

КУЧЕРЯВЕНКО Сергій,

магістр, аспірант кафедри міжнародного,
цивільного та комерційного права
Державного торговельно-економічного
університету
вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
s.kucheryavenko@knu.edu.ua

KUCHERIAVENKO Serhii,

Master, Postgraduate Student
of the Department of International,
Civil and Commercial Law
State University of Trade and Economics
19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine
ORCID: 0009-0004-4026-7129

ПОНЯТТЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ ТА ПУБЛІЧНОГО ПОРЯДКУ У СКРИНІНГУ ПРЯМИХ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ

Здійснено комплексне дослідження змісту національної безпеки та публічного порядку як ключових складових процедури скринінгу прямих іноземних інвестицій. Дослідницький інтерес до цієї тематики зумовлений тим, що ступінь деталізації та взагалі підходи до визначення понять національної безпеки і публічного порядку в законодавчих актах демонструють не тільки відображення геополітичних міркувань, але й знайдений баланс між публічним інтересом – ефективністю скринінгу – та приватним – свободою інвестиційної та підприємницької діяльності. Гіпотезою цього дослідження є те, що поняття національної безпеки та публічного порядку в контексті скринінгу прямих іноземних інвестицій є динамічними, а їх законодавчі визначення мають бути деталізовані настільки, щоб забезпечити ефективність механізму скринінгу прямих іноземних інвестицій. Для перевірки гіпотези окреслено застереження з міркувань національної безпеки та публічного порядку, а також принципи їх застосування у міжнародному праві, висвітлено доктринальні підходи до класифікації загроз національної безпеки та публічного порядку, проаналізовані підходи США та КНР, а також регуляторну базу ЄС зі скринінгу прямих іноземних інвестицій. У висновках наведено концептуальне бачення динаміки визначення змісту національної безпеки і публічного порядку щодо скринінгу прямих іноземних інвестицій та запропоновано підходи до визначення критеріїв скринінгу прямих іноземних інвестицій у майбутньому українському законодавстві.

Ключові слова: скринінг прямих іноземних інвестицій, національна безпека, публічний порядок.

JEL Classification: K30, K33, K40.

THE CONCEPT OF NATIONAL SECURITY AND PUBLIC ORDER IN THE SCREENING OF FOREIGN DIRECT INVESTMENTS

A comprehensive study of the content of national security and public order as key components of the foreign direct investment screening procedure has been carried out. The research interest in this topic is due to the fact that the degree of detail and, in general, the approaches to defining the concepts of national security and public order in legislative acts demonstrate not only a reflection of geopolitical considerations, but also a balance found between the public interest – the effectiveness of screening – and the private interest – the freedom of investment and entrepreneurial activity. The hypothesis of this study is that the concepts of national security and public order in the context of FDI screening are dynamic, and their legislative definitions should be detailed enough to ensure the effectiveness of the FDI screening mechanism. To test the hypothesis, the author outlines the caveats for national security and public order reasons, as well as the principles of their application in international law, highlights the doctrinal approaches to the classification of threats to national security and public order, analyses the approaches of the USA and China, and the EU regulatory framework for FDI screening. The conclusions provide a conceptual vision of the dynamics of defining the content of national security and public order in relation to FDI screening, and proposes approaches to defining the criteria for FDI screening in future Ukrainian legislation.

Keywords: foreign direct investment screening, national security, public order.



Copyright © Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

Вступ

Скринінг прямих іноземних інвестицій (далі – СПІ) набуває все більшого поширення серед світових держав як геополітичний інструмент захисту національних інтересів від потенційних загроз, які можуть виникнути через іноземний вплив у ключових секторах економіки. Цей механізм передбачає контроль за надходженням прямих іноземних інвестицій у визначені законодавством об’єкти щодо їхнього можливого негативного впливу.

Ключова складова правового регулювання СПІ – визначення змісту понять національної безпеки та публічного порядку (далі – НБ та ПП). При цьому підходи до визначення цих понять у законодавчих актах нагадують давньогрецький міф про Сциллу та Харибду (Мазаракі & Гончарова, 2022): щоб бути ефективним, СПІ має враховувати всі потенційні ризики НБ та ПП, водночас "сито" СПІ має бути раціональним та пропорційним з точки зору обґрунтованості обмеження свободи підприємницької діяльності, навантаження на уповноважені державні органи. Також визначення понять НБ та ПП має бути достатньо загально-окресленим у законодавчому акті, щоб забезпечити належний обсяг дискреції для уповноваженого державного органу, з іншого боку, надто загальні законодавчі визначення потенційно зменшують прозорість та передбачуваність для інвесторів і реципієнтів інвестицій.

Крім того, слід зважати на те, що зміст понять НБ та ПП не є і не може бути сталим з огляду на бурхливий технологічний розвиток, геополітичні та гео економічні зміни. Якщо до 1990-х рр. іноземні інвестиції у різних державах світу оцінювалися з погляду впливу на військово-промисловий сектор та щодо набуття нерухомості у стратегічно важливих районах, то у 1990-х рр. спектр був розширений щодо критичної інфраструктури, наприкінці 1990-х – щодо критичних та нових технологій. Згодом вплив іноземних інвестицій також почали оцінювати в контексті енергетики, сировинних ресурсів та продовольчої безпеки (OECD, 2024, с. 10). Пандемія COVID-19 зумовила розширення предмета СПІ щодо біотехнологій та сфери охорони здоров’я (OECD, 2020), широкомасштабне вторгнення РФ в Україну – посилення уваги до національної приналежності іноземного інвестора, а також щодо стійкості ланцюгів постачання (OECD, 2024, с. 17), засобів масової інформації.

У доктрині панує думка, що міжнародний економічний порядок рухається до гео економічного, що знаменує собою відхід від неоліберального порядку часів холодної війни та посилення використання міркувань НБ у разі недотримання міжнародних торговельно-економічних зобов’язань (Roberts et al., 2019). Зміст понять НБ та ПП через призму економічних міркувань підіймався у низці наукових досліджень (наприклад щодо специфіки підходів США (Li et al., 2024), КНР (Ai & Philipsen, 2023) чи окремих секторів (Mauro, 2024). Окремо слід виділити публікації щодо реалізації Регламенту ЄС 2019/452, які досліджували політико-правове підґрунтя його ухвалення (Velten, 2022), концептуальні підходи до різних аспектів та визначення НБ у сфері

контролю за інвестиціями (*Pohl et al.*, 2024), особливості взаємодії між країнами-членами у процесі правозастосування регламенту. Оприлюднення проекту внесення змін до Регламенту 2019/452 (*Proposal*, 2024), у якому запропоновано оновлення змісту НБ та ПП, стало тим фактом, який дав імпульс цьому дослідженню.

Доктринальний аналіз, аналітичні документи щодо реалізації Регламенту 2019/452 та вказаний проект стали основою для формулювання гіпотези цієї роботи – поняття НБ і ПП у контексті СПП є динамічними, а їх законодавчі визначення мають бути деталізовані у такий спосіб, щоб забезпечити ефективність механізму СПП та не створювати необґрунтованих перешкод здійсненню свободи підприємницької діяльності.

З огляду на це мета дослідження полягає у з'ясуванні динаміки визначення змісту НБ та ПП щодо СПП, встановленні ефективних підходів до критеріїв СПП.

Через відсутність правозастосовних документів зі СПП основними методами дослідження є доктринальний аналіз, телеологічний аналіз законодавчих норм щодо СПП, а також контент-аналіз аналітичних матеріалів щодо реалізації Регламенту 2019/452. Емпірична база цього дослідження обмежена конфіденційністю процедури СПП, судова практика представлена рішенням Суду ЄС у справі C-106/22 *Xella Magyarország*.

Структурно ця стаття побудована так: спочатку окреслено застереження з міркувань НБ та ПП, а також принципи їх застосування у міжнародному торговельно-економічному праві, наступна частина дослідження висвітлює доктринальні підходи до класифікації загроз НБ та ПП. За цим йде аналіз підходів США та КНР щодо закріплення понять НБ і ПП стосовно СПП. Центральна частина дослідження присвячена реалізації Регламенту 2019/452 та проекту внесення змін до цього Регламенту. Стаття завершується висновками, де наведено концептуальне бачення динаміки визначення змісту НБ та ПП щодо СПП і запропоновано підходи до визначення критеріїв СПП у майбутньому українському законодавстві.

1. Винятки з міркувань національної безпеки та публічного порядку в міжнародному торговельно-економічному праві

Міжнародне торговельно-економічне право здебільшого спрямоване на лібералізацію торгівлі, надання послуг, інвестиційну активність, тому принцип найбільшого сприяння та недискримінації іноземних компаній є ключовим. А втім, винятки щодо НБ та ПП передбачені багатосторонніми "основоположними" договорами (наприклад ст. XXI ГАТТ, ст. XIV-bis ГАТС), Кодексом Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) з лібералізації руху капіталу (ст. 3), Декларацією про міжнародні інвестиції та багатонаціональні підприємства.

Такі винятки стали об'єктивно необхідними з огляду на здатність прямих іноземних інвестицій негативно впливати на економічну безпеку та стабільність держави-реципієнта. Зважаючи на те, що міркування НБ є невіддільною частиною інвестиційної політики багатьох держав, ОЕСР визначила (OECD, 2009) принципи щодо застосування цих винятків у законодавствах держав-членів:

недискримінації (з огляду на країну, де зареєстровано інвестора);
прозорості/передбачуваності (своєчасне та повноцінне оприлюднення державою-реципієнтом своєї інвестиційної політики та запланованих змін до неї, забезпечення процесуальної справедливості при розгляді питань обмеження певних інвестицій, забезпечення конфіденційності інформації щодо таких процедур та ін.);

регуляторної пропорційності (обмеження на інвестиції або умови проведення транзакцій не повинні бути більшими, ніж це необхідно для захисту НБ та ПП, і їх слід уникати, якщо інші наявні заходи (конкурендне право, ліцензування, регулювання фінансових ринків та ін.) є адекватними і доцільними для вирішення проблем НБ);

відповідальності (держава, що запроваджує обмеження доступу ПП, має забезпечувати належний політичний, парламентський та судовий контроль над законністю своїх рішень, надання іноземним інвесторам можливості оскаржувати в адміністративному чи судовому порядку рішення щодо блокування певних ПП та ін.).

Отже, можна стверджувати, що міжнародне торговельно-економічне право, включно з інвестиційними інструментами ОЕСР, визнає допустимим застосування обмежень свободи інвестиційної діяльності на підставі міркувань НБ та ПП. При цьому кожна держава вправі самостійно вирішувати, які сфери суспільного життя є складовими її безпеки, що потребує особливого режиму іноземного інвестування у відповідні об'єкти, а також на власний розсуд розробляти пропорційні процедури, необхідні для забезпечення поставленої мети.

2. Загрози національній безпеці та публічному порядку, що можуть нести прямі іноземні інвестиції

Запровадження державою обмежень на надходження ПП є достатньо крайньою мірою з огляду на критичну важливість інвестицій для економічного розвитку та конкурентоспроможності держави-реципієнта, створення робочих місць, залучення інновацій та посилення експортоспроможності. А втім, інвестиції у певні сектори економіки чи від певних категорій інвесторів можуть нести потенційні загрози для НБ та ПП.

Достатньо поширеною у доктрині міжнародних відносин є відповідна класифікація *Moran et al.* (2013), що на прикладі США розрізняє:

1) загрозу залежності від постачальника товарів або послуг, яка може полягати в затримці, відмові чи додаткових умовах постачання товарів або послуг, які мають вирішальне значення для функціонування

.....

національної економіки, в тому числі, але не виключно для функціонування оборонно-промислового комплексу;

2) доступ іноземного інвестора до технологій чи знань, які можуть бути згодом використані всупереч національним інтересам;

3) створення можливостей для розвідувально-підривної діяльності іноземних держав, в тому числі, але не виключно щодо функціонування оборонно-промислового комплексу.

Інші автори вказують на такі загрози, як втрата технологій, пов'язаних з НБ, втрата робочих місць через аутсорсинг або загроза, пов'язана з державними інвесторами, які використовують свої інвестиції для досягнення політичних цілей (*Jackson & Congressional Research Service, 2013*).

Термін "критична інфраструктура" став ключовим у визначенні сфери захисту економічних інтересів у контексті ПП та насамперед включає енергетичний сектор, інформаційні технології, транспорт, охорону здоров'я, водопостачання, фінансову сферу, державне управління, продовольчу безпеку (*OECD, 2018*). В українському законодавстві низку секторів віднесено до критичної інфраструктури (урядування та надання найважливіших публічних (адміністративних) послуг; енергозабезпечення (у тому числі постачання теплової енергії); водопостачання та водовідведення; продовольче забезпечення; охорона здоров'я; фармацевтична промисловість; виготовлення вакцин, стале функціонування біолабораторій; інформаційні послуги; електронні комунікації; фінансові послуги; транспортне забезпечення; оборона, державна безпека; правопорядок, здійснення правосуддя, тримання під вартою; цивільний захист населення і територій, служби порятунку; космічна діяльність, космічні технології та послуги; хімічна промисловість; дослідницька діяльність) (Закон України, 2021).

3. Зарубіжні підходи закріплення національної безпеки та громадського порядку в контексті скринінгу

3.1. Сполучені Штати Америки

Положення щодо перевірки прямих іноземних інвестицій, мабуть, найбільш розроблені та найдовше функціонують у Сполучених Штатах Америки, що може здатися парадоксальним з огляду на відкритість американської економіки.

У 1975 р. створено Комітет з іноземних інвестицій у Сполучених Штатах (англ. *Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)*) – міжвідомчий орган, призначений для перевірки прямих іноземних інвестицій в американські компанії (*Jackson, 2020*).

Законодавчу основу для діяльності *CFIUS* закладено у 1988 р. з прийняттям поправки *Exon-Florio* до Закону "Про оборонне виробництво" (англ. *Defense Production Act (DPA)*) (*DPA, 1950*), далі у 2007 р. удосконалена Законом "Про іноземні інвестиції та національну безпеку" (англ. *Foreign Investment and National Security Act (FINSA)*) (*FINSA, 2007*)

та у 2018 р. Законом "Про модернізацію оцінки ризиків іноземних інвестицій" (англ. *Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA)*) (*FIRRMA*, 2018).

Хоча *DPA*, *FINSA* та *FIRRMA* не надають власного визначення змісту НБ та ПП, однак встановлюють обставини, що можуть свідчити про можливу небезпеку прямої іноземної інвестиції та є орієнтовними для діяльності *CFIUS*.

Стандартом для проведення скринінгу, відповідно до *DPA*, є визначення, що "існують достовірні докази, які дають підстави Президенту вважати, що іноземний елемент, який здійснює контроль над підприємством в США, може вжити заходів, що загрожують національній безпеці" (*DPA*, 1950).

При цьому не існує жодного порогу або будь-якого іншого типу умов, які б чітко визначали рамки ініціювання перевірки. *DPA* передбачено, що транзакцією, на яку поширюється дія закону, є будь-яке злиття, поглинання або приєднання, яке запропоноване або очікується після 23 серпня 1988 р. будь-якою іноземною особою, що може призвести до іноземного контролю над підприємством, яке займається міждержавною торгівлею в Сполучених Штатах. Якщо *CFIUS* вважає, що транзакція може мати вплив на національну безпеку США, тоді може бути розпочато розслідування. Через це деякі вчені назвали *CFIUS* "Церквою без Біблії" (*Dimitropoulos*, 2019).

Надалі *FINSA* вніс зміни в цей процес. Тепер існує обов'язкова перевірка та розслідування у двох випадках: для "транзакцій, що контролюються іноземним урядом", а саме коли відповідна інвестиція може призвести до "встановлення контролю над будь-якою особою, яка здійснює міждержавну торгівлю в Сполучених Штатах, з боку іноземного уряду напряму або афілійованою особою третьої країни"; за певних обставин, коли транзакції можуть спричинити отримання контролю над "критично важливою інфраструктурою" (*FINSA*, 2007).

При цьому *FINSA* не надає конкретного визначення "критичної технології" та "критичної інфраструктури", а лише вказує на їхню важливість для національної безпеки й оборони (*Jalinous & Sensenig*, 2022).

FIRRMA значно розширює сферу охоплення *CFIUS* іноземних транзакцій, додаючи нові підстави для перевірки: по-перше, купівля, оренда або концесія іноземною особою або на її користь нерухомості, розташованої в безпосередній близькості до важливих державних об'єктів; по-друге, інвестиції іноземної особи в будь-яке американське підприємство, яке "володіє, управляє, виробляє, постачає, збирає або обслуговує об'єкти критичної інфраструктури, критичні технології, персональні дані громадян США, які можуть бути використані у спосіб, що загрожує національній безпеці"; по-третє, будь-яка зміна прав, які іноземна особа має щодо американського бізнесу, якщо ця зміна може призвести до встановлення іноземного контролю над американським бізнесом або стосується інвестиції в об'єкти критичної інфраструктури,

критичних технологій або персональних даних; і по-четверте, будь-яка інша операція, передача, угода або домовленість, спрямована на ухилення або обхід юрисдикції *CFIUS (FIRMA, 2018)*.

Для розуміння змісту понять НБ та ПП наведемо статистичні дані щодо кейсів скринінгу ПП у 2014–2023 рр. Так, 43% кейсів стосувалося сектору фінансів, інформації та послуг, 36% – переробної промисловості, 13% – гірничодобувної промисловості, комунальних послуг та будівництва, 8% – транспорту (*CFIUS, 2023*).

Отже, підхід США до визначення процедури скринінгу прямих іноземних інвестицій дає значні дискреційні повноваження *CFIUS*, який може перевірити широке коло іноземних транзакцій, оскільки профільне законодавство не містить прямого визначення понять НБ та ПП, критичної інфраструктури та технологій, не передбачає виключного переліку факторів або конкретних обставин, які є підставою для перевірки.

Враховуючи, що процедура скринінгу прямих іноземних інвестицій у США зародилася в 1970-х рр. ХХ ст. та поступово модернізується, подібний підхід до визначення НБ і ПП в контексті перевірки та повноважень відповідального органу, найімовірніше, є свідомим вибором уряду США для надання *CFIUS* можливості оперативно реагувати на актуальні виклики сьогодення, які на практиці розвиваються значно динамічніше, ніж процес їхнього законодавчого врегулювання, хоча це, очевидно, й обмежує прозорість та передбачуваність інвестиційної діяльності.

3.2. *Китайська Народна Республіка*

Відповідно до законодавства КНР "національна безпека" означає відносну відсутність міжнародних або внутрішніх загроз державній владі, суверенітету, єдності та територіальній цілісності, добробуту народу, сталому економічному і соціальному розвитку, іншим основним національним інтересам, а також здатність держави забезпечувати постійний стан безпеки (*National Security Law of the People's Republic of China, art. 2, 2015*).

З 1 січня 2020 р. в Китаї набув чинності новий Закон "Про іноземні інвестиції" (*Foreign Investment Guide of the People's Republic of China, 2024*), який передбачає створення системи перевірки іноземних інвестицій, що впливають або можуть вплинути на НБ, та містить детальний перелік галузей, в яких заборонено або обмежено іноземні інвестиції ("Негативний список"), який майже щорічно переглядається.

Останнє видання, опубліковане 8 вересня 2024 р., охоплює загалом 29 секторів, де іноземні інвестиції обмежуються за певними критеріями (наприклад максимум 50% іноземної власності у спільних підприємствах в атомній енергетиці, телекомунікаціях, водному транспорті, медичних установах, дослідженнях ринку, насінництві нових сортів кукурудзи тощо) або просто заборонені (наприклад публікація новин або аудіовізуальних продуктів, поштові послуги, рибальство, генна діагностика і терапія, інші сектори, які також заборонені приватним китайським компаніям, як-от державна монополія на продаж тютюнових

виробів, розробка генномодифікованих сортів рослин та ін.) (*China Promulgated the Negative List 2024 for Foreign Investment Access at National Level, 2024*).

Однак і вітчизняні компанії з китайськими інвестиціями, які займаються діяльністю, забороненою для іноземних інвесторів згідно з "Негативним списком", підлягають перевірці та затвердженню уповноваженими органами при здійсненні торгівлі або лістингом за кордоном (*Desmots, 2024*).

Заходи з перевірки безпеки іноземних інвестицій, що діють з 18 січня 2021 р., доповнюють "Негативний список" та ставлять під особливий контроль іноземні інвестиції у військову сферу, а також в галузі, пов'язані з озброєнням. Окрім цього, обмежуються іноземні інвестиції в зонах, що оточують військові об'єкти або об'єкти оборонної промисловості; інвестиції у важливу сільськогосподарську продукцію, енергетику та ресурси, виробництво критичного обладнання, важливу інфраструктуру, транспортні послуги, важливі культурні продукти і послуги, інформаційні технології та інтернет-продукти і послуги, важливі фінансові послуги, ключові технології або будь-яку іншу важливу сферу, пов'язану з національною безпекою, що призводить до набуття іноземним інвестором фактичного контролю над підприємством, в яке вкладено інвестиції (*Desmots, 2024*).

Особлива увага приділяється імплементації нового Закону "Про протидію іноземним санкціям", оприлюдненого 10 червня 2021 р., та Положенню про перелік ненадійних іноземних суб'єктів господарювання від 19 вересня 2020 р., які, очевидно, є складовими законодавства про НБ та прийняті у відповідь на дії іноземних держав або організацій, що загрожують національному суверенітету, національній безпеці або інтересам національного розвитку Китаю.

При цьому окремими підзаконними нормативно-правовими актами регулюються особливості іноземного інвестування у певних регіонах чи секторах або ж окреслюються зони, де залучення прямих іноземних інвестицій є пріоритетною метою.

Отже, інтерес національної безпеки в режимі контролю за іноземними інвестиціями в Китаї стосується не лише оборонної безпеки, але й поширюється на інші економічні та соціальні сектори, та характеризується розгалуженою системою нормативно-правових актів різного ієрархічного рівня. При цьому особливістю підходу КНР до регулювання інвестиційної діяльності є перевірка також і національних інвестицій у певних сферах, і китайських підприємств, що мають намір здійснювати діяльність за кордоном.

Зазначений підхід до визначення НБ у контексті процедури скринінгу добре проілюстровано на прикладі поглинання компанією *Yonghui* компанії *Zhongbai*.

Це поглинання підлягало перевірці, оскільки найбільший акціонер *Yonghui* – молочна ферма, яка володіла майже 20% акцій компанії, була

дочірньою компанією британського конгломерату *Jardine Dairy Farm*. У грудні 2019 р. *Yonghui* опублікувала оголошення про скасування своєї пропозиції про поглинання компанії *Zhongbai*. Ця ситуація викликала занепокоєння, оскільки перевірка була проведена в секторі роздрібної торгівлі, де *Yonghui* та *Zhongbai* ведуть свій основний бізнес. Зазвичай цей сектор не вважається чутливим до НБ, оскільки не має тісного зв'язку з оборонними інтересами і не вважається прикордонним сектором, а також межею розвитку технологій. Також спірно стверджувати, що роздрібна торгівля має вирішальне значення для національної економіки або суспільного устрою (*Ai et al.*, 2023).

4. Перегляд вимог безпеки в Європейському Союзі в контексті Регламенту (ЄС) 2019/452

19 березня 2019 р. Європейським парламентом та Радою прийнято Регламент (ЄС) 2019/452, що встановлює рамки для перевірки державами-членами прямих іноземних інвестицій в ЄС з міркувань НБ та ПП, створює механізм співпраці між державами-членами, а також між державами-членами та Комісією (*Regulation*, 2019). Регламент застосовується з жовтня 2020 р. та не встановлює обов'язкової форми скринінгу, але є орієнтиром для держав – членів ЄС під час розробки або удосконалення власних процедур, а також для гармонізації національних законодавств.

Чинні положення Регламенту 2019/452 про скринінг не надають власного визначення понять НБ і ПП, а відсилаються на положення міжнародного права (*Velten*, 2022). Водночас наводиться рекомендований перелік факторів, які можуть бути взяті до уваги при оцінці ризиків прямої іноземної інвестиції країною-членом.

Варто акцентувати увагу, що у попередньому проєкті Регламенту, опублікованому у 2017 р., фактори впливу на НБ та ПП були значно вужчими, ніж у кінцевому документі (*Proposal*, 2017). Зокрема, надалі деталізовані складові критичної інфраструктури, додані такі фактори, як доступ до корисних копалин, персональної інформації, а також свобода та плюралізм медіа.

Поступове розширення підходу до визначення об'єктів та секторів, що становлять інтерес для НБ і ПП, демонструють реакцією Союзу на виклики сьогодення, такі як *COVID-19*, широкомасштабне вторгнення РФ на територію України.

Так, після спалаху пандемії *COVID-19*, ЄК оприлюднила Повідомлення, у якому рекомендувала державам – членам ЄС при СПІ зважати на такі сектори, як медичні потужності (наприклад для виробництва медичного або захисного обладнання) або суміжні галузі, такі як науково-дослідні установи (наприклад розробка вакцин) (*Communication*, 2020).

У квітні 2022 р. ЄК попередила, що підвищений ризик того, що будь-яка інвестиція, прямо чи опосередковано пов'язана з фізичною або юридичною особою, асоційованою, контрольованою або підконтрольною

російському чи білоруському уряду, у критичні активи в ЄС може дати обґрунтовані підстави для висновку, що ця інвестиція може становити загрозу НБ та ПП в державах-членах (*Communication, 2022*).

Наразі ж у ЄС ведеться дискусія та підготовлений проект щодо перегляду Регламенту 2019/452, що передбачає додаткове розширення меж НБ та ПП, а також удосконалення взаємодії між країнами-членами, країнами-членами та Комісією, зокрема щодо визначення критеріїв та охорони критично важливої інфраструктури міждержавного значення, гармонізації національних законодавств, розроблення спільного вектору розвитку тощо (*Proposal, 2024*).

Для порівняння нижче наведено таблицю, яка демонструє тенденції зміни підходу до визначення факторів впливу на НБ та ПП Європейського Союзу в розрізі проекту Регламенту 452/2019 2017 р., чинної редакції Регламенту та в запропонованих змінах 2024 р.

Таблиця

Проект 2017 р. (<i>Proposal, 2017</i>)	Чинний Регламент 2019/452 (<i>Regulation, 2019</i>)	Проект 2024 р. (<i>Proposal, 2024</i>)
<p>Критична інфраструктура, включаючи енергетику, транспорт, зв'язок, зберігання даних, космічну або фінансову інфраструктуру, а також об'єкти з підвищеною чутливістю;</p> <p>критичні технології, включаючи штучний інтелект, робототехніку, напівпровідники, технології з потенційним подвійним застосуванням, кібербезпеку, космічні або ядерні технології;</p> <p>безпека постачання критично важливих ресурсів; або</p> <p>доступ до чутливої інформації або можливість контролювати чутливу інформацію.</p> <p>При визначенні того, чи може пряма іноземна інвестиція вплинути на безпеку або громадський порядок, держави-члени та Комісія можуть взяти до уваги, чи контролюється іноземний інвестор урядом третьої країни, в тому числі через значне фінансування</p>	<p>Враховується потенційний вплив на:</p> <p>(а) критичну інфраструктуру, як фізичну, так і віртуальну, включаючи енергетику, транспорт, водопостачання, охорону здоров'я, зв'язок, засоби масової інформації, обробку або зберігання даних, аерокосмічну, оборонну, виборчу або фінансову інфраструктуру та об'єкти, що мають важливе значення, а також землю та нерухомість, що мають вирішальне значення для використання такої інфраструктури;</p> <p>(б) критичні технології та товари подвійного використання, визначені в п. 1 ст. 2 Регламенту Ради (ЄС) № 428/2009 (15), включаючи штучний інтелект, робототехніку, напівпровідники, кібербезпеку, аерокосмічну галузь, оборону, зберігання енергії, квантові та ядерні технології, а також нанотехнології та біотехнології;</p> <p>(с) постачання критично важливих ресурсів, включаючи енергію або сировину, а також продовольчу безпеку;</p> <p>(д) доступ до чутливої інформації, включаючи персональні дані, або можливість контролювати таку інформацію; або</p> <p>(е) свободу та плюралізм засобів масової інформації.</p>	<p>При оцінці ризику іноземної інвестиції повинно розглянути, чи може вона негативно вплинути на:</p> <p>(а) безпеку, цілісність та функціонування критичної інфраструктури, як фізичної, так і віртуальної; у цьому контексті, зважаючи на наявну інформацію, слід також оцінити, чи може іноземна інвестиція негативно вплинути на стійкість будь-якого з критично важливих суб'єктів, визначених ними відповідно до Директиви (ЄС) 2022/2557 Європейського Парламенту та Ради (встановлює умови визначення критичних об'єктів і надає перелік критичних сфер економіки тощо (<i>Directive 2557, 2022</i>)), а також суб'єктів, що підпадають під дію Директиви (ЄС) 2022/2555 (зазначає галузі, сектори й основні критерії визначення критичних об'єктів, стан кібербезпеки яких підлягає особливому контролюванню (<i>Directive 2555, 2022</i>)). Також повинні братися до уваги результати скоординованих оцінок ризиків безпеки критичних ланцюгів постачання, проведених на рівні Союзу відповідно до статті 22(1) Директиви (ЄС) 2022/2555;</p> <p>(б) доступність критичних технологій;</p> <p>(с) безперервність постачання критично важливих ресурсів;</p> <p>(д) захист конфіденційної інформації, або</p> <p>(е) свободу та плюралізм засобів масової інформації, включаючи онлайн-платформи, які можуть бути використані для широкомасштабної дезінформації або злочинної діяльності.</p> <p>До уваги також береться інформація, пов'язана з іноземним інвестором, в тому числі:</p> <p>(а) чи був іноземний інвестор, фізична або юридична особа, що контролює іноземного інвестора, бенефіціарний власник іноземного інвестора, будь-яка з дочірніх компаній іноземного інвестора або будь-яка інша сторона, що перебуває у власності чи під контролем іноземного інвестора або діє від імені чи за вказівкою іноземного інвестора (далі – іноземний інвестор), причетна до іноземної інвестиції, яка раніше перевірялася державою-членом і яка не була дозволена або була дозволена лише за певних умов; для визначення цього держави-члени та Комісія повинні покладатися на наявну в них інформацію, в тому числі на інформацію, що міститься у захищеній базі даних, створеній згідно зі статтею 7(10);</p>

Проект 2017 р. (<i>Proposal</i> , 2017)	Чинний Регламент 2019/452 (<i>Regulation</i> , 2019)	Проект 2024 р. (<i>Proposal</i> , 2024)
	<p>До уваги може братися також:</p> <p>(а) чи перебуває іноземний інвестор під прямим або опосередкованим контролем уряду третьої країни прямо й опосередковано;</p> <p>(б) чи був іноземний інвестор вже залучений до діяльності, що впливає на безпеку або громадський порядок в державі-члені; або</p> <p>(с) чи існує серйозний ризик того, що іноземний інвестор займається незаконною або злочинною діяльністю</p>	<p>(б) де це застосовано, причини застосування до іноземного інвестора обмежувальних заходів згідно зі статтею 215 Договору про заснування Європейського Співтовариства;</p> <p>(с) чи був іноземний інвестор вже залучений до діяльності, що негативно впливає на НБ або ПП в державі-члені;</p> <p>(д) чи займався іноземний інвестор незаконною або злочинною діяльністю, включаючи обхід обмежувальних заходів Союзу відповідно до статті 215 Договору про заснування Європейського Союзу;</p> <p>(е) чи може іноземний інвестор переслідувати політичні цілі третьої країни або сприяти розвитку військового потенціалу третьої країни</p>

Варто додати, що у додатку до чинного Регламенту 2019/452 та в запропонованому проекті 2024 р. передбачені конкретні проекти та програми, які становлять інтерес для ЄС, прямі іноземні інвестиції в які підлягають перевірці.

Проте новелою запропонованого проекту 2024 р. є окремий перелік технологій, активів, об'єктів, обладнання, мереж, систем, послуг та видів економічної діяльності, що мають особливе значення для інтересів безпеки або громадського порядку Союзу, цінність якого полягає, зокрема, в тому, що цей перелік може слугувати орієнтиром як для країн-членів ЄС, так і України в процесі євроінтеграції, задля гармонізації законодавства у сфері скринінгу.

Варто зазначити, що наразі в ЄС не сформована судова практика, яка б детально тлумачила положення Регламенту в тих аспектах, що потребують більшої деталізації, та враховувала б національні особливості законодавства про скринінг і національну безпеку окремих країн-членів. Наприклад, у справі C-106/22 *Xella Magyarország* суд не надав додаткового визначення понять НБ та ПП, які б дали додаткове розуміння їхнього змісту, проте дійшов висновку, що дія Регламенту не поширюється на інвестиції, здійснені підприємствами, створеними відповідно до законодавства держави-члена, над якими підприємство третьої країни має мажоритарний контроль (*Judgment of the Court (Second Chamber) 13 July 2023 in Case C-106/22, 2023*).

Загалом сучасною тенденцією щодо удосконалення процедури скринінгу прямих іноземних інвестицій у ЄС є подальше розширення понять НБ та ПП, більша деталізація процедури та строків проведення, гармонізація законодавства країн-членів. Запропоновані зміни мають знайти баланс між збереженням законодавчої бази, яка підтримує ПП, і необхідністю протистояти висхідним геополітичним ризикам шляхом заохочення відкритої стратегічної автономії комерційної, промислової, економічної та безпекової, оборонної політики.

Висновки

Проведене дослідження демонструє, що міжнародна спільнота у своїй більшості погоджується з позицією, що деякі прямі іноземні інвестиції можуть нести загрози для національної безпеки та публічного порядку, а тому в певних випадках політика їхнього обмеження є прийнятною, проте має відповідати низці принципів, розроблених на міждержавному рівні, як-от: недискримінація, прозорість, передбачуваність, пропорційність, відповідальність тощо.

Наріжним каменем при розробці процедури скринінгу прямих іноземних інвестицій є визначення змісту національної безпеки та публічного порядку, оскільки саме їх забезпечення є основною метою цього механізму.

При цьому варто враховувати, що національна безпека та публічний порядок розглядаються як динамічні явища, які видозмінюються залежно від сучасних реалій. Це зумовлює відсутність конкретики при нормативному закріпленні цих понять, що має наслідком наділення широкими повноваженнями відповідального органу щодо перевірки прямих іноземних інвестицій, хоча це, очевидно, й обмежує прозорість і передбачуваність інвестиційної діяльності.

Якщо раніше іноземні інвестиції у різних державах світу оцінювалися з точки зору впливу на військово-промисловий сектор та щодо набуття нерухомості у стратегічно важливих районах, то наразі цей спектр розширений стосовно критичної інфраструктури, ланцюгів постачання, нових технологій, енергетики, сировинних ресурсів, продовольчої безпеки, персональних даних тощо.

Такі тенденції вказують на те, що залежно від актуальних на певний момент реалій та викликів (наприклад акцент на медичних потужностях внаслідок пандемії *COVID-19* та більш детальна оцінка ризиків інвестицій з рф після початку широкомасштабного вторгнення в Україну) рамки національної безпеки і публічного порядку будуть видозмінюватися, що є об'єктивними та логічними закономірностями.

Під час розробки власної моделі скринінгу важливо, що національне законодавство України має достатньо ґрунтовну нормативну базу щодо забезпечення національної безпеки, а також дотичних до неї сфер, які слугуватимуть орієнтиром для майбутньої процедури скринінгу, зокрема, для створення понятійно-категоріального апарату (Закони України "Про національну безпеку України", "Про інвестиційну діяльність", "Про режим іноземного інвестування"), визначення факторів проведення скринінгу та віднесення потенційних об'єктів інвестиції до "критично важливих" (Закон України "Про критичну інфраструктуру", "Перелік об'єктів державної власності, що мають стратегічне значення для економіки і безпеки держави" тощо), розробки порядку проведення перевірки (Закон України "Про адміністративну процедуру").

Водночас законодавець має враховувати найкращі зарубіжні практики у сфері скринінгу, зокрема напрацювання Європейського

Союзу, які відображені у чинному Регламенті 2019/452, а також зважати на актуальні тенденції, запропоновані у проєкті змін до цього документу: поступове розширення складових національної безпеки та публічного порядку, зближення законодавств країн-членів, посилення співпраці щодо питань, які становлять спільний інтерес тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

Ai, H., & Philipsen, N. J. (2023). A critical reflection on the 'public interest exemption' in China's merger control regime. *Journal of Antitrust Enforcement*, 11(3), 491–508. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad035>

China Promulgated the Negative List 2024 for Foreign Investment Access at National Level. (2024). <https://www.cwhkcpa.com/china-promulgated-the-negative-list-2024-for-foreign-investment-access-at-national-level/>

Defense Production Act. (1950). <https://www.fema.gov/disaster/defense-production-act>

Desmonts, Vivian. (2024). *Foreign Direct Investment Regimes China 2025.* <https://iclg.com/practice-areas/foreign-direct-investment-regimes-laws-and-regulations/china>

Dimitropoulos, Georgios. (2019). National Security: The Role of Investment Screening Mechanisms. In Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (Eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, (1) (2020). <https://ssrn.com/abstract=3538735> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3538735>

Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No. 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (NIS 2 Directive). (2022). <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2555/oj>

Directive (EU) 2022/2557 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on the resilience of critical entities and repealing Council Directive 2008/114/EC. (2022). <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2557/oj>

European Commission. (2020). *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0318>

European Commission. (2022). *Communication from the Commission Guidance to the Member States concerning foreign direct investment from Russia and Belarus in view of the military aggression against Ukraine and the restrictive measures laid down in recent Council Regulations on sanctions.* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0406\(08\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0406(08))

Foreign Investment and National Security Act. (FINSAs). (2007). <https://www.congress.gov/110/plaws/publ49/PLAW-110publ49.pdf>

Foreign Investment Guide of the People's Republic of China. (2024). *The Legal System for Foreign Investment.* <https://fdi.mofcom.gov.cn/en/come-newzonghe.html?parentId=125&name=The%20Legal%20System%20for%20Foreign%20Investment&comeID=3>

Foreign Investment Risk Review Modernization Act. (FIRRMA). (2018). <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5841/text>

Jackson, J. K. & Congressional Research Service. (2013). *Foreign Investment and National Security: Economic considerations*. Congressional Research Service. <https://sgp.fas.org/crs/natsec/RL34561.pdf>

Jackson, James K. (2020). *The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)*. Washington, DC. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL33388>

Jalinous, Farhad, & Sensenig, Timothy. (2022). Keeping up with CFIUS: A Practitioner's Report on National Security Trends in the United States. *Erasmus Law Review*, (4), 266–277.

Judgment of the Court (Second Chamber) 13 July 2023 in Case C-106/22 (2023). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2DC14C7563204056DD61EAA5ACF1B495?text=&docid=275390&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10439998>

Li, J., Shapiro, D., & Ufimtseva, A. (2024). Regulating inbound foreign direct investment in a world of hegemonic rivalry: The evolution and diffusion of US policy. *Journal of International Business Policy*, 7(1), 147–165. <https://doi.org/10.1057/s42214-023-00177-w>

Mauro, Maria Rosaria. (2024). Energy Security, Energy Transition, and Foreign Investments: An Evolving Complex Relationship. *Laws*, 13(4), 48. <https://doi.org/10.3390/laws13040048>

Moran, T. H., Graham, E., & Oldenski, L. (2013). *Foreign Direct investment in the United States: Benefits, Suspicions, and Risks with Special Attention to FDI from China*. Peterson Institute for International Economics.

National Security Law of the People's Republic of China. (2015). China Law Translate. <https://www.chinalawtranslate.com/en/>

OECD. (2009). *Recommendation of the Council on Guidelines for Recipient Country Investment Policies relating to National Security*. OECD/LEGAL/0372.

OECD. (2018). *Survey on critical infrastructure resilience and security*. <https://www.oecd.org/>

OECD. (2020). *Investment screening in times of COVID-19 and beyond, OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19)*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/aa60af47-en>

OECD. (2024). *Managing Security Implications of international investment: Policy developments in a changing world*. <https://web-archiv.oecd.org/temp/2024-06-07/674847-OECD-natsec-conference-2024-background-note.pdf>

Pohl, J. H., Papadopoulos, T., & Wiesenthal, J. (2024). *National security and investment controls*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-031-68016-8>

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Screening of Foreign Investments in the Union and Repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council. (2024). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52024PC0023>

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investments Into the European Union. (2017). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0487>

Regulation – 2019/452 – EN – EUR-LEX. (2019). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=urisrv%3A0J.LL.2019.079.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2019%3A079I%3ATOC>

Roberts, A., Moraes, H. C., & Ferguson, V. (2019). Toward a geoeconomic order in international trade and investment. *Journal of International Economic Law*, 22(4), 655–676.

Velten, J. (2022). *Screening Foreign Direct Investment in the EU*. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-05603-1>

Закон України "Про критичну інфраструктуру". № 1882-IX (2021). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1882-20#Text	The Law of Ukraine "On Critical Infrastructure". No. 1882-IX (2021). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1882-20#Text
--	--

Мазаракі, Н., & Гончарова, Ю. (2022). Скринінг прямих іноземних інвестицій: між Сциллою та Харибдою. <i>Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право</i> , 123(4), 4–16. https://doi.org/10.31617/3.2022(123)01	Mazaraki, N., & Honcharova, Yu. (2022). Foreign direct investment screening: between Scylla and Charybdis. <i>Foreign Trade: Economics, Finance, Law</i> , 123(4), 4–16. https://doi.org/10.31617/3.2022(123)01
--	--

Committee on foreign investment in the United States. (CFIUS). (2023). *Committee on foreign investment in the United States annual report to Congress*. <https://home.treasury.gov/system/files/206/2023CFIUSAnnualReport.pdf>

Конфлікт інтересів. Автор заявляє, що він не має фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не має відносин з державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору. З огляду на те, що автор працює в установі, яка є видавцем журналу, що може зумовити потенційний конфлікт або підозру в упередженості, остаточне рішення про публікацію цієї статті (включно з вибором рецензентів і редакторів) приймалося тими членами редколегії, які не пов'язані з цією установою.

Автор не отримував прямого фінансування для цього дослідження.

Кучерявенко С. Поняття національної безпеки та публічного порядку у скринінгу прямих іноземних інвестицій. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 6. С. 36–50. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)03](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)03)

Надійшла до редакції 13.11.2024.

Прийнято до друку 25.11.2024.

Публікація онлайн 16.12.2024.