

Ограничение прямых иностранных инвестиций: правовые аспекты в контексте евразийской интеграции

Царёва Л. В.

Белорусский государственный университет, Минск, Республика Беларусь; Tsareva@bsu.by

РЕФЕРАТ

В статье излагаются современные тенденции в правовом регулировании прямых иностранных инвестиций; анализируются действующие подходы государств — членов ЕАЭС к ограничению иностранных инвестиций; систематизируются положения права Союза, влияющие на принятие и применение государствами-членами национальных мер, направленных на ограничение и контроль прямых иностранных инвестиций; выявляются концептуальные отличия права ЕАЭС и права ЕС в регулировании свободы учреждения. Целью исследования выступает определение степени влияния права ЕАЭС на введение государствами-членами ограничительных мер в отношении прямых инвестиций из государств-членов. Автор приходит к заключению, что правовые рамки для национальных мер по ограничению прямых иностранных инвестиций из государств-членов предопределяются нормами права Союза об обеспечении свободы учреждения как формы осуществления инвестиций, действующими с учетом исключений индивидуального и общего характера, которые позволяют принимать меры, необходимые для защиты приоритетных национальных интересов.

Ключевые слова: право ЕАЭС, прямые иностранные инвестиции, свобода учреждения, осуществление инвестиций

Для цитирования: Царёва Л. В. Ограничение прямых иностранных инвестиций: правовые аспекты в контексте евразийской интеграции // Евразийская интеграция: экономика, право, политика. 2021. № 1. С. 44 – 54.

Foreign Direct Investment Restrictions: Legal Aspects in the Context of Eurasian Integration

Liudmila V. Tsareva

Belarusian State University, Minsk, Republic of Belarus; Tsareva@bsu.by

ABSTRACT

The article outlines current trends in the legal regulation of foreign direct investment; analyzes the current approaches of EAEU member states to the restriction of foreign investment; systematizes the provisions of the Union law, which affect the adoption and application of national measures to restrict and control foreign direct investment; identifies the conceptual differences between EAEU law and EU law in regulating freedom of establishment. The aim of the research is to determine the degree of the EAEU law influence on the introduction by member states of restrictive measures against direct investment from member states. The author concludes that the legal framework for national measures to restrict FDI from member states is predetermined by the norms of the Union law on ensuring freedom of establishment as a form of investment, operated with individual and general exceptions, that allow to take the measures necessary to protect the national priority interests.

Keywords: EAEU law, foreign direct investment, freedom of establishment, Investment execution

For citing: Tsareva L. V. Foreign Direct Investment Restrictions: Legal Aspects in the Context of Eurasian Integration // Eurasian Integration: economic, law, politics. 2021. No. 1. Pp. 44 – 54.

Введение

Государства — члены ЕАЭС используют различные модели регулирования допуска прямых иностранных инвестиций¹ (далее — ПИИ), ориентируясь на собственные потребности. В отличие от права Европейского союза, где регулирование ПИИ из третьих стран, как составляющая общей торговой политики, относится к исключительной компетенции интеграционной организации [5, р. 8], право ЕАЭС не ограничивает государства-члены в определении внешнеторговой политики в отношении учреждения, деятельности и осуществления инвестиций с третьими государствами². Вместе с тем в условиях региональной интеграции, в рамках которой стороны заявили об обеспечении свободы движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы и стремятся к полному устранению барьеров и максимальному сокращению изъятий и ограничений для свободного передвижения товаров, услуг, капитала и рабочей силы на общем (едином) рынке Союза³, возникает вопрос о влиянии права ЕАЭС на данную сферу правоотношений между государствами-членами. С позиции правотворчества интересен компетентностный аспект: вправе ли государства-члены вводить ограничения в отношении ПИИ из государств-членов, а если да, то при каких условиях и в каких пределах. С позиции же правоприменения вопрос трансформируется в пространство на инвесторов государств — членов ЕАЭС ограничительных мер в той же мере, в какой они распространяются на инвесторов из третьих стран.

Ограничение ПИИ как современная тенденция инвестиционного законодательства

По данным UNCTAD, в 2018 г. из принятых 55 странами 112 мер, затрагивающих иностранные инвестиции, более трети были связаны с введением ограничений, что является самым высоким показателем за последние два десятилетия⁴. В 2019 г. количество ограничительных мер немного снизилось и составило одну четверть⁵.

Судя по всему, 2020 г. поддержит тенденцию введения ограничений ПИИ со стороны принимающих государств. Только в Европе за истекший год новые специальные нормативные правовые акты, посвященные контролю ПИИ, приняты в Австрии (закон о контроле ПИИ от 8 июля 2020 г.⁶), Словении (раздел 11 «Скрининг прямых иностранных инвестиций» закона об определении интервенционных мер по смягчению и исправлению последствий эпидемии COVID-19⁷), на Мальте (акт № LX от 18 декабря 2020 г.⁸). Германия, Россия, Финляндия и Испания внесли в 2020 г. изменения и дополнения по усилению контроля в действовавшие нормативные правовые акты по вопросам скрининга ПИИ, причем некоторые страны — по несколько раз. Даже Германия, которая всегда придерживалась максимально открытого инвестиционного режима, где ограничения рассматривались как исключительная мера лишь

¹ Прямые иностранные инвестиции характеризуются среди прочего тем, что «мотивацией прямого инвестора выступает установление долговременных отношений с предприятием-реципиентом таким образом, чтобы прямой инвестор мог оказывать существенное влияние на управление этим предприятием. Долговременная заинтересованность проявляется тогда, когда прямой инвестор владеет, по крайней мере, 10% голосующих акций (или эквивалентом, дающим право на аналогичную долю при голосовании) на предприятии — реципиенте прямых инвестиций. Прямые инвестиции могут также позволить прямому инвестору получить доступ к экономике предприятия-реципиента, чего в противном случае он не смог бы сделать». См: Эталонное определение ОЭСР для иностранных прямых инвестиций [Электронный ресурс]. 4-е издание. 2008 г. URL: <https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/46229224.pdf> (дата обращения: 23.02.2021).

² П. 48 Протокола о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций явл. приложением № 16 к Договору о ЕАЭС (Астана, 29 мая 2014 г.) [Электронный ресурс]. URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/0003610/ita_05062014 (дата обращения: 23.02.2021).

³ Стратегические направления развития евразийской экономической интеграции до 2025 г., утв. Решением Высшего Евразийского экономического совета № 12 от 11 декабря 2020 г. [Электронный ресурс]. URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01228321/err_12012021_12 (дата обращения: 23.02.2021).

⁴ Доклад о мировых инвестициях — 2019. Особые экономические зоны. Основные тезисы и обзор. С. xi. UNCTAD/WIR/2019 (Overview) [Электронный ресурс]. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2019_overview_ru.pdf (дата обращения: 23.02.2021).

⁵ Доклад о мировых инвестициях — 2020. Международное производство после пандемии. Основные тезисы и обзор. С. xii. UNCTAD/WIR/2020 (Overview) [Электронный ресурс]. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_ru.pdf (дата обращения: 23.02.2021).

⁶ Bundesgesetz über die Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen (InvKG) vom 8. Juli 2020. BGBl Nr. 87/2020 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.bmdw.gv.at/Ministerium/Rechtsvorschriften/ausenwirtschaftsrecht/Investitionskontrollgesetz.html> (дата обращения: 23.02.2021).

⁷ Act Determining the Intervention Measures to Mitigate and Remedy the Consequences of the COVID-19 Epidemic of 29 May, 2020 [Электронный ресурс]. URL: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/october/tradoc_158966.6.2020.pdf (дата обращения: 23.02.2021).

⁸ ACT No. LX of 18 December 2020 [Электронный ресурс]. URL: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc_159267.pdf (дата обращения: 23.02.2021).

в отдельных секторах экономики и максимально дружественного характера [4, с. 598], ужесточила стандарт проверки (теперь критерием выступает не «фактическая», как было ранее, а «потенциальная» угроза общественному порядку или безопасности), расширила сферу применения контроля и понизила пороговое значение инвестиций, подпадающих под контроль, в стратегических сферах¹.

Содержательно принятые национальные меры включают: введение механизмов отбора ПИИ; расширение перечня секторов и / или видов деятельности, на которые распространяются существовавшие правила контроля; снижение пороговых значений, при которых ПИИ подпадают под контроль; расширение обязанностей иностранных инвесторов по раскрытию информации о сделках, подпадающих под уведомительный или разрешительный порядок; детализацию процедур и сроков осуществления контроля.

Кроме того, в октябре 2020 г. вступил в силу регламент (ЕС) о скрининге иностранных инвестиций в ЕС², который регулирует взаимодействие Европейской комиссии и государств — членов ЕС в сфере обмена информацией и контроля за иностранными инвестициями из третьих стран, которые могут затронуть интересы безопасности одной и более стран — членов ЕС или оказать влияние на конкретные проекты и программы ЕС.

Европейская комиссия призвала государства — члены ЕС в полном объеме использовать имеющиеся у них механизмы контроля, а тех, кто их не имеет, ввести; «а до появления таковых использовать все имеющиеся возможности для активных действий в случаях, когда приобретение или контроль конкретного предприятия или инфраструктуры или технологии может быть сопряжено с рисками для безопасности или общественного контроля»³.

Кажущаяся на первый взгляд нелогичной на фоне беспрецедентного кризиса и существенного снижения глобальных потоков ПИИ⁴ тенденция по введению ограничений на стадии допуска инвестиций объясняется несколькими причинами. В привязке к 2020 г. государства стремятся «защитить» предприятия, ослабленные кризисом, спровоцированным пандемией COVID-19, поскольку последние становятся привлекательной целью для платежеспособных иностранных инвесторов. В более общем контексте, отдавая предпочтение национальным субъектам, государства препятствуют экспансии в критически важные секторы экономики нежелательных инвесторов, которые по разным причинам могут представлять угрозу для национальной безопасности и общественного порядка страны-реципиента. В условиях пандемии коронавируса особое внимание в этой связи стали обращать на сферу здравоохранения и связанные с ней отрасли производства медикаментов и медицинского оборудования.

Емкий термин для ограничений ПИИ — «экономический патриотизм» — был сформулирован во Франции, когда в 2005 г. обсуждался вопрос о поглощении компанией PepsiCo французского производителя Danone [3, с. 12].

Ограничение иностранных инвестиций в странах ЕАЭС

Меры «экономического патриотизма» присутствуют в правовых актах государств — членов ЕАЭС, однако модели их применения и степень разработанности института ограничений ПИИ существенно различаются.

¹ Erstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 10. Juli 2020 [Электронный ресурс]. URL: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl120s1637.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s1637.pdf%27%5D__1610651806132 (дата обращения: 23.02.2021).

² Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union of 19 March 2019 [Электронный ресурс]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/452/oj> (дата обращения: 23.02.2021).

³ Mitteilung der Kommission. Leitlinien für die Mitgliedstaaten betreffend ausländische Direktinvestitionen, freien Kapitalverkehr aus Drittländern und Schutz der strategischen Vermögenswerte Europas im Vorfeld der Anwendung der Verordnung (EU) 2019/452 über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen (2020/C 99 I/01) [Электронный ресурс]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2020:099I:FULL&from=EN> (дата обращения: 23.02.2021).

⁴ По статистике, глобальные потоки прямых иностранных инвестиций снизились в первой половине 2020 г. на 49% по сравнению с аналогичным периодом 2019 г. // Доклад о мировых инвестициях — 2020. Основные тезисы и обзор. UNCTAD/WIR/2020 (Overview) [Электронный ресурс]. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/10/1389172> (дата обращения: 23.02.2021).

Наиболее системно и детально вопросы контроля ПИИ урегулированы в Российской Федерации, где действует специальный закон 2008 г. «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»¹ (далее — Закон РФ 2008 г.). Само название правового акта указывает на достаточно узкую сферу его применения по предмету: речь идет об особенностях вложения иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства. Законом предусматривается организационно-правовой механизм получения предварительного разрешения на сделки, связанные с участием в уставных капиталах таких хозяйственных обществ. Разрешительные процедуры распространяются на иностранных инвесторов и группы лиц, в которые входит иностранный инвестор, и (или) при совершении указанными лицами сделок, в результате которых устанавливается контроль иностранных инвесторов или группы лиц над такими хозяйственными обществами. Проверка и выдача разрешения на совершение сделок, подпадающих под разрешительную процедуру Закона РФ 2008 г., осуществляется специально образованной Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации (далее — Правительственная комиссия).

Кроме того, на основании ч. 5 ст. 6 закона РФ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»² в целях обеспечения обороны страны и безопасности государства по решению председателя Правительственной комиссии предварительному согласованию в порядке, предусмотренном Законом РФ 2008 г., подлежат сделки, совершаемые иностранными инвесторами в отношении российских хозяйственных обществ. Сфера применения данной нормы существенно шире, поскольку подчиняет контролю сделки с участием иностранных инвесторов, осуществляемые в отношении хозяйственных обществ, вне зависимости от принадлежности последних к категории стратегических. При этом целью контроля выступает обеспечение обороны страны и безопасности государства.

Предварительному согласованию в том же порядке подлежат также сделки, которые совершаются иностранными государствами, международными организациями или находящимися под их контролем организациями и в результате которых приобретает право прямо или косвенно распоряжаться более чем 25% общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставный капитал российского хозяйственного общества, или иная возможность блокировать решения органов управления такого хозяйственного общества.

В Казахстане контроль ПИИ регламентируется законом «О национальной безопасности»³. Согласно ст. 22 названного закона в целях защиты национальных интересов Республики Казахстан, в том числе сохранения и укрепления промышленного потенциала, государство с соблюдением гарантий, предоставляемых иностранным инвесторам, осуществляет контроль за состоянием и использованием объектов экономики Казахстана, находящихся в управлении или собственности иностранных организаций и организаций с иностранным участием. Совершение сделок по использованию стратегических ресурсов и (или) использованию, приобретению стратегических объектов Республики Казахстан, если это может повлечь за собой концентрацию прав у одного лица или группы лиц из одной страны, требует разрешения компетентного государственного органа. Соблюдение данного условия обязательно и в отношении сделок с аффилированными лицами.

Законом Республики Казахстан от 2 июля 2003 г. № 461 «О рынке ценных бумаг» предусмотрено право Правительства Республики Казахстан устанавливать ограничения на переход и возникновение права собственности на стратегические ресурсы (объекты) Республики Казахстан в целях обеспечения национальной безопасности. В целях реализации соответствующего решения (акта) Правительства

¹ О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства : федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ [Электронный ресурс]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_76660/ (дата обращения: 23.02.2021).

² Об иностранных инвестициях в Российской Федерации : федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ [Электронный ресурс]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_16283/ (дата обращения: 23.02.2021).

³ О национальной безопасности Республики Казахстан : закон Республики Казахстан от 6 января 2012 г. № 527-IV [Электронный ресурс]. URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31106860#pos=417;-34 (дата обращения: 23.02.2021).

Республики Казахстан эмитент, контрольный пакет акций которого прямо или косвенно принадлежит национальному управляющему холдингу, при размещении акций на организованном рынке ценных бумаг не вправе продавать акции иностранным гражданам и (или) юридическим лицам, а также лицам без гражданства.

В отдельных секторах экономики участие иностранных инвесторов лимитируется путем установления квот. Так, иностранным физическим и юридическим лицам, а также лицам без гражданства запрещается прямо и (или) косвенно владеть, пользоваться, распоряжаться и (или) управлять более 20% акций (долей, паев) юридического лица — собственника средства массовой информации в Республике Казахстан или осуществляющего деятельность в этой сфере. По общему правилу нельзя также прямо и (или) косвенно владеть, пользоваться, распоряжаться и (или) управлять в совокупности более чем 49% голосующих акций, а также долей, паев юридического лица, осуществляющего деятельность в области телекоммуникаций в качестве оператора междугородной и (или) международной связи, владеющего наземными (кабельными, в том числе волоконно-оптическими, радиорелейными) линиями связи. Последнее требует положительного решения Правительства Республики Казахстан, основанного на заключении уполномоченного органа в области связи и информации, согласованного с органами национальной безопасности. Такого рода нормативные ограничения чаще всего также объясняются защитой национальной безопасности.

Закон Кыргызской Республики «О стратегических объектах»¹ в целях обеспечения национальной безопасности предусматривает ограничение на переход и возникновение права собственности на стратегические ресурсы (объекты) Кыргызской Республики в виде получения разрешения уполномоченного государственного органа на совершение сделок по использованию стратегических ресурсов и (или) использованию, приобретению стратегических объектов Кыргызской Республики. Помимо объектов, перечисленных в двадцати подпунктах п. 1 ст. 2 названного закона, к стратегическим объектам могут быть отнесены пакеты акций (доли участия, паи) в юридических лицах, в собственности которых находятся стратегические объекты, а также пакеты акций (доли участия, паи) физических и юридических лиц, которые имеют возможность прямо или косвенно определять решения или оказывать влияние на принимаемые решения юридических лиц, в собственности которых находятся стратегические объекты, а также предприятия, имеющие стратегическое значение для государства.

Принципиально иная модель регулирования применяется в Беларуси. Закон Республики Беларусь «Об инвестициях»² (далее — Закон Беларуси) провозглашает принцип равенства инвесторов и не дифференцирует их правовое регулирование, в том числе ограничения на стадии допуска, в зависимости от принадлежности инвестиций к категории национальных или иностранных.

В рамках данной концепции ст. 6 Закона Беларуси закрепляет три категории ограничительных мер в отношении инвестиций без учета их происхождения. Во-первых, не допускается осуществление инвестиций в виды деятельности, запрещенные законодательными актами Беларуси. Во-вторых, ограничения могут вводиться законодательными актами Республики Беларусь по мотивам противоречия национальной безопасности, общественному порядку, защите нравственности, здоровью населения, правам и свободам других лиц. Условия и порядок реализации этой общей возможности ограничения, как и потенциальные правовые последствия несоблюдения ограничений, в законе не конкретизируются. Третью категорию составляют ограничения, предопределяемые целями антимонопольного законодательства. Законом предписывается получение согласия республиканского антимонопольного органа при осуществлении инвестиций в имущество юридических лиц, занимающих доминирующее положение на товарных рынках Республики Беларусь.

¹ О стратегических объектах Кыргызской Республики : закон Кыргызской Республики от 23 мая 2008 г. № 94 [Электронный ресурс]. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202305?cl=ru-ru> (дата обращения: 23.02.2021).

² Об инвестициях : закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 53-3 [Электронный ресурс]. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&po=N11300053> (дата обращения: 23.02.2021).

В Беларуси также применяются «секторальные» квоты. Предельная квота участия иностранного капитала в банковской системе Республики Беларусь составляет 50%¹, в уставных фондах всех страховых организаций Республики Беларусь — 30%². При превышении соответствующей квоты регистрирующий орган (Национальный банк и Министерство финансов, соответственно) прекращает регистрацию субъектов с участием иностранных инвесторов и (или) выдачу им специальных разрешений (лицензий) на осуществление деятельности.

Режим иностранных инвестиций в Республике Армения установлен законом об иностранных инвестициях 1994 г., содержание которого ориентировано на привлечение иностранных инвестиций в экономику страны и концентрируется на аспектах, сигнализирующих его привлекательность, не устанавливая ограничений.

Заметим, что ни один из пяти правопорядков прямо не устанавливает исключений из нормативно установленных правил в отношении инвестиций из государств — членов ЕАЭС³.

Источники правового регулирования и терминологический аппарат права ЕАЭС

Вопросы осуществления инвестиций выступают предметом регулирования раздела XV Договора о Евразийском экономическом союзе «Торговля услугами, учреждение, деятельность и осуществление инвестиций» (ст. 65–69, далее — раздел XV Договора о Союзе) и одноименного Протокола, являющегося приложением № 16 к Договору о ЕАЭС (далее — Протокол № 16). В Договоре не заявляется об обеспечении абсолютной свободы торговли услугами, учреждения, деятельности и осуществления инвестиций, а указывается на их реализацию в соответствии с условиями Договора о Союзе и Протокола № 16.

Структурно включение норм об осуществлении инвестиций в раздел Договора о Союзе и Протокол № 16, регулирующих также свободу передвижения услуг, представляется не самым удачным, поскольку объединяет разные по своему содержанию и сущности правоотношения. Кроме того, свобода передвижения услуг выступает одной из четырех составляющих общего (единого) рынка (ст. 2 Договора о Союзе), тогда как свободы учреждения, деятельности и осуществления инвестиций, хоть и декларируются источниками первичного права в качестве свобод (ст. 66 Договора о Союзе), такого статуса не имеют.

Содержательная регламентация свободы осуществления инвестиций и ее соотношение с иными свободами не отличаются лаконичностью и четкостью, что потенциально может вызвать сложности при применении права Союза.

В отличие от всех остальных категорий, вынесенных в название раздела XV Договора о Союзе и Протокола № 16, термину «осуществление инвестиций» не дано нормативного определения на уровне первичных источников права Союза. Если торговля услугами (определение в целях применения права Союза содержится в подпункте 22 п. 6 Протокола № 16) с достаточной степенью определенности может быть обособлена от сферы инвестиций, то вопрос о соотношении понятия «осуществление инвестиций» с категориями «учреждение» (подпункт 24 п. 6 Протокола № 16) и «деятельность» (подпункт 2 п. 6 Протокола № 16) требует более пристального внимания. Наличие легальной дефиниции термина «деятельность в связи с инвестициями» (подпункт 3 п. 6) еще больше усложняет уяснение концепции регулирования инвестиционных отношений на союзном уровне.

¹ Банковский кодекс Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. № 441-3. Ст. 90 [Электронный ресурс]. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk0000441> (дата обращения: 23.02.2021).

² Об установлении квоты иностранных инвесторов в уставных фондах страховых организаций Республики Беларусь : постановление Совета министров Республики Беларусь от 11 сентября 2006 г. № 1174. П. 1 [Электронный ресурс]. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=C20601174> (дата обращения: 23.02.2021).

³ Иной подход практикуется в государствах — членах ЕС, где в национальных правовых актах прямо указывается, что меры распространяются только на инвестиции из третьих стран. Например, ст. 55 Закона Германии о внешнеэкономической деятельности оперирует термином «страны, не входящие в ЕС», закон Австрии о контроле ПИИ в ст. 2 закрепляет, что под «иностранном лицом понимается физическое лицо, не являющееся гражданином ЕС или гражданином ЕЭП или Швейцарии; а также юридическое лицо, имеющее свой зарегистрированный офис или центральную администрацию за пределами ЕС, ЕЭП и Швейцарии».

«Деятельность» в целях применения Протокола № 16 включает предпринимательскую и иную деятельность (включая торговлю услугами и производство товаров) юридических лиц, филиалов, представительств или индивидуальных предпринимателей.

«Деятельность в связи с инвестициями» означает владение, пользование и (или) распоряжение инвестициями.

Под инвестициями в праве Союза понимаются материальные и нематериальные ценности, вкладываемые инвестором одного государства-члена в объекты предпринимательской деятельности на территории другого государства-члена в соответствии с законодательством последнего. Разграничение инвестиций на прямые и портфельные в праве Союза не производится.

В силу п. 66 Протокола № 16 одной из форм осуществления инвестиций является учреждение в понимании п. 6 (24) настоящего Протокола, который включает:

- создание и (или) приобретение юридического лица (участие в капитале созданного или учрежденного юридического лица) любой организационно-правовой формы и формы собственности, предусмотренных законодательством государства-члена, на территории которого такое юридическое лицо создается или учреждается;
- приобретение контроля над юридическим лицом государства-члена, выражающееся в получении возможности непосредственно или через третьих лиц определять решения, принимаемые таким юридическим лицом, в том числе путем распоряжения голосами, принадлежащими на голосующие акции (доли), путем участия в совете директоров (наблюдательном совете) и в иных органах управления такого юридического лица;
- открытие филиала;
- открытие представительства;
- регистрацию в качестве индивидуального предпринимателя.

Системный анализ приведенных дефиниций приводит к выводу, что национальное регулирование вопросов допуска ПИИ коррелирует по своему содержанию с предписаниями об осуществлении инвестиций в форме учреждения на союзном уровне.

В силу прямого указания нормы п. 66 Протокола № 16 к инвестициям, осуществляемым в форме учреждения, не применяются положения п. 69–74 Протокола № 16, размещенных в подразделе «Правовой режим и защита инвестиций». В указанных пунктах закреплены обязательства государств-членов по предоставлению национального или не менее благоприятного правового режима в отношении инвестиций по выбору инвестора (п. 69–71), а также право в соответствии со своим законодательством ограничивать деятельность инвесторов других государств-членов и применять, и вводить иные изъятия из национального режима (п. 73).

Изъятие свободы учреждения из сферы действия норм о предоставлении относительно правового режима инвестиций согласуется с концепцией разграничения допуска инвестиций и последующего режима их осуществления, известной международному инвестиционному праву [2, р. 19]. Согласно этой теории обязательства государств-членов по предоставлению инвестициям национального режима или режима наибольшего благоприятствования охватывают по общему правилу только условия осуществления деятельности после допуска инвестиций на рынок и не распространяются на вопрос о том, обязано ли государство допускать инвестиции на свой рынок [6, р. 14].

Таким образом, право ЕАЭС исходит из того, что учреждение как форма осуществления инвестиций опосредует стадию допуска прямых иностранных инвестиций, и, соответственно, правовые рамки для принятия мер по ограничению ПИИ на национальном уровне предопределяются нормами об обеспечении свободы учреждения как формы осуществления инвестиций на уровне права Союза. Заметим, что такой подход кардинально отличается от концепции свободы учреждения в ЕС, где, помимо того что она отнесена к свободам внутреннего рынка, ее содержание включает в себя не только доступ к созданию компании и участию в ней, но и управление, и последующее осуществление

деятельности на условиях, определенных законодательством страны учреждения для своих собственных граждан, при соблюдении положений главы о капиталах¹.

Материальное регулирование

Государства — члены ЕАЭС взяли на себя обязательства не вводить новые дискриминационные меры в отношении учреждения лиц других государств-членов по сравнению с режимом, действующим на дату вступления в силу Договора о ЕАЭС, а также проводить поэтапную либерализацию условий учреждения и осуществления инвестиций (п. 1 и 2 ст. 66 Договора о Союзе).

Для исследуемых вопросов об ограничении ПИИ на национальном уровне релевантными нормами Протокола № 16 видятся положения: а) п. 24, 26 подраздела «Национальный режим при торговле услугами, учреждении и деятельности»; б) п. 30, 31 подраздела «Количественные и инвестиционные меры»; в) п. 62 подраздела «Внутреннее регулирование при торговле услугами и в отношении учреждения и (или) деятельности».

То есть:

- а) согласно п. 24 Протокола № 16 каждое государство-член предоставляет лицам любого государства-члена в отношении учреждения режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый при таких же (подобных) обстоятельствах своим собственным лицам на своей территории; на основании п. 26 каждое государство-член в отношении учреждения лиц любого государства-члена может применять отдельные ограничения и условия, указанные в национальных перечнях или в приложении № 2 к настоящему Протоколу;
- б) согласно п. 30 Протокола № 16 государства-члены не вводят и не применяют в отношении лиц любого государства-члена в связи с учреждением ограничения, касающиеся в том числе приобретаемой доли в уставном капитале юридического лица или степени контроля над юридическим лицом; в п. 31 Протокола № 16, закрепляющем исключение из общего правила путем возможной отсылки к национальным перечням и приложению № 2 к Протоколу 16, сфера учреждения не указана; следуя общему правилу о том, что исключения не толкуются расширительно, в отношении обязательства не вводить и не применять в отношении лиц любого государства-члена в связи с учреждением ограничений, касающихся приобретаемой доли в уставном капитале юридического лица или степени контроля над юридическим лицом, государства-члены не могут ссылаться на национальные перечни об исключениях или приложение № 2 к Протоколу;
- в) в силу п. 62 Протокола № 16 государства-члены не применяют разрешительные требования и процедуры, которые аннулируют или сокращают выгоды и не были установлены законодательством государства-члена и не применялись соответствующим государством-членом на дату подписания Договора.

Из приведенных норм следует, что в рамках обеспечения свободы учреждения право Союза налагает на государства-члены обязательства, непосредственно влияющие на введение мер по ограничению ПИИ из государств — членов ЕАЭС. Так, государства обязались:

- во-первых, предоставлять национальный режим в отношении создания и (или) приобретения юридического лица, участия в капитале созданного или учрежденного юридического лица, а также приобретения контроля над юридическим лицом;
- во-вторых, не вводить новых ограничений по сравнению с существовавшими по состоянию на дату вступления в силу Договора о Союзе, и не применять их;
- в-третьих, не применять разрешительные требования и процедуры, которые аннулируют или сокращают выгоды, которые не были установлены законодательством государства-члена и не применялись соответствующим государством-членом на дату подписания Договора.

¹ Art. 49 of the Treaty on the Functioning of the European Union [Электронный ресурс]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12016E%2FTXT> (дата обращения: 23.02.2021).

Исключения

Практически все государства воспользовались возможностью изъять из сферы действия свободы учреждения отношения, имеющие значение для обеспечения безопасности, включив их в приложение № 2 к Протоколу № 16. В перечень горизонтальных ограничений со ссылкой на п. 26 Беларусь включила отдельные виды деятельности (землеустройство, инвентаризация и государственная регистрация недвижимого имущества, геодезические и картографические работы, результаты которых имеют общегосударственное, межотраслевое назначение), сославшись на закон «Об объектах, находящихся только в собственности государства, и видах деятельности, на осуществление которых распространяется исключительное право государства».

Со стороны Казахстана в перечень вошли разрешительный порядок на совершение сделок по использованию стратегических ресурсов и (или) использованию, приобретению стратегических объектов Республики Казахстан на основании закона о национальной безопасности и ограничения на основании закона о недрах и недропользовании. Требование о получении разрешения на совершение сделок по использованию стратегических ресурсов и (или) использованию, приобретению стратегических объектов Кыргызской Республики зафиксированы и Кыргызской Республикой.

Российская Федерация указала на изъятия, подпадающие в сферу действия Закона РФ 2008 г., на возможность ограничений учреждения юридических лиц, приобретение ими доли участия в капитале юридических лиц, зарегистрированных на территориях закрытых административно-территориальных образований.

Помимо индивидуальных исключений из общих правил, заявленных каждым государством со ссылкой на внутренние нормативные правовые акты, путем включения в приложение № 2, в п. 6 и 7 ст. 65 Договора о Союзе, закреплены общие правила об основаниях для правомерного отступления государствами от обязательств по обеспечению свободы учреждения.

Согласно п. 6 ст. 65 Договора о Союзе ничто в разделе XV Договора о Союзе не должно толковаться как препятствие для любого государства-члена предпринимать любые действия, которые оно считает необходимыми для защиты важнейших интересов его безопасности посредством принятия законодательного акта.

Проецируя приведенную норму на введение национальных мер, ограничивающих ПИИ, принятые государствами-членами меры будут признаваться правомерными при условии, что они (а) вводятся с целью защиты важнейших интересов безопасности государства и (б) облечены в форму законодательного акта. Правоприменению еще предстоит выяснить, как будет работать норма о приоритете важнейших интересов безопасности при реализации договоренностей в рамках ЕАЭС. В частности, пока не ясно, что вкладывается в содержание понятия «важнейшие интересы безопасности государства», каким образом государство должно (и должно ли вообще) обосновывать причинно-следственную связь между вводимыми мерами и обеспечением безопасности, должна ли мера обозначаться «в национальном законодательном акте в качестве способа обеспечения важнейших интересов безопасности» [1]. Не исключено, что вопросы могут возникнуть и в связи с формой закрепления мер в контексте толкования понятия «законодательный акт», что уже имело место при применении права Союза в области закупок¹.

Приоритетными могут выступать и иные интересы: защита общественной морали или поддержание общественного порядка, защита жизни или здоровья людей, животных или растений, предотвращение вводящей в заблуждение и недобросовестной практики или последствий несоблюдения гражданско-правовых договоров; защита от вмешательства в частную жизнь отдельных лиц при обработке и распространении сведений личного характера и защита конфиденциальности сведений о личной жизни и счетов; безопасность (п. 7 ст. 65 Договора о Союзе). Одним из условий правомерности применения

¹ Постановление Большой коллегии Суда ЕАЭС от 3 февраля 2021 г. о разъяснении вопроса об определении объема правового содержания термина «законодательные акты государства — члена Союза» [Электронный ресурс]. URL: file:///C:/Users/User/Downloads/%D0%9F%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%91%D0%9A_3.02.21.pdf (дата обращения: 23.02.2021).

мер по таким основаниям является отсутствие произвольной или неоправданной дискриминации между государствами-членами или скрытых ограничений в сфере учреждения.

Административные процедуры

Протокол № 16 устанавливает требования к национальным административным процедурам, посредством которых реализуются разрешительные требования и процедуры, в том числе в отношении учреждения, несоблюдение которых влечет неприменение разрешительных требований и процедур государств-членов (п. 60–64). Более того, государства-члены должны руководствоваться специально разработанными Правилами регулирования торговли услугами, учреждения и деятельности¹, направленными на предотвращение неоправданных барьеров.

Выводы

Мировые тенденции развития инвестиционного законодательства демонстрируют, что меры по ограничению ПИИ все реже рассматриваются как препятствие для инвестиционной привлекательности страны и «все в большей степени как полезный инструмент защиты отечественной важнейшей инфраструктуры и ключевых технологий»², значение которого ощутимо возросло на фоне кризиса, вызванного пандемией COVID-19.

Государства — члены ЕАЭС практикуют различные подходы к допуску ПИИ, выстраивая национальное правовое регулирование с учетом индивидуальных потребностей и приоритетов, балансируя между интересом в привлечении иностранного капитала, новых технологий и ноу-хау, с одной стороны, и фактическими и / или потенциальными рисками для национальных интересов, с другой.

Правовые рамки для введения и применения национальных мер по ограничению ПИИ из государств-членов предопределяются нормами права Союза об обеспечении свободы учреждения как формы осуществления инвестиций. Общие правила об обязательствах государств-членов предоставить национальный режим в отношении создания и (или) приобретения юридического лица, участия в капитале созданного или учрежденного юридического лица, а также приобретения контроля над юридическим лицом; не вводить и не применять новых ограничений по сравнению с существовавшими по состоянию на дату вступления в силу Договора о Союзе; а также не применять разрешительные требования и процедуры, которые аннулируют или сокращают выгоды, по сравнению с датой подписания Договора, действуют с учетом ряда исключений индивидуального и общего характера. В пределах данного механизма государства-члены вправе принимать и применять меры, необходимые для защиты приоритетных национальных интересов.

Литература

1. *Невский А.* Исключения из обязательств по услугам в рамках ВТО и в отдельных интеграционных образованиях по основаниям функций власти и безопасности. Часть 1 [Электронный ресурс] // Доступ из СПС «Консультант Плюс».
2. *Dolzer R., Schreuer Ch.* Principles of International Investment Law. Second Edition. Oxford : University Press, 2012.
3. *Heinemann A.* Ökonomischer Patriotismus in Zeiten regionaler und internationaler Integration: Zur Problematik staatlicher Aufsicht über grenzüberschreitende Unternehmensübernahmen: Online-Ausg. Tübingen Mohr Siebeck, 2011.

¹ Правила регулирования торговли услугами, учреждения и деятельности, утв. решением Высшего Евразийского экономического совета от 26 декабря 2016 г. № 24 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/finpol/dobd/rr/Documents/%D1%80%D0%B5%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%20%D0%92%D0%95%D0%AD%D0%A1%2024.pdf> (дата обращения: 23.02.2021).

² П. 13 обоснования принятия Регламента 2019/452. Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union of 19 March 2019 [Электронный ресурс]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/452/oj> (дата обращения: 23.02.2021).

4. *Hocke E.* Außenwirtschaftsrecht: Begründet von E. Hocke; Herausgegeben von Dr. Bärbel Sachs, LL.M., Dr. Ch. Pelz . 2. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2020.
5. *Tietje Ch.* Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz vor „Staatsfonds“: Rechtliche Grenzen eines neuen Investitionsprotektionismus // *Policy Papers on Transnational Economic Law.* 2007. No. 26.
6. *Tietje Ch.* Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon // *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht.* Januar, 2009. Heft 83. S. 5–23.

Об авторе:

Царёва Людмила Васильевна, доцент кафедры гражданского права юридического факультета Белорусского государственного университета (Минск, Республика Беларусь), кандидат юридических наук; Tsareva@bsu.by

References

1. Nevskii A. Isklyucheniya iz obyazatel'stv po uslugam v ramkakh VTO i v otdel'nykh integratsionnykh obrazovaniyakh po osnovaniyam funktsii vlasti i bezopasnosti. Chast' 1 [Elektronnyi resurs] // Dostup iz SPS «Konsul'tant Plyus».
2. Dolzer R., Schreuer Ch. *Principles of International Investment Law.* Second Edition. Oxford : University Press, 2012.
3. Heinemann A. *Ökonomischer Patriotismus in Zeiten regionaler und internationaler Integration: Zur Problematik staatlicher Aufsicht über grenzüberschreitende Unternehmensübernahmen:* Online-Ausg. Tübingen Mohr Siebeck, 2011.
4. *Hocke E.* Außenwirtschaftsrecht: Begründet von E. Hocke; Herausgegeben von Dr. Bärbel Sachs, LL. M., Dr. Ch. Pelz . 2. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2020.
5. *Tietje Ch.* Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz vor „Staatsfonds“: Rechtliche Grenzen eines neuen Investitionsprotektionismus // *Policy Papers on Transnational Economic Law.* 2007. No. 26.
6. *Tietje Ch.* Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon // *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht.* Januar, 2009. Heft 83. S. 5–23.

About the author:

Liudmila V. Tsareva, Associate Professor at the Department of Civil Law of the Law Faculty of Belarusian State University (Minsk, Republic of Belarus), PhD in Jurisprudence; Tsareva@bsu.by