

Тонка межа: справляння податків VS експропріація інвестицій



Олександр МІНІН,
старший партнер КМ Партнери



Антоніна ГОРОДЕЦЬКА,
старший радник КМ Партнери

Питання оподаткування є вкрай важливими у процесі прийняття рішення про здійснення інвестицій. Тому будь-які зміни податкового режиму та рішення податкових органів приймаючої держави впливають на інвестиції. Це призводить до податкових спорів, які за загальним правилом вирішуються в національних судах. Проте зростає кількість інвесторів, які намагаються розв'язати такі податкові спори зверненням до інвестиційних арбітражів.

В умовах економічних та геополітичних змін, які відбуваються тут і зараз, в тому числі у зв'язку зі світовою кризою та пандемією коронавірусу, є очевидними прийдешні кардинальні нормативні, правозастосовні та інституційні зміни, які не можна залишити поза увагою. Тому на часі важливими є не тільки наявні напрацювання арбітражів у податкових інвестиційних спорах, але й перспективи дії міжнародних інституцій та міжнародних норм в умовах кризи та її наслідків, а також стан та потенційні дії України в далеко нерівній геополітичній «шаховій партії». Тому в цій статті розглянемо не тільки сформовану практику, але й перспективи загальних змін.

Що в національному законодавстві?

Яка ієрархія нормативно-правових актів встановлена в Україні? В Конституції України все просто — вона має найвищу юридичну силу (ст. 8). Ст. 9 Конституції встановлює, що ратифіковані міжнародні договори є частиною національного законодавства України. Тобто головною є Конституція. Це підтверджується, зокрема, висновком Конституційного Суду від

11.07.2001 р. у справі №1-35/2001, яким визнано Римський статут Міжнародного кримінального суду (підписаний Україною 20.01.2000 р.) неконституційним у частині преамбули та ст. 1, згідно з якими Міжнародний кримінальний суд доповнює національні органи кримінальної юстиції.

А що ж з податками? Відповідно до ст. 26 Конституції, іноземці (відповідно, інвестори) несуть такі ж обов'язки, як і громадяни. Ст. 67 Конституції закріплюється, що кожен зобов'язаний сплачувати податки та збори в порядку і розмірах, встановлених законом (зауважимо, не міжнародним договором). Основним законом у сфері оподаткування є Податковий кодекс України, у ст. 3 якого зазначено, що податкове законодавство України складається в тому числі з ратифікованих міжнародних договорів, якими регулюються питання оподаткування. При цьому питання оподаткування не регулюються жодною інвестиційною угодою.

Інвестиційний арбітраж

У 2000 р. Україна ратифікувала Конвенцію про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18.05.1965 р., якою ухвалено рішення про створення Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів (ICSID). За загальним правилом, ICSID розглядає інвестиційні спори, крім випадків, якщо сторони домовилися про арбітраж ad hoc, який (якщо не встановлено іншого) має бути заснований згідно з Арбітражними правилами Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL).

Саме до таких арбітражних інституцій відсилають Угоди про взаємне сприяння та захист інвестицій, підписані Україною з більше ніж 58 країнами світу. Варто зауважити, що такі угоди є очевидно асиметричними. Адже скільки українських інвесторів у таких країнах? Тоді як для України саме такі угоди є зобов'язальними, оскільки в Україні як у країні з сировинною економікою та достатньо великим ринком збуту є значна кількість компаній з іноземними інвестиціями.

Тож що забезпечують такі інвестиційні угоди (мають приблизно однаковий зміст)? Кожна сторона захищатиме на своїй території інвестиції та не перешкоджатиме необґрунтованими або дискримінаційними заходами. Кожна сторона дозволитиме інвесторам необмежений переказ платежів, які стосуються цих інвестицій. Жодна зі сторін не застосовуватиме безпосередньо або побічно заходи експропріації, націоналізації або інші заходи, які мають такий самий характер.

Податковий спір чи інвестиційний арбітраж?

Податкова політика держави лежить в основі її суверенної сили. Просто податковий спір не може розглядатися як інвестиційний. Адже, як зазначається в одному з рішень ICSID, існує презумпція чинності на користь законодавчих заходів, прийнятих державою (El Paso Energy International Company v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15). Не кожен податковий спір, стороною якого є інвестор, вважається інвестиційним спором, оскільки останній виникає безпосередньо з інвестиції. У протилежному випадку в судах були б відсутні податкові спори компаній з іноземними інвестиціями.

Податкові вимоги можуть бути в межах юрисдикції арбітражу. Однак потрібно розрізняти, які питання є питаннями національної юрисдикції, а які права виникають внаслідок інвестиційної угоди. У справі Amco v. Indonesia (Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction) встановлено, що заборона шахрайства у сфері податків є нормою національного законодавства. Вказане правило не зазначене в інвестиційній угоді та не виникає з інвестиції. З цих причин ICSID визнав вказану справу поза його предметною компетенцією.

Отже, для того щоб податковий спір дійсно потрапив під процедуру інвестиційного спору, необхідно довести, що дії приймаючої держави є необґрунтованими та дискримінаційними, або до інвестора були застосовані заходи експропріації, що порушило права, які впливають безпосередньо з інвестиційної угоди. В податковій площині не так вже й просто встановити вказані обставини.

Необґрунтованість та дискримінаційність заходів

Прикладом успішного позову щодо необґрунтованих заходів в оподаткуванні є справа Oxus Gold plc v Republic of Uzbekistan (Oxus Gold plc v Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Final Award) про відкликання пільг ПДВ як порушення інвестиційного договору. Арбітраж наголосив, що хоча держава може змінювати податковий режим, вона повинна дотримуватися стабілізаційних положень та пільг, які були надані інвестором. Відповідно, зміна пільгового режиму ПДВ була порушенням захисту, наданого інвестиційним договором. Аргументи приймаючої держави, що ці зміни необхідні для захисту бавовняної промисловості, не були переконливими, а навпаки, підтвердили необґрунтованість підходу, оскільки це не пояснювало відкликання пільг для експорту дорогоцінних металів.

У справі Archer Daniels Midland Co. & Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v Mexico, (ICSID, Case No. ARB (AF)/04/5, Final Award) ICSID встановлено застосування дискримінаційних заходів Мексикою через впровадження 20% акцизного податку на безалкогольні напої/сиропо (у тому числі високофруктозний кукурудзяний сироп), окрім таких, для яких використовувався тростинний цукор. На перший погляд, в діях уряду не вбачається питання інвестиційного спору. Проте ICSID встановлено, що мексиканське виробництво таких продуктів зосереджується саме на місцевому тростинному цукрі, тоді як галузь ВКС у Мексиці контролюється виключно інвесторами із США. Тобто додатковий податок сплачували тільки інвестори. Відповідно, ICSID було встановлено, що як умисел, так і наслідки податку свідчать про дискримінаційні заходи до інвестора. ICSID також розтлумачив, що для встановлення факту дискримінаційних заходів

необхідно визначити відповідних суб'єктів для порівняння, розглянути застосування заходів щодо кожного з них та розглянути різницю у застосованих заходах.

Експропріація інвестицій

Водночас, виходячи з міжнародної арбітражної практики, стандарт захисту, який найчастіше застосовують інвестори як потенційно порушений податковими заходами — це захист від експропріації.

Зокрема, у справі Quasar de Valores v. Russian Federation (Quasar de Valores SICAV S.A. et al. (Formerly Renta 4 S.V.S.A et al.) v. Russian Federation, Stockholm Chamber of Commerce) розглядалася експропріація інвестицій у зв'язку з незаконними діями Російської Федерації, пов'язаними з незаконними податковими нарахуваннями, що потягли за собою арешт та передачу основного активу нафтової компанії ЮКОС до державної нафтової компанії Роснефть, а також подальшу ліквідацію залишків активів ЮКОС у процесі банкрутства, розпочатого державою. У справі арбітраж наголосив, що все оподаткування, звичайно, має наслідком отримання грошових коштів платника податків, оскільки податок — це сплата зобов'язань, встановлених законом, на користь державної скарбниці («the price we pay for civilization»/ «ціна, яку ми платимо за цивілізацію» — Олівер Уенделл Холмс, Верховний Суд США 1902–1932 pp.). Однак якщо нібито справляння податків визначається як частина комплексу заходів з метою здійснення незаконного позбавлення прав володіння майном, поза нормативними обмеженнями та практикою податкових повноважень, ці заходи є експропріаційними.

Аналогічно, у справі Vincent J. Ryan v Republic of Poland (Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC and Atlantic Investment Partners LLC v Republic of Poland, ICSID Case No. ARB (AF)/11/3) ICSID зазначив, що маска оподаткування не вбереже приймаючу державу від відповідальності за дії, засновані на зловживанні податковим законодавством, якщо це призвело до повної втрати або істотного зменшення інвестицій, що є рівнозначним експропріації. Водночас арбітраж зауважив, що він не є апеляційним судом, який переглядає рішення податкових органів, а його завдання — встановити, чи порушили такі дії інвестиційний договір, наголошуючи, що тягар доказування покладеться на заявника. У цій справі ICSID встановив відсутність факту експропріації, зазначивши, що арбітраж не був переконаний, що податкове провадження/податкові рішення були свавільними, упередженими, дискримінаційними або суперечили верховенству закону.

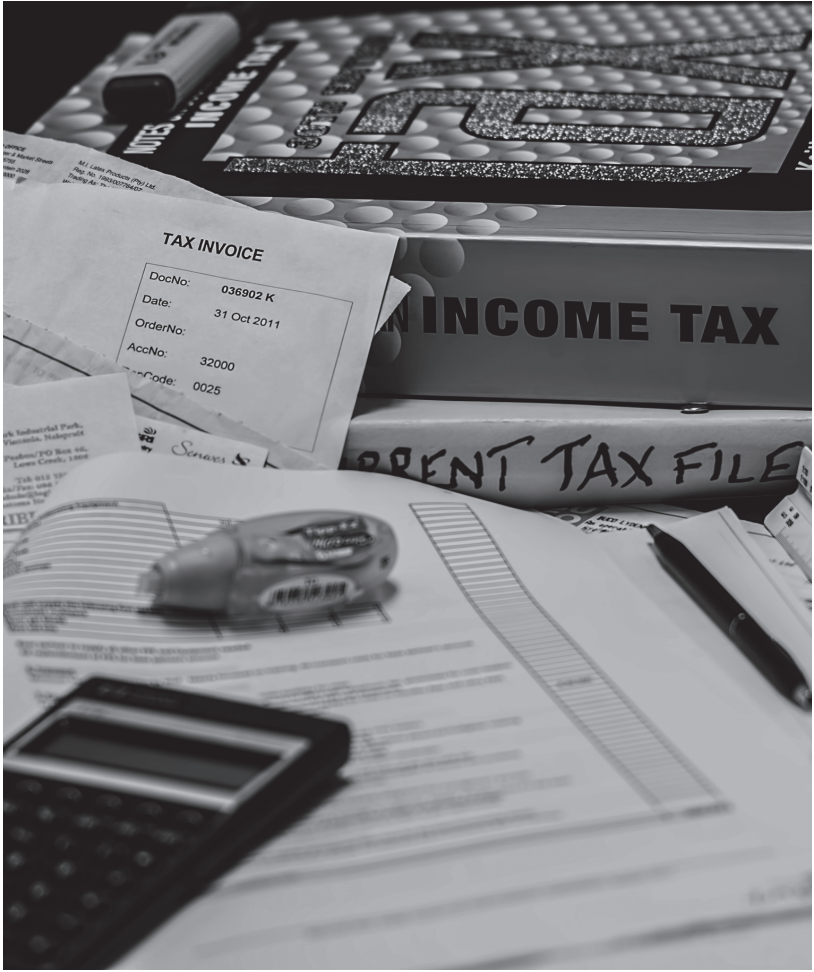
Важливим в інвестиційному спорі є не лише доведення факту експропріації інвестицій, але

й значність розміру експропрійованої інвестиції. Зокрема, розглядаючи справу EnCana Corporation v. Republic of Ecuador (LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award 3.02.2006.), у зв'язку зі змінами законодавства, які позбавляють нафтові компанії відшкодування ПДВ, арбітраж зазначив, що лише в тому випадку, якщо податковий закон є надзвичайним, каральним чи свавільним, виникають питання прямої експропріації. Однак у цій справі арбітраж наголосив, що відмова у відшкодуванні ПДВ у розмірі 10% від операцій не позбавила EnCana «повністю або значної частини»

про те, чи може спір, що виник з питань оподаткування, бути вирішений в інвестиційному арбітражі та якою мірою. Хоча є заявники, які досягли успіху в таких інвестиційних спорах, пов'язаних з оподаткуванням. Сьогодні рівень успішності таких спорів не дуже високий, тому все залежить від конкретних обставин.

А які перспективи?

Хоча, мабуть, результат залежить не тільки від обставин інвестиційного спору. Адже навіть з наведеної вище практики арбітражів вбачається, що відсутній будь-який уніфікований підхід до вирішення справ.



вигоди від її інвестицій. У справі Burlington Resources v Ecuador (ICSID, Decision on Liability), також розглядаючи питання змін в оподаткуванні нафтової галузі, арбітраж встановив, що 99% податок на надприбутки, який нараховується на різницю між ринковою та референтною ціною нафти, хоча значно зменшував прибуток заявника, проте не означав істотного позбавлення вартості інвестицій та їх експропріації.

Підсумовуючи практику

Вищезазначене яскраво демонструє, що у разі виникнення спорів, пов'язаних з оподаткуванням, іноземні інвестори можуть намагатися застосовувати як засіб захисту інвестиційний арбітраж. Однак оподаткування розглядається в інвестиційних спорах по-різному, немає єдиної відповіді на питання

Наразі ми живимо в епоху, коли урядовці, особливо розвинених та сильних країн, дотримуються напрямку «політичного реалізму», коли раціональною поведінкою є максимізація «бенефітів» країни, егоїзм, що знижує довіру та виключає альтруїзм (nothing personal just politics). За таких умов міжнародні норми права, інституції або організації не здатні суттєво вплинути на поведінку міжнародних інституцій. Вірогідно, риторичним є питання, якого інвестора більше захищатимуть міжнародні інституції: українського в США чи американського в Україні? Відповідь, мабуть, є очевидною. Такий підхід не розпочався сьогодні чи вчора.

Однак далі нас чекають більш кардинальні зміни. Адже світова економічна криза 2020 р. та панде-

мія коронавірусу стали «лакмусовим папірцем» і продемонстрували прагматичний підхід кожної країни, а також стали каталізатором майбутніх змін, спрямованих на роз'єднаність світу. Цей факт яскраво демонструє те, що зараз відбувається в Європейському Союзі, коли в умовах пандемії кожна країна «сама за себе» як політично, так і фінансово. Зокрема, на останньому Євросаміті, який був проведений дистанційно 26.03.2020 р., мова йшла про кредитну лінію в 37 млрд євро для подолання кризи. Італія та Іспанія, які найбільше постраждали від епідемії, запропонували євробонди, з якими категорично не погодилися Німеччина та Нідерланди, адже євробонди доведеться виплачувати більш заможним країнам. Тобто такі розвинені країни як Німеччина та Нідерланди, які мають резервні стабілізаційні фонди, не хочуть платити за своїх менш далекоглядних сусідів, хоча й перебувають з ними під одним «дахом» Євросоюзу.

Тобто світова криза та пандемія потрохи «знімають маски» з країн. Всі розуміють, що врешті-решт кожен «грає сам за себе». Хоча раніше, враховуючи впливовість, більш радикальні та егоїстичні кроки приймали наймогутніші (США та Росія), то зараз політику «все в хаті» більш відкрито почнуть займати інші країни. До речі, наприкінці березня 2020 р. Президент Росії зазначив про підвищення податку на виплати доходів у вигляді відсотків та дивідендів за кордон, оголосивши ставку податку 15%. До того ж він додав, що Росія вийде з угод про уникнення подвійного оподаткування з тими країнами, які не підуть на збільшення податків на дивіденди.

Ось такі перші вісточки глобального роз'єднання з'являються у сфері податків та інвестицій. Це не дивно, що одним з перших «під удар» потрапило питання оподаткування, тому що податки — це основа бюджету та життєдіяльності будь-якої держави. Кожна держава бажає, щоб податки сплачувалися повною мірою в її казну, а не в офшорні юрисдикції або в казну інших країн.

Тому в майбутньому, можливо, постане питання про те, чи будуть взагалі діяти на практиці міжнародні податкові та інвестиційні угоди, а також відповідні міжнародні інституції. Вже не кажучи про те, чи потрібно це Україні в умовах асиметричності таких угод. Наприклад, зрозуміло, чому США так активно захищає роялті від кінопрокату — адже саме в США найбільша індустрія з виробництва кінофільмів. А скільки українських фільмів транслюється за кордоном?

Насправді, на всі ці питання немає єдиної відповіді, але є чітке розуміння, що настав час кардинальних змін, коли одночасно відбувається глобальна діджиталізація та глобальне роз'єднання світу, що матиме вплив на міжнародні інвестиційні та податкові правила.