

УДК 336.6

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Конкретизация или расширительное толкование закона? (О новых подходах к государственному регулированию иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики)

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

**Симакова К. Б.,
Анпилогов А. А.,**
Адвокатское бюро
BGP Litigation,
г. Москва

Аннотация

В статье исследованы новые подходы Федеральной антимонопольной службы к применению отдельных положений законодательства по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение.

Исследован вопрос соотношения понятий «контроль» и «возможность блокирования решений», выявлены проблемы правовой неопределенности в вопросах обязательности предварительного согласования сделки, в рамках которой иностранный инвестор планирует приобрести акции (доли) хозяйственного общества, осуществляющего смежный по отношению к стратегическому вид деятельности.

Авторы пришли к выводу о необходимости и целесообразности отнесения хозяйственного общества к числу стратегических на основании законодательства в силу осуществления им вида деятельности, являющегося смежным по отношению к стратегическому.

Ключевые слова: иностранные инвестиции, контроль, стратегические общества, сделки.

Concretization or broader interpretation of the law? (New approaches to state regulation of foreign investment in strategic sectors of the economy)

Irina V. Akimova,

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

Ksenia B. Simakova,

Artem A. Anpilov,
BGP Litigation Law Office,
Moscow

Annotation

The article explores the new approaches of the Federal Antimonopoly Service to the application of certain provisions of the law on the control of foreign investment in business entities of strategic importance.

The question of the correlation of the concepts of “control” and “the possibility of blocking decisions” was examined, as well as the problems of legal uncertainty re mandatory preliminary approval of a transaction in which a foreign investor plans to purchase shares of a business entity that is related to the strategic type of activity.

The authors concluded that it is necessary and advisable to classify a business company as strategic based on legislation by its implementation of a type of activity that is adjacent to strategic.

Keywords: *foreign investment, control, strategic companies, transactions.*

Инвестиционная деятельность — сложный и многогранный процесс, требующий со стороны инвесторов четкого исполнения всех предусмотренных законодательством требований к ее осуществлению [1, с. 38].

Особое место в инвестиционной деятельности занимает инвестирование в стратегические отрасли экономики. В Российской Федерации инвестирование в хозяйственные общества, осуществляющие стратегические виды деятельности, регулируются специальным законом — 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).

Ограничения для иностранных лиц при осуществлении инвестиций в стратегические отрасли экономики

Законом № 57-ФЗ установлены изъятия ограничительного характера для иностранных инвесторов при их участии в уставных капиталах стратегических организаций, установлении контроля и (или) совершении указанными лицами сделок, предусматривающих приобретение в собственность, владение или пользование ими имущества, которое относится к основным производственным средствам таких обществ [2, с. 40]. К стратегическим относятся организации, которые осуществляют деятельность в наиболее значимых для Российской Федерации секторах экономики.

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.

В числе критериев отнесения отрасли экономики России к стратегической можно выделить следующие основные характеристики:

1) политическая — критическое значение отрасли экономики для национальной безопасности;

2) экономическая — высокий потенциал отрасли экономики для обеспечения социально-экономического развития государства и повышения международной конкурентоспособности его национальной экономики [3, с. 48—58].

В настоящее время в соответствии со ст. 6 Закона № 57-ФЗ выделено 46 видов деятельности, осуществление которых позволяет отнести организацию к стратегической, в частности добыча водных биологических ресурсов, разведка и добыча полезных ископаемых на участках недр федерального значения, авиационная безопасность, деятельность в сфере государственного оборонного заказа и космическая деятельность.

При этом Закон № 57-ФЗ не различает основной и вспомогательные стратегические виды деятельности общества [4, с. 374].

Таким образом, в случае превышения пороговых значений при приобретении активов таких организаций иностранные инвесторы должны уведомлять антимонопольный орган или подавать ходатайства о предварительном согласовании сделки, если ее результатом станет установление контроля над стратегической организацией.

Например, при приобретении более 50% акций стратегической организации, осуществляющей деятельность по промышленному рыболовству (добыча водных биологических ресурсов) в территориальных водах России, иностранному инвестору необходимо подать ходатайство в ФАС России в целях предварительного согласования такой сделки с Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации (далее — Правительственная комиссия).

«Неявные» административные барьеры при осуществлении иностранных инвестиций в российские стратегические общества

Учитывая, что процесс правотворчества и правоприменения находится в динамике, антимонопольным органом разрабатываются новые подходы в области государственного регулирования осуществления иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики.

Так, одним из последних таких подходов стало признание контроля иностранного инвестора над стратегическим обществом, выразившееся в возможности блокировать решения его органов управления, что, по мнению антимонопольного органа, позволяет иностранному инвестору определять условия осуществления стратегическим обществом предпринимательской деятельности.

Подобное равенство между понятиями «контроль» и «блокировка» в ряде заключений ФАС России о нахождении стратегического общества под контролем иностранного инвестора в настоящее время является предметом обжалования в суде первой инстанции².

Вместе с тем согласно позиции авторов Научно-практического комментария к Закону № 57-ФЗ, который был подготовлен с участием сотрудников ФАС России, права «блокировать решения» для целей названного закона не являются правами «определять решения». Указанное следует из системного толкования Закона № 57-ФЗ и, в частности, из того, что:

■ Закон № 57-ФЗ содержит специальный термин «возможность блокировать решения органов управления», который не используется в п. 2 ч. 1 ст. 5 Закона № 57-ФЗ;

■ иностранным государствам, международным организациям и находящимся под их контролем организациям, в том числе созданным на территории Российской Федерации, а также иностранным инвесторам, не представляющим информации, и компаниям под их контролем запрещено приобретать контроль над стратегическими обществами, но разрешено, при условии получения предварительного согласия, приобретать возможность блокировать решения органов управления. Если бы возможность «блокировать» решения была эквивалентна праву «определять» решения, то в силу п. 2 ч. 1 ст. 5 Закона № 57-ФЗ лицо, располагающее правом вето в отношении решений стратегического общества, считалось бы осуществляющим контроль над таким обществом [2, с. 134—135].

Таким образом, судам предстоит решить вопрос о наличии знака равенства между понятиями «контроль» и «блокировка» и, в случае если решение будет принято в пользу подхода антимонопольного органа, обозначить критерии такого равенства.

Однако наиболее важным, на наш взгляд, является новый подход, в соответствии с которым организации, осуществляющие смежные по отношению к стратегическим виды деятельности, могут быть признаны стратегическими обществами.

Так, в настоящее время, по мнению антимонопольного органа, в некоторых случаях организация, не являясь стратегической, может оказывать комплекс услуг, которые входят в состав основных процессов осуществления стратегического вида деятельности. В связи с этим сделки в отношении таких организаций подлежат контролю со стороны государства.

ФАС России вынесла решение, в котором указала о том, что сделка подлежит предварительному согласованию в соответствии с требованиями

² Напр.: Дело № А40-123813/19. [Электронный ресурс] URL <https://kad.arbitr.ru/Card/1d4b02e0-60f9-46ea-9df5-44ce7468735e> (Дата обращения: 28.10.2019).

Конкретизация или расширительное толкование закона? (О новых подходах к государственному...

Закона № 57-ФЗ, поскольку приобретаемое общество оказывает сервисные услуги на участках недр федерального значения в целях геологического изучения недр и (или) разведки и добычи полезных ископаемых, и поэтому общество следует рассматривать в качестве стратегического общества на основании п. 39 ст. 6 Закона № 57-ФЗ, и позднее оштрафовала иностранного инвестора³ в соответствии с ч. 1 ст. 19.8.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях⁴ за совершение сделки по слиянию, в результате которой он установил контроль над организацией, которая осуществляет послепродажное техническое обслуживание, ремонт оборудования и оказание услуг по спуску обсадных колонн в скважину на участках недр федерального значения.

Указанное решение было мотивировано тем, что деятельность организации относится к организационно-техническим мероприятиям, обеспечивающим рациональное извлечение жидких и газообразных углеводородов из месторождений, то есть в целях разведки и добычи полезных ископаемых.

Указанный подход антимонопольного органа к определению стратегических видов деятельности нашел поддержку со стороны арбитражных судов.

Арбитражный суд Московского округа в своем постановлении по делу № А40-72889/2018 оставил в силе решения судов первой и апелляционной инстанции⁵, вставших на сторону ФАС России. Мотивируя свою позицию, арбитражные суды, ссылаясь на нормативные правовые и ведомственные акты, отметили, что деятельность по техническому обслуживанию, ремонту и спуску обсадных колонн относится к комплексной деятельности по бурению, а значит, осуществляется в целях геологического изучения или разведки и добычи полезных ископаемых, что является неотъемлемой частью процесса добычи нефти.

Судами также было отмечено, что отсутствие лицензии на осуществление вида деятельности, имеющего стратегическое значение для обеспечения обороны

страны и безопасности государства, не влияет на отнесение или неотнесение хозяйственного общества к стратегическим. Более того, ряд видов деятельности не требует наличия каких-либо разрешительных документов, в том числе лицензий, для их осуществления.

Казалось бы, что критерием отнесения общества к стратегическим является непосредственно факт осуществления им стратегического вида деятельности, а не наличие у него лицензий, сертификатов и (или) иных разрешительных документов.

По мнению авторов, это утверждение справедливо только для тех видов деятельности, осуществление которых не требует получения каких-либо разрешительных документов, однако наличие у организации лицензии на осуществление стратегического вида деятельности, несмотря на факт осуществления или неосуществления такой деятельности, позволяет всегда отнести ее к стратегическим.

Так, иностранный инвестор был оштрафован ФАС России⁶ за непредставление уведомления о приобретении 50% акций другой иностранной компании, которая осуществляла контроль над российским хозяйственным обществом. На момент совершения сделки данное общество было признано ФАС России стратегическим ввиду наличия соответствующих лицензий ФСБ России на разработку, производство шифровальных (криптографических средств), защищенных с помощью шифровальных (криптографических) средств информационных и телекоммуникационных систем; осуществление технического обслуживания шифровальных (криптографических) средств и распространение шифровальных (криптографических) средств. При этом согласно официальной отчетности и предоставленным обществом пояснениям оно не осуществляло вышеуказанный вид деятельности за период действия лицензии.

Правовая неопределенность при выявлении смежных стратегических видов деятельности и необходимость в конкретизации положений Закона № 57-ФЗ

Учитывая зарождающуюся тенденцию по выявлению видов деятельности, которые являются смежными по отношению к стратегическим, можно сделать вывод, что подобный контроль со стороны антимонопольного органа коснется не только сферы недропользования, но и иных сфер предпринимательской деятельности, являющихся предметом контроля со стороны Закона № 57-ФЗ [5, с. 30—35].

³ См.: Постановление о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 4-00-150/00-20-18. [Электронный ресурс] URL <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-inostrannyh-investitsiy/tsa-21782-18/?query=4-00-150/00-20-18> (Дата обращения: 28.10.2019).

⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 02.08.2019) // СЗ РФ. 07.01.2002. № 1 (ч. 1), ст. 1.

⁵ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.08.2019 № Ф05-14552/2018 по делу № А40-72889/2018. [Электронный ресурс] URL https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/2d1f2008-1b92-42b4-b101-f26751391563/0bef218a-e322-4ac1-8039-006775b7ee28/A40-72889_2018_20190812_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (Дата обращения: 28.10.2019).

⁶ См.: Постановление о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 4-00-64/00-20-15 от 19.05.2015. [Электронный ресурс] URL <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-inostrannyh-investitsiy/tsa-24485-15/?query=4-00-64/00-20-15> (Дата обращения: 28.10.2019).

Правовая неопределенность при выявлении смежных стратегических видов деятельности, по мнению авторов, создает необходимость детальной конкретизации положений Закона № 57-ФЗ в части видов экономической деятельности, которые могут быть отнесены к стратегическим.

Более того, подобная конкретизация уже прослеживается в Законе № 57-ФЗ на примере пунктов 11—13 (разработка, производство, распространение и техническое обслуживание шифровальных (криптографических) средств), 17—20 (разработка, производство, ремонт и утилизация вооружения и военной техники), 30—33 (разработка, производство, ремонт, испытание авиационной техники).

Конкретизация положений Закона № 57-ФЗ, связанных с описанием стратегических видов деятельности, позволит:

- упростить и сделать прозрачным процесс инвестирования как в стратегические, так и в иные отрасли экономики;
- избежать расширительного толкования положений Закона № 57-ФЗ;
- минимизировать как количество судебных споров об обжаловании ненормативных правовых актов антимонопольного органа, так и судебные издержки сторон;
- повысить инвестиционную привлекательность России.

Представляется, что такая конкретизация положений действующего законодательства позволит избежать расширительного толкования, а также даст иностранным инвесторам более структурированное и четкое понимание действий, которые должны быть совершены до приобретения тех или иных активов [6, с. 158].

В связи с этим сложный и неоднозначный процесс регулирования инвестиций в различные отрасли российской экономики, по мнению авторов, требует всестороннего рассмотрения и возможного исключения «неявных» барьеров для иностранных инвесторов, которые затрудняют инвестиционное планирование и могут создавать препятствия для притока капитала в российскую экономику. ■

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. Акимова А. В., Симакова К. Б. Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики // Российское конкурентное право и экономика. 2019. № 3. С. 30—35.
3. Дораев М. Г. Допуск иностранных инвесторов в стратегические отрасли экономики как средство государственного регулирования инвестиционной деятельности // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право в России и за рубежом». 2013. № 1. С. 48—58.
4. Дораев М. Г. Допуск иностранных инвесторов в стратегические отрасли экономики (правовые основы). М.: Инфотропик Медиа, 2012. 224 с.
5. Афанасьева Е. Г., Вайпан В. А., Габов А. В. и др. Корпоративное право: Учеб. курс: в 2 т. / Отв. ред. И. С. Шиткина. М.: Статут, 2018. Т. 2. 990 с.
6. 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. М.: Филиал УМЦ ФАС России, 2018. 424 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., д. 6, стр. 2, ДЦ «Империя»

E-mail: Irina.Akimova@bgplaw.com

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

Контактная информация:

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

E-mail: Ksenia.Simakova@bgplaw.com

Анипилов Артем Анатольевич: юрист антимонопольной практики Адвокатского бюро BGP Litigation, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация:

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

E-mail: Artem.Anpilov@bgplaw.com