



**Цели:** избежать увеличения налогового бремени и доначислений в рамках международных холдинговых структур и при проведении финансовых операций с участием иностранных компаний.

**Как действовать:** рассмотреть возможность реструктуризации трансграничных цепочек владения и финансирования, подготовить аргументы, подтверждающие деловую цель использования компаний специального назначения.

Минфин недавно представил новый подход к толкованию концепции бенефициарного собственника. Если эта позиция найдет отражение на практике, многим группам, использующим иностранные компании, придется вносить коррективы в налоговое планирование. Министерство выступило с разъяснениями по вопросам налогообложения платежей, производимых российскими заемщиками иностранным компаниям специального назначения (Special Purpose Vehicles, SPV) в связи с выпуском еврооблигаций. В письме от 30.12.11 № 03-08-13/1, адресованном ФНС, говорится, что именно держатели еврооблигаций, а не SPV должны считаться бенефициарными собственниками и SPV не имеет права на льготы по налоговым соглашениям, заключенным Россией с государством ее регистрации (в частности, с Ирландией). Письмо может иметь значительно большее значение и существенно повлиять не только на выпуск еврооблигаций, но и на другие виды финансирования, некоторые холдинговые структуры и механизмы лицензирования интеллектуальной собственности с привлечением иностранных структур.

### Концепция бенефициарного собственника в России

В российском налоговом законодательстве отсутствует определение понятия «бенефициарный собственник» (в соглашениях оно заменено туманным термином «лицо, фактически имеющее право на получение дохода»). Решая вопрос о предоставлении льготы или применении пониженной ставки налога у источника в России по соответствующему налоговому соглашению, ФНС ранее руководствовалась Методическими рекомендациями к главе 25 НК РФ от 28 марта 2003 года, в которых

использовался довольно формальный подход. Согласно документу, компания должна иметь правовые основания для получения дохода, к примеру, в силу договора. Иностранному кредитору имеет фактическое право на доход с даты перевода средств заемщику. Зарубежная компания, получающая дивиденды, является бенефициарным собственником, если она владеет акциями выплачивающего дивиденды общества. Депозитари и номинальные держатели однозначно не признавались бенефициарными собственниками. Начиная с 2006 года Минфин выпустил ряд разъяснений по структурам депозитарных расписок, более соответствующих подходу ОЭСР. Согласно этим письмам министерства, понятие бенефициарного собственника не должно трактоваться в узком, техническом смысле. В частности, организация может быть признана таким собственником, если имеет правовые основания для получения дохода и является лицом, определяющим его «экономическую судьбу». В то же время освобождение от налога или применение пониженной ставки невозможно, когда между бенефициарным собственником и заемщиком существует посредник (агент или получатель по доверенности), если только сам бенефициарный собственник не является резидентом другого государства – стороны соглашения об избежании двойного налогообложения. Тем не менее не было никаких конкретных разъяснений по данному вопросу в контексте сделок на рынках капитала и финансирования через промежуточные компании. И хотя риск изменения толкования понятия бенефициарного собственника в России всегда существовал и часто отмечался в юридических заключениях и проспектах эмиссии, он обычно рассматривался как низкий и не влиял на выпуски бумаг.

В новом письме Минфин впервые прямо указал, что только держатель еврооблигаций, а не иностранная SPV может считаться бенефициарным собственником. Такой подход создает риск того, что в отсутствие сертификата налогового резидентства инвесторов (SPV и платежный агент обычно не аккумулируют эти документы) выплаты от российских заемщиков в пользу иностранных SPV будут облагаться 20-процентным налогом у источника в России. Поскольку интересы держателей облигаций и SPV обычно защищены договорными положениями об увеличении выплат на суммы дополнительных расходов (так называемые положения gross-up), в случае удержания налога дополнительная нагрузка ляжет на российских заемщиков.

При этом письмо Минфина не является новым законом, а только инструментом толкования существующих норм. Это позволяет российским налоговым органам применять данную позицию к предыдущим периодам, то есть к выплатам по облигациям в 2009–2011 годах, что может привести к значительным доначислениям по налогу на прибыль.

### **Решение только для облигаций**

Бизнес незамедлительно отреагировал на письмо и начал переговоры с Минфином. Вскоре министерство подготовило проект закона, устраняющего налоговые риски для выпусков еврооблигаций. Согласно проекту, освобождение от 20-процентного налога на прибыль у источника в России будет применяться к выплатам процентов по государственным и муниципальным ценным бумагам, облигациям, выпущенным непосредственно российскими корпоративными заемщиками (не через иностранные SPV), и по долговым обязательствам перед иностранными SPV. В последнем случае одновременно должны выполняться следующие условия:

- долговые обязательства возникли в связи с выпуском облигаций, обращающихся на одной или нескольких иностранных биржах, либо если права по таким обязательствам зарегистрированы в депозитарно-клиринговых системах, одобренных ФСФР;
- SPV и держатели облигаций, зарегистрированные в депозитарно-клиринговых организациях, имеют постоянное местонахождение в странах, с которыми Россия имеет налоговые соглашения, предусматривающие освобождение таких платежей от налогообложения в государстве – источнике дохода.

Согласно предложениям Минфина, определение «владельца первого уровня» не потребует обременительной идентификации всей цепочки владения еврооблигациями и может быть сведено к проверке учетной записи в депозитарно-клиринговой системе. Несмотря на то что правила этих систем могут различаться, они обычно позволяют указывать в реестре посреднические компании, брокеров или депозитарию. Естественно, такими правилами легко манипулировать, в конечном счете можно будет насчитать не так много офшорных компаний, зарегистрированных в качестве «владельцев первого уровня» российских еврооблигаций. Важно то, что предполагается применять новые правила к процентам по облигациям, уплаченным с 2007 года. Российские налоговые органы не могут производить проверки за пределами трехлетнего срока давности. Требования о проверке записей депозитарно-клиринговой системы не будут предъявляться к платежам по облигациям, выпущенным до конца 2012 года, что, по существу, решает проблему предыдущих налоговых периодов. Сейчас еще рано утверждать, когда и в какой окончательной форме будут приняты новые правила налогообложения облигаций, но, учитывая высокий уровень заинтересованности и усилия крупнейших российских компаний, вопрос может быть решен уже в этом году.

Однако позиция Минфина, сформулированная в декабрьском письме, угрожает не только структурам с SPV, учрежденным для выпусков еврооблигаций. Развитие концепции бенефициарного собственника в этом ключе может повлиять и на другие отношения в рамках международных групп во всех отраслях экономики. Поскольку письмо касается налогообложения процентов, структуры внутригруппового финансирования, которые часто используют казначейские компании в Нидерландах, Ирландии, Люксембурге, на Кипре, вполне могут стать следующей мишенью.

### «Эмиграция» в Люксембург и на Кипр

Хотя налоговые соглашения России основаны на Модельной конвенции ОЭСР, некоторые из них, включая соглашения с Люксембургом и Кипром, не содержат оговорки о бенефициарном собственнике в статье «Проценты» и требуют, чтобы освобождение от налога или пониженные ставки применялись к резидентам договаривающегося государства. Это всегда было одним из преимуществ данных юрисдикций, но теперь может стать основной причиной для выбора люксембургских и кипрских финансовых компаний. ОЭСР ранее подтвердила, что в отсутствие каких-либо положений, предусматривающих средства защиты от злоупотреблений налоговым соглашением, льготы предоставляются на основании принципа *pacta sunt servanda* («договоры должны исполняться»). Таким образом, займы, предоставленные люксембургскими и кипрскими компаниями, могут иметь дополнительную защиту. Однако еще не известно, будут ли эти аргументы работать в российских судах.

### Аргументы в поддержку бизнес-структур

Письмо Минфина не является обязательным для налогоплательщиков и судов, а российское налоговое законодательство не содержит понятия бенефициарного собственника. Поэтому чиновники апеллируют к Комментариям ОЭСР, заявляя, что организация, не определяющая «экономическую судьбу» дохода, не может считаться бенефициарным собственником. Однако большинство налоговых соглашений со странами, в которых учреждаются SPV, были заключены в 1990-е годы на основании модельных конвенций ОЭСР 1977–1992 годов, которые не содержат развернутых разъяснений или факультативных текстов по данному вопросу.

Кроме того, промежуточные компании часто учреждаются в высоконалоговых юрисдикциях (таких как Нидерланды, Люксембург), подлежат общему режиму налогообложения и, как правило, имеют правовые основания на получение и распоряжение доходом. Поэтому у российских налоговых органов могут возникнуть непреодолимые сложности с доказыванием того, что такие компании не являются бенефициарными собственниками в контексте налоговых соглашений. Однако в предоставлении льгот по налоговому соглашению теоретически может быть отказано, если структура создана для злоупотребления соглашением, то есть для ухода от налогов. Такой подход соответствует российской судебной практике, основанной на доктрине деловой цели. Она изложена в постановлении Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 12 октября 2006 г. № 53. Согласно этой доктрине, налоговая выгода по сделке может быть признана необоснованной, если она

получена вне связи с реальной предпринимательской или иной экономической деятельностью (например, если у компании нет квалифицированного персонала или необходимых активов). ВАС приводит неисчерпывающий перечень факторов, которые российские налоговые органы и суды должны принимать во внимание при установлении обоснованности конкретной налоговой выгоды. Хотя данное постановление преимущественно используется в отношении внутрироссийских операций, его формулировки достаточно широки, чтобы применяться в контексте международных налоговых соглашений и концепции бенефициарного собственника.

Вместе с тем бизнес может апеллировать к тому, что посреднические финансовые компании создаются по многим экономическим причинам, включая доступ к глобальным ресурсам долгового финансирования и инструментам хеджирования, для консолидации казначейских функций и т.д. По мнению ОЭСР, такие структуры нельзя ограничивать. Минфин же пока не учитывает экономический характер и конечную цель операций для определения бенефициарного собственника. Поэтому налогоплательщикам следует тщательно готовить аргументы и документарное подтверждение деловой цели использования посреднических компаний.