

Иностранные инвестиции в предприятия, имеющие стратегическое значение: новые аспекты сферы применения



Татьяна Невеева
старший юрист Адвокатского бюро
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и
партнеры»

16 ноября 2011 г. был принят Федеральный закон № 322-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", который вступает в силу 18 декабря 2011 г. Поправки обсуждались более года, их принятие стало первой по счету попыткой сокращения перечня стратегически важных видов деятельности. О том, какие существенные уточнения были внесены для целей упрощения инвестиционной деятельности и улучшения инвестиционного климата в России, рассказывает Татьяна Невеева.

Установление особых ограничений в отношении иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики отнюдь не является новеллой российского законодателя. Наличие аналогичных ограничений в других странах уже неоднократно обсуждалось в юридической литературе, а в пояснительной записке к проекту Федерального закона от 29 апреля 2008 г. «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (далее – Закон) даже был приведен краткий сравнительный анализ законодательства США и предлагаемого на рассмотрение проекта.

При этом систематизация мировой практики ограничения иностранных инвестиций в стратегические отрасли, проведенная ОЭСР, позволяет выделить два основных способа

определения сферы применения таких ограничений, а именно: через оценку угрозы национальной безопасности¹ в случае осуществления определенной сделки или путем разработки отдельного закрытого списка отраслей, в которых иностранные инвестиции априори подлежат контролю². Отечественный законодатель пошел по второму пути – сфера применения Закона ограничена перечнем стратегических отраслей, исчерпывающе указанных в ст. 6 Закона.

Перечень включает 42 вида хозяйственной деятельности, которые рассматриваются как

¹ Или «публичный интерес», «публичный порядок», «национальная экономическая безопасность».

² Отчет о выполнении работ Инвестиционного комитета ОЭСР «Свобода инвестиций, национальная безопасность и "стратегические отрасли"» от 26.03.2008. С. 4. Опубликовано на интернет-портале: <http://www.oecd.org/dataoecd/1/58/40473798.pdf>

существенные для общественной безопасности и обороны страны. Данный список представляется довольно обширным в сравнении с аналогичными перечнями других стран³, в связи с чем ОЭСР высказалась о несоответствии широкой сферы применения Закона ее рекомендациям⁴.

Более того, уже на первых этапах применения Закона было обнаружено, что установленные критерии сферы применения Закона приводят к тому, что он распространяется на сделки в тех областях, которые явно не отно-

³ Так, во Франции перечисляется всего 11 стратегических секторов. См.: Финансовый и валютный кодекс. Ст. R153-2. Опубликовано на интернет-портале: <http://www.legifrance.gouv.fr>
⁴ ОЭСР. Обзор инвестиционной политики: Российская Федерация. Краткое содержание. 2008. С. 9. Опубликовано на интернет-портале: <http://www.oecd.org/dataoecd/16/28/41065076.pdf>

сятся к стратегическим. Так, под действие Закона попали банковская деятельность, в которой широко используется криптографическое оборудование в целях защиты данных клиентов и клиентских операций, пищевая промышленность, где требуется лицензия на деятельность, связанную с возбудителями инфекционных заболеваний, и ряд других областей.

Во избежание необходимости прохождения длительной процедуры согласования, которая могла бы отложить сделку на срок до полугода, некоторые компании даже предпочли избавиться от имевшихся лицензий на осуществление вспомогательного «стратегического» вида деятельности, лишь бы ускорить процесс поглощения иностранным инвестором. При этом в случаях, когда иностранные покупатели находились под контролем иностранного государства, отказ от лицензии становился единственным выходом из ситуации в связи с установленным запретом на приобретение стратегических обществ иностранными инвесторами с государственным участием⁵.

Несмотря на всю простоту процедуры аннулирования лицензии, такой кардинальный метод имел серьезные недостатки. Например, отсутствие лицензии на использование криптографических (шифровальных) средств у банка влечет за собой фактическую невозможность обеспечения надлежащей защиты информации в системе «банк – клиент», а отказ крупных игроков пищевой промышленности от собственной лицензированной лаборатории, необходимой для контроля безопасности продукции, означал существенное увеличение расходов на услуги сторонних организаций. В результате после закрытия сделки компаниям все равно приходилось заново обращаться за получением лицензии взамен аннулированной в целях восстановления текущей хозяйственной деятельности.

Возникшая проблема была рассмотрена Правительством РФ совместно с ФАС России осенью 2008 г. В результате прежде всего был разработан неофициальный упрощенный порядок принятия решений в отношении установления контроля над банками. Несмотря на то что такие сделки не были полностью выведены из-под действия Закона, ФАС России получила право самостоятельно одобрять их на основании заключения ФСБ России без направления на дальнейшее рассмотрение Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации (далее – Правитель-

⁵ См.: Локшина Ю. «Дочка» RBS расширяется // Газета «Коммерсантъ». 30.11.2010. № 221 (4521).

ственная комиссия)⁶. Разумеется, подобная временная мера не вполне соответствовала законодательству, поскольку фактически исполнительная власть превысила свои полномочия, изменив установленный Федеральным законом порядок согласования сделок.

Поправки

Правовым решением указанной проблемы могло стать только принятие нового закона, который внес бы определенные уточнения в сферу применения ограничений иностранных инвестиций. Во исполнение решения Правительственной комиссии, утвержденного протоколом от 4 февраля 2009 г. № 1, был разработан законопроект, направленный на исключение из-под действия Закона:

- деятельности отдельных кредитных организаций по распространению, техническому обслуживанию шифровальных (криптографических) средств и предоставлению услуг в области шифрования информации;
- деятельности, связанной с использованием возбудителей инфекционных заболеваний IV группы патогенности;
- деятельности по эксплуатации источников 4-й категории потенциальной радиационной опасности.

Принятый 16 ноября 2011 г. Федеральный закон № 322-ФЗ (далее – Закон о поправках) в конечной редакции несколько сократил сферу применения Закона, хотя и не по всем указанным видам деятельности.

Банковский сектор

С момента вступления в силу Закона № 322-ФЗ не требуют получения согласия Правительственной комиссии сделки по приобретению контроля над большинством коммерческих банков в России. Таким образом, была решена основная юридическая проблема, связанная с применением Закона и выражавшаяся в противоречии действовавшей упрощенной административной процедуры согласования таких сделок применимому законодательству. В то же время, несмотря на неоднократные попытки изменить в ходе обсуждения проекта Закона № 322-ФЗ слово «банки» на словосочетание «кредитные организации», конечная редакция Закона № 322-ФЗ устанавливает исключения именно в отношении приобретения банков. В данном отношении действие законодателя представляется крайне непоследовательным, поскольку указанная проблема с противоречием административного порядка

⁶ См.: Цыганов А. Г., Левченко А. Н. Закон № 57-ФЗ: первые итоги применения // Вестник ФГУ при ГПП при Минюсте РФ. 2009. № 4.

согласования действующему законодательству сохранится в отношении довольно широкого круга субъектов – небанковских кредитных организаций.

Кроме того, Законом по-прежнему регулируются сделки, направленные на приобретение контроля над банками, в уставном капитале которых имеется доля (вклад) РФ. Очевидно, данное ограничение было введено с целью предотвращения потери государственного контроля над крупными банками, на которые может быть возложена обязанность финансирования социально значимых проектов, в том числе государственно-частного партнерства, или банков, которые принимают активное участие в государственной деятельности иным образом. К таким банкам, помимо прочего, относятся ОАО «Сбербанк России», ОАО «Банк ВТБ» и ОАО «Россельхозбанк». Несмотря на то что, согласно Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2015 г.⁷, в среднесрочной перспективе планируется уменьшение доли государства в указанных банках, на современном этапе, по всей видимости, государство по-прежнему рассматривает крупнейшие банковские институты в качестве необходимых элементов системы обеспечения финансовой безопасности страны. Неудивительно, что установление иностранного контроля над такими банками должно осуществляться исключительно в соответствии с процедурой, предусмотренной Законом.

Тем не менее следует отметить, что доля Российской Федерации в уставном капитале ряда банков весьма незначительна⁸, а сами эти банки не участвуют в реализации государством своей публичной власти. Наличие такой миноритарной доли Российской Федерации в кредитных организациях, как правило, связано с деятельностью Федерального агентства по управлению государственным имуществом, направленной скорее на оптимальное инвестирование государственных средств, нежели на установление контроля над значимыми институтами финансовой системы. Из-за отсутствия у Российской Федерации возможности оказывать влияние на деятельность банков через миноритарное участие в их уставном капитале вряд ли можно признать обо-

⁷ Заявление Правительства РФ № 1472п-П13, Банка России № 01-001/1280 от 05.04.2011 «О Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2015 года» // Вестник Банка России. 20.04.2011. № 21.

⁸ Например, доля Российской Федерации в АКБ «Енисей» (ОАО) – 1,1790% (<http://www.bank-enisey.ru/about/shareholders/>), в Банке «Навигатор» (ОАО) – 1,99% (<http://www.navigatorbank.ru/common.shtml?link=about>).

своим ограничением иностранных инвестиций в такие банки для целей обеспечения безопасности государства.

Представляется, что действие Закона в отношении сделок по приобретению контроля над банками с государственным участием следовало ограничить установлением какого-либо приемлемого минимального размера доли (вклада) Российской Федерации, который сигнализировал бы о стратегическом значении конкретного банка для государства. Такой порог мог бы быть установлен на уровне 25% акций для акционерных обществ и 1/3 уставного капитала для обществ с ограниченной ответственностью (так называемых блок-пакетов, позволяющих государству блокировать основные решения общих собраний акционеров / участников). В случае если доля Российской Федерации составила бы менее указанного значения, приобретение контроля иностранным инвестором над банком было бы возможно без прохождения процедуры согласования сделки с Правительственной комиссией. Данный подход позволил бы вывести из-под действия Закона более широкий круг кредитных организаций, что соответствовало бы заявленному в Стратегии развития банковского сектора стремлению усилить поток иностранных инвестиций на российский рынок банковских услуг.

Деятельность, связанная с возбудителями инфекционных заболеваний

Действующим законодательством, в частности Федеральным законом от 2 января 2000 г. «О качестве и безопасности пищевых продуктов», Техническим регламентом на соковую продукцию из фруктов и овощей⁹, Техническим регламентом на молоко и молочную продукцию¹⁰, предусмотрены определенные требования к осуществлению производственного контроля над качеством пищевых продуктов. В рамках указанного контроля, помимо прочего, производители обязаны обеспечить соответствие микробиологических показателей произведенной продукции установленным нормативам. Для целей проведения экспертизы качества каждой партии пищевых продуктов привлекается аккредитованная лаборатория, которая должна иметь лицензию на осуществление деятельности, связанной с возбудителями инфекционных заболеваний.

Как правило, крупные производители имеют собственную аккредитованную лабораторию, поскольку ее наличие позволяет

существенно сократить издержки на оплату услуг по микробиологическому анализу продукции, а также избежать затраты на транспортировку партий к месту проведения анализа. Благодаря таким лабораториям Правительственная комиссия, в частности, согласовывала заявки Coca-Cola на покупку одного из крупнейших производителей соков в России (ОАО «Нидан Соки»), Danone на приобретение ОАО «Юнимилк»¹¹, PepsiCo на покупку «Вимм-Билль-Данн»¹² и на некоторые другие сделки по слиянию и поглощению в области пищевого производства.

Большим разочарованием для инвесторов обернулось исчезновение из конечной редакции Закона № 322-ФЗ предусмотренного первоначальным проектом исключения из сферы действия Закона деятельности, связанной с использованием возбудителей инфекционных заболеваний IV группы патогенности. Сомнения относительно целесообразности такого исключения были высказаны Правовым управлением еще при рассмотрении законопроекта в первом чтении с указанием на тот факт, что данный вид деятельности относится к числу тех, которые могут «повлечь за собой нанесение ущерба правам, законным интересам, здоровью граждан, обороне и безопасности государства»¹³. По всей видимости, потенциальная угроза здоровью граждан в данном случае, по мнению законодателя, перевесила необходимость в иностранных инвестициях в пищевую промышленность России.

Эксплуатация источников радиационной опасности

Размещение, сооружение и эксплуатация радиационных источников некоторыми предприятиями также исключены из списка стратегических видов деятельности. До принятия Закона № 322-ФЗ к стратегическим относились все предприятия, использующие в своей деятельности радиационные источники, вклю-

¹¹ Правительственная комиссия рассмотрит семь заявок зарубежных компаний о покупке активов в Российской Федерации. Опубликовано на интернет-портале: <http://center.rian.ru/economy/20100413/82067664.html>

¹² Виноградова Е. Компания недели: «Вимм-Билль-Данн» // Ведомости. 09.12.2010. № 233(2751). Опубликовано на интернет-портале: <http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/251424/vimmbilldann>

¹³ См.: Заключение по проекту Федерального закона № 503176-5 «О внесении изменений в Федеральный закон “О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства”», внесенному Правительством РФ. Опубликовано на интернет-портале: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=503176-5&02>

чая занимающиеся изготовлением и эксплуатацией медицинских рентгеновских и стоматологических аппаратов. В ходе обсуждения Закона № 322-ФЗ поступило предложение удалить из перечня стратегических видов деятельности только использование радиационного оборудования в сфере здравоохранения и социального развития. Однако оно не было поддержано Государственной Думой РФ, поскольку проблема, возникающая в связи с необходимостью согласования с Правительственной комиссией сделок по приобретению компаний, имеющих лицензию на эксплуатацию радиационных источников, затрагивает намного более широкий круг хозяйствующих субъектов. В качестве примера: в связи с использованием радионейтральных нейтраллизаторов, дефектоскопов и иного оборудования, необходимого для осуществления текущей деятельности промышленными предприятиями, около 80% компаний, входящих в группу СИБУР, также были отнесены к разряду стратегических, несмотря на отсутствие какого-либо существенного влияния с их стороны на состояние национальной безопасности¹⁴.

Аналогично под действие Закона попали и другие промышленные предприятия, применяющие перечисленное оборудование. С учетом относительно низкой опасности источников ионизирующего излучения 4-й категории (за пределами помещения, в котором непосредственно находится радиационное оборудование, невозможно получить дозу облучения, превышающую допустимые нормы)¹⁵ Государственной Думой РФ в качестве варианта рассматривалось введение исключений именно в отношении использования указанной категории радиационных источников. Однако в результате законодатель пошел еще дальше в ограничении сферы применения Закона: теперь последний не распространяется на сделки в отношении хозяйственных обществ, осуществляющих размещение, сооружение и эксплуатацию источников ионизирующего излучения, независимо от их категории, при условии, что для приобретаемых обществ данная деятельность не является основной.

Недропользование

Помимо сужения сферы действия Закона путем сокращения количества стратегических

¹⁴ См.: Авилова Н., Никифоров А. Практика согласования сделок M&A: опыт СИБУРа // Корпоративный юрист. 2011. № 2. С. 48.

¹⁵ См.: Установление категории потенциальной опасности радиационного объекта. Методические указания. МУ 2.6.1.2005-05.

видов деятельности, число сделок, подлежащих согласованию, теперь также уменьшится в связи с изменениями, внесенными в п. 2 и 3 ч. 1 ст. 7. Прежде всего, был повышен порог доли участия – с 10 до 25%, при превышении которого требуется разрешение Правительственной комиссии.

Кроме того, ранее любое приобретение иностранным инвестором, контролирующим 10 и более процентов акций (долей) (после принятия Закона № 322-ФЗ – 25 и более процентов акций/долей) в обществе – пользователе участка недр федерального значения, дополнительных акций (долей) требовало предварительного одобрения Правительственной комиссии. Теперь такое одобрение не требуется, если в результате сделки доля иностранного инвестора в стратегическом обществе не увеличивается. Данное изменение имеет существенное значение, в том числе, для целей рационализации процедуры увеличения уставного капитала, в ходе которой иностранный инвестор хотя и приобретает дополнительные доли (акции) стратегического общества, однако процент его участия в уставном капитале недропользователя остается неизменным, а значит, отсутствуют и риски, связанные с увеличением контроля иностранного инвестора над обществом, имеющим стратегическое значение.

Контроль иностранного инвестора

В процессе применения Закона были выявлены его существенные недостатки, связанные с определением понятия «контроль иностранного инвестора». Они также приводили к необоснованному расширению сферы действия Закона, в частности в связи с его распространением на сделки, конечным бенефициаром которых становился гражданин РФ, и сделки с участием российского приобретателя, в группу лиц которого на более низком организационном уровне входит иностранная компания.

В свете существующей практики создания офшорных холдинговых структур при ведении бизнеса на территории РФ нельзя не отметить, что зачастую иностранный инвестор, приобретающий контроль над стратегическим предприятием, фактически принадлежит российскому бенефициару. По данным ФАС России, среди сделок, об одобрении которых были поданы заявления в течение первого года, прошедшего со дня вступления Закона в силу, примерно 1/3 совершалась иностранными холдингами, контролируемые российскими гражданами.

Несмотря на то что приобретение стратегических компаний иностранными инвесторами, конечный бенефициар которых является российским гражданином, по всей видимости, не является угрозой для безопасности страны, такие сделки подлежали согласованию в общем порядке. Данная позиция была поддержана и в судебных инстанциях по делу компании Onexim Holdings Limited vs. Deutsche Bank AG London о признании недействительным договора купли-продажи акций ОАО «ТГК-4» в связи с несоблюдением процедуры согласования купли-продажи с Правительственной комиссией. Ответчик, возражая против применения Закона к рассматриваемой сделке, помимо прочего, ссылался на то, что компания «Онексим Групп» на момент покупки акций ОАО «ТГК-4» являлась собственником 99,99% акций истца. Одновременно 100% акций «Онексим Групп» принадлежали гражданину РФ. Таким образом, истец не должен был рассматриваться в качестве иностранного инвестора. Данный довод был отклонен судами, поскольку из документов по делу следовало, что Onexim Holdings Limited является иностранным юридическим лицом, созданным в соответствии с законодательством Республики Кипр¹⁶.

В связи с принятием Закона № 322-ФЗ подобные сделки теперь не будут требовать согласия Правительственной комиссии. Из сферы действия Закона исключены все сделки между организациями, находящимися под контролем РФ или ее граждан и одновременно налоговых резидентов РФ, за исключением лиц, имеющих двойное гражданство. Данные поправки, бесспорно, облегчат жизнь российским предпринимателям и существенно снизят поток сделок, рассматриваемых Правительственной комиссией.

Одновременно новая редакция Закона позволяет избежать необходимости согласования сделок по приобретению стратегического общества российским юридическим лицом, в группу лиц которого входит иностранный инвестор, при условии, что такой иностранный инвестор не контролирует покупателя, а, напротив, является контролируемым лицом в рамках группы лиц российского приобретателя. Сложившаяся ранее на уровне ВАС РФ практика, исходившая из буквального толкования действовавшей редакции п. 1 ст. 4 Закона, однозначно указывала на необходимость применения Закона в подобных ситу-

ациях¹⁷. Благодаря активной работе юридического сообщества Законом № 322-ФЗ указанное несовершенство действовавшего ранее законодательства было устранено.

Сделки с участием международных организаций

Последнее изменение, внесенное в Закон для целей сужения сферы его применения, касается либерализации инвестиционной деятельности международных организаций. Ограничения, установленные Законом, больше не будут распространяться на международные финансовые организации, участником которых является Российская Федерация и которые будут внесены в специальный Перечень, утвержденный Правительством РФ. Данные поправки внесены в Закон, по всей видимости, с целью облегчить реализацию инвестиционных проектов с участием таких организаций, как ЕАБР, чье участие в инновационных государственных программах сейчас довольно активно. В целом такой подход представляется разумным. В то же время хотелось бы обратить внимание на то, что постепенное фрагментарное урезание сферы действия Закона является эффективным средством решения лишь отдельных проблем, вскрывающихся по мере его применения. Представляется более чем вероятным, что в недалеком будущем будут выявлены новые недостатки определения сферы применения Закона и потребуются новые поправки для целей упрощения инвестиционной деятельности и улучшения инвестиционного климата в России.

Более действенным решением могло бы стать существенное ускорение и упрощение процедуры согласования сделок как альтернатива урезанию сферы применения Закона. Создание быстрого и эффективного механизма согласования сделок позволило бы сместить акцент с постоянного изменения и дополнения сферы действия Закона благодаря разработке такого механизма согласования, который не представлял бы собой чрезмерной проблемы для инвесторов. Так было сделано в США, где сфера установленных ограничений и вовсе определена через общий термин «национальная безопасность», однако необходимость государственного контроля не является существенным препятствием на пути бизнеса. У нас же Закон № 322-ФЗ пока лишь увеличил сроки дачи заключения о возникновении угрозы для обороны страны с 20 до 30 дней. L.i.

¹⁶ См., например: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 11.02.2009 по делу № А40-73356/08-137-717; Постановление ФАС Московского округа от 13.07.2009 по делу № КГ-А40/5235-09.

¹⁷ См.: Определение ВАС РФ от 14.10.2010 № ВАС-12440/10 по делу № А40-59081/09-835-445.