



DOI 10.37491/UNZ.73.20
УДК 34.05 : 336.02 (477+061.1ЄС)



Володимир КОРОЛЬ¹,
Оксана НЕБИЛЬЦОВА²

НОВЕЛИ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ACQUIS ЄС У КОНТЕКСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПЛАНУ ЗАХОДІВ BEPS³

Містяться результати порівняльно-правового аналізу новел податкового законодавства України щодо контрольованих іноземних компаній, які наберуть чинності з 1 січня 2021 р., у контексті положень Директиви Ради (ЄС) 2016/1164 від 12 липня 2016 р. про запровадження норм протидії практикам уникнення оподаткування, що безпосередньо впливають на функціонування внутрішнього ринку, чинної з 1 січня 2019 року. Особливу увагу приділено передбаченим Податковим кодексом України та зазначеним вище актом вторинного законодавства ЄС видам та рівням контролю з боку відповідно резидентів України або держав-членів ЄС, які є необхідними та достатніми для кваліфікації іноземних компаній як контрольованих. Так, розкрито, що

¹ доктор юридичних наук,
завідувач відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства,
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка
Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України (м. Київ),
walterking@bigmir.net,
<https://orcid.org/0000-0003-3573-3426>.

² кандидат економічних наук, професор,
заступник завідувача кафедри міжнародного обліку і аудиту
ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»,
onebyltsova@kneu.edu.ua,
<https://orcid.org/0000-0002-8931-2021>.

© Король В. І., Небильцова О. В., 2020

³ План дій для боротьби з розмиванням бази оподаткування та виведенням прибутку з-під оподаткування (англ. *Base Erosion and Profit Shifting*, BEPS).



український законодавець запровадив не лише юридичний та економічний контроль, а й фактичний, який можуть здійснювати резиденти — пов'язані особи. Поряд із цим детально розкрито особливості імплементації у межах модернізованого податкового законодавства України концепції концентрації володіння. При цьому виявлено ключові відмінності від двох найбільш розповсюджених у світі моделей, представлених у Фінальному звіті ОЕСР щодо Заходу з проекту BEPS, що зумовлено сприйняттям та інтегруванням лише окремих елементів кожної з них. Досліджено як спільні аспекти, так і відмінності між підходами України та ЄС щодо пасивних доходів, які підлягають включенню до бази оподаткування контролюючих осіб пропорційно їхнім часткам, а також здійснення сутнісного аналізу щодо таких доходів, що може мати наслідком незастосування норм інституту контрольованих іноземних компаній. Увагу сфокусовано на обґрунтованості та співрозмірності кількісних параметрів мінімального порогу, який передбачає не включення певної частки прибутку контрольованої іноземної компанії до об'єкта оподаткування резидентів України за умови, якщо сукупний дохід усіх контрольованих іноземних компаній однієї контролюючої особи — юридичної або фізичної особи, з усіх джерел не перевищує еквівалент 2 млн євро. Проведений порівняльний аналіз дає підстави для висновку, що законодавчо запроваджена Україною модель щодо контрольованих іноземних компаній є більш жорсткою, ніж модель ЄС. Це породжує ризики реалізації вітчизняними платниками податків нових тактик і стратегій уникнення оподаткування.

Ключові слова: уникнення оподаткування, контрольована іноземна компанія, податковий тягар, пасивні доходи, суттєва діяльність, BEPS.

Незадовільне виконання Українською державою своїх функцій у соціальній, освітній, науковій, медичній та інших життєво важливих для суспільства сферах значною мірою зумовлене браком фінансових ресурсів внаслідок неефективної реалізації податкової політики. У свою чергу, фінансування коротко- та середньострокових заходів Уряду України щодо пріоритетних галузей економіки на 2020–2022 роки мало б здійснюватися, насамперед, за рахунок бюджетних коштів [1]. Водночас це може стати проблематичним не тільки на цей трирічний період, а й у більш віддаленій перспективі, зважаючи на їх перманентно зростаючий дефіцит, що загострює питання здатності забезпечення як соціально-економічного розвитку, так і національної економічної безпеки.

У розвитку наведено варто акцентувати увагу, що існують реальні ризики виникнення негативного причинно-наслідкового ланцюга, в основі якого лежать цілком свідомі дії резидентів України: недофінансування заходів Уряду — дефіцит бюджетних коштів — невиконання планових показників наповнення дохідної частини державного бюджету — ненадходження в повному обсязі податку з доходів фізичних осіб та податку на



прибуток підприємств — реалізація фізичними і юридичними особами транскордонних схем уникнення (мінімізації) оподаткування. Одна із основних таких схем передбачає розмивання резидентами України бази оподаткування та виведення доходів з-під оподаткування через створення контрольованих іноземних компаній у низькоподаткових юрисдикціях.

Оскільки поява науково-правових публікацій в Україні щодо цієї проблематики є справою майбутнього, методологічно і доктринально обґрунтовані в економіко-правовій площині положення та висновки цієї статті, які викладаються у межах міждисциплінарного дослідження вперше, створюють базис для подальшої фахової дискусії. Такі положення і висновки ґрунтуються на усіх релевантних першоджерелах, насамперед, актах законодавства ЄС та України, Фінальному звіті ОЕСР щодо Заходу 3 проекту BEPS, а також сучасних аналітичних матеріалах європейських фахівців у сфері міжнародного оподаткування і транснаціональних консалтингових компаній, дочірні компанії яких створено у державах-членах ЄС, зокрема: Ельке Асен (*Elke Asen*), Себастьяна Дуенаса (*Sebastian Duecas*), КРМГ (*Germany*).

З наведеного вище логічно випливає формулювання *мети статті*, якою є виявлення як спільних концептуально-правових підходів, так і специфічних особливостей законодавства України та ЄС щодо контрольованих іноземних компаній (КІК). Це дозволить визначити рівень законодавчої конвергенції та проаналізувати ключові елементи запровадженої Україною правової моделі через призму зіставлення економічних інтересів держави і платників податків та гіпотетичних можливостей у останніх щодо легального обходу закону для уникнення оподаткування.

Для порівняння концептуально-правових підходів в Україні та Європейському Союзі щодо закріплення умов, кожна з яких є необхідною, а їх сукупність достатньою для визнання іноземної компанії контрольованою, необхідним є звернення до релевантних актів законодавства. Такими актами є Директива Ради (ЄС) 2016/1164 від 12 липня 2016 р. про запровадження норм протидії практикам уникнення оподаткування, що безпосередньо впливають на функціонування внутрішнього ринку (Директива Ради ЄС) [2], яка є чинною з 1 січня 2019 р., та Податковий кодекс України [3], який доповнено новою статтею 39² «Контрольовані іноземні компанії», що набере чинності з 1 січня 2021 р. відповідно до прикінцевих положень Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві» від 16 січня 2020 р. № 466–ІХ [4].

Виходячи зі змісту п. 1 ст. 7 Директиви Ради ЄС, для визнання іноземної компанії контрольованою необхідною є наявність двох умов, одна із яких стосується видів та рівня її контролю з боку резидентів держав-членів ЄС. Інститутами ЄС законодавчо запроваджено два з чотирьох потенційно можливих видів контролю, а саме юридичний та економічний, що досягається у випадку володіння резидентом одноосібно або разом з його асоційованими компаніями часткою більше ніж 50 відсотків у капіталі іноземної компанії, яка також надає право, на одержання відповід-



ної частини прибутку. У вітчизняному законодавстві закріплено подібний до європейського кількісний параметр контролю у випадку володіння часткою в іноземній юридичній особі у розмірі більше ніж 50 відсотків. Водночас має місце суттєва змістовна (якісна) відмінність, яка полягає в тому, що у *acquis* ЄС не передбачено набуття статусу контролюючої особи фізичними особами, що є більш м'яким підходом.

У розвиток викладеного доцільно зазначити, що вітчизняний законодавець розширив спектр умов, які свідчать про наявність контролю над іноземною компанією, у двох важливих аспектах.

Перший з цих аспектів полягає в розширенні видів контролю над іноземною компанією, внаслідок чого кваліфікуючою ознакою також визначено здійснення над нею резидентами України, які є пов'язаними особами, фактичного контролю. Функціонально необхідність виявлення податковими органами фактичного контролю має субсидіарний характер, головне призначення якого — перевірити та впевнитись у тому, що платниками податку свідомо та штучно не здійснено обходу критеріїв юридичного та економічного контролю [5, с. 24]. Раціональне та прагматичне поясненням, чому в Директиві Ради ЄС відсутні норми щодо фактичного контролю, може полягати в тому, що, з одного боку, здійснення перевірки усіх фактів і обставин взаємних відносин резидентів та нерезидентів є достатньо обтяжливим та часомістким процесом, який призводить до зростання витрат та зменшення рівня визначеності для платників податків. З іншого ж боку, креативні юридично кваліфіковані суб'єкти економічної діяльності здатні відносно легко уникнути переважної більшості законодавчо закріплених критеріїв наявності фактичного контролю.

Попри зазначені загальні концептуально-правові особливості, відповідна новела з'явилась у податковому законодавстві України. Так, відповідно до пп. 39².1.6 п. 39².1 ст. 39² Податкового кодексу України, особа вважається такою, що здійснює фактичний контроль над юридичною особою, якщо вона має можливість здійснювати суттєвий або вирішальний вплив на рішення такої юридичної особи щодо укладення угод, розпорядження активами та прибутком тощо. При цьому важливо акцентувати увагу на законодавчому закріпленні пріоритету управлінських дій економічного характеру (змісту) над правовою формою, оскільки такий вплив може бути встановлено, незалежно від його юридичного оформлення. Певним недоліком юридичної техніки наведеної норми можна вважати те, що поняття «фактичний контроль» розкривається через два інші поняття — «суттєвий вплив» та «вирішальний вплив», при тому, що має місце відсутність їхнього офіційного автентичного тлумачення у ПК України або бланкетної норми, яка відсилала б до інших нормативно-правових актів України. У такому контексті позитивну компенсаторну роль виконує закріплений у ч. 2 наведеної статті ПК України невичерпний перелік обставин, які свідчать про наявність фактичного контролю.

Розглядаючи розглянуту норму через призму зіставлення витрат та вигод (*Costs & Benefits*), варто зазначити, що законодавчо закріплене поєднання правового статусу певного кола осіб саме з фактичним контролем можна визнати потенційно дієвим підходом, з погляду забезпечення еко-



номічних інтересів держави, оскільки розширює коло іноземних компаній, частина прибутку яких збільшуватиме податкові зобов'язання резидентів України.

У свою чергу, державоцентричність окресленого підходу не відповідає фінансовим інтересам платників податків, що актуалізує для них питання щодо можливості, з одного боку, обходу цієї норми Податкового кодексу України, з іншого — здійснення цього без формального порушення вимог законодавства. Концептуально вразливим аспектом вбачається те, що сфера дії низки норм ПКУ за суб'єктами обмежується лише резидентами України, а саме контролюючою особою та її пов'язаними особами, що є, на перший погляд, цілком обґрунтованим, оскільки для норм галузей публічного права, до кола яких належить податкове право, на відміну від норм галузей приватного права, не є притаманною екстериторіальна дія у просторі. Поряд із цим варто підкреслити, що схеми виведення прибутку з-під оподаткування через створення контрольованих іноземних компаній у більш сприятливих податкових юрисдикціях є специфічними в частині суб'єктного складу транскордонних правовідносин, у силу чого КІК, будучи нерезидентом України або держави-члена ЄС, розглядається як квазі-резидент з метою оподаткування.

В умовах відсутності суттєвих законодавчих бар'єрів для створення бізнес-структур у багатьох іноземних, у тому числі європейських юрисдикціях, які матимуть статус пов'язаних осіб з резидентами України, цілком реалістичною є модель, у межах якої український суб'єкт економічної діяльності та, наприклад, латвійський (територіальна прив'язка якого до юрисдикції дружньої Латвії наводиться лише з ілюстративною метою) діятимуть скоординовано та не окремо, а лише спільно здійснюватимуть фактичний контроль над компанією, зареєстрованою у Панамі чи кантоні Цуг Швейцарії. При цьому такі пов'язані особи можуть разом здійснювати навіть юридичний контроль за наявності у власності кожної з них часток у капіталі КІК, що сумарно перевищуватиме 50 %, умовно — 35 % і 25 % (або в будь-якому іншому зіставленні з тим же результатом). У таких випадках заміна у схемі одного із резидентів України (пов'язаної особи) на нерезидента може дозволити цілком легально уникнути застосування небажаних для платників податків норм інституту контрольованих іноземних компаній щодо збільшення податкових зобов'язань контролюючої особи — резидента України перед державним бюджетом.

Звичайно, мова не може йти про розповсюдження чинності норм Податкового кодексу України на латвійського суб'єкта економічної діяльності або будь-якого іншого нерезидента в частині коригувань його податкових зобов'язань. Йдеться лише про врахування його спільної участі під час здійснення фактичного контролю або частки під час здійснення юридичного контролю над іноземною компанією. Це може мати наслідком збільшення податкових зобов'язань резидента України на частину прибутку КІК, яка є пропорційною частці резидента України (35 %, якщо логічно завершувати розгляд умовного прикладу).

Такий підхід не є екзотичним, оскільки кореспондує світовій практиці, яку узагальнено в межах розд. 2 Фінального звіту ОЕСР щодо Захо-



ду 3 проекту BEPS щодо визначення контрольованих іноземних компаній (*Controlled Foreign Companies*). За результатами ситуаційного моделювання, можна стверджувати, що це зумовлює не тільки можливість, а й необхідність розширення суб'єктно-територіального компоненту з метою визначення наявності фактичного контролю з боку пов'язаних осіб, до кола яких можуть бути включені також нерезиденти України.

Другий аспект, який передбачено у ч. 2 пп. 39².1.2 п. 39².1 ст. 39² Податкового кодексу України, але відсутній у нормах Директиви Ради ЄС, репрезентовано одним із основних концептуально-правових компонентів щодо дефініції «контрольована іноземна компанія» в межах зазначеного вище Фінального звіту ОЕСР. Йдеться про концепцію «концентрації володіння (власності)», яка у податковому законодавстві різних держав реалізується переважно в одній із двох моделей, сутність яких полягає в такому:

1) врахування часток декількох резидентів, якщо розмір кожної перевищує 10 % в капіталі іноземної компанії, та їхнього сумарного розміру, який має сягати 50 %, внаслідок чого вважатиметься, що така компанія перебуває під їхнім спільним контролем;

2) визнання ключовим аспектом незначної кількості учасників або акціонерів — резидентів однієї держави, які сукупно володіють частками або акціями в капіталі іноземної компанії в розмірі 50% і більше, незалежно від розміру їхніх часток.

Виходячи зі змісту ч. 2 пп. 39².1.2 п. 39².1 ст. 39² ПК України, в Україні запроваджено модель, яка в повному обсязі не відтворює ні першу, ні другу модель, поєднавши їхні окремі елементи, в чому є свої переваги та недоліки. Відмінність української моделі від першої, запровадженої, наприклад, у податковому законодавстві США [6], Китаю [7; 8], полягає в тому, що в Україні для набуття контролю над іноземною компанією достатнім визнано володіння одним резидентом частки більше 10 %, тоді як у згаданих державах законодавчо закріплена умова володіння кожним резидентом часткою більше 10%, що є далеко не тотожними підходами.

Запобігання легальному обходу закону через маніпулятивне структурування капіталу контрольованої іноземної компанії могла б сприяти друга модель як субсидіарна. У межах такої моделі, як правило, під незначною кількістю учасників або акціонерів КІК розуміється 5 або менше осіб, частки яких підлягають консолідації (об'єднанню), незалежно від розміру частки кожного резидента. Такий кількісний підхід можна пояснити тим, що міноритарним учасникам або акціонерам у більшій кількості теоретично можливо, але практично складніше діяти скоординовано для набуття контролю над іноземною компанією. Таку модель також не прийнято в Україні у повному обсязі, оскільки у ПКУ йдеться про достатність набуття контролю над іноземною компанією у складі «декількох резидентів» без визначення їх граничної чисельності, частки яких безвідносно їх розміру (навіть 1–2 %) повинні становити 50 % і більше разом з міноритарним, але «потужним» володільцем частки розміром більше 10 %.



Якщо за законодавством України ключовим критерієм є наявність контролю для визнання іноземної компанії контрольованою, то у *aquis* ЄС цього недостатньо. Директивою Ради ЄС вимагається досягнення одночасно двох умов, де друга зумовлена неприйнятно низьким рівнем податкового навантаження в іноземній юрисдикції контрольованої компанії порівняно з оподаткуванням прибутку контролюючої особи в юрисдикції держави — члена ЄС. Виходячи зі змісту пп. «б» п. 1 ст. 7 Директиви Ради ЄС, у фокусі уваги фіскальних органів перебуватимуть дві суми податку на прибуток — фактично сплачений іноземною компанією та гіпотетичний, який міг би підлягати сплаті нею відповідно до вимог податкового законодавства резидента держави — члена ЄС. Отже, друга обов'язкова умова буде виконуватись, якщо сума фактично сплаченого податку на прибуток іноземною компанією буде нижчою, ніж певна різниця, а саме між гіпотетичною та фактичною сумами податку.

У модернізованому податковому законодавстві України цей аспект також знайшов закріплення, водночас у іншій концептуально-правовій площині, а саме як одне із виключень застосування норм щодо контрольованих іноземних компаній. Так, до сукупності альтернативних умов незастосування норм інституту КІК, відповідно до пп. «б» пп. 39².4.1 п. 39².4 ст. 39² ПК України, віднесено фактичну сплату контрольованою іноземною компанією податку на прибуток не за номінальною, а ефективною ставкою, яка не повинна бути меншою ніж на п'ять відсоткових пунктів базової ставки податку на прибуток підприємств в Україні, яка нині становить 18 %. Математичні розрахунки, які можуть бути повторно здійснено кожною зацікавленою особою, переконливо свідчать, що українська модель є більш жорсткою порівняно з достатньо ліберальною моделлю ЄС, оскільки охоплюватиме значно більш широке коло іноземних суб'єктів економічної діяльності, щодо яких підлягатимуть застосування норми КІК. Це твердження має характер обґрунтованого безоціночного твердження в порівняльній економіко-правовій площині, оскільки протилежні оцінки *pro et contra* визначатимуться суб'єктивно необхідністю надання пріоритету публічним інтересам держави або приватним інтересам фізичних або юридичних осіб, які набувають статус контролюючих осіб іноземних компаній.

Суттєві законодавчі відмінності мають місце не тільки щодо таких невід'ємних елементів у структурі податкових правовідносин як суб'єктів, а й об'єктів. Так, Директива Ради ЄС оперує терміном «нерозподілений прибуток» контрольованої іноземної компанії, під яким слід розуміти прибуток після оподаткування, що може бути включено до бази оподаткування резидента держави — члена ЄС. У свою чергу, Податковий кодекс України оперує іншим терміном, а саме «скоригований прибуток», під яким, відповідно до офіційного автентичного тлумачення у пп. 39².3.1 п. 39².3 ст. 39², слід розуміти прибуток контрольованої іноземної компанії до оподаткування, розрахунку якого притаманна ціла низка законодавчо передбачених особливостей.

У практичній площині податкові органи України, найбільш імовірно, зберігатимуть не найкращі традиції взаємовідносин з вітчизняними



платниками податків та здійснюватимуть коригування на відповідні різниці з метою збільшення прибутку або зменшення збитку. При цьому під час розрахунку скоригованого прибутку КІК не підлягатиме врахуванню, зокрема: сума уцінки інструментів власного капіталу, які перекласифіковано у фінансові зобов'язання; витрати на формування резервів за дебіторською заборгованістю; втрати від інвестицій в асоційовані, дочірні та спільні підприємства, розраховані за методом участі в капіталі або методом пропорційної консолідації.

У цьому контексті варто звернути увагу на норму ПК України в частині можливості застосування методу пропорційної консолідації, що вбачається хибним підходом. Дійсно, як зазначають вітчизняні фахівці з питань методології та міжнародної уніфікації обліку фінансових інвестицій, як національні, так і міжнародні стандарти обліку і звітності передбачають застосування щодо інвестицій в асоційовані, дочірні та спільні підприємства лише методу участі в капіталі, якщо має місце складання консолідованої фінансової звітності. Якщо ж інвестор складає тільки окрему фінансову звітність, то відображення таких інвестицій здійснюється за собівартістю, справедливою вартістю або методом участі в капіталі [9, с. 63]. У будь-якому випадку про застосування методу пропорційної консолідації мова не йде, адже національні стандарти, насамперед П(С)БО 12 «Фінансові інвестиції», ніколи не передбачали його застосування, а в міжнародних стандартах фінансової звітності (*International Financial Reporting Standards*) його було визнано недоцільним до застосування більше п'яти років тому, а точніше — для фінансових звітів, складених після 1 січня 2013 р., що й зумовлює нині центральну роль методу участі в капіталі та необхідність внесення зміни до ч. 4 пп. 39².3.1 п. 39².3 ст. 39² Податкового кодексу України.

Попри те, що доходи можуть бути диференційовано за різними критеріями, з метою удосконалення антиофшорного законодавства щодо контрольованих іноземних компаній, першочергового значення набуває дихотомія «пасивні доходи» та «активні доходи». При цьому найбільші ризики розмивання бази оподаткування пов'язуються саме з пасивними доходами з огляду на їхню високу так звану «географічну мобільність».

Виходячи з того, що в доповненому ПК України, як і раніше, міститься загальне визначення та категорії пасивних доходів (пп. 14.1.268 п. 14.1 ст. 14), варто зазначити, що у пп. «а» п. 2. ст. 7 Директиви Ради ЄС закріплено вичерпний перелік, який містить шість категорій пасивних доходів, (які підлягатимуть більш детальному аналізу в межах іншої наукової статті), одержання яких контрольованою іноземною компанією *може мати наслідком* збільшення бази оподаткування резидента держави-члена ЄС.

Аналіз особливостей імплементації зазначеної директиви у податковому законодавстві всіх держав-членів ЄС дозволив європейському фахівцю у сфері оподаткування Ельке Асен (*Elke Asen*) зробити низку узагальнень, одне з яких, у контексті розкритого вище полягає в тому, що одинадцять з двадцяти семи держав законодавчо запровадили віднесення до прибутку контрольованої іноземної компанії виключно пасивних дохо-



дів, серед яких — Німеччина, Данія, Австрія, Нідерланди, Іспанія, Греція [10].

Ще до прийняття Директиви Ради ЄС під час розгляду спорів у судах держав-членів ЄС між суб'єктами економічної діяльності та податковими органами неодноразово поставало питання, чи відповідає оподаткування пасивних доходів КІК інвестиційного характеру одній із основних свобод спільного ринку ЄС, а саме свободі руху капіталу. Зокрема у рішеннях Федерального Податкового Суду Німеччини послідовно обґрунтовувалась позиція, що оподаткування зазначеної категорії доходів, які одержуються іноземними компаніями, що контролюються німецькими товариствами, жодним чином не суперечить фундаментальним засадам (свободи) вільного переміщення капіталу [11].

Оперування поняттям «пасивні доходи» та їх конкретними категоріями здійснюється в межах одного із основних концептуальних підходів щодо визначення прибутку контрольованих іноземних компаній, на пропорційну частину якого можуть претендувати юрисдикції резидентства контролюючих осіб, який визначається як «юридично-категоріальний».

У наведеному дещо вище твердженні не випадково зроблено імовірнісний акцент, який виражений словосполученням «може мати наслідком», а не обов'язково «матиме наслідком» збільшення бази оподаткування резидента держави-члена ЄС. Диспозитивність, а не імперативність такого акценту ґрунтується на засадах так званого «сутнісного аналізу», який підлягає системному застосуванню разом з юридично-категоріальним. Квінтесенція сутнісного аналізу полягає у виявленні наявності або ж відсутності причинно-наслідкового зв'язку між доходами КІК від транскордонних економічних операцій та рівнем її участі в таких операціях. Виходячи зі змісту ч. 3 п. 2 ст. 7 Директиви Ради ЄС, одержані контрольованою іноземною компанією пасивні доходи не зумовляватимуть негативні податкові наслідки через застосування актів податкового законодавства материнської компанії або іншого контролюючого суб'єкта, якщо участь КІК досягатиме суттєвого рівня. Такий рівень участі має підтверджуватись наявністю у неї достатньої ресурсної бази у вигляді необхідних активів, насамперед необоротних (приміщень, обладнання), а також персоналу.

У цілому, як підкреслює Себастьян Дуенас (*Sebastian Duecas*), норми інституту контрольованих іноземних компаній щодо пасивних доходів (дивідендів, відсотків, роялті та інших категорій) імплементують стандарт щодо їхнього оподаткування в низькоподаткових юрисдикціях та спрямовані на оподаткування прибутку КІК у випадках здійснення абсолютно штучних операцій, для яких КІК і була створена. У свою чергу, норми цього інституту не передбачають покарання або позбавлення економічних вигод під час здійснення активної комерційної діяльності, яка може здійснюватись у межах ЄС [12].

Відповідно до положень новелізованого податкового законодавства України, досягнення пасивними доходами контрольованої іноземної компанії розміру більше 50 відсотків загальної суми доходів з усіх джерел ще не означає для неї податкового «вируку, який не підлягає оскарженню».



Дійсно, навіть за такої значної частки зберігається можливість довести, що такі пасивні доходи можна вважати активними, оскільки їх одержано в результаті реальної економічної діяльності. Отже, пасивні доходи контрольованої іноземної компанії підлягають перекваліфікації в активні, що тягне наслідком звільнення прибутку від додаткового податкового тягара, якщо така компанія:

— *по-перше*, фактично виконує суттєві функції, несе ризики, використовує активи в операціях, що призводять до отримання доходів;

— *по-друге*, має необхідний ресурсний потенціал щодо всіх трьох наведених складових, тобто для виконання суттєвих функцій, прийняття на себе ризиків та використання активів.

Сам факт одержання контрольованою іноземною компанією пасивних доходів не зумовлює автоматичне застосування відповідних актів податкового законодавства держав-членів ЄС, оскільки важливим є також їхній граничний кількісний параметр. У Директиві Ради ЄС такий параметр встановлено на рівні 1/3 від загального розміру прибутку контрольованої іноземної компанії, що відкриває для держав-членів простір для законодавчого маневру незапровадження оподаткування КІК та своїх резидентів через невизнання іноземних компаній контрольованими, якщо загальна сума одержаних відсотків, роялті, дивідендів буде менше однієї третини. У податковому законодавстві України цей аспект врегульовано у вигляді однієї з умов-винятків, за яких скоригований прибуток контрольованої іноземної компанії не визнаватиметься об'єктом оподаткування податком на прибуток контролюючої особи. При цьому прибуток контрольованої іноземної компанії звільнятиметься від оподаткування, якщо частка її пасивних доходів становить не більше 50 відсотків загальної суми доходів з усіх джерел.

У процесі імплементації Директиви Ради ЄС ціла низка держав-членів ЄС реалізувала надане їм право не включати юридично-категоріальну модель щодо пасивних доходів до актів податкового законодавства. У такому випадку має місце законодавче закріплення альтернативної моделі, яка не знайшла належного закріплення в новелах Податкового кодексу України щодо контрольованих іноземних компаній. Сутність цієї моделі полягає в тому, що до нерозподіленого прибутку КІК, частина якого підлягає включенню до бази оподаткування резидента держави-члена ЄС, має бути включено дохід, який одержано в результаті здійснення фіктивних операцій, метою яких було одержання податкових переваг.

Законодавчо запроваджуючи ще одне широко розповсюджене виключення, яке передбачає незастосування норм щодо контрольованих іноземних компаній за умови одержання ними фінансових результатів нижче певного рівня, в ЄС та Україні реалізовано абсолютно різні підходи. Так, зокрема, у Директиві Ради ЄС передбачено можливість звільнення певних операцій КІК з-під оподаткування, якщо їхній бухгалтерський прибуток (*accounting profits*) не перевищуватиме 750 тис. євро за рік. У свою чергу, відповідно до пп. 39².4.2.1 п. 39².4 ст. 39² ПК України, скоригований прибуток контрольованої іноземної компанії не підлягає



включенню до загального оподаткованого доходу, не є об'єктом оподаткування податком на прибуток підприємств контролюючої особи, якщо загальний сукупний дохід усіх контрольованих іноземних компаній однієї контролюючої особи з усіх джерел не перевищує еквівалент 2 млн євро на кінець звітного періоду.

При цьому непереконливим буде пояснення такого значного мінімального порогу його прив'язкою до множини суб'єктів через диспозицію цієї норми, в якій йдеться про «усі контрольовані іноземні компанії однієї контролюючої особи». Дійсно, такій особі — резиденту України може бути цілком достатньо мати під контролем одну офшорну компанію, яка акумулюватиме на банківському рахунку грошові кошти щорічно в розмірі, наприклад, 1 млн 990 тис. євро, що звільнить її від збільшення податкових зобов'язань в Україні. Це буде здійснюватись цілком легально, водночас відкритим залишається питання легітимності такого рішення вітчизняного законодавця, оскільки варто нагадати, що йдеться не про економічну ефективність функціонування бізнес-структур на глобальних ринках товарів, послуг або технологій, а про уникнення оподаткування в Україні через виведення доходів з-під оподаткування, що набуло в Україні катастрофічних масштабів. Як наголосив компетентний, двічі народний депутат України, який має бути «у темі» щодо приховування доходів у офшорах, для того щоб не робити голосливих заяв, С. Вакарчук: «Зараз через офшори з України виводяться десятки мільярдів гривень» [13].

У пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві» № 1210 від 30 серпня 2019 р. [14] відсутнє будь-яке обґрунтування такого неадекватного мінімального порогу для найбіднішої у Європі країни, що свідчить про відсутність у цьому правотворчому волевиявленні турботи про державні або суспільні інтереси.

Підбиваючи викладене вище, можна зазначити, що новели податкового законодавства України щодо інституту контрольованих іноземних компаній характеризують превалювання специфічних особливостей порівняно зі спільними підходами у законодавстві ЄС щодо запровадження: критеріїв кваліфікації іноземної компанії як контрольованої, об'єкта оподаткування, застосування юридично-категоріального і сутнісного аналізу, а також кількісних граничних параметрів звільнення від оподаткування прибутку ККК *de minimis* та одержаного за рахунок пасивних доходів, що не підлягатиме включенню до бази оподаткування контролюючих осіб, які є резидентами України. При цьому дискусійною є доцільність закріплення у законодавстві України певних змістовних елементів правових норм, які стосуються, методу пропорційної консолідації, який законодавець помилково закріпив як один із альтернативних методів під час розрахунку скоригованого прибутку контрольованої іноземної компанії, що виключає врахування втрат від інвестицій в асоційовані, дочірні та спільні підприємства.

Інтегральний висновок полягає в тому, що законодавчо запроваджена Україною модель протидії розмиванню податкової бази та виве-



дення доходів з-під оподаткування за допомогою контрольованих іноземних компаній не відтворює модель, запроваджену в *acquis* Європейського Союзу, що є позитивним аспектом. Розроблена Україною модель, з одного боку, корелює з концептуально-правовими розробками ОЕСР у межах Заходу з Плану заходів BEPS, що мають рекомендаційний характер, з іншого — є цілком самостійним інтелектуально-правовим продуктом розробників відповідного законопроекту. Такий двоєдиний підхід дозволив не просто усунути прогалину в податковому законодавстві України, а закріпити систему норм інституту контрольованих іноземних компаній, які потенційно здатні значно більшою мірою забезпечити охорону і захист економічних інтересів Української держави та суспільства. Це є локальним проявом феномену, який заслуговує на обговорення в теоретичній площині та імплементацію у практичній як загальний тренд, сутність якого полягає в тому, що модернізація законодавства України, спираючись на наявний науково-правовий інтелектуальний та законотворчий потенціал, здатна забезпечувати власні життєво важливі потреби та інтереси, а не інтереси Європейської спільноти в цілому та суб'єктів економічної діяльності держав-членів ЄС, що переважно має місце під час здійснення гармонізації законодавства України із законодавством ЄС.

Інститут контрольованих іноземних компаній у певних суттєвих аспектах корелює з іншою схемою уникнення оподаткування, яка стосується застосування трансфертних цін під час здійснення транскордонних комерційних операцій. Проблематика трансфертного ціноутворення є складною та багатогранною, знайшла відображення у спеціальних заходах 8–10 Плану заходів BEPS, внаслідок чого заслуговує на розгляд у межах подальшого дослідження правових механізмів протидії розмиванню податкової бази та виведення прибутку з-під оподаткування з метою забезпечення охорони і захисту соціально-економічних інтересів суспільства.

Список використаних джерел

1. Про затвердження Програми діяльності Кабінету Міністрів України : постанова Кабінету Міністрів України від 12.06.2020 р. № 471. Урядовий портал. URL : <https://bit.ly/2FgHYs9>.
2. 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. *EUR-Lex*. URL : <https://bit.ly/3hrsDBZ>.
3. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755–VI. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL : <http://bit.ly/37wCtgI>.
4. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві : Закон України від 16.01.2020 р. № 466–IX. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL : <https://bit.ly/3hzGma5>.
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 : <https://bit.ly/3irmKpJ>; <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>.



6. 26 U.S. Code § 951. Amounts included in gross income of United States shareholders. *Cornell Law School. Legal Information Institute*. URL : <https://bit.ly/2Zxsl6t>.
7. Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China (article 45) (Adopted at the 5th Session of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on March 16, 2007). *Invest in China*. URL : <https://bit.ly/3bYhzLp>.
8. Regulations of the People's Republic of China on the Implementation of the Enterprise Income Tax Law (article 117). *Invest in China*. URL : <https://bit.ly/2ZAYn1n>.
9. Лук'яненко Л. І., Небильцова О. В., Коршикова Р. С. Облік фінансових інвестицій: методологія та проблеми міжнародної уніфікації. Київ : КНЕУ, 2019. 207, [1] с.
10. Asen, E. CFC Rules in Europe. *Tax Foundation*. URL : <https://bit.ly/2FgHRgd>.
11. Federal Tax Court (I R 11/19): CFC Rules for Passive Income with Investment Character are not In Violation of the Free Movement of Capital. *KPMG. German Tax Monthly*. December 2019. URL : <https://bit.ly/2RAaBDf>.
12. Dueñas, S. CFC Rules Around the World. *Tax Foundation. Fiscal Fact No. 659. Jun. 2019*. URL : <https://bit.ly/35z9gVs>.
13. Святослав Вакарчук. (21.06.2019) Заява щодо намірів олігархів інвестувати у відновлення Донбасу. *Facebook*. URL : <https://bit.ly/2Fzgz61W>.
14. Пояснювальна записка до проекту Закону України Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві. *Верховна Рада України*. URL : <https://bit.ly/3bRlsBY>.

Надійшла до редакції 01.02.2020

Volodymyr KOROL

Academician F. H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine

Oksana NEBYLTSOVA

Vadym Hetman Kyiv National Economic University

Ukrainian Tax Legislation and the EU *acquis* Novelties in the Context of BEPS Action Plan Implementation

The article comprises comparative law analysis findings of the tax legislation of Ukraine novelties relating to controlled foreign companies coming into effect on January 1, 2021 in the context of provisions of the 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 which is effective as of January 1, 2019. The special consideration is given to the types and levels of control necessary and sufficient for qualifying foreign companies as controlled by residents, respectively, Ukraine or EU Member States required by the Tax Code of Ukraine and above-mentioned EU legislative act. In particular, it's discovered that Ukrainian lawmakers introduced not just legal and economic control but also factual to be provided by residents-related persons. Alongside with that, the peculiarities of concentrated ownership concept, implemented within Ukrainian tax legislation modernized, are examined in depth. It's highlighted key differences from two models described within OECD Final Report on Action 3 BEPS Project the most commonly used in the world resulting from accepting and integrating just separate elements of each of them. It's researched both common aspects



and differences between Ukrainian and EU' approaches with regard to passive income which shall be attributed to controlled foreign companies' controlling parties proportionally to their shares as well as substantive analysis allowing CFC rules non-application. Attention is focused on de-minimis requirements reasonableness and fairness stipulating non-inclusion of CFC's certain share of income to the taxable income of the residents of Ukraine under the condition that the total revenues of all of the controlled foreign companies from all sources of one controlling party, either legal or physical person, are within limits of 2 million Euro per year. Comparative analysis provided affords ground for conclusion that legislative model relating to controlled foreign companies implemented by Ukraine is stricter significantly than EU's one. It determines the risks of tax avoidance new tactics and strategies implementation by domestic taxpayers.

Keywords: tax avoidance, controlled foreign company, tax burden, passive income, substantial activity, BEPS.