

Некоторые проблемные аспекты трансграничной деятельности юридических лиц

Аннотация. Изучение правового регулирования деятельности юридических лиц в международной сфере представляет особый интерес, так как состоит из частноправовых и публичных аспектов. Предметом исследования являются злоупотребления международными соглашениями со стороны юридических лиц в международной налоговой и инвестиционной сфере, а также меры борьбы с подобными явлениями.

Особое внимание уделяется зарубежным доктринальным разработкам, ввиду отсутствия подробного анализа рассматриваемых вопросов в отечественной доктрине.

Автором анализируются изменения в отечественном законодательстве, затрагивающие различные аспекты трансграничной деятельности юридических лиц.

Ключевые слова: инвестиционная деятельность, «национальность», соглашения о защите капиталовложений, соглашения об избежании двойного налогообложения.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.162-168

В настоящее время юридические лица активно участвуют в трансграничном обороте, в связи с чем возникают вопросы их правового регулирования. В особенности наблюдается ряд проблемных аспектов при осуществлении юридическими лицами инвестиционной деятельности.

Следует отметить, что объект интересов иностранного юридического лица всегда находится в юрисдикции государства-реципиента, а правовой режим иностранного юридического лица устанавливается государством-реципиентом при помощи национального законодательства, в частности посредством заключения международных договоров, реализация кото-

рых осуществляется на внутригосударственном уровне¹.

В современной практике получили распространение как универсальные и региональные многосторонние договоры, регулирующие порядок осуществления иностранных инвестиций, так и двусторонние международные договоры о взаимной защите и поощрении иностранных капиталовложений. В литературе отмечается ряд преимуществ, которые получает инвестор из соглашений о защите и о поощрении иностранных инвестиций². Особо среди приобретаемых инвестором гарантий выделяют гарантию разрешения инвестиционного спора в международном арбитраже³.

¹ См.: Касенова М. Б. Соотношение публичных и частных начал в российском инвестиционном праве // Адвокат. 2006. № 8. С. 77—84.

² См. подробнее: Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М. : Инфотропик Медиа, 2012.

³ См.: Магомедов М. Понятие «иностранная инвестиция» и компании-оболочки // Правовые аспекты инвестиционных договоров : сборник статей. М. : Норма, 2012. С. 127—147.

© Юсифова Р. Т., 2016

* Юсифова Рена Теймуровна, аспирантка кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

rena_mari@mail.ru

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

С одной стороны, международный арбитраж является эффективным инструментом защиты и поощрения трансграничной инвестиционной деятельности. Однако, с другой стороны, современные инвесторы анализируют международные договоры, заключенные государством–реципиентом инвестиций, и намеренно «структурируют» инвестиционную деятельность, создавая условия, при которых инвестор обходит «неудобные» международные договоры того или иного государства. Ярким примером такой манипуляции является ситуация, когда инвестор учреждает компанию в государстве, которая впоследствии выступает только как посредник в процессе инвестирования капиталов (так называемые *shell companies*). Э. Азиано описывает следующую смоделированную ситуацию: Иран и Нигерия подписали Соглашение о защите инвестиций, в то время как Соединенное Королевство и Иран его не подписывали. Британский инвестор, который хочет вложить инвестиции в Иран, может приобрести защиту, предусмотренную Соглашением, в Иране, направляя инвестиции через Нигерию или другую страну, которая подписала Соглашение с Ираном. Британский инвестор, таким образом, структурирует свою деятельность, чтобы получить защиту, и может направлять инвестиции двумя способами: либо инкорпорировать юридическое лицо в Нигерии, направляя инвестиции непосредственно через это предприятие, либо сделать это косвенно, при помощи любого юридического лица, которое принадлежит Нигерии и передает инвестиции в Иран⁴.

В настоящее время достаточно часто происходят подобные ситуации, ввиду чего распро-

странение получили понятия: *treaty shopping*⁵ (покупка соглашения), *corporate nationality planning*⁶ (планирование резидентства или национальности⁷), которые можно объединить термином «злоупотребление международными соглашениями». Указанные понятия используются, когда происходит искусственное учреждение компаний с целью получения преимуществ и льгот из международных соглашений. Как правило, о «покупке соглашения» идет речь в том случае, если: бенефициарный владелец предприятия не является резидентом государства, где юридическое лицо создается; юридическое лицо не ведет или осуществляет минимальную хозяйственную деятельность в государстве учреждения; доход компании облагается минимальным налогом⁸.

Учитывая злоупотребление юридическими лицами правами, которые содержатся в межгосударственных соглашениях, Комитет экспертов по международному налоговому сотрудничеству ООН отметил, что злоупотребление международными налоговыми соглашениями, заключенными государствами, представляет собой «неправильное применение соглашений, но не обязательно связанное с неправомерными действиями или формальными нарушениями условий соглашений»⁹.

Помимо «покупки соглашения» выделяют проблему планирования резидентства. Вопрос о допустимости и границах такого планирования является дискуссионным. Так, Кристоф Шроер подчеркивает, что «планирование резидентства стало таким же элементом тщательного управления, как налоговое планирование»¹⁰. Одной из причин, по которой государства ведут полити-

⁴ Azaino E. U. Nationality/Treaty Shopping: Can Host Countries Sift the Wheat from the Chaff? // *Cepmlp Annual Review (CAR)*. January 31. 2012. P. 7.

⁵ См. подробнее: *Skinner M., Miles C. A. and Luttrell S.* Access and Advantage in Investor-State Arbitration: the Law and Practice of Treaty Shopping // *The Journal of World Energy Law & Business*. 2010. Vol. 3. Issue 3. P. 260—261.

⁶ См. подробнее: *Feldman M.* Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration // *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. Dec 2012. Vol. 27. Issue 2. P. 281—302.

⁷ См. подробнее о термине «национальность»: *Дмитриева Г. К.* Международное частное право : учебник. 3-е изд. М. : Проспект, 2012. С. 190.

⁸ См.: Vern Krishna, CM, QC, LL.D, FCGA Borden Ladner Gervais LLP Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties, 2009. P. 132.

⁹ См.: Treaty Abuse and Treaty Shopping» Economic and Social Council United Nations Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Second session. Geneva, 30 October — 3 November 2006. P. 5.

¹⁰ *Schreuer C.* Nationality Planning Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation // *The Fordham Papers*. 2012. P. 19.

ку против планирования резидентства, является борьба с ситуацией, когда резидент государства реализации инвестиционного проекта учреждает компанию в иностранном государстве с целью приобретения статуса иностранного инвестора. В результате национальный капитал инвестируется через компанию, которая, по сути, является лишь посредником. Возвращаясь в национальное государство, но уже в качестве иностранного, капитал подпадает под защиту международных договоров. При этом у инвестора возникает право на арбитражное разбирательство против государства, чьей «национальностью» он обладает, что противоречит природе соглашений о защите капиталовложений. Во избежание подобной ситуации государства прибегают к внедрению в тексты международных договоров о взаимной защите и поощрении капиталовложений специальных оговорок, препятствующих искусственному подпаданию под необходимую «национальность», препятствуя тем самым планированию резидентства.

Разрешение международных инвестиционных споров в арбитраже происходит в силу согласия сторон (государств и иностранных инвесторов) на компетенцию таких арбитражей при рассмотрении споров. Положения соглашений, предусматривающие разрешение инвестиционных споров в международном арбитраже, рассматриваются в литературе как своего рода оферта государства, которое является реципиентом инвестиций¹¹. «Оферта», о которой идет речь, предусматривает разрешение определенного круга споров, которые обозначаются в самом соглашении. Для установления компетенции на рассмотрение спора между лицом, выступающим истцом, и принимающим инвестиции государством (ответчиком) состав арбитража в первую очередь рассматривает содержание предъявляемых к инвестору требований, закрепленных в тексте соглашения, в том числе требования о «национальности» инвестора.

Стоит отметить, что из-за отсутствия законодательного закрепления термина «национальность» в российском законодательстве в ст. 2 Федерального закона от 09.07.1999 № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»¹² понятие «иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно учреждено и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации». Представляется, что определение «иностранного» через «иностранное» не совсем удачно, но происходит так, по всей видимости, ввиду отсутствия легального закрепления термина «национальность». Примечательно, что Вашингтонская конвенция для определения инвестора в статье 25.9 использует формулировку: «National of another Contracting State», определяя его, если перевести дословно, как раз через термин «национальность» (any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute)¹³.

Действия юридических лиц, которые в последнее время именуются покупкой соглашения, планированием резидентства, на практике вызывают ряд вопросов, в связи с чем многие государства борются с подобными явлениями.

В США такая борьба ведется при помощи заключения соглашений с государствами, которые содержат «anti treaty shopping provisions» или limitation on benefits or LOB provisions¹⁴, например такое положение содержится в договоре США с Нидерландами¹⁵.

В Российской Федерации в Основных направлениях налоговой политики обращено внимание на то, что уже разработано несколько дорожных карт, каждая из которых содержит конкретный комплекс мероприятий, направленных на улучшение инвестиционного

¹¹ См.: Гармоза А. П. Указ. соч.

¹² Российская газета. 14.07.1999.

¹³ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States — International Centre for Settlement Of Investment Disputes, Washington 1965.

¹⁴ URL: http://intltax.typepad.com/intltax_blog/2008/05/treaty-shopping.html (дата обращения: 20.02.2015).

¹⁵ URL: <https://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/Netherlands---Tax-Treaty-Documents> (дата обращения: 20.02.2015).

климата в РФ, к примеру, на упрощение правил ведения бухгалтерского и налогового учета и повышение прозрачности правоприменения законодательства РФ о налогах и сборах¹⁶.

В последнее время особо остро стоит вопрос о налоговом резидентстве юридических лиц. Так, можно отметить появление в Налоговом кодексе Российской Федерации¹⁷ ст. 246.2, которая ввела признаки налогового резидентства для юридических лиц. Согласно п. 1 указанной статьи налоговыми резидентами РФ признаются российские организации; иностранные организации, признаваемые налоговыми резидентами Российской Федерации в соответствии с международным договором Российской Федерации по вопросам налогообложения (для целей применения этого международного договора); иностранные организации, местом управления которыми является Российская Федерация, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации по вопросам налогообложения. Таким образом, теперь налоговыми резидентами РФ, помимо юридических лиц, образованных в соответствии с законодательством РФ, признаются и организации, местом управления которых является РФ. Целью введения ст. 246.2 НК РФ является борьба со злоупотреблениями со стороны юридических лиц, которые стремятся лишь к получению экономической выгоды, подставляя под удар при этом экономику РФ. Рассматриваемое нововведение было принято как одна из мер в рамках реализации Послания Президента РФ, в котором указывается, что «нужно добиваться прозрачности офшоров, раскрытия налоговой информации, как это делают многие страны в ходе переговорного процесса с офшорными зонами, и подписания соответствующих соглашений»¹⁸.

В качестве примеров незаконных и недобросовестных целей использования офшоров или иностранных компаний и правовых конструкций А. С. Захаров приводит: «уклонение от налогообложения; аккумулярование безналоговых доходов вне фискальной юрисдикции государства налогового резидентства; выдача себя за иностранное лицо для совершения мошеннических действий или нарушения прав третьих лиц»¹⁹. В доктрине отмечаются меры, направленные на борьбу с подобным явлением: увеличение объема информационного обмена между странами; введение офшорного сбора, при котором любые перечисления офшорным компаниям автоматически облагаются сбором; правила определения налогового резидентства компании не только по месту регистрации, но и по месту управления²⁰. Наряду с обозначенными мерами в Основных направлениях налоговой политики на 2015–2017 гг.²¹ было предложено дополнить НК РФ механизмом налогообложения нераспределенной прибыли иностранных компаний, в которых участвует налоговый резидент РФ, что нашло свое отражение в ст. 25.13-1 «Освобождение от налогообложения прибыли контролируемой иностранной компании».

Для регулирования вопросов, возникающих при осуществлении юридическими лицами трансграничной деятельности, в судебной практике давно используется прием «снятие корпоративной вуали». «В случае если юридическое лицо создано лишь для видимости (номинальное, операционное юридическое лицо, созданное не для самостоятельной деятельности, а для обслуживания другого юридического лица), в целях уклонения от ответственности, то по иску кредиторов должен отвечать реальный владелец бизнеса, если у должника отсутствует имущество, достаточное для погашения долга»²².

¹⁶ Лермонтов Ю. М. Комментарий к Основным направлениям налоговой политики на 2015–2017 гг. и последующим изменениям налогового законодательства // Финансовые и бухгалтерские консультации. 2015. № 2. С. 20–26.

¹⁷ СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

¹⁸ Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 12.12.2012 // Российская газета. 13.12.2012.

¹⁹ Захаров А. С. Деофшоризация: российский контекст // Legal Insight. 2013. № 5 (21). С. 65.

²⁰ См.: Щекин Д. М. Антиофшорные меры в российском налоговом праве: перспективы судебной практики // Закон. 2013. № 4. С. 34–35.

²¹ URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_126727/ (дата обращения: 23.06.2015).

²² Подшивалов Т. П. Коллизионный аспект применения доктрины «снятия корпоративной вуали» // Международное публичное и частное право. 2015. № 4. С. 21–24.

Снятие «корпоративных покровов» нашло свое применение в ряде громких дел, однако органы, рассматривающие спор, крайне неохотно применяют эту практику. Этот прием использовался в ряде дел, где права и обязательства компании рассматривались исходя из гражданства акционеров (владельцев). Так, например, в деле *Loewen v. United States of America*²³, где арбитраж открыл корпоративную завесу, чтобы найти «настоящих» истцов. Однако в ряде дел трибуналы настаивают на том, что применять снятие «корпоративных покровов» необходимо только в случае предотвращения мошенничества или «злонамеренного использования»²⁴. В деле *Tokios Tokelés v. Ukraine*²⁵ ответчик утверждал, что трибунал должен снять корпоративную завесу, чтобы подтвердить, что настоящие владельцы инвестиций — украинские граждане. Трибунал не согласился, мотивируя тем, что доктрина проникновения в завесу могла использоваться только для того, чтобы предотвратить «злонамеренное употребление привилегий юридического лица».

Следует еще раз подчеркнуть, что, заключая международные соглашения, где содержится то или иное определение инвестора, государство тем самым соглашается с ним, принимая на себя обязательства. Как отмечает Герман Бранч: «У государств есть полномочия определить, согласны ли они с практикой планирования резидентства (национальности). Ситуация, когда в соглашении содержатся достаточно широкие определения инвестиций и инвестора, свидетельствует о том, что они не возражают против подобной практики»²⁶.

Стоит отметить шаги, которые предпринимаются отечественным законодателем в сфере регулирования трансграничной деятельности юридических лиц. После изменений, внесенных Федеральным законом № 260-ФЗ²⁷, п. 4 ст. 1202 Гражданского кодекса РФ устанавливает, что «если лицо, учрежденное за границей,

осуществляет предпринимательскую деятельность преимущественно на территории РФ, то его кредитор имеет возможность выбрать, право какого государства будет применяться к требованиям об ответственности по обязательствам юридического лица, его учредителей, участников, других лиц, которые имеют право давать указания или иным образом имеют возможность определять его действия. В этом случае применяется российское право либо, по выбору кредитора, личный закон такого юридического лица». Следовательно, можно говорить, что п. 4 ст. 1202 ГК РФ, закрепив право кредитора на выбор применимого права (право РФ либо личный закон), предоставил тем самым возможность «снятия корпоративной вуали» с организации, которая, например будучи зарегистрированной в иностранном государстве (если там применяется критерий инкорпорации), осуществляет свою деятельность преимущественно в РФ.

Учитывая распространенность в российском правовом порядке спроса на использование офшорных компаний для скрытия информации о личности выгодоприобретателя, стоит отметить, что судебная практика выработала способ борьбы с этим явлением: «Когда вопрос о применении положений российского законодательства, защищающих третьих лиц, ставится в отношении офшорной компании, бремя доказывания наличия либо отсутствия обстоятельств, защищающих офшорную компанию как самостоятельного субъекта в ее взаимоотношениях с третьими лицами, должно возлагаться на офшорную компанию. Такое доказывание осуществляется прежде всего путем раскрытия информации о том, кто в действительности стоит за компанией, то есть раскрытия информации о ее конечном выгодоприобретателе»²⁸.

Рассмотрев некоторые аспекты регулирования трансграничной деятельности юридических лиц, можно прийти к выводу, что в настоящее

²³ *Loewen Group, Inc. and Raymond R. Loewen v. United States of America*. Case No. ARB /AF/98/3, Award of 26 June 2003.

²⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970.

²⁵ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

²⁶ См.: *Christoph B. The Determination of the Nationality of Investors Under Investment Protection Treaties*. Halle : Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2011. P. 72.

²⁷ Федеральный закон от 30.09.2013 № 260-ФЗ // Российская газета. 04.10.2013.

²⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 26.03.2013 № 14828/12 по делу № А40-82045/11-64-444.

время этот вопрос имеет особую значимость. В РФ актуальность поднятой проблемы подтверждается рядом изменений, которые были внесены в отечественное законодательство (их эффективность покажет практика). Актуальность этой темы для международного сообщества в целом подтверждается неоднородной практикой, складывающейся при определении правового положения юридических лиц, где один состав не снимает «корпоративную завесу» и закрывает глаза на злоупотребления юридическими лицами в трансграничной сфере; в других же случаях, как в деле *Phoenix Action*,

Ltd. v. The Czech Republic, выражает свое отрицательное отношение к действиям подобного рода. Для внесения правовой определенности и повышения предсказуемости решений по аналогичным вопросам необходим продуманный подход со стороны государств при заключении соглашений о защите капиталовложений, а также договоров об избежании двойного налогообложения. Для реализации этого нужно включить в обозначенные выше государственные соглашения положения, препятствующие юридическим лицам получать преимущества через искусственно учрежденные компании.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. — М. : Инфотропик Медиа, 2012.
2. Дмитриева Г. К. Международное частное право : учебник. — 3-е изд. — М. : Проспект, 2012. — С. 190.
3. Захаров А. С. Деофшоризация: российский контекст // *Legal Insight*. — 2013. — № 5 (21). — С. 65.
4. Касенова М. Б. Соотношение публичных и частных начал в российском инвестиционном праве // *Адвокат*. — 2006. — № 8. — С. 77—84.
5. Лермонтов Ю. М. Комментарий к Основным направлениям налоговой политики на 2015—2017 годы и последующим изменениям налогового законодательства // *Финансовые и бухгалтерские консультации*. — 2015. — № 2. — С. 20—26.
6. Магомедов М. Понятие «иностранный инвестор» и компании-оболочки // *Правовые аспекты инвестиционных договоров : сборник статей*. — М. : Норма, 2012. — С. 127—147.
7. Подшивалов Т. П. Коллизионный аспект применения доктрины «снятия корпоративной вуали» // *Международное публичное и частное право*. — 2015. — № 4. — С. 21—24.
8. Щекин Д. М. Антиофшорные меры в российском налоговом праве: перспективы судебной практики // *Закон*. — 2013. — № 4. — С. 34—35.
9. Christoph B. The Determination of the Nationality of Investors Under Investment Protection Treaties. — Halle : Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2011. — P. 72.
10. Schreuer C. Nationality Planning Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation // *The Fordham Papers*. — 2012. — P. 19.
11. Azaino E. U. Nationality/Treaty Shopping: Can Host Countries Sift the Wheat from the Chaff? // *Cepmlp Annual Review (CAR)*. — January 31. — 2012. — P. 7.
12. Feldman M. Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration // *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. — Dec 2012. — Vol. 27. — Issue 2. — P. 281—302.
13. Skinner M., Miles C. A. and Luttrell S. Access and Advantage in Investor-State Arbitration: the Law and Practice of Treaty Shopping // *The Journal of World Energy Law & Business*. — 2010. — Vol. 3. — Issue 3. — P. 260—261.
14. Vern Krishna, CM, QC, LL.D, FCGA Borden Ladner Gervais LLP Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties, 2009. P. 132.

Материал поступил в редакцию 4 апреля 2015 г.

SOME PROBLEMATIC ASPECTS OF CROSS-BORDER ACTIVITIES OF LEGAL ENTITIES

YUSIFOVA Rena Teimurovna — post-graduate at the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
rena_mari@mail.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9.

Review. *The study of the legal regulation of activities of legal entities in the international sphere is of particular interest, as it consists of both private law and public law aspects. The subject of the research is the abuse of international agreements on the part of legal entities in international tax and investment spheres, as well as measures to combat such phenomena.*

Particular attention is given to foreign doctrinal developments, as a detailed analysis of the issues involved is absent in the domestic doctrine.

The author analyzes the changes in the domestic legislation, affecting various aspects of cross-border activities of legal entities.

Keywords: *Investment activity, "nationality", investment protection agreements, double taxation agreements.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Garmozha A. P. Arbitrazh na osnovanii mezhdunarodnyh investicionnyh soglashenij: voprosy kompetencii. — M. : Infotropik Media, 2012.
2. Dmitrieva G. K. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebnik. — 3-e izd. — M. : Prospekt, 2012. — S. 190.
3. Zaharov A. S. Deofshorizacija: rossijskij kontekst // Legal Insight. — 2013. — № 5 (21). — S. 65.
4. Kasenova M. B. Sootnoshenie publichnyh i chastnyh nachal v rossijskom investicionnom prave // Advokat. — 2006. — № 8. — S. 77—84.
5. Lermontov Ju. M. Kommentarij k Osnovnym napravlenijam nalogovoj politiki na 2015—2017 gody i posledujushhim izmenenijam nalogovogo zakonodatel'stva // Finansovye i buhgalterskie konsul'tacii. — 2015. — № 2. — S. 20—26.
6. Magomedov M. Ponjatie «inostrannyj investor» i kompanii-obolochki // Pravovye aspekty investicionnyh dogovorov : sbornik statej. — M. : Norma, 2012. — S. 127—147.
7. Podshivalov T. P. Kollizionnyj aspekt primeneniya doktriny «snjatija korporativnoj vuali» // Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo. — 2015. — № 4. — S. 21—24.
8. Shhekin D. M. Antiofshornye mery v rossijskom nalogovom prave: perspektivy sudebnoj praktiki // Zakon. — 2013. — № 4. — S. 34—35.