

# Зачем нужны и откуда взялись правила «тонкой» капитализации ?

## Позиция судов в 2019 / 2020 и экономический взгляд

© 2020 SharpLaw LF компания, зарегистрированная в соответствии  
с законодательством Российской Федерации

Сегодня в налоговой среде часто можно услышать мнение о том, что:

- правила тонкой капитализации (далее ТК) не имеют экономического обоснования
- противоречат здоровой логике и конституции РФ
- принципу равенства налогообложения и применяются сугубо формально (не дается оценка намерению налогоплательщика в злоупотреблении)
- перекавалификация процентов с дивиденды является примером «правовой фикции».

Мы не будем оспаривать мнения, но приведем некоторые интересные факты из международной практики, а также официальные позиции, в частности, позицию Конституционного суда РФ.

## Правовые основания ТК – сформированная позиция КС РФ

*(дело Северсталь Менеджмент – Определение КС РФ от 17 июля 2014 г. N 1579-О - проиграно налогоплательщиком)*

*Нарушают ли правила ТК принцип равенства налогообложения ?*

Что сказал КС РФ:

- принцип равенства *не исключает возможность установления различных правовых условий для различных категорий субъектов права*, однако такие различия не могут быть произвольными, они должны основываться на объективных характеристиках соответствующих категорий субъектов (Постановление от 27 апреля 2001 года N 7-П, Определение от 14 декабря 2004 года N 451-О).

## Правовые основания ТК – сформированная позиция КС РФ

Что сказал КС РФ:

- Наряду с указанием в п.2 – 4 ст.269 НК РФ на *наличие иностранного элемента* в виде прямого и/или косвенного участия иностранного капитала законодатель исходит из того, что между сторонами долгового обязательства существует особая взаимосвязь, характеризующаяся свойством зависимости. *Именно наличие этой особой взаимосвязи, выражающейся в том числе через свойство аффилированности, позволяет законодателю в полном соответствии с конституционным принципом равенства налогового бремени устанавливать для налогоплательщиков, имеющих контролируруемую задолженность, особые условия отнесения процентов на расходы.*

## Правовые основания ТК – сформированная позиция КС РФ

- Вместе с тем в п. 2 ст. 269 НК РФ содержится дополнительное требование к размеру контролируемой задолженности, которому налогоплательщику нужно соответствовать, чтобы при исчислении налога на прибыль организаций включить во внереализационные расходы проценты по долговым обязательствам в полном объеме, что согласно разъяснению, содержащемуся в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 ноября 2011 года N 8654/11 (дело ОАО Угольная компания «Северный Кузбасс»), *следует рассматривать как меру противодействия злоупотреблениям в налоговых правоотношениях.*

Таким образом с позиции КС РФ – ***тонкая капитализация это прежде всего мера противодействия злоупотреблениям в налоговых правоотношениях не нарушающая принцип равенства налогообложения. (!)***

## Правовые основания ТК – отражение позиции КС РФ в последующей практике

Позиция КС РФ 2014 года получила развитие и закрепились в последующем в судебной практике.

Например, в деле 2019 г. ООО «Рольф» (А41-50578/19) арбитражный суд использует следующие формулировки, встречающиеся сегодня и в других судебных решениях (см.: дело ООО «Де Лаге Ланден Лизинг» - А40-123840/2019):

- Суть российских правил тонкой капитализации состоит в ограничении вычета из налогооблагаемой прибыли налогоплательщика (российской организации) суммы процентов, которые начислены по его долговым обязательствам перед иностранным займодавцем, одновременно являющимся крупным участником (акционером) налогоплательщика (с долей участия в уставном капитале более 20%)....

## Правовые основания ТК – отражение позиции КС РФ в последующей практике

- Правила тонкой капитализации **вводятся с целью противодействия** такой деловой практике, при которой **доминирующий акционер** осуществляет дополнительную капитализацию налогоплательщика в форме предоставления займа, **замещая ею внесение взносов в уставный капитал. Налоговая выгода этой модели отношений связана с тем, что проценты по долговым обязательствам в отличие от дивидендов подлежат вычету у налогоплательщика при исчислении налогооблагаемой прибыли, а сами проценты согласно положениям договоров об устранении двойного налогообложения облагаются по пониженным ставкам в сравнении с дивидендами либо вовсе освобождаются от налогообложения в государстве – источнике выплаты. (!)**

КС РФ неоднократно указывал, что принцип равенства не исключает возможность установления различных правовых условий для различных категорий субъектов права, однако такие различия не могут быть произвольными, они должны основываться на объективных характеристиках соответствующих категорий субъектов (Постановление от 27.04.2001 №7-П, Определение от 14.12.2004 №451-О).

## Правовые основания ТК – отражение позиции КС РФ в последующей практике

- Пункт 2 статьи 269 НК РФ отражает те объективные характеристики субъектов налогообложения, которые имеют существенное значение в контексте целей установления правил тонкой капитализации, и поэтому **не нарушает принципы равенства налогообложения и недискриминации**, предусмотренные НК РФ.
- Наряду с указанием на наличие иностранного элемента в виде прямого и/или косвенного участия иностранного капитала, федеральный законодатель, как следует из указанных законоположений, исходит из того, что **между сторонами долгового обязательства существует особая взаимосвязь, характеризующаяся свойством зависимости**. Кроме того, правила тонкой капитализации предполагают сопоставление долговых обязательств, по которым начисляются проценты, с величиной собственного капитала заемщика, то есть учитывают индивидуальное финансовое положение заемщика. (!)
- Эти правила опираются на предположение, что при столь явном преобладании задолженности над собственным капиталом организации (более чем в три раза) предоставление ей займа независимым лицом **было бы лишено разумных экономических оснований**, а, следовательно, полученный налогоплательщиком заем **обязан своим происхождением тем «особым отношениям», которые связывают налогоплательщика и займодавца**. (!)



## Правовые основания ТК – отражение позиции КС РФ в последующей практике

- Поэтому начисленные по такому займу проценты могут при известных обстоятельствах рассматриваться как превышающие ту сумму процентов, **которая была бы согласована при отсутствии «особых отношений» (поскольку в этом случае отсутствовали бы основания и для предоставления займа, и для начисления процентов по нему).**
- **Недобросовестное поведение налогоплательщика и его доминирующего участника заключается в том,** что, не имея возможности использовать внешние (рыночные) источники кредитования ввиду неудовлетворительной структуры баланса налогоплательщика **Ассоциированные предприятия придают своим отношениям, фактически основанным на участии в капитале и поэтому с экономической точки зрения инвестиционным, форму долговых обязательств, используя ее для минимизации налогообложения. (!)**
- Особенность **российского варианта правил о недостаточной капитализации состоит в том, что указанное предположение о нерыночном и притворном характере займа имеет характер неопровержимой презумпции,** которая учитывает **объективные и экономические факторы и обеспечивает правовую определенность для налогоплательщика, вводя минимальный порог недостаточной капитализации,** начиная с которого возможно предъявление претензий со стороны налоговых органов\* **(!)**

## Правовые основания ТК – отражение позиции КС РФ в последующей практике

- Правила тонкой капитализации предполагают применение коэффициента капитализации, позволяющего учесть только сумму процентов, относящуюся к той части контролируемой задолженности, которая покрывается собственным капиталом заемщика-налогоплательщика\*\*

\* Ссылка на «объективные и экономические факторы», безусловно, натяжка, к сожалению, никак не объясняющая фиксированный размер соотношения долг/капитал установленный ст.269 НК РФ (3 и 12,5 для кредитных и лизинговых компаний). Обоснование выбранного законодателем соотношения долг/капитал, собственно, и является одной из ключевых точек трения в спорах об экономических основаниях правил «тонкой» капитализации.

\*\* Данное утверждение суда вызывает вопросы и в целом ошибочно, так как коэффициент капитализации не равен 1, что означает, что вычет процентов допускается и при значительной не покрытой собственным капиталом доле контролируемой задолженности в структуре баланса.

О каких же злоупотреблениях в решениях судов, включая КС РФ идет речь ?

Для ответа на этот вопрос необходимо посмотреть на ТК с экономической точки зрения.

*Что лежит в основе правил ТК?*

- ***Исследования американских экономистов Франко Модильяни и Мертона Миллера о влиянии структуры капитала, в частности соотношения собственного и заемного капитала, на стоимость акций компании. (!)***
- В 1963 году была опубликована работа ученых, где была сформулирована гипотеза, что, *чем выше доля заёмного капитала в структуре капитала компании, тем выше цена его акций*. Иными словами в идеальной упрощенной модели - предприятиям следовало бы финансироваться на 100 % за счёт заёмного капитала, так как это обеспечило бы им наивысшие котировки акций (данная гипотеза позже получила название «теория Модильяни-Миллера»).

Такой вывод ученых был обусловлен 2 факторами:

- (1) структурой налогообложения предприятий (на примере компаний США): доходы акционеров выплачиваются из чистой прибыли, остающейся после налогообложения, в то время как выплаты кредиторам производят из прибыли до уплаты налогов. Это, как показали ученые, **приводило к тому, что при увеличении доли заёмного капитала увеличивалась доля валовой прибыли** – т.е. прибыли остающейся в распоряжении компании для покрытия кредиторской задолженности, **что позитивно влияло на котировки**.
- (2) На рост котировок также влияла экономия за счёт снижения налоговых выплат: поскольку проценты подлежат налоговому вычету и уменьшают прибыль до налогообложения, то было бы более эффективным с точки зрения налогообложения финансировать компании через долговое финансирование, а не путем вкладов в ее капитал. *Чем больше долг, тем выше процентные выплаты и тем меньше налогооблагаемая прибыль компании*. В итоге - по мере увеличения доли заёмных средств в её капитале, как показали ученые, обеспечивалось повышение стоимости предприятия (правда, до определенного предела).

## Экономические основания ТК

*В чем же могут заключаться злоупотребления?*

*На практике же было понятно, что **реальная экономия на налоге за счет отнесения на расходы процентов для международных Групп возникает и должна оцениваться только на консолидированном уровне** - когда доходы в виде процентов у группового займодавца подлежат меньшему налогообложению, чем у заемщика.*

***Именно на указанном понимании основано большинство манипуляций с экономией на процентах за счет снижения общегрупповой эффективной ставки налогообложения. (!)***

## Экономические основания ТК

### Пример:

- Так по общему правилу проценты облагаются корпоративным налогом на доходы в стране кредитующей компании группы, однако эффективная ставка налогообложения (ЭСН) таких процентов за рубежом может быть намного ниже, чем в стране должника - дочерней компании. Классический пример - заем от Кипрской материнской компании в адрес российского дочернего общества (Налог на Кипре - 12,5%, в РФ – 20%. Налог у источника при выплате % на Кипр не удерживается в РФ).
- В результате - в целом в рамках Группы компании ЭСН снижается за счет низкого налогообложения полученных процентных доходов у компании-кредитора (КипрКо) при одновременной налоговой экономии у компании-заемщика в "высоконалоговой" стране (РусКо).

## Экономические основания ТК

- В силу взаимозависимости/аффилированности компаний в рамках Группы возможна, как выразился КС РФ в приведенном деле Северсталь Менеджмент, **«особая взаимосвязь» заемщика и займодавца позволяющая регулировать уровень задолженности и соответствующих процентных ставок на НЕ рыночных условиях, в целях манипуляции эффективной ставкой налогообложения и репатриации прибыли в низконалоговые юрисдикции. (!)**
- С точки зрения международного бизнеса - за счет указанных манипуляций именно международные компании могут получать существенные налоговые преимущества перед национальным бизнесом.

## Немного зарубежного опыта

Противодействие возможным злоупотреблениям в международной практике как правило достигается при использовании правил ТК **в рамках 2-х подходов:**

- (1) Правило вытянутой руки (т.н. правило *arm's length*)**, когда по тем или иным критериям в расчет для целей налога на прибыль берется только та часть долга (и соответствующие ей %), которая объективно могла бы быть привлечена на рынке от независимых займодавцев – т.е. ограничение по сумме долга. Нередко **указанные правила внедрены в национальное законодательство о трансфертном ценообразовании**
- (2) Правило допустимого соотношения «Долг/капитал» (*Debt to Equity Ratio*)**, когда в национальном законодательстве фиксируется предельное соотношение заемного и собственного капитала (как в РФ). (РФ, Кения – КК =3, Гана, Канада = 2). Причем в ряде стран в сумме заемного капитала учитываются не только займы от аффилированных сторон, а все долговые обязательства. **Указанный подход на сегодня наиболее распространён в международной практике. (!)**



## Немного истории и зарубежного опыта - примеры определения допустимого соотношения «долг/капитал»

Подходы для определения допустимого соотношения «долг/капитал» **могут сильно отличаться и не всегда установлены в виде фиксированного значения, которое, в том числе в РФ, часто становится предметом критики** как экономически не обоснованного и «усредненного» подхода.

Более удачные примеры определения допустимого соотношения «долг/капитал» - Швейцария:

- Введено понятие «скрытого капитала» (hidden equity) - когда таковым признается заем перед связанной стороной, который на аналогичных условиях не предоставила бы независимая сторона. *Указанный вопрос о «рыночности» займа изучается в рамках каждого конкретного случая в ходе проверки.* Признаком займа, являющегося скрытым вкладом в капитал, например, являются не четко определенные условия возврата займа в договоре.

## Немного истории и зарубежного опыта - примеры определения допустимого соотношения «долг/капитал»

- При этом на расходы относятся все проценты по всем долгам, включая займы перед связанными сторонами, если общая долговая нагрузка компании не превышает суммарный показатель (лимит), который рассчитывается как сумма определенных балансовых строк отчетности: *100% денежных средств + 85% дебиторской задолженности по товарам и услугам + 50% внеоборотных активов и т.п. (всего 17 показателей)*. Если долговая нагрузка превышает указанный лимит, то по займам со связанными сторонами вся сумма процентов исключается из расходов. При этом начисляется налог на дивиденды по ставке 35%.

В случае, если Ваша компания перекредитована, то не исключено, что поднятая в обзоре тематика правил недостаточной капитализации применима и к Вам. Мы будем рады обсудить возможные вопросы по этой теме в более развернутом формате в ходе личной беседы.

## О КОМПАНИИ

Юридическая компания «Шаповалов Петров» - российская юридическая компания, специализирующаяся на оказании услуг в области налогообложения и юриспруденции. Спектр услуг компании включает в себя налоговое консультирование, сопровождение налоговых споров, услуги в области M&A, трансфертного ценообразования, структурирования сделок и проч.

Сегодня команда «ЮК Шаповалов Петров» состоит из профессионалов, имеющих продолжительный опыт работы в компаниях «большой четверки», а также в ряде крупнейших нефтяных и металлургических компаний. Консультанты и юристы Компании имеют значительный опыт оказания консультационных услуг в области налогообложения и права, а также значительный опыт защиты интересов своих клиентов в арбитражных судах. Компания ориентируется на наиболее строгие профессиональные стандарты оказания консультационных услуг, используемые в практике ведущих международных консультационных компаний.

Наша компания отмечена **международными рейтингами**: International Tax Review, Best Lawyers. Партнеры компании отмечены персонально рейтингами Chambers, Legal 500, International Tax Review, Best Lawyers.



### **Петров Кирилл**

Партнер налоговой практики

[www.sharplaw.ru](http://www.sharplaw.ru)

E-mail: [kp@sharplaw.ru](mailto:kp@sharplaw.ru)

Tel: +7 (495) 771-75-17 / **8 (915) 280 4621**

**SHARP** | SHAPOVALOV <sup>®</sup>  
PETROV  
TAX • LEGAL

---

[www.sharplaw.ru](http://www.sharplaw.ru)

Tel: +7 (495) 771-75-17