

П.Н. Вишневский

аспирант кафедры
международного частного права
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

С.В. Янкевич

аспирант кафедры финансового
права факультета права
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

Понятие «фактический получатель дохода» в международной, зарубежной и российской налоговой практике

В статье анализируется понятие «фактический получатель дохода» в международной, зарубежной и российской налоговой практике. На примере выпуска международных облигаций авторы исследуют проблемы применения данного понятия. Приводятся различные толкования понятия «фактический получатель дохода» в международных договорах, национальном законодательстве и судебной практике.

Ключевые слова: международное налогообложение, двойное налогообложение, фактический получатель дохода, международные облигации, SPV.

Понятие «фактический получатель дохода» (*beneficial owner*, *beneficiaire effectif*) впервые было введено Модельной конвенцией об избежании двойного налогообложения, разработанной Организацией экономического сотрудничества и развития в 1977 г.¹ (далее — Конвенция ОЭСР). Термин «фактический получатель дохода» был введен для того, чтобы избежать распространения льгот из соглашений об избежании двойного налогообложения (далее — СИДН) на посредников — поверенных или агентов из третьих стран. Ст. 10 «Дивиденды», 11 «Проценты» и 12 «Роялти» Конвенции ОЭСР распространяются на отношения по выплате дивидендов в случаях, когда плательщик дивидендов является резидентом по праву договаривающегося государства, а получателем дивидендов выступает так называемый фактический получатель дохода, являющийся резидентом другого договаривающегося государства.

Проблема применения понятия «фактический получатель дохода» возникает там, где есть доход из пассивного источника, например дивиденды по акциям, проценты по облигациям, процентные выплаты по лицензионным соглашениям (роялти). В качестве иллюстрации можно привести дело, рассмотренное судом США еще до того, как в Европе была принята Конвенция ОЭСР.

¹ Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2010 // URL: <http://www.oecd.org/> — официальный сайт Организации экономического сотрудничества и развития.

Спор «Эйкен Индастрис»

В 1971 г. Федеральным налоговым судом США был рассмотрен спор «Эйкен Индастрис Инк.» против комиссионера Службы внутренних сборов². Как следует из обстоятельств дела, компания «ИСиЭл», расположенная в США, предоставила заем своей «внучке» — компании «ЭмПиАй», расположенной также в США. Заем был оформлен выпуском облигаций, держателем которых выступила «ИСиЭл». Впоследствии «ИСиЭл» переуступила права по облигациям другой своей дочерней компании «Индастриас», расположенной в Гондурасе, при этом платеж по уступке был оформлен в заемное обязательство в форме облигаций, размер и стоимость которого ничем не отличались от первоначального займа между «ИСиЭл» и «Индастриас».

Переоформление прав на имя «Индастриас» было сделано с целью применения положений действующего на тот момент Соглашения об избежании двойного налогообложения между США и Гондурасом (1964)³ (далее — Соглашение). Данным Соглашением предусматривалось освобождение от налогов по процентным платежам, подлежащих уплате на территории США, если одной из сторон по данному долговому обязательству выступает компания, расположенная на территории договаривающегося государства. Таким образом, можно было избежать уплаты внутреннего налога по процентным платежам, переоформив источник дохода на компанию в другой стране. Считая подобное применение положений Соглашения неправомерным, комиссионер Службы внутренних сборов США обратился в суд с требованием о взыскании неуплаченных сумм налога.

Проанализировав фактические обстоятельства дела, суд пришел к следующим выводам. По формальным критериям компания «Индастриас», расположенная в Гондурасе, подпадала под определение, предусмотренное в Соглашении. Поэтому процентные платежи, получаемые «ИСиЭл», должны освободиться от налогообложения на территории США.

Однако суд не согласился с доводами представителей «Индастриас», утверждавшими, что формального критерия — факта местонахождения получателя процентных платежей на территории договаривающегося государства — достаточно для применения положений Соглашения. Суд подчеркнул, что во внимание должны приниматься все обстоятельства дела. Так, суд указал, что термин «получение процентных платежей» означает не только фактическое получение процентных платежей от компании, расположенной на территории договаривающегося государства, но также и полный контроль над такими средствами. В этом отношении факт передачи прав по облигациям «ЭмПиАй» и последующего оформления облигационного займа между «ИСиЭл» и «Индастриас» на условиях, абсолютно идентичных первоначальному заемному обязательству, является недостаточным для вывода, что между данными компаниями возникло реальное долговое обязательство. Более того, то обстоятельство, что на «Индастриас» было возложено обязательство по выплате платежей в пользу «ИСиЭл», свидетельствует, что фактическим получателем дохода была компания «ИСиЭл». Таким образом, суд пришел к выводу, что применение положений Соглашения к данным отношениям является неправомерным.

² Aiken Industries, Inc. v. Commissioner 56 T.C. 925 (1971) // URL: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=197198156brtc925_1912.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985.

³ Ссылка на Соглашение содержится в материалах дела. См. сн. 2.

Таким образом, суд применил расширительное толкование Соглашения, указав на недостаточность формального критерия, содержащегося в Соглашении, для применения льгот. Позднее данный принцип нашел отражение в нормах международного и национального права.

Нормы международного и национального права

В комментарии к ст. 10 «Дивиденды»⁴ говорится, что практика, когда получатели дивидендов (а) используются в целях трансфера платежей между заемщиками одной страны и держателями облигаций другой страны и (b) не являются фактическими получателями дохода, противоречит целям и задачам международных договоров об избежании двойного налогообложения. В данном случае нарушаются такие основные принципы договоров, как предотвращение злоупотребления их положениями и преобладание сущности над формой. В комментарии отмечается, что простого факта получения резидентом договаривающегося государства процентных платежей от резидента другого договаривающегося государства недостаточно для применения льгот по Соглашению об избежании двойного налогообложения.

Директива Совета Европейского союза № 2003/48/ЕС по налогообложению доходов от сбережений в виде процентных платежей (далее — Директива)⁵ определяет признаки, которые не присущи фактическому получателю дохода. Под последним понимается физическое лицо, которое получает процентные платежи или которому гарантируется выплата таких платежей, за исключением случаев, когда данное лицо:

- (а) является платежным агентом;
- (b) действует от имени юридического лица, прибыль которого облагается налогом;
- (с) действует от имени другого физического лица, которое является бенефициарным владельцем, и сообщает платежному агенту сведения о личности бенефициарного владельца.

В соответствии со ст. 4 Директивы платежным агентом является юридическое лицо, уплачивающее сумму процентов или гарантирующее уплату процентов для непосредственной выгоды фактического получателя, а также юридическое лицо, которое является должником по иску о взыскании долга или на которого должником или фактическим получателем дохода возложена обязанность уплаты процентов или гарантии их уплаты.

Нередко в договорах об избежании двойного налогообложения страны изначально определяют понятие фактического получателя доходов в самом соглашении. Одним из первых стал Договор между Федеральной Республикой Германия и Итальянской Республикой об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал и предотвращении уклонения от уплаты налогов⁶. Согласно п. 9 протокола к договору получатель дивидендов, процентов и роялти является фактическим получателем дохода, если он имеет право, на котором основано

⁴ Commentary on Model Tax Convention on Income and on Capital 2010 // URL: <http://www.oecd.org/>

⁵ Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments // Official Journal of the European Union. L 157. 26.6.2003. P. 38.

⁶ Подписан в Бонне 18 октября 1989 г. // URL: http://www.pgpartners.it/pdf/Germania__Italia_ENG_2.pdf

получение таких платежей, и если этот доход присваивается им в соответствии с налоговым законодательством обоих государств. Определение фактического получателя дохода по договору между Германией и Италией основано на двух критериях: наличие права на получение дохода (неналоговый «тест») и присвоение дохода для целей налогообложения (налоговый «тест»).

Интересна практика применения подобных соглашений, заключенных Соединенными Штатами Америки. При заключении первого договора между Правительством Соединенных Штатов Америки и Правительством Итальянской Республики об избежании двойного налогообложения⁷ Конгресс и Казначейство США выработали важные правовые позиции по вопросу определения фактического получателя дохода. Совместный комитет по налогообложению Конгресса США, анализируя статью договора, касающуюся выплаты процентов, пришел к выводу, что «более низкая ставка налога может применяться, только если проценты получены бенефициарным владельцем-резидентом другого Договаривающегося государства»⁸.

Как в утратившем в силу, так и в новом договоре между Правительством Соединенных Штатов Америки и Правительством Итальянской Республики об избежании двойного налогообложения в отношении налога на доходы и предотвращении мошенничества или уклонения от уплаты налогов⁹ термин «фактический получатель дохода» не определен. В этом случае следует руководствоваться положениями национального законодательства договаривающихся сторон.

Как пояснил в техническом разъяснении к договору Департамент Казначейства США, «если проценты, уплачиваемые компанией, которая является резидентом одного Договаривающегося государства, получает уполномоченное лицо или агент, являющееся резидентом другого Договаривающегося государства от имени лица, которое не является резидентом этого другого Договаривающегося государства, такое уполномоченное лицо или агент не является фактическим получателем дохода, а проценты не подлежат льготному налогообложению»¹⁰.

В налоговом законодательстве Украины легальное определение «фактический получатель дохода» впервые закреплено в Налоговом кодексе от 2 декабря 2010 г.¹¹ В ст. 103.3 установлено, что бенефициарным (фактическим) получателем (владельцем) дохода признается лицо, имеющее право на получение доходов в виде процентов, роялти, дивидендов, других доходов из источников на Украине. При этом бенефициарным получателем не может быть юридическое и физическое лицо, даже если оно имеет право на получение дохода, но является лишь агентом, номинальным собственником или посредником по отношению к указанным доходам.

⁷ Подписан в Риме 16 ноября 1985 г. // URL: <http://www.irs.gov/pub/irs-trty/italy.pdf> — официальный сайт Службы внутренних доходов Казначейства США.

⁸ Explanation of proposed income tax treaty (and proposed protocol) between the United States and the Republic of Italy. Prepared by the Joint Committee of taxation of the United States Senate. July 30, 1985 // URL: <http://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3363> — официальный сайт Совместного комитета по налогообложению Конгресса США.

⁹ Подписан в Вашингтоне 25 августа 1999 г. // URL: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/italy.pdf> — официальный сайт Казначейства США.

¹⁰ Technical explanation of the Convention between the Government of the United States of America and the Government of the Italian Republic for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and the prevention of fraud or fiscal evasion // URL: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/teitaly.pdf>

¹¹ Ведомости Верховной Рады Украины. 2011. № 13—17. Ст. 112.

Судебные прецеденты

Вызывает интерес подход английских судов к вопросу о фактическом получателе дохода. Наиболее известным в этом отношении является дело «Индофуд Интернешнл Файнанс Лимитед против Джей-Пи Морган Чейс НА Лондонский филиал», рассмотренное в 2006 г.¹² В настоящее время принципы, закрепленные в данном деле, используются налоговой службой Англии.

Компания «Индофудс», расположенная на территории Индонезии, намеревалась привлечь заемные средства в третьих странах. Однако налоговым законодательством Индонезии был предусмотрен налог в размере 20% на процентные платежи, выплачиваемые резидентам других стран. Поэтому в целях снижения налогового бремени компанией «Индофудс» было инкорпорировано специальное юридическое лицо (*Special Purpose Vehicle*, далее — SPV) в Республике Маврикий — стране, с которой Индонезия заключила СИДН¹³. Таким образом уплачиваемый «Индофудс» налог был снижен до 10%.

Впоследствии СИДН между Индонезией и Республикой Маврикий было отменено. Для сохранения налоговых льгот компания «Индофудс» учредила еще одну компанию, которая выступила посредником между SPV и «Индофудс» и располагалась в Нидерландах (между Индонезией и Нидерландами также действовало СИДН¹⁴).

В данном деле суд пытался определить, могут ли распространяться льготы, предусмотренные СИДН между Индонезией и Нидерландами, на данные отношения. Суд пришел к выводу, что расположенная в Нидерландах компания не является фактическим получателем дохода. Суд указал, что следует отличать понятие «фактический получатель дохода», определяемое в целях международного налогообложения, от такого же понятия, но используемого в целях национального налогообложения. Определяя значение понятия «фактический получатель дохода» в целях международного налогообложения, суд сослался на комментарий к Конвенции ОЭСР. Суд определил роль компании, учрежденной в Нидерландах, в качестве администратора дохода, а не фактического получателя, так как данная компания являлась простым посредником и переводила напрямую проценты на имя заемщика.

Наиболее детально вопрос фактического получателя дохода был освещен канадским судом в деле «Превос Кар Инк против Ее Величества Королевы» 2008 г.¹⁵ В данном деле рассматривался иск канадской налоговой службы к компании «Превос Кар» в связи с неуплатой налога с дивидендов, выплачиваемых в пользу иностранного держателя акций. Следует отметить, что в рассматриваемом деле суд поддержал ответчика и вынес решение в его пользу. Фактические обстоятельства дела следующие.

В 1995 г. компания «Превос Кар», зарегистрированная в Канаде, продала свои акции двум другим компаниям — «Вольво» (51% акций), зарегистрированной в

¹² *Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*, Court of Appeal — Civil Division, March 02, 2006, [2006] EWCA Civ 158 // URL: <http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/-52568119>

¹³ Подписано в Джакарте 10 декабря 1998 г. // URL: <http://www.pajakonline.com/engine/treaty/view.php?id=28>

¹⁴ Подписано в Джакарте 29 января 2002 г. // URL: http://www.pajak.go.id/tkb/engine/rule_engine/engine/treaty/view.php?id=34

¹⁵ *Prevost Car Inc., and Her Majesty the Queen* 2008 DTC 231 (TCC) // URL: <http://decision.tcc-cci.gc.ca/en/2008/2008tcc231/2008tcc231.pdf>

Швеции, и «Хэглис» (49% акций), зарегистрированной в Великобритании. Покупатели учредили холдинговую компанию «ПиЭйчБи Ви», владельцами которой они выступали в соответствующих долях и которая в свою очередь владела 100% акций канадской «Превос Кар». При такой организационно-правовой схеме дивиденды, уплачиваемые по акциям «Превос Кар», поступали сначала на имя «ПиЭйчБиВи», а затем распределялись между «Вольво» и «Хэглис». Это позволяло использовать льготы, предусмотренные Соглашением об избежании двойного налогообложения, заключенным между Канадой и Нидерландами (далее — Соглашение).

Однако налоговая служба Канады не признала возможным применение к данным отношениям положений Соглашения, обосновывая свою позицию тем, что «ПиЭйчБиВи» не является фактическим получателем дохода и, следовательно, не имеет права на льготы, предусмотренные Соглашением. Однако суд не согласился с мнением налоговой службы и вынес решение в пользу «ПиЭйчБиВи». В ходе судебного разбирательства суд пытался определить содержание термина «фактический получатель дохода». В итоге была принята позиция, согласно которой под «фактическим получателем дохода» понимается лицо, которое получает дивиденды на свои собственные нужды, принимает риск и получает контроль над полученными дивидендами.

В результате судебного разбирательства выяснилось, что порядок распределения дивидендов в «ПиЭйчБиВи» определялся акционерным соглашением между «Вольво» и «Хэглис». В частности, предусматривалось, что не менее 80% доходов должны распределяться между акционерами. Однако возможность выплаты дивидендов определялась советом директоров «ПиЭйчБиВи» с учетом финансового состояния «ПиЭйчБиВи». Данные обстоятельства позволили суду сделать вывод о том, что выплата дивидендов компанией «ПиЭйчБиВи» осуществлялась не по воле акционеров, а на основании решения совета директоров. Таким образом, компания «ПиЭйчБиВи» не являлась агентом или посредником компаний «Вольво» и «Хэглис» и обладала полным правом на распределение прибыли.

Российская налоговая практика

В Российской Федерации термин «фактический получатель дохода» не находит легального определения ни в одном правовом акте. Тем не менее, на протяжении многих лет в договорах об избежании двойного налогообложения употребляются подобные формулировки. Вот лишь некоторые из них: «фактически имеет право на доход»¹⁶, «лицо, фактически обладающее правом собственности на доход»¹⁷, «фактический владелец дохода»¹⁸, «обладатель права собственности на доход»¹⁹.

¹⁶ Конвенция между Правительством СССР и Правительством Японии от 18 января 1986 г. «Об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1986. № 50. Ст. 1022.

¹⁷ Соглашение между Российской Федерацией и Федеративной Республикой Германия от 28 мая 1996 г. «Об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы» // СЗ РФ. 1998. № 8. Ст. 913.

¹⁸ Конвенция между Правительством Российской Федерации и Правительством Алжирской Народной Демократической Республики от 10 марта 2006 г. «Об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество» // СЗ РФ. 2009. № 17. Ст. 1968.

¹⁹ Конвенция между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания от 8 февраля 1996 г. «Об избежании двойного налогообложения и предотвращения уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество» // СЗ РФ. 1997. № 18. Ст. 2106.

Министерство финансов Российской Федерации в письме от 21 апреля 2006 г. № 03-08-02²⁰ (далее — Письмо от 2006 г.) дало разъяснения по данному вопросу. В письме указано, что термин «фактический получатель дохода» разработан международной практикой заключения договоров об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения и содержится, в частности, в статьях «Дивиденды», «Проценты», «Роялти» действующих международных договоров об избежании двойного налогообложения, заключенных Российской Федерацией с иностранными государствами, а также в таких источниках международного налогового права, как модели налоговой конвенций ОЭСР и ООН, и в официальных комментариях к ним.

В данном письме министерствоконкретизировало свою позицию и обобщило ранее выработанные подходы к концепции «фактический получатель дохода». Во-первых, иностранная компания имеет фактическое право на доход при наличии оснований для его получения. Таким основанием является заключение гражданско-правового договора. Во-вторых, для признания лица фактическим получателем дохода оно должно обладать не только правом получения дохода по договору, но и быть непосредственным выгодоприобретателем, т.е. лицом, самостоятельно определяющим дальнейшую экономическую судьбу полученного дохода.

Необходимо, подчеркнуть, что термин «фактический получатель дохода» не должен пониматься в узком, «техническом» смысле, его следует трактовать исходя из целей и задач международных договоров об избежании двойного налогообложения, как, например, «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».

Данная позиция министерства, отраженная в Письме от 2006 г., была текстуально воспроизведена в письме от 30 декабря 2011 г. № 03-08-13/1²¹. Таким образом, Министерство финансов Российской Федерации не изменило своей позиции, что посредники между заемщиками и кредиторами, платежные агенты не могут признаваться фактическими получателями дохода.

Стоит отметить, что попытки внести ясность в понимание данной категории предпринимались и раньше. В Методических рекомендациях налоговым органам по применению отдельных положений главы 25 Налогового кодекса Российской Федерации, касающихся обязанностей налогообложения прибыли (доходов) иностранных организаций²², указывается, что лица, к которым применяются положения статей соглашения об избежании двойного налогообложения, устанавливающих порядок налогообложения определенных видов доходов, должны иметь фактическое право на получение соответствующего дохода. Иностранная организация имеет фактическое право на доход при наличии правовых оснований для получения дохода, которым является факт заключения ею договора.

²⁰ СПС «Консультант Плюс».

²¹ СПС «Консультант Плюс».

²² Приказ Министерства по налогам и сборам Российской Федерации от 28 марта 2003 г. № БГ-3-23/150 «Об утверждении Методических рекомендаций налоговым органам по применению отдельных положений главы 25 Налогового кодекса Российской Федерации, касающихся обязанностей налогообложения прибыли (доходов) иностранных организаций» // Бухгалтерский учет. 2003. № 9.

Поэтому при наличии выплат доходов иностранным организациям, относящимся к доходам от источников в Российской Федерации, в целях установления обязанности по удержанию налогов у источника выплаты необходимо удостовериться, имеет ли лицо, в пользу которого осуществлена выплата, фактическое право на получение этих доходов.

Освобождение от удержания налогов у источника выплаты в установленных случаях может быть осуществлено только в отношении лица, имеющего фактическое право на получение дохода. Если фактическое право на получение дохода имеет российское лицо, а платежи производятся иностранной организацией (например, в счет взаимозачетов), то положения международного договора не применяются. Если фактическое право на получение доходов имеет иностранная организация, то не имеет значения, на счета каких лиц перечисляются эти доходы.

На сегодняшний день наиболее обоснованной представляется позиция Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, нашедшая воплощение в Постановлении Пленума от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды»²³. В постановлении закреплена доктрина деловой цели, согласно которой налоговая выгода может быть признана обоснованной и экономически разумной, только если она получена в связи с осуществлением реальной предпринимательской или иной экономической деятельности.

Похожая позиция уже была сформулирована Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 27 мая 2003 г. № 9-П²⁴. Согласно постановлению, «недопустимо установление ответственности за такие действия налогоплательщика, которые, хотя и имеют своим следствием неуплату налога либо уменьшение его суммы, но заключаются в использовании предоставленных налогоплательщику законом прав, связанных с освобождением на законном основании от уплаты налога или с выбором наиболее выгодных для него форм предпринимательской деятельности и, соответственно, — оптимального вида платежа».

Напротив, если получение налоговой выгоды является основным инструментом извлечения систематической прибыли, по смыслу Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации такая налоговая выгода должна быть признана необоснованной.

В п. 5 и 6 Постановления Высший Арбитражный Суд Российской Федерации определил критерии, которые могут служить основанием для признания налоговой выгоды необоснованной:

- 1) отсутствие необходимых условий для достижения результатов соответствующей экономической деятельности в силу отсутствия управленческого или технического персонала, основных средств, производственных активов, складских помещений, транспортных средств;
- 2) создание организации незадолго до совершения хозяйственной операции;
- 3) разовый характер операции;

²³ Вестник ВАС РФ. 2006. № 12.

²⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 мая 2003 г. № 9-П по делу о проверке конституционного положения статьи 199 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан П.Н. Белецкого, Г.А. Никовой, Р.В. Рукавшникова, В.Л. Соколовского и Н.И. Таланова // СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2431.

4) взаимозависимость участников сделок (непосредственное участие российского банка-заемщика в юридическом лице SPV, где суммарная доля такого участия составляет более 20% (ст. 20 Налогового кодекса Российской Федерации));

5) неритмичный характер хозяйственных операций (деятельность юридического лица SPV отличается периодической активностью, хозяйственные операции не имеют постоянного и продолжительного характера).

Наконец, как справедливо отметило Министерство финансов Российской Федерации в Письме от 2006 г., фактический получатель дохода должен самостоятельно определять его дальнейшую экономическую судьбу. SPV самостоятельно распоряжается денежными средствами в виде процентов по кредитному договору, отчуждая их в пользу заемщика. Однако это не является выражением свободы воли данного субъекта правоотношений, а продиктовано интересами юридического лица-заемщика, создавшего SPV и в большинстве юрисдикций являющегося его 100-процентным собственником.

Проблема определения «фактического получателя дохода» при выпуске еврооблигаций

В настоящее время в России среди крупных заемщиков широко распространена практика выпуска еврооблигаций с использованием SPV. SPV учреждаются в стране выпуска облигаций, являются эмитентами облигаций и полностью принадлежат российским заемщикам, чаще всего российским банкам. При этом кредиторы-держатели облигаций располагаются в третьих странах (Рис. 1).

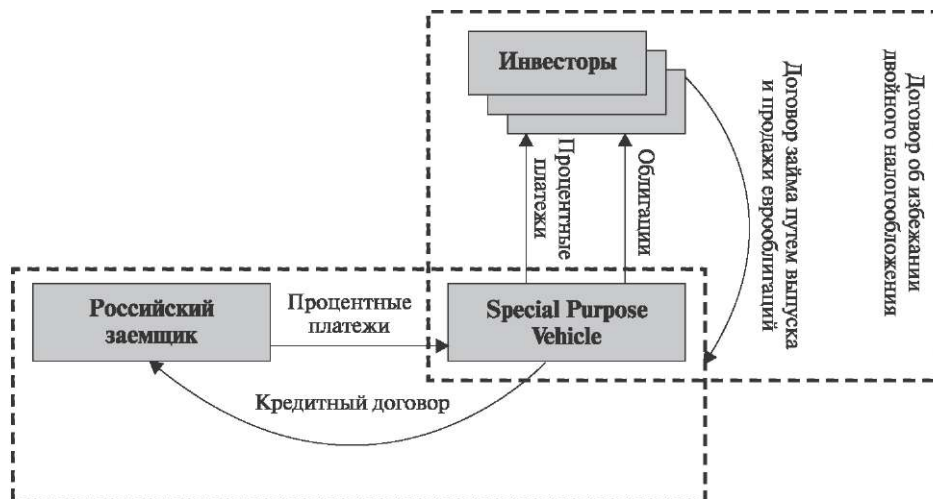


Рис. 1

В связи с этим возникает проблема двойного налогообложения. Во-первых, процентные выплаты по облигациям, осуществляемые российским банком, подлежат налогообложению на территории Российской Федерации в силу обязанности иностранных лиц уплачивать налог у источника (*withholding tax*). Во-вторых, эти же

процентные выплаты рассматриваются в качестве подлежащих налогообложению процентных доходов в государстве местонахождения SPV.

В подобных случаях в интересах инвесторов в проспект эмиссии облигаций включается оговорка *taxgross-up*. Ее действие обеспечивает получение держателями облигаций своих процентных платежей свободными от налогов, взимаемых в Российской Федерации. Если по законодательству Российской Федерации заемщик обязан производить соответствующие вычеты для удержания из суммы платежа в счет уплаты налогов, то на него возлагается обязанность увеличить сумму выплат, с тем чтобы обеспечить получение кредитором суммы, которую последний получил, если бы платеж осуществлялся без взимания каких-либо налогов.

Чтобы уменьшить налоговую нагрузку, возникающую при применении оговорки *taxgross-up*, заемщики предпочитают инкорпорировать SPV в юрисдикциях, с которыми у государства резидентства заемщика заключены соглашения об избежании двойного налогообложения. Подобная практика осуществляется также в интересах инвесторов — она позволяет избежать последствий возможных негативных изменений законодательства или общей политической ситуации в стране местонахождения заемщика.

Тем не менее, сложившаяся практика использования SPV при выпуске еврооблигаций неоднозначно оценивается Министерством финансов Российской Федерации. Так, в письме Минфина России от 30 декабря 2011 г. № 03-08-13/1²⁵ было выражено намерение России облагать налогом процентные выплаты в пользу SPV, связанные с исполнением денежных обязательств по еврооблигациям. Свою позицию министерство обосновывает ссылкой на комментарий к Конвенции ОЭСР.

Впоследствии, однако, Правительство Российской Федерации скорректировало свою позицию в отношении налогообложения процентных доходов в подобных схемах. Так, в подразд. 1.2 ч.П«Основных направлений налоговой политики Российской Федерации на 2013 год и на плановый период 2014 и 2015 годов»²⁶ указывается, что процентный доход, выплачиваемый в структурах выпуска еврооблигаций с датой размещения до 1 января 2013 г., освобождается от налогообложения. После 1 января 2013 г. данный доход будет облагаться налогом, только если этот доход направлен по информации реестродержателя получателю, постоянным местонахождением которого является государство или территория, с которым у Российской Федерации отсутствует действующее соглашение об избежании двойного налогообложения. Данный порядок налогообложения будет распространен только на еврооблигации, которые либо прошли листинг на одной или нескольких общепризнанных биржах, либо по которым учет прав осуществляется общепризнанными депозитарно-клиринговыми организациями (такими, как Euroclear, Clearstream, DTC, подразделениями крупных транснациональных банков).

Представляется, что понятие «фактический получатель дохода» следует закрепить на уровне налогового законодательства Российской Федерации. Альтернативно содержание данного понятия может определяться в каждом конкретном двустороннем соглашении об избежании двойного налогообложения, заключаемом между Россией и другими странами. При этом толкование понятия «фактический

²⁵ СПС «Консультант Плюс».

²⁶ СПС «Консультант Плюс».

получатель дохода» правоприменительными органами не должно оказывать негативного влияния на отношения между российскими лицами и их иностранными партнерами. Так, например, при выпуске еврооблигаций, если практически все держатели облигаций находятся в странах, с которыми у России имеются СИДН, используемые в таких отношениях SPV могут рассматриваться в качестве фактических получателей дохода. В таком случае маловероятно, что учреждение SPV в одной из подобных стран будет свидетельствовать о злоупотреблении положениями Соглашения. И наоборот, в случаях, когда держатели облигаций находятся в странах, с которыми у России нет действующих СИДН, оснований для применения льгот по таким соглашениям, вероятно, не может возникнуть.

С другой стороны, для избежания последствий произвольного толкования налоговыми органами Российской Федерации понятия «фактический получатель дохода» российским лицам не следует применять схему 100-процентного участия в SPV. Более разумным было бы использование холдинговых структур, по аналогии с компанией «Превос Кар», дело которой приведено выше. В уставах подобных холдинговых компаний можно устанавливать такие корпоративные процедуры распределения прибыли, которые впоследствии будут свидетельствовать в пользу российских заемщиков, соответственно в пользу применения льгот из соглашений об избежании двойного налогообложения.