



РАСКРЫТИЕ БЕНЕФИЦИАРОВ ПО РОССИЙСКОМУ ПРАВУ

На недавнем саммите «Большой восьмерки» Президент России В.В. Путин заявил, что в нашей стране разрабатывается план по борьбе с офшорами, а в Совете Федерации на рассмотрении уже находится законопроект, который имеет необходимый для этого потенциал, а именно позволяет раскрывать конечных бенефициаров. Законопроект № 196666-6, о котором говорил Президент, заметно ужесточает государственную финансовую политику, вводя дополнительные меры контроля за оттоком капиталов за рубеж.

28 июня Федеральный закон № 134-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия незаконным финансовым операциям»^{*} был подписан главой российского государства. Одним из наиболее спорных и резонансных его положений стало введение в законодательство о легализации (отмывании) доходов, полученных преступным путем, понятия «бенефициарный владелец» (дополнительно к уже существовавшему понятию «выгодоприобретатель»), а также механизма идентификации бенефициарных владельцев.

Мы попросили экспертов оценить указанные новеллы. Какие правовые риски они в себе несут?



Андрей Гольцблат,

управляющий партнер
юридической фирмы *Goltsblat BLP*

— С одной стороны, принятые поправки отвечают международным обязательствам России и в целом находятся в русле заявленной политики по уже-стечению контроля за схемами незаконного вывода средств в юрисдикции, не обменивающиеся информацией о финансовых операциях. В самом введении обязанности банков пристальное анализировать своих клиентов на предмет того, кто фактически стоит за корпоративной оболочкой, ничего удивительного нет — это вполне соответствует международным тенденциям. Банковская тайна как таковая действительно уходит в прошлое, а процедуры *Know Your Client (KYC)* приняты во всем мире.

Однако вопрос в другом: кто и как сможет получить доступ к таким сведениям, будет ли это осуществляться без соответствующих процессуальных гарантий, просто по запросу исполнительного органа власти?

^{*} Далее — Закон.

Более того, с правовой точки зрения введение таких размытых и неопределенных терминов, как «бенефициарный владелец» (физическое лицо, прямо или косвенно владеющее более 25% компании или имеющее возможность контролировать действия клиента), — мина замедленного действия. Ведь это не только проблема правоприменения в сфере финансовых операций, но и риск того, что эта терминология будет бездумно использоваться в различных отраслях без учета их специфики, например в соглашениях об избежании двойного налогообложения как аналог *beneficial ownership*.

Одним из запомнившихся примеров такого подхода стала история с евробондами, когда Минфин России попытался обязать эмитентов удерживать 20%-ный российский налог у источника на проценты, решая в каждом конкретном случае, является ли получатель посредником или бенефициарным собственником. В итоге для того, чтобы успокоить индустрию, которая просто технически не в состоянии отслеживать эти нюансы, были приняты специальные налоговые поправки.

Я бы так же осторожно относился к солидарной ответственности бенефициаров и контролирующих лиц. Закон фактически разрушает давно устоявшуюся в мировой практике и России концепцию автономности и независимости юридического лица. Ограничено ответственности больше не существует? Это опасная норма. Хотя и понятная для России. Мы фактически на законодательном уровне сняли корпоративную вуаль, что в других юрисдикциях допускается в исключительных случаях и только по решению суда.

Что касается Закона в целом, то он содержит целый комплекс поправок в различные отрасли права, начиная с гражданского и заканчивая уголовным. Некоторые из этих новаций могут вызывать множество вопросов и осложнить жизнь не только правонарушителям, но и законопослушным компаниям.

Приведет ли Закон нас к деофшоризации, пока не ясно. Как бы не вышло наоборот.

Наталия Чугунова,

сопредседатель комитета
Ассоциации российских банков
по вопросам ПОД/ФТ
и комплаенс-рискам

— Поправки к Федеральному закону от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма», которые обязывают организации, осуществляющие операции с денежными средствами и иным имуществом, в том числе кредитные организации, принимать обоснованные и доступные в сложившихся обстоятельствах меры по выявлению и идентификации бенефициарных собственников клиентов — юридических лиц, вступили в силу с 30 июня этого года.

Новая редакция указанного закона прямо обязывает клиентов представлять такие сведения, однако существуют потенциальные правовые и методологи-

* Далее — Закон о противодействии легализации (отмыванию) доходов, Федеральный закон № 115-ФЗ.

ческие риски, связанные с реализацией нормы об идентификации бенефициарных владельцев. Так, устанавливая обязанность клиентов представлять такую информацию, закон не определяет их ответственность за её непредставление. Фактически клиент может отказать кредитной организации в такой информации без каких-либо правовых последствий для себя.

Кроме того, следует обозначить и методологический риск, возникающий из-за формулировки термина «бенефициарный собственник». Содержащиеся в нем дефиниции «имеет возможность контролировать действия клиента» и «международные организации, обладающие самостоятельной правоспособностью» могут трактоваться неоднозначно, а значит, потребуют уточнения со стороны законодателя либо регулятора.

На практике реализация перечисленных рисков может привести к тому, что к субъектам исполнения требований Федерального закона № 115-ФЗ будут предъявляться многочисленные санкции и претензии со стороны надзорных органов.



Александр Хренов,

партнер Юридической компании
«Хренов и Партнеры»

— Принятый в июне Закон вводит в ст. 3 Закона о противодействии легализации (отмыванию) доходов следующее определение бенефициарного владельца: это «физическое лицо, которое прямо или косвенно (через третьих лиц) владеет (имеет преобладающее участие более 25 процентов в капитале) клиентом — юридическим лицом либо имеет возможность контролировать действия клиента». Под клиентом понимается физическое или юридическое лицо, находящееся на обслуживании организации, которая осуществляет операции с денежными средствами или иным имуществом.

Введение данного термина, на мой взгляд, представляет собой попытку конкретизировать уже имеющееся в законодательстве не очень удачное и невнятное понятие «выгодоприобретатель», определяемое как «лицо, к выгоде которого действует клиент, в том числе на основании агентского договора, договоров поручения, комиссии и доверительного управления, при проведении операций с денежными средствами и иным имуществом».

Оба вышеуказанных определения имеют значение в смысле ст. 7 Закона о противодействии легализации (отмыванию) доходов, которая вменяет в обязанность организациям, осуществляющим операции с денежными средствами или иным имуществом, идентифицировать клиента, представителя клиента, выгодоприобретателя, а теперь еще и бенефициарного владельца.

Таким образом, внесение в Закон понятия «бенефициарный владелец» само по себе ничего не меняет, так как проблема состоит не столько в законодательном определении такого лица, сколько в его практической идентификации. А это действие как было, так и остается чрезвычайно трудной задачей, поскольку законодательство большинства офшорных зон не допускает раскрытия информации о бенефициарах и на это нет доброй воли клиента и стоящих за ним лиц.



Ситуация усложнилась и для клиента, поскольку если раньше в качестве выгодоприобретателя он мог зарегистрировать юридическое лицо и ограничиться раскрытием соответствующей информации, то теперь в качестве бенефициарного владельца он вправе выступать только как физическое лицо.

Понятно, что если, например, банк потребует раскрыть информацию о бенефициаре, то клиент формально выполнит это указание (как это и делалось ранее в отношении выгодоприобретателя). Однако возможности банка удостовериться, что названное клиентом лицо действительно является реальным конечным бенефициаром, по-прежнему ограничены, поскольку законодательство офшорных юрисдикций запрещает раскрывать такую информацию третьим лицам, за исключением специально оговоренных случаев.

В результате, как представляется, решающее значение для идентификации бенефициарных владельцев будет иметь не сам Закон, а подзаконные акты. По этому поводу в законопроекте было сказано, что «критерии отнесения лица к числу бенефициарных владельцев и требования к процедуре его идентификации устанавливаются Правительством Российской Федерации, а для кредитных организаций, в том числе являющихся профессиональными участниками рынка ценных бумаг, — Центральным банком Российской Федерации по согласованию с уполномоченным органом и федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по нормативно-правовому регулированию, контролю и надзору в сфере финансовых рынков».

Таким образом, эффективность нового Закона с точки зрения идентификации бенефициарных владельцев будет зависеть от того, насколько действенными и жизнеспособными будут соответствующие подзаконные акты.

Что касается правовых рисков, которые несет в себе обсуждаемый законопроект, то они, на мой взгляд, заключаются не в идентификации бенефициаров офшорных компаний, а в тех изменениях, которые планируется внести в Федеральные законы «Об оперативно-розыскной деятельности», «О банках и банковской деятельности» и в Налоговый кодекс РФ.

По моему мнению, эти изменения предоставляют правоохранительным и налоговым органам неоправданно большие полномочия по ограничению конституционных прав граждан, в частности в сфере охраны конфиденциальности личной информации и соблюдения банковской тайны. Это может придать существенный импульс полицейскому и чиновничьему произволу и, соответственно, спровоцировать реальную угрозу для сохранения и развития в России демократических институтов.



Алексей Курбатов,

профессор кафедры
предпринимательского права
факультета права НИУ ВШЭ,
доктор юридических наук

— К сожалению, вводимое Законом специальное понятие «бенефициарный владелец» никакого реального влияния на ограничение деятельности офшорных компаний в экономике России не окажет. Отметчу несколько основных причин.

Во-первых, этот термин включают в Федеральный закон № 115-ФЗ. Однако он является декларативным актом, принятым в политических целях, и не может быть отнесен к правовым актам в истинном смысле этого слова. В нем закреплен целый ряд обязанностей, которые в полном объеме и неотвратимо исполнить невозможно. В качестве примера можно привести обязанность выявлять публичных должностных лиц. В эту же категорию попадет и идентификация бенефициарных владельцев.

Если уж вводить понятие и механизм определения «бенефициарного владельца» в российское законодательство, то их надо было закреплять в том виде, который предлагали разработчики изменений в Гражданский кодекс РФ.

Во-вторых, само выявление бенефициарных владельцев — это способ, а не цель правового регулирования, которая в данном случае состоит в том, чтобы физическим лицам было невыгодно использовать оболочку в виде офшорной компании. Достигать же этой цели следует, в частности, устанавливая солидарную ответственность компании и ее бенефициарного владельца, а также ряд ограничений прав офшорных компаний.

В-третьих, само понятие «бенефициарный владелец» заимствовано из чужеродной правовой системы (английского права) и связано с конструкцией трастов, которой нет в правовой системе России. В английском праве отсутствует деление прав на вещные и обязательственные, и владением (а то и собственностью) называют то, что с точки зрения российского права таковым не является и не может являться. В результате возникают беспредметные споры. Например, в международном налоговом праве за несколько десятилетий так и не выработано единого подхода к термину «бенефициарный владелец».

Следствием всех перечисленных моментов стало то, что формулировка данного понятия в Законе весьма расплывчата. Так, например, бенефициарным владельцем предлагается признавать физическое лицо, которое, в том числе косвенно (через третьих лиц), владеет более чем 25% в капитале клиента — юридического лица. Как высчитать эти проценты при неограниченном количестве третьих лиц? Тут можно спорить до бесконечности.

По моему мнению, применительно к офшорным компаниям в зависимости от цели правового регулирования должны использоваться более конкретные понятия, такие как учредители (участники, акционеры); их учредители (участники, акционеры); участники акционерных соглашений или соглашений об управлении; контролирующие лица.



Денис Щекин,

управляющий партнер
юридической компании «Щекин
и партнеры»

— Законодатель ведет сегодня работу по созданию правовых конструкций, направленных на раскрытие конечного бенефициара компаний, при этом основополагающий его критерий формулируется как возможность определять решения компании (критерий контроля).

Понятие «бенефициарный владелец» было введено в Закон о противодействии легализации (отмыванию) доходов, однако несомненно, что этот термин возьмут на вооружение и налоговые органы, прежде всего в делах о необоснованной налоговой выгодае. Например, иностранный гражданин (не-резидент) может получать доход из Российской Федерации напрямую (скажем, консультант получает плату за свои услуги). В этом случае налог на доход физических лиц в России составит 30 % и будетдержан при выплате дохода. Но если этот же консультант создаст свою компанию, которая его же и наймет, то налог на доходы физических лиц не будет уплачиваться в России. Однако если будет установлено, что такой консультант является бенефициарным владельцем и выгодоприобретателем этой компании и она используется с целью неуплаты налога на доходы физических лиц, то российский налоговый орган вправе провести налоговую реконструкцию и признать физическое лицо действительным (бенефициарным) получателем такого дохода. В этом случае российской компании, которая выплатила доход без удержания налога, могут быть предъявлены претензии.

Другой пример — получение российскими владельцами бизнесов дохода на свои офшорные компании при продаже активов в России. Если бенефициарный владелец будет установлен, ему могут быть предъявлены требования об обложении этого дохода налогом по российским законам. Иными словами, концепция бенефициарного владельца может использоваться налоговыми органами для проникновения под корпоративную вуаль юридического лица.



Борис Брук,

советник московского офиса
международной юридической
фирмы Dentons

— Для меня очевидно, что термин «бенефициарный владелец» в контексте Федерального закона № 115-ФЗ имеет узкоспециальное значение, направленное на реализацию потребностей именно данного закона. Фактически в этом понятии сконцентрирован волевой аспект деятельности клиента организации — оператора имущества, тогда как в понятии «выгодоприобретатель», содержащемся в данном законе, краеугольным камнем является критерий удовлетворения имущественного интереса. На практике данные роли могут не совпадать. Лицо, получающее всю полноту экономической выгода от деятельности того или иного физического или юридического лица, может не участвовать в принятии экономических решений, приводящих к возникновению такой выгоды.

Кроме того, сейчас компетентные органы получают информацию о тех, в пользу кого проводятся те или иные трансакции, однако могут не обладать информацией о том, кто эти трансакции контролирует и в действительности осуществляет. Таким образом, введение термина «бенефициарный владелец» позволит ликвидировать данный пробел и в целом усилить контроль за перемещением денежных средств и имущества.

Хотел бы отметить, что сейчас понятие «бенефициарный владелец» пытаются внедрить не только в законодательство о противодействии легализации доходов, полученных преступным путем, но и в налоговое законодательство, по крайней мере в целях более эффективного применения международных налоговых договоров (точнее — воспрепятствования неправомерному использованию льгот, установленных данными договорами). Однако полагаю, что в налоговом законодательстве понятие «бенефициарный владелец» («бенефициарный собственник», «лицо, имеющее фактическое право на доход») будет все же тяготеть к обозначеному выше термину «выгодоприобретатель». Известно, что действие налоговых норм направлено с большей степенью на установление лиц, чей материальный (имущественный) интерес удовлетворяется за счет получаемого дохода (как иногда выражаются американские налоговые специалисты, лиц, имеющих «доступ к богатству»), которые и должны признаваться плательщиками налога на этот доход. Для того чтобы определить, кто должен платить налог на доход, значение имеет не столько механизм, лежащий в основе возникновения дохода (то, каким образом он образовался) или его «потребления» (то, каким образом технически произошло распоряжение доходом), сколько персонификация экономического эффекта от его получения и «потребления» (иными словами, в чью имущественную сферу доход попал и кто в конечном итоге извлек из него экономическую выгоду). Поэтому волевой фактор (фактор принятия экономического решения, лежащего в основе получения дохода и распоряжения им) здесь не должен иметь решающего значения. Таким образом, на мой взгляд, бенефициарным владельцем для целей налогообложения должны признаваться не только те лица, которые своей волей «определяют экономическую судьбу» дохода (по выражению Минфина России), но и те, кто извлекает из распоряжения данным доходом полезные свойства, даже если само распоряжение им осуществляется по воле третьего лица.



Роман Макаров,

управляющий партнер
юридической фирмы
Makarov law office

— Новая редакция Федерального закона № 115-ФЗ возлагает на банки (по примеру некоторых стран, в том числе Кипра) обязанность собирать информацию о бенефициарных владельцах, периодически обновлять ее и раскрывать ее государственным органам в случаях, установленных законом.

Механизм получения информации о бенефициарах, вероятно, будет более широко применяться за пределами этого закона и использоваться налоговыми органами для переквалификации сделок и признания их недействительными в целях пресечения популярных способов ухода от налогов. К таким способам относится, например, занижение налогооблагаемой базы по налогу на прибыль путем заключения расходных договоров с компаниями, подконтрольными тем же лицам, что и налогоплательщик.

Очевидно, что в сравнении с имеющимся в том же законе определением «выгодоприобретатель» понятие «бенефициар» является для органов власти более действенным инструментом для установления взаимосвязи между фактическим владельцем компании и налогоплательщиком. В целом законопроект находится в русле политики промышленно развитых государств, на-



правленной на усиление контроля за банковскими операциями и, как одно из следствий, на увеличение собираемости налогов, что нельзя не приветствовать.

Вместе с тем законодатель, фактически наделив государственные органы полномочиями «срывать корпоративную вуаль» (подчеркнем, новелла действует только для лиц, открывших счета в отечественных банках, а информацию о бенефициарах в иностранных банках налоговые органы вправе получать в соответствии с действующими международными соглашениями), на мой взгляд, предоставил государственным органам право обращаться с банковской тайной чересчур вольно.

Разумным с точки зрения баланса частных и публичных интересов представляется не административное признание бенефициарного владения с правом последующего судебного контроля заинтересованных лиц, а установление этого экстраординарного факта, влекущего долгосрочные последствия для группы лиц, исключительно на основании судебного решения.

Кроме того, широкое применение термина в административных отношениях не изменит позиций правоприменителей в отношениях гражданских. Судебная практика складывается таким образом, что бенефициар в большинстве случаев не признается заинтересованным лицом при подаче косвенного иска в защиту общества либо при оспаривании сделок общества в случае, если он не является акционером компании, но, например, контролирует 49% единственного акционера. Формальный факт контроля более чем 25% акций или долей общества может привести к неприятным административным последствиям при отсутствии механизмов реального контроля за действием такой «внучки», кроме тех ограничений, которые в такой ситуации устанавливает отечественное корпоративное право.

Понимая сложности с описанием сути термина «бенефициарный владелец», нельзя не отметить недостатки юридической техники предлагаемой формулировки: законодателем избран формальный обязательный критерий в виде владения 25% в капитале юридического лица или «наличие возможности контролировать действия». Представляется, что владельцы бизнесов найдут возможности формально обойти указанные требования, кроме того, не стоит забывать о фактическом существовании института доверенных физических лиц, на которых требования указанного закона, очевидно, не распространяются.



Рустам Вахитов,

руководитель налогового
департамента *International Tax
Associates B.V.*

— Нововведенное определение, на мой взгляд, служит целям законодательства о борьбе с отмыванием денег, касается скорее конечного бенефициара, чем бенефициарного собственника и напрямую к вопросам налогообложения не относится. Возможно, налоговые органы будут пытаться использовать его при толковании концепции бенефициарного собственника в международных налоговых соглашениях, но очевидно, что такое толкование некорректно: из самого определения следует, что такое лицо может быть лишь физическим.

В законодательстве стран бывшего СССР этот вопрос решен иначе. Так, в Налоговом кодексе Республики Казахстан при применении правил международных договоров, позволяющих снизить или освободить резидента от налогообложения в отношении выплачиваемых иностранным бенефициарам доходов, предусмотрено, что под окончательным (фактическим) получателем (владельцем) доходов следует понимать лицо, которое имеет право владения, пользования, распоряжения доходами и не является в их отношении посредником, в том числе агентом, номинальным держателем.

Налоговый кодекс Украины схожим образом определяет бенефициарного (фактического) получателя (владельца) дохода, обозначая его как лицо, имеющее право на получение соответствующего дохода, и также исключая из этой категории посредников, агентов и номинальных держателей.

Представляется, что в отечественном законодательстве термин «бенефициарный собственник» для целей налогообложения не будет принципиально отличаться от обозначенных выше. Поскольку в российском праве отсутствует определение бенефициарной собственности, налоговые органы пользуются другими инструментами борьбы с агрессивным налоговым планированием, в том числе понятием «необоснованная налоговая выгода». Налогоплательщикам же нецелесообразно использовать «пустые» промежуточные компании, так как деятельность таких структур может быть оспорена налоговыми органами и по другим основаниям.