КИРИЛЛ РЫЦЕВ

Правовое регулирование прямых иностранных инвестиций в контексте обеспечения национальной безопасности

В Мировом инвестиционном отчете 2014 года[1] подчеркивается, что многие государства, несмотря на декларируемые принципы открытой глобальной экономики, либерализации системы инвестиционного контроля и стимулирование инвестиций, активно используют правовые механизмы по защите стратегических отраслей и ресурсов от влияния иностранного капитала.

Самый большой опыт в этом плане накопили Соединенные Штаты Америки. Государственная политика США в отношении прямых иностранных инвестиций базируется на довольно простой идее – прямые инвестиции должны приносить пользу как национальной экономике, так и экономике страны-реципиента вливаний, при этом выгоды от таких инвестиций должны перевешивать издержки. Политика США в отношении внутренних и внешних прямых инвестиций придерживается общего принципа беспристрастности, однако имеется ряд существенных ограничений, «не допускающих» иностранный капитал в некоторые секторы экономики. Законодательство США запрещает иностранным гражданам приобретать в собственность объекты в таких отраслях промышленности, как морской и воздушный транспорт, горнодобывающая, энергетическая промышленность, землепользование, связь, банковское дело и обеспечение государственных контрактов [Seitzinger, 2010].

Как правило, эти отрасли полностью закрыты для иностранных инвесторов в целях предотвращения снижения качества общественно значимых услуг и минимизации угрозы общественным интересам, вызванной деятельностью иностранного инвестора.

В 1988 году Конгресс США принял поправку Эксон-Флорио [James K. Jackson, 2012] в рамках сводного Акта о торговле и конкурентоспособности (Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988).[2] В нее заложена вторая категория ограничений, характеризующаяся процедурами проверки. Поправка Эксон-Флорио предоставляет президенту США обширные полномочия для принятия решительных действий для недопущения или блокировки возможных приобретений, слияний или поглощений иностранными хозяйствующими субъектами предприятий, занимающихся внутренней торговлей в Соединенных Штатах, которые непосредственно связаны с интересами национальной безопасности. Поправка не распространяется на иностранных инвесторов, которые создают новые фирмы.

Межведомственная организация Комитет по иностранным инвестициям США (CFIUS) предоставляет президенту США результаты оценки угроз интересам национальной безопасности, которые могут нести в себе прямые иностранные инвестиции. Комитет имеет 30 дней для сбора информации, 45 дней для расследования, а затем у президента США есть 15 дней для принятия окончательного решения. Только президент США имеет право приостановить или запретить сделки по слиянию, приобретению и поглощению. Сотрудники Комитета отмечают, что для обеспечения беспрепятственного притока иностранных инвестиций необходимо реализовать поправку Эксон-Флорио в той степени, чтобы «…максимально защитить интересы национальной безопасности…» и в то же время «…полностью соответствовать международным обязательствам США…» [James K. Jackson, 2008].

Министерство обороны США разработало Национальную программу промышленной безопасности и в ней дало определение термину «…иностранная собственность, контроль и влияние». В этой программе установлены нормы, которые ограничивают или запрещают иностранным хозяйствующим субъектам получение несанкционированного доступа к критической (стратегической) технологии и специальным классам секретной информации через приобретение предприятий США.

1 World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan, UNCTAD, 2014.

2 P.L. 100-418, title V, Subtitle A, Part II, or 50 U.S.C. app 2170.

КИРИЛЛ РЫЦЕВ, главный специалист ООО «Газпром комплектация» (119991, Москва, ул. Строителей, 8, стр. 1). E-mail: Rytsev777@gmail.com

Аннотация: В статье рассмотрены лучшие законодательные практики в сфере привлечения (ограничения) прямых иностранных инвестиций. Автором проанализированы законодательство США, деятельность комитета по иностранным инвестициям США (CFIUS), законодательство Бразилии в сфере ограничения прямых иностранных инвестиций, законодательство Китайской Народной Республики. На основе анализа различных страновых моделей регулирования прямых иностранных инвестиций в аспекте обеспечения национальной безопасности автор делает вывод о неоднозначности и двойственности государственной политики в этой области, особенно, если это касается стратегических активов и инвесторов с государственным участием.

Ключевые слова: прямые иностранные инвестиции, национальная безопасность, инвестиционная безопасность, стратегическая инфраструктура, национальные интересы.

Этот тип рассмотрения работает независимо, в какой-то степени параллельно с оценкой комитета CFIUS.

Во многих исследованиях американских ученых, выступлениях официальных лиц отмечается, что события 11 сентября 2001 года изменили позицию Конгресса США в отношении применения поправки Эксон-Флорио. После террористических атак 11 сентября 2001 года Конгресс США принял, а президент Буш подписал Патриотический Акт США от 2001 года (Patriot Act of 2001)[3]. В документе идет речь об объединении и укреплении США путем создания соответствующих механизмов, необходимых для предотвращения и противодействия терроризму. В этом акте Конгресс установил специальную поддержку для «критических отраслей», которые определяются как: «…системы и средства, физические или виртуальные, жизненно важные для обеспечения национальных интересов США, нарушение или уничтожение которых будет иметь пагубное влияние на безопасность, национальную экономическую безопасность, здоровье или общественный порядок, или любую комбинацию этих вопросов…»[4]

Это определение расширяется в некоторой степени другими положениями законодательства США, где конкретно определяются секторы экономики, которые Конгресс США считает «…критически важными для обеспечения национальной обороны, преемственности власти, экономического процветания и качества жизни в Соединенных Штатах Америки…».[5] Речь идет, в частности, о телекоммуникациях, энергетике, финансовых услугах, производстве и распределении воды, транспортном секторе, услугах в сфере информационных технологий и физической инфраструктуры.

В следующем году Конгресс США передал ответственность за определение объектов критической инфраструктуры в Департамент внутренней безопасности (DHS) США в соответствии с законом о национальной безопасности от 2002 года (Homeland Security Act of 2002).[6] Закон добавил ключевые ресурсы в список критически важных объектов инфраструктуры (CI/KR) и определил такие ресурсы, как: «…государственные или частные ресурсы, существенные для минимальных операций в экономической сфере и государственном управлении[7]…».

Таким образом, Конгресс США продемонстрировал, что террористические атаки 2001 года коренным образом изменили взгляды многих высших политических деятелей на концепцию обеспечения национальной безопасности. В результате многие политики пришли к выводу, что экономическая деятельность представляет собой отдельный компонент национальной безопасности, и осознали риски и угрозы для экономики, связанные с инвестициями, вкладываемыми хозяйствующими субъектами под контролем иностранного государства.

Некоторым членам Конгресса США казалось, что деятельность Комитета по иностранным инвестициям (CFIUS) не отражает обновленный взгляд на обеспечение национальной безопасности и по-прежнему основана на положениях Эксон-Флорио, принятых в конце1980-х годов. То есть национальная безопасность продолжает рассматриваться прежде всего с точки зрения национальной обороны и не учитывает или даже исключает более широкое толкование экономической безопасности страны.

Поэтому Конгресс США изменяет способы рассмотрения прямых иностранных инвестиций через принятие закона PL 110-49 – закона об иностранных инвестициях и национальной безопасности от 2007 года (Foreign Investment and National Security Act of 2007).[8]

Конгресс укрепил свою роль по двум основным направлениям. Во-первых, усилил свою надзорную функцию, повысив требования к отчетности Комитета по иностранным инвестициям (CFIUS). Во-вторых, Конгресс США в корне изменил понимание национальной безопасности, заложенное в поправке Эксон-Флорио. В это понятие были включены критически важная инфраструктура и вопросы внутренней безопасности как проблемные области, сопоставимые с национальной обороной. Закон также требует от директора национальной разведки (Director of National Intelligence) проводить анализ всех инвестиций, которые могут представлять угрозу национальной безопасности США. Закон предоставляет дополнительные возможности президенту и CFIUS, необходимые для оценки иностранных инвестиций и их последствий для функционирования критически важной инфраструктуры страны.

Что касается других изменений, то закон об иностранных инвестициях и национальной безопасности требует от Комитета по иностранным инвестициям CFIUS расследовать все сделки с участием иностранного капитала, в которых хозяйствующий субъект является собственностью или контролируется иностранным государством, независимо от характера бизнеса и отрасли. Некоторые иностранные инвесторы стали рассматривать такой подход как ужесточение государственной политики США в этой сфере. Закон P.L.110-49 перенес бремя доказывания, представляет или нет конкретная сделка угрозу интересам национальной безопасности, с Комитета CFIUS на иностранные хозяйствующие субъекты с государственным участием.

Американские ученые отмечают, что «…число инвестиционных сделок, представленных инвестором с государственным участием, мало по сравнению с общим количеством зарубежных инвестиционных операций. Однако количество таких сделок с каждым годом возрастает в связи с тем, что происходит рост валютных резервов некоторых государств, которые формируют суверенные фонды, чтобы инвестировать часть ресурсов за рубеж, в том числе и в компании США…» [James

3 USA Patriot Act of 2001 // P.L. 107-56, title X, Sec. 1014, October 26, 2001; 42 U.S.C. Sec. 5195c(e).//

4 Там же.

5 U.S. Code - Critical infrastructures protection. Sec. 5195c(b)(3)// https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/5195c

6 Homeland Security Act of 2002. P.L. 107-296, Sec. 2, November 25, 2002; 6 U.S.C. Sec. 101. // https://www.dhs.gov/xlibrary/assets/hr_5005_enr.pdf

7 Там же.

8 Foreign Investment and National Security Act of 2007 P.L. 110-49 // http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-110publ49/content-detail.html

K. Jackson, 2012].

Таким образом, в дискуссиях о реформах регулирования иностранных инвестиций в США можно выделить две доминирующие позиции [Dick K. Nanto, 2011]. Критики ныне действующих принципов и процедур считают, что такие изменения наносят ущерб репутации США как страны, открытой для зарубежных инвесторов [Ivo H. Daalde, 2002]. Соответственно, предлагается устранить многие положения закона об инвестициях и в целом сделать правила принятия решений по зарубежным инвестиционным проектам простыми и понятными. Вместе с тем, немало и тех, кто оценивает сложившуюся систему оценки заявок и внесенные в нее в последнее время корректировки как вполне оправданные, учитывая происходящие изменения баланса сил в глобальной экономике и в составе крупных инвесторов.

Развивающиеся страны также уделяют большое внимание регулированию прямых иностранных инвестиций. В контексте обеспечения национальной безопасности наиболее интересным представляется законодательство Бразилии и Китая.

В Бразилии сложилась одна из самых эффективных моделей правового регулирования прямых иностранных инвестиций. Этот опыт особенно важен в связи с тем, что роль Бразилии в мировой экономике наиболее схожа с российской. При этом уровень развития законодательства в области прямых иностранных инвестиций значительно опережает нашу страну.

Закон № 4.131/62 и поправки к нему, а также Регламент по международному капиталу и международному валютному рынку (RMCCI) [9], установленный и постоянно обновляемый ЦБ Бразилии, закрепляет для всех прямых иностранных инвестиций на территории страны национальный режим и условия, идентичные предусмотренным для национального капитала. Указанные правовые акты также регулируют правоотношения, связанные с репатриацией прибыли иностранных инвесторов. Однако есть и некоторые ограничения.

Первая группа изъятий из национального режима касается внутренних займов на бразильском финансовом рынке. Закон № 4.131/62 дает гарантии на кредитование только тем иностранным инвесторам – юридическим лицам (компаниям), контрольный пакет акций которых принадлежит нерезидентам, ведущим коммерческую деятельность в Бразилии. Если же контрольный пакет принадлежит иностранным физическим или юридическим лицам или даже их дочерним компаниям, еще не приступившим к реальной деятельности, доступ к внутренним займам не предоставляется вплоть до момента начала ведения такой коммерческой деятельности. В дополнение к этому закон № 4.728 о рынке капиталов [10] от 1965 года в случае значительного отрицательного сальдо платежного баланса Бразилии дает Центральному банку полномочия ограничивать иностранным физическим и юридическим лицам доступ к бразильской финансовой системе.

Вторая группа изъятий из национального режима – ограничения на инвестиции в финансовую систему. Статья 52 Федеральной конституции Бразилии устанавливает порядок, при котором банки и финансовые организации с иностранным капиталом не могут быть инкорпорированы в Бразилии, а иностранные физические и юридические лица не могут повышать долю своего участия в капитале до тех пор, пока не будут выполнены требования, установленные национальным Конгрессом.

Третья группа – ограничения на приобретение сельскохозяйственных и приграничных земель. Иностранный инвестор обязан использовать такие земли исключительно для целей промышленности, сельского хозяйства и животноводства (при наличии согласия Национального института обработки земель и сельскохозяйственных реформ – INCRA) [11].

В Китайской Народной Республике в последнее время наблюдается смещение вектора государственной политики в сфере привлечения (ограничения) прямых иностранных инвестиций. Так, 19 января 2015 года Министерство торговли КНР представило проект закона об иностранных инвестициях КНР (Foreign Direct Investment Industries Guidance Catalogue (the«2015 Investment Catalogue» – Инвестиционный каталог 2015)) [Mayer Brown JSM, 2014]. Проект устанавливает совершенно новый режим правового регулирования прямых иностранных инвестиций в Китае. Отменена действующая система разрешений в отношении всех иностранных инвестиций и реализован принцип «национальный режим до доступа на рынок + управление негативным списком». Для подавляющего большинства иностранных капиталов разрешение больше не понадобится. Оформление разрешения необходимо только в сферах, предусмотренных в перечне специального административного контроля.

Эта модель была сначала апробирована в Шанхайской экспериментальной зоне свободной торговли (ШЭЗСТ). В 2013 году там был проведен эксперимент по внедрению такого подхода. В настоящее время в ШЭЗСТ 90% новых предприятий с иностранным капиталом созданы на основе процедуры постановки на учет, а не оформления разрешений.

В законе об иностранных инвестициях негативный список будет фигурировать в форме перечня сфер, подлежащих специальному административному контролю. В проекте по поводу управления доступом на рынок говорится, что в случае предоставления иностранным инвесторам или капиталам меньших льгот, чем те, которыми пользуются китайские инвесторы или капиталы, или применения больших ограничений, подобные действия должны быть предусмотрены законом, административно-правовыми нормами или решением Госсовета Китая, при этом они должны быть внесены в перечень специального административного контроля.

Перечень специального административного контроля, состоящий из двух частей, разрабатывается и об-

9 Circular № 3.491/2010. Altera o Regulamentodo Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI) // URL: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2010/pdf/circ_3491_v1_O.pdf

10 Arbitration Law (Law № 9.307 of 23 September 1996) // URL:http: //www.jus.uio.no/lm/brazil.arbitration.law.no.9.307.1996/portrait.pdf

11 № 3.491/2010. Altera o Regulamentodo Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI) // URL: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2010/pdf/circ_3491_v1_O.pdf.

народуется Госсоветом Китая. Первая часть определяет запрещенные для иностранных инвестиций сферы. Вторая часть ограничивает реализацию проектов. Для инвестиций в сферы, где предусмотрены ограничения, надо получить разрешение на доступ у компетентного ведомства, отвечающего за размещение иностранных инвестиций. Проект также предусматривает, что независимо от того, входит или нет сфера инвестиций в перечень специального административного контроля, все иностранные инвесторы, работающие на территории Китая, должны отчитываться о своей деятельности.

Министерство коммерции Китая не указало время вступления в силу этого закона. Но оно заявило, что проект усилит защиту прав и интересов иностранных инвесторов и их капиталов, позволит усовершенствовать систему управления доступом иностранных инвестиций на рынок, в то же время он станет частью системы контроля за безопасностью страны.

В настоящее время в Китае уже существует режим контроля за поглощением иностранными инвесторами китайских предприятий, но благодаря закону об иностранных инвестициях система контроля за государственной безопасностью приобретет юридическую силу. Проект последовательно усовершенствовал факторы и процедуры контроля, уточнил меры, предпринимаемые для устранения скрытой угрозы безопасности страны. Кроме того, предусматривается, что решения, вынесенные в рамках контроля за государственной безопасностью, не подлежат пересмотру или возбуждению административного иска в случае несогласия с ними.

Обязанности по выявлению угроз государственной безопасности будет выполнять межведомственное объединенное заседание по контролю за угрозами государственной безопасности со стороны иностранных инвестиций, учрежденное Госсоветом Китая. Правом созыва совместного заседания обладают Государственный комитет по развитию и реформам Китая и компетентное ведомство по иностранным инвестициям Госсовета Китая.

При проверке иностранных инвестиций на предмет угрозы национальной безопасности следует учитывать в общей сложности 11 факторов, в том числе: влияние на национальную оборону, влияние на безопасность национального информационного и кибернетического пространства, влияние на безопасность в энергетической, пищевой и других ключевых сферах.

Согласно проекту, компетентное ведомство по иностранным инвестициям Госсовета Китая также будет разрабатывать и публиковать руководство по проверке иностранных инвестиций на предмет угрозы национальной безопасности и ежегодный отчет.

В случае принятия данного законопроекта, реализация проектов, связанных с прямым инвестированием в экономику Китая, будет существенно упрощена за счёт предоставления иностранным инвесторам национального режима, а также за счет существенного снижения административных барьеров, связанных с запретом на инвестирование в определённые сферы экономики, раскрытием информации. При этом государство сохраняет за собой надзорные функции в отношении прямых иностранных инвестиций, осуществляемых в ключевые отрасли промышленности. Кроме того, значительно повышаются требования к отчетности инвесторов и компаний с иностранными инвестициями. В совокупности с положениями по контролю и надзору обязанность по предоставлению отчетности должна заменить требования текущего законодательства о раскрытии иностранными инвесторами значительного объема информации.

Анализ различных страновых моделей регулирования прямых иностранных инвестиций в аспекте обеспечения национальной безопасности позволяет сделать вывод, что, с одной стороны, такие «либеральные» страны как США, принимают значительное количество регуляторных норм, ограничивающих доступ иностранного капитала на свои рынки, особенно, если это касается стратегических активов и инвестора с государственным участием, с другой стороны, развивающиеся страны упрощают доступ иностранного капитала на свои рынки и в ранее «закрытые» отрасли промышленности. Стоит отметить, что принятие в 2008 году Федерального закона №57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» явилось лишь отражением данной тенденции. При этом подход российского законодателя отличается от вышеперечисленных моделей, ограничивает допуск иностранных инвестиций лишь в случае угроз в сфере экономической и оборонно-промышленной безопасности.

Литература

Dick K. Nanto. Economics and National Security: Issues and Implications for U.S. Policy. January 4, 2011.

James K. Jackson. The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS). 2008.

James K. Jackson. The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment, 2012.

Ivo H. Daalder. Assessing the Department of Homeland Security. The Brookings Institution, Washington, D.C. 2002.

Mayer Brown JSM. The New Foreign Investment Catalogue Finalised – What is the Trend for Foreign Investment in the PRC? 2014.

Seitzinger, Foreign Investment in the United States: Major Federal Restrictions. 2010.

World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan, UNCTAD, 2014.

LEGAL REGULATION OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN THE CONTEXT OF NATIONAL SECURITY PROVISION

CYRIL RYCHEV, Main specialist at OOO Gazprom komplektatsiya (119991 Moscow, Stroiteleystr, 8, bld. 1). E-mail: Rytsev777@gmail.com

Summary: The best legislative practices in the field of attracting (restriction) of the directforeign investment are considered in the article. The U.S. law, the activities of the Committee on foreign investment in the United States (CFIUS), the Brazilian legislation for the restricting of the directforeign investment, the laws of the People's Republic of China are analyzed by the author. Based on the analysis of the various country models of regulation of the direct foreign investment in terms of the national security, the author concludes about the ambiguity