Фактическое право на доход: тест свободы распоряжения в стандарте ОЭСР и тест экономической самостоятельности в российской практике

Полидорский Павел Андреевич
Магистр, МГЮА им. О. Е. Кутафина, polidorskij@gmail.com

Статья посвящена пределам применения концепции beneficial ownership и ее российского эквивалента – фактического права на доход. Традиционная дихотомия юридического и экономического подходов не отражает современное регулирование: значение имеет не характер учитываемых обстоятельств, а их функция в правовом тесте. Стандарт ОЭСР основан на проверке свободы распоряжения конкретным доходом: права и обязанности получателя составляют предмет проверки, а фактические обстоятельства позволяют установить не закрепленную в документах обязанность передать выплату. Российская практика учитывает те же критерии, однако использует их для оценки посреднического характера деятельности и экономической самостоятельности получателя. В рассмотренных материалах посреднический статус, устанавливаемый на основании совокупности связанных с доходом обстоятельств, служит достаточным основанием для отказа в применении договорной льготы. Поэтому российский подход предлагается характеризовать как тест экономической самостоятельности получателя.

Ключевые слова: beneficial ownership; фактическое право на доход; ОЭСР; налоговые соглашения; conduit company; treaty shopping; злоупотребление правом.

Введение

Концепция beneficial ownership используется в статьях налоговых соглашений о дивидендах, процентах и роялти и служит одним из условий применения к доходу непосредственного получателя пониженной ставки налога у источника. Неопределенность вызвана тем, что при применении концепции на нее возлагают две разные функции. Первая состоит в атрибуции дохода: из числа получателей льготы исключаются агенты, номинальные держатели и иные лица, через которых доход лишь технически проходит, не принадлежа им. Вторая, возникающая при расширительном применении концепции, состоит в оценке экономической самостоятельности получателя как участника оборота. Эти функции не совпадают, и их смешение порождает неопределенность в применении концепции.

Цель исследования – определить, к какой модели относится российский подход, сопоставив его со стандартом ОЭСР и практикой отдельных государств. Для этого применяется функциональный сравнительно-правовой метод: подходы сопоставляются по решаемому юридическому вопросу, предмету доказывания и последствиям установленных обстоятельств. Анализ мотивировок судебных и административных актов позволяет выявить содержание применяемого стандарта. В статье обосновывается, что граница проходит не между «правом» и «экономикой», а между тестом свободы распоряжения конкретным доходом и тестом экономической самостоятельности получателя в целом.

1. Критерий разграничения двух моделей анализа

Традиционное деление основано на характере исследуемых обстоятельств. Юридический подход связывает статус получателя с его правами и обязанностями в отношении выплаты. Экономический подход исследует структуру денежных потоков, источники финансирования, функции, активы, риски и деловую цель промежуточной компании. Такое деление не вполне точно, поскольку в рассмотренных правопорядках обычно учитываются обе группы обстоятельств.

Разграничивать подходы следует не по характеру используемых доказательств, а по логике правовой квалификации. Для этого необходимо установить предмет проверки, определить юридически значимый факт, подлежащий доказыванию, выяснить роль экономических обстоятельств в его доказывании и обозначить правовое последствие его установления. Один и тот же признак, например перечисление сопоставимой суммы вскоре после получения дохода, может иметь разное значение. Он может подтверждать ранее возникшее ограничение права распоряжаться конкретной выплатой либо в совокупности с характеристиками деятельности получателя служить основанием для его общей квалификации как посредника.

В статье под свободой распоряжения доходом понимается отсутствие у получателя вытекающей из договора или иного правового основания обязанности передать спорный доход другому лицу. Фактические обстоятельства могут подтверждать наличие такой обязанности. Проверка касается прав получателя в отношении конкретной выплаты. Транзитный характер платежа, взаимозависимость получателя и ограниченность его функций значимы лишь постольку, поскольку свидетельствуют об обязанности передать спорную выплату. Поэтому отсутствие у получателя персонала или собственной коммерческой

деятельности само по себе не позволяет сделать вывод об отсутствии статуса beneficial owner.

Тест экономической самостоятельности строится на ином вопросе: способен ли получатель действовать в отношении дохода как самостоятельный участник оборота. Функции, риски, персонал, источники финансирования и движение средств используются не только для выявления ограничения по конкретной выплате, но и для оценки деятельности получателя в целом как посреднической. Посреднический статус устанавливается как итоговый вывод по совокупности обстоятельств, а не из отдельного факта транзита или отсутствия персонала. В первой модели обязанность передать выплату выступает предпосылкой вывода об отсутствии фактического права на нее. Во второй общие характеристики получателя обосновывают вывод о его посредническом статусе, на основании которого ему отказывают в льготе.

Эти аналитические модели не исключают промежуточных вариантов. Обе имеют гибридный характер, поскольку сочетают юридическую квалификацию с анализом экономических обстоятельств. В англоязычной литературе первая модель описывается как *targeted hybrid approach* [3]: фактический анализ подчинен вопросу о свободе использования определенного дохода. Вторая модель распространяет проверку на общую экономическую самостоятельность получателя.

2. Тест свободы распоряжения конкретным доходом в стандарте ОЭСР

Согласно Комментарию к статье 10 Модельной конвенции ОЭСР непосредственный получатель не является beneficial owner, если его право пользоваться дивидендами и извлекать из них выгоду ограничено обязанностью передать платеж другому лицу, вытекающей из договора либо иного правового основания [1, п. 12.4]. Обычно эта обязанность закреплена в документах, но о ее наличии могут свидетельствовать и фактические обстоятельства. Аналогичная формула применяется к процентам и роялти. Из перечня изменений 2025 г. следует, что эти положения не пересматривались [15].

Следовательно, экономические обстоятельства учитываются при применении правового теста. Они должны подтверждать ограничение, относящееся к самой выплате. Наличие у компании задолженности или обязательства, не связанных с фактом получения этой выплаты, как правило, само по себе не исключает beneficial ownership. Иначе компания лишалась бы права на применение пониженной ставки налога у источника всякий раз, когда направляет поступившие средства на распределение прибыли или исполнение самостоятельного обязательства.

ОЭСР разграничивает beneficial ownership и механизмы общего противодействия treaty shopping. Если получатель свободен распоряжаться выплатой, но структура создана в целях получения льгот по СИДН, применимое соглашение или национальное право могут предусматривать principal purpose test, limitation on benefits, национальные GAAR либо anti-conduit норму [1, п. 12.5–12.6; 2]. Комментарий к Модельной конвенции ООН проводит аналогичное разграничение [2]. Поэтому фактический анализ при применении beneficial ownership ограничивается вопросом о свободе распоряжения определенным доходом.

3. Зарубежная практика и границы предмета доказывания

Канадские дела наиболее наглядно подтверждают, что юридическое ядро концепции сохраняется. В *Prévost Car* нидерландский холдинг был признан beneficial owner дивидендов, поскольку соглашение акционеров не порождало безусловной обязанности передать конкретную выплату, а решение о распределении принимали органы компании [4]. В *Velcro Canada* статус beneficial owner сохранил получатель роялти, обязанный перечислять 90 процентов поступлений связанному лицу: суд учел смешение средств, возможность распоряжаться ими, риск и контроль [5]. Экономическая связь между потоками средств, таким образом, не была признана равнозначной обязанности перечислить конкретную выплату другому лицу.

В британском деле *Indofood* был применен более широкий подход. Суд оценил юридическую структуру с учетом ее коммерческого и практического содержания и пришел к выводу, что нидерландская компания, формально выступавшая получателем, могла использовать полученные проценты только для выплаты держателям облигаций [6]. Руководство HMRC, однако, связывает этот вывод с наличием у получателя обязанности перечислить именно полученный доход другому лицу. Такая обязанность может следовать не только из прямого условия договора, но и из общей структуры коммерческой сделки [7].

Французский кейс *Bank of Scotland* и от 8 ноября 2024 г., а также швейцарское дело о total return swaps основаны на углубленном анализе коммерческого содержания операций, движения средств и функций промежуточного лица [8; 9]. В «датских делах» Суд ЕС определил beneficial owner как лицо, которое реально пользуется доходом и свободно определяет его использование. Одновременно Суд рассматривал транзитный характер платежей, отсутствие деятельности и формальность структуры при самостоятельной проверке на злоупотребление правом [10].

Нидерландские и американские источники отражают применение узконаправленного теста непосредственного распоряжения доходом (*dominion and control test*). Ключевое значение имеет наличие у получателя юридической или фактической обязанности перечислить именно полученную сумму другому лицу, общая экономическая самостоятельность получателя сама по себе не составляет предмет этого теста. Сложные транзитные схемы, не охватываемые таким тестом, могут оцениваться с помощью отдельных антизлоупотребительных норм и доктрин [11].

4. Тест экономической самостоятельности получателя в российской практике

Пункт 2 статьи 7 НК РФ раскрывает понятие лица с фактическим правом на доход, указывая на его право самостоятельно пользоваться доходом или распоряжаться им. Учитываются осуществляемые им функции и принимаемые риски, а анализ проводится применительно к отдельной выплате либо группе выплат по одному договору. Пункт 3 содержит отрицательный тест: лицо не имеет фактического права, если обладает ограниченными полномочиями, выполняет посреднические функции в интересах иного лица, не выполняет иных функций и не принимает рисков, перечисляя доход этому лицу [12]. Эти признаки оцениваются в совокупности: ни посредническая функция, ни перечисление дохода сами по себе недостаточны. Статья 312 НК РФ возлагает на иностранного получателя обязанность подтвердить налоговому агенту наличие у него фактического права на доход.

Нормативный подход имеет гибридную природу. Право распоряжения, ограниченность полномочий и признаки посредничества являются юридическими категориями, тогда как функции, риски и движение средств требуют экономического анализа. Особенность анализируемой российской практики состоит в том, какую роль играют эти критерии. ФНС России характеризует фактическое право на доход как универсальный инструмент против злоупотребления соглашениями [13]. При оценке иностранной компании в рассмотренных материалах также

учитываются управление, персонал, офис, расходы, финансирование, деловая цель и характер ее деятельности в целом.

Пункт 9 Обзора Президиума Верховного Суда РФ от 13 декабря 2023 г. представляет показательный пример. Сингапурская компания получала проценты и в тот же день перечисляла их материнской компании на Каймановых островах; доход при этом не отражался в ее декларациях. Деятельность компании была квалифицирована как агентская применительно к спорным платежам. Сведения о ее реальном присутствии в Сингапуре не повлияли на итоговый вывод: совокупная оценка обстоятельств позволила признать деятельность агентской и констатировать отсутствие фактического права на доход [14, с. 18–20].

В рассмотренной практике прослеживается двухступенчатая логика. Сначала посреднический характер деятельности устанавливается на основании совокупности обстоятельств, включающих движение спорного дохода и общие характеристики деятельности, а не только на основании транзитного характера платежа. Затем квалификация лица как посредника становится самостоятельным основанием для решения вопроса о льготе. Такая конструкция совместима со стандартом ОЭСР, если установленные обстоятельства подтверждают обязанность передать спорную выплату. Расхождение возникает, если недостаточный объем функций или иная аналогичная оценка заменяют установление связи с конкретным доходом.

Российская модель также имеет гибридный характер. Ее отличие состоит не в составе доказательств и не в форме итогового вывода – в обеих моделях они сходны, а в более широком предмете проверки. Наряду со связью с выплатой оценивается общая экономическая самостоятельность получателя, а посреднический статус становится решающим основанием для отказа в льготе. Поэтому российский подход точнее характеризовать как тест экономической самостоятельности получателя.

5. Значение предложенного разграничения

Предложенное разграничение позволяет понять, почему одни и те же обстоятельства имеют различное правовое значение. При проверке свободы распоряжения юридически значимо наличие обязанности передать доход, вытекающей из договора либо иного правового основания. Фактические обстоятельства могут подтверждать ее существование. Последующее перечисление средств, слабое экономическое присутствие и зависимость получателя являются косвенными доказательствами, но должны быть связаны с отсутствием свободы распоряжаться спорным доходом.

В тесте экономической самостоятельности те же обстоятельства обосновывают вывод о посредничестве. Различие между моделями состоит в структуре аргументации, а не в распределении процессуального бремени, которое определяется национальным правом. В первой модели обосновывается обязанность передать доход, а характеристики получателя служат доказательствами. Во второй исходной точкой служит общая картина деятельности, на основании которой получателя квалифицируют как посредника и отказывают ему в льготе. Предусмотренная статьей 312 НК РФ обязанность подтвердить фактическое право на доход самостоятельна и не вытекает из содержания материально-правового теста.

Расширение проверки до общей экономической самостоятельности способно облегчить выявление искусственных структур, однако снижает предсказуемость, поскольку достаточный объем функций заранее не определен. Такой анализ сближает beneficial ownership с PPT и доктриной необоснованной налоговой выгоды, хотя последние направлены на оценку цели операции, а не свободы распоряжения доходом.

С точки зрения правовой определенности и разграничения оснований для отказа в льготе предметом анализа должна оставаться отдельная выплата, транзитный характер платежа следует рассматривать как опровержимый признак, а функции – оценивать с учетом характера деятельности получателя. Небольшая численность персонала холдинговой или финансовой компании сама по себе не свидетельствует об отсутствии самостоятельности, важно, сохраняла ли компания возможность распорядиться доходом иначе. Если обстоятельства указывают преимущественно на налоговую цель, применяется соответствующее антиуклонительное правило.

Заключение

Рассмотренная практика не дает оснований для жесткого противопоставления юридического и экономического подходов: в исследованных правопорядках юридические правомочия оцениваются с учетом экономических обстоятельств. Граница между подходами проходит по пределу допустимого учета таких обстоятельств.

Стандарт ОЭСР ограничивает фактический анализ вопросом о наличии обязанности передать конкретный доход и не превращает beneficial ownership в общую проверку субстанции. В рассмотренных отечественных материалах общие характеристики получателя служат для установления посреднического статуса, который становится решающим основанием для отказа в льготе.

В целях правовой определенности следует разграничивать вопрос о свободе распоряжения выплатой и антизлоупотребительную оценку допустимости льготы. Общность доказательной базы не превращает два теста в один.

Литература

1. OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017.
2. United Nations. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. New York, 2021.
3. Wardzynski A. The 2014 Update to the OECD Commentary: A Targeted Hybrid Approach to Beneficial Ownership // *Intertax*. 2015. Vol. 43. No. 2. P. 179–191.
4. *The Queen v. Prévost Car Inc.*, 2009 FCA 57.
5. *Velcro Canada Inc. v. The Queen*, 2012 TCC 57.
6. *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank NA*, [2006] EWCA Civ 158.
7. HM Revenue & Customs. International Manual. INTM332050; INTM504030.
8. Conseil d'État, 29 décembre 2006, No. 283314, *Bank of Scotland*; Conseil d'État, 8 novembre 2024, No. 471147.
9. Schweizerisches Bundesgericht, BGE 141 II 447, 5 May 2015.
10. Court of Justice of the European Union. Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, EU:C:2019:134; Joined Cases C-116/16 and C-117/16, EU:C:2019:135.
11. Hoge Raad, 6 April 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5639; Internal Revenue Service. Internal Revenue Manual 4.10.21.
12. Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть первая: ст. 7; часть вторая: ст. 312.
13. Письмо ФНС России от 28.04.2018 № СА-4-9/8285@ «О практике применения концепции лица, имеющего фактическое право на доход».
14. Обзор практики применения арбитражными судами положений законодательства о налогах и сборах, связанных с оценкой обоснованности налоговой выгоды (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 13.12.2023). П. 9.

15. OECD. *The 2025 Update to the OECD Model Tax Convention*. Paris: OECD Publishing, 2025. DOI: 10.1787/5798080f-en.

Actual Right to Income: The Freedom of Disposal Test in the OECD Standard and the Economic Autonomy Test in Russian Practice

Polidorsky P.A.
Kutafin Moscow State Law University

This article examines the scope of the beneficial ownership concept and its Russian-law counterpart, the concept of a person with the actual right to income. The conventional distinction between legal and economic approaches does not adequately reflect current law: what matters is not the nature of the circumstances considered, but their function within the legal test. Under the OECD standard, the inquiry concerns the recipient's freedom to dispose of specific income. The recipient's rights and obligations form the subject of the inquiry, while factual circumstances may establish an obligation to pass on a payment even when that obligation is not expressly documented. Russian practice considers the same factors but uses them to assess the recipient's intermediary role and economic independence. In the materials examined, a finding that the recipient acts as an intermediary, based on the totality of circumstances connected with the income, is sufficient to deny treaty relief. The Russian approach is therefore best characterised as a test of the recipient's economic independence.

Keywords: beneficial ownership; actual right to income; OECD; tax treaties; conduit company; treaty shopping; abuse of rights.

References

1. OECD. Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017. Paris: OECD Publishing, 2017.
2. United Nations. Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York, 2021.
3. Wardzynski A. The 2014 Update to the OECD Commentary: A Targeted Hybrid Approach to Beneficial Ownership // Intertax. 2015. Vol. 43.No. 2. P. 179–191.
4. The Queen v. Prévost Car Inc., 2009 FCA 57.
5. Velcro Canada Inc. v. The Queen, 2012 TCC 57.
6. Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank NA, [2006] EWCA Civ 158.
7. HM Revenue & Customs. International Manual. INTM332050; INTM504030.
8. Conseil d'État, 29 December 2006, No. 283314, Bank of Scotland; Conseil d'État, 8 November 2024, No. 471147.
9. Schweizerisches Bundesgericht, BGE 141 II 447, 5 May 2015.
10. Court of Justice of the European Union. Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, EU:C:2019:134; Joined Cases C-116/16 and C-117/16, EU:C:2019:135.
11. Hoge Raad, 6 April 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5639; Internal Revenue Service. Internal Revenue Manual 4.10.21.
12. Tax Code of the Russian Federation. Part One: Art. 7; Part Two: Art. 312.
13. Letter of the Federal Tax Service of Russia dated 28.04.2018 No. SA-4-9/8285@ "On the practice of applying the concept of a person beneficially entitled to income".
14. Review of the practice of applying the provisions of tax legislation related to assessing the validity of a tax benefit by arbitration courts (approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on 13.12.2023). P. 9.
15. OECD. The 2025 Update to the OECD Model Tax Convention. Paris: OECD Publishing, 2025. DOI: 10.1787/5798080f-en.