Андрей КОРОЛЕВ,
руководитель юридического департамента, генеральный директор, «ТМФ РУС»

Сопровождение деятельности специализированных компаний: практический опыт

На протяжении десяти лет TMF Group в России участвует в сопровождении деятельности специализированных компаний. Сейчас на обслуживании у TMF находится более 55 ипотечных агентов и специализированных обществ (компаний специального назначения, КСН), совокупный размер активов в управлении составляет порядка 300 млрд руб. Более десяти КСН были ликвидированы или находятся в процессе ликвидации после погашения облигаций.

Управляющая и бухгалтерская организации фактически являются самыми близкими к эмитенту структурами. У нас есть возможность в реальном времени наблюдать, как на практике работает сделка, каким образом теория, заложенная в эмиссионной и договорной документации, срабатывает при возникновении вполне конкретных практических ситуаций, как они разрешаются, какие подходы при этом используются. В этой статье мы делимся своим опытом и наблюдениями по данным вопросам.

Более подробно остановимся на следующих аспектах:

1) Проблематика уставной деятельности компаний специального назначения, прежде всего, выигранный суд с налоговой инспекцией, вопросы квалификации сделки обратной продажи портфеля, если выпуска облигаций еще не произошло, и передача недвижимого имущества на баланс ипотечного агента.

2) Передача сервисного обслуживания резервному сервисному агенту.

СУД С НАЛОГОВЫМИ ОРГАНАМИ

По результатам выездной налоговой проверки компания специального назначения была привлечена к ответственности в виде штрафа, был доначислен налог на прибыль и соответствующие пени. По мнению налогового органа, суммы начисленных процентов по депозитному вкла-

ду неправомерно не включили в состав внереализационных доходов. Свое решение налоговая инспекция обосновала тем, что доход в виде процентов, начисленных на депозит, не связан с уставной деятельностью КСН, и, следовательно, такой доход не попадает под действие статьи 251 Налогового кодекса РФ (НК РФ), которая устанавливает перечень доходов, не учитываемых при определении налоговой базы.

Эмитент не согласился с выводом налогового органа и после безуспешной попытки обжаловать решение в вышестоящей инспекции федеральной налоговой службы обратился в арбитражный суд с заявлением о признании недействительным решения налогового органа.

Рассмотрев заявление и оценив доводы заявителя, суд пришел к выводам, которые, безусловно, позитивно сказались и еще скажутся на всех последующих налоговых проверках и решениях налоговой службы.

Было справедливо отмечено, что статья устава, на которую ссылался налоговый орган, раскрывает только правоспособность общества, при этом уставной деятельностью КСН является любая деятельность, которую она может осуществлять в связи с формированием и обслуживанием ипотечного покрытия по ипотечным облигациям. Перечень прав, которые имеет КСН для осуществления такой деятельности, не носит исчерпывающего характера. Кроме того, суд подчеркнул, что ст. 251 НК РФ предоставляет освобождение от налогообложения доходов в связи с уставной деятельностью, а не непосредственно от уставной деятельности.

Отдельно суд отметил, что специальный статус ипотечного агента (ИА) и ограничения, которые накладывает на него закон, фактически делают ИА юридическим инструментом для проведения сделки, не имеющим самостоятельной коммерческой цели. Все имущество, которое получает ИА, подлежит направлению на выплату дохода инвесторам и возмещение расходов.

В соответствии с решением о выпуске, ИА создал резервы, причем иного способа сохранения сумм резервов, кроме как путем размещения на расчетном или депозитном счете, не существует. Таким образом, получение доходов в виде процентов по депозиту является прямым следствием исполнения компанией условий секьюритизационной сделки. При этом начисленные и полученные проценты были направлены исключительно на выплату купонного дохода и оплату расходов ипотечного агента.

Более того, суд пришел к очень важному выводу о том, что налоговая инспекция фактически вышла за пределы своей компетенции, когда оценивала деятельность КСН на соответствие уставу и закону. Регулятором компаний специального назначения является Банк России, который, утвердив решение о выпуске и не имея замечаний к ежеквартальным отчетам эмитента, подтверждал соблюдение ИА требований Федерального закона «Об ипотечных ценных бумагах» (152-ФЗ).

Если обобщить результат, то в ходе описанного судебного процесса была выработана следующая позитивная для секьюритизационных сделок судебная практика:

1) Любая деятельность КСН, осуществляемая в связи с формированием и обслуживанием портфеля, попадает под освобождение от налогообложения доходов.

2) Оценка соблюдения КСН требований закона 152-ФЗ, в том числе в части соответствия его деятельности уставу и закону, находится вне компетенции налоговых органов.

ВОЗМОЖНОСТЬ ОБРАТНОЙ ПРОДАЖИ ПОРТФЕЛЯ БЕЗ ВЫПУСКА ОБЛИГАЦИЙ

В силу ряда причин может возникнуть ситуация, когда КСН учреждена, портфель передан или находится в режиме накопления, но выпуск облигаций с данного специализированного общества становится невозможен, или сделка отменяется по иным причинам. В такой ситуации возникает необходимость организовать обратную уступку портфеля банку или другому специализированному обществу.

На практике при проведении уступки возникает проблема определения статуса такой операции как осуществляе-

мой в связи с уставной деятельностью специализированного общества или вне уставной деятельности. Если подходить к вопросу консервативно и не признавать такую операцию как осуществляемую в рамках уставной деятельности ипотечного агента, то в соответствии с НК РФ (п. 6 ст. 250) доходы в виде процентов по долговым инструментам признаются доходами и включаются в налоговую базу при расчете налога на прибыль на общих основаниях. Это приводит к начислению и уплате налога на прибыль по ставке 20% за период с даты приобретения портфеля до момента его реализации.

Если использовать менее консервативный подход и признавать данную операцию как осуществляемую в рамках уставной деятельности, то, по нашему мнению, появляется налоговый риск по неуплате налогов в крупном или особо крупном размере. Кроме того, возникает вопрос, связанный с оценкой правомерности самой схемы: передача портфеля на КСН и, как следствие, освобождение доходов в виде процентных поступлений от налогообложения — реализация описанной налоговой выгоды в течение периода, когда портфель находится на балансе КСН, — возврат портфеля банку или продажа на иное специализированное общество. В случае если контролирующие органы будут анализировать такую операцию в описанном разрезе, налоговые и иные риски возникают у всех компаний в представленной цепочке.

Поскольку законодательство не содержит разъяснений данного вопроса и отсутствует соответствующая налоговая практика, мы обратились с запросами в Министерство финансов и Банк России.

Минфин отказался давать какие-либо комментарии по данному вопросу, посчитав, что он находится вне рамок компетенции ведомства, и порекомендовал направить соответствующий запрос в Банк России. ЦБ, дав общую ссылку на статьи 8 и 14 152-ФЗ, выразил мнение, что осуществление ипотечным агентом возмездного отчуждения прав требования по кредитам, обеспеченным ипотекой, и закладных до или после формирования ипотечного покрытия, являются его уставной деятельностью.

Мы полагаем, что описанное мнение регулятора не может восприниматься как гарантированное руководство к действию в аналогичных ситуациях. При возникновении подобных случаев мы рекомендуем каждый раз отдельно анализировать ситуацию и принимать соответствующее решение с учетом мнения регуляторов, юридических и налоговых консультантов.

ПЕРЕДАЧА НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА НА БАЛАНС КСН

В сделках классической ипотечной секьюритизации у банка (сервисного агента), как правило, есть право выкупать дефолтные закладные в случае, если срабатывают определенные условия (просрочка более 90 дней и т.д.). Однако на практике возникают ситуации, когда право обратного выкупа по определенным причинам вовремя не реализуется и дефолтная закладная продолжает оставаться на балансе КСН. Более того, такая ситуация может произойти и вследствие судебной ошибки, когда взыскание на объект недвижимого имущества обращалось в пользу ипотечного агента вместо нового собственника закладной — банка. В любом случае, если такая ситуация происходит, то за ней следуют формальные судебные процедуры, в результате которых в процессе исполнительного судопроизводства недвижимость реализуется с торгов. Если по результатам торгов имущество реализовать не удается, то эмитент получает предложение от судебного пристава принять имущество на баланс. Чтобы не потерять актив, эмитент вынужден принимать на баланс данную недвижимость.

В результате возникает ряд последствий, нехарактерных для КСН. Порядок действий в таких ситуациях не описан в нормативно-правовых актах. С точки зрения налогового учета на балансе остается актив в виде недвижимого имущества, предназначенного для продажи, которое облагается налогом на имущество (ст. 378.2 НК РФ). Помимо налога у КСН появляются дополнительные расходы на содержание объекта недвижимости в виде коммунальных платежей.

При этом, в соответствии со статьей 13 152-ФЗ, недвижимое имущество может входить в ипотечное покрытие не более

чем в течение двух лет с момента его приобретения (оставления за собой). В законодательстве нет разъяснений, что происходит по истечении указанного срока. Также отсутствуют разъяснения, что должно происходить с недвижимостью, если она находится на балансе ипотечного агента, но не входит в ипотечное покрытие (например, когда дефолтная закладная не входила в состав ипотечного покрытия).

В ответ на адресный запрос регулятору мы получили разъяснение, что в соответствии с той же статьей 13 Закона об ИЦБ недвижимое имущество, входящее в состав ипотечного покрытия, должно быть отчуждено эмитентом в срок, не превышающий двух лет с момента его приобретения. Денежные средства, полученные в результате такого отчуждения, должны быть включены в состав ипотечного покрытия.

Вместе с тем регулятор специально подчеркивает, что реализация такого имущества физическим лицам невозможна в силу прямого запрета для КСН заключать возмездные договоры с физическими лицами.

Таким образом, до сих пор остаются открытыми вопросы, каким образом КСН может эффективно реализовывать недвижимое имущество, находящееся на его балансе, и что происходит в том случае, если имущество не удалось реализовать в течение более чем двух лет.

ПЕРЕДАЧА СЕРВИСНОГО ОБСЛУЖИВАНИЯ РЕЗЕРВНОМУ СЕРВИСНОМУ АГЕНТУ

К сожалению, в последнее время вопрос «перехвата» функционала сервисного агента перестал быть чисто теоретическим. Сегодня это вполне практический механизм обеспечения обслуживания портфеля при возникновении различных неблагоприятных событий с основным сервисным агентом. Когда мы столкнулись с такой ситуацией, то убедились в том, что заложенные в документацию теоретические механизмы не всегда срабатывают на практике. Более того, возникает ряд более глубоких вопросов, которые могут требовать пересмотра и уточнения принципиальных подходов к организации резервного сервисного обслуживания.

Первый и ключевой вопрос, с которым сталкивается эмитент — корректная квалификация и принятие обоснованного решения о замене сервисного агента. Как известно, большинство договоров сервисного обслуживания содержат положения об одностороннем отказе КСН от исполнения договора и передаче обслуживания резервному сервисному агенту при наступлении так называемых «случаев несостоятельности».

Под ними, как правило, понимаются:

- неисполнение сервисером определенных обязательств по договору;
- отзыв лицензии;
- введение мер по предупреждению банкротства в соответствии с Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)».

Последние могут включать в себя, помимо прочего:

1) Оказание финансовой помощи сервисеру участниками или иными лицами.

2) Изменение структуры активов и пассивов.

3) Иные не запрещенные законодательством меры.

Если формально следовать тексту договора, как только происходит любое из предусмотренных событий, эмитент сразу же получает право передать обслуживание резервному сервисеру. Но что делать, если формально триггер сработал, но основной сервисный агент продолжает работать в обычном режиме, корсчета не заблокированы, а переводы со счетов сбора платежей проходят без задержек и в стандартном порядке? Более того, может последовать релиз регулятора о восстановлении финансовой целостности банка.

В таком случае, по нашему мнению, запуск процедуры замены сервисера может принести сделке больше вреда, чем пользы, так как сделка подвергнется стрессу, возникнет необходимость срочно организовать передачу всех документов и информации резервному сервисеру, заемщики получат уведомления о необходимости вносить очередные платежи на новый счет и так далее. Если такая ситуация в конечном итоге повлечет убытки основного сервисера, то при защите своих интересов банк вполне может ссылаться

на то, что эмитент злоупотребил своим правом, поскольку действовал недобросовестно и неразумно.

При этом понятно, что несвоевременная передача обслуживания также может привести к негативным последствиям для сделки, и в этом случае эмитент тоже понесет ответственность за то, что своевременно не реализовал свое право по договору.

Наличие в сделках резервного сервисного агента является важным механизмом, который должен защищать интересы инвесторов и предотвращать убытки эмитента и владельцев облигаций. Но, принимая решение о передаче обслуживания портфеля, необходимо достоверно определить наличие оснований, которые могут свидетельствовать о возможности сервисного агента исполнять свои обязанности. Поэтому не совсем корректно концентрировать риск такой оценки и принятия соответствующего решения только на эмитенте. Как мы обсуждали выше, специализированная организация является лишь юридическим инструментом осуществления сделки секьюритизации. Решения, которые могут непосредственно отразиться на ее судьбе, должны приниматься коллегиально, в идеале — при непосредственном участии или с ведома инвесторов и иных выгодоприобретателей сделки.

Предположим, что решение о передаче сервисного обслуживания все же было принято и начался перехват сервисного обслуживания. Как показывает практика, этот процесс действительно является максимально стрессовым сценарием, прежде всего для эмитента, для самих заемщиков (физических лиц) и резервного сервисера. Последнему в предельно сжатые сроки необходимо полностью перехватить практически весь функционал основного сервисного агента.

Наш практический опыт доказывает, что на первоначальном этапе перехвата основными являются логистические проблемы, связанные с необходимостью организовать передачу резервному сервисеру оригиналов документов, имеющих отношение к портфелю кредитов (закладных и договоров страхования), и реестра по осуществленным выплатам вместе с отчетами сервисного агента.

Всем известно, что в соответствии с устоявшейся структурой сделок оригиналы документов не покидают хранилищ сервисного агента. Более того, при наличии у сервисера развитой сети региональных отделений, оригиналы документов могут быть распределены по разным регионам России. Этот факт нужно учитывать при планировании сроков передачи документов, а также расчете расходов на доставку.

И последнее, самое важное замечание. Как показала практика, более или менее гладкий перехват возможен, если в процессе передачи основной сервисный агент продолжает сотрудничество и активно участвует в процедурах. Если предположить, что случай несостоятельности наступает внезапно и основной сервисный агент оказывается недоступен, то успешный перехват возможен только при условии, что документы, относящиеся к обеспечению выпуска, изначально физически передавались на хранение третьему лицу и резервный сервисный агент с начала сделки участвовал в обмене информацией или по крайней мере получал регулярные отчеты о текущем состоянии сделки и взаимоотношениях с заемщиками.