

Инвестор – тоже человек, или Уменьшение инвестиционных рисков



Авторы:

Ярослав Петров, советник, ЮФ "Астерс"

Елена Сичковская, помощник юриста, ЮФ "Астерс"

Инвестор, как и любой человек, является носителем целого ряда прав и обязательств, которые неразрывно связаны с его инвестицией. Защита прав инвестора, как и защита прав человека, осуществляется на двух уровнях: национальном и международном.



Национальный уровень

На национальном уровне, который можно назвать базой для развития инвестиционного климата в стране, существуют нормативно-правовые документы, которые создают правовую основу для сосуществования иностранных инвесторов и государства. Основным является [Закон Украины "Об инвестиционной деятельности" № 1560-XII от 18.09.91 г.](#) Он определяет инвестиционную деятельность и аспекты осуществления такой деятельности.

[Закон Украины "О режиме иностранного инвестирования" № 93/96 от 19.03.96 г.](#) в разделе 2 закрепляет государственные гарантии защиты иностранных инвестиций. Согласно этому Закону к иностранным инвесторам применяется национальный режим, с некоторыми исключениями, указанными в законодательстве Украины и международных договорах. Под национальным режимом следует понимать режим, при котором инвесторы из других государств могут пользоваться теми же правами, что и субъекты хозяйственной деятельности Украины. Также может быть установлен льготный режим в некоторых случаях. В упомянутом Законе закреплены также **гарантии защиты инвестиций** при условии изменения законодательства, гарантия о защите от национализации, незаконных действий государственных органов и их должностных лиц; имеется также положение о компенсации и возмещении убытков иностранным инвесторам, положение о возврате инвестиций в случае прекращения инвестиционной деятельности в Украине, гарантия перевода прибыли, доходов и других средств, полученных в результате осуществления иностранных инвестиций.

Практическое применение данных защитных механизмов практикуется нечасто. Высший хозяйственный суд Украины в своем постановлении от 17.03.2005 г. по делу № 15/145 подчеркивает, что указанным разделом [раздел 2 ЗУ "О режиме иностранного инвестирования"] не определено понятие защиты субъектов инвестирования от изменений законов о деятельности субъектов хозяйствования в сфере налогообложения, как это было до принятия [Закона Украины "Об устранении дискриминации в налогообложении субъектов предпринимательской деятельности, созданных с использованием имущества и средств отечественного происхождения"](#). Также не было учтено, что действующее законодательство о защите инвестиций менялось как на момент изменений налогового законодательства, так и на момент принятия спорного решения органа налоговой службы и судебного решения, в связи с чем оно имеет долгосрочное воздействие.

Большинство дел, связанных с иностранными инвестициями, рассмотренных судами Украины, посвящены вопросам налогообложения, а также связаны с ошибками, сделанными со стороны таможенных органов. Ответчиками в данной категории дел, как правило, выступают таможенные органы Украины. Примером является [дело № 2а-4168/09/2670](#). Окружным административным судом города Киева был рассмотрен иск украинско-венгерского ООО "Интеркомтранс" к Государственной таможенной службе Украины о признании налогового разъяснения не соответствующим законодательству. При рассмотрении дела было установлено, что истцом является предприятие с иностранными инвестициями, а соответственно, такие предприятия имеют льготы на ввозную пошлину. Таможенный орган установил, что корпоративные права были проданы другому нерезиденту, и обязал уплатить ввозную пошлину. Судом по результатам рассмотрения дела было отказано в удовлетворении иска.

На практике в условиях актуального развития нашего государства, нестабильной экономической ситуации и других событий привлечение потенциальных инвесторов крайне усложнено, ведь уверенность в светлом будущем и реальной прибыли – основной фактор, который принимает во внимание инвестор. На практике гарантии защиты инвестиций существуют, но привлечь государство к ответственности за их невыполнение почти невозможно.

Международный уровень

Более стабильной гарантией является использование международных методов. На международном уровне возможности защиты прав инвестора возникают из двусторонних соглашений по защите инвестиций (BIT) и [Договора к Энергетической Хартии](#).

BIT

В силу появления инвестиционной деятельности государства начали беспокоиться о привлечении иностранных инвестиций и уровне присутствия иностранных инвестиций на собственной территории. В связи с этим начали появляться в массовом количестве двусторонние соглашения по защите инвестиций. Первым двусторонним инвестиционным соглашением считается соглашение между Германией и Пакистаном от 1959 года. Основная идея была защитить свое государство от слишком большого количества иностранных инвестиций и в то же время создать привлекательный инвестиционный режим.

Украина тоже подписала большое число BIT, если быть более точными, то 72 соглашения. По своему содержанию – это правовой документ, который предоставляет унифицированное определение иностранных инвестиций, устанавливает единые критерии различия прямых и портфельных инвестиций, также здесь устанавливаются правила инвестирования на начальной стадии реализации проектов и, если обусловлено, дальнейший режим функционирования предприятий с участием иностранного капитала. Стороны здесь указывают гарантии, предоставляемые сторонам договора, например, правила выплаты им компенсации в случае полной или частичной экспроприации собственности или правила перевода за рубеж полученной в стране прибыли, а также возможности вернуть на родину основной капитал. Одной из самых важных частей такого договора является порядок процедуры разрешения возникающих конфликтов, который применим к государствам и частным инвесторам. Большим плюсом BIT является наличие положения о так называемом доарбитражном периоде урегулирования (с англ. Cooling-off period) претензий до инициирования самого арбитражного разбирательства.

На основе BIT предоставляются **две основные формы урегулирования споров**: арбитражное рассмотрение, когда обе стороны являются государствами (state-state arbitration), вопросов толкования или применения практически всех аспектов Договора и когда одной из сторон является государство, а другой – инвестор (investor-state arbitration) для инвестиционных споров. В большинстве случаев международные споры рассматриваются в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (с англ. ICSID), Международным арбитражным судом Международной Торговой Палаты (с англ. ICC), ad hoc арбитражем на основе [Арбитражного регламента Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли \(ЮНСИТРАЛ\)](#) или Арбитражным институтом Торговой палаты в г. Стокгольме.

Энергетическая хартия

Альтернативой для споров только в сфере энергетики является [Договор к Энергетической Хартии \(ДЭХ\)](#). Украина стала членом [Энергетической хартии](#) в 1991 г. и ратифицировала ДЭХ в 1998 г. Энергетическая хартия тоже предусматривает арбитражную систему защиты инвесторов. Хартия и ДЭХ являются фундаментом для установления единых правил функционирования международного энергетического рынка в сфере торговли энергоносителями, инвестиций, транзита и энергоэффективности. Основная цель создания – укрепление правовых норм в вопросах энергетики путем создания единых правил, которые должны соблюдать все страны-участницы, минимизируя таким образом риски, связанные с инвестициями и торговлей в области энергетики.

[Раздел III ДЭХ](#) полностью касается регулирования отношений, возникающих в сфере поощрения и защиты инвестиций в энергетической сфере. Положения этого раздела возлагают обязательства на государства – участники [Энергетической хартии](#) о создании стабильных, равноправных, благоприятных и открытых условий для инвесторов других договаривающихся сторон для осуществления инвестиций на территории другого государства-члена. Такие обязательства можно характеризовать как рекомендационные.

Но когда инвестиция осуществлена, то у договорных сторон появляется целый ряд обязательств по ее защите: создание инвестициям правового режима не хуже того, который применяется к национальным компаниям; быстрое, достаточное и эффективное возмещение рыночной стоимости инвестиции в случае нанесения ущерба принимающим государством, гарантирование свободы перевода капитала и других связанных с инвестицией платежей и другие.

[ДЭХ](#) содержит комплексную систему для разрешения споров по вопросам, охватываемым данным документом, и предусматривает две основные **формы урегулирования споров**: арбитражное рассмотрение state-state arbitration вопросов толкования или применения практически всех аспектов Договора; и другую форму – investor-state arbitration.

[ДЭХ](#) в [ст. 26](#) предусматривает обращение для разрешения споров по модели investor-state arbitration иностранным инвестором против принимающей страны в международный арбитраж на выбор: ICSID; единоличный арбитр или арбитражный суд ad hoc, основанный в соответствии с [Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ](#); Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма без согласования со страной-ответчиком и/или без предварительного рассмотрения иска в судах национальной юрисдикции принимающей страны.

ICSID является наиболее специализированным центром по этому вопросу. Эта организация была создана в 1966 году на основании [Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами](#), которую подписали 156 государств. В 2000 году Украина ратифицировала Конвенцию и постепенно превратилась в "востребованную" страну в качестве ответчика. На данный момент против Украины уже было подано 14 исков. Одиннадцать споров уже решены. Большинство дел были выиграны Украиной.

Из дел, которые рассматривались в соответствии с [ДЭХ](#) и связаны с Украиной, можно назвать дело **Remington Worldwide Limited (UK) v. Ukraine**. В 2008 году британская компания Remington Worldwide Limited подала иск к Украине в арбитраж при Арбитражном институте Торговой палаты в г. Стокгольме. Указанный иск был связан с атомной энергетикой. По итогам рассмотрения арбитраж частично удовлетворил иск, признав нарушение Украиной [части 1 статьи 10 ДЭХ](#) (обязательства государства поощрять и создавать стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия для инвесторов других Договаривающихся Сторон для осуществления капиталовложений на ее территории), и обязал Украину выплатить Remington

Worldwide Limited 4,5 миллиона долларов США (хотя истец просил 36 миллионов долларов США). Текст решения находится в закрытом доступе.

Интересным также является дело "JKX против Украины", которое было инициировано 07.01.2015 г. компаниями JKX OIL & GAS PLC и POLTAVA GAS B.V. (JKX) в связи с нарушениями Украиной своих инвестиционных обязательств в соответствии с ДЭХ и ВІТ-ами Украины с Великобританией и Нидерландами. 28.12.2014 г. был принят Закон Украины "О внесении изменений в Налоговый кодекс Украины и некоторые законодательные акты Украины относительно налоговой реформы", который предусматривал повышение рентной платы за газ с 28 % до 55 % для большинства газодобывающих компаний. Это шло вразрез с обязанностями Украины по гарантированию справедливого и равного режима для инвестиций. Спор рассматривался Арбитражным институтом Торговой палаты Стокгольма, чрезвычайный арбитр которого 14.01.2015 г. вынес решение об обеспечительных мерах в отношении Украины. Так, Украина должна воздержаться от введения рентной платы за добычу природного газа для JKX по ставке выше 28 %, которая была предусмотрена Налоговым кодексом Украины до 31.07.2014 г.

ВТО

Еще одним вариантом защиты является Всемирная организация торговли (ВТО). В 2008 году Украина стала членом ВТО и подписала [Соглашение о торговых аспектах инвестиционных мер \(ТРИМС\)](#) и [Генеральное соглашение о торговле услугами \(ГАТС\)](#). Стоит заметить, что регулирование инвестиций в рамках ВТО состоит из двух частей: ТРИМС регулирует только торговлю товарами в комплексе с инвестиционной деятельностью, а ГАТС уже регулирует собственно аспект торговли услугами и рассматривает инвестицию как услугу. Также существует [Соглашение по вопросам прав интеллектуальной собственности, связанным с торговлей](#), – ТРИПС.

Особенность системы разрешения споров в рамках ВТО состоит в том, что предусмотрено апелляцияционное рассмотрение уже вынесенного решения в рамках ВТО. Хотя стоит подчеркнуть, что инициатива подачи заявления на разрешение спора должна исходить от государства, следовательно, инвестор должен убедить правительство своего государства, что нарушение имело место быть. Также принимающее государство должно быть членом ВТО в обязательном порядке и обвинения должны быть вытекающими из обязательств, взятых государством в рамках ВТО.

Соглашения о свободной торговле, например, Североамериканское соглашение о свободной торговле (НАФТА), недавно подписанное [Соглашение о свободной торговле между Украиной и Канадой](#), имеют такие же функции, как и ВІТ, но они относятся к системе договоров Всемирной организации торговли (ВТО), а именно, они указаны в [статье XXIV Генерального соглашения по тарифам и торговле \(ГАТТ\)](#) в качестве исключения, которое предоставляет возможность государству создавать отдельные союзы. Соответственно, если обе стороны являются членами ВТО, то также имеется возможность защиты прав инвесторов через систему ВТО.

Стоит подчеркнуть, что этот способ защиты можно больше относить к способу защиты в сфере торговли, но все же в ходе такого разбирательства защищаются права инвесторов. Например, дело Mexico-Soft Drinks было посвящено рассмотрению затронутых интересов США, поскольку на рынок Мексики шел значительный по объему импорт соответствующих американских товаров (особенно продукции корпорации Coca Cola). Конфликт возник в связи с введенным Мексикой 20 %-ным налогом и некоторыми другими ограничительными мерами в отношении импорта безалкогольных напитков с использованием заменителей сахара, за исключением сахарозы. США, ссылаясь на нарушение Мексикой [ст. III ГАТТ](#), обязывающей членов ВТО предоставлять иностранным товарам национальный режим, подали жалобу в ВТО. Как видим, иск был направлен на защиту прав американских инвесторов в Мексике. Интересным это дело является еще и тем, что параллельно шло арбитражное разбирательство против Мексики, где истцом были американские компании, которые обосновывали свой иск ст. 1110 НАФТА: 20 %-ый налог являлся дискриминационным и составлял непрямую экспроприацию. Несмотря на возникновение ситуации столкновения компетенций, панель ВТО все же рассмотрела спор по существу и пришла к выводу о нарушении Мексикой обязательств о предоставлении национального режима товарам из США.

Вывод:

Таким образом, у инвестора есть целый ряд результативных альтернатив для осуществления защиты своих инвестиций. В случае Украины, результативней и эффективней будет выбирать международные гарантии защиты инвестора. Хотя на национальном уровне работа по улучшению законодательства ведется, но судебная практика не является достаточно широкой, поэтому нет практических примеров защиты. Важным на начальном этапе является вопрос полноты осуществления на юридическом уровне всех мер, гарантирующих защиту прав инвестора в случае необходимости в будущем.