

ГРАЖДАНСКОЕ И КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

*П. И. Борисенко**

ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ «ДЕДУШКИНОЙ» ОГОВОРКИ ПО РОССИЙСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ

Впервые «дедушкина» оговорка была введена в российское законодательство Указом Президента Российской Федерации «О совершенствовании работы с иностранными инвестициями» от 27 сентября 1993 г. № 1466.¹ В соответствии с данным Указом вновь издаваемые нормативные акты, регулирующие условия функционирования на территории Российской Федерации иностранных и совместных предприятий, не действуют в течение 3 лет в отношении предприятий, существующих на момент вступления в силу этих актов. Данное положение не распространяется на нормативные акты, обеспечивающие более льготные условия функционирования на территории Российской Федерации иностранных и совместных предприятий.

Однако на практике вышеуказанный Указ Президента получил более чем ограничительное толкование. Государственно-правовое управление Президента Российской Федерации разъяснило, что норма п. 1 Указа, устанавливающая стабилизационную оговорку, распространяется только на нормативные акты, предметом регулирования которых являются специальные условия функционирования на территории России иностранных и совместных предприятий. Акты законодательства, имеющие общеобязательный характер (в том числе в области налогообложения юридических лиц), названным Указом не затрагиваются.

Статья 9 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ² (далее — Закон об иностранных инвестициях в РФ) впервые установила на уровне федерального закона правила применения такой стабилизационной оговорки, что, безусловно, является важным шагом в развитии российского инвестиционного законодательства. Исходя из анализа вышеуказанной статьи, можно сделать следующие выводы:

— действие «дедушкиной» оговорки распространяется на случаи вступления в силу новых федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской

* Борисенко Павел Ильич — аспирант кафедры коммерческого права Юридического факультета СПбГУ.

© П. И. Борисенко, 2012

E-mail: borisenkovspb@mail.ru

¹ Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 40. Ст. 3740.

² СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

Федерации, изменяющих размеры ввозных таможенных пошлин, федеральных налогов и взносов в государственные внебюджетные фонды;

— действие «дедушкиной» оговорки также распространяется на случаи внесения изменений и дополнений в действующие федеральные законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации, которые приводят к увеличению совокупной налоговой нагрузки на деятельность иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями по реализации приоритетных инвестиционных проектов либо устанавливают режим запретов и ограничений в отношении иностранных инвестиций в Российской Федерации по сравнению с совокупной налоговой нагрузкой и режимом, действовавшими в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации на день начала финансирования приоритетного инвестиционного проекта за счет иностранных инвестиций;

— вышеуказанные изменения и дополнения не применяются в отношении иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями, осуществляющих приоритетные инвестиционные проекты за счет иностранных инвестиций, при условии, что товары, ввозимые на таможенную территорию Российской Федерации иностранным инвестором и коммерческой организацией с иностранными инвестициями, используются целевым назначением для реализации приоритетных инвестиционных проектов. В свою очередь, под приоритетным инвестиционным проектом понимается инвестиционный проект, суммарный объем инвестиций в который составляет не менее 1 млрд рублей (не менее эквивалентной суммы в иностранной валюте по курсу Центрального банка Российской Федерации на день вступления в силу Закона об иностранных инвестициях в РФ), или инвестиционный проект, в котором минимальная доля (вклад) иностранных инвесторов в уставном (складочном) капитале коммерческой организации с иностранными инвестициями составляет не менее 100 млн рублей (не менее эквивалентной суммы в иностранной валюте по курсу Центрального банка Российской Федерации на день вступления в силу Закона об иностранных инвестициях в РФ), включенные в перечень, утверждаемый Правительством Российской Федерации;

— «дедушкина» оговорка действует в течение срока окупаемости инвестиционного проекта, но не более 7 лет со дня начала финансирования данного проекта за счет иностранных инвестиций. Дифференциация сроков окупаемости инвестиционных проектов в зависимости от их видов определяется в порядке, установленном Правительством Российской Федерации. В исключительных случаях при реализации иностранным инвестором и коммерческой организацией с иностранными инвестициями приоритетных инвестиционных проектов в сфере производства или создания транспортной либо иной инфраструктуры с суммарным объемом иностранных инвестиций не менее 1 млрд рублей (не менее эквивалентной суммы в иностранной валюте по курсу Центрального банка Российской Федерации на день вступления в силу Закона об иностранных инвестициях в РФ), срок окупаемости которого превышает семь лет, Правительство Российской Федерации принимает решение о продлении для данного иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями срока действия «дедушкиной» оговорки;

— действие «дедушкиной» оговорки не распространяется на случай вступления в силу новых федеральных законов и иных нормативных правовых актов, изменяющих размер таможенных пошлин в результате применения мер по защите экономических

интересов Российской Федерации при осуществлении внешней торговли товарами в соответствии с законодательством Российской Федерации, изменяющих размеры акцизов, налога на добавленную стоимость на товары, производимые на территории Российской Федерации, а также размеры взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации. Действие «дедушкиной» оговорки также не распространяется на изменения и дополнения, которые вносятся в законодательные акты Российской Федерации или принимаемые новые федеральные законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства;

— в случае неисполнения иностранным инвестором и коммерческой организацией с иностранными инвестициями обязательств, указанных в ст. 9 Закона об иностранных инвестициях в РФ, они лишаются предоставленных им льгот. Сумма денежных средств, не уплаченных в результате действия «дедушкиной» оговорки, подлежит возврату в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

В юридической литературе существует дискуссия в отношении круга лиц, на которых распространяется действие «дедушкиной» оговорки. Причины данной дискуссии заключаются в неточной формулировке ст. 9 Закона об иностранных инвестициях в РФ. Абзац 1 п. 1 ст. 9 вышеуказанного Закона прямо говорит о том, что нормативные правовые акты, ухудшающие условия и режим инвестиционной деятельности, не применяются только в отношении иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями, осуществляющих приоритетные инвестиционные проекты за счет иностранных инвестиций. В свою очередь, абз. 2 п. 1 ст. 9 Закона об иностранных инвестициях в РФ устанавливает, что положения абз. 1 п. 1 той же статьи распространяются и на коммерческую организацию с иностранными инвестициями, если доля (вклад) иностранных инвесторов в уставном (складочном) капитале такой организации составляют свыше 25 %, а также на коммерческую организацию с иностранными инвестициями, реализующую приоритетный инвестиционный проект, независимо от доли, долей (вклада) иностранных инвесторов в уставном (складочном) капитале такой организации. Таким образом, круг лиц, на которых распространяется гарантия, расширяется за счет любых коммерческих организаций, не менее 25 % уставного (складочного) капитала которых принадлежит иностранным инвесторам, без всякой связи с их участием в приоритетном инвестиционном проекте.

В. В. Силкин указывает на то, что вряд ли такое расширенное применение «дедушкиной» оговорки можно считать справедливым.³ По его мнению, распространение гарантии на любую коммерческую организацию с 25 % иностранных инвестиций в уставном (складочном) капитале независимо от масштаба реализуемого ею инвестиционного проекта привело бы к многочисленным «обходам закона» со стороны российских организаций путем учреждения за рубежом оффшорных компаний и затем создания на территории РФ совместных предприятий с их участием. Тем не менее в юридической литературе существует и прямо противоположная точка зрения. В частности, С. Кошурников указывает на то, что «государство не потеряет, напротив, гораздо больше приобретет, если предоставит всем иностранным инвесторам, осуществляющим прямое капиталовложение, гарантию стабильности налогового

³ Силкин В. В. Прямые иностранные инвестиции в России. М., 2003. С. 159.

и таможенного законодательства».⁴ Для предотвращения злоупотреблений со стороны российского бизнеса им предлагается закрепить правило, согласно которому гарантия стабильности законодательства предоставляется иностранным инвесторам и организациям с иностранным участием, в случае если доля (доли) иностранных инвесторов в уставном капитале компании составляет определенный процент от размера всего уставного капитала.

К сожалению, возможность двойственной трактовки такой важной для иностранных инвесторов гарантии, как гарантия от неблагоприятного изменения российского законодательства, не может способствовать повышению инвестиционной привлекательности Российской Федерации на рынке иностранного капитала. Кроме того, реальное применение «дедушкиной» оговорки на практике затруднено тем, что по истечении более чем 10 лет с момента принятия Закона об иностранных инвестициях в РФ отсутствует ряд нормативных правовых актов, которые должны были быть приняты в развитие ст. 9 данного Закона. В частности, на настоящий момент отсутствуют критерии оценки изменения в неблагоприятном для иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями отношении условий взимания ввозных таможенных пошлин, федеральных налогов и взносов в государственные внебюджетные фонды, режима запретов и ограничений осуществления иностранных инвестиций на территории Российской Федерации, а также порядок регистрации приоритетных инвестиционных проектов.

Статья 9 Закона об иностранных инвестициях в РФ нуждается в серьезной доработке с учетом последних тенденций международной практики регулирования инвестиционной деятельности.

Во-первых, представляется целесообразным распространить действие ст. 9 Закона об иностранных инвестициях в РФ на всех иностранных инвесторов независимо от размера инвестируемых средств и привязки к осуществлению приоритетного инвестиционного проекта, что позволит применять «дедушкину» оговорку ко всем иностранным инвесторам, осуществляющим как прямые, так и портфельные инвестиции. Исходя из системного толкования положений Закона об иностранных инвестициях в РФ мы можем сделать вывод о том, что в настоящее время действие ст. 9 распространяется только на тех иностранных инвесторов, которые осуществляют прямые инвестиции, и совсем не затрагивает портфельных иностранных инвесторов.

Во-вторых, в отличие от нынешней редакции ст. 9 Закона об иностранных инвестициях в РФ «дедушкина» оговорка должна действовать в случае любого изменения законодательства, если это изменение реально ухудшает положение иностранного инвестора. Правильность данного подхода подтверждается законотворческой практикой ряда регионов Российской Федерации, в которых существует отдельное законодательство об иностранных инвестициях. Стабилизационная оговорка, содержащаяся в региональном инвестиционном законодательстве, учитывает изменение любых региональных законов и иных нормативных правовых актов. В частности, в ст. 10 Закона Чеченской Республики «Об иностранных инвестициях в Чеченской Республике» от 10 июля 2006 г. № 21-РЗ установлено, что в случае, если вступают в силу новые законы и иные нормативные правовые акты Чеченской Республики, ухудшающие условия

⁴ Кошульников С. Некоторые проблемы правового регулирования иностранных инвестиций по Федеральному закону от 9 июля 1999 г. // Студенты и развитие юридической науки: Тезисы докладов студенческих научно-практических конференций. 2000. С. 144.

деятельности иностранных инвесторов и коммерческих организаций с иностранными инвестициями, то для них на срок окупаемости инвестиционного проекта, но не более семи лет, действуют условия, определенные инвестиционным договором или иным договором (соглашением, контрактом) и законодательством, действовавшим на момент принятия нормативных правовых актов, ухудшающих условия деятельности инвесторов. Аналогичные формулировки гарантии от неблагоприятного изменения законодательства содержатся также в Законе Республики Татарстан «Об иностранных инвестициях в Республике Татарстан» от 19 июля 1994 г. № 2180-XII, Законе Республики Саха (Якутия) «Об иностранных инвестициях в Республике Саха (Якутия)» от 22 декабря 1992 г. № 1270-XII, Законе Пермской области «Об иностранных инвестициях в Пермской области» от 21 августа 1997 г. № 839-127 и Законе Республики Калмыкия «О защите иностранных инвестиций на территории Республики Калмыкия» от 16 октября 2006 г. № 294-III-3.

Под ухудшением положения иностранного инвестора следует понимать увеличение финансового бремени, возлагаемого на иностранного инвестора в России (финансовый критерий), (и) или ухудшение условий его деятельности (административный критерий), например, необходимость получения дополнительных лицензий, дополнительные ограничения для занятия определенным видом деятельности, увеличение административного бремени и т. д. Необходимость применения стабилизационной оговорки может оцениваться с точки зрения как финансового критерия, так и административного критерия отдельно.

Таким образом, существующая на настоящий момент редакция ст. 9 Закона об иностранных инвестициях в РФ требует дальнейшего совершенствования и доработки с учетом потребности российской экономики в иностранных инвестициях. Изменение «дедушкиной» оговорки в предложенном выше ключе, на взгляд автора настоящей статьи, позволит обеспечить улучшение инвестиционного климата в Российской Федерации и повысить доверие иностранных инвесторов к инвестированию своих средств в российскую экономику.