

З. В. Балакина

## МЕЖДУНАРОДНАЯ НАЛОГОВАЯ КОНЦЕПЦИЯ БЕНЕФИЦИАРНОГО СОБСТВЕННИКА ДОХОДА И ПРАВО САМОСТОЯТЕЛЬНОГО ПОЛЬЗОВАНИЯ И РАСПОРЯЖЕНИЯ ПОЛУЧЕННЫМ ДОХОДОМ

**Аннотация.** Данная статья посвящена проблемам интерпретации международной налоговой противоположной концепции бенефициарного собственника дохода, правовая сущность которой заключается в противодействии неправомерному применению соглашений об избежании двойного налогообложения. В этой статье анализируется дефиниция бенефициарного собственника дохода, закрепленная в п. 2 ст. 7 НК РФ через такой критерий определения как наличие у лица самостоятельно пользоваться и распоряжаться полученным доходом. Проводя исследование на основании подходов в Комментариях ОЭСР, зарубежной судебной практике и различных точек зрения иностранных и российских ученых в области международного налогообложения, письменных разъяснений Минфина России, автор приходит к выводу, что закрепленный ст. 7 НК РФ критерий определения бенефициарного собственника дохода не несет никакой смысловой нагрузки, не вносит ясность в понимание данной концепции, наоборот размывает ее и создает плюрализм мнений по поводу того, что стоит понимать под правами самостоятельного пользования и распоряжения полученным доходом. В связи с этим для целей правильного применения налоговых соглашений в п. 2 ст. 7 НК РФ необходимо закрепить иное определение бенефициарного собственника дохода. Методологическую основу данного исследования составляют общенаучные и частнонаучные методы и приемы: диалектический, формально-логический, сравнительный, структурно-системный, методы анализа, синтеза и другие. Путем применения указанных методов теоретический анализ соединен в исследовании с решением задач практического характера, имеющих существенное значение для интерпретации и практики применения концепции бенефициарного собственника дохода. Основным вкладом данного исследования является выработанное автором определение бенефициарного собственника дохода, которым предлагается заменить существующее определение п. 2 ст. 7 Налогового Кодекса РФ, а также включить его в ст. 3 Типового налогового соглашения, утвержденного постановлением Правительства РФ от 24.02.2010 г. №84 «О заключении межгосударственных соглашений об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и имущество».

**Ключевые слова:** бенефициарный собственник дохода, международные налоговые соглашения, Комментарии ОЭСР, право пользования доходом, право распоряжения доходом, формально-юридический подход, экономический подход, неправомерное применение соглашений, обязанность перечислить доход, критерии определения концепции.

**Abstract.** The present article is devoted to the problems of interpreting the international 'against-tax-avoidance' concept of the beneficial owner of income aimed at counteracting illegal implementation of double taxation treaties. In her research Balakina analyzes the definition of the beneficial owner of income fixed in Clause 2 of Article 7 of the Tax Code of the Russian Federation through such definition criterion as a personal right to use and dispose income. Having analyzed approaches described in OECD Commentaries, foreign legal precedents, points of view of foreign and Russian scientists on international taxation, and written explanations of the Ministry of Finance of Russia, the author comes to the conclusion that the definition criterion of the beneficial owner of income fixed in Article 7 of the Tax Code of the Russian Federation does not bear any significant meaning and does not clarify the aforesaid concept. On the contrary, it creates pluralism of opinions regarding what the right to use and dispose income actually means. The methodological basis of the research consists of general and specific scientific methods and techniques such as dialectical, formal logical, comparative, structured system approaches, methods of analysis, synthesis and others. Application of the aforesaid methods allows to combine theoretical analysis with solution of practical tasks that are

*significant for interpreting and implementing the concept of the beneficial owner of income. The main contribution of the author is that she offers her own definition of the beneficial owner of income instead of the definition fixed in Clause 2 of Article 7 of the Tax Code of the Russian Federation and suggests to include this definition in Article 3 of the Typical OECD Treaty No. 84 'On Concluding International Treaties on Avoiding Double Taxation and Prevention of Fiscal Evasion' approved by the decree of the Government of the Russian Federation on February 24, 2010.*

**Keywords:** *concept definition criterion, obligation to pass income, treaty shopping, economic approach, technical legal approach, right to dispose income, right to use income, Update OECD Commentaries, International Tax treaties, beneficial owner of income.*

**В**опросы применения международной налоговой противоположной концепции бенефициарного собственника (иначе говоря, фактического получателя дохода или лица, имеющего фактическое право на доход) небесспорно являются одними из самых обсуждаемых российскими и зарубежными учеными и практиками в сфере международного налогообложения. Повышенный интерес к данной концепции объясняется следующими причинами:

- Концепция бенефициарного собственника дохода призвана противодействовать ситуациям неправомерного применения соглашений об избежании двойного налогообложения (далее - налоговые соглашения) («*treaty shopping*») при выплате доходов (как правило, пассивных доходов: дивидендов, процентов, роялти) из источников Российской Федерации путем использования иностранных кондуитных лиц (зачастую компаний) - резидентов договаривающихся государств. Суть данной концепции заключается в том, что иностранное лицо - резидент договаривающегося государства не может воспользоваться пониженными налоговыми ставками или освобождением от налогообложения по налоговому соглашению, если не является бенефициарным собственником дохода.
- В мировой науке и практике отсутствует четкое представление о правовой природе и критериях определения международной налоговой концепции бенефициарного собственника дохода, а также о решении проблем интерпретации и применения данной концепции, как в Российской Федерации, так и в зарубежных странах. Это в итоге неблагоприятно сказывается на правоприменитель-

ной практике налоговых соглашений во всем мире, лишенной единообразия.

Осветить все проблемные вопросы интерпретации и применения концепции бенефициарного собственника дохода в одной статье по причинам их сложности разрешения и обширности не представляется возможным. Данная статья посвящена анализу, оценке отдельных аспектов, не освещенных нами в ранее опубликованных статьях, определения бенефициарного собственника дохода, закрепленного в п. 2 ст. 7 НК РФ, в целях выявления недостатков и выработки своего подхода.

В п. 2 ст. 7 НК РФ под бенефициарным собственником дохода понимается лицо (иностранная структура без образования юридического лица), имеющая «право самостоятельно пользоваться и распоряжаться доходом, полученным организацией (иностранной структурой без образования юридического лица), в силу прямого и (или) косвенного участия в организации, либо контроля над организацией (иностранной структурой без образования юридического лица), либо иных обстоятельств».

Итак, в Налоговом Кодексе РФ определение бенефициарного собственника дохода выводится через такой критерий, как наличие у лица «права самостоятельно пользоваться и распоряжаться полученным доходом». По всей видимости он с позиции законодателя и Минфина РФ, чей законопроект лег в основу поправок в ст. 7 и ст. 312 НК РФ, является ключевым для установления бенефициарного собственника дохода.

Первый вопрос, который возникает при рассмотрении указанного критерия: как нужно определять права пользования и распоряжения полученным доходом: на основании Гражданского кодекса РФ или каким-то иным способом? По общему правилу, согласно п. 1 ст. 11 НК РФ все

неопределенные в НК РФ понятия должны применяться в том значении, в каком они используются в их отрасли права. Права пользования и распоряжения наряду с правом владения составляют юридическое содержание права собственности в соответствии со ст. 209 ГК РФ. Исходя из этого можно подумать, что такие права должны определяться на основании гражданского права, то есть нужно смотреть на юридические права пользования и распоряжения полученным доходом. Однако в формулировке критерия добавляется слово «самостоятельно». Минфин РФ в своем письме от 27.03.2015 г. №03-08-05/16994 понимает под ним «право усмотрения в отношении распоряжения и использования доходом», как мы полагаем, руководствуясь при этом п. 2 ст. 209 ГК РФ на основании п. 1. ст. 11 НК РФ.

Исходя из сделанного законодателем и Минфином РФ акцента на слове «самостоятельно» и «праве усмотрения» закономерно возникает следующий вопрос. Что означает фраза «самостоятельно (или иначе говоря, по своему усмотрению) пользоваться и распоряжаться полученным доходом», свидетельствует ли она сама по себе о том, что нужно смотреть не только на юридические, но и фактические права пользования и распоряжения полученным доходом? Применительно к обозначенным вопросам как раз и проявляется проблема имплементации чужеродной концепции бенефициарного собственника дохода в Налоговый Кодекс РФ, поскольку российская правовая система не признает расщепление права собственности на юридическую и бенефициарную (фактическую) как в странах англо-саксонской системы права.

Отмечаем, что в мировой науке и практике в области международного налогообложения существуют две школы мысли в отношении интерпретации концепции бенефициарного собственника дохода: формально-юридический (technical legal approach) и экономический (economic approach) подходы. Из анализа зарубежной практики следует, что и при юридическом, и экономическом подходах к интерпретации концепции бенефициарного собственника дохода выделяется критерий, подобный закрепленному в ст. 7 НК РФ «праву самостоятельно использовать и распоряжаться полученным доходом». Приведем соответствующие примеры:

Так, в деле «Market Maker» №28.638/BNB 1994/217 [8; 28] Верховный суд Голландии придерживается узкого юридического подхода, несмотря на это он определил бенефициарного собственника дохода как лицо, которое может «свободно распоряжаться полученными денежными средствами» («can freely dispose of the monies distributed») [27; 28; 29]. В данном деле фондовый брокер – резидент Великобритании в 1985 г. приобрел у Люксембургской холдинговой компании дивидендные купоны по акциям голландской компании без покупки акций самой компании. За приобретенные купоны фондовый брокер уплатил цену - 80% от суммы объявленных дивидендов по акциям. При выплате дивидендов фондовому брокеру голландская компания удержала налог у источника в размере 25%, а впоследствии подала в налоговые органы Голландии заявление на возврат части уплаченного налога в сумме разницы между налоговыми ставками: 25% по голландскому налоговому законодательству и 15% по п. 2 ст. 10 налогового соглашения от 1980 г. между Великобританией и Голландией. Однако налоговые органы отказали голландской компании в возврате части уплаченного налога у источника, поскольку считали, что фондовый брокер Великобритании не является бенефициарным собственником дивидендов. Верховный суд Голландии не согласился с позицией налоговых органов, постановил осуществить возмещение налога и признал фондового брокера Великобритании бенефициарным собственником дивидендов, поскольку он действовал не в качестве «добровольного» агента, агента по поручению принципала, а от собственного имени и за свой счет.

Верховный суд Канады в известном деле «Prevost Car» [7], придерживаясь широкого юридического подхода, тоже указывал на то, что бенефициарным собственником дохода получает доход для своего использования и распоряжения («use and enjoyment»). Напомним, что по обстоятельствам данного дела канадская компания выплачивала дивиденды своей дочерней голландской компании, а та в свою очередь перечисляла 80% полученных дивидендов своим акционерам: шведской и английской компаниям. Между последними было заключено акционерное соглашение, по которому голландская

компания должна была распределять не менее 80% своей прибыли. В понимании Верховного суда Канады «лицо, являющееся бенефициарным собственником дивидендов, принимает на себя все атрибуты собственника... Это лицо не несет обязательств по отношению к кому-либо в отношении того, как оно поступает с дивидендным доходом...» [7]. Верховный суд Канады в своем решении по делу «Prevost Car», указав, что промежуточная голландская холдинговая компания, распределившая полученные дивиденды своим акционерам, совершенно закономерно должна удовлетворять критериям бенефициарного собственника дохода, по следующим причинам. По договору инкорпорации голландская холдинговая компания не обязана выплачивать какие-либо дивиденды своим акционерам. Согласно ему совет директоров голландской холдинговой компании обладает правомочием следить за тем, чтобы в акционерном соглашении была достигнута договоренность по резервированию части полученных обществом доходов. Холдинговая компания не являлась участником акционерного соглашения, в связи с чем, ни один из акционеров не мог предъявить против нее иск за несоблюдение дивидендной политики, описанной в акционерном соглашении, согласно которой акционерам должно распределяться не менее 80% полученной прибыли. Холдинговая компания не является бенефициарным собственником дивидендов только в том случае, когда не имеет абсолютно никакого усмотрения относительно использования и применения средств, которые проходят через нее, как через проводника, или она соглашается действовать от имени другого лица в соответствии с инструкциями этого лица без какого-либо права делать что-либо, кроме его указаний [7].

В судебной практике Швейцарии, придерживающейся экономического подхода, также выделяется схожий критерий бенефициарного собственника дохода. В решении от 23.07.2011 г. по делу №A-1246/2011 Федеральный административный Швейцарии определяет бенефициарного собственника дохода как лицо, имеющее широкие полномочия решать, как должен использоваться полученный доход («who has broad discretion to decide how income shall be utilized») [10]. Суть дела заключалась в следующем. В 2007

году датская компания заключала фьючерсные контракты на продажу акций швейцарских компаний через брокеров на швейцарской бирже. Для того, чтобы хеджировать риски по этим сделкам, датская компания приобрела базовые акции по этим сделкам. Когда истек срок по фьючерсным контрактам, датский банк заключал фьючерсные контракты на покупку акций швейцарской компании и продавал акции, служившие в качестве инструмента хеджирования. Дивиденды, полученные в течение периода владения акциями, были обложены налогом у источника в Швейцарии по ставке 35%, и компания подала заявление на полное возмещение этого налога согласно налоговому соглашению между Швейцарией и Данией. Швейцарский налоговый орган сначала возместил налог из бюджета, а затем требовал его возврата, ссылаясь на то, что Датский банк не являлся бенефициарным собственником дивидендов, поскольку ему самому досталась лишь малая их часть. Большая часть была перечислена контрагентам по фьючерсным контрактам – резидентам ЕС и США. Датская компания оспорила это решение в суде, а Швейцарский Федеральный Административный Трибунал поддержал позицию компании. Суд заключил, что, хотя датская компания и имела финансовые обязательства перед контрагентами по фьючерсным контрактам, контракты не предусматривали какого-либо обязательства компании страховать свои позиции приобретением базовых акций. Правда потом Верховный суд Швейцарии отменил решение нижестоящего суда, посчитав, что Банк Дании не является бенефициарным собственником дивидендов, поскольку имел обязательство, вытекающее из фактических обстоятельств, перечислить полученные дивиденды резидентам ЕС и США [11].

Таким образом, добавление слов «самостоятельно», «свободно», «все атрибуты права собственности» к «праву пользоваться и распоряжаться полученным доходом» само по себе не свидетельствует о том, что нужно смотреть не только на юридические, но и фактические права пользования и распоряжения.

Для понимания того, как следует интерпретировать рассматриваемый критерий определения бенефициарного собственника дохода, введенный в ст. 7 НК РФ, целесообразно

обратиться к позиции швейцарского профессора Роберта Данона [26], придерживающегося экономического подхода. По его мнению требование о наличии бенефициарной собственности на доход фокусируется исключительно на атрибутах собственности получателя дохода, объем и совокупность которых («the intensity of the ownership attributes») должны определяться на основе «substance-over-form approach». С позиции Р. Данона при установлении бенефициарного собственника дохода нужно смотреть не на формальные права пользования и распоряжения, а на их фактическое наличие у получателя дохода.

Уяснение того, что понимается под «правом самостоятельно (по своему усмотрению) использовать и распоряжаться доходом» имеет не только теоретическое, сколько практическое значение. В своем недавнем письме от 27.03.2015 г. №03-08-05/16994 Минфин России указал, что при определении бенефициарного собственника дивидендов «должны приниматься во внимание документы (информация), подтверждающие (опровергающие) наличие у получателя дохода права усмотрения в отношении распоряжения и использования полученными дивидендами». Сразу возникает вопрос, какие конкретно документы (информация) к ним относятся? Стоит согласиться с суждением Мачехина В.А. о том, что «Минфин РФ добавляет к оценочным критериям, использованным в НК РФ, понятие усмотрения, которое хотя и используется пару раз в НК РФ, но не имеет ни самостоятельного значения, ни практики применения в налоговых отношениях» [24]. С нашей позиции, вероятнее всего при применении пониженной налоговой ставки (освобождения от налога у источника) по соглашениям на основании п. 1 и п. 4 ст. 312 НК РФ российские налоговые агенты вправе, а налоговые органы должны будут потребовать у непосредственного получателя дохода не только документы, подтверждающие наличие у них формальных прав на использование и распоряжения доходом (выписки из реестра с подтверждением доли участия в российской компании, устава российской и иностранной компаний, договоры с резидентом государства-источника и т.д.), но и какие-то иные документы (информацию), свидетельствующие о наличии у него фактического права усмотрения, в частности соглашения о

трасте (доверии), заключенного номинальным акционером с бенефициарным владельцем компаний, лицензионные договоры и договоры займа третьими лицами. Такая позиция основывается на экономическом подходе к интерпретации концепции бенефициарного собственника дохода, закрепленном в письменных разъяснениях Минфина РФ [12; 14; 15; 16; 17; 18] и положениях ст. 7 и 312 НК РФ. Однако все же вопрос о том, какие конкретно документы (информация) могут подтвердить наличие у иностранного лица именно фактического, а не юридического права усмотрения в отношении использования и распоряжения полученным доходом на текущий момент пока остается открытым.

С позиции автора российские налоговые органы и суды к вопросу определения наличия у иностранного получателя дохода, претендующего на применение к нему налогового соглашения РФ, прав пользования и распоряжения полученным доходом и запросу подтверждающих документов могут подойти чрезмерно широко. Это обусловлено существующей проблемой необоснованного смешения с точки зрения подходов, сложившихся в Комментариях ОЭСР 2014 г. [1] и зарубежной судебной практики, концепции бенефициарного собственника дохода с концепцией бенефициарного владельца компанией в положениях п. 2 ст. 7 НК РФ. Формулировка определения бенефициарного собственника дохода, содержащаяся в п. 2 ст. 7 НК РФ, вместе с применением экономического подхода к интерпретации бенефициарного собственника дохода приведет к тому, что контролирующие органы всегда будут стремиться выявить конечных бенефициаров иностранных компаний и признавать их бенефициарными собственниками дохода, как обладающих самостоятельным правом использования и распоряжения полученным иностранной организацией доходом. С нашей позиции использование такого подхода к определению бенефициарного собственника дохода логически приводят к абсурдным выводам, что иностранные компании-непосредственные получатели дохода в таком случае в принципе никогда не обладают самостоятельным правом пользования и распоряжения полученным доходом, а значит и статусом бенефициарного собственника дохода, поскольку за любой компанией всегда

стоят физические лица - акционеры (учредители, контролирующие лица). И вследствие этого иностранные компании, непосредственно получившие доход от источников РФ, никогда не смогут воспользоваться положениями налоговых соглашений, кроме случаев, когда их акционерами (учредителями и т.п.) являются также физические лица – резиденты договаривающегося государства. Для решения этой практически важной проблемы в ранее опубликованной нами статье мы обосновывали необходимость исключения из нормы п. 2 ст. 7 НК РФ фразы «в силу прямого и (или) косвенного участия в организации, либо контроля над организацией (иностранной структурой без образования юридического лица, либо иных обстоятельств» [19].

Рассмотрим как критерий определения бенефициарного собственника дохода – наличие «самостоятельного права и распоряжения доходом, полученным организацией (иностранной структурой без образования юридического лица)» из источников в РФ соотносится с подходом ОЭСР. С нашей позиции Комментарии ОЭСР необходимо рассматривать как дополнительное средство толкования концепции бенефициарного собственника дохода по ст. 32 Венской конвенции о праве международных договоров, закрепляющее обычное международное налоговое значение данной концепции [4; 5; 14; 21; 22; 23; 25].

Итак, ранее в Дискуссионном проекте ОЭСР 2011 г. об уточнении значения понятия бенефициарного собственника дохода в МК ОЭСР [2] предусматривалось, что бенефициарный собственник дохода должен «иметь полное право пользоваться и распоряжаться доходом» («have the full right to use and enjoy the income»). Однако в Дискуссионном проекте 2012 г., посвященного пересмотру значения бенефициарного собственника дохода [3], из указанной формулировки было исключено слово «полное». Большинство комментаторов МК ОЭСР пришли к выводу, что такая формулировка критерия является слишком широкой и может непредвиденным образом отразиться на таких правомерных ситуациях, как: использование полученного дохода на оплату кредиторам; деятельность банков, иных финансовых учреждений; использование холдинговых компаний; распределение доходов паевыми фондами; выплата дивидендов дочерней компанией

материнской; выплата процентов, дивидендов по ценным бумагам, конвертируемым облигациям; трастовые отношения, распределение дохода совместного предприятия; хеджирование в сфере финансовых услуг; различные финансовые инструменты.

В результате этого, в пар. пар. 12.4., 10.2., 4.3. Комментариев к ст. 10, 11 и 12 МК ОЭСР 2014 г. соответственно была закреплена совершенно иная формулировка: наличие у бенефициарного собственника дохода права использования и распоряжения полученным доходом, не ограниченное договорным, юридическим или следующим из фактических обстоятельств дела обязательством перечислить полученный доход другому лицу.

С нашей позиции формулировка рассматриваемого критерия, закреплённая в Комментариях ОЭСР, наиболее удачна и должна быть имплементирована в п. 2 ст. 7 НК РФ вместо существующего положения по следующим причинам:

- во-первых, она исключает неправомерную расширенную экономическую интерпретацию концепции бенефициарного собственника дохода, сведение ее к концепции бенефициарных владельцев компаний;
- во-вторых, больше вписывается в российское право, чем положение, закреплённое в п. 2 ст. 7 НК РФ, так как не предусматривает двойкой трактовки права пользования и распоряжения полученным доходом. Из нее прямо следует, что имеются ввиду юридические права пользования и распоряжения, возникшие у непосредственного получателя дохода на правовых основаниях, и соответственно при необходимости их документального подтверждения не возникло бы трудностей. С этого аспекта можно считать, что подход ОЭСР к концепции бенефициарного собственника дохода стал более формализованным, однако это не совсем так. Такой формулировкой ОЭСР сместила акцент в проведении экономического анализа при интерпретации концепции бенефициарного собственника дохода в сторону определения наличия или отсутствия у иностранного получателя дохода, претендующего на получение налоговых преимуществ по соглашению, обязанности перечислить полученный доход другому

лицу. Автор считает такой подход правильным, поскольку само по себе наличие или отсутствие права пользования и распоряжения полученным доходом не несет никакой смысловой нагрузки, не вносит ясность в понимание концепции бенефициарного собственника дохода. Это наоборот размывает данное понятие и создает плюрализм мнений по поводу того, что стоит понимать «под правами пользования и распоряжения полученным доходом». С позиции автора именно отсутствие обязанности перечислить полученный доход другому лицу у иностранного получателя дохода является главенствующим и первостепенным критерием при проведении экономического теста для целей установления бенефициарного собственника дохода. Именно через него нужно выводить определение бенефициарного собственника дохода в п. 2 ст. 7 НК РФ.

Также стоит отметить, что ранее в п. 3 ст. 312 НК РФ (до внесения поправок в НК РФ ФЗ от 15.02.2016 г. №32-ФЗ) предусматривалось специальное определение бенефициарного собственника дохода, закрепленное в п. 3 ст. 312 НК РФ в отношении организаций. Так, в п. 3 ст. 312 НК РФ было закреплено, что под бенефициарным собственником дохода понимается «непосредственный выгодоприобретатель дохода, то есть лицо, которое фактически получает выгоду от выплачиваемого дохода и определяет его дальнейшую экономическую судьбу». Данный подход не являлся новым, к такому толкованию концепции бенефициарного собственника дохода уже на протяжении многих лет, начиная с 2006 г., прибегает Минфин России в своих письменных разъяснениях. Российские арбитражные суды также поддерживают такой подход. Например, Девятнадцатый арбитражный апелляционный суд в своем постановлении от 05.06.2015 г. по делу №А14-13723/2013, со ссылкой на письма Минфина РФ от 09.04.2014 г. №03-00-РЗ/1236 и от 19.05.2014 г. №03-08-13/23614 определил бенефициарного собственника дивидендов как «лицо, фактически получающее данные суммы и определяющее их экономическую судьбу». Важно отметить, что с позиции Минфина РФ такое определение бенефициарного собственника дохода следует из международной практики при-

менения налоговых соглашений. Кроме того, в своем недавно выпущенном письме от 19.05.2014 г. №03-08-13/23614 Минфин РФ заявил, что и «в Комментариях ОЭСР бенефициарный собственник дохода интерпретируется как лицо, де-юре и де-факто определяющее «экономическую судьбу» какой-либо собственности или включающее доход от нее в свою налоговую базу».

Что касается первого критерия, вытекавшего из данного определения бенефициарного собственника дохода, а именно «фактическое получение выгоды от выплачиваемого дохода», то он действительно встречается в Комментариях ОЭСР и поддерживается судебной практикой Англии и Канады. Так, в пар. 12.3., пар. 10.1., пар. 4.2. Комментариев к ст. 10, 11, 12 МК ОЭСР 2014 г., посвященных интерпретированию концепции бенефициарного собственника дохода содержится понятие «лица, который фактически получает выгоду от выплаченного дохода» («person, who in fact receives the benefit of the income concerned»). Для целей интерпретации и правовой оценки данного критерия рассмотрим постановление Английского апелляционного суда по делу «Indofood» [9], в котором бенефициарный собственник дохода определяется как лицо, которое должно иметь «полные привилегии получать прямую выгоду от дохода» («full privilege to directly benefit from the income»).

В данном деле суду нужно было решить вопрос по предложенной английским банком схеме заемного финансирования путем выдачи займов и выпуска облигаций. Вопрос заключался в следующем: будет ли голландская компания, помещенная в существующую структуру заемного финансирования между индонезийской компанией-заемщиком (поручителем по облигациям) и маврикийской компанией-эмитентом облигаций для широкого круга инвесторов, признаваться бенефициарным собственником дохода для целей применения налоговых льгот по налоговому соглашению между Индонезией и Голландией. В существующей юридической структуре заемного финансирования индонезийская компания – поручитель была обязана заплатить проценты маврикийской компании-эмитенту по заключенному между ними договору займа за два рабочих дня до истечения срока выплаты процентов по выпущенным облигациям. Эмитент в свою

очередь обязан был перевести причитающиеся держателям облигаций проценты на счет Банка - основного платежного агента по облигациям за день до выплаты процентов по ним, которые Банк должен был уплатить держателям облигаций в последний день.

При анализе указанной ситуации суд заявил, что такая схема уплаты процентов исключает возможность получения эмитентом денежных средств для перевода процентов банку из другого источника, нежели получение процентов по займу от индонезийской материнской компании, для включения новой голландской компании в цепочку заимствований потребовалось бы изменять договоры займа в части увеличения сроков уплаты процентов [9]. В результате этого, английский суд пришел к выводу, что правовая, коммерческая и практическая структура выпуска облигаций (как предложенная Банком, так и существующая) не согласуется с концепцией бенефициарного собственника дохода. Английский апелляционный суд указал, что «с практической точки зрения невозможно представить себе ни при каких обстоятельствах, в которых либо Эмитент, либо новая голландская компания могли бы извлечь какую-либо «прямую выгоду» от процентов, уплаченных материнской компанией-гарантом за исключением финансирования выполнения обязательства перед Банком – основным платежным агентом по облигациям. В текущем положении эмитент и голландская компания приравниваются к «администратору дохода» [9].

На основании рассмотренного постановления английского суда по делу «Indofood» можно сделать следующие выводы, что иностранный получатель дохода фактически получает выгоду от дохода как раз тогда, когда его право пользования и распоряжения не ограничено договорным, юридическим или следующим из фактических обстоятельств дела обязательством перечислить полученный доход другому лицу. Исходя из этого, с позиции автора, закрепленный в п. 3 ст. 312 НК РФ критерий «фактическое получение выгод от выплачиваемого дохода» по смысловой нагрузке мало чем отличается от этого критерия.

В отношении второго критерия установления бенефициарного собственника дохода, который часто упоминается в письменных разъяс-

нениях Минфина РФ и ранее был закреплен в ст. 312 НК РФ, - «определение лицом его дальнейшей экономической судьбы» Минфин России заявляет в своих письмах, что такой критерий является имплементацией подхода, закрепленного в Комментариях ОЭСР и поддерживаемого зарубежной судебной практикой [13]. Однако проведенный анализ показывает обратное. Комментарии ОЭСР различных редакций, Отчеты ОЭСР о пересмотре концепции не содержат такую формулировку определения бенефициарного собственника дохода, как «лица, определяющего экономическую судьбу дохода». Таким образом, не ясно, на основании каких источников Минфин РФ делает вышеуказанные выводы.

Российский специалист Б.Я. Брук также высказывал свои возражения по поводу конструкции «экономической судьбы дохода» и заявлял, что «несмотря на неоднократные поиски, не удалось найти труд хотя бы одного экономиста, который бы определял и обосновывал это понятие» [20]. По нашему мнению следует согласиться с его позицией о том, что конструкция «экономическая судьба дохода» «не только лишена сколько-нибудь формальной определенности, но и порождает массу вопросов». В действительности формулировка «определение экономической судьбы доход» носит оценочный характер, на основании нее трудно решить, является ли иностранное лицо бенефициарным собственником дохода, и сложно определить, «чем экономическая судьба отличается от юридической (правовой) судьбы» [20]. В связи с этим, считаем, что такой критерий как «определение им экономической судьбы дохода» в принципе не применим для целей установления бенефициарного собственника дохода.

Подводя итог сказанному, отмечаем, что сущность концепции бенефициарного собственника дохода заключается в том, что она призвана определить объем прав (полномочий) иностранного лица по отношению к доходу, полученному из источников в РФ, и отсутствие или наличие у него ограничивающих такие права обязательств по передаче полученного дохода иному лицу, которое при прямом получении дохода не могло бы воспользоваться налоговым соглашением РФ. С учетом этого мы предлагаем следующее определение бенефициарного собственника дохода



для целей применения налоговых соглашений Российской Федерации:

«Иностранное лицо-резидент договаривающегося государства по налоговому соглашению РФ, претендующее на применение к нему пониженной налоговой ставки и (или) на освобождение от налогообложения в России по заключенному ей налоговому соглашению в отношении полученного им дохода (дивидендов, процентов, роялти, доходов от отчуждения имущества, других доходов, не поименованных в налоговом соглашении РФ) из источников в Российской Федерации, должно признаваться бенефициарным собственником дохода, если его (юридическое) право пользования и распоряжения полученным доходом не ограничено законным, договорным или вытекающим из фактических обстоятельств дела обязательством, связанным с получением дохода, передать полученный доход (полностью или в части), иному лицу, которое при прямом получении такого дохода не имело бы права на применение к

нему пониженной налоговой ставки по налогу у источника или освобождения от налогообложения в государстве-источнике по применяемому налоговому соглашению РФ.

Определение бенефициарного собственника дохода для целей применения налоговых соглашений РФ не должно сводиться к установлению бенефициарного владельца (конечного бенефициара) иностранной компании (иностранной структуры без образования юридического лица), который прямо и (или) косвенно участвует в ней, либо контролирует ее в силу иных обстоятельств».

Данным определением предлагаем заменить существующее определение п. 2 ст. 7 Налогового Кодекса РФ и включить ее в ст. 3 Типового налогового соглашения, утвержденного постановлением Правительства РФ от 24.02.2010 г. №84 «О заключении межгосударственных соглашений об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и имущество».

### Библиография

1. Update to the OECD Model Tax Convention, [Электронный ресурс], - 2014 г. – Режим доступа: <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-update-model-tax-convention.pdf>.
2. Clarification of the meaning of «Beneficial owner» in the OECD Model Tax Convention: Discussion Draft, 29 April 2011 to 15 July 2011 [Электронный ресурс],-2011 г. – Режим доступа: <http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf>.
3. OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the meaning of “Beneficial Owner” in articles 10, 11 and 12, 19 October 2012 to 15 December 2012 [Электронный ресурс],-2012 г.,-Режим доступа: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>.
4. Постановление Президиума ВАС РФ №8654/11 от 15.11.2011 (A27-7455/2010; 07АП-8831/10; A27-7455/2010).
5. Постановление Девятого Арбитражного апелляционного суда от 26.01.2015 г. по делу №А40-100177/13.
6. Постановление Девятого Арбитражного апелляционного суда от 05.06.2015 г. по делу №А14-13723/2013.
7. Canada’s Tax court’s decision of April 22, 2008, *Prévost Car Inc. v., The Queen*, case №2008 T.C.C. 231 (CanLII),-[Электронный ресурс],-2008,-Режим доступа: [http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008tcc231/2008tcc\\_231.html](http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008tcc231/2008tcc_231.html).
8. Dutch Supreme Court (Hoge Raad)’s decision of April 6, 1994, №. 28.638/BNB 1994/217.
9. England and Wales Court of Appeal (Civil Division)’s Decision of March 2, 2006, *Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch* [2006] EWCA Civ 158, №А3/2005/2497, //- [Электронный ресурс],-Режим доступа: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html&query=indofood&method=boolean>.
10. Swiss Federal Administrative Tribunal decision of July 23, 2012, case №А-1246/2011,-[Электронный ресурс],-Режим доступа: <http://www.bvger.ch/publiws/pub/cache.jsf>.

11. Swiss Federal Supreme Court, Judgment of 05.05.2015, 2nd Administrative Law Division, Case 2c\_263/2012, Inofficial translation, Walter Wyss Ltd.
12. Письмо Министерства Финансов Российской Федерации от 27.03.2015 г. №03-08-05/16994.
13. Письмо Министерства Финансов Российской Федерации от 19.05.2014 г. №03-08-13/23614.
14. Письмо Министерства Финансов Российской Федерации от 09.04.2014 г. №03-00-Р3/16236.
15. Письмо Министерства Финансов Российской Федерации от 26.09.2012 г. №03-08-05.
16. Письмо Министерства Финансов Российской Федерации от 30.12.2011 г. №03-08-13/1.
17. Письмо Министерства Финансов Российской Федерации от 15.10.2007 г. №03-08-05.
18. Письмо Министерства Финансов Российской Федерации от 21.04.2006 г. №03-08-02.
19. Балакина З.В. Правовые проблемы интерпретации концепции бенефициарного собственника дохода в российском налоговом законодательстве // Российский юридический журнал. 2015. №6 (105). С. 87.
20. Брук Б.Я. Перспективы кодификации концепции бенефициарного собственника в российском налоговом законодательстве, 08.01.2015 г.
21. Брук Б.Я. Кодификация концепции бенефициарного собственника в российском налоговом законодательстве: постановка проблемы // Закон. 2013. №4. С. 54-62.
22. Демин А.В. Относительно-определенные средства в системе налогово-правового регулирования: тенденции и перспективы // Финансовое право. 2012. №1. С. 6-9.
23. Мачехин В.А. Проблемы применения и толкования налоговых договоров РФ в целях налогового планирования // Юрист. 2011. №7. С. 17-25.
24. Мачехин В.А. Фактическое право на доход: российские фискальные органы развивают концепцию, 15.07.2016, <http://отрасли-права.рф/article/19317>;
25. Хаванова И. Проценты и дивиденды: конфликт квалификаций при налогообложении // Налоговый вестник. 2013. №6. С. 45-51; №7. С. 39-46; №8. С. 53-61.
26. Danon R. Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft, 2011 [Электронный ресурс]. 2011 г. - Режим доступа: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/48415237.pdf>;
27. Lang Michael, Pistone Pasquale, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer, Alfred Storck, The OECD-Model-Convention and its Update 2014, Linde, IBFD, 2015, p. 46-47; 27.
28. Verdoner Louan, Offermanns René, Huibregtse Steef, A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership – Part 1, European Taxation, september 2010, pp. 419-429, [Электронный ресурс]. – 2010 г. – Режим доступа: [http://www.tpa-global.com/files/StreamFile33251/2010\\_x-country\\_perspective\\_bo.pdf](http://www.tpa-global.com/files/StreamFile33251/2010_x-country_perspective_bo.pdf).
29. Weeghel van S. The Improper Use of Tax Treaties: with Particular Referance to the Netherlands and the United States, Series on International Taxation, Kluwer Law International, 1998,-[Электронный ресурс]. – 1998 г. – Режим доступа: [http://books.google.ru/books?id=2BTfZURbHlLkC&pg=PA3&hl=ru&source=gbs\\_toc\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](http://books.google.ru/books?id=2BTfZURbHlLkC&pg=PA3&hl=ru&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false).

### References (transliterated)

1. Update to the OECD Model Tax Convention, [Elektronnyi resurs], - 2014 g. – Rezhim dostupa: <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-update-model-tax-convention.pdf>.
2. Clarification of the meaning of «Beneficial owner» in the OECD Model Tax Convention: Discussion Draft, 29 April 2011 to 15 July 2011 [Elektronnyi resurs],-2011 g. – Rezhim dostupa: <http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf>.
3. OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the meaning of "Beneficial Owner" in articles 10, 11 and 12, 19 October 2012 to 15 December 2012 [Elektronnyi resurs],-2012 g.,-Rezhim dostupa: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>.
4. Postanovlenie Prezidiuma VAS RF №8654/11 ot 15.11.2011 (A27-7455/2010; 07AP-8831/10; A27-7455/2010).
5. Postanovlenie Devyatogo Arbitrazhnogo apellyatsionnogo suda ot 26.01.2015 g. po delu №A40-100177/13.

6. Postanovlenie Devyatogo Arbitrazhnogo apellyatsionnogo suda ot 05.06.2015 g. po delu №A14-13723/2013.
7. Canada's Tax court's decision of April 22, 2008, *Prévost Car Inc. v., The Queen*, case №2008 T.C.C. 231 (CanLII),-[Elektronnyi resurs],-2008,-Rezhim dostupa: [http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008tcc231/2008tcc\\_231.html](http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008tcc231/2008tcc_231.html).
8. Dutch Supreme Court (Hoge Raad)'s decision of April 6, 1994, №. 28.638/BNB 1994/217.
9. England and Wales Court of Appeal (Civil Division)'s Decision of March 2, 2006, *Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch* [2006] EWCA Civ 158, №A3/2005/2497, //-[Elektronnyi resurs],-Rezhim dostupa: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html&query=indofood&method=boolean>.
10. Swiss Federal Administrative Tribunal decision of July 23, 2012, case №A-1246/2011,-[Elektronnyi resurs],-Rezhim dostupa: <http://www.bvger.ch/publiws/pub/cache.jsf>.
11. Swiss Federal Supreme Court, Judgment of 05.05.2015, 2nd Administrative Law Division, Case 2c\_263/2012, Inofficial translation, *Walter Wyss Ltd*.
12. Pis'mo Ministerstva Finansov Rossiiskoi Federatsii ot 27.03.2015 g. №03-08-05/16994.
13. Pis'mo Ministerstva Finansov Rossiiskoi Federatsii ot 19.05.2014 g. №03-08-13/23614.
14. Pis'mo Ministerstva Finansov Rossiiskoi Federatsii ot 09.04.2014 g. №03-00-R3/16236.
15. Pis'mo Ministerstva Finansov Rossiiskoi Federatsii ot 26.09.2012 g. №03-08-05.
16. Pis'mo Ministerstva Finansov Rossiiskoi Federatsii ot 30.12.2011 g. №03-08-13/1.
17. Pis'mo Ministerstva Finansov Rossiiskoi Federatsii ot 15.10.2007 g. №03-08-05.
18. Pis'mo Ministerstva Finansov Rossiiskoi Federatsii ot 21.04.2006 g. №03-08-02.
19. Balakina Z.V. *Pravovye problemy interpretatsii kontseptsii benefitsiarnogo sobstvennika dokhoda v rossiiskom nalogovom zakonodatel'stve* // Rossiiskii yuridicheskii zhurnal. 2015. №6 (105). S. 87.
20. Bruk B.Ya. *Perspektivy kodifikatsii kontseptsii benefitsiarnogo sobstvennika v rossiiskom nalogovom zakonodatel'stve*, 08.01.2015 g.
21. Bruk B.Ya. *Kodifikatsiya kontseptsii benefitsiarnogo sobstvennika v rossiiskom nalogovom zakonodatel'stve: postanovka problemy* // *Zakon*. 2013. №4. S. 54-62.
22. Demin A.V. *Otnositel'no-opredelennye sredstva v sisteme nalogovo-pravovogo regulirovaniya: tendentsii i perspektivy* // *Finansovoe pravo*. 2012. №1. S. 6-9.
23. Machekhin V.A. *Problemy primeneniya i tolkovaniya nalogovykh dogovorov RF v tselyakh nalogovogo planirovaniya* // *Yurist*. 2011. №7. S. 17-25.
24. Machekhin V.A. *Fakticheskoe pravo na dokhod: rossiiskie fiskal'nye organy razvivayut kontseptsiyu*, 15.07.2016, <http://otrasli-prava.rf/article/19317>;
25. Khavanova I. *Protsenty i dividendy: konflikt kvalifikatsii pri nalogooblozhenii* // *Nalogovyi vestnik*. 2013. №6. S. 45-51; №7. S. 39-46; №8. S. 53-61.
26. Danon R. *Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft, 2011* [Elektronnyi resurs]. 2011 g. - Rezhim dostupa: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/48415237.pdf>;
27. Lang Michael, Pistone Pasquale, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer, Alfred Storck, *The OECD-Model-Convention and its Update 2014*, Linde, IBFD, 2015, p. 46-47; 27.
28. Verdoner Louan, Offermanns René, Huijbregtse Steef, *A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership – Part 1, European Taxation*, september 2010, pp. 419-429, [Elektronnyi resurs]. – 2010 g. – Rezhim dostupa: [http://www.tpa-global.com/files/StreamFile33251/2010\\_x-country\\_perspective\\_bo.pdf](http://www.tpa-global.com/files/StreamFile33251/2010_x-country_perspective_bo.pdf).
29. Weeghel van S. *The Improper Use of Tax Treaties: with Particular Referance to the Netherlands and the United States*, Series on International Taxation, Kluwer Law International, 1998,-[Elektronnyi resurs]. – 1998 g. – Rezhim dostupa: [http://books.google.ru/books?id=2BTfZURbHLkC&pg=PA3&hl=ru&source=gbs\\_toc\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](http://books.google.ru/books?id=2BTfZURbHLkC&pg=PA3&hl=ru&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false).