Сергей ЖЕСТКОВ,
к. ю. н., партнер налоговой практики московского офиса, «Бейкер и Макензи»

Специализируется в области консультирования клиентов по вопросам налогового планирования и структурирования для корпоративных и частных клиентов и налоговым спорам. Координирует работу московского офиса фирмы «Бейкер и Макензи» по структурированию опционов акций и схем поощрения сотрудников, а также по консультированию в сфере управления активами частных лиц (wealth management). Имеет значительный опыт консультирования по различным финансовым сделкам, включая консультирование Litnium Investments по налоговым аспектам привлечения обеспеченного кредита банка Eurohypo AG в размере $21 млн. В числе последних проектов — участие в качестве налогового консультанта по первой сделке секьюритизации потребительских кредитов «Хоум Кредит энд Финанс Банка» (2013 год), первой сделке секьюритизации займа, обеспеченного ипотекой коммерческой недвижимости (эмитент — ЗАО «Ипотечный агент Кама», 2013 год), ипотечные секьюритизации Инвестторгбанка и Абсолют Банка (2013 год).

Окончил юридический факультет МГУ, кандидат юридических наук, член Международной налоговой ассоциации (ИФА).

Кирилл ВИКУЛОВ,
к. ю. н., старший юрист налоговой практики
московского офиса, «Бейкер и Макензи»

Специализируется в области консультирования корпоративных клиентов по различным налоговым вопросам, включая сделки секьюритизации, размещения еврооблигаций и иные финансовые сделки, налогообложение иностранных инвестиций в Россию и российских инвестиций за границу, разработку эффективных российских и международных холдинговых и финансовых структур. До прихода в «Бейкер и Макензи» в 2007 году работал налоговым консультантом в департаменте международного налогового структурирования международной аудиторской фирмы. Имеет практический опыт работы в качестве налогового консультанта по различным российским и трансграничным сделкам секьюритизации, включая первую сделку секьюритизации потребительских кредитов «Хоум Кредит энд Финанс Банка» (2013 год), первую сделку секьюритизации займа, обеспеченного ипотекой коммерческой недвижимости (эмитент — ЗАО «Ипотечный агент Кама», 2013 год), секьюритизации портфелей жилищно-ипотечных кредитов, в том числе сделки Инвестторгбанка и Абсолют Банка (2013 год).

С отличием окончил международно-правовой факультет МГИМО(У) МИД России, кандидат юридических наук, член Международной налоговой ассоциации (ИФА).

Некоторые российские налоговые вопросы сделок секьюритизации

Существенный блок вопросов российских банков при структурировании сделок секьюритизации составляют налоги и налоговые риски. Эти вопросы не теряют своей актуальности в России при постоянно изменяющемся налоговом законодательстве, отсутствии детальных обязательных для налоговых органов разъяснений и постоянном усложнении конструкций финансовых сделок.

После принятия правил трансфертного ценообразования, содержащих базовые инструменты экономической оценки сделок, можно отметить качественный скачок в работе российских налоговых органов. Если раньше налоговые инспекторы были в большей степени сфокусированы на выявлении формальных ошибок и шаблонно подходили к выстраиванию аргументации в рамках судебных разбирательств (что часто позволяло налогоплательщикам успешно оспаривать

налоговые доначисления), в последние несколько лет сотрудники налоговых органов охотнее берутся за анализ сложных структурированных сделок, дробят их на отдельные элементы, тщательнее подбирают аргументы и доказательную базу. Как следствие, увеличивается число судебных дел, решенных в пользу налоговых органов. Для организаций, вовлеченных в стандартизированные сделки, опасность представляют и единичные успешные попытки доначислений. В дальнейшем сотрудники налоговых органов могут повторить удачную аргументацию, оспаривая аналогичные структуры других налогоплательщиков. Хотя в России формально отсутствует прецедентная система, судебные решения в пользу налоговых органов, сложившиеся в силу недостатков в аргументации или доказательной базы организаций, могут снизить шансы других игроков рынка отстаивать свои интересы по аналогичным сделкам.

Меньше налоговых вопросов возникает при структурировании российских сделок ипотечной секьюритизации, так как они прямо предусмотрены в Налоговом кодексе РФ. Здесь риски переквалификации отдельных элементов сделки могут быть несколько ниже. Российские эмитенты – ипотечные агенты пользуются специальным освобождением от налога на прибыль в отношении процентов по закладным и иных доходов, полученных в связи с уставной деятельностью. Это позволяет им аккумулировать доходы по портфелю закладных, создавать необходимые резервы и осуществлять выплаты по ипотечным облигациям без уплаты налогов на прибыль. В конце 2013 года были приняты поправки, распространяющие этот налоговый режим на российских эмитентов – специализированные общества, выпускающие облигации в рамках сделок неипотечной секьюритизации (например, секьюритизации авто- и потребительских кредитов). Таким образом, есть аргументы в пользу признания законодателем и фактического закрепления в российском налоговом законодательстве института секьюритизации без каких-либо требований к переквалификации (или игнорированию) составляющих ее сделок для целей налогообложения или специальных правил досрочного признания доходов оригинатора.

Но поскольку сделки секьюритизации имеют сложную структуру, включают в себя целый ряд транзакций между несколькими контрагентами, часто возникает вопрос о возможности оспаривания налоговыми органами отдельных контрактов – элементов общей структуры, например с позиции сроков признания доходов или экономической обоснованности (бизнес-цели) расходов. Разумеется, в контексте постоянного совершенствования подходов налоговых органов к оспариванию сделок, агрессивной позиции по отношению к сложным сделкам такой практический риск исключить нельзя. При этом в сделках секьюритизации эмитенты облигаций не подлежат налогообложению в России: российские ипотечные агенты (а в будущем и специализированные общества) освобождены от налога на прибыль по Налоговому кодексу РФ, иностранные эмитенты – компании специального назначения не имеют постоянного представительства в России и, как правило, освобождаются от налогообложения у источника выплаты на основании применимых налоговых соглашений.

В 2013 году в российских арбитражных судах рассматривалось дело национального банка «ТРАСТ» (НБ «ТРАСТ») в отношении трансграничной секьюритизации потребительских и автокредитов через компанию специального назначения (КСН) в Люксембурге. Сделка была проведена в мае 2007 года (с предполагаемой датой погашения облигаций в 2012 году) и досрочно закрыта в 2009 году. По мнению налогового органа, в 2007–2008 годах НБ «ТРАСТ» признал занижену сумму процентных доходов по облигациям младшего транша, определенную по формуле, учитывавшей небольшую фиксированную процентную ставку и плавающую процентную ставку, рассчитываемую как доходы после «водопада» платежей. Фактически НБ «ТРАСТ» признал процентные доходы по младшим облигациям при закрытии сделки в 2009 году, отразив доходность в налоговом периоде в размере 16 754.15% годовых.

С позиции налоговых органов, НБ «ТРАСТ» контролировал создание документации по сделке и искусственно отсрочил признание доходов в 2007–2008 годах, установив формулу расчета процентов на дату фактической выплаты или на дату закрытия сделки. Хотя НБ «ТРАСТ» выступал сервисным агентом по кредитам и имел полную информацию по выплатам, он якобы пренебрег правилом признания процентных доходов по

методу начисления и не подал уточненные налоговые декларации за 2007–2008 годы. Здесь налоговый орган представил расчет средней ставки доходности за весь период младших облигаций в размере 18.6% годовых (при фактических выплатах НБ «ТРАСТ» примерно по 6.1% годовых в 2007 и 2008 годах), то есть фактически без учета необходимых отчислений в резервы КСН. Отсрочку в признании дохода для целей налогообложения инспекция посчитала получением банком необоснованной налоговой выгоды. Ситуацию обострило то, что применявшаяся в 2007–2008 годах ставка налога на прибыль была снижена в 2009 году на 4%, что уменьшило и саму сумму налога к уплате.

Важно, что в рамках обоснования своей позиции налоговый орган приравнял правовой статус КСН к статусу ипотечного агента, являющегося, по мнению инспекции, «всего лишь юридическим инструментом для оформления привлечения банком финансирования по низкой процентной ставке под залог потребительских и автокредитов, бенефициарным получателем процентных и иных доходов по портфелям которых и является [Банк]». Поэтому можно предположить, что логика претензий налогового органа трансграничной секьюритизацией не ограничивается. Если аргументы устоят, предстоит оценить, в какой мере аналогичные требования к банкам могут возникнуть по российским ипотечным сделкам (прямо предусмотренным в российском налоговом законодательстве).

Все три судебные инстанции поддержали позицию налогового органа в деле НБ «ТРАСТ». В феврале 2014 года ВАС отказал в передаче дела в президиум. Влияние на решения могли оказать некоторые особенности сделки, сложная для понимания арбитражных судов структура трансграничной секьюритизации, уровень подготовки позиции налоговым органом с внушительным количеством цитируемых фактов и отдельные «ударные» аргументы (например, ставка 16 754.15% годовых по выплатам в 2009 году, отсутствие отражения уступки прав (требований) по займам в консолидированной отчетности по МСФО).

Но с точки зрения структурирования сделок секьюритизации нельзя игнорировать некоторые пробелы в позиции налоговой инспекции. Учреждение КСН, не подверженной риску банкротства (что предполагает создание у нее определенных резервов), является необходимым условием внебалансовой секьюритизации. Размер и срок существования резервов КСН определяется качеством и динамикой погашения портфеля прав требований по займам. Поэтому вполне логично, что в первые годы сделки при формировании резервов плавающий купон по младшим нотам может быть низким. Такова цена этой рисковой инвестиции. По мере амортизации портфеля риск снижается, и оригинатор начинает получать прибыль от своего вложения в виде растущего купона. Но в момент заключения сделки и продажи портфеля на КСН нельзя уверенно утверждать, будет ли реализована прибыль по портфелю (или КСН получит убыток при массовом дефолте должников и падении стоимости ипотечного покрытия, что обнулит выплаты по облигациям). Невозможно точно определить доходность портфеля, а значит, и безошибочно рассчитать среднюю доходность младших облигаций. Нельзя предугадать, будет ли сделка закрыта досрочно или нет. Поэтому некорректно производить расчет post factum, как это может сделать налоговый орган, проверяющий оригинатора после закрытия сделки (здесь уже расчет сводится к простой арифметике, но не учитывает изначальный фактор риска). В этой ситуации сложно говорить о противоречии с методом начисления, который лишь требует признания доходов в периоде, в котором они возникли (но не были выплачены). Обязательство по выплате включенных в резервы доходов у КСН не возникает до момента закрытия сделки (или иного события, указанного в транзакционных документах), поэтому расчет доступен только на дату выплаты. Такой подход вполне согласуется с базовым определением дохода ст. 41 Налогового кодекса РФ как экономической выгоды, учитываемой в случае возможности ее оценки и в той мере, в которой такую выгоду можно оценить.

Следуя логике налоговых органов, отраженной в судебных решениях, оригинатор должен регулярно подавать уточненные декларации (то есть констатировать некие ошибки в расчетах) и признавать усредненные доходы в более ранних периодах. При этом резервы, объективно создаваемые КСН, должны игнорироваться. В опреде-

лении ВАС доход оригинатора также рассматривается как все доходы КСН за вычетом выплат по старшим нотам и расходов на техническую деятельность КСН (то есть без учета резервов). Но если существенные убытки по портфелю возникнут под конец погашения облигаций (например, по истечении пяти лет), банк уже не сможет скорректировать налоговые обязательства за пределами трехлетнего периода. Такая позиция фактически ограничивает возможность налогоплательщика признавать убытки по долгосрочной секьюритизации трехлетним периодом, кроме того, заставляет банк постоянно подавать уточненные декларации и доплачивать налоги с доходов, которые могут быть не получены в будущем (без возможности сформировать резерв на возможные потери по ссудам и резерв по сомнительным долгам, предусмотренные Налоговым кодексом РФ).

Аргументы налоговых органов не сводятся только к механике применения метода начисления к купонному доходу по младшим облигациям. В судебных решениях указывается, что непризнание купонного дохода в 2007–2008 годах привело к получению НБ «ТРАСТ» необоснованной налоговой выгоды, так как банк отсрочил признание доходов и отразил их только в 2009 году, когда ставка налога на прибыль снизилась на 4%. Налоговая инспекция указывает, что банк определил плавающую ставку по младшим облигациям в ходе структурирования, в отчетности по МСФО вообще не отражал уступку кредитов КСН и оставался бенефициарным владельцем большей части доходов (за минусом выплат по старшим облигациям и расходов КСН) по всему портфелю. Таким образом, налоговой инспекцией заявляется принципиально новый аргумент: необоснованная налоговая выгода может быть получена в форме отсрочки уплаты налога, даже если не вся комплексная сделка, а только какие-то ее элементы лишены явного экономического смысла. Насколько такая новаторская позиция получит распространение, покажет последующая судебная практика. Но уже сейчас можно предположить сразу несколько контраргументов.

В судебных решениях прямо указывается, что целью и экономической сутью сделки секьюритизации являлось привлечение НБ «ТРАСТ» долгового капитала от независимого инвестора по низкой рыночной процентной ставке за счет более высокого (по сравнению с рейтингом самого банка) кредитного рейтинга старших облигаций. Таким образом, сама секьюритизация имела явную деловую цель и не была нацелена на создание искусственной отсрочки по уплате налогов. Также трудно предположить, что при рекордных темпах развития экономики в 2007 и 2008 годах банк с точностью предвидел наступление международного финансового кризиса, его масштаб и ожидал снижения ставки налога на прибыль в 2009 году. Более того, сделка потеряла экономическую привлекательность и была закрыта досрочно, что привело к выплате купона по младшим облигациям при их погашении. При этом использование плавающей ставки по младшим облигациям в рамках внебалансовой секьюритизации является распространенной практикой и оправдано необходимостью иметь в структуре экономически независимую КСН. Банк реализовал право определять свою финансово-хозяйственную деятельность, и использование налоговой отсрочки не должно быть оспорено только на основании возможности получить тот же экономический результат с меньшей налоговой выгодой (что прямо предусмотрено Постановлением ВАС № 53 от 12 октября 2006 года, на которое ссылается и сама налоговая инспекция). Интересно, что если бы банк не провел секьюритизацию, он бы имел возможность вполне легально сформировать резерв на возможные потери по ссудам и резерв по сомнительным долгам для целей налогообложения. Таким образом, признание доходов банка все равно было бы отсрочено, что опровергает направленность сделки на получение налоговой выгоды.

В судебной практике последних лет налоговые органы для целей переквалификации все чаще ссылаются на отчетность компаний по МСФО для определения налогового результата отдельных сделок. В результате у налогоплательщиков возникают проблемы с контраргументами, хотя правила бухгалтерского учета существенно отличаются от налогового и направлены на иные цели — отражение информации о финансовом положении компании. Когда инспекция ссылается на отдельные данные в отчетности по МСФО для расчета налогов, нарушается логика и последовательность учета опера-

ций для определения налоговой базы (которая формируется исключительно по данным налогового учета). При этом налоговые инспекторы никогда не предлагают целиком определить налоговые обязательства организации исходя из прибыли по МСФО, хотя многие налогоплательщики приветствовали бы такой прогрессивный подход. Поэтому аргументы налогового органа об отсутствии продажи портфеля прав требования в пользу КСН выглядят некорректно.

Наконец, налоговая инспекция указывает, что банк остается «бенефициарным владельцем» доходов по портфелю (за минусом расходов). Вероятно, ссылка сделана на понятие «получателя, имеющего фактическое право на доход» (с англ. beneficial owner), которое встречается в международных налоговых соглашениях, но для целей применения налога у источника выплаты (в контексте расщепления юридического и экономического титула в англосаксонской системе права). Таким образом, налоговая инспекция пытается игнорировать юридические права и само существование КСН, опираясь на правила, которые не содержатся в Налоговом кодексе РФ и не являются частью российского налогового законодательства (что напоминает попытку создать доктрину «кондуитных компаний» в решениях нижестоящих судов по делу «Нарьянмарнефтегаза»)[1]. Такой предвзятый подход не обоснован, так как сделки в рамках секьюритизации имеют явную деловую цель, не направлены на уклонение от уплаты налогов (то есть соответствуют критериям Постановления ВАС № 53), а сам механизм секьюритизации фактически признается в Налоговом кодексе РФ.

Нужно сказать, что ВАС открыто не поддержал большинство креативных аргументов налоговых органов в отношении применения доктрины необоснованной выгоды к отсрочке налогообложения, игнорирования продажи портфеля закладных и попытки использования концепции «бенефициарного владельца». Определение ВАС ссылается только на наличие у банка возможности распределения дохода по проверяемым периодам исходя из имевшейся информации и статьи Налогового кодекса РФ в отношении метода начисления. Упоминание о необоснованной налоговой выгоде и Постановлении ВАС № 53 отсутствуют. Кроме того, в определении ВАС указывается, что выводы судов основаны на оценке фактических обстоятельств дела и с учетом специфики спорной сделки.

В контексте отказа ВАС рассматривать дело по существу, основаниями для налоговых доначислений, вероятно, послужили конкретные особенности сделки НБ «ТРАСТ», а также действия сторон, поэтому решение не должно иметь прецедентный характер в отношении сделок секьюритизации в целом.

Конечно, само наличие претензий со стороны налоговых органов может говорить о некотором росте налоговых рисков для российских банков-оригинаторов по аналогичным сделкам. Вместе с тем, указанные риски не затрагивают сами структуры секьюритизации, эмитентов облигаций и инвесторов, поэтому вопросы их оценки, принятия или непринятия сводятся к коммерческой позиции. Очевидно, что банки будут продолжать делать секьюритизации при наличии экономической выгоды. При этом остается возможность снижения налоговых рисков в ходе структурирования сделки и процедуры ее закрытия, а также на уровне подготовки документации. Значительное количество аргументов в поддержку позиции налогоплательщика-оригинатора позволяет надеяться на некоторую стабильность налогообложения сделок секьюритизации в России. При этом важно привлечь внимание российских судов, налоговых и регулирующих органов к значимости этого инструмента для российской экономики, к его поддержке государством. К налоговым аспектам структурных сделок, зафиксированных в законодательстве, нельзя подходить поверхностно или только с фискальной точки зрения. Резкие заявления или обобщенные агрессивные налоговые позиции способны негативно влиять на рынок (например, как это было в 2012 году с выпусками еврооблигаций), снижать экономическую активность и, в конечном счете, будущие налоговые доходы государства. Ситуацию может улучшить основанный на доверии диалог с профессиональным сообществом, привлечение экспертов на судебных и досудебных этапах подобных споров.

[1] Кирилл Викулов «Новые налоговые риски: концепция бенефициарного собственника», Финансовый директор, № 4, 2012 г.