

Обзор нового законодательства об ограничении иностранных инвестиций в стратегические сектора экономики



Е.А. Иванова,
советник компании «Герберт
Смит СНГ ЛПП»

Введение

7 мая 2008 г. были официально опубликованы и вступили в силу Федеральный закон «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (далее — Закон о стратегических инвестициях), а также соответствующие изменения в действующее законодательство, в том числе в Закон Российской Федерации «О недрах».

Настоящая статья является своего рода продолжением темы, начатой автором в конце 2007 г.¹, когда Закон о стратегических инвестициях находился в Государственной Думе на стадии первого чтения. С тех пор законопроект прошел долгий путь, претерпев значительные изменения, хотя основная идея механизма регулирования осталась прежней: для приобретения контроля над российскими обществами, осуществляющими деятельность в стратегических секторах экономики, иностранным инвесторам потребуется согласие правительственной комиссии.

В настоящей статье представлен обзор Закона о стратегических инвестициях в его окончательном виде, в то время как в следующем номере будет представлен анализ нового правового режима стратегических месторождений («участков недр федерального значения»).

Историческая справка

Идея введения механизмов контроля над доступом иностранных инвесторов в стратегические сектора российской экономики обсуждалась в течение последних нескольких лет.

Первоначально (и довольно длительное время) предлагалось ввести два отдельных механизма контроля: (i) для участков недр, имеющих стратегическое значение, — путем внесения изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О недрах»; (ii) для других стратегических секторов экономики — путем принятия Закона о стратегических инвестициях. Однако ко второму чтению (19 марта 2008 г.) в Закон о стратегических инвестициях были внесены изменения, распространяющие его действие на пользование участками недр, имеющими стратегическое значение.

Другое замечание исторического характера: окончательной редакцией Закона о стратегических инвестициях установлен более строгий режим ограничений, нежели предполагалось первоначальными редакциями.

Вступление в силу

Новое законодательство вступило в силу с даты официального опубликования (7 мая 2008 г.), хотя ранее ожидалось, что будет предоставлен льготный период до конца 2008 г., в течение которого участники стратегических отраслей смогли бы привести свою деятельность в соответствие с требованиями нового законодательства.

Тем не менее для полномасштабного функционирования нового законодательства Правительству

¹ См: Нефть, газ и право. 2007. № 6.

Российской Федерации необходимо принять ряд нормативных актов, направленных на его имплементацию².

Отсутствие отсрочки при вступлении в силу и необходимость принятия имплементирующих механизмов создают своего рода дилемму, которую должна разрешить последующая практика, при этом один из возможных вариантов состоит в том, что до принятия соответствующих нормативных актов осуществление сделок, требующих одобрения в соответствии с Законом о стратегических инвестициях, будет невозможно.

Новое законодательство не имеет обратной силы и, следовательно, не распространяется на сделки, совершенные до его вступления в силу. В то же время сделана довольно коварная оговорка о применении Закона о стратегических инвестициях к заключенным до 7 мая 2008 г. сделкам в части прав и обязанностей, которые возникнут после этой даты, что вызывает необходимость иметь дело с довольно размытым понятием о моменте возникновения прав и обязанностей в российском договорном праве. Скорее всего, данная оговорка будет применяться к реализации опционов на приобретение акций (долей), заключенных до 7 мая 2008 г.

Помимо этого, в течение 180 дней со дня вступления в силу Закона о стратегических инвестициях иностранные инвесторы обязаны предоставить государству информацию о владении пятью и более процентами акций (долей) стратегических предприятий.

Сфера действия Закона – стратегические секторы экономики и стратегические предприятия

Закон о стратегических инвестициях выделяет ряд секторов экономики, которым присвоен статус «видов деятельности, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства». Таковые включают в числе прочего пользование участками недр федерального значения, ядерную отрасль, естественные монополии, военно-промышленный комплекс, авиационную промышленность, космическую деятельность и ряд других отраслей (всего 42 позиции).

Участки недр федерального значения определены не в Законе о стратегических инвестициях,

а в соответствующих изменениях в Закон Российской Федерации «О недрах» и включают следующие участки недр:

- (i) содержащие месторождения и проявления урана, алмазов, особо чистого кварцевого сырья, редких земель иттриевой группы, никеля, кобальта, тантала, ниобия, бериллия, лития, металлов платиновой группы;
- (ii) расположенные на территории субъекта Российской Федерации или территориях субъектов Российской Федерации и содержащие на основании сведений государственного баланса запасов полезных ископаемых начиная с 1 января 2006 г.:
 - (А) извлекаемые запасы нефти от 70 млн т;
 - (В) запасы газа от 50 млрд куб. м;
 - (С) запасы коренного золота от 50 т;
 - (D) запасы меди от 500 тыс. т;
- (iii) участки внутренних морских вод, территориального моря, континентального шельфа Российской Федерации;
- (iv) участки, при пользовании которыми необходимо использование земельных участков из состава земель, предназначенных для целей обороны и безопасности.

В отношении такой стратегической отрасли, как естественные монополии, интересно отметить, что Закон о стратегических инвестициях распространяется не на все, а только на ряд естественных монополий. В частности, исключение сделано для сферы услуг общедоступной электросвязи и общедоступной почтовой связи, услуг по передаче тепловой и электрической энергии по распределительным сетям.

Между тем такие услуги, как транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным нефтепроводам, транспортировка газа по трубопроводам, железнодорожные перевозки, услуги аэропортов и портов, подпадают под действие Закона о стратегических инвестициях.

Презюмируется, что зарегистрированное в России хозяйственное общество (АО или ООО) является «хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» («**стратегическое предприятие**») и подпадает под действие Закона о стратегических инвестициях, если оно осуществляет по крайней мере один из видов деятельности, имеющих стратегическое значение.

Инвестиции в иные виды активов, нежели акции (доли участия) российских хозяйственных обществ,

² См.: Д.В. Василевская, Н.В. Лаевская, Д.А. Литуновская. О реализации нового законодательства в сфере недропользования // Нефть, газ и право. 2007. № 3. С. 22–23.

не регулируются Законом о стратегических инвестициях (например, приобретение морского порта или концессии на его строительство в отличие от акций российского хозяйственного общества, владеющего и эксплуатирующего морской порт).

Механизм регулирования

В соответствии с Законом о стратегических инвестициях, если иностранный инвестор планирует приобрести прямой или косвенный контроль над стратегическим предприятием, ему необходимо получить предварительное согласие правительственной комиссии³.

Иностранные инвесторы

Любое лицо, учрежденное в юрисдикции за пределами Российской Федерации, считается иностранным инвестором независимо от того, принадлежит ли конечный контроль над таким лицом российскому капиталу.

В результате Закон о стратегических инвестициях распространяется не только на иностранный капитал, но и на инвестиции, осуществляемые оффшорными⁴ структурами российских компаний, а также любыми структурами с участием СП, учрежденными за пределами России.

Ограничения Закона о стратегических инвестициях применяются также в тех случаях, если контроль над стратегическим предприятием приобретает:

- (i) группа лиц, в которую входит иностранный инвестор;
- (ii) любая организация (в том числе зарегистрированная в России), находящаяся под контролем иностранного инвестора.

Понятие «группа лиц» определено в российском антимонопольном законодательстве. При этом критерии круга лиц, формирующих одну группу, определены довольно размыто, что не дает стопроцентной уверенности в правильности выбранного в том или ином случае подхода к определению уровней взаимозависимых лиц, входящих в одну группу.

Определение понятия «иностранный инвестор» вкупе с определением понятия «контроль» создают широкие основания для применения Закона о стратегических инвестициях и предупреждают любые попытки обойти его применение.

Понятие контроля

В Законе о стратегических инвестициях впервые в российском праве определено и используется понятие контроля одного хозяйствующего субъекта над другим, в том числе косвенного контроля⁵.

В соответствии с Законом о стратегических инвестициях контроль над стратегическим предприятием⁶ означает возможность непосредственно или опосредованно (т.е. через третьих лиц) определять решения, принимаемые стратегическим предприятием путем: (i) распоряжения голосами на общих собраниях акционеров (участников) стратегического предприятия; (ii) участия в органах управления стратегического предприятия; (iii) осуществления функций управляющей организации стратегического предприятия.

Этот общий критерий наличия контроля дополняется путем приведения признаков, при наличии которых контролируемое лицо считается находящимся под контролем, в частности, когда иностранный инвестор:

- (i) контролирует более 50 % голосующих акций (долей участия) стратегического предприятия;
- (ii) имеет возможность (право) назначать более 50 % членов совета директоров (или иного коллегиального органа управления) стратегического предприятия;
- (iii) имеет возможность (право) определять решения и другие условия осуществления стратегическим предприятием предпринимательской деятельности на основании договора или в ином порядке;
- (iv) имеет право назначать единоличный исполнительный орган стратегического предприятия;
- (v) осуществляет функции управляющей организации стратегического предприятия;
- (vi) если он контролирует менее чем 50 % голосующих акций (долей участия) стратегического предприятия, но доли других акционеров (участников) таковы, что он все же имеет возмож-

³ Более подробно процесс получения согласия изложен в пункте «Порядок согласования».

⁴ В настоящей статье термин «оффшорный» используется в широком значении, равнозначном «за пределами Российской Федерации».

⁵ Например, в российском антимонопольном законодательстве, принятом в 2006 г., критерий наличия контроля в контексте государственного регулирования концентрации капитала не определяется и не используется; в Гражданском кодексе Российской Федерации содержится лишь краткое определение дочернего предприятия хозяйствующего субъекта.

⁶ За исключением стратегических предприятий, осуществляющих пользование участками недр федерального значения, для которых установлены специальные критерии наличия контроля (см. раздел ниже).

ность определять решения стратегического предприятия.

Вышеуказанные примеры, перечисленные в Законе о стратегических инвестициях, не являются исчерпывающими, и наличие или отсутствие контроля устанавливается в каждом отдельном случае индивидуально. В этом отношении применительно к совместному предприятию, например, необходимо анализировать всю совокупность договоренностей между акционерами.

Вышеописанные критерии применяются как для установления наличия контроля иностранного инвестора над стратегическим предприятием, так и для определения того, контролируется ли субъект, осуществляющий инвестиции в стратегическое предприятие, иностранным инвестором.

Как было отмечено выше, в российском антимонопольном законодательстве, принятом в 2006 г., критерий наличия контроля в контексте государственного регулирования концентрации капитала не определяется и не используется, хотя на практике без него обойтись представляется невозможным. В связи с этим предстоит увидеть, попытаются ли российские антимонопольные органы (ФАС России) использовать новое понятие контроля в своей практике, и в каком контексте.

Предприятия, осуществляющие пользование стратегическими месторождениями

Для стратегических предприятий, осуществляющих пользование участками недр федерального значения⁷ («**стратегические месторождения**») и «**стратегические недропользователи**» (соответственно), установлены специальные, гораздо более жесткие критерии наличия контроля. В частности, считается что стратегический недропользователь находится под контролем, когда иностранный инвестор:

- (i) прямо или косвенно контролирует более 10 % голосующих акций (долей участия) стратегического недропользователя;
- (ii) имеет возможность (право) назначать более 10 % членов совета директоров (или иного коллегиального органа управления) стратегического недропользователя;

- (iii) имеет право назначать единоличный исполнительный орган стратегического недропользователя;
- (iv) имеет возможность (право) определять решения и другие условия осуществления стратегическим недропользователем предпринимательской деятельности на основании договора или в ином порядке;
- (v) осуществляет функции управляющей организации стратегического недропользователя.

Вышеуказанный режим иностранных инвестиций в стратегические месторождения налагает большие ограничения по сравнению с иными стратегическими предприятиями, а также нежели изначально планировалось Министерством природных ресурсов и экологии Российской Федерации. Ранее предлагалось ограничить уровень иностранного участия в предприятиях, осуществляющих пользование стратегическими месторождениями, размером 50 % минус одна акция, который не требовал бы получения согласия государственных органов.

Иностранные государства, международные организации, а также находящиеся под их контролем организации

Приобретение контроля над стратегическими предприятиями (а также стратегическими недропользователями) иностранными государствами, международными организациями, а также находящимися под их контролем организациями (далее — **иностраный государственный инвестор**) запрещено.

Однако разрешается приобретение прав, не обеспечивающих контроля; при этом требуется получение государственного согласия (в порядке, установленном в Законе о стратегических инвестициях) в случаях, если иностранный государственный инвестор:

- (i) приобретает прямой или косвенный контроль более чем над 25 % голосующих акций (долей участия) стратегического предприятия или иную возможность блокировать решения органов управления стратегического предприятия, требующие квалифицированного большинства голосов в соответствии с законом и (или) уставом стратегического предприятия; или
- (ii) прямо или косвенно приобретает контроль над более чем 5 % голосующих акций (долей участия) стратегического недропользователя.

⁷ То есть компания, владеющая лицензией на пользование недрами в отношении месторождения, отвечающего критериям стратегического.

Исключение для национальных компаний

Ограничения, налагаемые Законом о стратегических инвестициях, не распространяются на стратегические предприятия:

- (i) осуществляющие пользование стратегическими месторождениями;
- (ii) в которых Российская Федерация контролирует более 50 % голосующих акций,

т.е. на такие компании, как «Газпром» и «Роснефть» и их дочерние предприятия.

При этом сделано логическое «исключение из исключения»: инвестиции в национальные компании, осуществляемые иностранными государственными инвесторами, продолжают регулироваться соответствующими положениями Закона о стратегических инвестициях⁸.

Исключение для стратегических предприятий, уже находящихся под контролем иностранных инвесторов

Другое логическое исключение относится к случаям, когда на момент предполагаемых инвестиций соответствующий иностранный инвестор (или группа лиц) уже контролирует более 50 % уставного капитала стратегического предприятия, в котором приобретается участие.

Однако данное исключение не распространяется на стратегических недропользователей. В случае с такими предприятиями, если иностранному инвестору уже принадлежит 10 % и он намеревается увеличить свою долю, то вероятно, что любое, даже самое незначительное, приобретение также потребует согласования.

Порядок согласования

Предварительное согласие государства на сделки, подпадающие под действие Закона о стратегических инвестициях, выдается уполномоченным государственным органом (который будет назначен позже) по решению специальной правительственной комиссии под председательством премьер-министра (далее — **правительственная комиссия**).

Уполномоченный орган будет выполнять в основном такие функции, как сбор и первоначальная проверка документов, сопровождающих ходатайства, определение того, ведет ли предполагаемая

сделка к изменению контроля над стратегическим предприятием, и связь с заявителем; тогда как правительственная комиссия будет принимать решение по существу о возможности приобретения иностранным инвестором контроля.

Предусмотрено, что решение будет приниматься в течение трех месяцев со дня внесения ходатайства, с возможностью продления еще на три месяца.

Процесс подачи ходатайства и принятия решения включает следующие основные этапы:

(i) Подача в уполномоченный орган ходатайства вместе с комплектом документов, перечисленных в Законе о стратегических инвестициях. Перечень представляемых документов имеет сходство с перечнем документов, прилагаемых к ходатайству об антимонопольном согласовании сделок по приобретению участия, и включает, помимо прочего, учредительные документы заявителя, информацию о группе компаний заявителя, документы, удостоверяющие условия планируемой сделки, и бизнес-план в отношении приобретаемого стратегического предприятия.

(ii) Уполномоченный орган в первую очередь должен проверить, приведет ли предполагаемая сделка к приобретению иностранным инвестором контроля над стратегическим предприятием. Если, по мнению уполномоченного органа, контроль не устанавливается, он возвращает ходатайство иностранному инвестору, который будет иметь возможность совершить сделку не прибегая к получению согласия.

Если установлен факт приобретения контроля, уполномоченный орган должен приступить к дальнейшим действиям, которые описаны ниже.

(iii) Уполномоченный орган направляет запрос в Федеральную службу безопасности относительно возможности возникновения угрозы обороне страны и безопасности государства в результате совершения предполагаемой сделки⁹.

(iv) Параллельно уполномоченный орган должен проверить стратегическое предприятие, о котором идет речь, на соответствие каким-либо из двенадцати признаков, перечисленных в Законе о стратегических инвестициях (в том числе наличие у него лицензии на проведение работ с использованием сведений, составляющих го-

⁸ См. раздел «Иностранные государства, международные организации, а также находящиеся под их контролем организации».

⁹ Федеральной службе безопасности также предоставлены определенные права проводить следственные действия, необходимые для определения факта установления иностранными инвесторами контроля над стратегическими предприятиями.

сударственную тайну, или лицензии на осуществление кого-либо вида деятельности, имеющего стратегическое значение; поставка им в течение пяти предшествующих лет продукции (работ, услуг) по государственному оборонному заказу; нахождение его в государственном реестре естественных монополий или занятие им доминирующего положения на рынке услуг связи).

- (v) В случае, если стратегическое предприятие обладает лицензией на проведение работ с использованием сведений, составляющих государственную тайну, уполномоченный орган также направляет в межведомственную комиссию по защите государственной тайны запрос о проверке наличия международного договора, на основании которого должностные лица и работники иностранного инвестора могут быть допущены к таким сведениям.
- (vi) После совершения указанных действий уполномоченный орган направляет в правительственную комиссию ходатайство, результаты соответствующих проверок и заключения, а также свои собственные рекомендации о том, следует ли дать согласие.
- (vii) Правительственная комиссия принимает окончательное решение о предоставлении согласия, отклонении ходатайства или предоставлении согласия, ограниченного определенными условиями.

В любом случае согласие предоставляется на определенный срок:

- а) за пределами которого совершение сделки (действия) по приобретению контроля невозможно;
- б) в отношении определенного числа приобретаемых акций (долей участия)¹⁰.

Если согласие предоставляется на определенных условиях, заявитель должен принять на себя обязательства по обеспечению выполнения одного или нескольких условий из перечня условий, перечисленных в Законе о стратегических инвестициях, которые в основном нацелены на сохранение статус-кво стратегического предприятия после изменения контроля, в частности на то, чтобы стратегическое предприятие продолжило выполнять свои функции и обязательства, относящиеся к безопасности страны¹¹.

Согласование приобретения контроля отдано на усмотрение правительственной комиссии: при принятии решения комиссия не связана какими бы то ни было рекомендациями уполномоченного органа или положениями законодательства. Иными словами, признано и закреплено, что решение правительственной комиссии будет носить индивидуальный и скорее политический характер.

Получение согласия в соответствии с Законом о стратегических инвестициях не отменяет и не исключает получения других необходимых согласований, например в соответствии с анти-монопольным законодательством.

Последствия несоблюдения

Сделки, совершенные с нарушением Закона о стратегических инвестициях, ничтожны (последствия ничтожных сделок, а именно взаимная реституция, применяются только судом).

В ряде случаев государственные органы вправе в судебном порядке добиваться: (i) лишения соответствующего иностранного инвестора права голоса на общем собрании акционеров (участников) стратегического предприятия и (ii) признания недействительными решений и сделок, принятых или заключенных после незаконного приобретения контроля иностранным инвестором.

Заключение

Отныне необходимо будет учитывать ограничения нового законодательства при структурировании иностранных инвестиций и создании оффшорных совместных предприятий. При этом согласование сделок будет носить сугубо индивидуальный и политический характер.

Сам факт принятия данных ограничений не удивителен — во многих других юрисдикциях существует подобное законодательство.

В общем и целом факт принятия Закона о стратегических инвестициях имеет позитивный характер в том смысле, что им установлены унифицированные правила игры и законная процедура получения политического согласия в отношении стратегических инвестиций. Кроме того, в дополнение к контролю за иностранными инвестициями как таковыми новое законодательство преследует вторую цель — ограничить осуществление российским капиталом своей хозяйственной деятельности с использованием оффшорных структур. □

¹⁰ Если планируемая сделка подразумевает получение контроля путем приобретения голосующих акций (долей участия) стратегического предприятия.

¹¹ Перечень включает, например, обязательство принимать меры по охране государственной тайны; обязательство продолжать исполнение обязательств по государственному оборонному заказу и т.д.