

10. *Замовець В. В.* Фінансове посередництво : навч. посіб. / В. В. Замовець, С. П. Зубик. – К. : КНЕУ, 2004. – 228 с.
11. *Пацурія Н. Б.* Страхове право України : навч посіб. / Н. Б. Пацурія. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 176 с.
12. Правове регулювання страхування та роздрібних фінансових послуг в Європейському Союзі та в Україні: порівняльно-правовий аналіз. – К. : Центр учбової літератури, 2007. – 196 с.
13. Страхове законодавство в Європейському союзі // http://dfp.gov.ua/files/i№s_eu.pdf
14. Страхове посередництво: теорія та практика : навч. посібник за ред. О. М. Залетова. – Київ, 2004.
15. Фінансова енциклопедія / О. П. Орлюк. Л. К. Воронова, І. Б. Заверуха та ін. // за заг. ред. О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 430.
16. Финансовое право : учеб. / отв. ред. Е. Ю. Грачева, Г. П. Толстопятенко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ТК Велби, изд-во Проспект, 2007. – 528 с.
17. Фінансове право. Академічний курс : підручник / О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 808 с. – Бібліогр. в кінці модулів.

Устинова И. П. *Правовое регулирование государственного управления рынком финансовых (страховых) услуг.*

В статье рассматриваются основные вопросы, связанные с государственным регулированием рынка страховых услуг. Рассмотрены основные наиболее важные методы регулирования лицензирование и налогообложение страховых услуг. Проведен анализ действующего законодательства в эффективности осуществления контроля за страховым рынком Украины.

Ключевые слова: государственное управление, налогообложение страховых услуг, лицензирование страховых услуг, Государственная комиссия по регулированию рынка финансовых услуг Украины.

Ustinova I. P. *The legal adjusting of state management the market of financial (insurance) services.*

Basic questions, related to government control of market of insurance services, are examined in the article. Considered the basic most essential methods of adjusting licensing and taxation of insurance services. The analysis of current legislation is conducted in to efficiency realizations of control after the insurance market of Ukraine.

Keywords: state administration, taxlevying of insurance services, licensing of insurance services, state commission on adjusting of market of financial services of Ukraine.

Шапошнікова Н. О.
Інститут законодавства
Верховної Ради України

РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ФАКТИЧНОГО ВЛАСНИКА ДОХОДУ В ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті Н. О. Шапошнікової досліджено витоки і зміст поняття фактичного права на отриманий дохід, розкрито значення інституту фактичного власника доходу в контексті оподаткування пасивних доходів нерезидентів та розробки заходів із протидії ухиленню від оподаткування несумлінними платниками податку, запропоновано внести правові положення щодо інституту фактичного власника доходу до проекту Податкового кодексу України

Ключові слова: фактичне право на отримання доходу, фактичний власник доходу, пасивний дохід, дивіденди, проценти, роялті, конвенції про уникнення подвійного оподаткування

Постановка проблеми. Розвиток інституту фактичного власника доходу в українському податковому праві є надзвичайно актуальним. Сферою його правозастосування є оподаткування пасивних доходів нерезидентів. Положення щодо фактичного власника доходу містяться у більшості конвенцій про уникнення подвійного оподаткування, укладених Україною з іншими державами. Ці двосторонні міжнародні договори не встановлюють ані критерії визначення фактичного власника доходу, ані механізми його дії, оскільки на даному етапі розвитку міжнародне податкове право передбачає делегування цих питань внутрішньому законодавству кожної країни. Українські податкові закони навіть на понятійному рівні не використовують цей правовий інститут, і тому у якості механізму, що обмежує доступ до конвенційних пільг несумлінним суб'єктам оподаткування, він не діє. Це дозволяє безпідставно зменшувати податкову ставку або взагалі уникати від оподаткування значній кількості нерезидентів.

Вітчизняні дослідники досі не приділяли уваги зазначеній проблематиці. Натомість в зарубіжній, насамперед європейській літературі, інститут фактичного права на дохід є активно досліджуваною темою. Найбільший внесок у його розробку зробили Клаус Фогель [1], Стеф Ван Вегель [2] та Шарль П. де Туа [3]. На актуальність даного питання в контексті розвитку російського податкового права звернули увагу російські дослідники С. О. Баєв [4], В. Мачехін та С. Аракелов [5]. В українській науці податкового права дана стаття є першою спробою окреслити і запропонувати шляхи вирішення цієї правової прогалини.

Метою статті є з'ясування сутності та історії виникнення інституту фактичного права на дохід, дослідження основних засад його функціонування, внесення пропозицій щодо його використання у внутрішньому податковому законодавстві.

Передумови розвитку інституту фактичного власника доходу в українському податковому праві. Загальний порядок оподаткування пасивних доходів нерезидентів, одержаних з території України у вигляді дивідендів, процентів, або роялті, встановлено законами “Про оподаткування прибутку підприємств” (ст. 13) та “Про податок з доходів фізичних осіб” (ст. 9). Ці закони дозволяють юридичній або фізичній особі-нерезиденту зменшити податкову ставку на такий дохід, якщо між країною, резидентський статус якої вона має, й Україною укладено конвенцію про уникнення подвійного оподаткування. Як зазначалося, ці закони не містять положень щодо фактичного власника доходу. В конвенціях цей правовий інститут закріплено у статтях щодо особливостей зменшення податкової ставки на дивіденди, проценти та роялті (зазвичай, це статті 10-12). Визнання особи фактичним власником доходу є безпосередньою умовою зменшення податкової ставки. Наприклад, у п. 10.2 ст. 10 “Конвенції між Україною і Королівством Нідерландів...” вказано: “якщо одержувач є фактичним власником дивідендів, податок що стягується не повинен перевищувати...” [6]. У п. 11.2 ст. 11 цієї конвенції зазначене формулювання: “якщо одержувач фактично має право на проценти, податок що стягується не повинен перевищувати...”. У п. 12.2 ст. 12 щодо особливостей зменшення податкової ставки на дохід у вигляді роялті використане формулювання, аналогічне п. 11.2. ст. 11 За конвенцією між Україною і Нідерландами особа має право на наступне зменшення податкової ставки при оподаткуванні пасивних доходів. Для дивідендів – до 0% за умови володіння нерезидентом принаймні 50% капіталу української компанії, якщо при цьому інвестиція дорівнює щонайменше 300000 дол. США, або якщо інвестицію гарантовано урядом відповідної країни; до 4% – за умови володіння 20% капіталу української компанії, 15% – у всіх інших випадках. Для процентів податкова ставка знижується до 2%, якщо проценти сплачуються у

зв'язку з продажем у кредит обладнання, виробів чи послуг, або за кредитами, наданими банками; до 10% – у всіх інших випадках. Для роялті до 10%, а для окремих видів роялті – до 0%. Як бачимо, конвенція може надавати суттєві податкові знижки, а в деяких випадках звільняти від оподаткування зазначені пасивні доходи нерезидентів. Отже, використання інституту фактичного власника доходу є важливим з точки зору усунення від пільгового оподаткування тих осіб, які хоча й можуть бути визнаними резидентами певної країни за формальними ознаками, але є лише посередниками інших осіб. Оскільки конвенції лише містять застереження щодо фактичного власника доходу, але не встановлюють критерії його визначення та механізмів його дії українському податковому праву важливо виробити власне наповнення змістом цього правового інституту.

Ще один аспект, який привертає увагу при вивченні тестів конвенцій про уникнення подвійного оподаткування, укладених Україною, – це мовний аспект. Більшість конвенцій містять вказівку, аналогічну тій, що міститься у статті 25 згаданої конвенції між Україною і Нідерландами. Вона має наступний зміст: “укладено ... українською, нідерландською та англійською мовами... У разі розбіжностей в інтерпретації між нідерландським та українським текстами, перевага надається англійському тексту”. В англійському тексті цієї конвенції термін фактичний власник із п. 10.2 ст. 10 перекладається як *beneficial owner*. Статті 11 (п. 11.2) та 12 (п. 12.2) англійського тексту також використовують саме цей термін. Натомість в українському тексті статті 11 (п. 11.2) *beneficial owner* перекладено не як фактичний власник проценту, а як “одержувач [що] фактично має право на проценти”, а в статті 12.2 відповідно як “одержувач [що] фактично має право на роялті”, хоча юридичні конструкції усіх трьох статей як українського, так і англійського тексту є ідентичними. Як бачимо, навіть в межах однієї конвенції український текст ускладнює праворозуміння її змісту. Це створює додаткові складнощі при правозастосуванні його положень. Причому наведений приклад не є поодиноким випадком не уніфікованого перекладу *beneficial ownership* в українському тексті. Частина конвенцій перекладають його як фактичний власник, інша частина – як “одержувач [що] фактично має право на [дохід]”. Цікаво, що схожа ситуація із неточністю перекладу має місце і у конвенціях про уникнення подвійного оподаткування, укладених Росією. Характеризуючи дане явище, В. Мачехін та С. Аракелов називають його недбальством [5]. Очевидно, українському законодавцю слід шукати шляхи до єдиної термінології. На першому етапі необхідно, принаймні, вказати на єдине праворозуміння всіх формулювань, які в англійському тексті конвенції перекладено як *beneficial owner*. На наш погляд, це можна зробити шляхом прийняття узагальнення ВСУ стосовно практики розгляду справ у господарських і адміністративних судах різних інстанцій щодо оподаткування пасивних доходів нерезидентів із джерелом їх походження з України, а також видання відповідного податкового роз'яснення ДПА.

Судова практика України з питань застосування конвенцій про уникнення подвійного оподаткування не допомагає зрозуміти, що таке фактичне право на отримання доходу. У спорах між податковим органом та організацією, яка виступає в ролі податкового агента і утримує дохід нерезидента з території України, суди, як правило, перевіряють лише законність вимог ДПА щодо необхідності надання довідки про резиденство. Порівнюючи міжнародний договір і підзаконний нормативний акт, суд обґрунтовано приходять до висновку про пріоритет першого і про відсутність права податкових органів на самостійне встановлення обов'язків, не передбачених законом.

Застереження про фактичне право на отримання доходу не враховується. Характерним прикладом є Постанова ВСУ від 21.09.2004 у справі №020700-04 [7].

Історія становлення інституту фактичного власника доходу у податковому праві. Інститут фактичного власника доходу виник у трастовому законодавстві Великобританії. До міжнародного податкового права цей інститут був внесений і адаптований Організацією економічного і соціального розвитку (далі – ОЕСР), яка у 1977 р. включила поняття фактичного власника доходу до тексту своєї Модельної конвенції з податків на доходи і капітал (оновлена версія від 2008 р. має назву Модельна податкова конвенція). В офіційному Коментарі до цього модельного акту визначення фактичного права на доходи не дається. Сказано лише, що “звільнення від податку в країні джерела його походження не відбувається, якщо посередник, наприклад, агент або одержувач доходу за дорученням, стає між фактичним власником і платником, за винятком, якщо фактичний власник є резидентом іншої Договірної держави” [8].

У доповіді Комітету ОЕСР з податкових питань на тему “Конвенції подвійного оподаткування та користування підставними компаніями” зазначено, що положення про фактичного власника можуть застосовуватися і в інших випадках, зокрема, як засіб проти зловживання конвенціями про уникнення подвійного оподаткування, коли одержувач доходу формально є власником доходу, але насправді є лише адміністратором, що діє в інтересах зацікавлених осіб, які, як правило, є акціонерами підставної компанії. Разом з тим, на практиці країні джерела доходу складно довести, що одержувач доходу не є його фактичним власником через брак інформації про реальні стосунки між акціонерами та підставною компанією [9]. У цілому ОЕСР, даючи деякі рекомендації з формулювань положень конвенцій про уникнення подвійного оподаткування, залишає це питання на розсуд країн – учасниць конкретних конвенцій. У Великобританії, в праві якої і з’явилося поняття фактичного права власності на доходи (*beneficial ownership*), не існує його спеціального тлумачення при застосуванні у податкових правовідносинах. З цією метою використовується розуміння цього терміна в приватному праві [5]. Однак це не означає, що приналежність країни до системи загального права визначає відсутність спеціального розуміння фактичного права власності на доходи. Наприклад, у США фактичного власника доходу з метою застосування положень конвенцій про уникнення подвійного оподаткування визначено більш широко. Це особа, яка в кінцевому підсумку контролює дохід, крім осіб, які не мають економічної зацікавленості в ризиках і дооцінки майна [3]. Більша частина європейських країн наслідує підходи Модельної податкової конвенції ОЕСР і не визнає агентів і керуючих трастом фактичними власниками доходу за винятком випадків, коли такі особи сплачують податок на доходи з одержуваних коштів у країні резидентства.

Якщо особа не відносить одержуваний дохід до свого доходу, то, як правило, проблеми подвійного оподаткування та необхідності застосування положень конвенцій не виникає. Спірні ситуації постають у тому разі, коли одержувач доходу не підпадає під визначення агента, номінального отримувача, не є керуючим трастом, але у тій чи іншій економічній формі передає дохід або його значну частину третім особам. При цьому правовий аспект такої передачі може мати найрізноманітнішу форму. Наприклад, це може бути роялті, випуск власних цінних паперів, прибутковість по яких збігається з доходами, одержуваними емітентом тощо. У таких випадках підходи внутрішнього податкового законодавства різних країн до визнання особи фактичним власником доходу значно відрізняються. Наприклад, у Нідерландах діє положення, згідно якого з кола осіб, що мають право на отримання доходу, виключаються особи, які зобов’язані на підставі договору перерахувати понад 50% свого доходу третій особі, яка і повинна бути визнаною фактичним власником такого доходу [2].

Спроба визначення змісту інституту фактичного власника доходу. Теорія міжнародного податкового права не виробила єдиного підходу до застосування понять фактичний власник доходу та фактичне право на отримання доходу. Один із провідних теоретиків сучасного податкового права Клаус Фогель визначає фактичного власника як особу, що володіє принаймні одним або обома з наступних повноважень. По-перше, вона має право вирішувати, чи повинен капітал або інше майно використовуватися або бути наданим для використання іншими особами. По-друге, вона має повноваження визначати, яким чином отриманий дохід має бути використаний.

У Міжнародному словнику податкових термінів, виданому Міжнародним бюро податкової документації (International Bureau of Fiscal Documentation) наведено два підходи до визначення поняття фактичного власника доходу. По-перше, фактичний власник має контролювати капітал, з якого отримано дохід. По-друге, він має отримувати такий дохід для своєї власної користі, є власником майна, який володіє ним у своїх власних інтересах і не виступає в ролі агента, керуючого трастом або номінального утримувача в інтересах іншої особи. Вимога наявності фактичного права на отримання доходу може бути використана як підстава для відмови в застосуванні пільгового оподаткування згідно конвенції, якщо, наприклад, платежі за використання прав виникають в компанії, яка в будь-якій формі перераховує отримані кошти пов'язаної з нею компанії до третьої держави [10, 39-40].

Розробники Коментаря до Модельної податкової конвенції дійшли консенсусу у тому, що поняття фактичного права власності на доходи має характеризуватися єдністю свого змісту для всіх конвенцій про уникнення подвійного оподаткування. Такої думки дотримується і російський дослідник С. А. Баєв [4]. Разом з тим фахівці не дійшли згоди щодо того, який саме зміст визнати в якості єдиного значення, виділивши три основні варіанти. По-перше, розуміння цього поняття за аналогією із тим, як воно визначено у країнах загального права (насамперед, права Великобританії). По-друге, трактування цього поняття, як такого, що не включає в себе агентів та осіб, що діють за дорученням. Фактично, цей підхід являє собою описану вище позицію Модельної податкової конвенції ОЕСР). По-третє, розуміння фактичного власника доходу у якості особи, яка включає отриманий дохід до свого оподаткованого доходу [8].

На нашу думку, уніфікація інституту фактичного власника доходу можлива лише за умов зближення податкового законодавства і судової практики більшості країн світу, оскільки критерії встановлення змісту цього правового інституту відображають підходи, вироблені внутрішнім законодавством і національною судовою практикою різних країн. В українському податковому праві вбачається доцільним розвивати цей інститут на основі Модельної податкової конвенції ОЕСР, яка є підґрунтям більшості українських конвенцій про уникнення подвійного оподаткування. Подальше його вдосконалення має спиратись на майбутню судову практику з цієї проблематики.

Підсумки. Аналіз розвитку інституту фактичного власника доходу дозволяє констатувати, що переважна більшість держав використовує його в конвенціях про уникнення подвійного оподаткування у якості механізму, що обмежує доступ до конвенційних пільг несумлінним суб'єктам оподаткування, причому критерії кваліфікації одержувача доходу як його фактичного власника є різними.

В Україні, незважаючи на укладення значної кількості конвенцій про уникнення подвійного оподаткування (близько 80), які після ратифікації стали частиною національного законодавства і мають пріоритетну дію по відношенню до внутрішніх податкових законів, інститут фактичного власника доходу не був розвинутий. Його суть і для платників податків, і для податкових органів, і для судових органів поки що залишається неясною. Невизначеність змісту і критеріїв визначення фактичного права

власності на доходи стосовно конвенцій про уникнення подвійного оподаткування не вигідна насамперед самій Україні. Поки така ситуація зберігається, несумлінні особи-нерезиденти мають можливість зменшувати або не платити податки в Україні. Таким чином, запровадження інституту фактичного власника доходу до внутрішнього податкового законодавства відповідає економічним інтересам України.

Отже, пропонуємо:

1. Внести до Проекту Податкового кодексу України наступне положення.

“Фактичним власником доходу з метою застосування пільгової податкової ставки податку згідно з положеннями міжнародного договору до доходів нерезидента у вигляді дивідендів, процентів, або роялті, які мають джерело походження з України, вважається особа, що має право на отримання таких доходів, якщо вона не є агентом, номінальним власником, керуючим трастом, або іншого роду посередником стосовно таких доходів”.

2. Видати Узагальнення Верховного Суду України щодо практики розгляду справ у господарських і адміністративних судах різних інстанцій про єдине тлумачення термінів, які за змістом ідентичні терміну фактичний власник доходу і мають відповідник *beneficial owner* в англійському тексті міжнародних договорів України з питань оподаткування.

Використані джерела:

1. Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. – 1997. – P. 562.
2. Stef Van Weeghel, The Improper Use of the Tax Treaties. 1998. – P. 75.
3. *Charl P. du Toit*. Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties. 1999. – p. 155.
4. *Баев С. А.* Соглашения об избежании двойного налогообложения между Россией и государствами-членами ЕС: сравнительно-правовое исследование. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 90.
5. *Мачехин В., Аракелов С.* Фактическое право на получение дохода в международных налоговых договорах Российской Федерации // Законодательство. – 2001. – № 9. – С. 32.
6. Конвенція між Україною і Королівством Нідерландів про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і майно // Офіційний вісник України від 04.02.2008. – 2008. – № 6. – С. 158. – ст. 172.
7. Про визнання недійсним податкового повідомлення-рішення. ВСУ; Постанова від 21.09.2004 р. № 020700-04 // Закон і Бізнес від 02.04.2005. – 2005. – № 14.
8. Model Tax Convention (Condensed version) – OECD 2008 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.oecd.org>.
9. Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies. OECD. 1997. R(6)-10.
10. International Tax Glossary // IBFD. 2009. P.39 - 40.

Шапошникова Н. А. Развитие института фактического собственника дохода в налоговом праве.

В статье Н. А. Шапошниковой исследованы истоки и смысл понятия фактического права на получение дохода, раскрыто значение института фактического собственника дохода в контексте налогообложения пассивных доходов нерезидентов и разработки мер по противодействию уклонению от налогообложения недобросовестными налогоплательщиками, предложено внести правовые положения относительно института фактического собственника дохода в проект Налогового кодекса Украины.

Ключевые слова: фактическое право на полученный доход, фактический собственник дохода, пассивный доход, дивиденды, проценты, роялти, конвенции об избежании двойного налогообложения.

Shaposhnikova N. O. The development of beneficial owner clause in tax law.

This article investigates the origins and meaning of the notion of beneficial ownership, disclosed in the value of the legal institute of beneficial owner in the context of non-residents taxation of passive income