

Основы правового регулирования инвестиционной деятельности: дискуссионные вопросы теории и практики

И. И. Шувалов

кандидат юридических наук, председатель Государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ».

Адрес: Москва, 107078, проспект Академика Сахарова, д. 9.

E-mail: pr_shuvalova@veb.ru

Fundamentals of Legal Regulation of Investment Activity: Debatable Issues of Theory and Practice

I. I. Shuvalov

PhD in Law, Chairman of the State Development Corporation «VEB.RF».

Address: Academician Sakharov Avenue, Building 9, Moscow, 107078, Russian Federation.

E-mail: pr_shuvalova@veb.ru

Аннотация

Инвестиционная деятельность регулируется фрагментарными положениями различных отраслей законодательства – гражданского, антимонопольного, законодательства об инвестиционной деятельности, об иностранных инвестициях, отраслевого законодательства в части иностранных инвестиций в соответствующем сегменте российской экономики (ТЭК, банковский сектор) и иными. Исходя из этого обосновано возникновение доктринальных дискуссий и разногласий судебной практики по вопросам, связанным с осуществлением инвестиционной деятельности. В статье рассмотрены общие вопросы инвестиционного законодательства, имеющие теоретическое и практическое значение. Особое внимание уделено доктринальным разногласиям в части определения круга инвестиционных соглашений и понятию инвестиционного договора. Представлены судебные позиции, касающиеся вопроса квалификации договорных отношений инвестора как регулируемых инвестиционным договором, свидетельствующие о применении норм Федерального закона «Об инвестиционной деятельности» к обязательствам по созданию объекта интеллектуальной собственности, в частности аудиовизуального произведения. Рассмотрены основные положения законодательства об иностранных инвестициях, включая последние изменения, связанные с совершаемыми иностранными инвесторами сделками.

Ключевые слова: инвестиционная деятельность, инвестиционные отношения, капитал, инвестиционный договор, иностранный инвестор.

Abstract

Investment activity is regulated by fragmentary provisions of various branches of legislation – civil, antitrust, legislation on investment activities, on foreign investment, industry legislation regarding foreign investment in the relevant segment of the Russian economy (fuel and energy complex, banking sector), and others. Taking this into account in detail, the emergence of doctrinal discussions and disagreements in judicial practice on issues related to the implementation of investment activities is justified. The article deals with General issues of investment legislation that have theoretical and practical significance. Special attention is paid to doctrinal differences in terms of defining the scope of investment agreements and the concept of an investment contract. The article presents judicial positions, in particular on the issue of qualification of contractual relations of an investor as regulated by an investment agreement, indicating the application of the Federal law «on investment activity» to obligations to create an object of intellectual property, in particular an audio-visual work. The main provisions of the legislation on foreign investment, including recent changes related to transactions made by foreign investors, are considered.

Keywords: investment activity, investment relations, capital, investment agreement, foreign investor.

Современная экономика достигла того уровня развития, при котором усилий и средств одного лица недостаточно для реализации более или менее масштабного проекта. Необходимы не

только заемные средства, но и активное привлечение субподрядчиков, агентов, коммерческих представителей. Эта необходимость сочетается с разделением функций инвестора и лица, непо-

средственно осуществляющего функции по реализации проекта.

Все чаще в реализации крупных инфраструктурных проектов участвуют публично-правовые образования, которые могут являться как инвесторами, так и реципиентами капитала.

Все вышеперечисленное вызывает к жизни проблему «alter ego» стороны инвестиционного договора, суть которой заключается в наделении лица, участвовавшего в реализации проекта, правами (а зачастую и корреспондирующими им обязанностями) стороны инвестиционного договора. Говоря точнее, как правило, лицо, подписавшее договор, не является его исполнителем, т. е. финансирование, подбор кадров, предоставление сырья, материалов, закупки необходимых товаров могут осуществляться третьим лицом, не являющимся стороной договора. Между тем согласно общепризнанному принципу частноправового регулирования, обязательство не может создавать обязанностей для лиц, не являющихся его сторонами. Это правило стало инструментом для ухода от ответственности фактических бенефициаров неисполнения (ненадлежащего исполнения) обязательств по инвестиционным договорам, а в результате – причиной того, что правило о нераспространении действия обязательств на лиц, не являющихся его сторонами, подверглось пересмотру.

Крупные строительные проекты часто предполагают крайне сложную структуру договорных связей, начиная от поставок товаров, необходимых для реализации проекта, и заканчивая правопреемством, агентскими отношениями или отношениями между управляющей компанией и бенефициаром по договору траста, не говоря уже о том, что на любой из сторон договора в качестве субъекта права может выступать коллективное образование, представляющее собой промежуточное звено между договором о сотрудничестве и юридическим лицом – группа компаний¹, концерн или консорциум.

¹ Принадлежность третьего лица к группе компаний иногда является основанием для привлечения его в качестве соответчика или соистца к третейскому спору, несмотря на неподписание им третейского соглашения. Верховный суд Испании признал теорию группы компаний в 2006 г. в решении ITSA против Satcan и BBVA. Арбитражные суды при МТП также часто применяли доктрину группы компаний в отношении непосредственных выгодоприобретателей (ICC

В российской правовой системе такими субъектами предпринимательской деятельности являются простые товарищества и их разновидности – инвестиционные товарищества. Например, в качестве третьих лиц выступают основные общества по отношению к дочерним, при этом последние являются сторонами договора, включающего в том числе третейскую оговорку. Одновременно основное общество обеспечивает гарантию по обязательствам этой дочерней компании и активно участвует в исполнении договора на ее стороне. Кроме того, должностное лицо, которое непосредственно участвует в переговорах (его данные отражены в протоколе ведения переговоров, который также может иметь юридическое значение) и подписывает договор, содержащий арбитражную оговорку, обычно выступает в качестве представителя как материнской, так и дочерней компании.

Примером подобного рода практики является рассмотренный Пятым окружным судом США прецедент *Bridas et alia v Government of Turkmenistan et alia*², в котором заявитель, обосновывая свой тезис о связанности Туркменистана третейской оговоркой, подписанной от имени государственной компании «Туркменнефть», поочередно использовал несколько концепций определения лица в качестве стороны третейского разбирательства: агентскую теорию, инструментальную теорию, теорию предполагаемых полномочий (apparent authority), теорию «alter ego», теорию стороннего бенефициара (third-party beneficiary), теорию справедливого эстоппеля (equitable estoppel). Важность этой темы еще больше возрастает на практике, а количество международных арбитражных споров с участием третьих сторон постоянно растет. Этому способствует и неудачная практика софинансирования судебных процессов – привлечения истцом, не располагающим денежными средствами на оплату участия в судебном разбирательстве. Потенциальные инвесторы вряд ли заинтересованы в финансировании длительных судебных процессов с непредсказуемым результатом. Вполне естественно в этой связи, что инвесторы (как, впрочем, и заявители) будут пытаться искусственно создать и обосновать юридическую связь

case 1078, ICC case 6000, ICC case 5721, ICC case 5103, ICC case 2375).

² 345 F.3d 347 (5th Cir 2003).

с лицами, не подписавшими третейскую оговорку, но при этом заинтересованными в споре, и, что иногда еще более важно, связать спор с третьими лицами, не подписавшими эту оговорку сторонами, но имеющими необходимые средства для возмещения убытков, которые может присудить третейский суд, тогда как указанные лица будут пытаться найти способы избежать возможности предстать перед третейским судом. Естественно, что проблема корректного определения лица в качестве третьей стороны третейского разбирательства стала одной из наиболее распространенных в современном международном коммерческом арбитраже.

При этом социально-экономический кризис стал своеобразной проверкой на прочность правового регулирования инвестиционной деятельности, практически так же как продажа имущества в условиях острой нехватки денег может привести к тому, что эта сделка будет для продавца крайне невыгодной.

Развитая система правового регулирования инвестиционной деятельности способна: а) гарантировать инвестору получение прибыли и стабильность условий капиталовложений; б) обеспечивать получение государством не только прибыли, но и иных экономических благ; обеспечивать привлекательность объектов, находящихся в собственности (владении) государства, для новых инвестиций.

Напротив, законодательный вакуум порождает аналогично сформулированному еще древнегреческим философом Эмпедоклом закону сохранения материи регулирование отношений уже со стороны инвестора и в его интересах [6. – С. 100–113]. Иными словами, условия сделки при отсутствии правового регулирования формирует уже не государство-реципиент капитала, а именно инвестор.

Наглядной иллюстрацией данного вывода может служить использование сторонами договора купли-продажи товаров Инструкций П-6 и П-7¹, утвержденных еще постановлениями Госу-

дарственного арбитража СССР и регулирующих процедуру осуществления приемки товаров по количеству и качеству. Причиной популярности этих устаревших и явно невыгодных для покупателя документов также является правовой вакуум – Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) отказался от регулирования такого важнейшего аспекта купли-продажи, как приемка товара покупателем.

Инвестиционная деятельность регулируется гражданским законодательством, законодательством об инвестиционной деятельности, об иностранных инвестициях, антимонопольным законодательством и нормами отраслевого законодательства в части иностранных инвестиций в соответствующие отрасли российской экономики (ТЭК, банковский сектор). Отдельно следует отметить законодательство об особом режиме предпринимательской деятельности на определенных территориях (ОЭЗ, ТОР), а также законодательство о государственно- и муниципально-частном партнерстве и о концессионных соглашениях.

Вместе с тем в рамках настоящей статьи мы ограничимся рассмотрением общих вопросов инвестиционного законодательства, имеющих теоретическое и практическое значение.

Законодательство об инвестиционной деятельности основывается на нормах ГК РФ, что означает необходимость соответствия норм Федерального закона «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации»², относящихся к категории норм гражданского законодательства³, положениям Гражданского кодекса.

Федеральный закон «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации» признает в качестве инвестиций имущество и имущественные права при условии, что они имеют денежную оценку.

25 апреля 1966 г. № П-7) // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. – 1975. – № 2.

² Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1999. – № 9. – Ст. 1096.

³ То есть основанных на равенстве участников регулируемых ими отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав.

¹ Инструкция о порядке приемки продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления по количеству (утв. Постановлением Госарбитража СССР от 15 июня 1965 г. № П-6) // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. – 1975. – № 2; Инструкция о порядке приемки продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления по качеству (утв. Постановлением Госарбитража СССР от

Его сфера действия *in rem*¹ ограничена капитальными вложениями, т. е. инвестициями в основные средства, включая, но не исключительно, расходы, произведенные на строительство, реконструкцию и техническое перевооружение действующих предприятий, приобретение машин, оборудования, инструмента, инвентаря, проектно-изыскательские работы, т. е. все, что можно отнести к категории «имущество».

Из его сферы действия исключены инвестиции в банки и иные кредитные организации, страховые организации; отношения, связанные с вложениями инвестиций с использованием инвестиционных платформ, и инвестиции в доленое строительство объектов недвижимости.

Стоит отметить, что в доктрине в решении вопроса об определении объема инвестиционных отношений единая позиция отсутствует.

Кроме того, крайне неоднозначно понятие инвестиционного договора. Весьма показательна судебная практика по вопросу квалификации договорных отношений инвестора как регулируемых инвестиционным договором. В одном из споров суд кассационной инстанции при повторном рассмотрении спора пришел к выводу о том, что договор, который заинтересованная сторона считала инвестиционным договором, является смешанным, сочетающим в себе элементы договора подряда (на реконструкцию объекта) и договора аренды земельного участка. Отказавшись квалифицировать договор как инвестиционный, ФАС МО отказался признать права инвестора на возмещение произведенных расходов, как это предусматривает пункт 4 статьи 18 Федерального закона «Об инвестиционной деятельности»². Верховный Суд Российской Федерации отменил данное постановление ФАС МО, указав среди прочего на противоречивость его выводов, ошибочность квалификации спорного договора в качестве исключительно договора аренды и отсутствие в нем «инвестиционных условий о распределении площадей между арендатором и инвестором»³.

Примечательно, что Федеральный закон «Об инвестиционной деятельности» применим к

обязательствам по созданию аудиовизуальных произведений. Так, Арбитражный суд г. Москвы в одном из своих решений обязал «ИВД Кино» исполнить обязательства по договору № 01И об инвестициях для производства и об использовании аудиовизуальных произведений от 11 февраля 2015 г., а именно создать окончательные версии двух аудиовизуальных произведений. При рассмотрении данного спора в апелляционной и кассационной инстанциях у судов не возникло сомнений в правильности юридической квалификации таких обязательств⁴.

Практика судов общей юрисдикции придерживается принципиально иного подхода к квалификации договоров, связанных с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства (реконструкции объектов недвижимости)⁵. Напротив, отношения по государственному регулированию деятельности по организации и проведению азартных игр в части создания и ликвидации игорных зон не относятся к гражданско-правовым отношениям, соответственно, в силу положений пункта 3 статьи 2 ГК РФ не подпадают под действие норм гражданского законодательства и законодательства об инвестициях⁶.

Современная практика государственных арбитражных судов по-прежнему придерживается данного подхода⁷.

Сами капитальные вложения определены в законе как инвестиции в основной капитал (основные средства), в том числе затраты на новое строительство, реконструкцию и техническое перевооружение действующих предприятий, приобретение машин, оборудования, инструмента, инвентаря, проектно-изыскательские работы и другие затраты на различные виды имущества.

⁴ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 7 ноября 2017 г. № 305-ЭС17-7826 по делу № А40-51703/2016.

⁵ В абзаце 1 пункта 4 Постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 11 июля 2011 г. № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» установлена необходимость разрешать спор по правилам глав 30 «Купля-продажа», 37 «Подряд», 55 «Простое товарищество» ГК РФ. При этом, если судом не установлено иное, такие договоры должны квалифицироваться как договоры купли-продажи будущей недвижимой вещи.

⁶ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19 ноября 2019 г. № 09АП-57067/2019 по делу № А40-309437/2018.

⁷ Там же.

¹ По кругу регулируемых общественных отношений (лат.)

² Постановление ФАС Московского округа от 18 марта 2013 г. по делу № А40-52211/12-16-485.

³ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 25 августа 2015 г. по делу № 305-ЭС14-8962, А40-52211/2012.

Таким образом, в предмет регулирования этого закона инвестиции в форме приобретения корпоративных прав не входят. Равным образом, не входят в объем юридического понятия «инвестиции» в смысле данного закона и направление прибыли на приобретение основных средств, не участвующих в производственном процессе.

Особого внимания заслуживают положения этого же Федерального закона об ограничении национализации имущества (согласно ч. 1 ст. 16 национализация капитальных вложений возможна исключительно при условии предварительного и равноценного возмещения государством убытков, причиненных субъектам инвестиционной деятельности, а реквизиция – в соответствии с положениями ГК РФ). Последний, уполномочивая в абзаце 3 пункта 2 статьи 235 законодателя на издание соответствующих законов о национализации, ограничивает сферу ее возможного применения исключительно имуществом, находящимся на праве собственности, – права аренды, и ограниченные вещные права не могут быть национализированы.

Наконец тем же Федеральным законом закреплена такая важная принцип инвестиционного права, как зависимость права на результат инвестирования от надлежащего выполнения инвестором условий инвестирования (п. 1 ст. 4, абзац 4 ст. 6, ст. 9 и п. 1 ст. 8 данного Федерального закона¹).

Законодательство об иностранных инвестициях находится одновременно в сфере действия этого закона и Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»². При этом последний применим исключительно к отношениям, связанным с государственными гарантиями прав иностранных инвесторов. В число иностранных инвесторов входят практически все субъекты права³, не исключая

международные организации и иностранные государства.

Несмотря на специальный характер положений законодательства об иностранных инвестициях по отношению к нормам законодательства об инвестиционной деятельности, юридический объем понятия «иностранная инвестиция», сформулированный в этом законе, гораздо шире по сравнению с понятием «инвестиция» согласно положениям Федерального закона «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации»⁴.

После вступления в силу Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 106-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁵, т. е. с 1 января 2015 г., иностранные коммерческие организации вправе действовать на территории России исключительно через филиал или представительство, подлежащие аккредитации.

Гражданский кодекс РФ, занимающий особое положение в перечне источников правового регулирования отношений, возникающих в сфере инвестиционной деятельности ввиду общего положения о приоритете его норм над гражданско-правовыми нормами остальных федеральных законов, также сыграл особую роль в развитии правового регулирования иностранных инвестиций.

Так, российское обязательственное право пополнилось институтами астрента и индемнити, воспринята концепция разрешения закреплений в договорах, опосредующих условную сделку потестативных условий, – условий, зависящих исключительно от воли одной стороны.

Такой упомянутый выше принцип инвестиционного права, как зависимость права на результат инвестирования от надлежащего выполнения инвестором условий инвестирования, повышает важность не только условных сделок, но и встречного исполнения обязательств (ст. 328 ГК РФ дает право стороне, обязательство перед которой с высокой долей вероятности не будет исполнено, прекратить договор в одностороннем

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 4 сентября 2019 г. № 09АП-42662/2019 по делу № А40-31178/2019 и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18 декабря 2019 г. № Ф05-22142/2019 по делу № А40-31178/2019.

² Собрание законодательства Российской Федерации. – 1999. – № 28. – Ст. 3493.

³ За исключением граждан Российской Федерации и российских юридических лиц; иностранных юридических лиц и иных организаций, подконтрольных гражданам и юридическим лицам Российской Федерации и гражданам иностранных государств, имеющих гражданство России.

⁴ Таковым является непосредственное и самостоятельное (т. е. от собственного имени, а не через доверенное лицо, дочернее общество или управляющее юридическое лицо) вложение иностранным инвестором капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору (не обязательно на праве собственности) и находящимся в свободном обороте.

⁵ Российская газета. – 2014. – № 101.

порядке, приостановить его исполнение и потребовать возмещения убытков).

Получили законодательную «прописку» в гражданском законодательстве корпоративные и цифровые права – появилась возможность заключать корпоративный договор по российскому праву, который ранее заключался российскими акционерами по английскому праву, что встречало достаточно предсказуемое противодействие со стороны российских судов, так как зачастую никакой реальной связи с избранными сторонами акционерных соглашений английским правом не прослеживалось. При этом согласно ранее действовавшей редакции части 5 статьи 1210 ГК РФ, так же как и новой ее редакции, отсутствие связи договора с российским правом означает невозможность отмены выбором применимого права императивных норм российского законодательства. Очевидно, что применение английского

права в ситуации формального выбора английского права затруднено. Заключение корпоративных договоров по российскому праву сняло остроту данной проблемы.

В структуре законодательства о субъектах инвестиционной деятельности возникли как новые организационно-правовые формы юридических лиц (хозяйственные партнерства), так и новые договорные формы объединения субъектов инвестиционной деятельности (инвестиционные товарищества).

Развитие положений вещного права предполагается за счет закрепления правового статуса лица, являющегося обладателем полномочий по удержанию права собственности на проданную вещь, результата выполненных работ по ее созданию реконструкции, ремонту или переработке до полной оплаты товара (работ) или иного исполнения обязательств его контрагентом.

Список литературы

1. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право : Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М. : Статут, 2002.
2. Брагинский М. И. Договоры подряда и возмездного оказания услуг по гражданскому законодательству // Законодательство и экономика. – 1997. – № 17/18.
3. Доронина Н. Г. Обзор законодательства об иностранных инвестициях за 1996 г. // Право и экономика. – 1997. – № 4. – С. 39–53.
4. Майфат А. В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования. – М. : Волтерс Клувер, 2006.
5. Мороз С. П. Инвестиционный контракт // Бизнес, менеджмент и право. – 2006. – № 2.
6. Налетов К. И. О некоторых тенденциях исторического развития концессионных правоотношений в сфере недропользования // Аграрное и земельное право. – 2005. – № 11. – С. 100–113.