

Положения об отказе в предоставлении привилегий в международном инвестиционном арбитраже: вопросы действия во времени

Научный руководитель – Костин Алексей Александрович

Самсонова Александра Юрьевна

Аспирант

Московский государственный институт международных отношений,

Международно-правовой факультет, Москва, Россия

E-mail: alexandrasunny@mail.ru

Целью международных соглашений о защите и поощрении капиталовложений («МИС») является создание условий для привлечения иностранного капитала и защиту международных инвесторов и их инвестиций. В силу этого одним из ключевых критериев, определяющих сферу действия гарантий, которые предоставляются МИС, является государственная принадлежность инвесторов. Широкое использование критерия инкорпорации для определения государственной принадлежности инвесторов - юридических лиц порождает потенциальный риск искусственного расширения сферы действия МИС за счет собственных юридических лиц и юридических лиц из третьих государств, которые могут создать компанию - «почтовый ящик» в конкретном государстве для получения статуса иностранного инвестора в понимании соответствующего МИС.

Одним из механизмов решения данной проблемы являются положения об отказе в предоставлении привилегий («denial of benefits clauses»). Это положения МИС, направленные на исключение действия предоставленных таким МИС материально-правовых и процессуальных гарантий в отношении лиц, которые формально являются инвесторами в значении соответствующего МИС.

Положения об отказе в привилегиях могут распространяться на ряд категорий юридических лиц, главным образом - на юридических лиц, которые контролируются лицами, имеющими национальность третьего государства, и юридических лиц, которые не ведут существенной хозяйственной деятельности в государстве, где они инкорпорированы[1]. Таким образом, основная цель этих положений заключается в том, чтобы оставить за государством право ограничить сферу действия МИС[2], таким образом создавая противовес определению понятия инвестора, основанному на критерии инкорпорации[3].

Однако лаконизм формулировок положений об отказе в привилегиях порождает широкий круг вопросов относительно их толкования, одним из которых является действие оговорок об отказе в привилегиях во времени.

Данная проблема возникает в силу того, что положения об отказе в предоставлении привилегий имеют преимущественно диспозитивный характер и применяются по усмотрению государства, а не автоматически, но при этом не содержат указания на то, в какие сроки государство может реализовать свое право на заявление инвестору отказа в предоставлении привилегий[4]. Государства, как правило, ссылаются на положения об отказе в предоставлении привилегий после начала арбитражной процедуры, в своих возражениях на предъявленный иск. Инвесторы возражают против обратного действия отказа в предоставлении привилегий, т.к. это противоречит ожиданиям инвестора, рассчитывавшего на соответствующие привилегии в момент принятия инвестиционного решения.

Практика международных инвестиционных арбитражей по этому вопросу оказалась расколота надвое. Часть решений международных инвестиционных арбитражей соглашаются со своевременностью ссылки на отказ в предоставлении привилегий на стадии

возражений против юрисдикции арбитража (ЭМЕЛЕК против Эквадора, Улиссеас против Эквадора, Пак Рим против Сальвадора и Рурелек против Боливии). В противовес этому, все арбитражи, разрешавшие дела на основании Договора Энергетической хартии, придерживались в своих решениях противоположного подхода, основанного на недопустимости обратной силы отказа в предоставлении привилегий[5]. Попытки объяснить столь радикальное различие в подходах предпринимались в доктрине[6], однако последняя практика (решения по делу Ампал против Египта и Гран Колумбия Голд против Колумбии) приводит к необходимости пересмотреть эти объяснения и позволяет сделать вывод о формирующемся «перевесе» подхода, предполагающего отсутствие требования о заблаговременном уведомлении государством иностранного инвестора о намерении отказа в привилегиях.

Источники и литература

- 1 См., например, Lee C. Resolving Nationality Planning Issue Through the Application of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in International Investment Arbitration // Contemporary Asia Arbitration Journal. 2016. № 87(9). P. 107.
- 2 Gastrell L., Le Cannu P.-J. Procedural Requirements of “Denial-of-Benefits” Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions // ICSID Review. 2015. Vol. 30(1). P. 81–82.
- 3 Feldman M. Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration // ICSID Review. 2012. № 281(27). P. 281, 293; Lee C. Resolving Nationality Planning Issue Through the Application of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in International Investment Arbitration // Contemporary Asia Arbitration Journal. 2016. № 87(9). P. 107.
- 4 См., напр., Gastrell L., Le Cannu P.-J. Procedural Requirements of “Denial-of-Benefits” Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions // ICSID Review. 2015. Vol. 30(1). P. 84; Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8.02.2005. ¶¶ 157–165; Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Award, 31.01.2014; Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, 1.06.2012. ¶¶ 4.83–4.91; Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/05/9, Award, 2.06.2009.
- 5 Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8.02.2005. ¶¶ 157-165; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30.11.2009; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30.11.2009; Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf TransTrading Ltd v. Kazakhstan, SCC Case No. V (116/2010), Award, 19.12.2013; Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/07/14, Award, 22.06.2010; Ampal-American Israel Corp. et ors: v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction, 1.02.2016.
- 6 Gastrell L., Le Cannu P.-J. Procedural Requirements of “Denial-of-Benefits” Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions // ICSID Review. 2015. Vol. 30. No. 1. P. 96.