

Комиссия РСПП по связи и информационно-коммуникационным технологиям

Одобрена решением Комиссии
от 30.10.2019 протокол № 17

Позиция

по проекту федерального закона № 763517-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и статью 18 Федерального закона «О персональных данных» по вопросу об ограничении доли иностранного владения значимыми информационными ресурсами

Проектом федерального закона № 763517-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и статью 18 Федерального закона «О персональных данных» (далее – законопроект) предлагается ограничить доли иностранного владения значимыми информационными ресурсами.

Устанавливаемый законопроектом предел иностранного владения значимыми информационными ресурсами составляет двадцать процентов долей (акций) в уставном капитале. Отмечаем, что на сегодня указанный предел превышен, например, в таких компаниях как, Mail.Ru Group, HeadHunter, МТС, Сбербанк, Яндекс. Вместе с этим, понятие «значимых информационных ресурсов» допускает максимально широкую трактовку, что при предусмотренном законопроектом механизме их определения Роскомнадзором и специальной правительственной комиссией может привести к высокой степени неопределенности для широчайшего круга интернет-компаний, операторов связи, разработчиков программного обеспечения, сайтов, информационных систем, компьютерных программ.

Законопроект создает фактически непреодолимые для российских компаний препятствия для создания и развития инновационных сервисов и технологичных программных продуктов. Это неизбежно приведет к дискриминации российских компаний по сравнению с иностранными, деградации российских IT продуктов и их уходу с рынка.

Законопроект крайне негативно скажется на инвестиционной привлекательности российских компаний, дестабилизирует гражданский оборот, существенно повысит регуляторные риски ведения бизнеса в российской юрисдикции. Законопроект может прямым образом негативно повлиять на суверенный инвестиционный рейтинг и на инвестиционный рейтинг значимых российских компаний.

Наряду с этим, предлагаемый законопроектом механизм регулирования не позволяет достичь декларируемых в пояснительной записке к законопроекту целей развития информационной инфраструктуры Российской Федерации, обеспечения ее технологической независимости и безопасности, приведет к невозможности исполнения иных законов и подзаконных актов. Текст законопроекта содержит юридико-технические ошибки и противоречия.

По законопроекту имеются следующие замечания.

1. Сфера действия законопроекта

Из текста законопроекта, а также из пояснительной записки к нему не представляется возможным установить, исходя из каких критериев был определен круг лиц, на которых распространяется действие законопроекта.

Как следует из пояснительной записки, целью законопроекта является обеспечение независимости и безопасности российской инфраструктуры, используемой для организации электронной торговли, предоставления иных услуг с использованием сети Интернет.

Обеспечение работоспособности российской инфраструктуры в части предоставления услуг с использованием сети Интернет осуществляется не только и не столько лицами, указанными в законопроекте. Для достижения заявляемых авторами законопроекта целей, аналогичные требования необходимо предъявлять также к операторам связи, производителям оборудования, обеспечивающего работу сети Интернет и другим лицам, обеспечивающим работу в российском сегменте сети Интернет.

Кроме того, непосредственное предоставление услуг в сети Интернет осуществляется большим количеством различных лиц, например, банками и производителями различных товаров, что, исходя из логики авторов законопроекта, также требует распространить действие законопроекта на указанных лиц.

В связи со сказанным выше законопроект представляется непоследовательным.

2. Понятийный аппарат законопроекта содержит неустранимые недочеты

Понятие значимых информационных ресурсов (далее - ЗИР), вводимое законопроектом: «использование которых предоставляет их владельцу возможность сбора информации о пользователях, находящихся на территории Российской Федерации», сформулировано чрезвычайно широко и не соответствует принципу правовой определённости.

Приведенное в законе понятие ЗИР является классическим примером резиновой нормы. В текущей редакции она охватывает:

а. Любой сайт (страница сайта) в сети Интернет, содержащий форму обратной связи, включая сайты государственных органов, портал госуслуг, сервисы по бронированию билетов.

б. Любую информационную систему (то есть совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств), в том числе, системы биллинга операторов связи, банковские информационные системы, информационные системы авиа- и ЖД-перевозчиков и т.д.

с. Любую программу для ЭВМ, в том числе, мобильные приложения, включая картографические сервисы, службы заказа товаров, такси, еды, личные кабинеты операторов связи, мобильный банкинг.

Следует подчеркнуть, что деятельность указанных выше ресурсов и их владельцев уже урегулирована, например, в законодательстве об организаторах распространения информации.

Под определение ЗИР и в сферу применения законопроекта подпадают без исключения все владельцы сайтов, страниц сайтов и (или) программ для ЭВМ, осуществляющих деятельность на территории России (включая владельцев таких сайтов как Google, Facebook, AliExpress, и таких программ как Microsoft Windows, Office, Adobe Photoshop и прочие). С учетом структуры владения в таких компаниях, законопроект, по сути, может запрещать деятельность указанных лиц.

При этом неясно, какие конституционно значимые ценности защищает законодатель, вводя такие строгие ограничения, особенно с учетом того, что многие владельцы сайтов, страниц сайтов и (или) программ для ЭВМ осуществляют свою хозяйственную деятельность в России, платят налоги в бюджет РФ и создают рабочие места.

3. Механизм контроля над владением ЗИР, предложенный законопроектом, является ошибочным

3.1 Согласно части 6 статьи 10.6 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» в редакции законопроекта, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации, иностранное государство, международная организация, а также находящаяся под их контролем организация, иностранное юридическое лицо, российское юридическое лицо, доля иностранного участия в уставном капитале которого составляет более двадцати процентов, иностранный гражданин, лицо без гражданства, их аффилированные лица, в совокупности или каждый в отдельности владеющие ЗИР, вправе осуществлять владение, управление либо контроль прямо или косвенно в отношении не более чем двадцати процентов долей (акций) в уставном капитале владельца значимого информационного ресурса, если больший допустимый процент долей (акций) в уставном капитале не установлен правительственной комиссией в отношении владельца значимого информационного ресурса на основании его мотивированного обращения.

Данная формулировка содержит множество недопустимых юридических неопределенностей.

А. Участие в уставном капитале обозначает экономическую долю (размер принадлежащей доли или количества акций) и больше применимо к налоговым отношениям.

С точки зрения возможности влияния на владельца ресурса имеет значение количество голосов, а не доля участия. При этом пояснительная записка к законопроекту прямо указывает на то, что предполагается регулировать именно количество голосов, принадлежащих иностранным инвесторам, однако в сам текст законопроекта такое уточнение не включено, что создает неопределённость и возможность расширительного толкования текста.

Б. Законопроект не конкретизирует используемый термин «управление». Органами управления по российскому законодательству являются собрание акционеров, совет директоров, правление и генеральный директор. При широкой трактовке придется согласовывать с

правительственной комиссией назначение иностранных лиц на позиции генеральных директоров, членов совета директоров и правления.

В. В законопроекте некорректно используется понятие «контроль».

В российском корпоративном, антимонопольном законодательстве и законодательстве о рынке ценных бумаг под контролем понимается владение более 50% голосов, в налоговом законодательстве – более 25% участия и в отдельных случаях более 15% участия.

Поскольку из текста пояснительной записки следует, что в законопроекте речь идёт о корпоративном контроле (в отличие от экономического участия), целесообразно установить порог иностранного владения на уровне 49%, а не 20% иностранного владения.

Применяемый в законопроекте 20-процентный порог никак не обоснован самом тексте законопроекта и не соответствует заявляемым законопроектом целям.

Г. Согласно части 7 статьи 10.6 законопроекта, в случае неисполнения требований, предусмотренных частью 6 статьи 10.6, соответствующие лица, осуществляющие владение, управление либо контроль прямо или косвенно в отношении более чем двадцати процентов долей (акций) в уставном капитале владельца значимого информационного ресурса имеют право голоса в отношении доли участия, не превышающей 20 процентов, а остальные доли (акции) голосующими не являются и при определении кворума общего собрания участников (членов, акционеров) не учитываются. Любые сделки, которые приводят к нарушению указанных требований, ничтожны. Однако, право голоса имеют только лица, напрямую владеющие долями/акциями.

3.2. Законопроект устанавливает дискриминирующие условия для иностранных владельцев ЗИР. В частности, норма пункта 7 статьи 10.6 законопроекта предусматривает возможность реализации права голоса для владельца ресурса, являющегося иностранным лицом или лицом с иностранным участием, в отношении доли участия не более 20 процентов, остальные доли (акции) голосующими не являются и при определении кворума общего собрания участников (членов, акционеров) не учитываются. Любые сделки, которые приводят к нарушению данных требований, ничтожны.

Положения данной нормы ставят в неравное положение владельцев ресурса, являющегося иностранным лицом или лицом с иностранным участием, как перед российскими владельцами ресурса, так и между собой.

К примеру, создается ситуация неопределенности, если несколько иностранных участников, суммарно владеющие долей более 20% в значимом информационном ресурсе, голосуют за разные решения повестки собрания. Счетная комиссия, чтобы соответствовать требованию законопроекта о максимальной голосующей доле иностранного участника не более 20%, должна не учитывать голоса одного из иностранных участников, или нескольких иностранных участников в необходимом объеме. Любой подход к снижению количества голосов (пропорционально, количественно) создает дискриминирующую ситуацию в отношениях иностранных

участников между собой. Помимо этого, если владелец ЗИР на 100% принадлежит иностранному инвестору, снижение количество голосов до 20% не приведёт ни к какому значимому результату, поскольку иностранный инвестор в любом случае продолжит контролировать все голосующие акции в компании. В отдельных случаях, когда корпоративным законодательством РФ предъявляются требования по кворуму на общих собраниях акционеров/участников обществ, введение такого регулирования приведёт к полному параличу деятельности компании и невозможности принимать требующиеся для деятельности компании корпоративные решения.

При этом такая дискриминация носит явно необоснованный характер, не связана с целью законопроекта (обеспечением технологической независимости и безопасности российской инфраструктуры), а также порождает ситуации манипулирования в процедурах корпоративного управления и как следствие, негативно влияет на стабильность гражданского оборота.

4. Механизм контроля над владением ЗИР, предложенный законопроектом, не учитывает особенности регулирования значимых отраслей экономики за рубежом, и, фактически, дискриминирует российскую IT-отрасль

Предполагаемый законопроект также игнорирует общепринятый международный опыт защиты национальных интересов при допуске иностранных инвесторов в стратегически значимые сферы экономики страны.

А. В большинстве стран контроль осуществляется на уровне прямых инвестиций в национальные компании, задействованные в стратегических областях, и предполагает согласительную процедуру со стороны правительств стран до завершения сделок по приобретению иностранными инвесторами значимых долей в национальных компаниях. В редких случаях установлен запрет на приобретение иностранными инвесторами долей в компаниях, задействованных в наиболее чувствительных областях экономики. При этом никогда указанные ограничения не применяются ретроактивно, таким образом любое регулирование не может применяться к отношениям (в том числе, отношениям владения), возникшим до введения регулирования в силу.

Б. С точки зрения защиты национальных интересов значение имеет контроль за консолидацией значимых пакетов акций в руках одного иностранного инвестора, что давало бы такому иностранному инвестору значимые корпоративные права. Так, в Соединённых Штатах Америки, например, исключаются из-под требований регулирования о контроле за иностранными инвестициями со стороны CFIUS (Committee on Foreign Investments in the United States) миноритарные инвесторы, чья доля в компании не превышает 10% акций, и которые при этом не имеют доступа к чувствительной информации компании и не способны иным образом осуществлять контроль над компанией.

В этом связи целесообразно изменить законопроект таким образом, чтобы он касался контроля не совокупной доли всех иностранных инвесторов в российские Интернет-активы, а отдельных крупных инвесторов в случае, если их доля в российской компании прямо или косвенно превышает 25% голосующих акций компании.

В. Акции публичных компаний, активных в IT-сфере, обращаются на свободном биржевом рынке. В этой связи не представляется возможным контролировать биржевые сделки на предмет национальной принадлежности инвестора. Более того, в большинстве случаев в реестре в качестве владельца акций публичной компании отображаются брокеры, представляющие интересы своих клиентов, а не действительные владельцы акций.

По этому пути идёт и иностранный опыт регулирования. Так, в сфере регулирования иностранных инвестиций в медиакомпаниях США, комиссия по контролю в сфере коммуникаций, где установлен общий запрет на приобретение иностранными инвесторами более 25% американских медиакомпаний, не распространяет такие требования к публичным компаниям в связи с указанными выше причинами.

Г. Существует глобальный тренд на либерализацию регулирования в сфере регулирования иностранных инвестиций. Так, например, начиная с 2013 года значительно снизилась строгость регулирования иностранных инвестиций в сфере коммуникаций в США – одной из наиболее зарегулированных областей экономики США с точки зрения иностранных инвестиций. В настоящий момент фактически отменён 25% порог владения иностранными компаниями и гражданами медиакомпаниями, и за последние пять лет было создано несколько прецедентов приобретения вплоть до 100% американских вещательных компаний иностранными гражданами. Также, в мае 2019 года значительно смягчил регулирование иностранных инвестиций Китай, во многих сферах экономики приравняв режим иностранного инвестора к режиму национального инвестора.

5. Механизм контроля над владением ЗИР, предложенный законопроектом, приведет к прекращению инвестиций в российскую IT-отрасль

5.1 Как указано выше, согласно части 5 статьи 10.6 законопроекта владельцем ЗИР может выступать российское юридическое лицо или гражданин Российской Федерации. Ввиду крайне широкого определения ЗИР, а также отсутствия однозначных критериев отнесения информационных ресурсов различных типов (сайт, страница сайта, информационная система, программа для ЭВМ, мобильное приложение) к значимым, данное положение предполагает существенные инвестиционные риски для российских компаний.

Законопроект не учитывает специфику мирового рынка капитала, национального и международного рынка ценных бумаг. Большинство крупнейших российских операторов персональных данных, банков, IT-компаний являются публичными обществами, часть акций (долей) которых размещены на российских и иностранных биржах. В случае признания какой-

либо компании владельцем ЗИР, такой компании весьма вероятно потребуется пройти длительную и дорогостоящую процедуру делистинга (выкупа акций). Выкуп акций с биржи потребует от компаний значимых расходов, которые должны быть компенсированы компаниям, принуждённым предлагаемыми изменениями к выкупу своих акций. Принятие предлагаемых изменений также повлечёт повышение уровня риска для иностранных инвесторов, снижение инвестиционного рейтинга России и российского корпоративного сектора, а следовательно значимый отток капитал из России. Всё это крайне негативно скажется на финансовых показателях, объеме уплачиваемых в консолидированный бюджет налогов, расширению бизнеса и развитию рабочих мест на территории России.

5.2 Кроме того, выкуп акций не может не отразиться на общих финансовых показателях компании и неизбежно повлечет изменение ее бюджетных планов. Это в свою очередь ставит под сомнение дальнейшую возможность участия компаний в инвестиционных программах и способно резко сократить их вклад в решение общественно важных задач, например, при реализации национальной программы «Цифровая экономика».

Предложенные меры отразятся не только на российском инвестиционном климате в сфере IT-услуг, но также повлияют на общее снижение потока иностранных инвестиций в других отраслях экономики. В результате переоценки рисков эффективности вложений в российскую экономику могут измениться важные для российских компаний экономические показатели, в частности, вырастет премия за риск, будут снижены инвестиционные рейтинги России и российских компаний, вырастет стоимость заимствований и т.д. Это также увеличит объем средств, отвлекаемых на обслуживание привлеченного финансирования. В условиях санкций и затруднённого доступа к рынкам капитала принятие предлагаемого закона негативно скажется на способности российских компаний инвестировать в новые технологии.

В условиях растущего оттока иностранного капитала принятие мер, прямо ведущих к снижению привлекательности инвестирования в российский бизнес, является недопустимыми. Результат принятия таких мер будет прямо противоположным заявляемым в пояснительной записке к законопроекту целям развития информационной инфраструктуры Российской Федерации.

5.3 Снижение экономических показателей российских компаний приведёт к катастрофическому оттоку российских технологических кадров за рубеж.

6. Механизм воздействия государства на владельцев ЗИР, подпадающих под действие закона, противоречит действующему законодательству и международным обязательствам Российской Федерации и, в случае частичной реализации, повлечет последствия, прямо противоречащие цели законопроекта указанной в пояснительной записке

Законопроект предлагает следующие меры воздействия на владельцев ЗИР: запрет распространения рекламы на таком ресурсе или услуг ресурса, передачи или предоставления доступа к собранной с использованием ресурса информации о пользователях.

При этом, предложенные меры в части незаконны, в части неисполнимы, и в любом случае повлекут последствия, прямо противоположные целям законопроекта, задекларированным в пояснительной записке к нему.

6.1 Согласно части 12 статьи 10.6 законопроекта запрещается передача или предоставление доступа к собранной с использованием ЗИР информации о пользователях, находящихся на территории Российской Федерации, иностранным юридическим лицам, российским юридическим лицам, доля иностранного участия в уставном капитале которых составляет более 20 процентов, иностранным гражданам и лицам без гражданства без предварительного согласования правительственной комиссии.

Как указано выше, большинство ключевых российских компаний, в том числе банков имеют долю иностранного участия в уставном капитале более 20 процентов. Таким образом, указанная норма полностью парализует деятельность компаний, которые будут признаны владельцами значимых информационных ресурсов. Так, до согласования сделок правительственной комиссией, указанные компании не смогут ни осуществлять платежи (включая налоговые), ни принимать платежи, т.е. их операционная деятельность будет полностью остановлена. С учетом непрозрачности деятельности правительственной комиссии и широкого определения значимого информационного ресурса указанная норма позволяет приостановить деятельность практически любой крупной компании. Таким образом, закон будет являться публичным "домокловым мечом", занесенным над всей информационно-коммуникационной отраслью.

Более того, данные требования приведут к закрытию большинства действующих проектов, связанных с обработкой данных пользователей, например, сервисов по продаже авиабилетов, сервисов бронирования отелей и т.п. Требование по согласованию сделок приведет к невозможности быстрого развития новых и уже имеющихся сервисов, что неизбежно вызовет отставание российских компаний от зарубежных конкурентов. Реализация указанных положений законопроекта сделает невозможным современное развитие информационно-коммуникационных технологий, развитие бизнеса по обработке больших данных с целью принятия правильных экономических, в том числе градостроительных решений, что будет являться существенным препятствием на пути развития цифровой экономики в Российской Федерации. В частности, будет ограничена коммерческая передача информации российским компаниям, в которые осуществлялись иностранные инвестиции. Под ограничение подпадут все легальные практики, связанные с передачей данных иностранным компаниям или компаниям с иностранным участием. Например, передача информации в рамках роуминговых соглашений.

С учётом специфики работы сайтов в сети Интернет и современного программного обеспечения, а именно необходимости для владельца сайта или программы в сборе информации о пользователях своего продукта, данные требования законопроекта неисполнимы также для владельцев иностранных сайтов и программ, у которых есть пользователи из РФ.

6.2 Согласно части 14 статьи 10.6 законопроекта на основании предложений правительственной комиссии нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации могут устанавливаться ограничения использования значимого информационного ресурса для сбора и обработки информации о пользователях, находящихся на территории Российской Федерации. Однако не приведены однозначно определяемые критерии, при которых могут устанавливаться такие ограничения, а также отсутствует сам перечень таких ограничений.

Предлагаемые законопроектом ограничения коснутся, прежде всего, российских компаний, в отношении которых будут установлены меры ответственности за нарушение закона. Зарубежные интернет-сервисы, находящиеся вне юрисдикции Российской Федерации, продолжают сбор и обработку данных о российских гражданах. В условиях санкций такая ситуация негативно скажется на российском сегменте сети интернет и приведет к деградации существующих российских интернет-бизнесов.

6.3 Законопроект предлагает установить для владельцев значимых информационных ресурсов требование о размещении технических средств значимых информационных ресурсов на территории РФ. Очевидно, что в силу экономических и технических причин перенос всех технических средств глобальными интернет-компаниями и производителями программного обеспечения исключительно в Российскую Федерацию невозможен, поэтому принятие законопроекта в предложенной редакции приведёт лишь к тому, что указанные компании либо уведут свои продукты, признанные значимыми информационными ресурсами, с российского рынка, что негативно скажется на интересах всех пользователей на территории РФ, либо не будут исполнять нормы, введенные законопроектом.

Российские же компании не смогут использовать практически все глобальные сервисы хранения информации, аналитики данных и др. даже при условии первоначального накопления и записи данных в России, что поставит российские компании в неравные условия с иностранными конкурентами.

6.4 Указанные положения Законопроекта прямо противоречат статье 12 Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных от 28 января 1981 года (ратифицирована Российской Федерацией), согласно которой сторона не должна запрещать или обуславливать специальным разрешением трансграничные потоки персональных данных, идущие на территорию другой стороны, с единственной целью защиты частной жизни.

6.5 Требования Законопроекта о запрете рекламы значимого информационного ресурса или услуг, оказываемы с его использованием, а также требование о запрете владельцу значимого информационного ресурса

использовать информационных ресурс для распространения рекламы в случае признания владельца значимого информационного ресурса не исполняющим требования закона, являются необоснованными и направленными только на узкую группу значимых информационных ресурсов, которые получают основную часть прибыли за счет размещения рекламы. В свою очередь, данная норма не коснется значимых информационных ресурсов, которые используют иные способы монетизации.

7. Порядок реализации положений законопроекта создает правовую неопределенность

Согласно части 2 статьи 10.6 законопроекта предложение Роскомнадзора о признании какого-либо объекта значимым информационным ресурсом должно включать оценку количества пользователей такого ресурса, объема и состава накапливаемой информации, ожидаемого эффекта от его реализации для развития в Российской Федерации информационной и коммуникационной инфраструктуры, технологий обработки данных.

С учётом крайне широкого понятия значимого информационного ресурса, а также полного отсутствия в законопроекте критериев (порогов) определения указанных параметров для признания значимости информационного ресурса, в том числе диверсифицированных с учётом различных типов объектов (сайт, страница сайта, информационная система, программа для ЭВМ, мобильное приложение), данное положение законопроекта носит коррупциогенный характер.

С учетом ограничений, которые могут быть наложены на владельца значимого информационного ресурса, данное положение законопроекта также является фактором, дестабилизирующим гражданский оборот и серьезно искажающим конкуренцию на соответствующих рынках.

Кроме того, согласно части 2 статьи 10.6 законопроекта предложения Роскомнадзора о признании какого-либо объекта значимым информационным ресурсом готовятся в соответствии с порядком, утвержденным также Роскомнадзором. Это является нарушением принципов разделения полномочий федеральных органов исполнительной власти.

8. Законопроект дублирует положения существующих законов Российской Федерации

Задача по локализации персональных данных уже достигнута существующей нормой ч. 5 ст. 18 Федерального закона 152-ФЗ «О персональных данных», которая уже устанавливает обязанность оператора обеспечить запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение персональных данных граждан Российской Федерации с использованием баз данных, находящихся на территории Российской Федерации. В этой части положения законопроекта, предусматривающие иной механизм обеспечения локализации данных, является избыточным.

Вопросы трансграничной передачи персональных данных также урегулированы Федеральным законом 152-ФЗ «О персональных данных» и международными соглашениями, участником которых является Российская Федерация. В этой части положения законопроекта, предусматривающие иной механизм контроля за трансграничной передачей данных, также является избыточным.

9. Законопроект противоречит действующему законодательству Российской Федерации

Положения законопроекта противоречат положениям Федерального закона от 09.07.1999 года № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», в частности, положения статьи 13 указанного закона, предоставляющие иностранным инвесторам приобретать акции и иные ценные бумаги российских коммерческих организаций в соответствии с законодательством Российской Федерации о ценных бумагах, а также иные гарантии прав иностранных инвесторов, предусмотренные указанным федеральным законом.

Авторы законопроекта также игнорируют положения федерального закона 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства», который уже регулирует сферу иностранных инвестиций в предприятия, имеющие стратегическое значение для России. Принятие законопроекта увеличит бюрократическую нагрузку на государство, при этом фактически создав дублирование функций.