

УДК 336.227

Ключевые слова:

налоговая оптимизация,
гибридный финансовый инструмент,
налоговое планирование,
перераспределение налоговой базы

Т. А. Логинова,

мл. науч. сотр. Центра налоговой политики
Научно-исследовательского финансового института
(e-mail: tloginova@nifi.ru)

Способы оптимизации налогообложения, применяемые холдинговыми компаниями

В настоящее время правительства многих стран активизировали работу по выработке комплекса механизмов, препятствующих применению национальными компаниями схем оптимизации налогообложения, позволяющих им на законных основаниях минимизировать свои налоговые обязательства, а в некоторых случаях и вовсе избегать их. Мировой финансовый кризис и, как следствие, дефицит государственных бюджетов особенно остро поставили проблему разработки и практической реализации подобных механизмов.

Стремительный процесс глобализации международных корпораций и переход на цифровую экономику, свойственные современному этапу развития мировой экономики, приводят к снижению эффективности существующих норм налогового законодательства различных стран, которые не успевают за изменяющейся экономической ситуацией. Вследствие возросшей мобильности капитала политика ряда транснациональных компаний направлена на размывание налоговой базы и перемещение прибыли в юрисдикции с льготным налогообложением. Все это, в свою очередь, приводит к значительным потерям бюджетных доходов национальных правительств.

На саммите стран «Группы восьми», прошедшем в июне 2013 г. в Лох-Эрне (Северная Ирландия), состоялось предметное обсуждение перспектив развития налоговых систем. В последующем ОЭСР по инициативе министров финансов «Большой двадцатки» разработала План действий по борьбе с размыванием налоговой базы и выводом прибыли из-под налогообложения (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, BEPS*). Главная цель данного плана — выработка мер, способствующих налогообложению прибыли компаний в юрисдикции осуществления ими реальной бизнес-деятельности.

Данный план, а также инициативы, направленные на противодействие оптимизации налогообложения с помощью BEPS, являются ответом вызовам, создаваемым международными корпорациями. Решение вышеуказанных проблем может быть достигнуто за счет более тесного сотрудничества налоговых администраций стран по выработке

налоговых инициатив, повышению транспарентности, введению новых требований к обмену налоговой отчетностью и данными. Также одним из способов достижения цели может стать пересмотр условий налогообложения, установленных международными соглашениями об избежании двойного налогообложения.

В Российской Федерации, как участнике форумов «Большой восьмерки»¹ и «Большой двадцатки», нормы налогового законодательства также подвергаются пересмотру в целях противодействия размыванию налоговой базы и перемещению налогооблагаемой прибыли в юрисдикции с льготным режимом налогообложения. В частности, План действий Правительства Российской Федерации по деофшоризации российской экономики предусматривает:

- введение в законодательство Российской Федерации о налогах и сборах принципов налогообложения контролируемых иностранных компаний (КИК), предусматривающих налогообложение в России нераспределенной прибыли иностранных организаций, находящихся под контролем российских организаций и (или) физических лиц;

- законодательное закрепление мер, направленных на противодействие злоупотреблению нормами международных соглашений в области налогообложения, предоставляющими льготные налоговые ставки;

- создание договорно-правовой базы для повышения эффективности сотрудничества между ФНС России и налоговыми органами зарубежных государств в области обмена информацией по налоговым делам;

- введение в законодательство Российской Федерации о налогах и сборах понятия «фактического получателя (собственника) дохода», в т. ч. для целей применения международных соглашений в области налогообложения².

Ниже подробнее рассмотрим некоторые способы оптимизации налогообложения, применяемые холдинговыми компаниями.

НАЛОГОВАЯ ОПТИМИЗАЦИЯ ПРИ ДВОЙНОМ НЕНАЛОГООБЛОЖЕНИИ ДИВИДЕНДОВ

Допустим, что в соответствии с налоговым законодательством страны А³ установлен налог у источника на распределение дивидендов в пользу материнской компании, которая является резидентом страны X, не входящей в ЕС. Компания в стране X учреждает промежуточную компанию В в государстве — члене ЕС. При этом цель учреждения дочерней компании в стране В — получение освобождения от налога у источника на дивиденды, выплачиваемые компанией из страны А фактически в пользу материнской компании в стране X. А сама компания в стране В представляет собой «почтовый ящик», у которого нет офиса и сотрудников (см. рис. 1).

Налоговым законодательством страны В в соответствии с соглашением об избежании двойного налогообложения не установлен налог у источника на дивидендные выплаты в пользу материнской компании в стране X. Таким образом, материнская компания в стране X может избежать уплаты возникающего в стране А налога у источника, поскольку в стране А в соответствии с Директивой ЕС «О материнских и дочерних компаниях» (*EU Parent-Subsidiary Directive, PSD*) не будет удерживаться налог у источника при выплате дивидендов в пользу материнской компании, расположенной в стране В.

Однако такой ситуации можно избежать, если освобождение от обложения налогом у источника дивидендных выплат на уровне компании В не будет применимо. Так, если

¹ Участие Российской Федерации в G8 временно приостановлено в марте 2014 г.

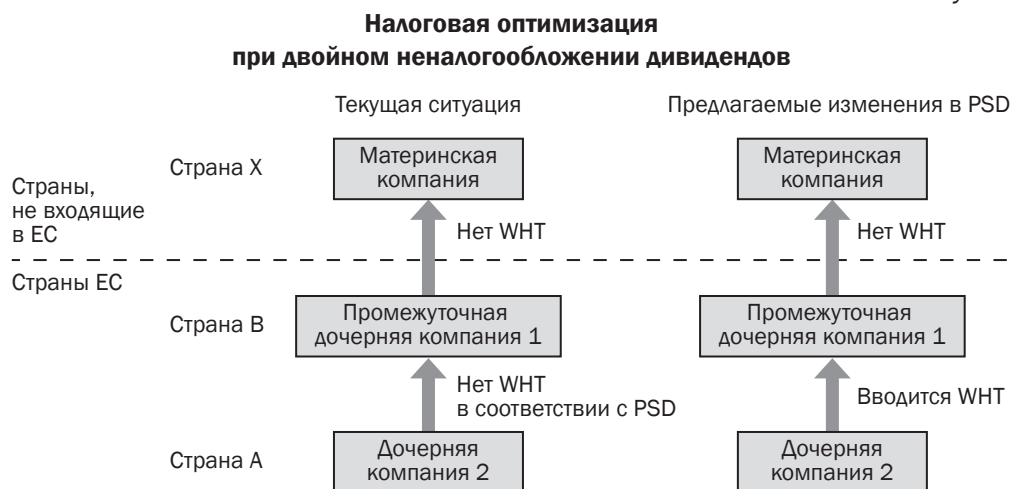
² План действий Правительства Российской Федерации по деофшоризации российской экономики (проект).

³ Страна А является членом ЕС.

дочерней компанией в стране А напрямую владеет материнская компания в стране Х, распределение прибыли из компании А в компанию Х будет облагаться налогом у источника. Этот способ налоговой оптимизации часто применяется в налоговом планировании зарубежными дочерними компаниями российских холдингов.

В ближайшем будущем планируется внести в PSD изменения, предотвращающие двойное неналогообложение дивидендов (рис. 1).

Рисунок 1



Примечание: WHT (Withholding tax) — налог, удерживаемый у источника выплат доходов.

Источник: составлено автором по данным Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive (Memo) / European Commission. Brussels, 25 November 2013 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1040_de.htm).

НАЛОГОВАЯ ОПТИМИЗАЦИЯ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ГИБРИДНЫХ ФИНАНСОВЫХ ИНСТРУМЕНТОВ

В настоящее время использование гибридных финансовых инструментов является распространенной практикой в международном налоговом планировании. Они достаточно активно используются в налоговом планировании зарубежными дочерними компаниями российских холдингов.

Понятие гибридного финансового инструмента приводится в документах ОЭСР. Отчет ОЭСР об использовании гибридных инструментов⁴ определяет гибриды как инструменты, по-разному квалифицируемые для целей налогообложения в различных юрисдикциях: в одной — как долговое обязательство, а в другой — как акционерный капитал. Например, в стране плательщика дохода инструмент квалифицируется как долговой, а выплаты по нему — как проценты, учитываемые в целях налогообложения прибыли, в то время как в стране получателя дохода он рассматривается как инструмент участия в капитале компании, выплачивающей доход, а получаемый доход — как дивиденды.

Использование гибридных займов в международных сделках позволяет должнику уменьшить налогооблагаемый доход на сумму выплачиваемых по долговому обязательству процентов, а кредитору — получить освобождение от налогообложения процентного дохода, который будет рассматриваться как дивиденды, полученные от участия в уставном капитале должника.

⁴ Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive (Memo) / European Commission. Brussels, 25 November 2013 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1040_de.htm).

Ниже подробнее рассмотрим пример использования налоговой оптимизации с помощью гибридного финансового инструмента.

Исходя из положений налогового законодательства страны А (члена ЕС), в которой учреждена дочерняя компания, гибридный заем рассматривается как простой заем, а процентные выплаты по нему — как расходы, учитываемые в целях налогообложения прибыли. При этом налоговое законодательство страны В, в которой учреждена материнская компания, рассматривает гибридный заем как вклад в капитал, а выплаты по займу — как освобожденное от налогообложения распределение прибыли (выплата дивидендов) (рис. 2).

Однако такой ситуации можно избежать в случае, если в соответствии с налоговым законодательством компания в стране В не сможет учесть в целях налогообложения прибыли выплаты от компании, находящейся в стране А.

Рисунок 2



Источник: составлено автором по данным Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive (Memo) / European Commission. Brussels, 25 November 2013.

НАЛОГОВАЯ ОПТИМИЗАЦИЯ, ИСПОЛЬЗУЕМАЯ ХОЛДИНГОВОЙ ГРУППОЙ ПРИ РАЗРАБОТКЕ И ПЕРЕДАЧЕ ПРАВ НА НЕМАТЕРИАЛЬНЫЙ АКТИВ

Компания А организована в стране А⁵ и является материнской компанией холдинговой группы (далее — «Холд Ко А»). «Холд Ко А» разрабатывает нематериальный актив — программное обеспечение, необходимое ей для ведения бизнеса. Исследовательская работа по разработке программного обеспечения (далее — ПО) проводится самой холдинговой группой. Права на разработанное ПО «Холд Ко А» посредством неисключительной лицензии передает своей дочерней компании С.

Компания С учреждена в стране В, но эффективное управление и контроль над компанией осуществляется из страны С. На основании лицензионного соглашения компания С осуществляет периодические выплаты лицензионного вознаграждения компании А.

Компания С также на основании лицензионного соглашения передает компании D⁶ права на ПО и взамен получает лицензионное вознаграждение. В свою очередь

⁵ В данном примере Российская Федерация может рассматриваться в качестве страны А.

⁶ Компания D является компанией, учрежденной и эффективно управляемой в стране D.

компания D на основании договора сублицензии передает ПО в пользование компании В⁷. Компания В ведет активную экономическую деятельность. Прибыль, получаемая этой компанией, подлежит налогообложению в стране В. При этом налогооблагаемая прибыль компании В достигает менее 1 % от размера ее валовой прибыли, поскольку при расчете налогооблагаемой прибыли компания В учитывает расходы на выплату лицензионных платежей компании D (размер лицензионного вознаграждения, выплачиваемого компанией В компании D, соответствует рыночному уровню и, таким образом, не нарушает правил трансфертного ценообразования, установленных в странах D и В).

Лицензионный платеж, выплачиваемый компанией В в пользу компании D, не облагается налогом у источника в стране В (в соответствии с Директивой ЕС «О процентах и роялти»). Налоговое законодательство страны В устанавливает налог у источника в отношении выплат компаниям, учрежденным в странах — не членах ЕС.

Прибыль компании D подлежит обложению налогом на прибыль в стране D. Однако налогооблагаемая прибыль может быть уменьшена на сумму лицензионных выплат, учитываемых в целях налогообложения прибыли, осуществляемых компанией D в адрес компании С. Разница между прибылью, получаемой в соответствии с лицензионным соглашением от компании В, и выплатами в соответствии с лицензионным соглашением в пользу компании С, для компании D незначительна, поскольку она задействована в посреднической сделке. Исходя из положений законодательства о трансфертном ценообразовании страны D, компания D получает низкий доход.

Для устранения налоговых последствий, связанных с нарушением законодательства о трансфертном ценообразовании, компания D получает налоговый рюнинг⁸, подтверждающий соответствие ее дохода требованиям налогового законодательства. При этом в стране D в соответствии с локальным налоговым законодательством не установлен налог у источника на лицензионные платежи. Таким образом, платежи, осуществляемые компанией D в адрес компании С, не подлежат налогообложению налогом у источника в стране D.

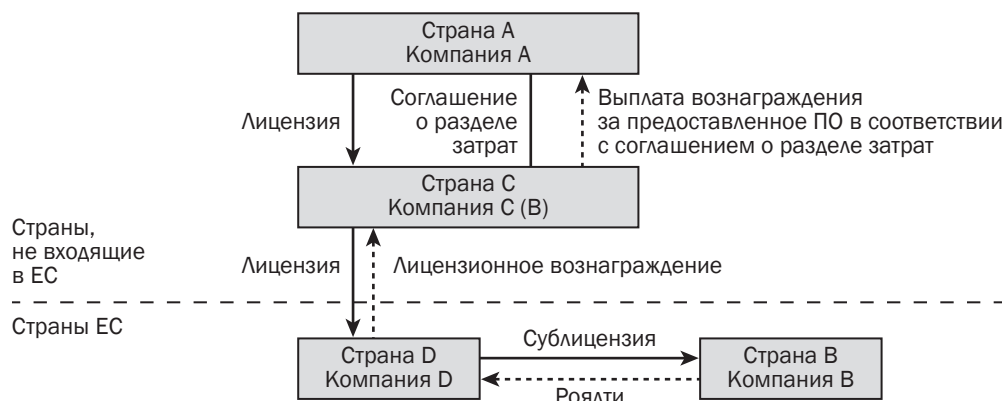
Эффективное управление и контроль над компанией С осуществляется в стране С. Локальным налоговым законодательством страны С не установлен налог на прибыль. Страна В не облагает налогом прибыль компании С потому, что компания С не ведет фактической деятельности в стране В, при этом централизованное управление и контроль над компанией осуществляется в стране С, а ее доход возникает от источников, расположенных за пределами территории страны В. В итоге лицензионный доход, получаемый компанией С, не подлежит налогообложению ни в одной из стран (D, С и В).

В соответствии с действующими в стране А правилами о контролируемых иностранных компаниях налогообложению (как пассивные доходы) могут подлежать лицензионные платежи, получаемые компаниями D или С. Однако компания А подала заявку на определение налогового статуса компаний D и В по системе check-the-box. В соответствии с данным определением прибыль этих компаний не будет облагаться налогом в стране А, а доход от компаний В и D будет рассматриваться как доход, заработанный компанией С. То есть будет считаться, что компания С заработала данные доходы посредством активных бизнес-операций. Доход от активной бизнес-деятельности может быть структурирован таким образом, что не будет подлежать налогообложению в соответствии с правилами о контролируемых иностранных компаниях, установленными в стране А.

⁷ Компания В организована, управляется и контролируется в стране В.

⁸ Налоговый рюнинг — это мотивированное мнение налогового органа о применении положений налогового законодательства по конкретной транзакции налогоплательщика.

Структура налогового планирования в группе холдинговых компаний, возглавляемых «Холд Ко А»



Примечание: Компания С (В) — учреждена в стране В, эффективное управление и контроль над компанией осуществляется из страны С.

Источник: составлено автором по данным Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, OECD (2013), Annex C. Examples of MNEs' tax planning structures.

ПЕРЕРАСПРЕДЕЛЕНИЕ НАЛОГОВОЙ БАЗЫ ЗА СЧЕТ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ НАЛОГОВОЙ ОГОВОРКИ ПО GROSS-UP

Материнская компания 1, учрежденная в соответствии с законодательством РФ, занимается разработкой ПО для обеспечения своей бизнес-деятельности и бизнес-деятельности компаний холдинговой группы, расположенных в различных юрисдикциях (ЕС, ОЭСР и другие страны). Компания 1 в соответствии с лицензионными договорами предоставляет своим дочерним компаниям (2–7) права на использование ПО в собственных интересах, а также в интересах третьих лиц.

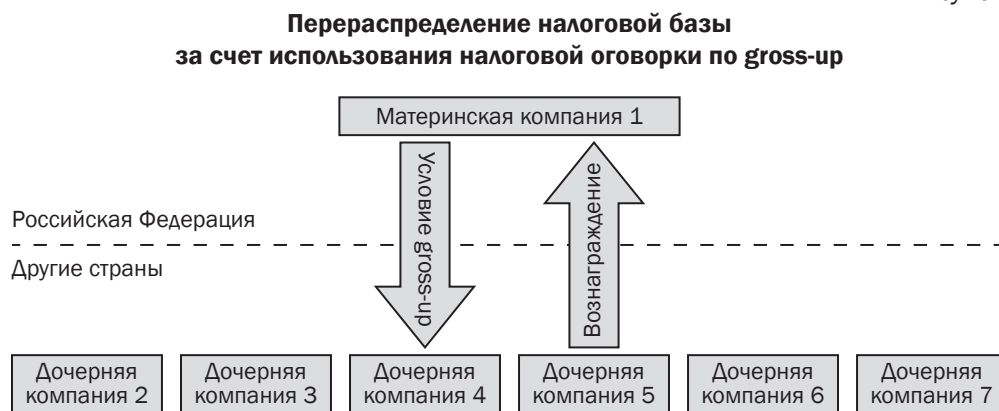
Компания 1 на основании лицензионного договора получает вознаграждение от дочерних компаний за предоставление ПО. Соответственно, компании 2–7 при выплате вознаграждения Компании 1 должны, согласно локальному налоговому законодательству, удерживать налог у источника. При этом рассматриваемыми лицензионными договорами предусмотрено условие gross-up. Это условие предполагает, что лицензионное вознаграждение увеличивается на сумму налогов и сборов, обложению которыми в соответствии с локальным законодательством стран учреждения компаний 2–7 подлежит вознаграждение, выплачиваемое Компании 1.

Условие gross-up в договоре может быть сформулировано следующим образом: «Все платежи по договору должны производиться без каких-либо удержаний, если иное не предусмотрено налоговым законодательством. Если в соответствии с законодательством необходимо произвести налоговый вычет, размер платежа должен быть увеличен на сумму, которая после удержания всех налоговых вычетов позволяет получить платеж в размере (с учетом уплаты всех применимых налогов), который подлежал бы уплате, если бы не требовалось производить какие-либо налоговые вычеты»⁹. При этом локальное налоговое законодательство стран 2–7 не содержит прямого запрета на использование условий gross-up. Однако при их использовании в странах 5 и 7 расходы по уплате налога за нерезидента нельзя учесть в целях налогообложения прибыли (см. табл. 1).

⁹ Сформулировано автором.

Наличие в лицензионных договорах условия gross-up при значительных суммах таких договоров способствует перераспределению налогооблагаемой базы¹⁰.

Рисунок 4



Источник: составлено автором.

Примечание: 2–7 – компании холдинговой группы.

Таблица 1

**Возможность использования налоговой оговорки
по gross-up в различных юрисдикциях**

Дочерние компании	Страна	Можно ли применять gross-up на сумму налога при выплате доходов	Возможность отнесения gross-up на расходы в целях налогообложения прибыли	Трансфертное ценообразование (возникают ли проблемы при применении gross-up)
2	Болгария	Да, но, исходя из судебной практики, существует риск трактовки gross-up как скрытого распределения дивидендов	Если выплата по договору будет признана скрытым распределением дивидендов, то нет	Размер выплат должен соответствовать рыночному уровню. В противном случае существует риск признания скрытого распределения дивидендов
3	Турция	В налоговом законодательстве отсутствует запрет на включение в контракты налоговой оговорки по gross-up	Есть	Нет, при условии соответствия рыночным ценам
4	США	В налоговом законодательстве отсутствует запрет на включение в контракты оговорки по gross-up	Если выплата по договору будет признана скрытым распределением дивидендов, то нет	Размер выплат должен соответствовать рыночному уровню. В противном случае существует риск признания скрытого распределения дивидендов
5	Белоруссия	В налоговом законодательстве отсутствует запрет на включение в контракты оговорки по gross-up. При этом при использовании gross-up возникают риски претензий со стороны налоговых органов на основании подп. 3.1 п. 3 ст. 23 НК РБ (налоговый агент обязан исчислять, удерживать из средств, причитающихся плательщику, и перечислять в бюджет соответствующие налоги, сборы (пошлины) в порядке, установленном НК РБ)	Нет	Не применимо

¹⁰ Подобное перераспределение налоговой базы может использоваться в договорах займов и гарантий.

Дочерние компании	Страна	Можно ли применять gross-up на сумму налога при выплате доходов	Возможность отнесения gross-up на расходы в целях налогообложения прибыли	Трансфертное ценообразование (возникают ли проблемы при применении gross-up)
6	Сербия	В Сербии gross-up предусмотрен Законом о налоге на прибыль, который регулирует налоги, удерживаемые налоговым агентом в отношении юридических лиц	Есть, без ограничений	Все риски одинаковы, независимо от принципа заключения сделки — gross-up или нетто
7	Молдова	В налоговом законодательстве отсутствует запрет на включение в контракты оговорки по gross-up	Нет, на основании п. 2 ст. 30 НК РМ	В соответствии с требованиями НК Молдовы размер вознаграждения между взаимозависимыми лицами должен соответствовать рыночному уровню. Однако правила, как должна определяться цена, отсутствуют. НК Молдовы формально не требует от компаний наличия пакета документации, обосновывающей рыночный уровень цены

Источник: составлено автором.

Рассмотренные в статье схемы наглядно демонстрируют, что на сегодняшний день использование транснациональными компаниями юрисдикций, предоставляющих льготный режим налогообложения, — распространенный и действенный инструмент налоговой оптимизации бизнес-деятельности. Проанализированные в статье стратегии корпоративного налогового планирования, основанные на правильной стыковке различных налоговых правил и принципов, легитимизируют применяемые корпорациями способы, общий эффект от которых зачастую выражается в размывании налоговых баз во многих странах. Для решения этой проблемы требуется не только активное реформирование локального налогового законодательства правительствами заинтересованных стран, но и согласованность их действий между собой¹¹. Так, например, Российская Федерация уже присоединилась к Конвенции ОЭСР о взаимной помощи по налоговому администрированию, что в ближайшие годы позволит получить доступ к информации из наиболее используемых офшорных юрисдикций.

В целях уплаты иностранными компаниями налога на прибыль в стране своего резидентства правительства многих стран разработали или разрабатывают правила налогообложения контролируемых иностранных компаний (*Controlled Foreign Companies, CFC*). Несмотря на то что такие правила основываются на одних и тех же принципах, законодательство о CFC в разных странах различается¹². В рамках борьбы с размыванием налоговой базы в Российской Федерации с 1 января 2015 г. вступил в силу Федеральный закон от 24.11.2014 № 376-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций)», который ввел следующие новые нормы и дефиниции:

¹¹ Подробнее см.: Рыкова И. Н., Котляров М. А. Противодействие переносу налоговой базы в низконалоговые юрисдикции: опыт ОЭСР и приоритеты для России // Научно-исследовательский финансовый институт. Финансовый журнал. 2014. № 4. С. 47.

¹² Подробнее см.: Милоголов Н. С., Пинская М. Р. Правила налогообложения контролируемых иностранных компаний: сравнительный анализ // Научно-исследовательский финансовый институт. Финансовый журнал. 2014. № 4. С. 36.

- 1) налогообложение прибыли контролируемых иностранных компаний;
- 2) институт налогового резидентства для организаций;
- 3) фактический получатель дохода.

Следует отметить, что данным законом предусмотрен переходный период в отношении:

- смягчения норм признания контролирующего лица организации (действует до 1 января 2016 г.);
- размера прибыли, учитываемой при определении налоговой базы (действует до 1 января 2017 г.);
- случаев неприменения налоговой и уголовной ответственности в отношении вынесенных решений о привлечении к таковым, согласно нормам российского законодательства (действует до 1 января 2018 г.)¹³.

Библиография

1. Федеральный закон от 24.11.2014 № 376-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций)».
2. План действий Правительства Российской Федерации по деофшоризации российской экономики (проект).
3. Милоголов Н. С., Пинская М. Р. Правила налогообложения контролируемых иностранных компаний: сравнительный анализ // Научно-исследовательский финансовый институт. Финансовый журнал. 2014. № 4.
4. Рыкова И. Н., Котляров М. А. Противодействие переносу налоговой базы в низконалоговые юрисдикции: опыт ОЭСР и приоритеты для России // Научно-исследовательский финансовый институт. Финансовый журнал. 2014. № 4.
5. Структурные реформы в финансовой сфере // Аналитический бюллетень «Института современного развития». 2013. № 8.
6. Калинин С., Эдер В. Использование гибридных финансовых инструментов в международном налоговом планировании [Электронный ресурс] / Legal Insight. 2013. № 8. Режим доступа: <http://legalinsight.ru/>.
7. База налогового законодательства IBFD [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.ibfd.org/>.
8. Addressing Base Erosion and Profit Shifting [Электронный ресурс] / OECD Publishing, 2013. Режим доступа: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page3.
9. Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive (Memo) [Электронный ресурс] / European Commission. Brussels, 25 November 2013. Режим доступа: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1040_de.htm.
10. Parent Companies and their Subsidiaries in the European Union (Directive 2003/123/EC, Directive 90/435/EEC) [Электронный ресурс] / European Commission. Режим доступа: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/parents-subsidiary_directive/index_en.htm.
11. Directive 2003/49/EC on a Common System of Taxation Applicable to Interest and Royalty Payments Made between Associated Companies of Different Member States [Электронный ресурс] / European Commission. Режим доступа: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/com_2011_714_en.pdf.

¹³ Федеральный закон от 24.11.2014 № 376-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций)».