

УДК 346.54
Научная специальность: 5.1.2
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2024-4-40-38-47>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2024

Критерии определения «национальности» инвестора в стратегических отраслях экономики

Мильчакова О.В.,

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

Аннотация

В статье рассмотрены некоторые вопросы ограничения иностранного участия в стратегических отраслях экономики, в том числе в рамках мер воздействия (противодействия) на недружественные действия иностранных государств.

На основе анализа правовых норм автором сформулированы критерии определения «национальности» инвестора, используемые для определения условий допуска иностранных лиц к хозяйственной деятельности на территории Российской Федерации, осуществлению контроля и иных корпоративных прав в отношении хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для экономики, обороны страны и безопасности государства.

«Национальность» инвестора влияет на сроки, порядок рассмотрения и принятие решений в рамках регуляторных согласований сделок по приобретению активов российских хозяйственных обществ и прекращению прав участия в таких обществах.

Ключевые слова: иностранные инвестиции; критерии определения «национальности»; стратегические отрасли экономики; безопасность государства; недружественные государства.

Для цитирования: Мильчакова О.В. Критерии определения «национальности» инвестора в стратегических отраслях экономики // Российское конкурентное право и экономика. 2024. № 4 (40). С. 38-47. <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2024-4-40-38-47>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов

Criteria for Determining the “Nationality” of an Investor in Strategic Sectors of the Economy

Olesya V. Milchakova,

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

Abstract

The article considers some issues of limiting foreign participation in strategic sectors of the economy, including as part of measures to influence (counteract) unfriendly actions of foreign states.

Based on the analysis of legal norms, the author formulated criteria for determining the “nationality” of an investor, used to determine the conditions for admission of foreign persons to economic activities on the territory of the Russian Federation, control and other corporate rights in relation to business entities of strategic importance for the economy, national defense and state security.

The investor's “nationality” affects the timing, procedure for consideration and decision-making within the framework of regulatory approvals of transactions for the acquisition of assets of Russian business entities and the termination of participation rights in such companies.

Keywords: foreign investments; criteria for determining “nationality”; strategic sectors of the economy; state security; unfriendly states.

For citation: Milchakova O.V. Criteria for determining the “nationality” of an investor in strategic sectors of the economy // Russian Competition Law and Economy. 2024;(4(40)):38-47, (In Russ.). <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2024-4-40-38-47>

The author declares no conflict of interest

В международном праве и научной юридической литературе [1, 2, 4] для определения государственной принадлежности физических и юридических лиц наряду с понятием «личного закона» — права страны, в соответствии с которым определяется правовой статус физического лица и организации, используется термин «национальность», для установления которой применяются общие и специальные критерии ее квалификации. К числу традиционно распространенных критериев «национальности» физических и юридических лиц относятся, в частности, критерии гражданства, инкорпорации и контроля.

Антимонопольное и инвестиционное законодательство придают значимость «национальности» инвестора для определения условий допуска иностранных лиц к хозяйственной деятельности на территории Российской Федерации, приобретению активов российских хозяйственных обществ, осуществляющих деятельность в стратегических отраслях экономики (корпоративных прав и имущества таких обществ).

К хозяйственным обществам, осуществляющим деятельность в стратегических отраслях экономики, прежде всего, относятся организации, осуществляющие или имеющие возможность осуществлять (на основании лицензии, иного специального разрешения или договора, либо в силу наличия инфраструктуры, материально-технических и производственно-экономических возможностей) любой из видов деятельности, имеющих стратегическое, то есть существенное значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, которые отражены в перечне, содержащемся в ст. 6 Закона № 57-ФЗ¹. В настоящее время перечень включает 51 пункт (в т. ч. п. 10¹), в которых объединены более 100 различных видов деятельности в разнообразных отраслях экономики и сферах промышленности, в т. ч. в области гидрометеорологии, атомной энергии, оборонной промышленности, криптографии и шифрования, авиационной, космической деятельности, недропользования, рыболовства, перевозки грузов морским, внутренним водным транспортом и др.

Другую группу стратегически важных хозяйственных обществ, для приобретения активов которых имеет значение «национальность» инвестора, составляют общества, соответствующие любому из критериев, определенных п. 10 ст. 6 Закона № 160-ФЗ² (участни-

ки национального проекта, градообразующие предприятия, доминирующие хозяйствующие субъекты, гарантирующие поставщики электрической энергии, региональные операторы по обращению с твердыми бытовыми отходами и др.).

В современных экономических и политических условиях «национальность» инвестора приобрела весо- мое значение для условий прекращения прав участия иностранных лиц в уставных капиталах любых российских обществ, прав на их имущество, а также для воз- можного ограничения (приостановления) в судебном порядке действия корпоративных прав в отношении экономически значимых организаций, принадлежа- щих иностранным холдинговым компаниям, связанным с так называемыми недружественными юрисдикци- ями³. Под экономически значимыми организациями понимаются хозяйственные общества, имеющие суще- ственное значение для обеспечения экономического суверенитета и экономической безопасности Российской Федерации, включенные в утверждаемый Пра- вительством Российской Федерации перечень и удов- летворяющие условиям, предусмотренным ч. 1 ст. 2 Закона № 470-ФЗ⁴ (о выручке, количестве работников, отнесении к субъектам критической информационной инфраструктуры, системно значимой кредитной орга- низации, участии в создании и модернизации высоко- производительных или высокооплачиваемых рабочих мест и пр.).

Необходимость противодействия недружествен- ным действиям некоторых иностранных государств и международных объединений, обеспечения фи- нансовой стабильности Российской Федерации в ус- ловиях санкционной экономической политики по- требовала от нашего государства выработки новых критериев определения «национальности» инвесто- ра, дополняющих начиная с 2022 г. российское зако- нодательство.

Следует отметить, что в зависимости от целей ре- гулирования и конкретного объекта инвестиционной деятельности в российском правовом порядке использует- ся сочетание различных критериев определения «на- циональности» физических и юридических лиц для их разграничения на отечественные и иностранные.

Результат такого разграничения и «националь- ность» инвестора влияют на отсутствие или воз-

¹ Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ (ред. от 28.04.2023) «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяй- ственные общества, имеющие стратегическое значение для обе- спечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

² Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ (ред. от 08.08.2024) «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

³ Перечень данных государств утвержден распоряжением Прави- тельства от 05.03.2022 № 430-р (ред. от 29.10.2022) // www.pravo.gov.ru. 07.03.2022.

⁴ Федеральный закон от 04.08.2023 № 470-ФЗ (ред. от 08.08.2024) «Об особенностях регулирования корпоративных отношений в хозяйственных обществах, являющихся экономически значи- мыми организациями» // www.pravo.gov.ru. 04.08.2023.

никновение ограничений в экономической деятельности, которые могут быть преодолимы при определенных условиях, в частности, при получении регуляторных согласований на совершение сделки, финансовой операции, иного действия, влекущих приобретение корпоративных прав в отношении российского хозяйственного общества, его имущества либо прекращение таких прав (Президента Российской Федерации, Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации, Минфина России или Банка России).

В отдельных случаях «национальность» инвестора влечет возникновение непреодолимых ограничений на осуществление инвестиций на территории Российской Федерации, например, безусловный запрет на установление контроля над стратегическим обществом со стороны так называемого публичного иностранного инвестора — иностранного государства, международной организации, находящихся под их контролем организаций (ч. 2 ст. 2 Закона № 57-ФЗ), либо на приобретение в собственность земельных участков, находящихся на приграничных территориях, для иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц (ч. 3 ст. 15 Земельного кодекса РФ)⁵.

С учетом действующего правового регулирования представляется обоснованным сформулировать следующие *критерии определения «национальности» инвестора*, применяемые в рамках государственного контроля инвестиционной деятельности в целом.

1. Критерий гражданства — подразумевает определение «национальности» инвестора — физического лица в зависимости от наличия или отсутствия у него гражданства Российской Федерации и гражданства иностранного государства.

По общему правилу иностранным лицом, в том числе иностранным инвестором, признается иностранный гражданин — физическое лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и имеющее доказательство наличия гражданства (подданства) иностранного государства (ч. 1 ст. 2 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ)⁶.

Особое значение этот критерий приобретает для определения «национальности» инвестора в случае наличия у физического лица двойного гражданства (в случае наличия у физического лица гражданства

(подданства) двух государств, между которыми заключен международный договор о двойном гражданстве, в котором урегулирован порядок возникновения и реализации прав и обязанностей таких лиц в данных государствах) или множественного гражданства (в случае наличия у физического лица гражданства (подданства) нескольких государств, между которыми не заключен международный договор о двойном гражданстве).

В российском законодательстве при применении критерия гражданства в зависимости от целей правового регулирования используется принцип «эффективного» гражданства, а также принцип, который представляется возможным именовать как принцип «формального» гражданства.

В первом случае имеет значение, с каким именно государством физическое лицо имеет действительную фактическую тесную связь, например, в виде длительного постоянного проживания, ведения предпринимательской деятельности, наличия недвижимости, иных бизнес-активов на территории государства.

Одним из широко известных первых прецедентов применения принципа «эффективного» гражданства является «дело Ноттебома», рассмотренное Международным Судом ООН в 1955 г. по жалобе Лихтенштейна против Гватемалы, с требованием о возмещении стоимости имущества Ноттебома (и возмещении вреда — при его наличии), находившегося на территории Гватемалы и арестованного правительством этой страны в 1949 г. Г-н Ноттебом, имеющий германское гражданство и с 1905 г. проживавший в Гватемале, в 1939 г. получил гражданство Лихтенштейна. В декабре 1941 г. Гватемала объявила войну Германии, в 1943 г. Ноттебом был арестован в Гватемале и интернирован на территорию США. Международный Суд ООН, отказывая Лихтенштейну в праве международной защиты Ноттебома за причиненные ему Гватемалой убытки, указал, что гарантии государственной принадлежности физического лица подлежат признанию другими государствами, если такая принадлежность основана на подлинной связи между этим лицом и государством. Отсутствие места жительства или длительного пребывания на территории Лихтенштейна, а также обстоятельств, свидетельствующих о переводе производственных и семейных дел на территорию этого государства, с учетом не прекращенных Ноттебомом тесных связей с Гватемалой и Германией, не позволило суду установить наличие критериев эффективности гражданства Лихтенштейна у Ноттебома [3, 4].

В российском гражданском праве правило «эффективного» гражданства используется при определении личного закона физического лица, имеющего гражданство нескольких государств, но не имеющего российское гражданство. Так, согласно п. 4 ст. 1195

⁵ Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (ред. от 08.08.2024) // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

⁶ Федеральный закон от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 08.08.2024) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

Гражданского кодекса⁷ при наличии у лица нескольких иностранных гражданств его личным законом считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства.

Для принципа «формального» гражданства не имеет значения наличие или отсутствие действительной связи с государством правового (реализация прав и выполнение политических и иных обязанностей на территории государства) или личного, экономического (проживание на территории государства, наличие имущества и пр.) характера. Наличие такой устойчивой правовой связи может быть подтверждено документами о приеме в гражданство, документами, удостоверяющими личность гражданина.

При этом российское законодательство использует различные подходы к определению «национальности» физического лица, исходя из наличия у него «формального» российского или иностранного гражданства, — по выбору лица или императивное правило об отнесении лица к иностранным лицам, в том числе инвесторам.

Так, например, согласно ч. 1 ст. 10 Закона о гражданстве РФ⁸ гражданин Российской Федерации, имеющий двойное или множественное гражданство, рассматривается Российской Федерацией только как гражданин Российской Федерации вне зависимости от места его проживания, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом или международным договором Российской Федерации.

В то же время п. 3 ст. 156 Семейного кодекса РФ⁹ в части регулирования отношений по заключению брака на территории Российской Федерации предусмотрено, что при наличии у лица гражданства нескольких государств применяется по выбору данного лица законодательство одного из этих государств.

При регулировании вопросов предоставления льгот и дополнительных гарантий иностранным инвестором признается, прежде всего, иностранный гражданин. Гражданин Российской Федерации, имеющий также иностранное гражданство, не признается иностранным инвестором (ст. 2 Закона № 160-ФЗ).

Аналогичным образом при применении введенных указами Президента Российской Федерации временных мер экономического характера по обеспечению финансовой стабильности Российской Федерации,

связанных с приобретением и прекращением корпоративных прав в отношении российских хозяйственных обществ, их имущества иностранными лицами, связанными с недружественными государствами, таким иностранным лицом не признается гражданин Российской Федерации, имеющий также иностранное гражданство или иную связь правового или личного характера с недружественным иностранным государством¹⁰.

Для регулирования инвестиционной деятельности в стратегических отраслях экономики в целях обеспечения обороны страны и безопасности государства законодателем установлено императивное правило о признании иностранным инвестором не только иностранного гражданина, но и физического лица, имеющего, помимо российского, также гражданство иностранного государства (п.п. 4, 5 ч. 2 ст. 3 Закона № 57-ФЗ, ст. 2, п. 5 ст. 6 Закона № 160-ФЗ). Аналогичный подход используется при государственном анти-монопольном контроле.

Представляется, что такой подход (принцип «формального» иностранного гражданства) должен применяться и в рамках временных мер экономического характера по обеспечению финансовой стабильности Российской Федерации, введенных соответствующими указами Президента Российской Федерации (для чего необходимо внесение в них корреспондирующих изменений), поскольку цели, для достижения которых они приняты, могут быть нивелированы, например, в случае если российский гражданин, имеющий гражданство недружественного иностранного государства, при управлении приобретенными активами будет руководствоваться задачами, противными интересам нашей страны.

Нельзя не учитывать, что гражданство — это устойчивая правовая связь человека с государством, которая порождает взаимные права и обязанности. Следовательно, если между двумя государствами, гражданином которых является один человек, возникает военный конфликт, такой человек буквально вынужден «пустить себе пулю в лоб», исполняя военные обязанности одновременно перед обоими государствами.

⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. 3) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 08.08.2024) // Росс. газета. 28.11.2001.

⁸ Федеральный закон от 28.04.2023 № 138-ФЗ (ред. от 08.08.2024) «О гражданстве Российской Федерации» // www.pravo.gov.ru. 28.04.2023.

⁹ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 31.07.2023) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

¹⁰ См., например: Указ Президента Российской Федерации от 01.03.2022 № 81 (ред. от 20.05.2024) «О дополнительных временных мерах экономического характера по обеспечению финансовой стабильности Российской Федерации» // www.pravo.gov.ru. 05.03.2022; Указ Президента Российской Федерации от 08.09.2022 № 618 (ред. от 15.10.2022) «Об особом порядке осуществления (исполнения) отдельных видов сделок (операций) между некоторыми лицами» // www.pravo.gov.ru. 08.09.2022; п. 1.10 Официального разъяснения Банка России от 18.03.2022 № 2-ОР (ред. от 02.06.2023) // СПС КонсультантПлюс (Дата обращения: 29.11.2024).

Несмотря на утрированность данного тезиса, он обосновывает введение законодателем критерия «гражданства» при определении национальности инвестора, участвующего в деятельности хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также необходимости его введения в рамках временных мер экономического характера по обеспечению финансовой стабильности государства.

2. Критерий инкорпорации — определяет «национальность» инвестора — организации в зависимости от места учреждения (регистрации) юридического лица (или соответственно иной организации, не имеющей статуса юридического лица, но обладающей инвестиционной правосубъектностью), т. е. территории определенного государства, на которой создана (зарегистрирована) организация.

При этом для целей Закона № 57-ФЗ иностранное юридическое лицо и иностранная организация, не имеющая статуса юридического лица, признаются иностранными инвесторами вне зависимости от того, находятся ли такие лица под контролем гражданина РФ, не имеющего иного гражданства или вида на жительство в иностранном государстве (в случае нахождения под таким контролем и при соблюдении условий, установленных ч. 9 ст. 2 Закона № 57-ФЗ, применяются исключения из применения Закона № 57-ФЗ о необходимости получения разрешений на сделку в установленном данным законом порядке).

В Законе № 470-ФЗ также не содержится каких-либо исключений для отнесения к иностранным холдинговым компаниям иностранных юридических лиц, находящихся под контролем граждан Российской Федерации, не имеющих или имеющих иностранное гражданство. Однако для целей Закона № 160-ФЗ иностранная организация, находящаяся под контролем российского юридического лица или гражданина Российской Федерации, не имеющего иностранного гражданства, не признается иностранным инвестором (ст. 2, п. 5 ст. 6 Закона № 160-ФЗ).

Схожий подход используется и для большинства указов Президента Российской Федерации — о временных мерах экономического характера по обеспечению финансовой стабильности государства. Так, лицами иностранных государств, совершающих в отношении Российской Федерации, российских юридических лиц и физических лиц недружественные действия, не признаются лица, отвечающие одновременно следующим требованиям:

а) они находятся под контролем российских юридических лиц или физических лиц (конечными бенефициарами являются Российская Федерация, российские юридические лица или физические лица), в том числе если этот контроль осуществляется через иностран-

ные юридические лица, связанные с такими иностранными государствами;

б) информация о контроле над ними раскрыта указанными российскими юридическими лицами или физическими лицами, российским налоговым органом в соответствии с требованиями ст. 25¹³ Налогового кодекса Российской Федерации.

3. Критерий оседлости — устанавливает «национальность» инвестора — физического лица в зависимости от наличия или отсутствия у него вида на жительство или иного действительного документа, подтверждающего право на постоянное проживание в иностранном государстве (как бессрочного, так и имеющего ограниченный срок действия), а «национальность» организации — в зависимости от места нахождения (или регистрации) органа управления такой организации.

Применительно к физическим лицам данный критерий при регулировании рассматриваемых групп правоотношений прямо предусмотрен только Законом № 57-ФЗ: иностранным инвестором признается гражданин Российской Федерации, имеющий вид на жительство или иной действительный документ, подтверждающий право на постоянное проживание в иностранном государстве, а также лицо без гражданства, которое постоянно проживает за пределами Российской Федерации.

Представляется, что этот критерий, введенный в Закон № 57-ФЗ с 9 мая 2023 г., обусловлен текущей геополитической ситуацией, контрсанкционными мерами в рамках противодействия решениям недружественных государств и направлен на снижение рисков принятия решений лицами, контролирующими стратегические хозяйственные общества, решений, противоположных интересам России.

Так, с одной стороны, получение российским гражданином вида на жительство в иностранном государстве не влечет прекращение у него гражданства России, не предоставляет права на автоматическое получение гражданства иностранного государства, но может предшествовать получению такого гражданства. С другой стороны, лица, имеющие вид на жительство в иностранном государстве, как правило, имеют имущество на территории этого государства, счета в банках, определенные обязанности перед иностранными государственными органами и коммерческими организациями, семью, проживающую совместно с ними. Выдача и продление вида на жительство может зависеть от поведения лица, обращающегося за его получением и продлением, от лояльности его отношения к проводимой иностранным государством санкционной политике в отношении России, российских юридических и физических лиц. В связи с этим такие лица могут действовать несамостоятельно при принятии корпоративных решений в отноше-

нии российских стратегических обществ, находясь в определенной степени зависимости от решений, указаний, политики недружественных государств, например, запрещать или препятствовать заключению и (или) исполнению контрактов на производство и поставку продукции в рамках государственного оборонного заказа.

В отношении организаций в российском законодательстве не используется критерий оседлости, возможно, в связи с установленным правилом о необходимости регистрации российских юридических лиц по месту нахождения их постоянно действующих исполнительных органов. В то же время в зарубежных правовых порядках распространено отсутствие аналогичного требования к регистрации юридических лиц, что позволяет в праве иностранных государств применять критерий оседлости исходя из фактического или зарегистрированного места нахождения исполнительных органов таких лиц.

4. Критерий центра эксплуатации — определяет «национальность» инвестора в зависимости от места осуществления основной коммерческой (производственной) деятельности. Этот критерий не используется в Законах № 57-ФЗ и № 160-ФЗ, что представляется необоснованным.

Указы Президента Российской Федерации о временных мерах экономического характера по обеспечению финансовой стабильности Российской Федерации и Закон № 470-ФЗ к недружественным иностранным лицам относят в том числе иностранных лиц, местом преимущественного ведения хозяйственной деятельности которых является недружественное государство.

В российском законодательстве отсутствует понятие хозяйственной деятельности, в основе которого, очевидно, находится термин «хозяйствование». При этом данное понятие шире понятия «предпринимательской деятельности», определение которой дано в ст. 2 Гражданского кодекса (самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг).

С учетом того, что хозяйствование предполагает ведение и управление хозяйством, которое может быть домашним, семейным, в государственном или муниципальном образовании, в коммерческой и некоммерческой организации, в научной литературе имеет место определение хозяйственной деятельности как «совокупности всех трудовых действий людей, направленных на отдельные стороны жизнедеятельности человека в окружающем мире для удовлетворения своих потребностей. Хозяйственная деятельность может вестись как с целью извлечения прибыли, например, в предпринимательстве, так и с целью получения

или создания материальных благ, например, в личном подсобном хозяйстве без цели реализации» [5].

В свою очередь, сложившаяся судебная арбитражная практика «под обычной хозяйственной деятельностью понимает любые операции, которые приняты в текущей деятельности соответствующего субъекта либо иных сходных хозяйствующих субъектов, независимо от того, совершались такие операции юридическим лицом ранее или нет, если только они не приводят к прекращению деятельности организации или изменению ее вида либо существенному изменению ее масштабов»¹¹.

Одновременно представляется, что при применении рассматриваемого критерия допустимым может являться также комплексное фактическое использование указанного выше критерия «оседлости» (который прямо не указан в качестве условия определения «национальности» юридических лиц в российском законодательстве) в случае фактического или зарегистрированного места нахождения органов управления иностранной организации на территории недружественного государства. Аналогичным образом факт постоянного проживания или наличие документа, предоставляющего право на постоянное проживание на территории недружественного государства, может быть одним из оснований подтверждения факта преимущественного ведения хозяйственной деятельности и наличия связи физического лица с таким государством.

5. Критерий центра получения прибыли (центра «влияния») — устанавливает «национальность» инвестора — физического или юридического лица в зависимости от места происхождения источников его поддержки и (или) оказываемого на него влияния в иных формах.

Такой критерий используется при отнесении к иностранным инвесторам в рамках Закона № 57-ФЗ иностранных агентов, осуществляющих политическую деятельность, целенаправленный сбор сведений в области военной, военно-технической деятельности РФ, распространение предназначенных для неограниченного круга лиц сообщений и материалов и (или) участие в создании таких сообщений и материалов, иные виды деятельности, установленные ст. 4 Закона № 255-ФЗ¹².

¹¹ См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 11.11.2022 № 307-ЭС19-4636(23-25) по делу № А56-116888/2017 // СПС КонсультантПлюс (Дата обращения: 29.11.2024).

¹² Федеральный закон от 14.07.2022 № 255-ФЗ (ред. от 15.05.2024) «О контроле за деятельностью лиц, находящихся под иностранным влиянием» // www.pravo.gov.ru. 14.07.2022.

К иностранным агентам могут быть отнесены осуществляющие указанные виды деятельности российские, иностранные юридические лица; общественные объединения, действующие без образования юридического лица; физические лица, независимо от их гражданства или при его отсутствии, которые получили поддержку и (или) находятся под иностранным влиянием в иных формах. Под иностранным влиянием понимается предоставление иностранным источником лицу поддержки и (или) оказание воздействия на лицо, в т. ч. путем принуждения, убеждения и (или) иными способами. При этом под поддержкой понимается предоставление лицу иностранным источником денежных средств и (или) иного имущества, а также оказание лицу иностранным источником организационно-методической, научно-технической помощи, помощи в иных формах (ст. 1, 2 Закона № 255-ФЗ).

При применении временных мер экономического характера по обеспечению финансовой стабильности Российской Федерации, введенных соответствующими указами Президента Российской Федерации, и ограничении (приостановлении) корпоративных прав в отношении экономически значимых организаций в рамках Закона № 470-ФЗ соответственно к недружественным иностранным лицам или к иностранным холдинговым компаниям относятся в том числе лица, местом преимущественного извлечения прибыли от деятельности которых являются государства, совершающие недружественные действия в отношении Российской Федерации, российских юридических лиц и физических лиц.

С учетом того, что критерии «преимущественного» извлечения прибыли нормативно не закреплены, объективно представляется, что в данном случае имеются в виду случаи, при которых извлечение более половины объема ежегодной (или за срок деятельности организации, если он составляет менее года) прибыли организации или физического лица от осуществляемой ими деятельности составляют денежные средства, поступившие от недружественных государств, физических лиц или организаций, связанных с такими государствами, или иных лиц, находящихся на территории таких государств.

6. Критерий контроля — позволяет «снять корпоративную вуаль» с организации и определить «национальность» инвестора — организации в зависимости от «национальности» лиц, под контролем которых находится такая организация.

В международном праве начало практического применения данного критерия связывают с делом «Даймлер против Континенталь» ("Daimler Co Ltd v Continental Type Company"), рассмотренным в 1916 г. Палатой лордов Великобритании в качестве высшей судебной инстанции по спору между компанией «Даймлер», отказавшейся выплачивать долг ком-

пании «Континенталь» за поставленные шины со ссылкой на недопущение нарушения запрета, установленного в Великобритании в связи с Первой мировой войной Законом о торговле с врагом в 1914 г. (Trading with the Enemy Act).

Компания «Континенталь» с уставным капиталом 25 тысяч фунтов стерлингов, разделенных на акции по одному фунту стерлингов, была учреждена в Великобритании, но все ее акционеры, за исключением владельца одной акции (подданного Великобритании), являлись гражданами Германии. Суды первой и апелляционной инстанций посчитали, что компания осталась английской независимо от места жительства ее акционеров или директоров до или после объявления войны, поскольку факт регистрации не является простой формальностью. Однако Палата лордов отменила решения нижестоящих судов, признав компанию немецкой. Безусловно, что «в той мере, в какой обязательства и ограничения... основаны на преданности или лояльности субъекта» и «применение таких идей к компании с ограниченной ответственностью неуместно», а «преданность и лояльность по своей природе являются личными качествами» и «к зарегистрированной компании нельзя с надлежащей точностью применять такие термины, как если бы она была субъектом, подверженным эмоциям, страстям или чувству долга». В то же время «у компании, зарегистрированной в Великобритании, могут быть акционеры и директора, являющиеся гражданами враждебных государств. Сделки или торговля с любым из них становятся незаконными». При этом «аналогию можно найти в понятии "контроль", которое, если и не очень знакомо юристам, имеет огромное значение и хорошо понимается в торговле и финансах. Действия органов компании, ее директоров, менеджеров, секретаря и так далее, совершенные в рамках их полномочий, являются действиями компании и могут придать ей враждебный характер»¹³.

Подходы к применению критерия контроля для определения «национальности» инвестора в рассматриваемых областях российского законодательства в целом схожи, но в то же время имеют и определенные отличия.

Так, для целей Законов № 57-ФЗ и № 160-ФЗ иностранным инвестором признается организация не только в случаях, если другой иностранный инвестор имеет право прямо или косвенно распоряжаться

¹³ Judgment. House of Lords. (On Appeal from the Court of Appeal in England.). Friday, June 30, 1916. [1916] UKHL 845, 53 SLR 845. URL: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1916/53SLR0845.html> (Дата обращения: 28.10.2024).

более 50% голосов, приходящихся на акции (доли), составляющие уставный капитал такой организации, или право назначать единоличный исполнительный орган и (или) право назначать или безусловную возможность избирать более 50% состава коллегиального органа управления такой организации, выполняет функции управляющей компании этой организации, но и в случаях, если другой иностранный инвестор имеет право или полномочие либо иную возможность определять решения, принимаемые указанной организацией, включая условия осуществления данной организацией предпринимательской деятельности, в том числе если такой иностранный инвестор имеет право прямо или косвенно распоряжаться 50% и менее указанного количества голосов, приходящихся на акции (доли), составляющие уставный капитал указанной организации.

При этом в отличие от Закона № 57-ФЗ для целей контроля сделок в рамках Закона № 160-ФЗ иностранным инвестором не признается организация, находящаяся под совокупным контролем нескольких иностранных инвесторов, не входящих в одну группу лиц (при условии, что такая организация не находится под контролем одного иностранного инвестора).

В рамках применения временных мер экономического характера по обеспечению финансовой стабильности Российской Федерации, введенных соответствующими указами Президента Российской Федерации, к недружественным иностранным лицам относятся лица, в том числе находящиеся под контролем недружественных государств или физических или юридических иностранных лиц, связанных с недружественными государствами. Для определения факта наличия такого контроля используются признаки, указанные в Законе № 57-ФЗ¹⁴.

Для целей Закона № 470-ФЗ иностранной холдинговой компанией признается в том числе иностранное юридическое лицо, в состав участников (акционеров) которого входят лица, связанные с недружественными государствами, в совокупности владеющие не менее чем 50% голосующих акций (долей в уставном капитале) такого иностранного юридического лица.

Закключение

Специфика целей законодательства об иностранных инвестициях в стратегических отраслях экономики (как и Закон № 57-ФЗ) не позволяет использовать

единственный критерий определения «национальности» инвестора. Только комплексное сочетание широко распространенных традиционных критериев (гражданства, инкорпорации, контроля), так и дополнительно нетипичных (оседлости, центра получения прибыли («центра влияния»), центра эксплуатации) позволяет обеспечить соблюдение баланса публичных интересов по привлечению иностранных инвестиций в экономику и защите обороны страны и безопасности государства, национального экономического суверенитета Российской Федерации.

Введение предложенных критериев определения «национальности» инвестора в указах Президента Российской Федерации о временных мерах экономического характера по обеспечению финансовой стабильности государства и в Закон № 57-ФЗ оправдано целями обеспечения обороны страны и безопасности государства в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации и не должно оказать серьезного влияния на приток иностранного капитала в Россию, поскольку стратегические предприятия составляют не более 5% от общего количества субъектов экономической деятельности. ■

Список источников [References]

1. Фархутдинов И.З., Данельян А.А. Государственная принадлежность иностранного инвестора: проблемы определения // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. 2011. № 4 (24). С. 177-185 [Farkhutdinov I.Z., Danelyan A.A. Nationality of a foreign investor: problems of determination // Bulletin of the Institute of Legislation of the Republic of Kazakhstan. 2011;(4):177-185. (In Russ.)]
2. Еремينا Ю.И. Критерии определения личного закона и национальности юридического лица // *Juvenis Scientia*. 2015. № 1. С. 89-94 [Eremina Y.I. Criteria to define the nationality and personal law of a legal entity // *Juvenis Scientia*. 2015;(1):89-94. (In Russ.)]
3. Решетнева Т.В. Применение принципа эффективного гражданства в международной практике государств: общие положения // Вестник Южно-Уральского гос. ун-та. Серия: Право. 2008. № 2 (102). С. 20-23 [Reshetneva T.V. Application of the principle of effective nationality in international State practice: general provisions // Bulletin of the South Ural State University. Series: Law. 2008;(2):20-23. (In Russ.)]
4. Новикова Т.В., Полонская К.Д. Национальность инвестора в практике международного центра по урегулированию инвестиционных споров и трибуналов ЮНСИРАЛ // Теория и практика общественного развития. 2015. № 6. С. 77-81 [Novikova T.V., Polonskaya K.D. Investor's nationality in the practice of the international centre for settlement of investment

¹⁴ См.: Письмо Минфина России от 13.10.2022 № 05-06-14PM/99138 «Официальные разъяснения № 1 по вопросам применения Указа Президента Российской Федерации от 8 сентября 2022 г. № 618» // СПС КонсультантПлюс (Дата обращения: 29.11.2024).

disputes and UNCITRAL tribunals // Theory and Practice of Social Development. 2015;(6):77-81. (In Russ.)]

5. Частнов К.С., Калеев Н.В. Понятие «хозяйственная деятельность» // Балтийский гуманитарный журнал. 2016. Т. 5. № 3 (16). С. 282-284 [Chastnov K.S., Kaleev N.V. The concept of "economic activity" // Baltic Humanitarian Journal. 2016;5(3):282-284. (In Russ.)]

Сведения об авторе

Мильчакова Олеся Владимировна: кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), начальник Управления контроля иностранных инвестиций ФАС России
ovmilchakova@fas.gov.ru
SPIN-код: 5078-6017

Статья поступила в редакцию: 28.10.2024
Одобрена после рецензирования: 28.11.2024
Принята к публикации: 02.12.2024
Дата публикации: 27.12.2024

The article was submitted: 28.10.2024
Approved after reviewing: 28.11.2024
Accepted for publication: 02.12.2024
Date of publication: 27.12.2024