



ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Недостаточная капитализация: национальное законодательство и международные договоры

Вопрос о необходимости распространения правил о недостаточной капитализации на российские компании в настоящее время является чрезвычайно актуальным. Однако механизм действия положений о недостаточной капитализации должен быть проработан таким образом, чтобы не нарушались соглашения об избежании двойного налогообложения и не подвергались наказанию законопослушные компании, но в то же время позволял бороться со злоупотреблениями, формально не выходящими за границы некоторых финансовых показателей.

Внесение средств в УК или займ?

Правила о недостаточной капитализации препятствуют применению налогового планирования, когда посредством выдачи займов вместо внесения средств в уставный капитал стороны могут вывести из страны прибыль через выплату процентов предположительно в страну с меньшим налоговым бременем.

Р.Р. Вахитов,
эксперт
по международному
налогообложению, LLМ
«Международное
налогообложение»,
Нидерланды

Н.К. Роверс,
юрист, адъюнкт
программы LLМ
«Международное
налогообложение»
Лейденского
Университета,
Нидерланды

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Рассмотрим это на примерах.

ПРИМЕР 1

Страна Р (Россия) — со ставкой налога на прибыль 24%.

Страна Н — со ставкой налога на прибыль 25,5%.

Компания РК, резидент страны Р, является дочерней компанией НК, резидента страны Н.

НК инвестировала в РК в виде вклада в уставный капитал 1000 единиц. При получении годовой прибыли в размере 100 единиц сумма налога в стране Р составит 24 единицы и КК получит 76 единиц в виде дивидендов. При отсутствии договора об устранении двойного налогообложения налог у источника на выплачиваемые нерезиденту 76 единиц дивидендов составит 15% (ставка удержания у источника в России при выплате нерезиденту) или 11,4 единицы. При наличии договора об устранении двойного налогообложения между Р и Н ставка удержания будет, как правило, варьироваться от 5% до 15%, и налог у источника составит от 3,8 до 11,4 единицы.

Совокупная сумма налога составит от 27,8 до 35,4 единицы в случае применения ставок в соглашении об избежании двойного налогообложения с Нидерландами. Даже если в стране Н эти дивиденды не будут облагаться налогом, совокупное налоговое бремя компаний НК и РК составит около трети прибыли.

Если же компания НК инвестирует 1000 единиц в виде займа с годовой процентной ставкой 10%, то при той же доходности бизнеса РК 100 единиц будут перечислены компании НК, а прибыли и, соответственно, налога на прибыль в России не будет.

При наличии же договора об устранении двойного налогообложения со ставкой удержания у источника 10% или даже 0% (ряд российских договоров об избежании двойного налогообложения, в частности с Нидерландами, содержит нулевую ставку) налоговое бремя снизится как минимум до ставки налога на прибыль в стране получателя процентов. В реальности оно будет меньше, так как сумма полученных процентов будет уменьшена на соответствующие расходы компании НК и в случае нидерландской компании не превысит 25,5%.

Таким образом, при финансировании через предоставление займа в отличие от внесения сумм в уставный капитал в случае с голландскими инвести-

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

циями в нашем примере можно получить реальную налоговую экономию не менее:

$$35,4\% - 25,5\% = 9,9\%.$$

Естественной реакцией первой юрисдикции будет попытка ограничить вычет процентов по займам от учредителей. Это базовые правила о недостаточной капитализации, введенные, в частности, в Нидерландах, в Казахстане и на Украине. Первая юрисдикция может пойти дальше и переквалифицировать часть процентов, выплачиваемых нерезиденту, в дивиденды, как это сделано в России и Великобритании. Поскольку, как правило, в договорах об избежании двойного налогообложения дивиденды подлежат налогообложению в стране-источнике по более высокой ставке, чем проценты, это может повлечь дополнительное налогообложение вы плат нерезиденту.

В соответствии с правилами о недостаточной капитализации допустимая величина вычитаемых процентов ограничивается установлением предельного отношения задолженности к собственному капиталу, когда вычет процентов допускается. В случае превышения предельного отношения суммы долга к капиталу проценты не вычитаются.

Следует отметить, что в данном случае речь идет о ситуациях с рыночной процентной ставкой.

При отличии величины ставки от рыночной могут применяться правила о трансфертном ценообразовании (Нидерланды) или аналогичные им положения пункта 1 статьи 269 Налогового кодекса РФ.

Применение правил о недостаточной капитализации позволяет уменьшать вычет процентов даже в ситуациях, когда процентная ставка соответствует или ниже рыночной.

ПРИМЕР 2

Компания РК имеет капитал в 100 единиц и берет заем у компании НК в размере 600 единиц. Рыночная процентная ставка — 10%, ставка в договоре займа компании РК — 10% годовых. Допустимое отношение долга к капиталу — 3. Соответственно, вместо 60 единиц процентов к вычету будет допущено только $100 \times 3 \times 10\% = 30$.

Таким образом, даже при рыночной ставке процентов вычитаться из прибыли будет только их часть.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Применение финансирования через займы вместо внесения средств в уставный капитал в большей степени оправдано при переводе прибыли до налогообложения из высоконалоговой юрисдикции в низконалоговую. Как правило, положения о недостаточной капитализации применяются в случаях, когда акционер-заимодавец не является резидентом, и призваны прежде всего регулировать ситуации, когда и акционер, и дочерняя компания являются резидентами разных юрисдикций.

В примере 2 при сохранении всех условий, кроме резидентства компании НК, — положим, она станет резидентом в стране Р (Россия), — ситуация кардинально изменится. К вычету будет принята не половина, а вся сумма процентов¹.

Будет ли это различие соответствовать международным соглашениям РФ?

Договоры об избежании двойного налогообложения

Договоры об избежании двойного налогообложения, как правило, содержат положение о недискриминации. Это положение касается как вычета процентов по займам от нерезидентов, так и недопустимости более тяжелого обложения налогом компаний с иностранным участием.

«СТАТЬЯ 25²

Недискриминация

3. За исключением случаев, когда применяются положения пункта 1 статьи 9, пункта 5 статьи 11 или пункта 5 статьи 12, **проценты, доходы от авторских прав и лицензий и другие выплаты, производимые предприятием одного Договаривающегося государства резиденту другого Договаривающегося государства, должны для целей определения налогооблагаемой прибыли такого**

¹ См.: п. 2 ст. 269 Налогового кодекса РФ.

² Здесь и далее цитируются положения соглашения об избежании двойного налогообложения России с Нидерландами от 16.12.1996, аналогичные положениям Модельной налоговой конвенции (далее — Конвенция) Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Английский текст доступен по адресу <http://www.oecd.org/dataoecd/50/49/35363840.pdf>.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

предприятия подлежат вычету на тех же условиях, как если бы они выплачивались резиденту первого упомянутого государства. Аналогично любые долги предприятия одного Договаривающегося государства резиденту другого Договаривающегося государства должны для целей определения налогооблагаемого имущества такого предприятия подлежать вычету на тех же условиях, что и долги резиденту первого упомянутого государства.

4. **Предприятия одного Договаривающегося государства, имущество которых полностью или частично принадлежит одному или нескольким резидентам другого Договаривающегося государства или прямо или косвенно контролируется одним или несколькими резидентами другого Договаривающегося государства, не должны подвергаться в первом упомянутом государстве любому налогообложению или любому связанному с ним обязательству, иному или более обременительному, чем налогообложение и связанные с ним обязательства, которым подвергаются или могут подвергаться другие подобные предприятия первого упомянутого государства».**

Как соотносятся запреты на дискриминацию пунктов 3 и 4 статьи 24 Модельной налоговой конвенции?

В первом случае речь идет о процентах на заем резиденту от нерезидента. Запрещено устанавливать режим их вычета, отличающийся от режима вычета этих процентов при займе от резидента.

Во втором случае рассматривается ситуация более тяжелого обложения налогом компаний с иностранным капиталом.

На основании пункта 1 статьи 9 и пункта 5 статьи 11 Соглашения об избежании двойного налогообложения с Нидерландами рассмотрим, является ли недостаточная капитализация случаем ограничения на вычет процентов у заемщика либо переквалификации в дивиденды у займодателя.

«СТАТЬЯ 9

Корректировка прибыли

1. Если

а) предприятие одного Договаривающегося государства прямо или косвенно участвует в управлении, контроле или имуществе предприятия другого Договаривающегося государства,

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

или

б) одни и те же лица прямо или косвенно участвуют в управлении, контроле или имуществе предприятия одного Договаривающегося государства и предприятия другого Договаривающегося государства,

и в любом случае между двумя предприятиями в их коммерческих и финансовых взаимоотношениях создаются или устанавливаются условия, отличные от тех, которые имели бы место между двумя независимыми предприятиями, то любая прибыль, которая могла бы быть начислена одному из них при отсутствии таких условий, но из-за наличия этих условий не была ему начислена, может быть включена в прибыль этого предприятия и, соответственно, обложена налогом....»

«СТАТЬЯ 11

Проценты³

5. Если по причине особых отношений⁴ между плательщиком и фактическим владельцем процентов, или между ними обоими и каким-либо другим лицом, сумма процентов, относящаяся к долговому требованию, на основании которого она выплачивается, превышает сумму; которая была бы согласована между плательщиком и фактическим владельцем процентов при отсутствии таких отношений, положения настоящей статьи применяются только к последней упомянутой сумме. В таком случае избыточная часть платежа по-прежнему облагается налогом в соответствии с законами каждого Договаривающегося государства с учетом других положений настоящего Соглашения.»

Пункт 6 статьи 11 Модельной Конвенции не представляет собой ограничение на вычет процентов. Он лишь регулирует применение статьи 11 в части ограничения обложения налогом процентов в стране-источнике размером процентов, соответствующим рыночному, при так называемых «особых отношениях». Если размер процентов превышает рыночный, сумма превышения будет обложена налогом в соответствии с другими положениями соглашения об избе-

³ В Модельной Конвенции ОЭСР это п. 6 ст. 11.

⁴ В рамках нашего исследования «особые отношения» будут пониматься как отношения взаимозависимых лиц.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

жании двойного налогообложения. Это не всегда означает увеличение суммы налога к уплате.

Например, если в силу каких-либо причин при получении доходов от предпринимательской деятельности (продажи товаров, работ, услуг) без образования постоянного представительства такой доход будет «добавлен» к реально выплачиваемым процентам и также выплачен в виде процентов, для чего будет завышена ставка, то, поскольку, как правило, в стране-источнике такой доход от продажи товаров, работ, услуг облагаться налогом не будет, при применении пункта 6 статьи 11 это не должно вызвать дополнительного налогообложения.

Следует отметить, что в пункте 6 статьи 11 Модельной Конвенции речь может идти не только о процентной ставке, но и о «сумме» процентов. Сумма процентов может превысить рыночную, даже если сама процентная ставка останется рыночной. Например, когда в сумму займа будут включены суммы, займом, по сути, не являющиеся.

ПРИМЕР 3

Компания РК берет заем в размере 100 тыс. единиц у материнской компании НК по рыночной ставке 10%. При этом компания РК фактически получает как заем лишь половину этих средств, а вторая половина фактически представляет собой вклад в уставный капитал.

Будут ли такие случаи подпадать под пункт 6 статьи 11 Модельной Конвенции?

По мнению составителей комментариев к Конвенции ОЭСР, не будут, так как применение статьи 11 ограничено сферой уплаты «настоящих» процентов.

Ключевым для такой интерпретации пункта 6 статьи 11 является указание на «сумму процентов, относящуюся к долговому требованию». Поскольку в нашей ситуации часть займа, представляющая собой вклад в уставный капитал, не будет квалифицироваться как долговое требование, то и возврат капитала в виде процентов на нее не попадет в сферу действия статьи 11, в частности, пункта 6.

Таким образом, по мнению авторов комментариев к Конвенции, фактически пункт 6 статьи 11 будет применяться только в ситуации без переквалификации

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

процентов, то есть когда будет завышена ставка процентов, без оспаривания реальности суммы займа⁵.

В случае переквалификации процентов, с точки зрения Конвенции, примиряющим национальное законодательство о переквалификации с соглашением об избежании двойного налогообложения является пункт 1 статьи 9, в соответствии с которым в ситуации аффилированных лиц и условий сделок между ними, отличающихся от рыночных, «прибыль, которая могла бы быть начислена одному из предприятий, но из-за наличия этих условий не была начислена, может быть включена в прибыль этого предприятия и, соответственно, обложена налогом».

При том, что эта норма имеет более общий характер, прибыль может быть начислена не только через доначисление заниженных доходов, но и через отказ в вычете завышенных расходов. Так, в примере 3 сумма процентов на часть займа, фактически являющегося вкладом в уставный капитал, будет как раз таким завышенным вычетом. Этот вычет будет де-факто дивидендами, закамуфлированными под проценты на часть займа, представляющего собой вклад в уставный капитал.

По мнению авторов официальных комментариев к Модельной Конвенции, пункт 1 статьи 9 является наиболее подходящей нормой в Конвенции для случаев недостаточной капитализации.

С точки зрения авторов статьи, такие ситуации нельзя рассматривать вне контекста пункта 2 статьи 9 Конвенции, налагающего на государства обязанность предпринять попытки недопущения двойного экономического налогообложения. В рамках ЕС⁶ действует Арбитражная конвенция, согласно которой на государства налагается обязанность урегулирования ситуации по обе стороны границы. Поэтому с практической точки зрения в европейском контексте обращение к пункту 2 статьи 9 в ситуации недостаточной капитализации дает налогоплательщикам больше гарантий, чем обращение к пункту 6 статьи 11.

⁵ См. §§ 33, 35 Комментариев к ст. 11 Модельной Конвенции ОЭСР, Model Tax Convention on Income and on Capital Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version — July 2005 OECD. Published by OECD Publishing.

⁶ Члены ЕС составляют примерно 2/3 стран, разрабатывающих Модельную Конвенцию и комментарии к ней ОЭСР.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Однако подход, в соответствии с которым пункт 6 статьи 11 применяется лишь к процентной ставке, а недостаточная капитализация должна регулироваться статьей 9, обладает рядом недостатков.

Во-первых, если пункт 6 статьи 11 сводится к ставке процентов, то почему в тексте этой нормы речь идет о более широком понятии «сумма процентов»? Указание на то, что обложение налогом превышения над суммой рыночных процентов должно производиться с учетом других положений Конвенции, на наш взгляд, предполагает перекалфикацию части процентов в другой вид дохода. Если речь идет лишь о перекалфикации в другой вид дохода процентов в части превышения ставки процентов на заем над рыночной, при отсутствии спора о реальности займа, то отсылка к другим положениям Конвенции не имеет особого смысла: статья 9 будет применяться как общая норма, а положения Конвенции об отдельных видах доходов применяться не будут, так как без оспаривания реальности займа проценты не перестанут быть процентами.

С другой стороны, к ряду ситуаций статья 9 неприменима. Например, если под видом продажной цены товара будут выплачиваться проценты, то прибыль может и не изменяться, а значит, не будет оснований для применения статьи 9. При обычной нулевой ставке удержания у источника для цены товара по сравнению с процентами это может иметь последствия для суммы налога, остающейся в стране-источнике. Как раз для таких случаев и было бы эффективным применение пункта 6 статьи 11 при условии его интерпретации как допускающего перекалфикацию на основании оспаривания реальности займа. Страна-источник может пойти по пути применения концепции притворности сделки / отсутствия деловой цели, но это, скорее всего, приведет к обложению одного и того же дохода в разных государствах дважды, что выведет спор из сферы договора об избежании двойного налогообложения.

Поскольку Россия не является членом ОЭСР, и хотя она и не заявляла о неприятии вышеуказанных интерпретаций статьи 9 и пункта 6 статьи 11 в Комментариях к Модельной Конвенции, представляется, что трактовка в Комментариях, неочевидная из текста документа, не является обязательной для российских налоговых органов. В отсутствие аналога Арбитражной конвенции, пользы от использования статьи 9 вместо статьи 11 в России не видится. Более того, затрудняя борьбу с уходом от налогов через ограничительные интерпретации, нельзя ее предотвратить. В отсутствие понятных и очевидных инструментов она приоб-

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

ретет более странные формы, вроде печально известной «недобросовестности» налогоплательщика или «экономической (не)обоснованности» затрат.

При этом не следует забывать, что вне зависимости от способа введения правил о недостаточной капитализации в сферу действия договора об избежании двойного налогообложения, условием применения как статьи 9, так и пункта 6 статьи 11 является не только взаимосвязанность сторон сделки, но и отличие условий сделки от рыночных.

Соответственно, если условия сделки будут соответствовать рыночным, то оснований для применения статьи 9 и (или) пункта 6 статьи 11 не будет.

Это касается вычета процентов. Если же речь идет о дискриминации нерезидента, получающего проценты, то по сравнению с российским получателем процентов он будет находиться в иной ситуации, нежели российский резидент. Поэтому в случае переквалификации процентов в дивиденды для целей обложения нерезидента нельзя говорить о дискриминации. Гипотетически, если получателю займа будет предоставлена возможность вычесть проценты полностью, а с выплат этих сумм налог будет удержан как с дивидендов, то формально нарушения соглашений об избежании двойного налогообложения не будет.

Российские правила о недостаточной капитализации

Являются ли российские правила о недостаточной капитализации (п. 2, 4 ст. 269 НК РФ)⁷ недискриминационными? По сути, они:

а) ограничивают вычет процентов по контролируемой нерезидентом задолженности;

⁷ В целях настоящей статьи рассматриваются ситуации прямого займа от учредителя-нерезидента. Хотя ситуации займа от сестринских и прочих связанных компаний, а также гарантированных учредителем, по мнению авторов, являются производными от общего правила и по сути представляют собой ограничение возможностей обойти общее правило, тем не менее эти ситуации остаются за рамками анализа данной статьи.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

б) переквалифицируют превышение над разрешенными к вычету процентами в дивиденды.

Хотя превышение трехкратного отношения долга к капиталу часто свидетельствует о нерыночных способах финансирования, в то же время в сфере инновационного, венчурного финансирования стартовый капитал может быть довольно скромным по сравнению с привлеченными в виде займов средствами. Причин рыночного характера, связанных с меньшим желанием инвестора вкладывать солидные средства в уставный капитал вместо долгового финансирования, может быть очень много. Например, нестабильность обстановки в регионе или индустрии. Пункты 2 и 4 статьи 269 не учитывают эти особенности, и в той части, где эта статья будет ограничивать вычет процентов при займах на рыночных условиях, применение такого ограничения в условиях договора об избежании двойного налогообложения, а именно пункта 1 статьи 9 и (или) пункта 6 статьи 11 Модельной Конвенции ОЭСР, не будет оправданным.

Совместимо ли ограничение на вычет процентов с договором об избежании двойного налогообложения?

Значит ли это, что ограничение на вычет процентов несовместимо с договором об избежании двойного налогообложения?

Конечно же, нет. Если ограничение применяется недискриминационно, то государство, как суверенная единица, может ограничить или даже запретить вычет процентов.

Однако, по нашему мнению, пункты 2 и 4 статьи 269 имеют дискриминационный характер, так как применяются только в ситуациях:

- а) займа, контролируемого нерезидентом;
- б) займа, выданного аффилированному российскому заемщику.

То есть статьей 269 предусматривается более тяжелое обложение налогом компаний, берущих займы у нерезидентов, и компаний с иностранным капиталом.

Следует заметить, что такие основания более тяжелого налогообложения прямо запрещены пунктами 3 и 4 статьи 24 Модельной Конвенции ОЭСР о недискриминации.

Интересно, что в пункте о запрете дискриминации компаний с иностранным капиталом нет оговорки о неприменимости пункта в случае, если размер вычетов не соответствует рыночному. То есть если ограничение на вычет процентов по зай-

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

мам у нерезидента не нарушает положения о недискриминации⁸ (в аналогичной ситуации при платеже резиденту вычет не был бы ограничен), то в отношении более тяжелого обложения налогом компаний с иностранным капиталом такой оговорки нет. Компании с национальным капиталом в такой же ситуации не подпадают под более тяжелое налогообложение.

Дискриминационны ли правила о недостаточной капитализации в ситуации займа на нерыночных условиях?

Значит ли это, что аналогичные российским правила о недостаточной капитализации дискриминационны и в ситуации займа на нерыночных условиях? Согласно Комментариям к Модельной Конвенции ОЭСР — нет⁹, так как пункт о допустимости дискриминации в случае выплаты процентов на нерыночных условиях имеет приоритет как специальная норма. Мотивировка такого вывода неочевидна, так как эти положения не кажутся соотносящимися как общее и специальное. Это два разных запрета на дискриминацию по двум разным основаниям: источник займа и источник капитала. Встречаются ситуации ограничения вычета процентов по займам у нерезидентов и безотносительно к степени связи заемщика и займодателя. По такому пути пошел в правилах о недостаточной капитализации Казахстан. Кроме того, этим запретом дискриминации могут предотвращаться и иные условия налогообложения компаний с иностранными инвестициями по сравнению с национальными. Например, применение разных налоговых ставок.

Допустимо ли формирование «белого списка» дискриминационных мер, в соответствии с которым разрешались бы отступления от принципа недискриминации по отдельным основаниям и давалась бы возможность дискриминировать в смешанных ситуациях, вовлекающих и другие основания дискриминации?¹⁰

⁸ В силу специального исключения из сферы действия антидискриминационного положения ситуаций, предусмотренных п. 1 ст. 9 и п. 6 ст. 11 Модельной Конвенции ОЭСР.

⁹ См. § 58 Комментариев к ст. 24 Модельной Конвенции ОЭСР.

¹⁰ Например, авиакомпании могут отказывать в регистрации на рейс лицам в состоянии алкогольного опьянения. Соответственно, дискриминация по признаку «пьян — не пьян» не возбраняется. Однако применение этого правила только по отношению к женщинам не будет правомерным, так как будет производиться дискриминация по запрещенному гендерному признаку.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Переводя ситуацию в плоскость налоговых вопросов, предположим, что соглашение об избежании двойного налогообложения разрешало бы обложение налогом крупных компаний по более высоким ставкам. В этом случае обложение более высоким налогом только крупных компаний с иностранным капиталом было бы нарушением соглашения об избежании двойного налогообложения, так как целью запрета на дискриминацию по основанию источника капитала является обеспечение равных возможностей местным и иностранным инвесторам. Возможность дискриминации по другим основаниям не должна нарушать это равенство и давать права дискриминировать по запрещенным основаниям, по крайней мере, там, где нет специальных оговорок об ограничении действия недискриминации по основанию происхождения капитала.

В любом случае при соответствии условий сделки рыночным включение в договор об избежании двойного налогообложения положений о дискриминации компаний с иностранным капиталом, равно как и получателей процентов, ничем не оправдано.

С точки зрения российских судов...

Той же точки зрения придерживаются и российские суды. В делах по ООО «Ферротек»¹¹ и ООО «Сведвуд Тихвин»¹² рассмотрение проходило с учетом положений российско-германского и российско-голландского договоров об избежании двойного налогообложения, и суд признал пункты 2 и 4 статьи 269 по различным основаниям не соответствующими соглашениям об избежании двойного налогообложения.

В обоих делах налоговые органы посчитали неправомерным вычет уплаченных по займу процентов. Принимая решения в пользу налогоплательщиков, суды исходили из следующих соображений.

Во-первых, соглашения об избежании двойного налогообложения содержат определения как дивидендов, так и процентов. В спорных ситуациях выплаты соответствуют дефиниции процентов в соглашении об избежании двойного нало-

¹¹ См.: Постановление ФАС Московского округа от 25.07.2005 № КА-А40/6616-05.

¹² См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 09.04.2007 № А56-19578/2006.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

обложения, и переквалификация их в дивиденды не будет соответствовать положениям соглашений.

Во-вторых, компании с иностранным капиталом не должны подвергаться более тяжелому налогообложению по сравнению с компаниями с российским капиталом (принцип недискриминации).

В-третьих, протоколы к соглашениям об избежании двойного налогообложения содержат специальные положения о вычитаемости процентов для резидентов с участием иностранного капитала¹³.

К сожалению, неясно, какое из этих обстоятельств являлось решающим для вынесения решения. Первые два соображения применимы практически ко всем ситуациям, когда речь идет о соглашениях об избежании двойного налогообложения с участием России. Это стандартные положения соглашений об избежании двойного налогообложения. Положения о вычитаемости процентов являются нестандартными и наличествуют далеко не во всех российских налоговых договорах.

Аргумент, основанный на дефинициях процентов и дивидендов в соглашениях об избежании двойного налогообложения не кажется убедительным, так как по сути переквалифицированные проценты будут соответствовать определению дивидендов.

Были бы решения судов иными без оговорки о вычитаемости процентов в соответствующем соглашении об избежании двойного налогообложения? По нашему мнению, ответ должен быть положительным.

Так, например, в период заключения соглашений об избежании двойного налогообложения с Германией и Нидерландами ограничения на вычет процентов по

¹³ Соответствующее положение соглашения об избежании двойного налогообложения с Нидерландами от 16.12.1996 сформулировано следующим образом: «IV. В отношении статей 7, 14 и 25. Понимается, что в случае выплаты процентов и заработной платы предприятием Договаривающегося государства, капитал которого полностью или частично принадлежит или прямо или косвенно контролируется резидентами другого Договаривающегося государства, такие проценты и заработная плата будут вычитаться при исчислении налогооблагаемой прибыли этого предприятия, за исключением случаев, когда проценты и заработная плата относятся к прибыли, которая не облагается налогом. Предыдущее предложение применяется соответственно к процентам и заработной плате при исчислении налогооблагаемой прибыли постоянного представительства».

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

российскому национальному законодательству были довольно жесткими, и фактически партнеры по переговорам выторговывали для дочерних компаний своих резидентов льготные условия отнесения процентов по кредитам на расходы в полном объеме. С 1 января 2002 года с введением в действие главы 25 НК РФ вышеуказанное положение во многом утратило смысл.

Более того, это положение не запрещает перекалфикацию процентов в дивиденды и, по мнению авторов, не было решающим в принятии решений в пользу налогоплательщиков. Следовательно, в случаях, когда соответствующее соглашение об избежании двойного налогообложения не содержит специального положения о вычитаемости процентов, аналогичного содержащимся в соглашениях с Германией и Нидерландами, шансы на положительный исход дела есть.

Главное обстоятельство, с которым авторы связывают принятие судами положительных решений, — это наличие в соглашениях об избежании двойного налогообложения оговорок о недискриминации компаний с иностранным капиталом.

Соглашение о партнерстве и сотрудничестве с ЕС

Описанное понимание сути правил о недостаточной капитализации было выработано решениями Суда ЕС по делам *Lankhorst-Hohorst*¹⁴ и *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*¹⁵.

Россию связывает со странами ЕС Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, в котором содержится обязательство предоставлять компаниям с иностранным капиталом режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый национальным компаниям.

«Статья 28

3. За исключением изъятий, перечисленных в Приложении 4, Россия предоставляет, при соблюдении своего законодательства и иных нормативных актов, дочерним компаниям компаний Сообщества в России в отношении их деятельности ре-

¹⁴ См.: Решение Суда ЕС от 12.12.2002 № C-324/00.

¹⁵ См.: Решение Суда ЕС от 13.03.2007 № C-524/04.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

жим не менее благоприятный, чем режим, который предоставляется другим российским компаниям, или режим, предоставляемый российским компаниям, являющимся дочерними компаниями компаний любой третьей страны, в зависимости от того, какой из них лучше».

Налогообложение компаний с иностранными инвестициями

Распространяется ли это положение на налогообложение компаний с иностранными инвестициями?

В отсутствие ограничительной оговорки в тексте Соглашения и налоговых вопросов в тексте упомянутого Приложения 4 ответ представляется положительным.

Косвенно это подтверждается пунктами 1 и 2 статьи 49, в соответствии с которыми Соглашение не может быть применено только к узкому кругу налоговых вопросов, в который более тяжелое налогообложение компаний с иностранным капиталом не входит.

«Статья 49

Режим наиболее благоприятствуемой нации, предоставляемый в соответствии с положениями настоящего раздела или раздела V, не применяется к налоговым льготам, которые Стороны предоставляют или предоставят в будущем на основе соглашений об избежании двойного налогообложения или других соглашений по налоговым вопросам...»

«...Ничто в настоящем разделе или разделе V не должно истолковываться таким образом, чтобы препятствовать принятию или осуществлению Сторонами любой меры, имеющей своей целью предотвратить избежание или уклонение от налогов в соответствии с налоговыми положениями соглашений об избежании двойного налогообложения, а также других соглашений по налоговым вопросам и внутреннего налогового законодательства».

Заключение

Представляется, что действие правил о недостаточной капитализации следует распространить и на российские компании. В то же время сторонам должна быть предоставлена возможность доказать, что сделка соответствует рыночным условиям, и в этом случае правила о недостаточной капитализации применяться не должны.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Кроме того, недостаточная капитализация может иметь место и в случаях, когда отношение капитала к долгу будет менее 3. Нет смысла давать защиту сделкам и договоренностям, где реальному вкладу в уставный капитал придается видимость капитала заемного. Поэтому фокус контроля должен быть сосредоточен на природе сделки и ее соответствии либо несоответствии рыночной.

Отношение долга к капиталу не должно восприниматься как бесспорное доказательство наличия «схемы». Это лишь финансовый показатель, в лучшем случае — презумпция, и она должна быть опровергаемой.

В таком контексте положения о недостаточной капитализации не будут нарушать Соглашения об избежании двойного налогообложения и Соглашения о партнерстве и сотрудничестве с ЕС, не будут наказывать компании, никогда не стремившиеся к уходу от налогов, и в то же время будут позволять бороться со злоупотреблениями, формально не выходящими за границы некоторых финансовых показателей.