

*Сабодаш Р. Б.,**кандидат юридичних наук,**доцент кафедри цивільного права**Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ФОРМАЛЬНИЙ КРИТЕРІЙ ВИЗНАЧЕННЯ БЕНЕФІЦІАРНОГО ВЛАСНИКА В ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Анотація. Національне законодавство у сфері визначення поняття «бенефіціарний власник» здебільшого відповідає визначенню, що міститься у Директиві 2013/34/ЄС Європейського Парламенту та Ради та відповідному положенні модельної конвенції з уникнення подвійного оподаткування.

Ця стаття присвячена критеріям, що використовуються для визначення бенефіціарного власника юридичної особи. Основна увага приділена сутнісному та формальному критеріям, які використовуються законодавцем. Основним завданням статті є перевірка того, чи можна застосовувати формальний критерій незалежно від сутнісного. Так, зосереджується увага на законодавстві, що регулює корпоративні правовідносини (зокрема, Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», Закон України «Про акціонерні товариства») з метою визначення, чи забезпечує володіння 25% голосів такої особи право на гарантоване прийняття позитивного для себе рішення. У зв'язку із цим у статті також використана правова позиція Європейського суду з прав людини, за якою володіння особою навіть третинною часткою голосів у товаристві ще не підтверджує того, що власник цієї частки трети голосів може відігравати визначальну роль в управлінні юридичною особою.

Отже, перебування у власності особи 25 і більше відсотків голосів у товаристві (прямо чи опосередковано) не повинно ставати підставою для висновку, що така особа є бенефіціарним власником без урахування здійснення реального контролю (сутнісного критерію). На наше переконання, автономне використання формального критерію є неприйнятним та таким, що суперечить меті впровадження цього терміну у законодавство – встановлення реального власника юридичної особи.

Ключові слова: бенефіціарний власник, практика ЄСПЛ, м'яке право, формальний критерій, сутнісний критерій.

Постановка проблеми. У зв'язку із системним зловживанням «реальними» власниками юридичних осіб можливістю використання бенефіціарного володіння юридичною особою в Україні були запроваджені критерії, за якими та чи інша особа може визнаватись бенефіціарним власником юридичної особи. Такі критерії умовно можна поділити на сутнісні та формальні, про що буде детально зазначено у цій статті далі. Водночас практика їх застосування свідчить про те, що бенефіціарними власниками юридичних осіб зазвичай визнаються особи, що прямо чи опосередковано володіють 25% голосів у товаристві, що, на наше переконання, є недостатнім критерієм для визнання такого власника бенефіціарним власником юридичної особи без урахування сутнісного критерію.

Метою статті є дослідження ефективності автономного застосування формального критерію бенефіціарного володіння юридичною особою, зокрема через призму практики Європейського суду з прав людини.

Виклад основного матеріалу дослідження. Ініціатором запровадження правил про бенефіціарного власника стало Сполучене Королівство, у якому номінальні власники, які визнавалися його резидентами, але представляли інтереси нерезидентів, підпадали під оподаткування лише стосовно доходів, джерело походження яких розташовувалось на території Сполученого Королівства, а не на території іноземних держав. Таким чином, нерезиденти з третіх держав через таких осіб могли отримувати доступ до договірних переваг та істотно знижувати рівень податкового навантаження на отримані іноземні доходи.

Поняття «бенефіціарний власник» було запроваджено в Модельній податковій конвенції (далі – МПК) ОЕСР в 1977 році. У подальшому цей термін був суттєво розширений у 2003 та 2014 роках. За змістом ст. 10, 11, 12 МПК ОЕСР бенефіціарним власником є, зокрема, особа, яка безпосередньо чи опосередковано контролює платника або яка безпосередньо чи опосередковано контролюється ним чи підпорядковується групі, яка має спільний з ним інтерес, та контролює таким чином принаймні 25% статутного капіталу. І хоч у коментарі до Конвенції вказується, що держави можуть встановити менший відсоток, та володіння прямо чи опосередковано менше 25% статутного капіталу, за загальним правилом, не повинно вважатись бенефіціарною власністю.

У статті 3 Директиви (ЄС) 2015/849 Європейського Парламенту та Ради від 20 травня 2015 року про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 648/2012 Європейського Парламенту та Ради і припиняє дію Директиви 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директиви Комісії 2006/70/ЄС (з урахуванням Директиви (ЄС) 2018/843 Європейського Парламенту та Ради від 30 травня 2018 року), вказано, що «бенефіціарний власник» – у разі юридичних осіб це будь-яка фізична особа (особи), яка є кінцевим власником або контролером клієнта та/або фізичної особи (осіб), від імені яких здійснюється операція або діяльність; сюди належать принаймні:

(і) фізична особа (особи), яка є кінцевим власником або контролером юридичної особи через пряме або опосередковане володіння достатнім відсотком акцій, прав голосу або часток у капіталі такої компанії, у тому числі через володіння акціями на пред'явника або здійснення контролю іншим способом, за

винятком компаній, зареєстрованих на регульованому ринку, на яких розповсюджуються вимоги щодо розкриття інформації відповідно до законодавства Союзу або еквівалентні міжнародні стандарти, що гарантують належний рівень прозорості інформації про власників. Якщо фізична особа володіє 25% акцій плюс одна акція або часткою в розмірі понад 25% капіталу клієнта, це вказує на пряме володіння. Якщо юридична особа, яка перебуває під контролем фізичної особи (осіб), або кілька юридичних осіб, які перебувають під контролем тієї самої фізичної особи (фізичних осіб), володіють 25% акцій плюс одна акція або часткою в розмірі понад 25% капіталу клієнта, це вказує на опосередковане володіння. Це положення застосовується без обмеження права держав-членів приймати рішення щодо зниження відсотку, який вказує на наявність володіння або контролю.

Наявність контролю, який здійснюється іншим способом, визначається, серед іншого, відповідно до критеріїв, зазначених у статті 22 Директиви 2013/34/ЄС Європейського Парламенту та Ради, а саме:

(1) (a) володіє більшістю голосів акціонерів або учасників у іншому підприємстві (дочірньому підприємстві); (b) має право призначати або звільняти з посади більшість членів адміністративного, керівного або наглядового органу іншого підприємства (дочірнього підприємства) і водночас є акціонером або учасником такого підприємства; (c) має право чинити домінуючий вплив на підприємство (дочірнє підприємство), акціонером або учасником воно є відповідно до договору, укладеного з цим підприємством, або згідно з положеннями свого меморандуму або статуту, якщо закон, який регулює діяльність цього дочірнього підприємства, дозволяє йому бути суб'єктом таких договорів або діяти відповідно до таких положень; (d) є акціонером або учасником підприємства, і при цьому: (i) більшість членів адміністративного, керівного або наглядового органу такого підприємства (дочірнього підприємства), які обіймали свої посади протягом даного фінансового року, протягом попереднього фінансового року і до моменту складання консолідованої фінансової звітності, були призначені винятково в результаті реалізації підприємством свого права голосу; або (ii) згідно з угодою з іншими акціонерами або учасниками такого підприємства (дочірнього підприємства) самостійно контролює більшість голосів акціонерів або учасників такого підприємства. Держави-члени можуть поставити застосування пункту (i) в залежність від виконання вимоги, згідно з якою кількість голосів має становити не менше 20% від загальної кількості.

(2) (a) це підприємство (материнське підприємство) має право чинити, або фактично чинить, домінуючий вплив на інше підприємство (дочірнє підприємство) або вправі здійснювати, або фактично здійснює, контроль над іншим підприємством (дочірнім підприємством); або (b) управління цим підприємством (материнським підприємством) та іншим підприємством (дочірнім підприємством) здійснюється на єдиній основі материнським підприємством.

(3) Для цілей пунктів (a), (b) і (d) частини 1, право голосу і право призначати та знімати з посади, що належать будь-якому дочірньому підприємству, а також будь-якій фізичній особі, що діє від свого імені, але за дорученням материнського підприємства або іншого дочірнього підприємства, додаються до прав материнського підприємства.

(4) Для цілей пунктів (a), (b) і (d) частини 1, права, зазначені в пункті 3, не включають права, що: (a) надаються акціями у власності особи, яка не є ані материнським підприємством, ані дочірнім підприємством такого материнського підприємства; або (b) надаються акціями: (i) утримуваними як забезпечення, за умови, що права, про які йдеться, реалізуються відповідно до отриманих інструкцій, або (ii) утримуваними у зв'язку з наданням позик у рамках звичайної господарської діяльності, за умови, що право голосу реалізується в інтересах особи, яка надала забезпечення.

(5) Для цілей пунктів (a) і (d) частини 1, загальна кількість голосів акціонерів або учасників дочірнього підприємства не включає голоси, що надаються акціями, які утримує саме підприємство, дочірнє підприємство цього підприємства або особа, що діє від свого імені, але за дорученням цих підприємств.

(ii) якщо після використання всіх можливих засобів і за відсутності підстав для підозри жодна особа в рамках підпункту (i) не визначена, або якщо наявні які-небудь сумніви щодо того, чи визначена особа (особи) є бенефіціарним власником (власниками), фізична особа (особи), яка обіймає посаду вищого керівника, зобов'язані суб'єкти ведуть облік заходів, вжитих з метою визначення бенефіціарного власника в рамках підпункту (i) та цього підпункту.

Згідно із ст. 64-1 Господарського кодексу України підприємства, крім державних та комунальних підприємств, зобов'язані встановлювати свого кінцевого бенефіціарного власника (контролера), регулярно оновлювати і зберігати інформацію про нього та надавати її державному реєстратору у випадках та в обсязі, передбачених законом. Термін «кінцевий бенефіціарний власник (контролер)» розуміється у значенні, що вживається в Законі України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення».

Відповідно до п. 20 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» кінцевий бенефіціарний власник (контролер) – це фізична особа, яка незалежно від формального володіння має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління, або яка має можливість здійснювати вплив шляхом прямого або опосередкованого (через іншу фізичну чи юридичну особу) володіння однією особою самостійно або спільно з пов'язаними фізичними та/або юридичними особами часткою в юридичній особі у розмірі 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі. При цьому кінцевим бенефіціарним власником (контролером) не може бути особа, яка має формальне право на 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі, але є агентом, номінальним утримувачем

(номінальним власником) або є тільки посередником щодо такого права.

Отже, відповідно до чинного законодавства України бенефіціарним власником (контролером) юридичної особи визнається винятково фізична особа, яка відповідає будь-якому із цих критеріїв або обом з них одночасно:

(1) *сутнісний критерій*: незалежно від формального (без посередньо або через інших осіб) володіння має можливість здійснювати *вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи шляхом*:

(i) реалізації права володіння або користування всіма акціями чи їх значною часткою;

(ii) права вирішального впливу на формування складу, результати голосування;

(iii) права вирішального впливу на вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності;

(iv) давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління

(v) здійснювати вирішальний вплив у будь-який інший спосіб.

(2) *формальний критерій*: пряме або опосередковане (через іншу фізичну чи юридичну особу) володіння однією особою самостійно або спільно з пов'язаними фізичними та/або юридичними особами часткою в юридичній особі у розмірі 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі.

У зв'язку із цим необхідно наголосити, що для здійснення вирішального впливу бенефіціарному власнику (контролеру) необхідно самостійно або опосередковано мати таку кількість голосів, яка б забезпечила можливість формування складу органів управління підконтрольного суб'єкта, а у випадках, коли це стосуватиметься правочинів із заінтересованістю чи значних правочинів, бенефіціарному власнику для здійснення вирішального впливу необхідно сконцентрувати кваліфіковану кількість голосів.

Водночас для здійснення вирішального впливу на господарську діяльність слід встановити наявність у бенефіціарного власника, незалежно від формального критерію, необхідної кількості голосів, а саме:

– для акціонерних товариств: щонайменше 25% голосів + 1 голос (ст. 41, 42 Закону України «Про акціонерні товариства») від голосуючих у товаристві акцій, і це тільки за умови, що у загальних зборах такого акціонерного товариства не беруть участь акціонери, які не є агентами (номінальними утримувачами чи посередниками) бенефіціарного власника. При цьому у більшості випадків 25% голосів + 1 голос у акціонерному товаристві не гарантуватиме можливості бенефіціарному власнику такого пакету акцій можливість здійснення вирішального впливу.

– для товариств з обмеженою відповідальністю (до 17.06.2018 року): 25% голосів + 1 голос (ст. 59, 60 Закону України «Про господарські товариства») від загальної кількості голосів у товаристві. Це тільки за умови, що у загальних зборах такого товариства не беруть участь учасники, які не є агентами (номінальними утримувачами чи посередниками) бенефіціарного власника, що можуть суттєво вплинути на голосування і зумовити таким чином необхідність більшої кількості голосів. При цьому у більшості випадків 25% голосів + 1 голос у това-

ристві не гарантуватиме можливості бенефіціарному власнику такого пакету голосів можливість здійснення вирішального впливу.

– для товариств з обмеженою відповідальністю (після 17.06.2018 року): 50% голосів + 1 голос (ст. 34 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю») від загальної кількості голосів у товаристві. Це тільки за умови, що у загальних зборах такого товариства не беруть участь учасники, які не є агентами (номінальними утримувачами чи посередниками) бенефіціарного власника, що можуть суттєво вплинути на голосування і зумовити таким чином необхідність більшої кількості голосів. При цьому у більшості випадків 25% голосів + 1 голос у товаристві не гарантуватиме можливості бенефіціарному власнику такого пакету голосів можливість здійснення вирішального впливу.

Таким чином, Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» допускає визнання фізичної особи бенефіціарним власником юридичної особи навіть у разі, коли така особа ніяк (прямо чи опосередковано) не може впливати на «підконтрольного» суб'єкта, але при цьому є власником порогового пакету акцій (голосів) у товаристві.

У цьому контексті варто звернути увагу на лист Антимонопольного комітету України від 27.05.2015 р. N 200-29/05-5501 «Про надання роз'яснення [щодо контролю суб'єктів господарювання]», у якому наголошується, що вирішальний вплив одного суб'єкта господарювання на іншого суб'єкта господарювання виникає, зокрема, у разі, коли один суб'єкт господарювання стосовно іншого суб'єкта господарювання прямо або опосередковано: володіє чи управляє (користується) часткою (паєм, акціями) у статутному капіталі в розмірі більше ніж 50 відсотків; має більше ніж 50 відсотків голосів у вищих органах управління; має повноваження призначати керівника, заступника керівника або більше ніж 50 відсотків членів спостережної ради чи виконавчого, контрольного органу; має право одержувати не менше 50 відсотків прибутку, що залишається в розпорядженні суб'єкта господарювання. У всіх інших випадках такий вплив може виникати, але не означає, що він обов'язково виникає, що зумовлює необхідність, як вже було вказано, детального вивчення та аналізу корпоративної структури кожного окремо взятого суб'єкта.

У пункті 27 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Україна – Тюмень» проти України» суд, серед іншого, зазначив, що «<...> навіть припускаючи, що державі досі належить приблизно третина статутного капіталу заявника, не було наведено жодних доказів того, що держава має перевагу в управлінні підприємством порівняно з іншими акціонерами <...>» [2]. Таким чином, на переконання Європейського суду, сама по собі належність особі третини акцій не свідчить про можливість управління нею.

І хоч у цьому конкретному випадку рішення Європейського суду з прав людини у справі «Україна – Тюмень» не можна назвати джерелом приватного права, оскільки спрямоване винятково на оцінку рівня впливу держави на конкретну юридичну особу, однак може і повинно бути сприйняте як приклад м'якого права.

Висновки. У своїй сукупності викладене свідчить про те, що належність особі 25% і більше голосів у товаристві (пряме

чи опосередковане) не повинно оцінюватись як бенефіціарне володіння юридичною особою без врахування сутнісного критерію, тобто без врахування наявності реального контролю над юридичною особою. Навіть більше, автономне застосування формального критерію нівелює мету запровадження цього терміну – визначення «реального» власника юридичної особи.

Література:

1. Селезень П.О. Застосування підходу ОЕСР до тлумачення положення про бенефіціарного власника: сучасні виклики. *Форум права*. 2016/ № 2. С. 196–201.
2. Офіційний веб-сайт Європейського суду з прав людини / HUDOC Database; Judgment case of UKRAINE-TYUMEN v. UKRAINE (Application no. 22603/02) Електрон. дан. Strasbourg : European Court of Human Rights, 2019. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83421, вільний/>.
3. Тобота Ю.А. Поняття та критерії «справедливого судового розгляду» у рішеннях Європейського суду з прав людини. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна*. 2013. No 1075. С. 65–68.

Sabodash R. Formal standard for identification of a beneficiary owner through the practice of the European Court of Human Rights

Summary. National legislation regarding the definition of beneficial owner generally is similar to the Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing,

amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC.

The paper focuses on the standards used to identify the beneficial owner of the legal entity. Special attention is paid to the description of formal and real standards which are used by the lawmaker. The general idea of the paper is checking that formal standard could be used independently to determine the beneficial owner. The article addresses provisions of the national company law the content of which establishes that ownership 25% or more of the votes in the company can guarantee the right to make independent decisions in a legal entity only under certain conditions. Also, the paper examines the conceptual approach of the European Court of Human Rights according to which owns around a third part of the share capital not enough to indicate that the State is entitled to a greater role in managing the company than the other shareholders.

It has been found out that membership of a person with 25% or more of the votes in the company (direct or indirect) should not be assessed as beneficial ownership of the legal entity without taking into account the real standard, without taking into account the existence of real control over the legal entity. Moreover, the autonomous using the formal standard is unacceptable and contrary to the purpose of its creation – the determination of the “real” owner of the legal entity.

Key words: beneficiary owner, practice of the European court of human rights, soft law, real standard, real standard.