

УДК: 346.7, 346.546.7

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики

И. В. Акимова,

Финансовый университет
при Правительстве Российской
Федерации,
Адвокатское бюро BGP Litigation,
г. Москва

К. Б. Симакова,

Адвокатское бюро BGP Litigation,
г. Москва

Аннотация

В статье исследован новый правовой механизм, который распространяет полномочия Федеральной антимонопольной службы по контролю за осуществлением иностранных инвестиций не только на хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение, но и на любые другие российские хозяйственные общества, которые, по оценке антимонопольного органа, имеют ключевое значение для российской экономики.

Выявлены проблемы правовой неопределенности в вопросах обязательности предварительного согласования с антимонопольным регулятором сделки с участием иностранного инвестора разграничения правовых последствий за нарушение положений специального законодательства в зависимости от фактического наличия угрозы обороне и безопасности Российской Федерации.

Сделан вывод о необходимости и целесообразности отнесения к числу стратегических хозяйственного общества в силу осуществления им вида деятельности, являющегося смежным по отношению к стратегическому (входящему в состав технологического процесса стратегического вида деятельности как его неотъемлемая часть).

Ключевые слова: иностранные инвестиции, стратегические общества, сделки.

Novels in the field of control over foreign investments in strategic sectors of the economy

I. V. Akimova,

Financial university under the
Government of the Russian
Federation,
BGP Litigation Law Office,
Moscow

K. B. Simakova,

BGP Litigation Law Office,
Moscow

Annotation

The article explores a new legal mechanism that extends the authority of the Federal Antimonopoly Service to control the implementation of foreign investments not only to business entities of strategic importance, but also to any other Russian business entities that, according to the antitrust authority, are of key importance to the Russian economics.

The problems of legal uncertainty regarding the mandatory prior coordination with the antimonopoly regulator of a transaction involving a foreign investor have been identified to differentiate legal consequences for violation of the provisions of special legislation depending on the actual presence of a threat to the defense and security of the Russian Federation.

It is concluded that it is necessary and advisable to classify it as a business entity by virtue of its implementation of a type of activity that is adjacent to a strategic one (which is part of the technological process of a strategic type of activity as an integral part of it).

Keywords: foreign investment, strategic companies, transactions.

Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций...

Инвестиционная деятельность, связанная с вложением капитала инвесторами в различные отрасли экономики, всегда была неотъемлемой частью рыночных отношений. Основную нишу при осуществлении указанной деятельности занимают инвестиции в форме приобретения акций (долей), составляющих уставные капиталы российских хозяйственных обществ, предоставляющие инвесторам право не только на получение дивидендов, но и на управление таким обществом путем осуществления права голоса на общих собраниях акционеров (участников).

При этом в ряде государств мира осуществление инвестиций лицами, которые зарегистрированы на территории иностранных государств или имеют отличное от принимающей стороны гражданство, находится под контролем государственных органов. Указанные меры направлены на предупреждение и предотвращение негативных последствий от действий недобросовестных иностранных инвесторов, которые могут повлечь существенный ущерб для «чувствительных» отраслей экономики принимающего государства.

В связи с этим проблемы контроля за осуществлением иностранных инвестиций на протяжении длительного времени являются предметом многочисленных исследований как за рубежом [1, 2], так и в России [3—5].

Законодательство России не является исключением из этого правила, предусматривая специфический организационно-правовой механизм контроля за осуществлением инвестиций иностранными физическими лицами и различного рода организациями. При этом нельзя не отметить, что правовое регулирование доступа иностранных инвесторов к российской экономике в данный момент находится в стадии развития и модернизации.

Механизм контроля за осуществлением иностранными инвесторами «любых» сделок с российскими хозяйственными обществами

Действующим законодательством Российской Федерации об иностранных инвестициях установлено, что в отдельных случаях иностранные инвесторы обязаны согласовывать сделки, совершаемые в отношении российских хозяйственных обществ.

Необходимо отметить, что ранее предварительному согласованию в соответствии с Федеральным законом от 29 апреля 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-ФЗ) подлежали исключительно сделки, иные действия, осуществляемые иностранными инвесторами в отношении хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также сделки в отношении российских хозяйственных обществ, совершаемые иностранными государствами, международными организациями или находящимися под их контролем организациями.

В настоящее же время с введением 30 июля 2017 г.² в действие ч. 5 ст. 6 Федерального закона от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»³ (далее — Закон № 160-ФЗ) по решению председателя Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации (далее — председатель Правительственной комиссии) в целях обеспечения обороны страны и безопасности государства сделки, совершаемые иностранными инвесторами в отношении российских хозяйственных обществ, подлежат предварительному согласованию в порядке, предусмотренном Законом № 57-ФЗ.

Иными словами, любая сделка, осуществляемая иностранным инвестором в отношении любого хозяйственного общества, может подлежать предварительному согласованию с Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации (далее — Правительственная комиссия) даже несмотря на то, что общество, являющееся предметом сделки, не осуществляет стратегических видов деятельности.

В развитие указанной нормы Правительством Российской Федерации были внесены изменения⁴ в Положение о Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации, утвержденное постановлением

¹ См.: Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ (ред. от 31.05.2018) «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ, 05.05.2008, № 18, ст. 1940.

² См.: Федеральный закон от 18.07.2017 № 165-ФЗ «О внесении изменений в статью 6 Федерального закона “Об иностранных инвестициях в Российской Федерации” и Федеральный закон “О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства”» // СЗ РФ, 24.07.2017, № 30, ст. 4445.

³ См.: Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ (ред. от 31.05.2018) «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // СЗ РФ, 12.07.1999, № 28, ст. 3493.

⁴ Постановление Правительства Российской Федерации от 09.04.2018 № 430 «О внесении изменений в Положение о Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации» // СЗ РФ, 16.04.2018, № 16 (ч. II), ст. 2384; Постановление Правительства Российской Федерации от 03.06.2019 № 711 «О внесении изменений в пункт 4 (1) Положения о Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации» // СЗ РФ, 17.06.2019, № 24, ст. 3081.

Правительства Российской Федерации от 6 июля 2008 г. № 510⁵.

Исходя из указанного положения, процедура по принятию решения о необходимости согласования иностранными инвесторами сделок с российскими хозяйственными обществами либо отсутствии такой необходимости выглядит следующим образом.

Антимонопольный орган, являющийся федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на выполнение функций по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации, в течение пяти рабочих дней со дня, когда ему стало известно о сделке, направляет запрос о необходимости информирования председателя Правительственной комиссии о сделке или об отсутствии такой необходимости:

- в федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по реализации государственной политики и нормативному правовому регулированию в сфере, к которой относится деятельность российского хозяйственного общества, в отношении которого совершается сделка;
- в федеральные органы исполнительной власти, уполномоченные на осуществление лицензионного контроля за деятельностью указанного хозяйственного общества, подлежащей лицензированию (в случае осуществления таким хозяйственным обществом лицензируемого вида деятельности);
- в иные федеральные органы исполнительной власти (например, такие государственные органы, как Министерство обороны Российской Федерации и Федеральная служба безопасности).

Указанные выше органы должны представить соответствующую информацию в течение пятнадцати рабочих дней.

При этом одновременно антимонопольный орган уведомляет иностранного инвестора о необходимости приостановления им совершения сделки до получения информации о принятии решения об отсутствии необходимости информирования председателя Правительственной комиссии о сделке либо о принятии председателем Правительственной комиссии решения об отсутствии необходимости предварительного согласования сделки.

В свою очередь решение о необходимости либо отсутствии необходимости предварительного согласования сделки принимает председатель Правительственной комиссии исключительно после предоставления информации антимонопольным органом о таких сделках.

Однако в настоящее время нормативно не закреплено, в какие сроки такое решение может быть принято

председателем Правительственной комиссии. Ввиду того, что данный срок никак не ограничен, сделка, которая была приостановлена на основании уведомления антимонопольного органа, может находиться в подобном состоянии неопределенное время.

Кроме того, следует обратить внимание, что действующим законодательством Российской Федерации не предусмотрены минимальные критерии для сделок, которые по решению председателя Правительственной комиссии могут быть вынесены на рассмотрение Правительственной комиссии.

Таким образом, в настоящее время потенциально любая сделка вне зависимости от приобретаемого количества акций (долей) либо доли, которая уже принадлежит иностранному инвестору в российском хозяйственном обществе, а также отрасли экономики, в которой такое общество осуществляет свою деятельность, может быть приостановлена антимонопольным органом и в последующем вынесена на согласование с Правительственной комиссией.

При этом, как в случае с любым государственным регулированием, Законом № 160-ФЗ предусмотрена ответственность за совершение сделки с российским хозяйственным обществом без соблюдения решения председателя Комиссии о необходимости согласования данной сделки в порядке, предусмотренном Законом № 57-ФЗ. В частности, согласно ст. 15 Закона № 57-ФЗ одним из последствий совершения сделок с нарушением требований указанного закона является их ничтожность.

Однако стоит отметить, что подобная санкция не предусмотрена за отказ иностранного инвестора от приостановления совершения сделки на основании уведомления антимонопольного органа до получения информации о принятом председателем Правительственной комиссии решении по данной сделке.

Таким образом, в случае совершения сделки после получения иностранным инвестором от антимонопольного органа информации о том, что данная сделка подлежит предварительному согласованию в соответствии с ч. 5 ст. 6 Закона № 160-ФЗ, совершение данной сделки повлечет правовые последствия, закрепленные в ст. 15 Закона № 57-ФЗ, вплоть до признания ее ничтожной и применения судом последствий недействительности ничтожной сделки.

Однако в случае совершения иностранным инвестором сделки после получения уведомления от антимонопольного органа о необходимости приостановления совершения данной сделки, но до получения решения председателя Правительственной комиссии о необходимости предварительного согласования данной сделки, совершение сделки, по мнению авторов и исходя из дословного толкования норм права, не может повлечь за собой применение правовых последствий несоблюдения требований Закона № 57-ФЗ, закрепленных в ст. 15 указанного закона.

⁵ См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 06.07.2008 № 510 (ред. от 03.06.2019) «О Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации» // СЗ РФ, 14.07.2008, № 28, ст. 3382.

Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций...

Применение ограничений в отношении иностранных инвесторов в связи с осуществлением инвестиций в российские общества, осуществляющие виды деятельности, смежные со стратегическими

Законом № 57-ФЗ предусмотрен перечень видов деятельности, которые законодателем были отнесены к имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (далее — стратегический вид деятельности).

Так, согласно ст. 6 Закона № 57-ФЗ в настоящее время существует 47 стратегических видов деятельности. Исходя из конструкции абзаца первого указанной статьи данный перечень является закрытым.

При этом в правоприменительной практике антимонопольного органа в настоящее время можно наблюдать тенденции по отнесению к стратегическим видов деятельности, не включенных в указанный перечень, но которые являются смежными по отношению к стратегическим.

Для анализа указанного выше подхода обратимся к примеру из судебной практики.

В апреле 2019 г. Девятый арбитражный апелляционный суд, оставляя в силе решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-72889/18, подтвердил позицию суда первой инстанции о признании законным постановления антимонопольного органа⁶ о привлечении иностранного инвестора к административной ответственности по ч. 1 ст. 19.8.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях⁷, согласно которому данный иностранный инвестор был признан нарушившим положения Закона № 57-ФЗ⁸.

По мнению антимонопольного органа, нарушение выразилось в незаконном установлении контроля над российским хозяйственным обществом, осуществляющим деятельность по техническому обслуживанию, ремонту и спуску обсадных колонн, без предварительного согласования сделки с Правительственной комиссией.

В обоснование своей позиции антимонопольный орган, ссылаясь на нормативные правовые акты Прави-

тельства Российской Федерации и ведомственные акты, отметил, что деятельность по техническому обслуживанию, ремонту и спуску обсадных колонн относится к комплексной деятельности по бурению и осуществляется в целях геологического изучения недр и (или) разведки и добычи полезных ископаемых. При этом данный вид деятельности является неотъемлемой частью процесса добычи нефти и в связи с этим в соответствии с п. 39 ст. 6 Закона № 57-ФЗ является стратегическим видом деятельности.

Антимонопольным органом в своем постановлении было также указано и судами подтверждено, что отсутствие у российского хозяйственного общества лицензии на осуществление вида деятельности, имеющего стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, указанного в ст. 6 Закона № 57-ФЗ, не влияет на отнесение или неотнесение такого хозяйственного общества к стратегическим.

Таким образом, мы видим, что на практике антимонопольный орган и суды, анализируя вид деятельности, который осуществляет то или иное российское хозяйственное общество, исходят из следующего:

- осуществляется ли данный вид деятельности в целях выполнения стратегического вида деятельности;
- является ли данный вид деятельности неотъемлемым технологическим процессом стратегического вида деятельности.

Вместе с тем, по мнению авторов, указанный подход несет в себе риски необоснованного расширительного применения норм законодательства об иностранных инвестициях, что может быть проиллюстрировано на следующем примере.

В соответствии с п. 40 ст. 6 Закона № 57-ФЗ к стратегическим видам деятельности относится добыча (вылов) водных биологических ресурсов. При этом в настоящее время определение понятия «добыча (вылов) водных биологических ресурсов» содержится в Федеральном законе от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов»⁹, в соответствии с которым под выловом (добычей) водных биологических ресурсов понимается изъятие водных биоресурсов из среды их обитания, а под рыболовством в том числе понимается деятельность по добыче (вылову) водных биоресурсов.

В свою очередь, рыболовство может осуществляться, кроме прочего, на судах рыбопромыслового флота, принадлежащих лицу, имеющему право на вылов (добычу) водных биологических ресурсов, на праве собственности или используемых им на основании договора финансовой аренды (договора лизинга) или на основании

⁶ См.: Постановление о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 4-00-150/00-20-18 Российской Федерации // <https://fas.gov.ru/documents/622063>. Дата обращения: 12.07.2019.

⁷ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 03.07.2019) // СЗ РФ, 07.01.2002, № 1 (ч. 1), ст. 1.

⁸ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.04.2019 № 09АП-65504/2018 по делу № А40-72889/18 // [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/2d1f2008-1b92-42b4-b101-f26751391563/adddd9aa-11ac-4646-b1e4-376cd3d23702/A40-72889-2018_20190417_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True. Дата обращения: 12.07.2019.

⁹ См.: Федеральный закон от 20.12.2004 № 166-ФЗ (ред. от 01.05.2019) «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» // СЗ РФ, 27.12.2004, № 52 (ч. 1), ст. 5270.

договора фрахтования (бербоут-чартера или тайм-чартера) судов рыбопромыслового флота.

Необходимо отметить, что, исходя из буквального толкования указанной нормы, у лица, осуществляющего рыболовство, нет обязанности иметь принадлежащие ему на праве собственности рыбопромысловые суда. Такое судно может использоваться рыбодобывающими компаниями, например, на основании договора фрахтования. Вместе с тем наличие такого судна является неотъемлемой частью процесса вылова (добычи) водных биоресурсов. Таким образом, авторам представляется, что российское хозяйственное общество, осуществляющее деятельность по предоставлению рыбодобывающим компаниям судов на основании договора фрахтования, также может быть рассмотрено как осуществляющее стратегическую деятельность.

Аналогичный подход к отнесению того или иного вида деятельности к стратегическому, проиллюстрированный на примере вида деятельности по вылову (добыче) водных биологических ресурсов, по мнению авторов, может быть применен и к иным видам деятельности.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что подобный подход со стороны антимонопольного органа может коснуться не только сферы недропользования, но и иных сфер предпринимательской деятельности, являющихся предметом контроля со стороны Закона № 57-ФЗ.

Выводы

Рассмотренный организационно-правовой механизм контроля за осуществлением иностранными инвесторами «любых» сделок с российскими хозяйственными обществами и подходы к отнесению различных видов деятельности к стратегическим, по мнению авторов, несовершенен. В частности, неясно, действительно ли вызвана такая правоприменительная практика объективной необходимостью? Возможно ли использовать описанные в статье новые подходы к отнесению различных видов деятельности к стратегическим в рамках применения механизма контроля за осуществлением иностранными инвесторами «любых» сделок с российскими хозяйственными обществами?

Наш анализ выявил ряд новых проблем, с которыми могут столкнуться иностранные инвесторы в настоящее время, несмотря на то, что законодательство о контроле за иностранными инвестициями в Российской Федерации существует уже более десяти лет.

В частности, к ним следует отнести отсутствие правовой определенности в вопросах:

- 1) обязательности предварительного согласования с антимонопольным регулятором сделки с участием иностранного инвестора;
- 2) разграничения правовых последствий за нарушение положений Законов № 57-ФЗ и № 160-ФЗ, в зависи-

мости от фактического наличия угрозы обороне и безопасности Российской Федерации.

С одной стороны, новые подходы к определению стратегических видов деятельности можно считать адаптационным механизмом, используемым антимонопольным органом в рамках современных экономических условий (таких как введение экономических санкций против Российской Федерации США, странами Евросоюза и некоторыми другими странами, политика Российской Федерации по деофшоризации).

Однако уже на протяжении многих лет Правительство Российской Федерации указывает на необходимость создания благоприятных условий для привлечения инвестиций в российскую экономику¹⁰. Представляется, что для реализации указанной задачи необходим такой механизм государственного регулирования, который был бы основан на нормах и принципах международного права и национального законодательства, четко организован, обеспечивал баланс интересов государства и иностранных инвесторов и устанавливал «прозрачные» правила для инвестирования, формируя ясный и единообразный подход к применению нормативных положений как Закона № 57-ФЗ¹¹, так и Закона № 160-ФЗ [6].

Вместе с тем необходимо констатировать, что описанная правоприменительная практика антимонопольного органа не создает положительных предпосылок для повышения привлекательности российских хозяйственных обществ для потенциальных иностранных инвесторов.

По мнению авторов, в рамках существующего регулирования, для создания более четких и понятных иностранным инвесторам методов регулирования, целесообразно имплементировать подход антимонопольного органа к отнесению различных видов деятельности к стратегическим в существующий механизм предварительного согласования сделок, предусмотренный Законом № 160-ФЗ. Например, предусмотреть оговорку, которая позволит использовать виды деятельности, осуществляемые в целях выполнения стратегического вида деятельности либо являющиеся неотъемлемым технологическим процессом стратегического вида деятельности, в качестве критериев, по которым сделка с российским хозяйственным обществом может быть вынесена

¹⁰ См.: п. 1 Постановления Правительства Российской Федерации от 29.09.1994 № 1108 (ред. от 18.09.2004) «Об активизации работы по привлечению иностранных инвестиций в экономику Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 10.10.1994, № 24, ст. 2637; Заседание Правительства Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: <http://government.ru/news/33237/>. Дата обращения: 12.07.2019.

¹¹ Степанченко А. В. Иностранные инвестиции в стратегические отрасли экономики: некоторые проблемы применения Закона о стратегических иностранных инвестициях [Электронный ресурс]. URL: http://bmpravo.ru/show_stat.php?stat=929. Дата обращения: 12.07.2019.

Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций...

на рассмотрение Правительственной комиссии в соответствии с положениями Закона № 160-ФЗ.

Подобный подход позволит:

- избежать расширительного применения требований законодательства в отношении отдельных видов стратегической деятельности;
- создаст более четкое представление о случаях необходимости применения механизма контроля за осуществлением иностранными инвесторами «любых» сделок с российскими хозяйственными обществами;
- минимизирует затраты и издержки в рамках судебных тяжб, которые неминуемо несут как антимонопольный орган, так и иностранные инвесторы.

Как указывает М. Г. Дораев, введение процедуры допуска иностранных инвесторов в стратегические отрасли экономики, как и любое усиление роли государства, требует установления четких и понятных инвесторам правил игры, позволяющих обеспечить развитие стратегических отраслей без ущерба принципам рыночной экономики [7].

В связи с этим, по мнению авторов, чем понятнее для иностранных инвесторов процедуры допуска в различные отрасли экономики, чем четче установлены правила, позволяющие обеспечить развитие различных отраслей, а также чем прозрачнее условия привлечения инвестиций в Российскую Федерацию, тем более привлекательно выглядит сама возможность инвестирования. ■

Литература

1. Larson A. P., Marchik D. M. Foreign Investment and National Security: Getting the Balance Right // Council Special Report. 2006. July. № 18. 38 pp.
2. Mody A., Wheeler D. International Investment Location Decision // Journal of International Economics. 1992. Vol. 33. P. 57—76.
3. Вознесенская Н. Н. Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (сравнительно-правовой комментарий). М.: Контракт; ИНФРА-М, 2001. 220 с.
4. Алексеенко А. П. Существенное ограничение правомочий иностранного инвестора как критерий определения косвенной экспроприации прямых иностранных инвестиций: практика международных инвестиционных арбитражей // Международное публичное и частное право. 2014. № 6. С. 17—19.
5. Клеандров М. И. Суд для иностранного стратегического инвестора // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 31—39.
6. Степанченко А. В. Иностранные инвестиции в стратегические отрасли экономики: некоторые проблемы применения Закона о стратегических иностранных инвестициях // Бизнес, Менеджмент и Право. 2013. № 1. С. 78—84.
7. Дораев М. Г. Допуск иностранных инвесторов в стратегические отрасли экономики (правовые основы). М.: Инфотропик Медиа, 2012. 224 с.

Сведения об авторах

Акимова Ирина Владимировна: доцент Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, Партнер Адвокатского бюро BGP Litigation, руководитель антимонопольной практики, адвокат, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация

Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., 6, стр. 2, ДЦ «Империя»

Тел.: +7 (495) 777-28-20

E-mail: Irina.Akimova@bgplaw.com

Симакова Ксения Борисовна: юрист антимонопольной практики Адвокатского бюро BGP Litigation, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация

Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., 6, стр. 2, ДЦ «Империя»

Тел.: +7 (495) 777-28-20

E-mail: Kseniya.Simakova@bgplaw.com