



В. І. Король,

доктор юридичних наук,
завідувач відділу міжнародного приватного права
та порівняльного правознавства
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

УДК 336.227.2:336.227.8

DOI 10.37749/2308-9636-2020-7(211)-5

ГАРМОНІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВ ДЕРЖАВ — ЧЛЕНІВ ЄС ЩОДО КОНТРОЛЬОВАНИХ ІНОЗЕМНИХ КОМПАНІЙ У СФЕРІ ПРОТИДІЇ УНИКНЕННЮ ОПОДАТКУВАННЯ

Статтю присвячено одному з основних векторів гармонізації в межах Європейського Союзу законодавства у сфері міжнародного оподаткування.

Увагу сфокусовано на ключових аспектах інституту контрольованих іноземних компаній, систему норм якого закріплено у директиві Ради ЄС, спрямованій на підвищення рівня захисту внутрішнього ринку шляхом протидії практикам уникнення оподаткування.

*У концептуально-правовій та методологічній площині аналітичну призму, яка сприяла системному розкриттю сутності релевантних положень зазначеного акту *acquis* ЄС і особливостей їх імплементації державами — членами ЄС, становлять рекомендації та роз'яснення, що містяться у Фінальному звіті ОЕСР щодо Заходу 3 проекту BEPS.*

Ключові слова: контрольована іноземна компанія, пасивний дохід, суттєва економічна діяльність, фіктивна операція.

У системі цілей податкової політики Європейського Союзу та його держав-членів до пріоритетних є усі підстави віднести підвищення рівня дієвості правових механізмів протидії уникненню оподаткування. Актуальність цього вектору детерміновано потребою у розв'язанні загальної проблеми, сутність якої полягає в систематичному недоодержанні державними бюджетами доходів у частині податкових надходжень. У причинно-наслідковій площині це зумовлюється, значною мірою, свідомою реалізацією їх резидентами та пов'язаними з ними особами — суб'єктами транскордонної економічної діяльності стратегій

з уникнення або мінімізації сплати податку на прибуток.

У межах цієї загальної проблеми викристалізувалась одна з її основних складових, яка полягає у певній, як це не дивно, архаїчності податкового законодавства держав — членів ЄС щодо контрольованих іноземних компаній в умовах динамічних змін глобального економічного середовища, запровадження суб'єктами приватного права нових бізнес-моделей та схем уникнення оподаткування. Це висунуло на порядок денний нагальне питання не тільки необхідності локальної модернізації податкового законодавства кожною державою,

а й здійснення гармонізації на наднаціональному рівні з дотриманням принципів пропорційності та субсидіарності.

У 2019 р. в Європейському Союзі набрав чинності акт вторинного законодавства, який став ще одним важливим елементом так званого Пакету протидії уникненню оподаткування (Anti-Tax Avoidance Package). Йдеться про директиву Ради (ЄС) 2016/1164 від 12 липня 2016 р. про запровадження норм протидії практикам уникнення оподаткування, що безпосередньо впливають на функціонування внутрішнього ринку (Anti-Tax Avoidance Directive — надалі АТАД або АТА Директива) [1].

Наведене зумовлює мету цієї статті, якою є розкриття загальних засад та особливостей запровадження інституту контрольованих іноземних компаній у асписі Європейського Союзу та податковому законодавстві його держав-членів у глобальному контексті.

Для досягнення окресленої мети доцільним є звернення до системи правових норм, закріплених у АТА Директиві, концептуально-правових розробок на міжнародному багатосторонньому рівні у межах ОЕСР, аналітичних і статистичних матеріалів транснаціональних консалтингових компаній — КРМГ, ЕУ, Deloitte, результатів колективних та індивідуальних досліджень європейських фахівців з цієї проблематики у сфері міжнародного оподаткування, зокрема С. Дунаеса, Д. Банна, Р. Колієра, С. Каррі, О. Роппонена, М. Сімлера, М. Тодтенхаупта, П. Ронки, А. Сільвєстрі.

Інститут контрольованих іноземних компаній (КІК) варто розглядати як елемент певної системи, оскільки АТА Директивою запроваджено п'ять механізмів протидії уникненню оподаткування в межах ЄС. Такий поліелементний підхід детермінований тим, що на практиці резиденти держав-членів свідомо використовують на свою користь специфічні особливості правових режимів оподаткування в різних юрисдикціях або включають до схем оптимізації оподаткування іноземні компанії, з якими вони є не просто пов'язаними особами, а здійсню-

ють щодо них контроль, на чому сфокусовано увагу в цій науковій статті.

Отже, у АТАД закріплено підсистеми норм щодо: загального правила запобігання зловживанням (the general anti-abuse rule), гібридних невідповідностей (rules to tackle hybrid mismatches), контрольованих іноземних компаній (controlled foreign company rules), обмежень на вирахування процентів (limitations to the deductibility of interest) та оподаткування при виведенні активів (exit taxation).

Кожному з наведених елементів притаманна власна специфіка, водночас закріплення правових норм щодо них в одному акті вторинного законодавства ЄС свідчить про наявність спільного «знаменника». Дійсно, їх об'єднує мета, якою спрямованість на протидію уникненню оподаткування, де здійснення певних свідомих цілеспрямованих дій пов'язаних суб'єктів транскордонної економічної діяльності визнається інститутами ЄС такими, що не відповідають публічним економічним інтересам, принципам соціальної відповідальності бізнесу перед суспільством. Внаслідок цього, попри формально-юридичну законність дій приватноправового характеру, як-то створення компаній на території іноземних держав, укладення зовнішньоекономічних (міжнародних комерційних) контрактів, такі дії детермінують запровадження у сфері публічно-правових відносин — міжнародного оподаткування, спеціальних правових інструментів, спрямованих на протидію в межах ЄС схемам податкового планування, особливим тим, які носять агресивний характер.

У цілому, як зазначають європейські фахівці Себастьян Дунаес (Sebastian Duecas) та Даніель Банн (Daniel Bunn), інкорпорація норм АТАД спричинятиме як позитивні наслідки, так і негативні, зокрема втрату деякими державами — членами ЄС своїх конкурентних переваг у сфері залучення інвестицій, підвищення рівня тягаря на суб'єктів економічної діяльності в частині забезпечення відповідності вимогам законодавства [2].

Глобальний контекст, про який ідеться у формулюванні мети статті, концентровано представлено у Фінальному звіті ОЕСР щодо Заходу 3 проєкту BEPS, який стосується саме контрольованих іноземних компаній у контексті проблем розмивання податкової бази та виведення прибутків із-під оподаткування. Беручи до уваги притаманні цьому Звіту ОЕСР недоліки, зазначимо, що аналітичну призму, через яку варто розглянути зміст закріплених у АТА Директиві норм інституту КІК, формуватимуть його сильні сторони. До них, зокрема, можна віднести узагальнення законодавчих підходів і кращих практик застосування норм щодо контрольованих іноземних компаній у різних країнах світу, рекомендації з роз'ясненнями щодо можливих у цілому та оптимальних зокрема шляхів розв'язання проблеми КІК у сфері правотворчої діяльності при вдосконаленні існуючих або розробці нових нормативно-правових актів податкового законодавства.

Не залишаючи абстрактним твердження щодо «недоліків», його доцільно конкретизувати та навести критичну позицію європейських фахівців у сфері міжнародного оподаткування. Так, вони наголошують на тому, що за відсутності досягнутого консенсусу, Фінальний звіт Заходу 3 не сформував мінімального стандарту щодо контрольованих іноземних компаній, як планувалось, що, певною мірою, можна вважати провалом. Після публікації Звіту не було жодного сенсу, передумов для успішного просування у напрямі підготовки скоординованої відповіді в цій чутливій сфері. Попри очікування, не відбулося суттєвого глобального зрушення до запровадження норм щодо КІК, навпаки, основне послання виявилось прямо протилежним, оскільки таким Звітом було визнано, що підхід «один розмір для усіх» може виявитись контрпродуктивним» [3, с. 8].

У практичній правозастосовній площині першим кроком, який визначатиме весь подальший алгоритм дій податкових органів, є кваліфікація певного суб'єкта права як «контрольованої іно-

земної компанії». Дійсно, за відсутності законодавчо закріплених ознак, кожна з яких є необхідною, а їх сукупність достатньою для визнання зазначеного суб'єкта саме такою компанією, уся похідна система норм, що послідовно розглядатиметься у межах статті, не підлягатиме застосуванню. Така постановка питання зумовлює зацікавленість у багатонаціональних компаній у створенні таких суб'єктів права у сприятливих податкових юрисдикціях, які, з одного боку, є здатними акумулювати виведені прибутки з материнської та інших іноземних юрисдикцій, з іншого боку — цілком законно залишатимуться поза сферою дії норм щодо КІК. У свою чергу, економічні інтереси держав та їх інтеграційних утворень визначають законодавчі підходи щодо запобігання маніпулювання платниками податків правовим статусом.

Отже, відповідно до п. 1 ст. 7 АТА Директиви контрольованою іноземною компанією визнаватиметься суб'єкт права, створений в іноземній юрисдикції, щодо якого виконуються одночасно такі умови:

— по-перше, має місце контроль з боку платника податку — резидента держави — члена ЄС, який може бути одноосібним або спільним разом із його асоційованими підприємствами. Відповідність критерію саме контролю (а не, наприклад, суттєвого впливу) на альтернативних засадах пов'язується з певним рівнем прямої або опосередкованої участі за рахунок володіння часткою більше, ніж 50 відсотків, що надає право: а) володіння часткою у капіталі; б) голосу; в) одержання прибутку.

— по-друге, має місце нормативно передбачене співвідношення у вигляді суттєвого диспаритету рівнів оподаткування на прибуток компаній у юрисдикціях, з одного боку, контролюючої компанії, з іншого — іноземної компанії, за рахунок низького податкового навантаження в останній.

Перша з наведених обов'язкових умов не потребує особливої конкретизації, хіба що акцентування на тому, що йдеться про юридичний контроль (а, б) та еконо-

мічний контроль (в). Субсидіарно може визнаватися також фактичний контроль, гіпотетично можливі та практично доцільні норми щодо якого не одержали належного закріплення у АТАД.

Функціонально, поряд із кваліфікаційно-правовим аспектом, нормативне закріплення наведених часток відіграє ключову роль також при визначенні розміру частини прибутку контрольованої іноземної компанії. Вона може підлягати включенню на пропорційній основі до бази оподаткування контролюючої, насамперед материнської компанії, яка сплачуватиме своєрідний «консолідований» податок на прибуток із застосуванням ставки, передбаченої у податковому законодавстві держави — члена ЄС, резидентом якої вона є.

У свою чергу, щодо другої умови важливо акцентувати увагу на імплементаційному підході, сутність якого полягає в тому, що йдеться не про порівняння номінальних законодавчо закріплених ставок податку в юрисдикціях контролюючої та іноземної контрольованої компанії, а про ефективну ставку, що передбачає оперування фактично сплаченою сумою податку на прибуток, що є далеко не тотожними підходами. Згідно з пп. «b» п. 1 ст. 7 АТА Директиви відповідність другій обов'язковій умові матиме місце, якщо сума фактично сплаченого податку на прибуток іноземної компанії буде нижчою, ніж різниця між двома сумами, а саме сумою податку, який підлягав би сплаті відповідно до вимог податкового законодавства платника податку — резидента держави — члена ЄС та сумою фактичного сплаченого податку КІК.

Виходячи з міжнародно-правових засад Європейського Союзу стосовно, з одного боку, вимог до держав — членів ЄС щодо імплементації директив на рівні національного законодавства, з іншого — суверенних прав на реалізацію ними власної податкової політики, заслуговує на увагу досвід Кіпру, акти податкового законодавства якого (як і України) ніколи раніше не містили положень щодо КІК. Так, розкритий вище загаль-

ний зміст диспозиції пп. «b» п. 1 ст. 7 АТАД, втілений у законодавстві Кіпру з важливою особливістю. Так, кіпрський законодавець другу умову визнання іноземної компанії саме контрольованою передбачив таким чином, що, мабуть, цілком свідомо призведе до звуження кола тих юрисдикцій, диспаритет податкового навантаження у межах яких із Кіпром призводитиме до необхідності застосування норм щодо КІК у повному обсязі щодо компаній та постійних представництв резидентів Кіпру. Питання полягає в тому, що іноземна компанія визнаватиметься контрольованою з боку платника податку — резидента Кіпру, якщо сума фактично сплаченого корпоративного податку на прибуток буде менше 50 відсотків суми податку на прибуток, який підлягав би сплаті відповідно до приписів актів податкового законодавства Кіпру [4].

Оскільки досягнення таких кількісних параметрів є можливим не лише платником податку — резидентом держави — члена ЄС самостійно, а й разом з його асоційованими підприємствами, як безпосередньо, так і опосередковано, варто зазначити таке. Спираючись на офіційне автентичне тлумачення поняття «асоційованого підприємства», як наведено у пп. (4) ст. 2 АТАД, у Законі Кіпру також передбачено, що визначальний кількісний параметр, досягнення якого є достатнім для набуття такого правового статусу, визначений на рівні 25% та більше щодо: частки платника податку в капіталі підприємства, права голосу або одержання частини його прибутку.

Узагальнюючи досвід законодавчого регулювання у різних державах, у фінальному звіті ОЕСР щодо контрольованих іноземних компаній найбільш релевантними визначено певні категорії потенційно виведених із-під оподаткування доходів, які диференційовано ґрунтуються на таких критеріях: 1) юридична класифікація; 2) пов'язаність сторін та 3) джерело походження доходу [5, с. 46].

Попри те, що можливим є застосування також інших критеріїв класифікації доходів суб'єкта економічної діяльності,

запропонований підхід можна визнати достатньо дієвою аналітичною призмою, через яку можна розглянути ключові підходи, які закріплено в АТА Директиві та знаходять подальше варіативне втілення у законодавстві держав — членів ЄС у процесі її імплементації.

Як зазначають європейські фахівці у галузі податкового права, залежно від пріоритетів політики держав — членів ЄС, норми щодо КІК можуть мати за мету оподаткування всього прибутку дочірньої компанії, створеної у юрисдикції з низьким рівнем оподаткування, певних категорій її доходів або обмежитись доходами, які було їй переведено штучно [6].

Відповідно до пп. «а» п. 2 ст. 7 АТАД, до бази оподаткування платника податку на прибуток — резидента держави — члена ЄС може бути включено нерозподілений прибуток контрольованої іноземної компанії, який отримано за рахунок одержання таких категорій доходів:

- процентів та інших доходів від використання фінансових активів;
- роялті та інших доходів від використання об'єктів права інтелектуальної власності;
- дивідендів та доходів від відчуження часток (акцій);
- доходи від фінансового лізингу;
- доходи від страхової, банківської та іншої фінансової діяльності;
- доходи від інвойсингових компаній (діяльність яких полягає у здійсненні короткострокового фінансування торговельних операцій з дисконтом), які, зокрема, не створюють додаткової вартості при здійсненні операцій купівлі-продажу товарів між асоційованими підприємствами.

Наведена норма ґрунтується на юридичній класифікації доходів, які значною мірою породжують ризики уникнення оподаткування в силу їхньої природи, зокрема, легкості переміщуваності у глобальному геоеконічному просторі. Саме цю модель було обрано як оптимальну для закріплення в актах податкового за-

конодавства відносно більшістю держав — членів ЄС, зокрема Німеччиною, Італією, Австрією, Швецією, Іспанією, Чехією, Грецією [7]¹.

У даному контексті важливо акцентувати увагу на тому, що в Європейському Союзі категоріальний аналіз не підлягає застосуванню відокремлено від сутнісного (своєрідного економіко-ресурсного) аналізу. Функціональне призначення останнього полягає у визначенні того, чи брала контрольована іноземна компанія суттєву участь в операціях, які призвели до одержання доходів та прибутку.

Сприйняття інститутами ЄС необхідності поєднання двох видів аналізу є методологічно та функціонально обґрунтованим, що призвело до закріплення в АТАД спеціальної норми. Диспозицією цієї норми чітко передбачено, що наведені шість категорій доходів не підлягають включенню до прибутку контрольованої іноземної компанії для подальшого збільшення бази оподаткування контролюючої компанії, якщо належні факти та обставини свідчатимуть про здійснення такою компанією економічної діяльності, яка носить суттєвий характер, що є можливим за наявності в неї необхідних приміщень, обладнання, інших активів та персоналу.

Нормативне закріплення в АТА Директиві зв'язку між виключенням з-під оподаткування пасивних доходів контрольованої іноземної компанії у випадку здійснення саме суттєвої економічної діяльності, з точки зору європейських правознавців у сфері податкового права, можна віднести до її концептуально-правових недоліків. Дійсно, їхній аналіз судової практики Суду Європейського Союзу дозволив виявити інший підхід, який полягає у тому, що цей суд вимагає доказів лише добросовісної діяльності, при цьому діяльність може бути добросовісною та не носити водночас суттєвого характеру. Як приклад такого співвідношення наводиться діяльність з управління активами, яка може не потребува-

¹ З метою дотримання у межах статті єдиного підходу щодо представлення особливостей імплементації в актах національного законодавства держав — членів ЄС норм АТАД, усі подальші статистичні дані наведено з посиланням на одне джерело, де міститься інформація станом на лютий 2020 р.

ти суттєвої економічної складової в частині наявності будівель, обладнання та персоналу [8].

Поряд із законодавчим закріпленням переліку пасивних доходів, АТА Директивою надано право державам — членам ЄС імплементувати менш конкретизовану, але не менш важливу модель (у літературі нею оперують як моделлю «В», що є коректним, оскільки вона передбачена саме у пп. «b» п. 2 ст. 7). Її сутність полягає у тому, що до нерозподіленого прибутку контрольованої іноземної компанії, який також підлягатиме включенню до бази оподаткування контролюючої особи, належать доходи, які одержано в результаті операцій, які є всі підстави кваліфікувати як недобросовісні (фіктивні), оскільки їх було цілеспрямовано вчинено для одержання податкових переваг.

Дві наведені моделі визначення прибутку КІК, який може бути віднесений до бази оподаткування контролюючої компанії, є принципово різними, водночас їм притаманний спільний компонент, оскільки як пасивні, так і фіктивні доходи пов'язані з категорією «нерозподілений прибуток». Виходячи з того, що безпосередньо у АТА Директиві відсутнє офіційне автентичне тлумачення, наприклад, згідно з положеннями раніше згаданого закону Кіпру, під нерозподіленим слід розуміти прибуток, який «не було розподілено протягом відповідного року або протягом 7 (семи) місяців після закінчення року» [9].

Вибір стратегій податкового планування залишається прерогативою багатонаціональних компаній, водночас за наявності наміру мінімізувати ризики настання несприятливих економічних наслідків у вигляді донарахування податкових зобов'язань щодо податку на прибуток у юрисдикції контролюючої компанії, іноді ефективніше може бути діяти у спосіб, який визнається державами добросовісним. Це передбачає як володіння контрольованою компанією необхідними активами, так і самостійне прийняття нею суттєвих ризиків, які безпосередньо пов'язані з одержанням

доходів при здійсненні транскордонних операцій.

До визначальних нормативно закріплених в ЄС ознак фіктивної операції віднесено здійснення персоналом контролюючої компанії суттєвих функцій, що, власне, є тим засобом, який приводить до генерування доходу контрольованої іноземної компанії. Дійсно, у таких транскордонних правовідносинах буде розірвано належний причинно-наслідковий зв'язок між діями безпосередньо контрольованої іноземної компанії та одержаними нею доходами.

Розглянутий вище аспект є важливим, що підтверджується диспозицією імперативної норми, закріпленої у п. 2 ст. 8 АТА Директиви. Її квінтесенція полягає у тому, що до бази оподаткування компанії — платника податку, з одного боку, доходи, одержані контрольованою компанією за участі персоналу материнської компанії, підлягають обов'язковому додатковому включенню, з іншого — на розмір таких доходів накладається певне обмеження. Отже, беручи до уваги те, що такий дохід вважатиметься таким, що одержано у результаті здійснення компаніями фіктивних операцій, до бази оподаткування платника податку підлягають включенню доходи в тому розмірі, який кореспондує з виконанням персоналу контролюючої компанії суттєвих функцій щодо активів та ризиків контрольованої іноземної компанії.

Розкриваючи особливості імплементації АТАД у податковому законодавстві Італії, Андреа Сільвестрі та Паоло Ронка підкреслюють, що у нормах директиви запроваджено два альтернативні підходи:

— трансакційний щодо пасивних доходів;

— суб'єктний (або юрисдикційний) — щодо доходів від фіктивних операцій.

Натомість, на відміну від АТАД, у відповідному законі Італії передбачено лише один підхід, а саме суб'єктний, внаслідок чого весь нерозподілений прибуток контрольованої іноземної компанії, який розраховано з урахуванням доходів як від пасивних, так і від фіктивних операцій, підлягають включенню до

бази оподаткування італійської контролюючої компанії [10].

Питання кореляції, з одного боку, підходів — трансакційного та суб'єктного, з іншого боку, видів доходів — пасивних та фіктивних, може виявитися складним та породжувати помилки навіть у європейських фахівців, які здійснюють аналіз зсередини системи. Дійсно, щойно наведена позиція італійських фахівців є дещо хибною, а точніше, прямо протилежною положенням ATAD та супровідних і аналітичних матеріалів щодо цієї директиви.

Не бачаючи у помилці суттєвої проблеми, оскільки, як відомо з давніх часів, *Errare humanum est*, варто визначити коректне співвідношення. Так, зокрема, в аналітичних матеріалах транснаціональної консалтингової компанії КПМГ чітко зазначено, що у межах моделі «В» щодо доходів від фіктивних операцій застосовується саме трансакційний підхід [11]. Аналогічна позиція — з чіткою диференціацією суб'єктного/категоріального (п. 2 ст. 7 «а») та трансакційного підходу (п. 2 ст. 7 «б») — міститься у роз'ясненнях Генерального секретаріату Ради ЄС щодо пропозицій до директив Ради (ЄС) 2016/1164 від 12 липня 2016 р. про запровадження норм протидії практикам уникнення оподаткування, що безпосередньо впливають на функціонування внутрішнього ринку [12].

У розвиток щойно викладеного, доцільно звернути увагу на ще один аспект, який є невід'ємним елементом наведеної моделі. Він полягає у тому, що прибуток контрольованої іноземної компанії має бути розрахований із дотримання принципу витягнутої руки (*arm's length principle*). Не заглиблюючись у межах цієї статті у розкриття передумов, особливостей та наслідків застосування цього принципу, варто зазначити, що він є визначальною категорією іншого інституту — трансфертного ціноутворення. Інститути контрольованої іноземної компанії та трансфертного ціноутворення перебувають у певному функціональному зв'язку, водночас є самостійними, внаслідок чого проблеми розми-

вання податкової бази цілком слушно розглядаються у межах різних заходів Плану заходів BEPS. У його межах окремим проблемам застосування (маніпулювання) багатонаціональними компаніями трансфертних цін при здійсненні транскордонних операцій між пов'язаними особами, створеними у різних державах, з метою оптимізації (мінімізації) оподаткування через перерозподіл прибутку в межах групи компаній шляхом його переведення до більш сприятливих податкових юрисдикцій присвячено заходи 8-10 BEPS [13].

Отже, важливий узагальнюючий акцент полягає у тому, що за відсутності здійснення персоналу контролюючої компанії суттєвих функцій щодо активів та ризиків контрольованої компанії норми інституту контрольованої іноземної компанії не підлягають застосуванню, водночас актуалізується необхідність застосування норм інституту трансфертних цін.

Акцентуючи увагу на тих платниках податку на прибуток — резидентах держав — членів ЄС, які здійснюють агресивне податкове планування, інститути ЄС запровадили певне послаблення для тих іноземних компаній та постійних представництв, які як відповідають за формальними ознаками дефініції контрольованої іноземної компанії, так і одержують доходи, що асоціюються з ризиками виведення прибутку з-під оподаткування. Сутність спеціальної норми полягає у тому, що держави можуть на свій розсуд законодавчо імплементувати опцію щодо невизнання іноземної компанії як контрольованої у тому випадку, якщо розмір пасивних доходів (процентів, роялті, дивідендів) буде менше однієї третини загального розміру її прибутку. Такий підхід реалізовано у податковому законодавстві низки держав — членів ЄС — Італії, Португалії, Греції, Польщі, Литви.

Аксіоматичним можна вважати бачення, що найбільш імовірні ризики розмивання податкової бази та виведення прибутку з-під оподаткування виникають в операціях між пов'язаними особа-

ми. У даному контексті варто звернути увагу на те, що віднесення шести категорій пасивних доходів до тих, які підлягають врахуванню при розрахунку прибутку контрольованої іноземної компанії, частина якого може підлягати оподаткуванню в іншій юрисдикції, у загальній нормі п. 2 (а) ст. 7 АТАД не пов'язується з обмежувальною умовою їх одержання саме від пов'язаних осіб — материнської компанії або її асоційованих підприємств. Водночас, виходячи зі змісту спеціальної норми АТАД, наявність у суб'єктів економічної діяльності статусу пов'язаних осіб може не породжувати негативних економіко-правових наслідків. Дійсно, відповідно до ч. 2 п. 3 ст. 7 АТАД, фінансові установи можуть не визнаватися контрольованими іноземними компаніями, якщо одна третина або менше пасивних доходів надходять від операцій із пов'язаними особами. У даному контексті можна зазначити, що низка держав — членів ЄС закріпили в актах національного законодавства обидва виключення — як наведене вище щодо однієї третини пасивних доходів, так і щодо фінансових компаній (кредитних установ, інвестиційних фірм, страхових компаній тощо), це, зокрема, Іспанія, Нідерланди, Австрія, Румунія.

Концептуально-правові моделі протидії уникненню оподаткування через контрольовані іноземні компанії можуть включати також вимоги щодо джерел походження їхніх доходів. У максимально широкому географічно-юрисдикційному вимірі джерелами походження доходів КІК можуть бути території материнської юрисдикції, декількох інших іноземних юрисдикцій та «домашня» юрисдикція КІК. Як наголошується у Фінальному звіті ОЕСР щодо Заходу 3, у світі має місце реалізація двох основних підходів, де перший — вузький — передбачає врахування доходів, переведених до юрисдикції КІК материнською компанією або іншими компаніями — резидентами цієї ж держави, другий — широкий — передбачає врахування доходів, одержаних КІК з будь-яких іноземних юрисдикцій.

Спільним для окреслених підходів є визнання найменш ризикованими доходів, одержаних КІК на території держави, резидентом якої вона є, внаслідок чого вони можуть виключатися з розрахунку прибутку, який може стати об'єктом оподаткування у податковій юрисдикції контролюючої компанії. У даному контексті доцільно акцентувати увагу на тому, що у нормах АТАД цей аспект не знайшов відображення у конкретизованому вигляді. Це дозволяє зробити висновок, що при розрахунку прибутку іноземних компаній, які є контрольованими з боку платників податків — резидентів держав — членів ЄС, у повному обсязі підлягають врахуванню доходи, одержані з джерел походження з території будь-якої держави — як тієї, резидентом якої є КІК, так і будь-якої іноземної.

Теоретично всі суб'єкти транскордонної економічної діяльності, які відповідають законодавчо закріпленим ознакам контрольованих іноземних компаній, можуть бути включені до кола суб'єктів права, які для цілей оподаткування розглядатимуться як резиденти держави контролюючої компанії. У практичній площині держави вважають більш раціональним та ефективним здійснювати моніторинг діяльності більш вузького кола суб'єктів, а саме тих, створення або функціонування яких викликає занепокоєння у фіскальних (податкових) органів з огляду на високий рівень ризиків реалізації схем цілеспрямованого уникнення оподаткування. Такий підхід реалізується у законодавстві держав шляхом закріплення кількісних та якісних параметрів, які визначають своєрідну «демаркаційну лінію» щодо тих суб'єктів права, до яких не підлягають застосуванню норми інституту контрольованої іноземної компанії, незважаючи на те, що формально-юридично вони відповідають ознакам такої компанії.

Щодо кількісних параметрів у п. 4 ст. 7 АТАД передбачено, що держави — члени ЄС мають право виключити контрольовані компанії або постійні представництва, які здійснюють недобросовісні операції, з-під дії норм щодо КІК.

Це може бути реалізовано, якщо їхній бухгалтерський прибуток за даними фінансового обліку від операцій, головною метою здійснення яких було одержання податкових переваг, не перевищуватиме 750 тис. євро та 75 тис. євро некомерційного доходу. Альтернативна диспозиція цієї норми передбачає можливість запровадження відповідного звільнення від оподаткування в тому випадку, якщо бухгалтерський прибуток контрольованої іноземної компанії не перевищуватиме 10 відсотків її операційних витрат, понесених протягом податкового періоду.

Логічно завершуючи наведення релевантних статистичних даних, варто зазначити, що, наприклад, Ірландія та Угорщина законодавчо запровадили обидва наведені виключення, а Бельгія та Словаччина навпаки їх обидва залишили поза законодавчим закріпленням.

Системний аналіз норм ATAD свідчить, що інститути ЄС цілком свідомо та слушно нормативно закріпили мінімальні кількісні вимоги не у локальному форматі. Проблема полягає в тому, що запровадження лише кількісних порогів, які дозволятимуть контрольованим іноземним компаніям залишитися поза оподаткуванням у юрисдикції контролюючої компанії, породжуватиме цілком реальні ризики своєрідного «транскордонного полісуб'єктного розщеплення». Сутність цього правового феномена полягатиме у можливості створення декількох контрольованих іноземних компаній у різних юрисдикціях, кожна з яких одержуватиме прибуток у розмірі меншому від законодавчих граничних вимог.

При цьому можна припустити, що ризики здійснення подібної фрагментації моделей ведення бізнесу можуть породжуватися діями суб'єктами комерційної економічної діяльності у будь-якій державі ЄС, незалежно від рівня її розвитку, що викликано іманентною для комерсантів (підприємців) в усьому світі орієнтацією на одержання прибутку та зменшення його оподаткування. Це означає, що законодавче закріплення мінімальних параметрів, недосягнення

яких звільняє від оподаткування, потребує одночасного запровадження запобіжників у вигляді, зокрема, анти-фрагментаційних норм.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити такі висновки. Теоретично платники податку — резиденти держав — членів ЄС можуть не змінювати існуючі моделі ведення бізнесу у транскордонній площині та алгоритми узгоджених цілеспрямованих дій щодо уникнення оподаткування шляхом переведення прибутків контрольованим ними іноземним компаніям у більш сприятливих податкових юрисдикціях.

Водночас ця двоелементна модель правовідносин «контролюючий резидент — контрольований нерезидент», де останній акумулює пасивні доходи або доходи від фіктивних операцій, законодавчо доповнюється третім суб'єктним елементом — фіскальним (податковим) органом. Такий орган наділяється компетенцією здійснювати донарахування податкових зобов'язань резидента у державі — члені ЄС за рахунок нерозподіленого протягом певного періоду прибутку нерезидента (квазірезидента для цілей оподаткування) — контрольованої іноземної компанії. Реалізація наданих повноважень у цій чутливій сфері публічно-правових відносин може відбуватись у межах та способами, який передбачений, по-перше, у АТА Директиві, по-друге, у нормативно-правових актах національного податкового законодавства, прийнятих відповідно та у розвиток норм цієї директиви як інструмента гармонізації законодавства держав — членів ЄС.

Імплементация АТА Директиви державами — членами ЄС у межах втілених у ній концептуально-правових підходів дозволить здійснити гармонізацію законодавства у сфері протидії уникненню оподаткування шляхом включення до схем контрольованих іноземних компаній, водночас рівень забезпечення їхніх публічних економічних інтересів у сфері міжнародного оподаткування буде тяжіти до мінімального. Підвищення цього рівня вимагатиме запровадження в актах національного податкового зако-

нодавства додаткових економіко-правових механізмів, передумови та наслідки застосування яких розкрито, зокрема, але не виключно, у фінальному звіті ОЕСР щодо Дії 3 глобального проекту BEPS.

Виходячи з того, що в Україні нарешті запроваджено прогалину в податковому законодавстві та закріплено систему

норм щодо контрольованих іноземних компаній у Податковому кодексі України, перспективним предметом подальших досліджень буде розкриття переваг та недоліків української моделі у контексті процесів модернізації правових механізмів протидії уникненню оподаткування на глобальному та регіональному (європейському) рівнях.

Список використаної літератури

1. Директива Ради (ЄС) 2016/1164 від 12 липня 2016 р. про запровадження норм протидії практикам уникнення оподаткування, що безпосередньо впливають на функціонування внутрішнього ринку. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=celex:32016L1164> (дата звернення: 21.02.2020).

2. Дунаес С., Банн Д. Норми проти уникнення оподаткування підвищує тягар забезпечення відповідності у державах — членах ЄС, 28 березня 2019 р. URL: <https://taxfoundation.org/eu-tax-avoidance-rules-increase-tax-compliance-burden/> (дата звернення: 25.02.2020).

3. Коліер Р., Каррі С., Роппонен О., Сіммер М., Тодтенхаупт М. Аналіз останніх заходів ЄС протидії уникненню оподаткування: заслуги та проблеми # 1 13.8.2018 https://www.ifo.de/DocDL/EconPol_Policy_Report_08_2018.pdf (дата звернення: 15.03.2020).

4. Кіпр удосконалює законодавство для імплементації директиви ЄС щодо протидії уникненню оподаткування. Глобальний Ернст енд Янг, 8 квітня 2019 р. URL: https://www.ey.com/en_gl/tax-alerts/cyprus-adopts-legislation-implementing-eu-anti-tax-avoidance-directive (дата звернення: 27.03.2020).

5. ОЕСР (2015), Розроблення ефективних правил стосовно контрольованих іноземних компаній, Захід 3 — 2015 Фінальний звіт, Проект ОЕСР/G20 Розмивання бази оподаткування та виведення прибутку з-під оподаткування, Видавництво ОЕСР, Париж. URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en> (дата звернення: 11.02.2020).

6. Гутман Д., Райнгердт де ла Блетер Е., Оффрманс Р., Шелекенс М. та ін. Вплив ATAD на національні системи: порівняльний огляд. Податкова дослідницька платформа, 12 грудня 2016 р. URL: https://www.researchgate.net/publication/329070597_The_Impact_of_ATAD_on_Domestic_Systems_A_Comparative_Survey (дата звернення: 22.03.2020).

7. Делойт. Директива ЄС протидії уникненню оподаткування: імплементація норм щодо контрольованих іноземних компаній. Лютий 2020. URL: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-eu-anti-tax-avoidance-directive-implementation-of-controlled-foreign-company-rules.pdf> (дата звернення: 29.03.2020).

8. Довідник з досліджень податкового права Європейського Союзу/за ред. Х. Панайі, В. Хасленера та Е. Траверса, Видавництво Едварда Елгара, Чалтенхем Великобританія. Норсхемптон США, 2020, DOI 10.4337/9781788110846. С. 310 (дата звернення: 25.03.2020).

9. Імплементація положень директиви ATAD у кіпрське право. KPMG, 22.05.2019. URL: <https://home.kpmg/ru/ru/home/insights/2019/05/atad-implementation-in-cyprus.html> (дата звернення: 25.03.2020).

10. Сільвестрі А., Ронка П. Італія змінює правила щодо КІК при реформуванні оподаткування прибутку компаній. URL: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1gttsx978g92g/italy-amends-cfc-rules-in-corporate-tax-reform> (дата звернення: 31.03.2020).

11. Трансакційний підхід: застосування принципу витягнутої руки (Модель «В»). URL: <https://tax.kpmg.us/articles/2019/beeps-cfc-rules-under-atad.html> (дата звернення: 31.03.2020).

12. Звіт «Пропозиції до Директиви Ради про запровадження норм протидії практикам уникнення оподаткування, що безпосередньо впливають на функціонування внутрішнього ринку». Генеральний секретаріат Ради. Брюссель, 24 травня 2016 р. (OR. en) 9432/16 ФІСК 84 ЕКОФІН 499. URL: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9432-2016-INIT/en/pdf> (дата звернення: 07.03.2020).

13. Узгодження наслідків трансфертного ціноутворення зі створенням вартості: нематеріальні активи, ризики та капітал, операції з високим рівнем ризику, Заходи 8—10, Фінальні звіти. URL: <https://www.oecd.org/tax/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm> (дата звернення: 30.03.2020).

References

1. Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=celex:32016L1164> (дата звернення: 21.02.2020).
2. Sebastian Duecas, Daniel Bunn. Tax Avoidance Rules Increase the Compliance Burden in EU Member Countries March 28, 2019. URL: <https://taxfoundation.org/eu-tax-avoidance-rules-increase-tax-compliance-burden/> (дата звернення: 25.02.2020).
3. Collier, Richard, Kari, Seppo, Ropponen, Olli, Simmler, Martin and Todtenhaupt, Maximilian. Dissecting the EU's Recent Anti-Tax Avoidance Measures: Merits and Problems # 1 13.8.2018. URL: https://www.ifo.de/DocDL/EconPol_Policy_Report_08_2018.pdf (дата звернення: 15.03.2020).
4. Cyprus adopts legislation implementing EU Anti-Tax Avoidance Directive. EY Global, April 8, 2019. URL: https://www.ey.com/en_gl/tax-alerts/cyprus-adopts-legislation-implementing-eu-anti-tax-avoidance-directive (дата звернення: 27.03.2020).
5. OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 — 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en> (дата звернення: 11.02.2020).
6. Daniel Gutmann, Andreas Perdelwitz, Emmanuel Raingard de la Blitière, Reni Offermanns, Marnix Schellekens, Giulia Gallo, Adrián Grant Nap and Magdalena Olejnicka. The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey ? Tax Research Platform — IBFD Vol. 57 Issue: European Taxation, 2017 (Volume 57), No. 1 Published online: 12 December 2016. URL: https://www.researchgate.net/publication/329070597_The_Impact_of_ATAD_on_Domestic_Systems_A_Comparative_Survey (дата звернення: 22.03.2020).
7. EU Anti-Avoidance Directive: Implementation Controlled Foreign Company Rules. Deloitte, February 2020. URL: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-eu-anti-tax-avoidance-directive-implementation-of-controlled-foreign-company-rules.pdf> (дата звернення: 29.03.2020).
8. Reseach HandBook on European Union Taxation Law Edited by Christiana HJI Panayi, Werner Haslehner and Edoardo Traversa, Edward Elgar Publishing, Chaltenham, UK * Northhampton, MA, USA, Elgaronline, 2020, DOI 10.4337/9781788110846. P. 310. (дата звернення: 25.03.2020).
9. Імплементация положений директивы ATAD в кипрское право. KPMG, 22.05.2019. URL: <https://home.kpmg/ru/ru/home/insights/2019/05/atad-implementation-in-cyprus.html> (дата звернення: 25.03.2020).
10. Andrea Silvestri, Paolo Ronca. Italy amends CFC rules in corporate tax reform. URL: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1gttsx978g92g/italy-amends-cfc-rules-in-corporate-tax-reform> (дата звернення: 31.03.2020).
11. Transactional approach: Application of the arm's-length principle (Model B). URL: <https://tax.kpmg.us/articles/2019/beps-cfc-rules-under-atad.html> (дата звернення: 31.03.2020).
12. Report «Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market — General approach» General Secretariat of the Council Brussels, 24 May 2016 (OR. en) 9432/16 FISC 84 ECOFIN 499. URL: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9432-2016-INIT/en/pdf> (дата звернення: 07.03.2020).
13. Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8—10 2015 Final Reports. URL: <https://www.oecd.org/tax/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm> (дата звернення: 30.03.2020).

Король В. И. Гармонизация законодательства государств — членов ЕС относительно контролируемых иностранных компаний в сфере противодействия избежанию налогообложения.

Статья посвящена одному из основных векторов гармонизации в рамках Европейского Союза законодательства в сфере международного налогообложения.

Внимание сфокусировано на ключевых аспектах института контролируемых иностранных компаний, система норм которого получила закрепление в директиве Совета ЕС, направленной на повышение уровня защиты внутреннего рынка путем противодействия практикам избежания налогообложения.

*В концептуально-правовий і методологічній площині аналітичну призму, котра содействувала системному раскрыттю суті релевантних положень даного акта *acquis EC* і особливостей їх імплементації державами — членами ЄС, складають рекомендації і роз'яснення, що містяться в Фінальному звіті ОЭСР Мери 3 проекту BEPS.*

Ключевые слова: *контролируемая иностранная компания, пассивный доход, существенная экономическая деятельность, фиктивная операция.*

Korol V. I. EU Members States legislation harmonization relating to controlled foreign companies in the area of anti-tax avoidance.

The article is dedicated to the general aspects and peculiarities of the EU Member States legislation harmonization aimed at preventing avoidance of taxation by multinational companies through foreign entities or permanent establishments controlled by parent companies themselves or together with their associated enterprises.

On the reasonable basis, the special emphasis was placed on the act of secondary legislation playing the key role in this important area, namely, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market with regard to the controlled foreign companies rules. This Directive came into force on 1 January 2019 and became an integral part of EU Anti-Tax Avoidance Package.

Harmonization at the regional European level is being provided and, consequently, in-depth researched in the context of OECD/G-20 global Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. From methodological point of view, OECD Final Report on Action 3 BEPS was accepted as the analytical prism allowed the quintessence of constitutive rules of above mentioned EU Anti-Tax Avoidance Directive to be discovered properly.

*Accordingly, the comparative analysis was conducted through the lens of provisions of vast majority of aforesaid Final Report's building blocks, more specifically, Rules for defining a CFC, Definition of CFC Income, Rules for computing income as well as CFC exemptions and threshold requirements, in particular, relating tax rate exemption, anti-avoidance requirement, *de minimis* threshold.*

Focusing attention on different important aspect related to CFC Income, it's discovered special considerations of non-distributed income inclusion in the Member State taxpayer's tax base of certain categories of passive income (interest, royalties, dividends, income from financial leasing, banking, invoicing companies, etc.) or arising from non-genuine arrangements with correlation, respectively, to entity and transaction approaches.

Without limiting the foregoing, it's discovered some argumentative issues considering European researchers as weaknesses of ATAD. It's offered an illustration cause and effect relationship between non-recognition of passive income to be attributed to controlling parties and CFC's substantive economic activity as far as there is reason to believe that it refuses to honor case law of the Court of Justice.

Key words: *controlled foreign company, passive income, substantive economic activity, non-genuine arrangement.*