

Наконечний Володимир Володимирович

студент магістратури Юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Наконечный Владимир Владимирович

студент магистратуры Юридического факультета

Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Nakonechnyi Volodymyr

Master's Degree of the Faculty of Law of the

Taras Shevchenko National University of Kyiv

ЗАСТОСУВАННЯ РЕЖИМУ «ЗАБОРОНА ЕКСПРОПРІАЦІЇ» ЗА ДВОСТОРОННІМИ ДОГОВОРАМИ ПРО СПРИЯННЯ ТА ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ ДЛЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНВЕТОРІВ У ПОДАТКОВИХ СПОРАХ

ПРИМЕНЕНИЕ РЕЖИМА «ЗАПРЕТ ЭКСПРОПРИАЦИИ» ПО ДВУСТОРОННИХ ДОГОВОРАХ О ПООЩРЕНИИ И ЗАЩИТЕ ИНВЕСТИЦИЙ ДЛЯ ЗАЩИТЫ ПРАВ ИНВЕТОРОВ В НАЛОГОВЫХ СПОРАХ

APPLICATION OF «NO EXPROPRIATION»

Анотація. У статті проаналізовані ключові рішення міжнародних інвестиційних арбітражів у податкових спорах щодо застосування правового режиму «заборона експропріації». Автор приходить до висновку, що іноземні інвестори можуть ефективно захистити свої права, заявляючи про порушення правового режиму «заборона експропріації» податковими заходами з боку держави.

Ключові слова: інвестор, експропріація, арбітраж, податкові заходи, договір про сприяння та захист інвестицій.

Аннотация. В статье проанализированы ключевые решения международных инвестиционных арбитражей в налоговых спорах относительно применения правового режима «запрет экспроприации». Автор приходит к выводу, что иностранные инвесторы могут эффективно защитить свои права, заявляя о нарушении правового режима «запрет экспроприации» налоговыми мерами со стороны государства.

Ключевые слова: инвестор, экспроприация, арбитраж, налоговые меры, договор о поощрении и защите инвестиций.

Summary. The author analyses the benchmark decisions of international investment tribunals in tax-related disputes regarding application of «no expropriation» legal regime. The author comes to conclusion that foreign investors can effectively protect their rights claiming that implication of tax measures by the state violates «no expropriation» legal regime.

Key words: investor, expropriation, arbitration, tax measures, bilateral investment treaty.

В 2017 році іноземні інвестори звернулися до Європейської Бізнес Асоціації із 112 скаргами на незаконні дії державних органів та просили сприяння Європейської Бізнес Асоціації у вирішенні своїх проблем [12]. Іноземні інвестори в 2017 році найбільше скаржилися на дії Міністерства економічного розвитку і торгівлі, Міністерства аграрної політики та продовольства, Міністерства охорони здоров'я та Державної фіскальної служби.

Особливо болісними для інвесторів є проблеми, що лежать у площині регулювання нормами фінансового права. Неправедливі податкові нарахування, безпід-

ставне позбавлення інвестора права використовувати сприятливі митні режими, застосування санкцій за порушення правил розрахунків в іноземній валюті у сфері зовнішньоекономічної діяльності — це лише деякі проблеми, які можуть значно ускладнити ведення господарської діяльності інвесторів в Україні, а то і взагалі призвести до закриття бізнесу та повної втрати інвестицій.

Недосконала система правосуддя в Україні часто не дозволяє іноземному інвестору відновити свої порушені права у сфері фінансів через звернення з позовами до національних адміністративних судів.

У великих справах, що можуть мати значний фінансовий, регуляторний або політичний вплив в Україні, судді, зазвичай, вирішують справи на користь держави, побоюючись втрати лояльності держави чи погіршити свої кар'єрні перспективи. Більше того, судді для вирішення спорів, зазвичай, застосовують норми національного права, навіть якщо такі норми є несправедливими чи дискримінаційними по відношенню до іноземного інвестора [13]. Тому іноземні інвестори шукають більш ефективні інструменти, які можуть забезпечити дотримання державними органами норм фінансового (податкового, митного, валютного тощо) права. Такі інструменти передбачені міжнародними договорами про сприяння та захист інвестицій, що зумовлює актуальність цього дослідження.

Експропріація — це порушення з боку приймаючої держави, яке найчастіше заявляється інвесторами в інвестиційних спорах, що виникають у сфері фінансів, зокрема з питань оподаткування. Усі без виключення двосторонні міжнародні договори про сприяння та захист інвестицій дозволяють заявити про експропріацію в питаннях оподаткування. Інколи, «заборона експропріації» — це єдиний правовий режим щодо якого можна заявити про порушення через дії держави у сфері податків, як наприклад, за Договором між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій від 04 березня 1994 року [1].

Експропріація може бути прямою або непрямою. Пряма експропріація, як було розтлумачено арбітражним трибуналом у справах *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* (№ ARB/08/5) [3], *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (№ ARB/01/3) [4], *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine* (№ ARB/00/9) [5] має формальний характер, перманентно позбавляє інвестора інвестиції, право на яку переходить до держави чи третьої особи.

Заходи держави у сфері оподаткування слід кваліфікувати, як непряму експропріацію. Непряма експропріація — це приховане чи випадкове втручання у користування майном, що призводить до позбавлення власника повністю або переважної частини прав користуватись своїм майном, чи економічної вигоди, яка може обґрунтовано очікуватись від користування майном, навіть якщо це не призводить до очевидних вигод приймаючої держави. Таке тлумачення запропонував арбітражний трибунал в Параграфі 103 рішення від 30 серпня 2000 року у справі *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (№ ARB(AF)/97/1) [6].

У справі *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (№ ARB(AF)/97/1) арбітраж висловив ще одну важливу позицію — експропріація повинна повністю позбавлення власника прав користуватись своїм майном або переважної частини прав користуватись своїм майном. Тобто, втрати від податкових заходів повинні бути значними.

Як пише Едвін ван дер Брюгген, інвестиція просто стає марною. Щоб продемонструвати це інвестор повинен довести, що у зв'язку із запровадженням нового або підвищенням ставки уже існуючого податку бізнес більше не генеруватиме чистий прибуток, або такий чистий прибуток буде настільки низьким, що такий бізнес або таку компанію не можна буде продати за розумною ринковою ціною [14].

Деякі арбітри вважають, що якщо негативні наслідки податкових заходів можуть бути перекладені на покупця, шляхом збільшення ціни на продукцію компанії, то експропріація не матиме місця [14].

Будь-яку дію держави, яка негативно впливає на інвестора, не можна вважати експропріацією. Арбітражі визнають, що державу не можна позбавити права реалізувати свої регуляторні повноваження.

У справі *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (№ ARB(AF)/99/1) ICSID зазначив, що держави повинні мати свободу діяти в ширшому суспільному інтересі, захищаючи навколишнє середовище, встановлюючи нові чи змінюючи існуючі податкові режими, надаючи чи відкликаючи державні субсидії, зменшуючи чи збільшуючи тарифи тощо [7].

У рішенні від 03 серпня 2005 року у справі *Methanex Corporation v. United States of America* арбітражний трибунал в Параграфі 7 Частини IV Розділу D вказав, що недискримінаційні регуляторні дії, які належно вчинені заради суспільної мети, які мають вплив, серед іншого, на іноземного інвестора, не є експропріацією та не підлягають компенсації, якщо уряд, що здійснює регулювання, не надавав конкретних обіцянок від таких дій утримуватись [8].

Також не будуть вважатися порушенням режиму «заборона експропріації» дії держави, які по своїй суті є експропріацією, але такі дії здійснені відповідно до законодавства приймаючої держави, на недискримінаційній основі та супроводжуються виплатою швидкої та розумної компенсації за експропрійовану інвестицію.

Стандартне положення, подібне до того, що міститься в Статті 5 Угоди між Урядом України та Урядом Аргентинської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій від 09 серпня 1995 року (набрала чинності для України 06 травня 1997 року), інкорпороване у всі двосторонні міжнародні договори про сприяння та захист інвестицій:

«Експропріація проводитиметься відповідно до чинного законодавства, на недискримінаційній основі та супроводжуватиметься положенням про сплату швидкої, адекватної та дійсної компенсації. Така компенсація включатиме проценти за встановленим звичайним курсом, починаючи з дати експропріації до дати сплати, і сплачуватиметься та буде, з метою ефективності, переказуватися без затримки у тій валюті, в якій були здійснені інвестиції, або у будь-якій вільно конвертованій валюті, яку прийматиме інвестор, що зазнав збитків» [2].

Отже, тепер слід розглянути інвестиційні спори, в яких інвестори заявляли про експропріацію їхньої інвестиції податковими заходами держави, та зрозуміти, чому одні інвестори добилися успіху у подібних справах, а інші залишилися ні з чим.

У справах, що розглядалися вище, а саме *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* (№ UN3467), *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* (№ UN3481), *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (№ ARB(AF)/99/1) інвестори заявляли, що заходи держави у сфері оподаткування порушили режим «заборона експропріації». Проте арбітражні трибунали відхилили такі позови.

Ключовим аргументом для відмови у позові щодо експропріації у справі *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (№ ARB(AF)/99/1) став той факт, що відмова податкового органу Мексики надати компанії CESMA, якою володів Marvin Feldman, бюджетне відшкодування з акцизного податку при експорті сигарет без спеціального інвойсу, не позбавила іноземного інвестора контролю або значної частини контролю над його інвестицією — компанією CESMA [7].

Дослівно, ICSID в Параграфі 142 рішення від 16 грудня 2002 року сказав: «... регуляторна дія не призвела до втрати Позивачем контролю над компанією, CEMSA, не призвела до прямого втручання у внутрішні справи компанії, а також не призвела до зміни Позивача як власника контролюючого пакета акцій.

Позивач може вільно здійснювати іншу бізнесову діяльність, таку як експорт алкогольних напоїв чи фототоварів, як він це робив раніше, або здійснювати експорт інших продуктів, при експорті яких Позивач зможе отримати спеціальні інвойси, що вимагаються Статтею 4 [Акту про спеціальний податок на виробництво та послуги]. Звичайно, Позивач більше не міг ефективно експортувати сигарети, але ... це в жодному разі не означає, що Позивач втратив контроль над своєю компанією» [7].

Тобто, арбітраж визначив, що не відбулося повного позбавлення прав на інвестицію або позбавлення переважних прав на інвестицію.

Також, в Параграфі 136 арбітраж визначив, що регуляторні дії держави переслідували раціональну публічну мету. Такі дії не були дискримінаційними (дискримінація між національним та іноземним інвестором, яка була встановлена арбітражем, покривається національним режимом), адже запровадження спеціального інвойсу для одних галузей і не запровадження для інших, не може вважатися дискримінацією для цілей режиму «заборона експропріації». Зміни до законодавства щодо запровадження спеціального інвойсу вносилися відповідно до положень чинного національного законодавства.

Таким чином, арбітраж у справі *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (№ ARB(AF)/99/1) встановив, що дії держави у сфе-

рі оподаткування не були експропріацією, а були належною реалізацією регуляторних повноважень держави. Більше того, якби за формальними критеріями дії держави і підпадали під визначення експропріації, то порушення все одно б не існувало, оскільки інвестор не був повністю або значною мірою позбавлений своєї інвестиції.

У справі *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* (№ UN3467) відсутність експропріації була настільки очевидною, що арбітраж відхилив позов про експропріацію ще на стадії юрисдикції.

Основним аргументом стало те, що компанія *Occidental Exploration and Production Company*, створена та зареєстрована за законодавством штату Каліфорнія, США, продовжила роботу в Еквадорі після отримання відмов податкового органу Еквадору у бюджетному відшкодуванні з податку на додану вартість та вимог податкового органу Еквадору повернути раніше отримані від Еквадору кошти в якості бюджетного відшкодування з податку на додану вартість [9].

До аналогічних висновків арбітраж прийшов і у справі *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* (№ UN3481) [10].

На відміну від описаних вище справ, позитивним для інвестора було рішення арбітражу у справі про експропріацію — *Ampal-American Israel Corp. and others v. Arab Republic of Egypt* (№ ARB/12/11).

Компанія EMG була заснована американськими інвесторами, включаючи *Ampal-American Israel Corp.* у вільній податковій зоні в Єгипті. EMG купувала газ у державних компаній Єгипту та експортувала газ до Ізраїлю.

У 2006 році Єгипет надав EMG ліцензію (право) на звільнення від сплати податків до 2025 року, але вже у 2008 році законом відмінив податкові пільги для EMG.

21 лютого 2017 року ICSID виніс рішення у справі *Ampal-American Israel Corp. and others v. Arab Republic of Egypt* (№ ARB/12/11), яким встановив, що Єгипет порушив правовий режим «заборона експропріації» і повністю позбавив іноземних інвесторів їхньої інвестиції — права на звільнення від сплати податків до 2025 року [11].

Отже, податкові заходи держави можуть вважатися експропріацією іноземної інвестиції, якщо вони повністю або значною мірою позбавляють інвестора його інвестиції та не можуть бути кваліфіковані як реалізація державою її регуляторних повноважень або «законна» експропріація (що переслідує публічну мету, не є дискримінаційною і супроводжується швидкою та адекватною компенсацією). Це дозволяє іноземним інвесторам ефективно захищати свої права із застосуванням інструментів передбачених міжнародними договорами про сприяння та захист інвестицій, а саме переговорів з державою в рамках, так званого, *cooling-off period* чи звернення до міжнародного інвестиційного арбітражу.

Література

1. Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій від 04 березня 1994 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/840_419.
2. Угода між Урядом України та Урядом Аргентинської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій від 09 серпня 1995 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/032_720.
3. Рішення Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів у справі Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador (№ ARB/08/5) від 14 грудня 2012 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094_0.pdf.
4. Рішення Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів у справі Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (№ ARB/01/3) від 22 травня 2007 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>.
5. Рішення Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів у справі Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine (№ ARB/00/9) від 16 вересня 2003 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>.
6. Рішення Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів у справі Metalclad Corporation v. The United Mexican States (№ ARB(AF)/97/1) від 30 серпня 2000 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.
7. Рішення Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів у справі Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican State (№ ARB(AF)/99/1) від 16 грудня 2002 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>.
8. Рішення Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів у справі Methanex Corporation v. United States of America від 03 серпня 2005 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>.
9. Рішення Лондонського Міжнародного Третейського суду у справі Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador (№ UN3467) від 01 липня 2004 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.
10. Рішення Лондонського Міжнародного Третейського суду у справі EnCana Corporation v. Republic of Ecuador (№ UN3481) від 03 лютого 2006 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf.
11. Рішення Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів у справі Ampal-American Israel Corp. and others v. Arab Republic of Egypt (№ ARB/12/11) від 21 лютого 2017 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8487.pdf>.
12. Прядко О. Боритесь и поборете. Как иностранный бизнес защищает свои права в Украине [Електронний ресурс] / Ольга Прядко // ФОКУС, 2008–2017. — 2017. — Режим доступу до ресурсу: <https://focus.ua/money/387506/>.
13. Marchenko O. Negotiations and pre-arbitration settlement in investor-state disputes from a Ukrainian perspective [Електронний ресурс] / O. Marchenko, M. Yurlov // Global Arbitration Review — Arbitration News, Features and Reviews. — 2017. — Режим доступу до ресурсу: <https://globalarbitrationreview.com/benchmarking/the-european-arbitration-review-2018/1149062/ukraine>.
14. Van der Bruggen E. Investment Arbitration in Tax Matters [Електронний ресурс] / Edvin van der Bruggen. — 2012. — Режим доступу до ресурсу: <https://www.jdsupra.com/legalnews/investment-arbitration-in-tax-matters-43179/>.