

Бенефициарное владение в международном налоговом праве: опыт ОЭСР для России

М.А. Котляров, профессор Уральского государственного экономического университета, г. Екатеринбург, доктор экономических наук

В апреле 2014 г. Министерство финансов России выпустило письмо «О применении льгот, предусмотренных международными соглашениями об избежании двойного налогообложения» [1]. На первый взгляд оно посвящено частному, возможно, даже техническому аспекту порядка предоставления налоговых льгот при налогообложении т.н. пассивных доходов – дивидендов, процентов, роялти, удерживаемых налоговым агентом (организацией, производящей эти выплаты) в стране происхождения. Интерес вызывает тот факт, что в данном письме прямо или косвенно затронуты проблемы практического и теоретико-методологического свойства, которые уже ряд лет дискутируются в Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Отмечается, в частности, недостаточный прогресс при практическом внедрении концепции бенефициарного владения, которая является ключевой при принятии решений о предоставлении льгот.

Актуальность обращения к данной теме обусловлена еще и тем, что в России растет активность по внедрению понятия «бенефициарное владение» как в налоговое, так и в банковское законодательство. Этот вопрос также важен и для целей противодействия легализации средств, полученных незаконным путем. В повестке дня давно уже стоит тема «деофшоризации» экономики, которая тесно связана с термином «бенефициар».

Полагаем, что использование в законодательстве и в деятельности заинтересованных органов (Федеральной налоговой службы России, Росфинмониторинга и Банка России) понятия «бенефициар» тре-

бует надлежащей методологической, юридической и экономической проработки, чтобы поставить заслон изощренным схемам ухода от налогообложения и избежать ненужных споров между налоговыми органами и добросовестными налогоплательщиками. Для этого важно разобраться в международном опыте регулирования налоговых отношений по данной проблеме.

Подход ОЭСР к регулированию международного налогообложения

Благая идея не допускать двойного налогообложения одного и того же дохода или одних и тех же лиц с целью развития международной инвестиционной и торговой активности первоначально реализовалась в виде двухсторонних договоров между заинтересованными странами. К середине XX в. назрела необходимость системного и наднационального регулирования данного вопроса. В результате в мире сформировались две главные модели, соответственно, под эгидой Организации объединенных наций (ООН) и ОЭСР. Следование этим моделям позволило достичь следующих целей:

- создания и обновления модельных конвенций, которые закладываются в основу сотен межгосударственных договоров об избежании двойного налогообложения;
- поддержания постоянно действующих дискуссионных площадок, на которых осуществляется юридическое, методологическое, экономическое и организационное обеспечение интересов государств – участников международных соглашений;

– формирования механизмов противодействия недобросовестному использованию налогоплательщиками договоров об избежании двойного налогообложения (*treaty abuse*) и использования отдельных налоговых юрисдикций исключительно с целью получения налоговых выгод (*treaty shopping*).

Сравнение подходов ООН и ОЭСР в области недопущения двойного налогообложения могло бы стать темой отдельного исследования, здесь же ограничимся указанием на два принципиальных момента. Во-первых, модель ООН ориентирована на развивающиеся страны, а ОЭСР – на развитые. В одном случае положения модельных конвенций и, соответственно, составленных на их основе международных договоров направлены на защиту интересов стран-инвесторов (ОЭСР), в другом – на защиту интересов объектов инвестиционной деятельности (ООН).

Иногда договор об избежании двойного налогообложения заключают государства – представители разных экономических или правовых систем, к тому же находящиеся на различном уровне развития (например, развитая – развивающаяся страна; страна с режимом континентального права и государство с системой англо-саксонского права; низконалоговая юрисдикция и государство с традиционной системой налогообложения). Последствием заключения договоров об избежании двойного налогообложения может стать существенное снижение собираемости налогов или, выражаясь терминами ОЭСР, «эрозия» и «смещение» налоговой базы (*base erosion and profits shifting*). Тогда не исключено расторжение договоров по инициативе стороны, которая понесла существенные потери доходов бюджета (например, были расторгнуты договора между Монголией и Нидерландами, Индонезией и – о. Маврикий).

Во-вторых, объектами, по которым необходимо избегать двойного налогообложения согласно статье первой обеих Модельных конвенций, являются физические и юридические лица (*Persons*), а не доходы (*Income*). Напомним, что Модельные конвенции как ООН, так и ОЭСР нацелены на недопущение т.н. юридического двойного налогообложения, а не экономического. В то же время, когда речь идет об избежании двойного налогообложения пассивного дохода, имеет место стремление не допустить именно двойного экономического налогообложения, хотя льготы даются для недопущения двойного юридического налогообложе-

ния. Возникающее здесь противоречие рассмотрим ниже в ходе анализа термина «бенефициарный владелец».

Принятие государством той или иной модели – это не просто выбор готового шаблона в целях облегчения переговорного процесса. Важно разобраться во всех тонкостях и нюансах, например, такого сложного понятия, как «бенефициар». Уникальность этого термина заключается в том, что даже среди ведущих стран мира, применяющих его более пятидесяти лет, не говоря уже о государствах, только внедряющих данную методологию, нет ни единой трактовки данного термина, ни согласованного понимания его юридического и экономического смысла.

«Бенефициарный владелец» на международном уровне

По признанию проф. Шарля Дютуа, «...понятие бенефициарного владения было включено в Модельную конвенцию ОЭСР в 1977 году без определения этого термина. В Комментариях к статьям Модельной конвенции имеются только краткие ссылки на этот термин...» (здесь и далее перевод наш. – М.К.) [2]. Ричард Коллиер высказался еще более категорично: «К сожалению, единственным моментом, по поводу которого достигнуто общее согласие, является тот факт, что концепция бенефициарного владения не особенно хорошо сформулирована и ...требует большей ясности...» [3].

Понятие бенефициарного владения встречается в статьях 10 («дивиденды»), 11 («проценты») и 12 («роатлии») Модельной конвенции ОЭСР 2010 г. [4]. Во всех трех говорится о том, что данные виды пассивного дохода подлежат налогообложению в стране, резиденту которой производятся выплаты. Налогообложение у источника происхождения пассивного дохода либо не производится, либо может производиться в ограниченном размере при условии, что получатель этого пассивного дохода является не посредником или агентом, а фактическим (бенефициарным) владельцем этих доходов.

В российской практике наряду с понятием бенефициарный владелец используют также понятие «конечный» или «фактический» владелец. Правовая система направлена на предотвращение использования налоговых выгод резидентами стран, не являющимися участниками соглашения, на стимулирование инвестиционной деятельности исключительно резидентов

государств, заключивших договор об избежании двойного налогообложения.

Очевидно, что отдельные налогоплательщики, не являющиеся резидентами государства (условная страна А), с которым у страны, чьи резиденты производят выплаты пассивного дохода (страна Б), заключен договор об избежании двойного налогообложения, стремятся зарегистрировать дочернюю компанию в стране А, которая де-юре является инвестором в страну Б, а де-факто создана исключительно для транзита инвестиций и дивидендов и получения налоговой выгоды. Соответственно, в стране Б у источника дохода удерживается максимум 5% от объема дивидендов, а в случае с роялти, возможно, и 0%. Ключевая проблема в том, что страна Б теряет доход посредством предоставления налоговых выгод резиденту страны А, который фактически действует в интересах резидента третьей страны. При этом все бремя идентификации бенефициарного владельца лежит на ответственных органах страны Б, которая имеет весьма ограниченные информационные ресурсы для проведения исследования и выявления фактической принадлежности дохода резиденту страны А. Наличие соглашения между странами А и Б об обмене информацией не означает, что оно всегда работает.

Понятие бенефициарного владения является одновременно и серьезной методологической проблемой, вызывающей необходимость:

- закрепления универсального международного понятия «бенефициарный владелец» в законодательстве стран-участниц соглашения, с учетом того, что данное понятие может нести разную смысловую нагрузку в национальных законах;
- выработки экономических и юридических критериев бенефициарного владения с выделением приоритетных;
- использования концепции бенефициарного владения как инструмента противодействия уходу от налогов или как вспомогательного метода, позволяющего установить связь конкретного лица с доходом.

По мнению некоторых авторов, теоретические проблемы, связанные с концепцией бенефициарного владения, разрешимы только одновременно с ликвидацией пробелов, имеющихся в самой методологии ОЭСР. Как отмечает Д. Уиллер, основной ее недостаток заключается в том, что в вопросе предоставления налоговых льгот Модельная кон-

венция ОЭСР ориентирована не на возникновение у резидента конкретной страны обязанности по уплате налогов в связи с получением данного пассивного дохода и последующее освобождение от него, а на установление юридической или экономической связи данного лица с доходом [5]. В принципе логичная система порождает массу проблем на практике, т.к. требует исследования экономических и/или юридических критериев, на основе которых можно установить связь между субъектом и доходом. Особые сложности возникают у государств, не являющихся носителями традиций англо-саксонской системы права и не применяющих в национальном законодательстве термина «бенефициарный владелец».

Отсутствие единообразных подходов к понятию бенефициарного владения отразилось на международной судебной практике последних двух десятилетий.

Знаковым судебным процессом стали слушания по делу индонезийской компании Индофуд (Indofood International Finance Ltd) 2006 г., прошедшие в английском суде в силу того, что ответчиком был лондонский филиал инвестиционного банка Джи Пи Морган Чейз (JP Morgan Chase Bank NA London Branch) [6]. Суть дела состояла в том, что индонезийская компания, консультируемая данным инвестиционным банком, реализовала облигационный заем на международном рынке капитала. Налог на проценты, причитающиеся держателям облигаций и удерживаемый у источника, составлял 20%, если бы держатели облигаций получали проценты напрямую от эмитента облигаций. Однако согласно договору об избежании двойного налогообложения между Индонезией и о. Маврикий ставка налога составляла только 10%. Поэтому инвестиционный консультант предложил учредить промежуточную компанию в юрисдикции о. Маврикий, которая бы де-юре являлась эмитентом облигаций, а де-факто перечисляла собранные средства материнской компании. Соответственно, дочерняя компания, зарегистрированная на о. Маврикий, производила бы выплаты инвесторам от своего имени, фактически же получая средства на эти цели от материнской компании. Условия облигационного займа содержали важное положение, согласно которому в случае любого неблагоприятного изменения налоговых ставок заемщик был обязан немедленно выкупить облигации у инвесторов.

Данная схема была реализована, однако с 2005 г. соглашение об избежании двойного налогообложения между Индонезией и о. Маврикий было расторгнуто. Инвестиционный банк предложил заменить дочернюю компанию на о. Маврикий на новую компанию, зарегистрированную в Нидерландах, и сохранив тем самым более выгодную налоговую ставку.

Спор возник, когда индонезийская сторона заявила о том, что условие для досрочного погашения облигаций наступило, а представители Джи Pi Морган Чейз стали доказывать, что наличие промежуточной компании решает проблему и досрочного выкупа облигаций производить не требуется. Суд первой инстанции поддержал Джи Pi Морган Чейз и признал голландскую компанию бенефициарным владельцем процентного дохода, полученного от материнской компании. Однако Суд высшей инстанции отменил это решение и представил в обоснование своей позиции доводы, которые, кстати говоря, определи современные подходы к толкованию термина и легли в основу новой редакции Комментариев к Модельной конвенции ОЭСР. В частности, Судом было указано, что:

- термин «бенефициарный владелец», содержащийся в межгосударственных соглашениях об избежании двойного налогообложения, должен иметь не национальное, а расширенное международное толкование;
- при классификации лица в качестве бенефициарного владельца необходимо руководствоваться принципом приоритета экономического содержания сделки над ее юридической формой;
- при рассмотрении подобного рода дел необходимо изучать обстоятельства сделки и выяснить, действительно ли лицо, получающее доход, имеет «...полную привилегию напрямую получать выгоды от данного дохода... а не является простым администратором данного дохода (формальное владение)» [6, §44];
- при рассмотрении дел в области соглашений об избежании двойного налогообложения необходимо руководствоваться Комментариями к Модельной конвенции и принимать во внимание цель и задачи каждого конкретного международного договора.

В тот период ни стороны процесса, ни судьи, ни ученые и методологи ОЭСР не предполагали, что дело компании Индофуд откроет своего рода «ящик Пандоры» в толковании термина «бенефициарный владелец».

В период с 2006 г. возникли десятки судебных споров по данной тематике в Канаде, Нидерландах, Франции, Дании, Испании, Швейцарии, Индии и др. Несмотря на обилие дел, единообразного толкования термина тем не менее не появилось, однако обозначилась тенденция концентрации споров на трех ключевых вопросах:

- возможность применения универсального международного или национального толкования термина;
- использование экономических или юридических критериев при установлении факта бенефициарного владения и их иерархия;
- толкование концепции бенефициарного владения как механизма противодействия схемам ухода от налогов или как вспомогательного инструмента установления связи между физическим или юридическим лицом и доходом.

Позиция Министерства финансов России

С учетом сказанного выше рассмотрим российский подход, изложенный в письме Минфина РФ [1], которое представляет собой фактически директиву. В данном документе содержится несколько принципиальных тезисов, позволяющих говорить не только о практическом значении этого документа для субъектов международной инвестиционной деятельности, но и о его методологической нагрузке.

Прежде всего отметим, что Минфин подтвердил, что международные договоры об избежании двойного налогообложения основываются на документах ОЭСР, а именно – Модельной конвенции и, что особенно важно, – на Комментариях к ней. Это недвусмысленно свидетельствует о том, что Россия в лице Минфина соглашается с методологией ОЭСР и подтверждает статус Комментариев к Модельной конвенции как методологического руководства. Последнее особенно важно в силу того, что как участники международных отношений, так и суды в случае возникновения споров не располагают другим полноценным методологическим руководством, кроме перевода указанных Комментариев, дискуссия о юридическом статусе которых продолжается и в рамках самой ОЭСР. Однако в целом вопрос, насколько российские суды будут принимать Комментарии к Модельной конвенции как руководство к действию, остается открытым.

В указанном письме также содержится тезис о принципиальном намерении России не отказываться

от прав на налогообложение дохода, источник которого находится в России, лишь по той причине, что доход получен резидентом государства, с которым у России заключен договор об избежании двойного налогообложения, подразумевающий льготы при налогообложении этого дохода. Это заявление подразумевает, что Россия должна и будет внедрять концепцию бенефициарного владения. Отдельные ее элементы содержатся в вышеупомянутом документе Минфина. Выделим несколько особенно важных, на наш взгляд, аспектов.

Во-первых, ни в российском законодательстве, ни в письме Минфина нет определения понятия «бенефициарный собственник». Более того, по всему тексту понятия «фактический получатель» и «бенефициарный собственник» приводятся как взаимозаменяемые. Термин «фактический получатель» без дополнительного толкования не несет смысловой нагрузки и скорее всего взят из неадаптированного перевода Комментариев к модельной конвенции, где используется английский термин “actual recipient”. Как известно, в самих договорах об избежании двойного налогообложения с участием России можно встретить и другие версии: «лицо, имеющее фактическое право» на дивиденды, проценты и роялти (см. договоры с Индией, Бразилией, Новой Зеландией); «лицо, владеющее правом собственности» на дивиденды (проценты, роялти) (договор с Италией). При этом в текстах договоров на английском языке, заключенных с участием России, используется термин «бенефициарный владелец». На наш взгляд, целесообразно сконцентрироваться на толковании понятия «бенефициарный владелец», а не использовать многочисленные аналоги без объяснения сути базового понятия.

Во-вторых, Минфин подтвердил, что термин «фактический получатель (бенефициарный собственник)» «...используется не в узком техническом смысле, а должен пониматься исходя из целей и задач международных договоров об избежании двойного налогообложения, как, например, избежание двойного налогообложения и уклонение от уплаты налогов, и с учетом таких основных принципов договоров, как предотвращение злоупотребления положениями договора и преобладание сущности над формой...». В данном предложении содержится сразу несколько важных посылов. Этой формулировкой Минфин подтвердил принятие концепции ОЭСР, выработанной с учетом международной судебной практики, где реко-

мендуется использовать расширенное международное толкование термина «бенефициарный владелец».

Может создаться впечатление, что такой шаг снижает актуальность выработки определения термина в национальном законодательстве. Однако это не так, как минимум, потому что этим же письмом Минфин подтвердил, что ответственным за правильность применения льгот в виде пониженных ставок и освобождений несет налоговый агент, т.е. организация – резидент России, выплачивающая дивиденды, проценты или роялти. В случае возникновения спора на предмет правильности классификации получателя указанных доходов как бенефициара положение данного налогового агента, равно как и налоговых органов, окажется затруднительным. Возникнет необходимость обосновывать использование международного расширенного толкования термина, что можно сделать только со ссылкой на Комментарии к Модельной конвенции, статус которых в России пока точно не определен, или на международную судебную практику, что вряд ли будет принято российскими налоговыми органами и тем более российскими судами. Отсюда следует вывод, что Россия будет вынуждена формировать концепцию бенефициарного владения, основанную на национальном определении термина «бенефициарный владелец».

В-третьих, в письме Минфина не содержится определения «бенефициарного владения», но отмечено, что таковым не является. Здесь Минфин повторил положения Комментариев к Модельной конвенции, прописав, что бенефициарными владельцами не являются агенты, номинальные держатели и т.н. кондуктные компании. Кондуктная компания в методологии ОЭСР – это компания, являющаяся звеном в цепочке финансовых сделок, не ведущая самостоятельной деятельности; единственной целью ее создания служит получение налоговых выгод в соответствующей юрисдикции. Минфин также сформулировал признаки кондуктных сделок.

В-четвертых, продекларировав принцип приоритета содержания над формой, Минфин по сути дела косвенно признал роль экономической доктрины бенефициарного владения и даже частично подтвердил это некоторыми комментариями. Так, в письме говорится: «...Необходимо не только наличие правовых оснований для непосредственного получения, но это лицо также должно быть непосредственным выгодоприобретателем, то есть лицом, которое фактически получает выгоду от полученного

дохода и определяет его дальнейшую экономическую судьбу. При определении фактического получателя (бенефициарного собственника) дохода следует также учитывать выполняемые функции и принимаемые риски иностранной организации, претендующей на получение льготы...» [1].

Как показывает мировой опыт, оценка факта получения экономической выгоды конкретным лицом и возможность определять экономическую судьбу дохода представляет определенную проблему. Существует даже несколько школ в области международного налогообложения, сторонников экономической концепции бенефициарного владения и юридической. Представители первой обосновывают необходимость проведения исследования экономической сути сделки, исследования реально выполняемых функций компанией, претендующей на получение льготы, а также анализа рисков, принимаемых в связи с полученным доходом. Если выясняется, что компания-претендент на статус бенефициарного владельца не выполняет функций, которые логично осуществлять в связи с получением данного дохода и не несет никаких рисков, то она не признается в качестве бенефициарного собственника дохода. Сторонники юридического подхода, напротив, считают, что ключевым критерием, связывающим потенциального бенефициара и доход, является право собственности на дивиденды или проценты, что, как правило, вытекает из права собственности на акции или долговые финансовые инструменты. Также юристы придают значение наличию каких-либо соглашений, препятствующих получателю пассивного дохода распоряжаться им по своему усмотрению.

Таким образом, выпустив указанное письмо, Министерство финансов РФ фактически заявило о намерениях нашего государства усовершенствовать механизм предоставления льгот при выплатах пассивного дохода, источник которого находится в России, резидентами государств, с которыми заключены соглашения об избежании двойного налогообложения. Существенный элемент данного усовершенствования – внедрение концепции бенефициарного владения.

Таким образом, сложилась разнообразная международная практика в сфере толкования термина «бенефициарный владелец», однако единого подхода даже среди стран ОЭСР пока не выработано. Дискуссии идут по трем базовым пунктам: 1) целесообразность использования расширенного международного или национального толкования данного термина; 2) выбор между применением экономической или юридической концепции при выработке критериев бенефициарного владения; 3) признание концепции бенефициарного владения в качестве механизма противодействия недобросовестному использованию положений договоров об избежании двойного налогообложения или в качестве вспомогательного инструмента, необходимого для установления связи между субъектом и доходом.

Очевидно, что эти вопросы стоят и перед Россией. Учет богатой мировой практики по данной теме позволит избежать многих ошибок, допущенных странами ОЭСР на стадии внедрения концепции. Изучение и анализ международной судебной практики также дает возможность спрогнозировать направления развития налоговых споров, которые неизбежно будут возникать в связи с применением этого неоднозначно толкуемого термина.

Литература:

1. О применении льгот, предусмотренных международными соглашениями об избежании двойного налогообложения // Письмо Министерства финансов Российской Федерации от 09.04.2014 г. № 03-00-Р3/16236.
2. *Charl du Toit. The Evolution of the Term "Beneficial Ownership" in relation to International Taxation over past 45 Years'* (2010) 64 Bull. Int'l. Taxn. 500.
3. *Richard Collier. Clarity, opacity and beneficial ownership'* [2011] 6 BTR 684.
4. *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version 2010: and Key Tax Features of Member Countries 2010* (IBFD 2010).
5. *Joanna Wheeler. The Missing Keystone of Income Tax Treaties*. World Tax Journal, 2011, Vol. 3 № 2, Pp. 247–367.
6. Реквизиты судебного дела: Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank NA London Branch [2006] EWCA Civ 158; [2006] S.T.C. 1195, 8 ITLR 653, [2006] SWTI 582, [2006].