опосредованное осуществление деятельности по производству и поставке электроэнергии, так и на управление, в том числе временное, инфраструктурой или предприятиями — производителями электроэнергии.

вместе находятся под контролем третьего предприятия, не являясь составной частью единой вертикальной линии контроля (так называемые предприятия-«сестры»).

Гораздо более значительны ограничения свободы предприятия в рамках планирования структуры управленческого *governance*.

Прежде всего, предприятию, возглавляющему группу (на языке закона — вертикально интегрированному предприятию), запрещено прямо или опосредованно влиять на поведение оператора сети передачи энергии в условиях конкуренции в том, что касается «повседневной деятельности», управления сетью, мероприятий, необходимых для разработки десятилетнего плана (ст. 18 (4) Директивы 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ).

Справедливо подчеркивается (Решиньо, в Наполитано-Дзоппини), что таким образом возможность для главы группы принимать участие в решениях предприятий оказывается сильно ограниченной, что противоречит общей тенденции считать ее законной (например, в Италии ст. 2497 Гражданского кодекса разрешает осуществление деятельности по управлению и координации других компаний, а также предусматривает ответственность только в случае злоупотребления этой деятельностью).

Кроме того, предусмотрено создание органа по надзору, уполномоченного принимать решения:

— которые могут оказать значительное влияние на стоимость активов акционеров общества, управляющего сетью передачи; это относится, в частности, к решениям, касающимся одобрения ежегодных и более долгосрочных финансовых планов, уровня задолженности оператора сети передачи и суммы дивидендов, распределяемых между акционерами (ст. 20 Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ);

— связанные с назначением, продлением срока и условиями труда (включая заработную плату), выдачей доверенности лицам, ответственным за управление, и/членами органов управления предприятия — оператора сети передачи (ст. 19 (1) Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ);¹⁵

— связанные с назначением контролера соответствия (ст. 21 (2) Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ) (к полномочиям этого лица мы вернемся позже); назначение в этом случае также должно быть одобрено регулирующим Органом.

Функции надзорного органа очень широки. Они затрагивают несколько наиболее значимых предпринимательских решений или же выбор субъектов, призванных управлять предприятием — оператором сети передачи энергии, а также определение финансовой структуры общества, основополагающей для гарантии реализации долгосрочных предпринимательских программ, которые, как уже говорилось, необходимы для развития предприятий энергетического сектора.

Надзорный орган представляется новым органом в итальянском праве, который не может быть сведен к какой-либо системе управления и контроля в итальянских акционерных обществах (противоположного мнения придерживается Решиньо, в Наполитано-Дзоппини, согласно которому надзорный орган может быть уподоблен органу высшего управления, присутствующему в некоторой аналогии с *Aufsichtsrat* немецких акционерных обществ, присутствует в одной из систем *corporategovernance*, в Италии).

Другим органом, не имеющим прецедента в итальянском праве, является контролер соответствия, в задачу которого входит осуществление предпринимательского

¹⁵ Эти решения должны быть представлены в регулирующий орган и становятся обязательными, только если им не были выдвинуты возражения в течение трех недель с момента извещения (ст. 19 (2) Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ).

контроля за соответствием деятельности оператора сетей передачи программе мероприятий, которую он сам должен принять и в которой изложены меры, принятые с целью гарантии, что возможность дискриминационного поведения исключена (ст. 21 Директив Directive 2009/72/CE и 2009/73/CE).

Другими особенностями нормативной базы в отношении *governance* операторов сети передачи являются:

— закрепление элементов независимости в том числе для лица, выполняющего административные функции, и для работников (ст. 19 (4) и (5) Директив 2009/72/CE и 2009/73/CE),¹⁶ в то время как в целом они предусмотрены только для лиц, осуществляющих функции контроля;

— обязанность учитывать условия рынка во всех коммерческих и финансовых отношениях с группой (на законодательном языке: вертикально интегрированное предприятие) и вести соответствующие записи об этих отношениях (ст. 18 (6) Директив 2009/72/CE и 2009/73/CE);¹⁷

— одобрение регулирующим Органом коммерческих и финансовых соглашений с группой (на языке закона: с вертикально интегрированным предприятием) (ст. 18 (7) Директив 2009/72/CE и 2009/73/CE);¹⁸

— установление обязательства операторов сетей передачи обзавестись «всеми человеческими, техническими, материальными и финансовыми ресурсами, необходимыми для выполнения своих обязательств» (ст. 17 (1) Директив 2009/72/CE и 2009/73/CE);¹⁹

¹⁶ Статья 19 (4): «лица, ответственные за руководство, и/или члены органов управления и работники оператора системы транспортировки не имеют никакой иной должности или профессиональной ответственности, а также интересов или торговых отношений, прямо или опосредованно, в какой-либо или с какой-либо частью вертикально интегрированного предприятия или же с его контролирующими акционерами». Статья 19 (5): «Лица, ответственные за руководство, и/или члены органов управления и работники оператора системы транспортировки не имеют заинтересованности и не получают финансовой выгоды, прямо или опосредованно, в какой-либо или с какой-либо частью вертикально интегрированного предприятия, не являющегося оператором системы транспортировки. Их заработная плата не зависит от деятельности или результатов вертикально интегрированного предприятия, не являющихся деятельностью или результатами оператора системы транспортировки». Кроме того, в защиту управляющих ст. 19 (7) устанавливает, что «после прекращения их полномочий в операторе системы транспортировки лица, ответственные за его управление, и/или члены его органов управления не имеют заинтересованности и не получают финансовой выгоды, прямо или опосредованно, в какой-либо или с какой-либо частью вертикально интегрированного предприятия, не являющегося оператором системы транспортировки, а также с его контролирующими акционерами на период, не превышающий четыре года».

¹⁷ Статья 18 (6): «Все коммерческие и финансовые отношения между вертикально интегрированным предприятием и оператором системы транспортировки, включая займы, выдаваемые последним вертикально интегрированному предприятию, соответствуют условиям рынка. Оператор системы транспортировки ведет детальные реестры таких коммерческих и финансовых отношений, предоставляя их в распоряжение регулирующего органа по запросу последнего».

¹⁸ Статья 18 (7): «оператор системы транспортировки представляет в регулирующей орган на одобрение все коммерческие и финансовые соглашения, заключенные с вертикально интегрированным предприятием».

¹⁹ Статья 17 (1) предусматривает также, что: «а) имущество, необходимое для осуществления передачи газа, включая сеть передачи, является собственностью оператора системы транспортировки; б) персонал, необходимый для осуществления передачи газа, включая выполнение всех задач предприятия, нанимается оператором системы транспортировки; в) *лизинг* персонала и предоставление услуг в пользу или же силами других частей вертикально интегрированного предприятия запрещены. Оператор системы транспортировки может, однако, оказывать услуги вертикально интегриро-

— установление в отношениях между группой (на языке закона: с вертикально интегрированным предприятием) и оператором сетей передачи, обязанности со стороны группы по финансированию оператора (ст. 20 (1) лит. d) Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ);²⁰ определено, что нарушение этой обязанности может повлечь ответственность *холдинга* группы за нарушение норм итальянского корпоративного права в области групп предприятий, поскольку представляет собой нарушение принципов правильного управления обществом и предприятием (Решиньо, в Наполитано-Дзоппини);

— обязанность поручить аудиторскую проверку оператора сетей подачи лицу, отличному от лиц, контролирующих счета других предприятий группы (ст. 17 (б) Директив 2009/72/СЕ и 2009/73/СЕ).

7. Краткое обозрение регулирования (в ЕС и в Италии) энергетического права позволяет увидеть, что оно представляет собой попытку совмещения открытия рынка и либерализации отрасли с необходимостью защиты интересов общего характера, присутствующих в этой отрасли.

Данная область, вне всякого сомнения, характеризуется значительными особенностями, связанными, как отмечено ранее, с наличием особых публичных интересов и с риском конфликта интересов операторов сетей подачи и распределения энергии.

Таким образом, не представляется возможным вынесение за рамки энергетической отрасли строгих ограничений свободы предпринимательства, кратко изложенных в предыдущих параграфах. Однако это подходящий случай, чтобы отметить, что возможность ориентировать деятельность предприятий и тех, кто ими управляет, на долгосрочные цели видится также и за пределами рассматриваемой в настоящий момент области.

В особенности после кризиса финансовых рынков 2007–2008 гг. (в свете тяжелых его последствий для сферы производства и для рынка труда) обрели силу позиции тех, кто еще ранее подчеркивал наличие риска в том, что доминирующая установка в экономической и правовой культуре, в законодательстве США и Западной Европы последних десятилетий является установкой, благоприятной для *дерегулирования* и устранения ограничений свободы управляющих предприятиями наращивать капитал для собственников (т. е. в акционерных предприятиях — для акционеров; так называемая теория *Стоимости для акционеров*), приведет руководителей предприятий (в частности, наиболее важных, т. е. акционерных предприятий) к преследованию цели в виде получения дохода от краткосрочных инвестиций в предприятия, предоставляя акционерам привилегии при распределении стоимости.

В этом смысле интересы собственников предприятия удовлетворяются в том числе за счет вынесения на обсуждение возможности продолжения существования предприятия (*goingconcern*) в длительном периоде, невзирая на интересы субъектов, которые, не

ванному предприятию, при условии, что: i) оказание таких услуг не влечет дискриминацию между пользователями системы, доступно всем пользователям системы в том же порядке и на тех же условиях и не ограничивает, искажает или препятствует конкуренции в области генерирования или поставки; и ii) порядок и условия поставки таких услуг одобрены регулирующим органом».

²⁰ Это положение предусматривает, что: «за исключением решений надзорного органа в соответствии со статьей 20, подходящие финансовые ресурсы для будущих инвестиционных проектов или инвестиционных проектов по замене имеющегося имущества должны быть своевременно отданы вертикально интегрированным предприятием в распоряжение оператора системы транспортировки по соответствующему запросу оператора системы транспортировки».

будучи собственниками предприятия, заинтересованы в его деятельности (так называемые *stakeholders*), например кредиторы, работники, поставщики, потребители.

Именно во избежание вышеуказанной опасности возможность того, что правопорядок, посредством законодательных и толковательных решений, направит деятельность предприятий и их руководителей на долгосрочные цели, в общих чертах защищена даже за пределами энергетической отрасли.

Статья поступила в редакцию 20 сентября 2013 г.