Размещение еврооблигаций является одним из распространенных методов привлечения заемного финансирования российскими компаниями. Структура выпуска еврооблигаций предполагает минимальную налоговую нагрузку на всех участников сделки. Однако, несмотря на кажущуюся простоту и отработанность структур выпуска евробондов, последние изменения в налоговом законодательстве, а также ряд законодательных инициатив требуют переосмысления традиционных структур, применяемых на практике.

Налоговый «АФФЕКТ»

Алексей КУЗНЕЦОВ,
к.э.н., партнер, «Эрнст энд Янг»

Оксана ЯРОЩУК,
директор, «Эрнст энд Янг»

СТРУКТУРА ВЫПУСКА ЕВРООБЛИГАЦИЙ

Типовая структура выпуска еврооблигаций предполагает, что иностранная компания специального назначения (КСН) размещает облигации на международном рынке капитала, а средства, собранные при размещении, передаются в качестве займа российской компании-заемщику.

КСН регистрируется в юрисдикции, имеющей благоприятный внутренний режим налогообложения: купонный доход, выплачиваемый держателям облигаций, не облагается налогом у источника выплаты в стране регистрации КСН; на уровне КСН облагается только процентная маржа от такой финансовой деятельности. Важным фактором также является наличие благоприятного соглашения об избежании двойного налогообложения между Россией и юрисдикцией КСН, позволяющего освобождать от налога у источника выплаты проценты, выплачиваемые российской компанией-заемщиком в пользу КСН.

Два основных российских налоговых вопроса, которые, на наш взгляд, необходимо рассматривать при планировании привлечения финансирования путем размещения еврооблигаций, — это вычет процентных расходов по займу, привлеченному российской компанией в рамках размещения еврооблигаций, а также удержание налога на доход у источника выплаты с процентов, выплачиваемых по данному займу.

ВЫЧЕТ ПРОЦЕНТНЫХ РАСХОДОВ

Возможность вычета процентных расходов для целей налогообложения прибыли является ключевым фактором достижения налоговой эффективности привлечения заемного финансирования.

Недавние изменения в Налоговый кодекс РФ в части, касающейся отнесения процентов по долговым обязательствам к расходам, существенным образом влияют на налоговую эффективность привлечения финансирования посредством размещения облигаций. Это связано с тем, что по новым правилам существенно снижается уровень процентных расходов, принимаемых к вычету для целей налогообложения прибыли, по долговым обязательствам в иностранной валюте.

К вычету принимаются проценты по долговому обязательству при условии, что их размер не отклоняется более чем на 20% от среднего уровня процентов по сопоставимым долговым обязательствам. Сопоставимыми признаются обязательства, выданные в том же квартале (месяце) на сопоставимых условиях (по валюте, срокам, объемам и обеспечению). При отсутствии долговых обязательств перед российскими организациями, выданных в том же квартале (или месяце — в зависимости от выбора метода уплаты налога на прибыль) на сопоставимых условиях, а также по выбору налогоплательщика предельная величина процентов по

долговым обязательствам в иностранной валюте, признаваемых расходом, принимается равной 0.8 ставки рефинансирования ЦБ РФ. Исходя из текущей ставки рефинансирования ЦБ РФ, равной 7.75%, проценты по кредитам в иностранной валюте будут приниматься к вычету для целей налогообложения прибыли в пределах ставки, равной 6.2% (при этом до 2011 года максимальная ставка по валютным заимствованиям составляет 15%).

Это значит, что если, к примеру, еврооблигации размещены сегодня по фиксированной ставке, превышающей 6.2%, часть процентных расходов по корреспондирующему займу не будет приниматься к вычету для целей налогообложения прибыли, что сделает такое финансирование менее выгодным с налоговой точки зрения и более дорогим в конечном итоге для российского заемщика.

Важно иметь в виду, что законом не предусмотрено «дедушкиной оговорки»: указанное выше ограничение будет применяться ко всем займам в иностранной валюте (включая те, которые были привлечены до 1 января 2011 года). Таким образом, новые ограничения по вычету процентных расходов могут поставить под вопрос налоговую эффективность как новых, так и существующих заимствований в форме еврооблигаций. Теоретически данная норма будет действовать до 2012 года, а с 2013 года должна вновь применяться ставка 15%. Однако в российских реалиях два года — очень большой срок, и практически невозможно предсказать, какие правила будут действовать в столь отдаленной перспективе, а значит сложно оценить и налоговый эффект по долгосрочным заимствованиям.

Следует также обратить внимание на дополнительные расходы, которые российский заемщик может понести в связи с привлечением займа. Например, российская компания-заемщик, как правило, выплачивает различные единоразовые и регулярные комиссии КСН за привлечение займа. Существует вероятность того, что такая комиссия будет рассматриваться российскими налоговыми органами как процентный расход по займу. Это связано с очень широким определением процентов как любого заранее заявленного дохода по долговому обязательству. Таким образом, требуется тщательное планирование сделки для повышения ее налоговой эффективности.

	Стандартная максимальная величина вычитаемых процентов	Новая максимальная величина вычитаемых процентов	Период применения
Долговые обязательства, номинированные в рублях	1.1 ставки рефинансирования ЦБ РФ	1.8 ставки рефинансирования ЦБ РФ	2010–2012 гг.
Долговые обязательства, номинированные в иностранной валюте	15%	15%	2010 г.
		0.8 ставки рефинансирования ЦБ РФ	**2011–2012 гг.**

Таблица 1

Вычет процентных расходов по еврооблигационному займу

КАК ПОВЫСИТЬ НАЛОГОВУЮ ЭФФЕКТИВНОСТЬ ЗАИМСТВОВАНИЙ В ИНОСТРАННОЙ ВАЛЮТЕ?

Существует целый ряд инструментов и методов, которые компания-заемщик может использовать, чтобы минимизировать негативный эффект от нововведений, касающихся процентных расходов.

Во-первых, можно принять решение о применении упомянутого выше правила вычета в пределах двадцатипроцентного отклонения от процентов, уплачиваемых по сопоставимым долговым обязательствам. Это правило редко применялось на практике, но в новых условиях может повысить размер процентных расходов, принимаемых к вычету. Данный метод подходит не всем заемщикам, и целесообразно было бы оценить ожидаемый эффект и возможность его применения в целом (например, наличие сопоставимых заимствований).

Другой метод предполагает использование международных договоров об избежании двойного налогообложения, заключенных Российской Федерацией. Ряд из них содержит положения, позволяющие избежать применения ограничений по процентным расходам, установленных внутренним российским законодательством, налогоплательщику, у которого акционер является резидентом страны соответствующего соглашения. Этот метод повышения вычитаемых процентных расходов активно использовался в 1990-е годы. С введением главы 25 Налогового кодекса необходимость в использовании данного метода существенно снизилась. В свете новых ограничений такая стратегия может снова стать актуальной. Ключевым моментом упомянутой стратегии является наличие акционера заемщика в «правильной» юрисдикции.

В качестве альтернативного варианта в рамках выпуска еврооблигаций российская компания может привлечь заем от КСН в рублях. При этом валютная позиция КСН должна быть захеджирована, чтобы держатели евробондов не несли рисков неблагоприятного изме-

«НЕДАВНИЕ ИЗМЕНЕНИЯ В НАЛОГОВЫЙ КОДЕКС РФ В ЧАСТИ, КАСАЮЩЕЙСЯ ОТНЕСЕНИЯ ПРОЦЕНТОВ ПО ДОЛГОВЫМ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ К РАСХОДАМ, СУЩЕСТВЕННЫМ ОБРАЗОМ ВЛИЯЮТ НА НАЛОГОВУЮ ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ФИНАНСИРОВАНИЯ ПОСРЕДСТВОМ РАЗМЕЩЕНИЯ ОБЛИГАЦИЙ»

> СУЩЕСТВУЕТ ЦЕЛЫЙ РЯД ИНСТРУМЕНТОВ И МЕТОДОВ, КОТОРЫЕ КОМПАНИЯ-ЗАЕМЩИК МОЖЕТ ИСПОЛЬЗОВАТЬ, ЧТОБЫ МИНИМИЗИРОВАТЬ НЕГАТИВНЫЙ ЭФФЕКТ ОТ НОВОВВЕДЕНИЙ, КАСАЮЩИХСЯ ПРОЦЕНТНЫХ РАСХОДОВ

нения курса рубля по отношению к валюте, в которой номинированы облигации.

Существуют и другие инструменты, которые позволяют максимизировать сумму процентных расходов, принимаемых к вычету для целей налогообложения. Компаниям-заемщикам целесообразно проанализировать свои заимствования (как существующие, так и планируемые) для того, чтобы подобрать инструмент, в наибольшей степени отвечающий их деловым интересам и целям.

ПРИМЕНЕНИЕ ЛЬГОТЫ ПО ДОГОВОРУ ОБ ИЗБЕЖАНИИ ДВОЙНОГО НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ

Как уже отмечалось выше, в рамках размещения еврооблигаций КСН учреждается в юрисдикции, имеющей благоприятный договор об избежании двойного налогообложения с Россией.

Некоторые договоры об избежании двойного налогообложения, заключенные Россией, прямо предусматривают, что для применения льготы по процентам получатель должен иметь «фактическое право на получение дохода». В английских версиях многих договоров, заключенных Россией, а также в Модельной конвенции об избежании двойного налогообложения Организации экономического сотрудничества и развития (Модельная конвенция ОЭСР) используется термин «бенефициарный собственник дохода» (beneficial owner). Хотя Россия и не является членом ОЭСР, комментарии к Модельной конвенции ОЭСР являются часто используемым источником информации для интерпретации того или иного положения договора об избежании двойного налогообложения.

В международной практике тема бенефициарной собственности приобрела особую остроту после широко обсуждаемого дела компании Indofood. Хотя это был исключительно гражданско-правовой спор между двумя сторонами по договору займа, дело широко обсуждалось налоговыми специалистами в связи с применением концепции «бенефициарный собственник». Более того, эта концепция обсуждалась именно в контексте структур финансирования с использованием специальных финансовых компаний и применения льготы по договору об избежании двойного налогообложения по статье «Проценты».

Вкратце, обстоятельства дела таковы: индонезийская компания привлекла заем от своей дочерней финансовой структуры, зарегистрированной на Маврикии. При этом средства, предоставленные маврикийской компанией в виде займа, были получены от размещения облигаций на открытом рынке. Условия предоставления займа зеркально отражали условия размещения облигаций; маврикийская финансовая компания не располагала другими финансовыми средствами для выполнения обязательств перед держателями облигаций, кроме как средствами, полученными от индонезийского заемщика по договору займа. При выплате процентов индонезийская компания применяла пониженную ставку по договору об избежании двойного налогообложения между Индонезией и Маврикием (10% вместо 20%, предусмотренных внутренним законодательством).

Затем действие договора об избежании двойного налогообложения между Индонезией и Маврикием было прекращено. В соответствии с договором займа индонезийский заемщик посчитал возможным выплатить заем досрочно, поскольку не имелось разумной возможности сохранить применение пониженной ставки налога у источника при выплате процентов. Как следствие, это привело к необходимости досрочного погашения облигаций по номинальной стоимости, что было предусмотрено условиями размещения, но не отвечало интересам держателей облигаций. Банк, выступающий в роли доверенного лица держателей облигаций (trustee), не согласился с такой позицией. Он апеллировал к тому, что права требования по договору займа могли бы быть переуступлены специально созданной финансовой компании в Нидерландах. Соответственно, проценты, выплачиваемые по договору займа индонезийским заемщиком голландскому кредитору, облагались бы по пониженной ставке в соответствии с договором об избежании двойного налогообложения между Индонезией и Нидерландами.

Хотя дело и было проиграно в первой инстанции, Апелляционный суд Англии вынес решение в пользу Indofood. Основанием для такого решение было заключение, что голландская финансовая компания не являлась бы бенефициарным собственником получаемых процентов и, соответственно, не могла бы воспользоваться льготой по договору об избежании двойного налогообложения. Одним из главных доводов, послужившим

> В МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАКТИКЕ ТЕМА БЕНЕФИЦИАРНОЙ СОБСТВЕННОСТИ ПРИОБРЕЛА ОСОБУЮ ОСТРОТУ ПОСЛЕ ШИРОКО ОБСУЖДАЕМОГО ДЕЛА КОМПАНИИ INDOFOOD

основанием для такого заключения, была позиция индонезийских налоговых органов: в соответствии с нормами внутреннего законодательства Индонезии голландская финансовая компания не являлась бы бенефициарным собственником процентов.

Решение, принятое английским судом по делу Indofood, не имеет прямого влияния на структуры привлечения финансирования российских заемщиков. Тем не менее, это дело достаточно показательно с точки зрения международной практики применения льгот по догово-

рам об избежании двойного налогообложения.

Следует упомянуть, что дело Indofood – не единственный случай, в котором рассматривался вопрос бенефициарной собственности на доход в контексте применения льготы по договору об избежании двойного налогообложения. Например, по делу канадской компании Prevost суд вынес решение в пользу налогоплательщика. Голландская холдинговая компания, созданная для инвестиций в канадскую компанию двумя акционерами (резидентами Швеции и Великобритании), была признана бенефициарным собственником дивидендов. Канадский суд подтвердил право голландской холдинговой компании на пониженную ставку налогообложения дивидендов по договору об избежании двойного налогообложения между Канадой и Нидерландами.

В случае возникновения аналогичного вопроса в отношении российского заемщика налоговые органы РФ, скорее всего, будут оперировать термином «фактическое право на получение дохода». В российском налоговом законодательстве отсутствует определение «фактического права на получение дохода»; отсутствует также концепция разделения бенефициарной и юридической собственности (beneficial vs legal ownership). В настоящий момент российские налоговые органы исходят из гражданско-правовой трактовки данного термина, опирающейся на наличие юридических прав на получение процентов по договору займа. При этом, по мнению Минфина, термин «фактический получатель дохода» не должен трактоваться в узком техническом смысле, его следует трактовать, исходя из целей и задач международных договоров об избежании двойного налогообложения, таких как «избежание двойного налогообложения и уклонения от уплаты налогов», и с учетом таких основных принципов договоров, как «предотвращение злоупотребления положениями договора» и «преобладание сущности над формой».

Кроме наличия правовых оснований для получения дохода, чтобы быть признанным в качестве фактического получателя дохода, данное лицо должно определять дальнейшую «экономическую судьбу» полученного дохода.

> ВВЕДЕНИЕ КОНЦЕПЦИИ «ФАКТИЧЕСКОГО ПОЛУЧАТЕЛЯ ДОХОДА» ИЛИ «БЕНЕФИЦИАРНОГО СОБСТВЕННИКА» В РОССИЙСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО МОЖЕТ ПОСТАВИТЬ ПОД ВОПРОС ПРИМЕНЕНИЕ ЛЬГОТ ПО ДОГОВОРАМ ОБ ИЗБЕЖАНИИ ДВОЙНОГО НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ В СТРУКТУРАХ, ПО КОТОРЫМ ИСТОРИЧЕСКИ ТАКИЕ ЛЬГОТЫ ПРИМЕНЯЛИСЬ

В этой связи следует также отметить попытки ограничить применение льгот по договорам об избежании двойного налогообложения, инициированные российскими властями. В декабре 2009 года в российской прессе появились сообщения о предлагаемых поправках в Налоговый кодекс РФ, направленных на ограничение применения положений договоров об избежании двойного налогообложения, заключенных Российской Федерацией. Поправки, по всей вероятности, были связаны с Бюджетным посланием Президента РФ Дмитрия Медведева, где он упомянул о такой инициативе.

Результатом данной инициативы стало предложение Минфина РФ дополнить статью 7 Налогового кодекса, касающуюся применения соглашений об избежании двойного налогообложения, абзацем следующего содержания:

«Если при применении в отношении доходов от источников в Российской Федерации норм и правил международного договора, содержащего положения, касающиеся налогообложения и сборов, установлено, что фактическим получателем этих доходов является физическое лицо или организация, не являющееся налоговым резидентом государства, с которым Российской Федерацией заключен соответствующий международный договор, то нормы и правила данного договора не распространяются на указанное физическое лицо или организацию и получаемые ими доходы».

Хотя законопроект не использует термин «бенефициарный собственник» и не дает определения используемому термину «фактический получатель дохода», можно предположить, что целью предложенных изменений является попытка ввести концепцию «бенефициарной собственности» в российское внутреннее законодательство и противостоять злоупотреблениям в сфере применения договоров об избежании двойного налогообложения.

Поправки не были приняты. Если бы они вступили в силу в предложенной редакции, последствия для налогоплательщиков представлялись бы неясными. Основания, по которым получатель дохода может не быть признанным «фактическим» получателем, четко не определены.

Введение концепции «фактического получателя дохода» или «бенефициарного собственника» в российское законодательство может поставить под вопрос применение льгот по договорам об избежании двойного налогообложения в структурах, по которым исторически такие льготы применялись.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

На фоне упомянутых выше изменений в законодательстве (как произошедших, так и планируемых) мы считаем целесообразным тщательно планировать сделки по привлечению долгового финансирования на международных рынках капитала. Существует необходимость в детальной проработке документации по сделке и мониторинга налогоплательщиками используемых структур финансирования.

В контексте дискуссии о создании в Москве международного финансового центра было бы целесообразно рассмотреть введение освобождения от налогообложения у источника выплаты процентного дохода по еврооблигациям (которое присутствует в законодательстве ряда европейских стран), что могло бы упростить структуры размещения еврооблигаций.