

Аналіз рішень інвестиційного арбітражу щодо питань оподаткування в аспекті захисту прав інвесторів в Україні

1.Визначення інвестиційного арбітражу та правових підстав його діяльності.

Міжнародний центр вирішення інвестиційних спорів (ICSID) є міжнародним арбітражним закладом, створеним в 1966 році для вирішення судових спорів та примирення між міжнародними інвесторами та державами-членами. ICSID входить до складу та фінансується Групою Світового банку, головний офіс якого знаходиться у Вашингтоні, США. ICSID є автономною, спеціалізованою установою для заохочення міжнародного потоку інвестицій та зменшення некомерційних ризиків та здійснює діяльність згідно з Конвенцією про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, підготовленою виконавчими директорами Міжнародного банку реконструкції та розвитку та підписаною державами-членами (далі - Конвенція).

Зазначена конвенція набрала чинності 14 жовтня 1966 року, через 30 днів після її ратифікації першими 20 державами-членами.

Наразі 154 держави-учасниці підписали та взяли на себе зобов'язання визнавати та виконувати арбітражні рішення відповідно до Конвенції ICSID.

Зазначена Конвенція була ратифікована Україною згідно із Законом України «Про ратифікацію Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» від 16 березня 2000 року N 1547-III та набула чинності для України 07.07.2000р.

Для ініціювання провадження відповідно до умов Конвенції ICSID має існувати правовий спір між одною із держав-учасниць (її органом) та громадянином чи юридичною особою іншої держави-учасниці. Такий спір повинен бути безпосередньо пов'язаним з інвестицією. Справа може розглядатися згідно з Додатковими правилами ICSID, якщо одна із сторін у спорі не є державою-учасницею Конвенції або резидентом держави-учасниці. Проте в більшості випадків арбітраж здійснюється відповідно до Конвенції ICSID. Використання ICSID процедур примирення та арбітражу є абсолютно добровільним для сторін. Проте, у випадку якщо сторони досягли згоди про передачу спору на вирішення арбітражу згідно з Конвенцією ICSID, жодна зі сторін не може односторонньо відкликати свою згоду.

Найпоширенішою формою надання згоди на передачу спору до ICSID є двосторонні інвестиційні угоди між державами-членами Конвенції.

Двосторонні інвестиційні угоди (БІТ) набули поширення протягом першого десятиліття 21-го століття, в даний час досягають більше 2500. Багато таких договорів містять положення, які стосуються передачі поточних та майбутніх інвестиційних спорів до ICSID.

Україною підписано не менше 33 двосторонніх угод про сприяння та захист інвестицій, зокрема з наступними державами : Великобританія, Турецька Республіка, Японія, Ізраїль, Французька Республіка, США, Королівство Саудівська Аравія, Словацька Республіка, Республіка Сінгапур, Республіка Сан-Маріно, Республіка Екваторіальна Гвінея, Йорданське Хашимітське Королівство,

Фінляндська Республіка, Бруней Даруссалам, Республіка Панама, ОАЕ, Республіка Албанія, Боснія і Герцеговина, Оман, Кувейт, Марокко, Республіка Гамбія, Республіка Ємен, Республіка Югославія, Португальська Республіка, Республіка Конго, Словенія, Туркменістан, Ліванська Республіка, Італійська Республіка, Республіка В'єтнам, Киргизстан, Узбекистан.

2. Аналіз рішень інвестиційного арбітражу у справах за позовами до України. Аналіз конкретних рішень суду в контексті оподаткування.

2.1. Рішення Міжнародного центру вирішення інвестиційних спорів від 26.07.2007 по справі № ARB/02/18 за позовом Tokios Tokelès до України (в особі Кабінету міністрів України, Міністерства юстиції України).

Позовні вимоги Tokios Tokelès, Литва, ґрунтувались на тому, що його Дочірнє підприємство «Такі справи», перебувало під довготривалим переслідуванням з боку державних органів, за політичними мотивами, підбурюваних особою чи особами високого рівня, у формі численних епізодів невиправданого втручання в діяльність та управління ДП «Такі справи», в основному з боку Київської державної податкової адміністрації, але із залученням прокуратури та судових органів під виглядом розслідування порушень законодавства України. Позивачем стверджувалось, що вплив на діяльність ДП «Такі справи» був настільки великим, що складав протиправну «експропріацію» інвестиції, зробленої Позивачем в Україні через ДП «Такі справи», а також було порушенням зобов'язання української сторони за Договором щодо забезпечення чесного та справедливого ставлення до цієї інвестиції.

За результатом розгляду справи судом встановлено, що зобов'язання компенсації згідно ст.5 Угоди між Урядом України та Урядом Литовської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій (далі є Угода) у випадку **експропріації** означає перехід права власності до держави з метою використання державою, і в значній мірі співпадає з поняттям "націоналізації", але в контексті вирішення спорів інвестор / держава це поняття було наділено значно ширшим значенням, у зв'язку із значною кількістю судової практики.

Зазначена практика сформувала поняття "поступової експропріації" або "заходів, що мають еквівалентну до експропріації дію" "або" непрямої експропріації" (Конференція ООН з торгівлі та розвитку (ЮНКТАД) "Заволодіння майном", 2000, ст.4 (UNCTAD Paper on the "Taking of Property", 2000, p.4), Організація економічного співробітництва та розвитку; Робочий документ ОЕСР "Непряма експропріація та право регулювання в міжнародному інвестиційному праві", вересень 2004 р. (OECD Working Paper on "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", September 2004).

Судова практика, в тому числі в рамках Конвенції ICSID, підтверджує, що, на відміну від експропріації, "заходи, що мають еквівалентну до експропріації дію" – це всі заходи, наслідком яких є позбавлення інвестора контролю, вигоди та економічного використання його інвестицій. В Рішенні ICSID, на яке послався позивач - Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. до Arab Republic of Egypt (ARB/19/6), чітко зазначено що: "У випадку, коли заходи приймаються державою, наслідком чого є позбавлення інвестора права використання та вигоди від його інвестицій, навіть якщо він формально зберігає право власності на інвестицію, часто називаються

"поступовою" або "непрямою експропріацією" або, як зазначено в угоді про захист інвестицій, як заходи "наслідки яких мають еквівалентну до експропріації дію".

Крім того, у справі "Metalclad Corporation" проти "Об'єднаних мексиканських штатів" трибунал зазначив, що експропріація включає не тільки відкрите, навмисне та підтвержене заволодіння майном, як-от відкрите вилучення або обов'язкова передача права власності державі, а також приховане або випадкове втручання у використання майна, яке позбавляє власника цілком або у значній частині використання передбачуваної очікуваної економічної вигоди від власності, навіть за відсутності очевидної вигоди для держави".

За результатом розгляду справи судом хоча і констатовано, що такі дії, як проведення перевірок, обшуків, вилучень податковими органами, а також нарахування податкових зобов'язань та інші подібні дії за своєю суттю можуть формувати склад непрямої експропріації, однак відхилено позовні вимоги Tokios Tokelès, Литва, у зв'язку з їх недоведеністю. Так, згідно п.147 Рішення Арбітражу заперечення відповідача проти юрисдикції трибуналу відхилено, в позові позивача на підставі ст.5 Угоди відмовлено, в позові на підставі ст.ст.2 («Сприяння та захист інвестицій»), 3 (Національний режим та режим найбільшого сприяння нації) Угоди відмовлено, на кожен із сторін покладено її власні витрати, судові витрати розподілено між сторонами порівну

2.2. У справі за позовом Компанії GENERATION UKRAINE, INC. (Дата рішення 16.09.2003) до України позивач стверджує, що його інвестиція в Україну була схвалена урядом в кінці 1992 року; що він створив місцевий інвестиційний інструмент в лютому 1993 р. (ТОВ "Генерація"); і що після належного визначення та схвалення конкретного проекту (будівництво офісного комплексу на бульварі Шевченка, 32), місцеві органи влади перешкоджали і втручались в реалізацію цього проекту впродовж наступних шести років в спосіб, який був рівнозначним експропріації і тому заборонений згідно Договору між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій. Враховуючи зазначене, позивач вважав, що має право на захист в Міжнародному центрі вирішення інвестиційних спорів ICSID.

Під час розгляду справи судом встановлено, що ніякі дії чи бездіяльність Київської міської державної адміністрації протягом цього періоду, будь-то сукупно або окремо, не формують критеріїв для визнання непрямої експропріації. Трибунал не виконує функції адміністративного органу, щоб перевіряти, що муніципальні установи виконують свої завдання сумлінно чи ефективно. Ця функція знаходиться в компетенції внутрішніх судів, які усвідомлюють деталі застосованих нормативних актів. За обставин цієї справи, дії, які оскаржує Позивач, ніколи ним не оскаржувалися в національних судах України. Звичайно, відсутнє формальне зобов'язання Позивача вичерпати місцеві засоби захисту, перш ніж звертатися до ICSID відповідно до угоди про захист інвестицій. Тим не менш, за відсутності суттєвих порушень угоди, що впливає з відповідної поведінки Київської міської державної адміністрація - єдина можливість у цьому випадку перетворити серію скарг, що стосуються технічних питань українського законодавства про планування землі, у склад порушення норм міжнародного інвестиційного права була б відмова Позивачу національними судами у випадку його добросовісних спроб вирішити ці технічні питання.

У справі **Фельдман проти Мексики** арбітражний суд визнав, що, хоча Позивач, через дії відповідача, більше не може займатися бізнесом "внаслідок ліквідації податкової знижки на експорт сигарет, і хоча не можна заперечувати, що Позивач зазнав великих труднощів у відносинах з службовими особами [Міністерства], а в деяких випадках відношення таких осіб було неналежним, регуляторні дії мексиканського уряду були збалансованими та не становлять експропріації. Арбітражний суд підсумував обґрунтування критеріїв оцінки експропріації під чотирма:

- (1) не кожна бізнес-проблема, яка виникає в іноземного інвестора становить експропріацію,
- (2) зобов'язання держави надавати дозвіл на здійснення виду діяльності, щодо якого встановлена перешкода, не передбачено ні згідно загальних норм міжнародного права, ні згідно відповідного договору,
- (3) місцеве право не надає права займатися такою діяльністю та
- (4) контроль над юридичною особою для здійснення інвестицій залишився в руках Позивача, з очевидним правом проводити свою діяльність відповідно до мексиканського законодавства.

Арбітражний суд дійшов висновку, що зазначені фактори у своїй сукупності свідчать про відсутність в даному випадку складу експропріації.

У справі «Фельдман проти Мексики», хоча суд і визнав, що використання повноважень у сфері оподаткування могли стати актами, що формують склад експропріації, однак рішення суду знаходилось під впливом нездатності позивача визначити формальні обов'язкові правила, у відношенні того, що він розглядав як неправомірну відмову в певній податковій вигоді, яка мотивувала його інвестиції. Арбітри зазначили: "Незрозуміло, чому він не вдався до роз'яснень, однак він це зробив на свій власний ризик, особливо з огляду на те, що він мав справу з податковими законами та податковими органами, які підпорядковані значній кількості формальних вимог у Мексиці та в більшості інших країн світу.

З урахуванням зазначених підходів, а також конкретних обставин справи, які свідчать про те, що Позивач усвідомлював ризики, пов'язані з бюрократичними та не чіткими засадами управління, що існували в Україні, в тому числі, можливість отримання Позивачем значно вищого прибутку в Україні в порівнянні з іншими розвиненими країнами, отримання Позивачем права на забудову без участі у тендерах або сплати пов'язаних з цим внесків до бюджету, а також здійснення фінансування із залученням коштів третіх осіб, суд відмовив у задоволенні позовних вимог Компанії GENERATION UKRAINE, INC. до України. Так, згідно п.25 Рішення Арбітражу у позові відмовлено, позивача зобов'язано відшкодувати витрати відповідача в розмірі 365,000.00 доларів США.