Александр СИНИЦЫН,
директор департамента консультирования по вопросам налогообложения и права, «Делойт»

Левон АЙРАПЕТЯН,
консультант департамента консультирования по вопросам налогообложения и права, «Делойт»

Секьюритизация: налоговые споры

К началу второго десятилетия существования секьюритизации на российском рынке сформировались лучшие практики, стандартные структуры и отработанные решения. Вместе с участниками рынка опыт анализа сделок секьюритизации активов получили и налоговые органы. Сложность сделок секьюритизации, большое количество вовлеченных сторон, отдельных соглашений, заключаемых в рамках сделок, а также относительно новая на российском рынке финансовая практика создают почву для возникновения рисков налоговых претензий. Судебная практика последних лет указала на слабые места и возможные области налоговых рисков при проведении сделок секьюритизации. Участникам рынка необходимо учитывать данный опыт.

КОНЦЕПЦИЯ ФАКТИЧЕСКОГО ПРАВА НА ДОХОД

Одна из областей риска — наличие у налоговых органов возможности оценивать, есть ли у эмитентов и других сторон сделок, вовлеченных в осуществление трансграничных выплат доходов в рамках структуры секьюритизации, фактическое право на доход. Концепция фактического права на доход заключается в том, что для целей применения льготных положений международных договоров в области налогообложения получатель дохода должен в действительности иметь право пользоваться и распоряжаться полученным доходом, решать его экономическую судьбу.

Важно отметить, что в деле ОАО КБ «Москоммерцбанк», о котором подробнее пойдет речь ниже, налоговые органы настаивали на транзитном характере деятельности участника сделки секьюритизации, которая привела к снижению негативных для налогоплательщика налоговых последствий, при этом не упоминалась непосредственно концепция фактического права на доход.

Так как определение фактического получателя дохода было введено в налоговое законодательство относительно недавно, а именно с 1 января 2015 г., то на сегодняшний день порядок определения того, является ли получатель дохода его фактическим получателем, имеет общий

характер, не содержит четких критериев и может нести в себе потенциальные налоговые риски. В сложившейся ситуации доводы, принятые судом в деле ОАО КБ «Москоммерцбанк» в опровержение транзитного характера деятельности участника сделки, могут служить основой и указателями при проведении налогового планирования трансграничных сделок, в том числе сделок секьюритизации.

ДЕЛО ОАО КБ «МОСКОММЕРЦБАНК»

Основной предмет спора

В 2006 г. Москоммерцбанк начал осуществление сделки ипотечной секьюритизации.

В рамках данного судебного дела налоговый орган настаивал на необходимости налогообложения на уровне российского банка – оригинатора доходов, выплаченных эмитентом обеспеченных облигаций, а именно зарегистрированной в Нидерландах компанией Moscow Stars B.V., в пользу держателей таких облигаций, расположенных также за пределами России.

Позиция налоговых органов

Позиция налоговых органов основывалась на том, что компания – эмитент облигаций является транзитной, ее деятельность направлена на уменьшение совокупных налоговых обязательств в рамках сделки секьюритизации. В обоснование данной позиции налоговые органы привели следующие аргументы:

- ОАО КБ «Москоммерцбанк» собирало денежные средства с заемщиков по уступленным ипотечным кредитам и перечисляло полученные процентные доходы компании Moscow Stars B.V.
- Деятельность компании Moscow Stars B.V. направлена на уменьшение совокупных налоговых обязательств.
- Расходы компании Moscow Stars B.V. по операциям хеджирования процентных рисков являются незначительными издержками.
- Налог на прибыль компании Moscow Stars B.V не зависит от реальных доходов/расходов этой организации (на основе полученного компанией предварительного налогового заключения в Нидерландах).
- ОАО КБ «Москоммерцбанк» самостоятельно классифицировало обязательства компании Moscow Stars B.V. по двум классам облигаций как собственные обязательства по выпущенным ценным бумагам перед инвесторами.

Позиция налогоплательщика

Налогоплательщик, в свою очередь, опровергал транзитный характер деятельности эмитента облигаций, приводя следующие аргументы, с которыми согласились суды первой и апелляционной инстанций:

- Процентные доходы компании Moscow Stars B.V, полученные по ипотечным кредитам, в разы превышали суммы процентов, выплаченных держателям облигаций классов A и B.
- Расходы компании Moscow Stars B.V. по свопам (хеджированию процентных рисков) примерно в два раза превышали процентные расходы по облигациям.
- Компания Moscow Stars B.V. формировала резервы в отношении просроченной задолженности по принадлежащим ей ипотечным кредитам физических лиц, отражая соответствующие расходы в собственной отчетности.
- Убытки Moscow Stars B.V. от просроченной задолженности не транслировались на банк, так как нарушение должниками по ипотечным кредитам их обязательств не приводило к нарушению обязательств Moscow Stars B.V. перед держателями облигаций.
- Процентный доход, выплачиваемый по ипотечным кредитам, предусматривал фиксированную процентную ставку — в отличие от процентного дохода, выплачиваемого по облигациям компании Moscow Stars B.V. по плавающей ставке.
- Величина фактической процентной ставки по ипотечным кредитам (9.8–13.5%) существенно превышала фактическую величину ставок по облигациям Moscow Stars B.V. (1.98–5.71%).
- Деятельность компании Moscow Stars B.V. была сопряжена со следующими рисками: процентный, кредитный и риск изменения рыночных цен на предметы залога.
- Управленческие расходы компании Moscow Stars B.V. составляли существенные, далекие от номинальных суммы.

• Компания Moscow Stars B.V. исчисляла свои налоговые обязательства, исходя из реальной налоговой базы (в отличие от ошибочного довода налогового органа, основанного на неверной трактовке полученного компанией предварительного налогового заключения в Нидерландах).

Решение суда

Суды первой и апелляционной инстанций[1] приняли решение о том, что ОАО КБ «Москоммерцбанк» правомерно не удержало налог на доход от источников в РФ с сумм доходов, выплаченных эмитентом облигаций в пользу сторонних инвесторов.

Налоговый орган не стал обжаловать это решение в кассационной инстанции[2].

Признание банком купонного дохода по облигациям

Помимо проблемы определения транзитного характера деятельности участников сделки секьюритизации, судебная практика последних лет указала также на трудности в том, как налоговые органы трактуют порядок признания банками для целей налогообложения купонного дохода по облигациям, выпущенным компаниями специального назначения (далее — КСН) в рамках сделок секьюритизации. Самым наглядным примером является дело ОАО НБ «ТРАСТ».

ДЕЛО ОАО НБ «ТРАСТ»

Основной предмет спора

В 2007 г. НБ «ТРАСТ» начал осуществление сделки секьюритизации потребительских кредитов и автокредитов.

Налоговый орган указывал на необоснованную отсрочку в признании для целей налогообложения прибыли ОАО НБ «ТРАСТ» доходов по Junior Note (облигации, выпущенные КСН) в 2007–2008 гг.

Позиция налоговых органов

По мнению налоговых органов, ОАО НБ «ТРАСТ» получило необоснованную налоговую выгоду в связи с необоснованным включением большей части купонного дохода по Junior Note в 2009 г., а не в 2007–2008 гг., в которых ставка налога на прибыль была выше на 4%.

Свою позицию налоговые органы обосновывали следующими аргументами:

• ОАО НБ «ТРАСТ» являлось бенефициаром сумм превышения перечисленного на КСН дохода над общим размером задолженности по Senior Note (облигациям, выпущенным КСН, выплаты по которым осуществлялись стороннему инвестору) и расходами на функционирование КСН.

• Несмотря на уступку ОАО НБ «ТРАСТ» прав требования по комиссиям заемщиков в пользу КСН, данные комиссии составляли доход ОАО НБ «ТРАСТ».

• Для КСН суммы купленных комиссий доходом не являлись.

• ОАО НБ «ТРАСТ» для целей налогообложения признавало только суммы дохода, фактически выплачиваемые КСН, то есть по кассовому методу.

• ОАО НБ «ТРАСТ» не определяло действительные доходы по методу начисления для целей налогообложения прибыли исходя из документации по сделке секьюритизации и экономической сути и смысла сделки секьюритизации.

• Доходы ОАО НБ «ТРАСТ» по сделке секьюритизации признавались только в отчетности по МСФО (в налоговом учете по кассовому методу с отсрочкой признания доходов до 2009 г. с доходностью 16 754.15% годовых).

• Начиная с 1 января 2009 г. ставка налога на прибыль была снижена до 20%, в то время как в 2007–2008 гг. данная ставка налога была выше и составляла 24%.

• ОАО НБ «ТРАСТ» в 2008 г. несло расходы, связанные с Junior Note, значительно превышавшие в 2007–2008 гг. доходы по Junior Note, исчисляемые по кассовому методу.

• Расходы на приобретение и владение Junior Note были признаны ОАО НБ «ТРАСТ» в 2007–2008 гг.

Позиция налогоплательщика

Позиция банка заключалась в том, что у него отсутствовала возможность зара-

[1] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 10 октября 2014 г. по делу № А40-100177/13 и Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 26 января 2015 г. № 09АП-53771/2014

[2] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19 мая 2015 г. № Ф05-5400/2015

нее исчислить сумму купонного дохода по облигациям, что не позволило ему признавать купонный доход равномерно в течение трех лет, как того требовали налоговые органы. В суде были приведены следующие аргументы:

• Операция досрочного закрытия сделки могла повлиять на реально заявленный доход по младшим ценным бумагам, что не позволяло заранее определить величину купонного дохода.

• Было невозможно определить размер дохода по переменной ставке заранее установленного купонного дохода.

Решение суда

Суды первой, апелляционной и кассационной инстанций[1] приняли решение о том, что у ОАО НБ «ТРАСТ» имелась объективная возможность заранее исчислять суммы купонного дохода и признавать их равномерно в течение 2007–2009 гг.

Суд постановил отказать в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации для пересмотра в порядке надзора[2].

Таким образом, дело ОАО НБ «ТРАСТ» показало, что в ходе налогового планирования сделки секьюритизации требуется соблюдать должную осмотрительность и оценивать налоговые риски, в том числе риски применения налоговыми органами концепции необоснованной налоговой выгоды.

Налоговый учет доходов ипотечным агентом

Деятельность ипотечных агентов в соответствии с российским законодательством строго регламентирована. Определенные доходы ипотечных агентов могут быть освобождены от налогообложения в России, если они связаны с его уставной деятельностью. Примером случая, когда налоговые органы оспорили освобождение от налогообложения операций ипотечного агента, стало дело ОАО «Ипотечная специализированная организация ГПБ-Ипотека Два».

ДЕЛО ОАО «ИПОТЕЧНАЯ СПЕЦИАЛИЗИРОВАННАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ГПБ-ИПОТЕКА ДВА»

Основной предмет спора

В 2010 г. ОАО «Ипотечная специализированная организация ГПБ-Ипотека Два» (далее — ипотечный агент) провело сделку секьюритизации ипотечных активов.

Налоговый орган указывал на то, что ипотечный агент не включил в состав доходов суммы начисленных процентов по депозиту, открытому в Газпромбанке, что нарушило ряд положений НК РФ.

Позиция налоговых органов

• Освобождение от налогообложения доходов, полученных ипотечным агентом в связи с осуществлением уставной деятельности, не может быть применено к доходам по депозиту, так как данный доход не связан с ведением ипотечным агентом уставной деятельности.

• В качестве уставной деятельности ипотечного агента не указано размещение денежных средств на депозитных счетах и начисление на них процентов.

Позиция налогоплательщика

• Средства, размещенные на депозите, в соответствии с требованием рейтингового агентства и с условиями решений о выпуске представляют собой резервы ипотечного агента для обеспечения обязательств по выплате купонного дохода и операционных расходов.

• Иного способа сохранения сумм резервов, кроме размещения их на банковском счете (расчетном или депозитном), не существует.

• Размещение средств резервного фонда на банковском счете является операцией, которую ипотечный агент обязан осуществлять для основного предмета своей деятельности.

• Проценты по депозиту были направлены ипотечным агентом исключительно на осуществление уставной дея-

[1] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 28 февраля 2013 г. по делу № А40-11909/12, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23 мая 2013 г. № 09АП-13331/2013, 09АП-14103/2013 и Постановление ФАС Московского округа от 4 октября 2013 г.

[2] Определение ВАС РФ от 24 февраля 2014 г. № ВАС-98/14

тельности — выплату купонного дохода, погашение облигаций и оплату расходов ипотечного агента.

Решение суда

Суды первой и апелляционной инстанций[1] приняли решение о том, что проценты, полученные ипотечным агентом при размещении сумм резервов на банковском депозите, не подлежат налогообложению в соответствии с НК РФ.

В данном деле стоит обратить внимание на то, что если бы ипотечный агент разместил на банковском депозите не суммы резервов, а иные средства, и/или полученный доход не направлялся бы на погашение основных обязательств ипотечного агента, то налоговые органы могли бы не предоставить освобождение от налогообложения доходов по такому депозиту.

Применение налоговых освобождений

В делах ОАО КБ «Москоммерцбанк» и ОАО НБ «ТРАСТ» сторонами не упоминалось освобождение от удержания налога на доход от источника в РФ при выплате российскими организациями процентных доходов по долговым обязательствам перед иностранными организациями при условии, что долговые обязательства российских организаций, по которым выплачиваются процентные доходы, возникли в связи с размещением иностранными организациями обращающихся облигаций. Отсутствие упоминаний о данном освобождении на момент рассмотрения судебных дел очевидно — данная льгота была введена в НК РФ только в 2012 г.

Однако не столь очевидно применение данной льготы к сделкам секьюритизации, которые российские банки проводили после 2012 г. Дело в том, что не подлежат обложению налогом на доходы от источника в РФ выплаты доходов по долговым обязательствам российских организаций перед иностранными кредиторами. В то же время, в рамках сделок секьюритизации производится уступка КСН прав требования по кредитному портфелю банка в случае перевода банком получаемых по кредитам доходов в пользу КСН. При подобной уступке прав требования дискуссионным является вопрос признания обязанности банка по переводу денежных средств в форме долговых обязательств для целей российского налогового законодательства.

Неоднозначная классификация обязательств банка в рамках договора уступки прав требования на практике ведет к риску возникновения спорных ситуаций между налогоплательщиками и налоговыми органами.

Более того, в соответствии с НК РФ, для применения описанного выше освобождения дополнительным требованием является и то, что долговые обязательства российских организаций должны возникать вследствие размещения иностранными организациями обращающихся облигаций. Такая связь может возникать из положений договора, согласно которому появляется долговое обязательство, из условий выпуска и содержания проспекта эмиссии обращающихся облигаций КСН, а также из структуры денежных потоков при размещении облигаций. Таким образом, даже в случае согласия налоговых органов с классификацией обязательств банка по переводу доходов по кредитам в пользу КСН в качестве долговых существует риск того, что налоговые органы оспорят объективный факт возникновения долговых обязательств банка в связи с размещением обращающихся облигаций КСН.

Соблюдение интересов инвесторов и формирование наиболее эффективных с экономической точки зрения структур сделки могут противоречить консервативному подходу, применяемому в налогообложении. Подобные неоднозначные ситуации требуют осмотрительного планирования, которое должно в том числе учитывать существующую судебную практику по данным вопросам.

[1] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 22 сентября 2014 г. по делу № А40-85612/14-116-185 и Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 9 декабря 2014 г. № 09А11-49539/2014