Ирина БЫХОВСКАЯ,
партнер, руководитель группы по оказанию услуг организациям финансового сектора в СНГ, EY

Ольга БЫЧИНА,
директор отдела налогообложения и юридических услуг, EY

Законодательство по деофшоризации и рынок секьюритизации

Проблема налогового резидентства и потенциального признания иностранной SPV контролируемой компанией

В банковском секторе секьюритизация является одним из источников финансирования и повышения ликвидности. Сегодня сделки секьюритизации могут заключаться в рамках российской правовой системы. При этом большую популярность среди участников рынка в разные годы имели сделки международной секьюритизации, которые совершались по иностранному праву. В нашей статье мы остановились на основных аспектах деофшоризационного законодательства[1] применительно к структурам международной секьюритизации. Деофшоризационное законодательство в значительной степени изменило российскую налоговую систему и привнесло в нее такие понятия, как фактический получатель дохода и контролируемая иностранная компания (КИК), а также концепцию налогового резидентства в РФ.

В большинстве случаев в рамках международных секьюритизаций компания – эмитент ценных бумаг (SPV — Special Purpose Vehicle) учреждается в Люксембурге, Ирландии или Нидерландах. Выбор данных юрисдикций обусловлен наличием специального режима налогообложения секьюритизационных компаний.

Чтобы избежать рисков, связанных с возможным банкротством оригинатора сделки, SPV создается как сиротская структура. Для достижения статуса сиротской

[1] Деофшоризационное законодательство было введено в действие Федеральным законом № 376-ФЗ от 24 ноября 2014 г. в редакции закона №150-ФЗ от 8 июня 2015 г. «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций)».

структуры учредителями SPV, как правило, выступают голландские штихтинги (stichting). Штихтинг — фонд, зарегистрированный в Нидерландах, своеобразный голландский аналог траста. Штихтинг не имеет участников и создается для осуществления определенной цели, которая не связана с получением прибыли. Если в результате ликвидации SPV в пользу штихтинга будут распределены какие-либо активы, они должны быть направлены на благотворительность.

ИНОСТРАННАЯ SPV — КИК?

Контролируемая иностранная компания, или КИК — это иностранная организация или структура без образования юридического лица, которая контролируется российским налоговым резидентом, физическим или юридическим лицом.

Прибыль КИК подлежит включению в базу по налогу на прибыль или налогу на доходы контролирующего лица, если только к такой компании не применяются специальные освобождения. Кроме того, контролирующее лицо обязано подать уведомление о КИК в российские налоговые органы.

Как мы отмечали ранее, учредителями SPV являются голландские штихтинги, у которых, в свою очередь, отсутствуют учредители. Кроме того, штихтинги направляют всю полученную прибыль при ее наличии на благотворительность, соответственно, исходя из текущих требований российского законодательства, штихтинги не могут признаваться КИК.

Менее радужной картина выглядит в отношении самой SPV. SPV является сиротской компанией, и к ней неприменим критерий признания КИК по доле владения, однако нельзя исключить риск, что SPV может быть признана КИК на основании критерия контроля и иных особенностей отношений со стороны оригинатора сделки – российского банка. В этой связи важно оценить особенность отношений между SPV и банком-оригинатором, порядок управления и администрирования деятельности SPV.

На данный момент по этому вопросу отсутствуют какие-либо дополнительные публично доступные разъяснения со стороны российских налоговых органов.

Иностранная организация считается имеющей место фактического управления в РФ при выполнении хотя бы одного из условий:

1) исполнительный орган организации регулярно осуществляет свою деятельность в отношении этой организации из РФ;

2) главные (руководящие) должностные лица организации (лица, уполномоченные планировать и контролировать деятельность, управлять деятельностью предприятия и несущие за это ответственность) преимущественно осуществляют руководящее управление этой иностранной организацией в РФ;

3) ведение бухгалтерского или управленческого учета организации (за исключением действий по подготовке и составлению консолидированной финансовой и управленческой отчетности, а также анализу деятельности иностранной организации) осуществляется в РФ;

4) ведение делопроизводства организации осуществляется в РФ;

5) оперативное управление персоналом организации осуществляется в РФ.

При этом для SPV – эмитента обращающихся ценных бумаг предусмотрены специальные правила[1].

ИНОСТРАННАЯ SPV — НАЛОГОВЫЙ РЕЗИДЕНТ РФ?

Помимо правил КИК, деофшоризационное законодательство ввело концепцию налогового резидентства организаций. Ее цель — не допустить отсутствия налогообложения прибыли организаций, которые не имеют достаточного уровня присутствия (substance) в стране инкорпорации, то есть существуют только номинально, операционное управление такой иностранной организацией фактически осуществляется из России.

Если иностранная организация имеет место фактического управления в РФ, она становится налоговым резидентом в РФ и подлежит налогообложению в РФ на тех же основаниях, что и организации, созданные в соответствии с законодательством РФ, которые по умолчанию признаются налоговыми резидентами РФ.

[1] См. раздел статьи «Освобождения, предусмотренные НК РФ для компаний – эмитентов обращающихся облигаций».

Лицом, имеющим фактическое право на доход, признается лицо, которое в силу прямого и/или косвенного участия в организации, либо контроля над организацией, либо в силу иных обстоятельств имеет право самостоятельно пользоваться и/или распоряжаться этим доходом, либо лицо, в интересах которого иное лицо правомочно распоряжаться таким доходом. При определении лица, имеющего фактическое право на доходы, учитываются функции, выполняемые лицами, указанными в настоящем пункте, а также принимаемые ими риски. Например, лицо может быть признано бенефициарным собственником дохода, если такое лицо фактически получает выгоду от выплачиваемого дохода и определяет его дальнейшую экономическую судьбу.

Лицо не признается имеющим фактическое право на доходы, если:

1) оно обладает ограниченными полномочиями в отношении распоряжения этими доходами;

2) осуществляет в отношении указанных доходов посреднические функции в интересах иного лица, не выполняя никаких иных функций и не принимая на себя никаких рисков, прямо или косвенно выплачивая такие доходы (полностью или частично) этому иному лицу.

Таким образом, чтобы у налогового органа отсутствовали основания для признания иностранной организации российским налоговым резидентом, такая организация должна обладать достаточным уровнем присутствия в юрисдикции инкорпорации, например иметь там руководящих лиц, осуществляющих реальное управление компанией, квалифицированный персонал, офис и так далее.

Соответственно, если у налоговых органов будут основания полагать, что SPV фактически управляется из России, то SPV может быть признана российским налоговым резидентом, подлежащим налогообложению в России. При этом для SPV – эмитента обращающихся ценных бумаг предусмотрены специальные правила[1].

ИНОСТРАННАЯ SPV — БЕНЕФИЦИАРНЫЙ СОБСТВЕННИК ДОХОДА?

Деофшоризационное законодательство ввело понятие фактического права на доход, которое соответствует международной концепции бенефициарного собственника, разработанной Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР).

С 1 января 2015 г. требование определять лицо, имеющее фактическое право на доход, для применения положений соглашений об избежании двойного налогообложения было закреплено в НК РФ.

Еще до вступления в силу деофшоризационного законодательства российские налоговые органы заняли позицию, что иностранная SPV – эмитент еврооблигаций не может рассматриваться в качестве бенефициарного собственника (лица, имеющего фактическое право на доход) процентного дохода, источником выплаты которого является заемщик в РФ ввиду посреднического (кондуитного) характера деятельности SPV, отсутствия принимаемых на себя рисков и минимума осуществляемых функций. Министерство финансов РФ заключило, что SPV не может применять положения соглашения об избежании двойного налогообложения: соответствующие процентные доходы должны подлежать обложению налогом у источника выплат в РФ по ставке 20%.

В сделках секьюритизации сроки, валюта и порядок определения процентной ставки (фиксированная или плавающая) по долговым обязательствам, которые были приобретены SPV, и по выпущенным облигациям могут не быть сопоставимыми. Сделки могут сопровождаться операциями хеджирования валютного и процентного рисков. В таких обстоятельствах вывод относительно возможности признания SPV фактическим получателем дохода должен основываться на фактических обстоятельствах сделок, функциях и рисках, принимаемых SPV.

Более того, если источником процентных доходов являются физические лица (например, в случае продажи в адрес SPV портфеля ипотечных кредитов или закладных, где заемщиками выступают физические лица), анализ на предмет того, является ли SPV фактическим получателем дохода, на наш взгляд, в принципе не должен осуществляться, так как источником процентного дохода являются физлица. Они не должны являться налоговым агентом, на которого возложена обязанность по удержанию налога. Налоговые органы могут быть иного мнения по данному вопросу.

[1] См. раздел «Освобождения, предусмотренные НК РФ для компаний – эмитентов обращающихся облигаций»

Несмотря на то что деофшоризационное законодательство позволяет в случае выплаты доходов лицу, не имеющему фактического права на такие доходы, установить конечного бенефициара дохода и применить соответствующую налоговую ставку в зависимости от места налогового резидентства конечного получателя платежа, в сделках секьюритизации к моменту осуществления купонной выплаты установить фактического держателя облигации не всегда возможно.

Для SPV, которые являются эмитентами так называемых обращающихся облигаций, на этот счет есть специальные правила.

ОСВОБОЖДЕНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННЫЕ НК РФ ДЛЯ КОМПАНИЙ – ЭМИТЕНТОВ ОБРАЩАЮЩИХСЯ ОБЛИГАЦИЙ

В данном случае обращающимися облигациями признаются облигации и иные долговые обязательства, которые прошли процедуру листинга, и/или были допущены к обращению на одной или нескольких иностранных фондовых биржах, и/или учет прав на которые осуществляется иностранными депозитарно-клиринговыми организациями, если такие иностранные фондовые биржи и иностранные депозитарно-клиринговые организации включены в перечень иностранных финансовых посредников.

Для структур, в рамках которых предусмотрен выпуск обращающихся облигаций, в НК РФ предусмотрен ряд освобождений.

Прибыль КИК

Так называемое еврооблигационное освобождение. Иностранные организации, являющиеся эмитентами обращающихся облигаций, освобождаются от налогообложения прибыли КИК при выполнении следующих условий:

1) Постоянным местонахождением КИК является государство, с которым имеется международный договор по вопросам налогообложения, за исключением государств (территорий), не обеспечивающих обмен информацией для целей налогообложения с РФ. Перечень государств (территорий), не обеспечивающих обмен информацией для целей налогообложения с РФ, пока не утвержден и находится на стадии публичного обсуждения. На данный момент Люксембург, Ирландия и Нидерланды (наиболее часто используемые юрисдикции для инкорпорации SPV) в проекте данного перечня государств не указаны.

2) Доля доходов по облигациям составляет не менее 90% от всех доходов SPV в период, за который составляется финансовая отчетность SPV.

Несмотря на то что это освобождение выглядит многообещающим, на практике ряд SPV столкнется с невозможностью применения данной льготы. Во-первых, SPV должно быть эмитентом обращающихся облигаций, а на практике размещения могли происходить среди ограниченного круга инвесторов без учета прав на облигации в депозитарно-клиринговых системах и без организации допуска бумаг на биржу. Это уже само по себе лишает SPV права пользоваться предусмотренной Налоговым кодексом РФ льготой. Во-вторых, в документации по секьюритизационным сделкам предусмотрен обратный выкуп у SPV банком-оригинатором закладных или прав требований по кредитам, если они перестают удовлетворять требованиям к качеству, например, ипотечного покрытия. Обратный выкуп может быть предусмотрен и для иных обстоятельств. В таком случае тест на 90% процентных доходов в общей сумме доходов не будет выполнен. Аналогичная проблема может возникать в ситуации, когда SPV сопровождает сделку секьюритизации хеджированием валютных и/или процентных рисков. В этом случае доходная база SPV может также включать доходы по таким операциям, которые будут превышать 10% (возможно, совместно с доходами от обратной продажи в пользу банка-оригинатора закладных и уступки прав требования по иным активам в его пользу), что лишит SPV возможности воспользоваться еврооблигационным освобождением.

Согласно законопроекту, который в декабре 2015 г. прошел первое чтение в Государственной Думе, порядок применения теста на 90% дохода может быть изменен. Он будет применяться к расходам SPV, что

может решить для части из них обозначенные выше вопросы.

Налоговое резидентство в РФ

SPV, которое удовлетворяет критериям для еврооблигационного освобождения, не может быть признано налоговым резидентом РФ. Идея логичная и правильная, но у ряда SPV могут возникнуть сложности с ее реализацией по причинам, которые мы уже описали выше в данной статье.

Бенефициарный собственник

Предусмотрено освобождение от обложения налогом у источника в РФ процентных доходов по долговым обязательствам перед иностранными организациями при одновременном выполнении следующих условий:

1) Долговые обязательства российских организаций, по которым выплачиваются процентные доходы, возникли в связи с размещением иностранными организациями обращающихся облигаций.

2) Постоянным местонахождением организации – эмитента обращающихся облигаций является государство, с которым имеется международный договор по вопросам налогообложения.

Стоит обратить внимание, что в данном случае тест на 90% дохода неприменим, но остается тест на обращаемость облигаций. Соответственно, в зависимости от порядка выпуска облигаций и порядка их учета в депозитарно-клиринговой системе или отсутствия такового у сервисного агента может возникнуть безусловное освобождение от обязанности удержания налога с процентных доходов, которые он как сервисный агент будет перечислять в пользу SPV. В другом случае необходимо будет проводить анализ на предмет того, можно ли полагаться на иные основания для неудержания налога на выплачиваемые проценты. Такими возможными основаниями могут быть либо факт выплаты процентных доходов физическими лицами, либо возможность рассмотреть SPV бенефициаром полученного дохода и применить к такому доходу нулевую ставку по соглашению об избежании двойного налогообложения, например с Ирландией, Люксембургом или Нидерландами.

В последнее время налоговые органы и суды уделяют больше внимания сути, а не форме. В этой связи разумным представляется качественный и глубокий анализ порядка управления и администрирования SPV, чтобы принять обоснованное решение касательно необходимости ее признания в качестве КИК и риска признания такого SPV в качестве российского налогового резидента. Вторым ключевым аспектом анализа является возможность применения еврооблигационного освобождения, которое де-факто решает вопрос о необходимости налогообложения прибыли КИК (этой обязанности не возникнет), а также о риске признания SPV российским налоговым резидентом.

РОССИЙСКАЯ АЛЬТЕРНАТИВА МЕЖДУНАРОДНОЙ СЕКЬЮРИТИЗАЦИИ

Минимизация налоговых рисков, связанных с вступлением в силу деофшоризационного законодательства, возможна не только при структурировании сделки с учетом всех краеугольных камней закона. Как мы отмечали ранее, существует возможность заключать сделки секьюритизации в рамках российского права. Более того, если ранее секьюритизационным активом могли выступать только ипотечные кредиты, с 2014 г. благодаря закону № 379-ФЗ[1] появилась возможность создания специализированного финансового общества (СФО) и специализированного общества проектного финансирования (СОПФ) с последующей секьюритизацией различных видов активов, в том числе автокредитов, потребительских кредитов, дебиторской задолженности.

В настоящее время мы видим интерес среди участников рынка к таким структурам. Возможно, в будущем количество российских секьюритизаций будет расти.

[1] Федеральный закон от 21.12.2013 № 379-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»