

УДК 34.096

<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2021-3-27-90-95>

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право
и экономика, 2021

Контроль иностранного инвестора над российским стратегическим хозяйственным обществом: допустимость косвенных доказательств в правоприменении

Попков А. В. *

ФАС России,
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 11,
Московский государственный
юридический университет
имени О. Е. Кутафина (МГЮА),
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Сангулия В. С.,

Московский государственный
юридический университет
имени О. Е. Кутафина (МГЮА),
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Аннотация

Рассмотрены ключевые вопросы, возникающие при определении признаков установления контроля иностранным инвестором над стратегическими обществами, а также вопрос использования косвенных доказательств при установлении факта наличия (отсутствия) такого контроля.

Дана классификация доказательств контроля, рассмотрена судебная практика по вопросу об оценке доводов антимонопольного органа и иных лиц при обосновании наличия (отсутствия) контроля иностранного инвестора над российским обществом, осуществляющим стратегический вид деятельности.

Сделан вывод о нецелесообразности законодательного закрепления закрытого перечня оснований контроля иностранного инвестора над российским стратегическим обществом в Федеральном законе от 29 мая 2008 г. № 57-ФЗ.

Ключевые слова: хозяйственное общество, осуществляющее стратегический вид деятельности, иностранный инвестор, косвенный контроль, доказывание, Федеральный закон № 57-ФЗ.

Для цитирования: Попков А. В., Сангулия В. С. Контроль иностранного инвестора над российским стратегическим хозяйственным обществом: допустимость косвенных доказательств в правоприменении // Российское конкурентное право и экономика. 2021. № 3 (27). С. 90—95, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2021-3-27-90-95>

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Control of a Foreign Investor Over a Russian Strategic Economic Company: the Admissibility of Indirect Evidence in Law Enforcement

Alexander V. Popkov*,

FAS of Russia,
Sadovaya-Kudrinskaya str., 11,
Moscow, 125993, Russia,
Kutafin Moscow State Law
University (MSAL),
Sadovaya-Kudrinskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Victoria S. Sanguliya,

Kutafin Moscow State Law
University (MSAL),
Sadovaya-Kudrinskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

The key issues that arise when determining the signs of establishing control by a foreign investor over strategic companies are considered, as well as the issue of using indirect evidence when establishing the fact of the presence (absence) of such control.

The classification of evidence of control is given, the judicial practice on the issue of evaluating the arguments of the antimonopoly authority and other persons when justifying the presence (absence) of control of a foreign investor over a Russian company engaged in a strategic type of activity is considered.

It is concluded that it is inappropriate to legislate a closed list of grounds for a foreign investor's control over a Russian strategic company in Federal Law № 57.

Keywords: *a business company engaged in a strategic type of activity, a foreign investor, indirect control, proof, Federal Law No. 57.*

For citation: Popkov A. V., Sanguliya V. S. Control of a foreign investor over a Russian strategic economic company: the admissibility of indirect evidence in law enforcement // Russian Competition Law and Economy. 2021. No. 3 (27). P. 90–95,
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2021-3-27-90-95>

The authors declare no conflict of interest.

Федеральным законом от 29 мая 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»¹ (далее — Закон № 57) установлено, что отношения по приобретению акций (долей), составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (далее также — стратегические общества), и (или) приобретению в собственность, владение или пользование имущества, которое относится к основным производственным средствам таких хозяйственных обществ и стоимость которого составляет двадцать пять и более процентов, регулируются указанным федеральным законом.

Ряд сделок, подпадающих под критерии, предусмотренные данным федеральным законом, требуют особого государственного контроля. В общем виде этот контроль представляет собой процедуру согласования сделок в отношении стратегических обществ Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации посредством направления в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти ходатайств о предварительном согласовании указанных сделок. Таким уполномоченным органом является ФАС России.

Статьей 5 Закона № 57 установлены признаки нахождения стратегических обществ под контролем иностранного инвестора. Перечисленные в законе признаки, а также складывающаяся судебная практика указывают на то, что понятие контроля, предусмотренное Законом № 57, является достаточно широким.

В частности, в отдельных случаях порог участия иностранного инвестора, который рассматривается в Законе № 57 в качестве контрольного пакета, составляет всего 25% акций (долей) и более в уставном капитале стратегического общества, что позволяет сказать о том, что Законом № 57 под контролем понимаются в том числе *иные отношения экономической зависимости, которые по своему содержанию могут не совпадать с общепринятым понятием контроля, используемым в корпоративном законодательстве*.

Помимо этого основания контроля, предусмотренные Законом № 57, включают в себя не только отношения по участию в уставном капитале стратегического общества. Данные признаки контроля, установленные Законом № 57, заслуживают особого внимания, поскольку они расширяют понятие контроля, используемое в на-

стоящем федеральном законе. Стоит обратить внимание и на то, что Конституционный Суд Российской Федерации указывал на обоснованность широкого понимания контроля, охватывающего влияние на российские стратегические общества прямо или косвенно на любом основании.

Таким образом, представляется актуальным с точки зрения не только теории² [1, с. 214], но и практики рассмотрение некоторых из предусмотренных Законом № 57 признаков контроля, указывающих на то, что перечень признаков контроля, используемый в Законе № 57, обоснованно является открытым, и вывод о наличии или отсутствии контроля над стратегическим обществом со стороны иностранного инвестора может быть сделан антимонопольным органом исходя не только из прямых, но и из косвенных доказательств [2].

Контролирующее лицо может прямо или косвенно распоряжаться контрольным пакетом акций (долей) в уставном капитале хозяйственного общества³ (п. 1 ч. 1 ст. 5 и п. 1 ч. 3 ст. 5 Закона № 57)

Рассматриваемое положение предусматривает две формы распоряжения (контроля): 1) прямое (непосредственное); 2) косвенное.

Суть прямого распоряжения (контроля) заключается в непосредственном наличии у лица доли участия в уставном капитале хозяйственного общества.

Понятие косвенного распоряжения (контроля) является более широким. В него включается не только: а) косвенное распоряжение голосами, приходящимися на голосующие акции (доли), составляющие уставный капитал хозяйственного общества, но и б) заключение договора доверительного управления имуществом, договора простого товарищества, договора поручения, договора залога, договора репо (от англ. hero — repurchase agreement), обеспечительного платежа, в) иные сделки либо г) иные основания.

Таким образом, можно классифицировать виды косвенного контроля, предусмотренные указанным положением, по способу его установления на:

1) корпоративный — связанный с косвенным распоряжением голосами, приходящимися на голосующие акции (доли), составляющие уставный капитал хозяйственного общества;

2) договорный — возникающий в силу заключения различных договоров и (или) иных сделок;

¹ См.: СЗ РФ, 2008, № 18, ст. 1940; 2011, № 1, ст. 32, № 27, ст. 3880, № 47, ст. 6612; 2014, № 6, ст. 566; 2014, № 11, ст. 1094, № 45, ст. 6153; 2017, № 27, ст. 3952; № 30, ст. 4445; 2018, № 23, ст. 3229, № 49, ст. 7523; 2020, № 31, ст. 5014; 2021, № 11, ст. 1705, № 27, ст. 5167.

² Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 05.07.2011 № 924-О-О, от 18.06.2020 № 1106-О.

³ Здесь и далее под хозяйственным обществом понимается хозяйственное общество, имеющее стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства в понимании Закона № 57. — *Прим. авт.*

3) иной — призванный, как представляется, покрывать иные случаи фактического установления контроля, это действия, которые не являются сделкой и (или) договором, но позволяют контролирующему лицу распоряжаться контрольным пакетом акций (долей) хозяйственного общества.

В научной литературе можно встретить и иные классификации косвенного контроля иностранного инвестора над стратегическим обществом [3, с. 101—102].

Контролирующее лицо на основании договора или по иным основаниям имеет право определять решения хозяйственного общества, в том числе условия осуществления им предпринимательской деятельности (п. 2 ч. 1 ст. 5 и п. 2 ч. 3 ст. 5 Закона № 57)

Анализ юридической техники рассматриваемого положения указывает на то, что контроль над хозяйственным обществом может быть установлен при заключении 1) договоров, предметом которых не являются акции (доли), а также 2) по иным основаниям.

К первому случаю следует относить договоры, заключенные иностранным инвестором с хозяйственным обществом, которые позволяют инвестору *определять решения, принимаемые обществом*, а также *условия осуществления контролируемым лицом предпринимательской деятельности* [4].

Частью 1 ст. 8 Конституции Российской Федерации предусмотрен ряд экономических свобод. В частности, в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, *свобода экономической деятельности*. Указанные права реализуются в рамках и порядке, предусмотренном действующим законодательством России. Так, п. 1 ст. 422 ГК РФ конкретизирует, что договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения. Таким образом, в рамках принципа свободы договора лица вольны заключить договор на любых основаниях и условиях, которые не противоречат действующему законодательству. Указанное также корреспондирует положениям ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации, которой предоставляется возможность вводить ограничения прав и свобод человека и гражданина только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, а также обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Применяя указанные нормы к названным положениям Закона № 57, следует учитывать, что лица могут заключить договор, который будет направлен на предо-

ществом, а также установления условий осуществления контролируемым лицом предпринимательской деятельности. В то же время заключение данного договора может свидетельствовать об установлении косвенного контроля над хозяйственным обществом и необходимости его предварительного согласования в порядке Закона № 57. Представляется, что подобное ограничение принципа свободы договора заключается в особой важности предмета регулирования Закона № 57, выраженного в обеспечении обороны страны и безопасности государства [5].

Следует отметить, что подобный контроль может быть установлен не только в соглашении, предметом которого является право оказывать влияние на решения общества. Так, в случае если иностранный инвестор передает какое-либо имущество, необходимое для осуществления основного вида деятельности общества, на условиях, которые могут быть признаны ограничительными, подобные действия могут быть расценены антимонопольным органом как установление косвенного контроля в рамках Закона № 57. Подобная позиция изложена судом апелляционной инстанции в постановлении № 09АП-41995/2019 от 11 октября 2019 г. по делу № А40-53306/19⁴.

К иным основаниям установления косвенного контроля следует отнести все иные виды правоотношений, реализуемых не посредством заключения договоров, но направленных на реализацию контрольных функций иностранным инвестором над хозяйственным обществом. В качестве примера таких случаев можно привести фактическое управление иностранным инвестором хозяйственным обществом (через родство или иную связь с лицами, контролирующими хозяйственное общество де-юре, и (или) лицами, входящими в состав органов управления такого хозяйственного общества).

В связи с этим особый интерес представляет вопрос доказывания наличия (отсутствия) такого косвенного контроля по иным основаниям. В настоящее время сложно говорить о сформировавшейся судебной практике по данному вопросу. Несмотря на это, исходя из буквального толкования рассматриваемого положения, следует, что антимонопольный орган может использовать косвенные доказательства, которые позволяют сделать вывод о возможности (невозможности):

1) определения решений хозяйственного общества контролирующим лицом;

2) определения условий осуществления хозяйствующим обществом предпринимательской деятельности.

В качестве подобных доказательств могут выступать: а) наличие родственных связей между иностранным инвестором и лицом, формально контролирующим общество; б) переписка (на бумажных носителях или

⁴ См.: Картотека арбитражных дел.

электронная), свидетельствующая о фактическом определении решений и (или) условий осуществления хозяйствующим обществом предпринимательской деятельности; в) экономическое поведение лиц.

Выводы

Установление в российском законодательстве закрытого перечня признаков нахождения российских стратегических хозяйственных обществ под контролем иностранных инвесторов [6] не позволяло бы уполномоченному правоприменителю учесть все возможные формы такого контроля и достичь основной цели соответствующего регулирования — эффективной защиты публичных интересов России в сфере обороны страны и национальной безопасности. Вместе с тем в научной литературе можно встретить и иную точку зрения [7].

Отказ от закрепления такого перечня законом, на наш взгляд, является соразмерным и конституционно допустимым ограничением свободы предпринимательства. Подобная позиция приводится в комментарии к Закону № 57-ФЗ под редакцией председателя редакционной коллегии А. Г. Цыганова, заместителя руководителя ФАС России, к.э.н. [10].

В этой связи закрепление в законе широкого перечня оснований, на основе изучения которых антимонопольным органом может быть сделан вывод о наличии (отсутствии) контроля иностранного инвестора над российским стратегическим хозяйственным обществом, допускает использование не только прямых, но и косвенных доказательств наличия такого контроля. ■

Литература [References]

1. Корпоративное право: учебный курс: в 2 т. / Е. Г. Афанасьева, В. А. Вайпан, А. В. Габов и др.; Отв. ред. И. С. Шиткина. М.: Статут, 2018. Т. 2. 990 с. [Corporate law: training course: in 2 volumes / E. G. Afanasyeva, V. A. Vaypan, A. V. Gabov, et al; Ed. by I. S. Shitkina. M.: Statute, 2018. Vol. 2. 990 p. (In Russ.)]
2. Акимова И. В., Симакова К. Б., Анпилогов А. А. Конкретизация или расширительное толкование закона? (О новых подходах к государственному регулированию иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики) // Российское конкурентное право и экономика. 2020. № 2 (22). С. 90—94. [Akimova I. V., Simakova K. B., Anpilogov A. A. Concretization or broader interpretation of the law? (New approaches to state regulation of foreign investment in strategic sectors of the economy) // Russian Competition Law and Economy. 2020. No. 2 (22). P. 90—94 (In Russ.)]
3. Филиппова С. Ю., Шиткина И. С. Продажа или приобретение бизнеса: правовое сопровождение сделки: Монография. Статут, 2019. [Filipova S. Yu., Shitkina I. S. Sale or acquisition of a business: legal support of a transaction: Monograph. Statute, 2019 (In Russ.)]
4. Обзор правовых позиций в определениях Конституционного Суда России: № 1102-О, 1107-О, 1108-О, 1106-О, 1341-О, 1344-О, 1345-О (2020) // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 4 (137). С. 161—169, DOI: 10.21128/1812-7126-2020-4-161-169 [Review of legal reasoning in the Russian Constitutional Court rulings Nos. 1102-О, 1107-О, 1108-О, 1106-О, 1341-О, 1344-О, 1345-О (2020) // Comparative Constitutional Review. 2020. No. 4 (137). P. 161—169 (In Russ.), DOI: 10.21128/1812-7126-2020-4-161-169]
5. Шиткина И. С. Корпоративное право в таблицах и схемах. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юстицинформ, 2017. 584 с. [Shitkina I. S. Corporate law in tables and diagrams. 3rd ed., reprint. and add. M.: Justicinform, 2017. 584 p. (In Russ.)]
6. Акимова И. В., Симакова К. Б. Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики // Российское конкурентное право и экономика. 2019. № 3 (19). С. 30—35. [Akimova I. V., Simakova K. B. Novels in the field of control over foreign investments in strategic sectors of the economy // Russian Competition Law and Economy. 2019. No. 3 (19). P. 30—35 (In Russ.)]
7. Старженецкий В. В., Бутырина В. А., Курицына К. С. Российское антисанкционное регулирование: современное состояние и пути совершенствования // Закон. 2021. № 3. С. 119—142. [Starzhenetskiy V. V., Butyrina V. A., Kuritsyna K. S. Development of the russian anti-sanction regulation // Zakon. 2021. No. 3. P. 119—142 (In Russ.)]
8. Сусарина А. В. Связи косвенных доказательств по гражданским и административным делам и экономическим спорам // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 9. С. 31—35. [Susarina A. V. Links between Circumstantial Evidence in Civil and Administrative Cases and Economic Disputes // Arbitrazh and Civil Procedure. 2018. No. 9. P. 31—35 (In Russ.)]
9. Сабитов Т. Р. Преломление общих принципов российского права в уголовном праве // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2019. № 6. С. 34—44. [Sabitov T. R. Refraction of the general principles of russian law in criminal law // Electronic Supplement to Russian Juridical Journal. 2019. No. 6. P. 34—44 (In Russ.)]
10. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» / Пред. редкол. А. Г. Цыганов;

Федеральная антимонопольная служба. М.: Филиал Учебно-методического центра ФАС России, 2018. 424 с. ISBN 978_5_9500799_5_5. [Scientific and practical commentary on the Federal Law of 29.04.2008 No. 57-FZ "On the Procedure for Foreign Investments in Economic Societies of Strategic Importance" to ensure the country's defense and security States" / Chairman of the Editorial Board. A. G. Tsyganov; Federal Antimonopoly Service. M.: Branch of the Educational and Methodological Center of the Federal Antimonopoly Service of Russia, 2018. 424 p. ISBN 978_5_9500799_5_5 (In Russ.)]

Сведения об авторах

Попков Александр Вадимович: аспирант кафедры конкурентного права ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА)», начальник правового отдела Управления контроля иностранных инвестиций ФАС России
E-mail: popkov.msal@gmail.com

Сангулия Виктория Султановна: магистр кафедры предпринимательского и корпоративного права ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА)»
E-mail: sangulia@mail.ru

Статья поступила в редакцию: 16.04.2021
Принята к публикации: 01.09.2021
Дата публикации: 29.09.2021

The paper was submitted: 16.04.2021
Accepted for publication: 01.09.2021
Date of publication: 29.09.2021