

# Разграничение косвенной экспроприации и налоговых мер в практике международных инвестиционных арбитражей

Ирина Артамонова\*

Традиционно международные инвестиционные соглашения затрагивали только систему гарантий, предоставляемых принимающим государством иностранным инвесторам, и практически не касались права государства на принятие регулятивных мер. С разработкой современных инвестиционных соглашений данная ситуация начинает меняться, и положения, регулирующие соответствующие права государств, встречаются всё чаще. В этом контексте встаёт вопрос о соотношении гарантий защиты иностранных инвестиций, в частности защиты от косвенной экспроприации, и права государств на регулирование как одного из аспектов государственного суверенитета. В статье рассматриваются меры государственного регулирования в сфере налогообложения ввиду её особой значимости для принимающего государства, которая обусловлена, в частности, необходимостью обеспечения регулярных поступлений в государственный бюджет. Автор даёт определения понятий «косвенная экспроприация» и «право на регулирование», а также анализирует такие критерии их разграничения, как степень вмешательства в имущественные права инвесторов, вмешательство в законные ожидания инвесторов и характер меры. Важность разграничения указанных понятий связана с тем, что в случае признания государственной регулятивной меры косвенной экспроприацией её принятие потребует выплаты компенсации. При этом мера, принятая государством в рамках своих регулятивных полномочий, не потребует выплаты такой компенсации. Автор статьи приходит к выводу о том, что первого критерия, то есть определения степени вмешательства в имущественные права инвесторов, может быть достаточно, чтобы говорить о наличии косвенной экспроприации. Как правило, факт воздействия на законные ожидания инвестора или характер меры сами по себе не являются основанием для признания наличия экспроприации, однако инвестиционные арбитражи учитывают данные критерии в качестве дополнительных признаков и делают вывод на основе их совокупности. Кроме того, в статье рассматривается тенденция закрепления в современных инвестиционных соглашениях консультационной процедуры разрешения споров, касающихся налоговых мер, с участием компетентных органов договаривающихся государств и риски, которые это может создать для инвесторов.

DOI: 10.21128/2226-2059-2020-1-125-135

→ *Иностранные инвестиции; косвенная экспроприация; право государств на регулирование; налоговая мера; международный инвестиционный арбитраж*

## 1. Введение

Вопрос о соотношении защиты инвестиций и права государств принимать регулятивные меры в тех областях, где могут затрагиваться государственные интересы, занимает важное место как в текущих дискуссиях о разработке

инвестиционных договоров<sup>1</sup>, так и в практике международных инвестиционных арбитражей. Право на регулирование связывается с территориальным суверенитетом государств и признаётся его неотъемлемой частью<sup>2</sup>. В

\* Артамонова Ирина Владимировна — магистр права (L.L.M., Гамбург), докторант юридического факультета Гамбургского университета, Гамбург, Германия (e-mail: irinavladdart@gmail.com).

<sup>1</sup> См.: *Gaukrodger D.* The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper: OECD Working Papers on International Investment, No. 2017/02. Paris : OECD Publishing, 2017. URL: <https://doi.org/10.1787/82786801-en> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>2</sup> См.: *Sornarajah M.* Right to Regulate and Safeguards // UNCTAD The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives: Proceedings of the Expert Meeting held in

связи с этим государства очень чувствительны к возможной утрате части своих суверенных полномочий и стараются выйти за пределы ограничений, которые международное инвестиционное право налагает на свободу регулирования.

Меры государственного регулирования могут затронуть интересы инвесторов в разных областях. Одной из таких областей является налогообложение, в том числе налогообложение иностранных инвестиций, которое представляет собой важный источник дохода для государства. В международном праве признаётся, что, являясь суверенным правом государства, налогообложение иностранцев, тем не менее, должно отвечать принципам международного права. Отмечается, что налогообложение иностранных инвестиций не должно быть несправедливым, необоснованно дискриминационным и конфискационным<sup>3</sup>.

Однако в ряде случаев государства могут применять налоговые меры в целях регулирования иностранных инвестиций и оказания влияния на инвесторов. Зачастую такое влияние причиняет ущерб интересам иностранного инвестора, уменьшая экономическую ценность инвестиций или делая иностранного инвестора менее конкурентоспособным по сравнению с национальными инвесторами, особенно при введении дискриминационного налогового режима.

Подобные действия государства могут быть охарактеризованы как косвенная экспроприация.

## 2. Косвенная экспроприация и право государств на регулирование

Общепринятое определение понятия косвенной экспроприации отсутствует. Например, П. Исакофф под косвенной экспроприацией понимает регулятивные меры государств, которые выходят за пределы полномочий по охране правопорядка (англ.: *police powers*)<sup>4</sup>.

Р. Дольцер и К. Шройер определяют косвенную экспроприацию как некий государственный акт, который не затрагивает право собственности инвестора, но лишает его возможности эффективно использовать инвестиции<sup>5</sup>. Несколько схожим образом косвенную экспроприацию трактует К. Ксенофонтов, говоря о таком воздействии государства на собственность, при котором достигается эффект лишения лица возможности получать экономические выгоды от своей собственности полностью или в значительной части, даже при отсутствии непосредственной передачи активов государству<sup>6</sup>. По мнению М. Сорнараджи, косвенная экспроприация не может быть определена с помощью какого-либо единого принципа, поскольку она проявляется через ряд различных обстоятельств<sup>7</sup>. В пример приводятся такие факторы, как уменьшение стоимости имущественных прав иностранного инвестора на активы и более длительный период времени, в течение которого это происходит, в сравнении с тем, что необходимо для отдельного акта<sup>8</sup>.

Таким образом, на основании изложенного можно определить косвенную экспроприацию как особое воздействие государства на инвестиции, проявляющееся, как правило, через ряд государственных действий и направленное на лишение инвестора возможности полностью или в значительной части использовать свои инвестиции или получать экономические выгоды от них, даже если при этом активы инвестора не передаются в собственность государства.

Чёткое определение косвенной экспроприации играет важную роль в практике рассмотрения инвестиционных споров международными арбитражами, так как если государственная мера будет признана косвенной экспроприацией, её принятие потребует выплаты компенсации, в то время как мера, принятая государством в рамках осуществления своего права на регулирование, не требует выплаты соответствующей компенсации.

Geneva from 6 to 8 November 2002. New York : Geneva : United Nations, 2003. P.205–209, 205. URL: [http://unctad.org/en/Docs/iteiia20034\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiia20034_en.pdf) (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>3</sup> См.: *Albrecht A.* The Taxation of Aliens under International Law // *British Year Book of International Law*. Vol. 29. 1952. P.145–185.

<sup>4</sup> См.: *Isakoff P.* Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments // *The Global Business Law Review*. Vol. 3. 2013. No. 2. P.189–209, 193.

<sup>5</sup> См.: *Dolzer R., Schreuer C.* Principles of International Investment Law. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford : Oxford University Press, 2012. P.92.

<sup>6</sup> См.: *Ксенофонтов К.Е.* Экспроприация собственности иностранного инвестора в международном инвестиционном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 93.

<sup>7</sup> См.: *Sornarajah M.* The International Law on Foreign Investment. 3<sup>rd</sup> ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2010. P.369.

<sup>8</sup> См.: *Ibid.*

Под правом на регулирование понимается право принимающего государства осуществлять регулирование в отступление от международных обязательств, принятых им в рамках инвестиционного соглашения, без возникновения обязанности выплачивать компенсацию<sup>9</sup>.

На основании арбитражных решений можно выделить ряд критериев разграничения подлежащей компенсации косвенной экспроприации и некомпенсируемых мер государственного регулирования<sup>10</sup>. В настоящей статье будут рассмотрены выделяемые критерии, а также применение их арбитражами при анализе дел, в которых оспариваются налоговые меры. Кроме того, будут отмечены некоторые особенности, связанные с урегулированием вопроса налогообложения в современных международных инвестиционных договорах.

### 3. Степень вмешательства в имущественные права инвесторов и соответствующий ущерб

Одним из таких критериев выступает степень вмешательства в имущественные права инвестора и ущерб, причинённый интересам инвестора таким вмешательством. Для определения степени вмешательства, как правило, оцениваются экономические последствия регулятивных мер для инвестора (то есть ущерб) и продолжительность их действия. При этом ущерб описывается в терминах «существенный» (англ.: *substantial*), «серьёзный» (англ.: *serious*) или «значительный» (англ.: *severe*)<sup>11</sup>.

Необходимо отметить, что в практике отсутствует единый подход к определению того, что следует считать «существенным», «серьёзным» или «значительным» ущербом для инвестора. Степень воздействия государства на иностранные инвестиции была достаточно подробно проанализирована в деле *Pope &*

*Talbot Inc. v. Canada*<sup>12</sup>, которое, хотя непосредственно и не касается сферы налогообложения, используется арбитражами в качестве источника для ссылок при рассмотрении споров, вытекающих из налогообложения (например, см. ниже дело *Feldman v. Mexico*<sup>13</sup>). В деле *Pope & Talbot Inc. v. Canada* арбитраж сформулировал ряд критериев, которые необходимо проанализировать, чтобы сделать вывод о наличии косвенной экспроприации:

- сохраняет ли инвестор контроль над своими инвестициями;
- может ли инвестор определять текущее функционирование своего проекта;
- осуществляет ли государство надзор за работой сотрудников инвестора;
- получает ли государство какой-либо доход от деятельности инвестора (кроме налогов);
- вмешивается ли государство в управление проектом, в деятельность акционеров, в назначение директоров, препятствует ли оно выплате дивидендов;
- совершает ли государство иные действия, направленные на лишение инвестора контроля над своими инвестициями<sup>14</sup>.

Как было указано выше, данные критерии получили некоторое развитие в налоговых спорах. Иллюстрацией служит дело *Feldman v. Mexico*, в котором рассматривалось применение Мексикой налогового законодательства к экспорту табачной продукции, в результате чего компании инвестора, занимавшейся экспортом сигарет из Мексики, было отказано в предоставлении преимуществ в виде возврата налога экспортёрам. Арбитраж, анализируя утверждение инвестора о наличии косвенной экспроприации, отметил, в частности, что регулятивная мера Мексики не лишила инвестора контроля над своей компанией, правительство не вмешивалось непосредственно во внутреннюю деятельность компании, и инвестор по-прежнему владел контрольным пакетом акций компа-

<sup>9</sup> См.: *Titi A. The Right to Regulate in International Investment Law*. Baden-Baden : Nomos, 2014. P.33.

<sup>10</sup> См.: *Nikièma S.H. Best Practices: Indirect Expropriation*. Winnipeg : International Institute for Sustainable Development, 2012. URL: [https://www.iisd.org/pdf/2012/best\\_practice\\_indirect\\_expropriation.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf) (дата обращения: 14.01.2020); *Yanaca-Small C. "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*. URL: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_4.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf) (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>11</sup> См.: *Ibid.* P.14.

<sup>12</sup> UNCITRAL. *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*. Interim Award of 26 June 2000. URL: <https://www.italaw.com/cases/863> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>13</sup> ICSID. *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*. Case No. ARB(AF)/99/1. Award of 16 December 2002. URL: <https://www.italaw.com/cases/435> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>14</sup> См.: UNCITRAL. *Pope & Talbot Inc. v. Canada*. § 100.

нии<sup>15</sup>. В дополнение к этому арбитраж использовал и другие доводы, в частности он признал свободу государств действовать в интересах широкой общественности посредством специального регулирования и подчеркнул, что не каждая проблема, с которой сталкиваются иностранные инвесторы, свидетельствует о наличии косвенной экспроприации<sup>16</sup>. Таким образом, на основе изложенных соображений арбитраж пришёл к выводу об отсутствии косвенной экспроприации в данном деле.

Кроме того, важным признаком, который характеризует принимаемые государством налоговые меры и может свидетельствовать о наличии «существенного», «серьёзного» или «значительного» ущерба для инвестора, является высокий размер налогообложения. Данный признак был предметом анализа, например, в деле *Burlington v. Ecuador*<sup>17</sup>, в котором оспаривалось, в частности, введение Эквадором закона, предусматривавшего дополнительный налог на непредвиденную прибыль в результате резкого скачка цен на нефть в размере 99%. Рассматривая данное дело, арбитраж указал, что утрата инвестором прибыли «сама по себе не является достаточным доказательством того, что [налог в размере 99%] стал причиной существенной утраты стоимости инвестиций»<sup>18</sup>. При этом в том же решении арбитраж признал, что налог не должен быть «конфискационным» (англ.: *confiscatory*). Определяя, что следует понимать под конфискационным налогом, арбитраж указал: «Если требуемая сумма настолько велика, что налогоплательщик вынужден отказаться от имущества или продать его по бросовой цене, налог является конфискационным»<sup>19</sup>. Таким образом, в решении по

данному делу анализируется степень экономического воздействия на инвестиции, которая выражается в размере налога.

В целом можно отметить, что степень воздействия на инвестиции тогда будет признана существенной, когда в результате принятия государством регулятивных мер в сфере налогообложения инвестор фактически лишится своего имущества или утратит контроль над своими инвестициями. Иными словами, простые ограничения, некоторые увеличения административной нагрузки, иные меры, которые не приводят к утрате инвестором экономического интереса в инвестициях, когда у инвестора сохраняется, например, право определять стратегии развития своей компании, право получать дивиденды и так далее, скорее всего, не будут признаны косвенной экспроприацией.

#### 4. Вмешательство в законные ожидания инвесторов

В рамках данного критерия оценивается, насколько государственная мера влияет на законные ожидания (англ.: *legitimate expectations*) инвестора. Под законными ожиданиями понимаются ожидания, основанные на действующей в принимающем государстве нормативно-правовой базе, а также на официальных или на неофициальных заявлениях, которые были даны инвестору в момент принятия решения об инвестициях<sup>20</sup>. В сфере налогообложения законные ожидания могут быть основаны на налоговом законодательстве принимающего государства либо на практике взимания налога или предоставления налоговых льгот/возврата налога со стороны налоговых органов.

Иллюстрацией последнего служит дело *Occidental v. Ecuador*<sup>21</sup>. В данном деле американская компания *Occidental* занималась разведкой и разработкой нефтяных месторождений на основе соглашения с государственной компанией Эквадора. При этом компания регулярно обращалась в налоговую службу Эквадора с заявлением на возврат НДС, который она уплачивала при покупках,

<sup>15</sup> См.: ICSID. *Feldman v. Mexico*. § 142. В оригинале: «...the regulatory action has not deprived the Claimant of control of his company, CEMSA, interfered directly in the internal operations of CEMSA or displaced the Claimant as the controlling shareholder».

<sup>16</sup> См.: Ibid. § 111–114.

<sup>17</sup> ICSID. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*. Case No. ARB/08/5. Decision on Liability of 14 December 2012. URL: <https://www.italaw.com/cases/181> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>18</sup> Ibid. § 445. В оригинале: «...even if Burlington sustained an accounting loss in 2008, this is not in itself sufficient evidence that Law 42 at 99% caused a substantial deprivation of the value of its investment».

<sup>19</sup> Ibid. § 393. В оригинале: «...if the amount required is so high that taxpayers are forced to abandon the property or sell it at a distress price, the tax is confiscatory».

<sup>20</sup> См.: *Nikiema S.H.* Op. cit. P. 12.

<sup>21</sup> LCIA. *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*. Case No. UN3467. Final Award of 1 July 2004. URL: <https://www.italaw.com/cases/documents/762> (дата обращения: 14.01.2020).

совершаемых в рамках своей деятельности, и регулярно получала возмещение. Однако в середине 2001 года налоговая служба Эквадора вынесла решение об отказе в дальнейшем возмещении НДС и потребовала возврата ранее выплаченных сумм на основании того, что возврат НДС уже был учтён в соглашении, а выплаты осуществлялись вследствие неверного толкования налогового законодательства.

Обратившись в международный арбитраж, компания утверждала, что принятые меры нарушали её «законные экономические ожидания, на основе которых были сделаны инвестиции»<sup>22</sup>, и что «ретроактивное лишение *Occidental* права на возврат НДС было равносильно экспроприации инвестиций компании или их части»<sup>23</sup>. Что касается экспроприации, инвестиционный арбитраж не поддержал требование компании, установив, что в данном деле принятые государством меры не лишали инвестора возможности использования своих инвестиций или обоснованно ожидаемой экономической выгоды от них. Кроме того, оспариваемые меры не затрагивали значительную часть инвестиций<sup>24</sup>. Тем не менее арбитраж согласился с инвестором в том, что со стороны государства имело место нарушение принципа национального режима<sup>25</sup> и принципа справедливого и равноправного обращения<sup>26</sup>.

Однако в вопросе законных ожиданий арбитраж не всегда встаёт на сторону инвестора. Так, в деле *Link-Trading v. Moldova*<sup>27</sup> инвестор обжаловал изменения ставок пошлин и освобождений от обложения НДС, которые были введены законом Молдовы о бюджете, утверждая, что они лишают деятельность инвестора экономической целесообразности. Арбитраж проанализировал, в частности, формулировку государственной регулятивной меры, которая отменяла действие освобож-

дений, ранее предоставленных инвестору, и отметил следующее: «Статья 1.1.8. [соответствующего закона Молдовы]... прямо предусматривала, что размер и ограничения [налоговых] освобождений устанавливаются ежегодно законом о бюджете. В этой связи отсутствуют разумные основания полагать, что частичные освобождения не будут подвергаться пересмотру и некоторой модификации каждый год...»<sup>28</sup>. Иными словами, инвестор должен был учитывать, что государство сохранило за собой возможность пересмотра ранее предоставленного налогового освобождения в рамках составления годового бюджета, что представляет собой реализацию обычной государственной политики. Соответственно, мера, принятая в рамках государственной политики, не могла служить основанием для возникновения у инвестора законных ожиданий в отношении неизменности налогового режима.

Ещё одним примером дела, в котором арбитраж рассматривал законные ожидания инвесторов, служит широко обсуждаемое и комментируемое дело *ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС»» против Российской Федерации*<sup>29</sup>. Бывшие акционеры компании жаловались на то, что с июля 2003 года Россия приняла ряд мер, в результате которых ОАО «ЮКОС» было объявлено банкротом в августе 2006 года<sup>30</sup>. Истцы утверждали,

<sup>28</sup> Ibid. § 83. В оригинале: «Article 1.1.8 expressly... states that such customs and VAT exemptions are in an amount and limits set up annually by the Budget law. In light of this language, there were no reasonable grounds for assuming that this partial exemption would not be subject to legislative review and possible modification each year...»

<sup>29</sup> Речь идёт о трёх практически одинаковых по тексту решениях инвестиционного арбитража по искам бывших акционеров компании, а именно: UNCITRAL. *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. PCA Case No. AA226. Final Award of 18 July 2014. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3278.pdf> (дата обращения: 14.01.2020); UNCITRAL. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*. PCA Case No. AA227. Final Award of 18 July 2014. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf> (дата обращения: 14.01.2020); UNCITRAL. *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. PCA Case No. AA228. Final Award of 18 July 2014. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3280.pdf> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>30</sup> Подробнее о деле «ЮКОСа» см., в частности: *Старженецкий В.* Дело ЮКОСа: инвестиционный арбитраж слишком широко трактует свою компетенцию: Обзор решения Окружного суда Гааги // *Международное правосудие*. 2016. № 2 (18). С. 17–20; *Рачков И. В., Чурилина Н. А.* Дело «ЮКОС против Российской Федерации» и вопрос о юрисдикционном иммуни-

<sup>22</sup> Ibid. § 159. В оригинале: «...a legitimate economic expectation on which the investment was based has been undermined by the measures taken».

<sup>23</sup> Ibid. § 81. В оригинале: «...retroactively taking OEPIC's right to VAT refunds, Ecuador has expropriated all or part of an investment by OEPIC».

<sup>24</sup> См.: Ibid. § 86–92.

<sup>25</sup> См.: Ibid. § 167–179.

<sup>26</sup> См.: Ibid. § 180–187.

<sup>27</sup> UNCITRAL. *Link-Trading Joint Stock Company v. Department for Customs Control of the Republic of Moldova*. Final Award of 18 April 2002. URL: <https://www.italaw.com/cases/628> (дата обращения: 14.01.2020).

среди прочего, что оспариваемые действия государства-ответчика не соответствовали их законным ожиданиям. Проанализировав обстоятельства дела (в частности, использование истцами компаний, зарегистрированных в юрисдикциях с льготными ставками налогообложения), арбитраж пришёл к выводу о том, что «истцы могли (и, определённо, должны были) ожидать, что действия компании “ЮКОС” по минимизации налогообложения могут привести к негативной реакции со стороны российских государственных органов... При этом арбитраж не может признать, что ожидания компании “ЮКОС” должны были включать возможность таких радикальных действий, которые в итоге были предприняты в отношении неё»<sup>31</sup>.

Иными словами, в данном деле арбитраж оценивал, в какой степени меры, принятые государством-ответчиком, соразмерны поведению инвестора, и пришёл к выводу об их чрезмерном характере и о том, что их последствия «эквивалентны национализации или экспроприации»<sup>32</sup>.

Таким образом, для применения критерия законных ожиданий в налоговых спорах инвестору нужно доказать, что во время принятия им решения об инвестициях у него возникли объективные ожидания, основанные на действующем налоговом режиме и учитывающие конкретную практику применения законодательства налоговыми органами в принимающем государстве. Кроме того, инвестору важно принимать во внимание своё собственное поведение в принимающем государстве, чтобы сделать обоснованный вывод о соразмерности применимых к нему мер государственного регулирования.

## 5. Характер регулятивной меры

Важным фактором, характеризующим государственную регулятивную меру, является контекст её принятия. В доктрине был сделан

вывод о том, что государственное вмешательство на основе законодательства, принятого, в частности, в области налогообложения, признаётся необходимым для обеспечения функционирования государства и по этой причине не является косвенной экспроприацией<sup>33</sup>.

Применительно к налоговой мере данный критерий означает, что если налоговая мера носит общий характер и в равной мере применяется ко всем налогоплательщикам, находящимся в схожих условиях, то такая мера не может быть признана экспроприацией. Претензия в связи с косвенной экспроприацией может быть предъявлена инвестором только в том случае, если в действиях налоговых органов присутствуют элементы произвола и дискриминации или сама налоговая мера является «чрезвычайной, карательной по своему размеру и произвольной по своему действию» (такой вывод был, в частности, сделан в деле *EnCana v. Ecuador*<sup>34</sup>).

Дискриминационный характер налоговой меры может проявляться в том случае, если повышенный налог взимается только с иностранных инвестиций без достаточных на то оснований<sup>35</sup>. Чтобы определить, является ли налоговая мера дискриминационной, арбитражи проводят анализ с использованием таких критериев, как цели меры, требования, которые должны быть выполнены для предоставления налоговых вычетов, необходимость предотвращения уклонения от уплаты налогов, а также с учётом интересов иностранных инвесторов в обеспечении отсутствия дискриминации и справедливости<sup>36</sup>.

В связи с этим следует отметить, что сам по себе дискриминационный характер налоговой меры не всегда означает, что имела место экспроприация. Данное положение наглядно проиллюстрировано доводами арбитража в решении по делу *Corn Products v.*

тете государства // Московский журнал международного права. 2016. № 3. С. 49–67.

<sup>31</sup> UNCITRAL. *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. § 1578. В оригинале: «...the expectations of Claimants may have been, and certainly should have been, that Yukos' tax avoidance operations risked adverse reaction from Russian authorities... The Tribunal however is unable to accept that the expectations of Yukos should have included the extremity of the actions which in the event were imposed upon it».

<sup>32</sup> См.: Ibid. § 1580 и далее.

<sup>33</sup> См.: *Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment*. P.374.

<sup>34</sup> UNCITRAL. *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*. LCIA Case No. UN3481. Award of 3 February 2006. § 177. URL: <https://www.italaw.com/cases/documents/397> (дата обращения: 14.01.2020). (Англ.: “In itself such a law is not a taking of property; if it were, a universal State prerogative would be denied by a guarantee against expropriation, which cannot be the case. Only if a tax law is extraordinary, punitive in amount or arbitrary in its incidence would issues of indirect expropriation be raised”).

<sup>35</sup> См.: *Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment*. P.405.

<sup>36</sup> См.: Ibid.

*Mexico*<sup>37</sup>. В указанном деле инвестор (американская компания) обжаловал налог, введённый Мексикой в отношении напитков, в состав которых входил производимый инвестором и поставляемый им в Мексику кукурузный сироп с высоким содержанием фруктозы (англ.: *High Fructose Corn Syrup, HFCS*). Рассматривая утверждение инвестора о наличии экспроприации, инвестиционный арбитраж пришёл к следующему выводу: «...существует различие между дискриминационным режимом в отношении имущества инвестора... и экспроприацией. Нельзя сказать, что, поскольку мера, которая затрагивает имущественные права, является дискриминационной, она в силу этого представляет собой экспроприацию (или равносильна экспроприации). Скорее, если мера признана экспроприацией (или равносильна ей), она не может быть оправдана, если она является дискриминационной»<sup>38</sup>. Иными словами, прежде всего, необходимо установить факт экспроприации. Дискриминационный характер налоговой меры или его отсутствие будут иметь значение при анализе того, можно ли считать установленную экспроприацию обоснованной, но сам по себе не будет равносильным экспроприации.

В связи с рассмотрением характера регулятивных мер интерес представляет анализ цели налоговых мер и контекста их принятия, проведённый арбитражем в упомянутом деле *ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС»» против Российской Федерации*. Арбитраж изучил отношение к компании со стороны российских налоговых органов, судов и судебных приставов-исполнителей, а также рассмотрел совокупность доказательств, в особенности доказательств, касающихся НДС, и пришёл к выводу о том, что «основная цель Российской Федерации заключалась не в сборе налогов, а скорее в том, чтобы обанкротить «ЮКОС»

и присвоить его ценные активы»<sup>39</sup>. Данный вывод обусловил некоторые последующие выводы арбитража, в частности вывод о неприменении оговорки, исключающей налоговые меры из юрисдикции арбитража (поскольку такая оговорка может применяться только к «добросовестным» действиям по налогодобложению, которые направлены на получение общих доходов для государства)<sup>40</sup>, а также вывод о наличии косвенной экспроприации (как указано выше).

Таким образом, в делах о разграничении косвенной экспроприации и регулятивных налоговых мер арбитражи, как правило, принимают во внимание критерий степени вмешательства в имущественные права инвестора и соответствующий ущерб, причинённый таким вмешательством. Выполнения данного критерия может быть достаточно, чтобы говорить о наличии экспроприации имущества инвестора. При этом факт воздействия на законные ожидания инвестора или характер меры сами по себе не могут служить основанием для признания экспроприации, но подлежат анализу в качестве дополнительных признаков. Дело «ЮКОСа» является примером того, как совокупность указанных признаков послужила основанием для вывода арбитража о наличии косвенной экспроприации в указанном деле.

## **6. Отражение права государств на принятие налоговых мер в международных инвестиционных соглашениях. Особый порядок разрешения споров**

Сложности в разграничении косвенной экспроприации и правомерного регулирования в области налогообложения, которое оказывает существенное экономическое воздействие на имущество инвестора, привели к попыткам государств установить более чёткие критерии их разграничения в инвестиционных соглашениях.

Многие соглашения содержат отдельные статьи или даже приложения, посвящённые вопросам налогообложения. Примером по-

<sup>37</sup> ICSID. *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*. Case No. ARB (AF)/04/1. Decision on Responsibility. § 138. URL: <https://www.italaw.com/cases/345> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>38</sup> Ibid. § 90. В оригинале: «...there is a distinction between discriminatory treatment of the property of an investor... and expropriation. It is not the case that, because a measure which affects property rights is discriminatory, it is therefore an expropriation (or something tantamount to an expropriation). Rather, if a measure is established to be an expropriation (or something tantamount thereto), it cannot then be justified if it is discriminatory».

<sup>39</sup> UNCITRAL. *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. § 756. В оригинале: «...the primary objective of the Russian Federation was not to collect taxes but rather to bankrupt Yukos and appropriate its valuable assets».

<sup>40</sup> См.: Ibid. § 1431.

следнего служит Соглашение между Республикой Корея и Республиками Центральной Америки от 21 февраля 2018 года<sup>41</sup>, которое содержит Приложение 9-Е, полностью посвящённое вопросам разграничения налогообложения и косвенной экспроприации.

Согласно указанному Приложению для разграничения налогообложения и косвенной экспроприации следует анализировать каждую конкретную ситуацию и руководствоваться следующими общими принципами:

(а) сам по себе факт введения нового налога, который затрагивает инвестиции, как правило, не является экспроприацией;

(б) как правило, не является экспроприацией налоговая мера, которая соответствует налоговой политике, практике и принципам, признанным на международном уровне, в частности мера, направленная на борьбу с уклонением от уплаты налогов;

(с) налоговая мера, которая применяется на недискриминационной основе, с меньшей долей вероятности будет признана экспроприацией;

(д) налоговая мера не является экспроприацией, если она уже применялась в момент, когда инвестиции были сделаны, и информация о такой мере была общедоступна.

Данные формулировки в некоторой степени отражают изложенные выше критерии, сложившиеся в арбитражной практике. Так, подпункт (а) закрепляет суверенное право государств вводить новые налоги, в том числе затрагивающие иностранные инвестиции. Подпункты (б) и (с) определяют характер и контекст применения меры (в рамках общей налоговой политики, в соответствии с международными принципами, на недискриминационной основе). Подпункт (д) касается законных ожиданий инвесторов: на момент осуществления инвестиций им следует ознакомиться с общедоступной информацией о действующем в государстве налоговом режиме.

Кроме того, помимо собственно признаков, интерес в данных формулировках представляют некоторые оценочные конструкции, которыми авторы соглашения характеризуют

степень вероятности признания налоговой меры экспроприацией: «как правило» (англ.: *generally*), «с меньшей долей вероятности» (англ.: *less likely*). С этой точки зрения последний признак представляется наиболее категоричным, в то время как даже при отсутствии дискриминации существует некоторая вероятность признания налоговой меры экспроприацией.

Справедливости ради следует отметить, что указанные общие принципы были сформулированы ещё в 1998 году при разработке проекта Многостороннего соглашения по инвестициям (*далее* — проект МСИ) под эгидой Организации экономического сотрудничества и развития (*далее* — ОЭСР)<sup>42</sup>. Хотя данный акт так и не был принят, переговоры по нему и разработанные в ходе таких переговоров положения оказали влияние на дальнейшее развитие инвестиционных соглашений и, по всей видимости, на арбитражную практику. Для сравнения приведём текст пояснительного примечания к части 2 статьи VIII МСИ, которая допускает возможность применения положений об экспроприации к налогообложению. В Пояснительном примечании перечислены элементы, которые необходимо учитывать при анализе налоговой меры:

(а) само по себе введение нового налога, налогообложение инвестиций в нескольких юрисдикциях, наличие чрезмерной нагрузки для инвесторов не является указанием на экспроприацию;

(б) не считается экспроприацией налоговая мера, соответствующая признанной на международном уровне практике налогообложения, в частности направленная на противодействие уклонению от уплаты налогов;

(с) менее вероятно признание экспроприацией налоговой меры, которая одинаково применяется ко всем налогоплательщикам; не признаётся экспроприацией мера, действовавшая на момент внесения инвестиций;

(д) налоговые меры могут оказывать воздействие, эквивалентное экспроприации (представлять собой «ползучую» (англ.: *creeping*) экспроприацию). Однако если мера сама по себе не является экспроприацией,

<sup>41</sup> Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the Republics of Central America. 21 February 2018. Chapter 9 Investment. Annex 9-E. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5670/download> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>42</sup> The Multilateral Agreement on Investment: Draft Consolidated Text. OECD. 22 April 1998. URL: <http://www1.oecd.org/dai/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (дата обращения: 14.01.2020).



мавероятно, чтобы она могла стать элементом «ползучей» экспроприации<sup>43</sup>.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что положения проекта МСИ получили своё развитие в арбитражной практике и в настоящее время практически дословно воспроизводятся в современных инвестиционных соглашениях.

Говоря о сфере налогообложения, нельзя не отметить одну особенность, которая характеризует порядок разрешения споров, вытекающих из применения принимающим государством налоговых мер. В некоторых инвестиционных соглашениях, например в Соглашении между Казахстаном и Сингапуром от 21 ноября 2018 года<sup>44</sup>, предусматривается достаточно подробная процедура урегулирования возможных споров по вопросам, связанным с налоговыми мерами. Так, в соответствии с частью 1 статьи 21 указанного Соглашения инвестор, по мнению которого имела место экспроприация, должен сначала передать данный вопрос на рассмотрение компетентных налоговых органов обоих государств — участников Соглашения, как они определены в Соглашении. Если налоговые органы не приняли данный вопрос к рассмотрению либо, приняв его к рассмотрению, не достигли согласия относительно того, что оспариваемая мера не является экспроприацией, в течение шести месяцев после передачи дела на их рассмотрение, инвестор вправе обратиться в арбитраж.

Аналогичные положения содержатся в некоторых иных инвестиционных соглашениях, например в Соглашении между Австралией и Уругваем от 5 апреля 2019 года (часть 2 статьи 16)<sup>45</sup>, в Соглашении между Австралией и Гонконгом от 26 марта 2019 года (часть 5 статьи 13)<sup>46</sup>, в Соглашении между Аргенти-

ной и Японией от 1 декабря 2018 года (часть 4 статьи 19)<sup>47</sup> и других.

Таким образом, данные Соглашения унавливают предварительную консультационную процедуру урегулирования споров на межгосударственном уровне, имеющую обязательный характер. По всей видимости, эта тенденция отражает стремление исключить из компетенции сторонних арбитражей разрешение споров, затрагивающих довольно чувствительную для государств сферу. В некоторой степени это может лишить процесс разрешения споров с участием иностранных инвесторов присущей ему гибкости, а самих иностранных инвесторов — прямого доступа к международному арбитражу. Соответственно, такая ситуация создаёт для инвесторов дополнительные риски, поскольку государства — участники инвестиционного соглашения по дипломатическим или политическим соображениям могут исключить для инвестора возможность обращения в международный арбитраж. Необходимо отметить, что подобный порядок разрешения споров характерен также и для налоговых соглашений (см., например, статью 25 (Взаимные согласительные процедуры) Модельной конвенции ОЭСР в отношении налогов на доходы и капитал<sup>48</sup>). Представляется, что такое сближение между налоговым и инвестиционным правом в этой части несколько нивелирует повышенную защиту иностранного инвестора в рамках международных инвестиционных соглашений, лишая его права возбуждать арбитражное производство по спору, связанному с налоговой мерой.

Что касается российской практики заключения международных инвестиционных соглашений, следует отметить, что последние двусторонние инвестиционные соглашения были заключены Российской Федерацией в 2016 году<sup>49</sup>. Они составлены в рамках tradi-

<sup>43</sup> См.: Ibid. P.86. Interpretative note to point 2. Article VIII.

<sup>44</sup> Agreement between the Government of the Republic of Kazakhstan and the Government of the Republic of Singapore on the Promotion and Mutual Protection of Investments. 21 November 2018. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5700/download> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>45</sup> Agreement between Australia and the Oriental Republic of Uruguay on the Promotion and Protection of Investments. 5 April 2019. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5853/download> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>46</sup> Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China. 26 March 2019. URL:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5830/download> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>47</sup> Agreement between the Argentine Republic and Japan for the Promotion and Protection of Investment. 1 December 2018. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5799/download> (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>48</sup> Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017. OECD. 18 December 2017. URL: [https://doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2017-en](https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en) (дата обращения: 14.01.2020).

<sup>49</sup> См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Марокко о поощрении и

ционного подхода к содержанию инвестиционных соглашений. В них отсутствует как отдельная статья о налогообложении, так и какие-либо ссылки на право государства принимать регулятивные меры в области налогообложения. Справедливости ради необходимо добавить, что в том же 2016 году Правительство Российской Федерации Постановлением № 992 утвердило новый порядок заключения двусторонних международных соглашений об иностранных инвестициях<sup>50</sup>, который, в частности, предусматривает общие подходы к заключению соответствующих международных договоров. Документ содержит несколько положений об экспроприации. В целях данной статьи интерес представляет пункт 26, который гласит:

«26. К экспроприации не должны относиться меры, связанные с установлением и взиманием налогов и сборов при условии, что эти налоги и сборы не являются произвольными и не предусматривают дифференцированной ставки в зависимости от происхождения инвестора или капитала с учётом международных договоров по вопросам налогообложения, участниками которых являются стороны договора».

Таким образом, очевидно намерение Российской Федерации добиваться в своей практике заключения инвестиционных соглашений более чёткого разграничения экспроприации и правомерных регулятивных мер в области налогообложения как минимум на основе критериев отсутствия дискриминации и произвольности при установлении налога.

Что касается порядка разрешения споров, двусторонние инвестиционные соглашения 2016 года не предусматривают отдельной процедуры передачи дела на рассмотрение компетентных налоговых органов, тем самым сохраняя для иностранных инвесторов возможность возбуждения арбитражного произ-

водства, в том числе и по налоговому спору. Вышеупомянутое Постановление Правительства РФ № 992 также специально не оговаривает данный вопрос, предлагая, тем не менее, общий порядок проведения консультаций между инвестором и принимающим государством по любым спорам, связанным с инвестициями такого инвестора на территории соответствующего государства (см. пункты 38—44).

Таким образом, необходим дальнейший анализ того, как изменится подход Российской Федерации к заключению двусторонних инвестиционных соглашений и в какой степени найдут в них отражение тенденции, касающиеся вопросов налогообложения.

## 7. Заключение

В настоящей статье рассматривался вопрос влияния государственных регулятивных мер, принимаемых в области налогообложения, на имущественные права инвесторов в контексте практики международных инвестиционных арбитражей. На основании изложенного можно сделать вывод о том, что изъятие имущества инвестора может осуществляться не только в прямой форме, но и в форме косвенной экспроприации, при которой не происходит формальной передачи права собственности государству. В связи с этим особенно важным становится поиск баланса между правомерными регулятивными мерами государства, в частности в области налогообложения, и косвенной экспроприацией, когда такие регулятивные меры практически сводят на нет выгоды инвестора от вложенных инвестиций.

Анализ арбитражной практики показывает, что арбитражи применяют различные критерии для разграничения косвенной экспроприации и правомерных регулятивных мер, наиболее значимым из которых является критерий степени вмешательства в имущественные права инвестора и соответствующий ущерб от такого вмешательства. В целом налоговая мера может быть отнесена к регулятивным полномочиям государства в тех случаях, когда она представляет собой обычную государственную практику. Иными словами, такая мера должна иметь широкое применение и не содержать каких-либо указаний на специфичность, которые могут свидетельст-

взаимной защите капиталовложений от 15 марта 2016 года и Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Государства Палестина о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 11 ноября 2016 года. См. справочную информацию системы «КонсультантПлюс»: «Международные договоры Российской Федерации о поощрении и взаимной защите капиталовложений и инвестиций».

<sup>50</sup> Постановление Правительства РФ от 30 сентября 2016 года № 992 «О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 41. Ст. 5836.

воват о наличии дискриминации. Кроме того, мера должна быть принята в соответствии с международными принципами, применимыми к налогообложению, или направлена на реализацию международных обязательств государств, например, в сфере устранения двойного налогообложения или противодействия уклонению от уплаты налогов.

В настоящей статье также отмечена тенденция закрепления в современных инвестиционных соглашениях обязательной консультационной процедуры разрешения споров с участием компетентных органов договаривающихся государств, которая должна быть реализована до обращения в международный арбитраж. Представляется, что данный вопрос требует дальнейшего изучения, в частности с точки зрения того, будут ли на практике иметь место указанные в статье риски для иностранного инвестора.

Библиографическое описание:

Артамонова И. Разграничение косвенной экспроприации и налоговых мер в практике международных инвестиционных арбитражей // Международное правосудие. 2020. № 1 (33). С. 125–135.

### The distinction between indirect expropriation and taxation measures as derived from arbitration tribunal case-law

Irina Artamonova

L.L.M., Ph.D. Student, Faculty of Law, University of Hamburg, Hamburg, Germany (e-mail: irinavladart@gmail.com).

#### Abstract

Traditionally international investment agreements dealt only with the system of guarantees provided to foreign investors by the host state and contained almost no provisions on the right of states to adopt regulatory measures. With new modern investment agreements being drafted, the situation is currently undergoing changes, and the number of provisions regulating the relevant states' rights is increasing. In this context, a question arises as to the relations between the guarantees of foreign investment protection, in particular, the protection against indirect expropriation, and the right of states to regulate the sphere of investments as one of the aspects of state sovereignty. The author discusses state regulatory measures in the sphere of taxation due to the significance and sensitivity of these measures for the host state which is determined, in particular, by the necessity to ensure recurring government revenues. The author provides the definitions of "indirect expropriation" and the "right to regulation", as well as the criteria for distinguishing them, such as the degree of interference with the investors' property rights, interference with the investors' legitimate expectations and the nature of the measure. The importance of distinguishing between these

concepts is due to the fact that if it is recognized that a state regulatory measure constitutes indirect expropriation, its adoption will require the payment of compensation. At the same time, the measure adopted by the state within the framework of its regulatory powers will not require the payment of such compensation. The author of the article concludes that the first criterion, (that is the determination of the degree of interference with the investors' property rights) can be sufficient to prove the presence of indirect expropriation. As a rule, an interference with the investors' legitimate expectations and the nature of the measure per se is not a sufficient ground to prove the ground for establishing expropriation. However, investment arbitration tribunals take these criteria into account as additional features and make their conclusion on the basis of their entirety. The article also examines the tendency to stipulate a new mechanism to settle disputes arising out of taxation measures in modern investment agreements, namely a consultation mechanism involving competent authorities of the contracting states, and the risks it may create for foreign investors.

#### Keywords

foreign investments; indirect expropriation; states' right to regulate; taxation measure; international investment tribunal.

#### Citation

Artamonova I. (2020) Razgranichenie kosvennoy ehkspropriatsii i nalogo- vykh mer v praktike mezhdunarodnykh investitsionnykh arbitrazhey [The distinction between indirect expropriation and taxation measures as derived from arbitration tribunal case-law]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 10, no. 1, pp. 125–135. (In Russian).

#### References

- Albrecht A. (1952) The Taxation of Aliens under International Law. *British Year Book of International Law*, vol. 29, pp. 145–185.
- Dolzer R., Schreuer C. (2012) *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Isakoff P. (2013) Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments. *The Global Business Law Review*, vol. 3, no. 2, pp. 189–209.
- Ksenofontov K. E. (2014) *Ehkspropriatsiya sobstvennosti inostrannogo investora v mezhdunarodnom investitsionnom prave*: Dis. ... kand. yurid. nauk [Expropriation of foreign investors' property in international investment law: Cand. in law sci. diss.], Moscow. (In Russian).
- Nikiema S. H. (2012) *Best Practices: Indirect Expropriation*, Winnipeg: International Institute for Sustainable Development. Available at: [https://www.iisd.org/pdf/2012/best\\_practice\\_indirect\\_expropriation.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf) (accessed: 14.01.2020).
- Sornarajah M. (2003) Right to Regulate and Safeguards. In: *UNCTAD The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives: Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva from 6 to 8 November 2002*, New York; Geneva: United Nations, pp. 205–209. Available at: [http://unctad.org/en/Docs/iteia20034\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteia20034_en.pdf) (accessed: 14.01.2020).
- Sornarajah M. (2010) *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Titli A. (2014) *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos.
- Yannaca-Small C. (2004) "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law: OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, Paris: OECD Publishing. Available at: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_4.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf) (accessed: 14.01.2020).