

## Налоговый обзор для директоров налоговых управлений

Март 2016 / Выпуск № 03/16

### Правила недостаточной капитализации – актуальные тренды

- ❖ *Недостаточная капитализация*
- ❖ *Закон 25-ФЗ от 15.02.2016 г.*
- ❖ *Реклассификация процентов в дивиденды по займам от российских кредиторов (п.4 ст.269 НК РФ)*
- ❖ *Правило «иностранной сестры»*

### К чему готовиться в 2016 и 2017 гг.?

- В 2016 году пока продолжают работать «старые» правила недостаточной капитализации (п. 2 – 4 ст. 269 НК РФ).
- Также продлевается действие принятых в 2015 году Законом 32-ФЗ «антикризисных» мер, среди которых фиксация курса на уровне 01.07.2014 при расчете соотношения «долг/капитал» для целей правил «тонкой капитализации».
- С 2017 г. начнут применяться радикально реформированные правила «тонкой капитализации». Среди новых правил: определение взаимозависимости заемщика и займодавца по правилам норм раздела V.1 НК РФ о трансфертном ценообразовании (ст.105.1 НК РФ); порог по доле участия возрастет с 20% до 25% и др.
- При этом уже с 01.01.2016 года контролируруемую задолженность не формируют заимствования от независимых банков, полученные под обеспечение взаимозависимых лиц (если поручители не производили погашение займа или процентов).

*Более подробно об изменениях, вносимых Законом 25-ФЗ от 15.02.2016, мы рассказали в нашем обзоре основных изменений налогового законодательства с 2016 г. (см. раздел на сайте «статьи и обзоры»).*



## Тренды в судебной практике?

- В декабре 2015 – феврале 2016 гг. суды достаточно часто сталкивались с разрешением споров по вопросам недостаточной капитализации.
- Основные тенденции, на которые мы бы хотели обратить внимание и более подробно осветить в настоящем Обзоре:
  1. Мы наблюдаем, что укрепилось и продолжает транслироваться судами расширительное толкование норм п. 2 ст. 269 НК РФ в части понятия «косвенной аффилированности». При превышении допустимого соотношения «долг/капитал» займы от любых иностранных компаний, входящих в одну Группу, в том числе не имеющих даже косвенного участия в капитале заемщика, могут быть признаны контролируемой задолженностью на уровне российского заемщика.
  2. Достаточно устойчивая ранее позиция о недопустимости требований налоговых органов удерживать налог у источника с процентов, расклассифицированных в дивиденды по правилам ТК (п. 4 ст. 269 НК РФ) в случаях, когда займодавец является российской компанией, в настоящее время в целом ряде прецедентов не разделяется судами. Риски по указанным ситуациям в текущем году значительно возрастают.

## Детали

### 1. Займы от иностранных компаний, входящих вместе с заемщиком в единую Группу компаний

Уже достаточно давно налогоплательщикам стало понятно, что так называемое правило «иностранной сестры» (когда займодавец-иностранная компания, не имеет прямого или косвенного участия в капитале заемщика), да-факто перестает работать. В 2015 г. определенные надежды оставляли некоторые дела, не дошедшие до кассации или ВС РФ. Среди них – дело ЗАО «Колвинское», где возможность применения правила «иностранной сестры» было поддержано 18.05.2015 судом апелляционной инстанции. Однако в кассации дело не устояло. В феврале сторонами были поданы кассационные жалобы в судебную коллегию ВС РФ. Однако рассчитывать на поворот в указанном деле, на наш взгляд, не приходится.

Стоит подчеркнуть, что в обоснование своей позиции суды все чаще и чаще успешно применяют нормы СОДН – например, положения ст. 9 большинства СОДН «Ассоциированные предприятия» (Определение ВАС РФ № ВАС-6562/14 по делу «Олекминский рудник» и др.) или ст.24 СОДН «Недискриминация». Также мы видим, что достаточно успешно судами могут использоваться ссылки на концепции о противодействии налоговым злоупотреблениям («look-through approach»).

## Уровень риска

Высокий



## Как отражено в судебных решениях

**Дело «Каширский Двор – Северянин»<sup>1</sup>.** Не в пользу налогоплательщика. Дело дошло до Верховного суда РФ.

Суд кассационной инстанции:

«...» применение п. 2 ст. 269 НК РФ допустимо не только при прямой, **но и при косвенной аффилированности между российским налогоплательщиком** – получателем займа и иностранной компанией, которая или через которую ему предоставляются денежные средства. Такой подход при толковании п. 2 ст. 269 НК РФ отражен в определении Верховного Суда Российской Федерации № 305-КГ15-8766 от 17.07.2015 года.

При этом **косвенная зависимость российского налогоплательщика от иностранной компании, выдавшей заем, может выражаться в подконтрольности обеих компаний единому центру – материнской компании**, даже если между займодавцем и заемщиком отсутствует непосредственно отношение подчиненности или подконтрольности

Верховный Суд РФ вынес отказное определение по передаче к рассмотрению в Судебной коллегии ВС РФ (Определение Верховного Суда РФ от 14.12.2015 № 305-КГ15-15653 по делу № А40-72507/14)

**Дело «АО Колвинское / Группа НК Альянс»<sup>2</sup>.** Частично не в пользу налогоплательщика. В феврале 2016 г. поданы кассационные жалобы в судебную коллегию ВС РФ.

Суд кассационной инстанции:

«...» вывод судов о возможности применения п. 2 ст. 269 НК РФ **только в случае, если иностранная компания, предоставившая заем российской организации, непосредственно владеет более 20 процентов** доли в уставном капитале этой российской организации, **противоречит общему смыслу применения данной нормы**, установившей для применения правил о контролируемой задолженности не только прямую, но и косвенную зависимость между российским налогоплательщиком - получателем займа и иностранной компанией, через которую предоставляются заемные средства.

«...» в рассматриваемом деле сторонами не оспаривается **подконтрольность займодавца и заемщика общей «материнской» компании.**

«...» при таких обстоятельствах, **принимая во внимание влияние общей «материнской» компании на заключение и исполнение договоров займа с иностранной «сестринской»**

<sup>1</sup> [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/948a5e8b-37ae-49d6-8e45-43e0a4f25f38/A40-72507-2014\\_20151214\\_Opredelenie.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/948a5e8b-37ae-49d6-8e45-43e0a4f25f38/A40-72507-2014_20151214_Opredelenie.pdf)

<sup>2</sup> [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/6a6bb176-a4a0-41f8-9ecb-08ec9ae4a4f2/A05-12258-2014\\_20151130\\_Postanovlenie%20kassacionnoj%20instancii.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/6a6bb176-a4a0-41f8-9ecb-08ec9ae4a4f2/A05-12258-2014_20151130_Postanovlenie%20kassacionnoj%20instancii.pdf)



*компанией* на определенных условиях, доводы Общества подлежат отклонению как не учитывающие подконтрольность заимодавца и заемщика общей «материнской» компании»

В феврале сторонами были поданы кассационные жалобы в судебную коллегию ВС РФ. **Дело «Инчкейп Т»<sup>3</sup>**. Не в пользу налогоплательщика. Дело рассмотрено в апелляционной инстанции. Рассмотрение в кассации ожидается в марте 2016 г.

Дело заслуживает внимания ввиду достаточно подробной аргументации, представленной судом. В постановлении суда приводится последняя судебная практика по аналогичным спорам, анализируются положения Модельной Конвенции об избежании двойного налогообложения ОЭСР, а также положения Доклада ОЭСР «О недостаточной капитализации» от 26.11.1986 года.

Ниже приведены, наиболее показательные, на наш взгляд, положения из указанного судебного решения, которые могут быть полезны менеджменту компаний, при оценке потенциальных рисков по подобным ситуациям:

«...» таким образом, **не обязательно, чтобы заемщик был дочерней компанией кредитора**. Они оба, например, могут быть либо «дочерними» компаниями третьего лица, либо заимодавец может быть аффилированным лицом с иностранной материнской компанией российского заемщика, что и имеет место в рассматриваемой ситуации.

«...» немаловажную роль играют разъяснения, содержащиеся в Комментариях к Модельной Конвенции об избежании двойного налогообложения, являющейся рамочным документом, устанавливающим общие принципы и подходы к устранению двойного налогообложения (далее - Конвенция ОЭСР). Конвенция ОЭСР уделяет особое внимание **борьбе с международным уклонением от уплаты налогов**, признавая важность этой проблемы, и указывая на ее связь с неправильным использованием налоговых соглашений.

В соответствии с п. 79 комментария к п. 4 ст. 24 Конвенции ОЭСР, **если внутренние государственные правила тонкой капитализации** не разрешают организации-резиденту вычитать из налоговой базы проценты в пользу **ассоциированной с ней организации-нерезидента**, то это правило не будет нарушением п. 4 ст. 24 «Недискриминация» Конвенции ОЭСР, даже в случае уплаты процентов в пользу кредитора, владеющего или контролирующего капитал организации.

Отдельно следует отметить, что в п. 84 комментариев к ст. 24 закреплен основополагающий принцип применения, прежде всего, ст. 24 Конвенции ОЭСР, а именно «преимущества Конвенции могут применяться только если это не случай злоупотреблений». Высший Арбитражный Суд Российской Федерации указывает не только на возможность, **но и на необходимость применения внутригосударственных норм о контролируемой задолженности**, ссылаясь, в том числе на п. 1 ст. 9 Соглашения между Правительством РФ и Правительством Республики Кипр от 05.12.1998 г. «Об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал» (**содержание которой аналогично содержанию п. 1 ст. 9 Конвенции**). Указанная норма позволяет налоговым органам провести корректировку прибыли, получаемой российскими и иностранными взаимозависимыми лицами, если в их коммерческих или финансовых взаимоотношениях создаются или устанавливаются условия, отличные от тех, которые имели бы место между независимыми предприятиями.

<sup>3</sup> [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/54bf7eab-ae5c-49ec-8f28-e577451a4a3a/A40-25939-2015\\_20151203\\_Postanovlenie%20apelljacionnoj%20instancii.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/54bf7eab-ae5c-49ec-8f28-e577451a4a3a/A40-25939-2015_20151203_Postanovlenie%20apelljacionnoj%20instancii.pdf)



**При этом ассоциированными предприятиями признаются предприятия, в том числе, если, одни и те же лица прямо или косвенно участвуют в управлении, контроле или капитале предприятия** одного Договаривающегося Государства и предприятия другого Договаривающегося Государства (подп. в п. 1 ст. 9 Конвенции). Таким образом, случай, когда возникают заемные взаимоотношения **между «сестринскими» компаниями - резидентами иностранных государств – прямо предусмотрен в ст. 9 Конвенции**, которая является приоритетной по отношению к любым нормам национального законодательства. Более того, в Комментариях ОЭСР к Модельной конвенции содержатся пояснения по лицам, к которым применяется данная статья, а именно, что она применяется к «связанным предприятиям (материнская и дочерняя компания и компании под общим управлением)»

Аналогичный подход прослеживается в целом ряде споров пока не дошедших до кассации (см. например, дело «Нефтяная компания «Речер-Коми» № А29-2362/2015, и проч.)

## **2. Налог у источника с расклассифицированных в дивиденды процентов (п.4 ст.269 НК РФ), когда займодавец – российская компания**

Несмотря на значительное количество разъяснений Минфина РФ, вполне однозначно выстраивающихся в единый месседж для налогоплательщиков: налог у источника в таких случаях не возникает – суды не так единодушны в своих оценках.

Если в 2014 г. подход о применимости последствий по п.4 ст.269 НК РФ ко всем случаям недостаточной капитализации, в том числе по долгам перед российскими кредиторами, суды разделяли скорее в порядке исключения (дело Арктикгаз - Постановление ФАС ЗСО по делу № А81-2782/2013б), то теперь такие решения – не редкость.

Практика на сегодня представлена двумя диаметрально противоположными подходами, что сформировало серьезную неопределённость правоприменения и позволяет говорить о возрастании рисков.

### **Уровень риска**

Высокий

### **Как отражено в судебных решениях**

Подход 1: Налог у источника не возникает

**Дело «АО Колвинское / Группа НК Альянс».** В феврале 2016 г. поданы кассационные жалобы в судебную коллегию ВС РФ.

Вместе с тем согласно многочисленным разъяснениям Министерства финансов Российской Федерации (письма от 16.10.2014 № 03-08-05/52149, от 14.10.2014 № 03-08-05/51659, от 14.10.2014 № 03-08-05/51655, от 18.06.2014 № 03-08-05/29163, от 11.04.2014 № 03-08-05/16607, от 06.03.2014 № 03-08-05/9669, от 26.02.2014 № 03-08-05/8180, от 29.01.2014 № 03-08-05/3278, от 14.01.2014 № 03-08-05/519, от 14.01.2014 № 03-08-05/535) **при выплате**



**российской организации положительной разницы между суммами начисленных и предельных процентов организация - заемщик не удерживает налог с дивидендов.** Свою позицию финансовое ведомство мотивирует тем, что для организации-заимодавца сумма процентов по договору займа **признается доходом в виде процентов по долговому обязательству в полном объеме**, поскольку правила, предусмотренные ст. 269 НК РФ, устанавливающие особенности отнесения процентов по долговым обязательствам не к доходам, а к расходам.

Действительно, глава 25 НК РФ **не содержит положений, позволяющих исключить из дохода российской организации-заимодавца ту часть полученных ею процентов, которая в целях налогообложения приравнивается на основании п. 4 ст. 269 НК РФ к дивидендам.**

Следовательно, **позиция налогового органа приводит к тому, что с одной и той же суммы - положительной разницы между суммами начисленных и предельных процентов, которая в целях налогообложения приравнивается к дивидендам, налог будет исчислен дважды:** во-первых, заемщик как налоговый агент исчислит налог с дивидендов, во-вторых, российская организация - заимодавец включит всю сумму полученных ею процентов в налогооблагаемый доход.

**Исчисление налога дважды противоречит конституционному принципу однократности налогообложения доходов.** В силу ст. 24 НК РФ налоговыми агентами признаются лица, на которых в соответствии с названным Кодексом возложены обязанности по исчислению, удержанию у налогоплательщика и перечислению налога в бюджетную систему Российской Федерации. Нормами НК РФ не предусмотрено возложение на российскую организацию-заемщика обязанностей налогового агента по удержанию и перечислению в бюджет налога на прибыль с процентов по займу, выплачиваемых российской организации-заимодавцу. **Такая обязанность возникает у российской организации только при выплате процентов иностранной организации**

Подход 2: Налог у источника возникает

**Дело «Ритейл Тольятти»<sup>4</sup>.** Рассмотрено в апелляции. Рассмотрение в суде кассационной инстанции назначено на апрель 2016 г.

**Заявитель в обоснование правомерности заявленных требований сослался в том числе на то, что одна и та же сумма (проценты по договору займа) будет облагаться налогом дважды:** первый раз - как доход третьего лица в виде процентов по договорам займа, с которого российский заимодавец исчислил налог на прибыль организаций по ставке двадцать процентов; второй раз - как доход иностранной компании в виде дивидендов от участия в российской организации по ставке пятнадцать процентов.

Однако, положения глава 25 НК РФ, **устанавливающие общее правило о зеркальности доходов и расходов, учитываемых при исчислении налога на прибыль организаций, предусматривают вместе с тем специальные статьи, имеющие приоритет** перед

<sup>4</sup> [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/b088f451-45e8-4da9-80f4-f8565e02ed1f/A55-9504-2015\\_20151211\\_Postanovlenie%20apelljacionnoj%20instancii.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/b088f451-45e8-4da9-80f4-f8565e02ed1f/A55-9504-2015_20151211_Postanovlenie%20apelljacionnoj%20instancii.pdf)



указанным правилом. В частности, **таковыми являются и рассматриваемые в настоящем споре положения ст. 269 НК РФ**, определяющие порядок нормирования процентов, учитываемых при исчислении налога на прибыль организаций.

Таким образом, как верно указал суд, соглашаясь с позицией ответчика, **непринятие в состав расходов одной организации затрат, отраженных в качестве доходов у другой организации, не может рассматриваться в качестве двойного налогообложения.**

Положительная разница между начисленными процентами и предельными процентами, исчисленными в соответствии с порядком, установленным п. 2 ст. 269 НК РФ, приравнивается в целях налогообложения к дивидендам, уплаченным заемщиком иностранной организации.

**Следовательно, указанная разница не учитывается ни в расходах заемщика (п. 1 ст. 270 НК РФ), ни в доходах заимодавца (!). Положения ст. 269 НК РФ сами по себе не приводят к двойному налогообложению, в связи с чем, могут применяться без каких-либо ограничений.** При этом применение положений ст. 269 НК РФ третьим лицом (заимодавцем), при исчислении налогооблагаемой прибыли, не является предметом настоящего спора, и не влияет на законность оспариваемого решения.

**Мы открыты для обсуждения как вопросов поднятых в рамках настоящего Обзора, так и прочих актуальных вопросов налогообложения.**

**Так, в последние месяцы мы наблюдаем заинтересованность наших клиентов в обсуждении февральских поправок в законодательство о контролируемых иностранных компаниях (КИК), а также нюансов трансфертного ценообразования. Наиболее интересные вопросы мы стараемся отражать в наших тематических обзорах, которые вы можете найти на нашем сайте в разделе «Статьи и обзоры».**



Этот выпуск подготовил для вас

Петров Кирилл  
партнер

Кирилл является партнером налоговой практики Компании и имеет большой опыт в области налогового консультирования, представления интересов в судах по налоговым спорам, сопровождения M&A сделок и проведения Due Diligence крупных компаний. До прихода в команду Кирилл занимал различные позиции в компаниях PricewaterhouseCoopers, ОАО ТНК-ВР Менеджмент, а также в течение более чем 2-х лет руководил налоговой функцией Группы En+ (основной акционер компании РУСАЛ, входящий в структуру Группу Базэл).

Tel (mob): +7 (915) 280-46-21  
kp@sharplaw.ru