

# § 4 НАЛОГОВОЕ АДМИНИСТРИРОВАНИЕ

Когосова А.В.

## ПРАВИЛА НЕДОСТАТОЧНОЙ КАПИТАЛИЗАЦИИ В УСЛОВИЯХ КРИЗИСА

**Аннотация:** Компании, как правило, финансируются частично за счет взносов акционеров/участников (инвестиций в (акционерный) капитал) и частично за счет займов и кредитов (долгового финансирования). Соотношение двух типов финансирования определяется различными факторами – юридическими, коммерческими и т.д. Очень важным фактором, который может определять соотношение двух видов финансирования, является и различная налоговая нагрузка на компанию и тех, кто предоставляет финансирование.

**Review:** The companies are regularly financed in part with the payments of shareholders or participants (investments into the capital (shares)). Correlation of two types of financing is defined by a number of factors, including legal, commercial and other factors. Various tax burden for the company and those providing financing is also a defining factor for the correlation of two types of financing.

**Ключевые слова:** Налоги и налогообложение, капитализация, налоговое законодательство, налогообложение, инвестиции, акции, финансирование, капитал, заемщик, контролируемая задолженность

**Keywords:** taxes and taxation, capitalization, tax legislation, taxation, investments, financing, capital, borrower, controlled indebtedness.

### 1. Проблема недостаточной капитализации: что это такое?

**К**омпании, как правило, финансируются частично за счет взносов акционеров/участников (инвестиций в (акционерный) капитал) и частично за счет займов и кредитов (долгового финансирования). Соотношение двух типов финансирования определяется различными факторами – юридическими, коммерческими и т.д.

Очень важным фактором, который может определять соотношение двух ви-

дов финансирования, является и различная налоговая нагрузка на компанию и тех, кто предоставляет финансирование. Фундаментальным различием является то, что проценты, уплачиваемые по долговому финансированию, как правило, уменьшают налогооблагаемую базу заемщика, в то время, как дивиденды (доход с инвестиций в капитал) налогооблагаемую базу не уменьшают. В связи с этим некоторые инвесторы могут быть заинтересованы в искусственном завышении долгового финансирования в ущерб финансированию в

капитал. Например, иностранные инвесторы, в случае если ставка налога на прибыль в стране их пребывания ниже, чем ставка налога на прибыль в стране расположения дочернего предприятия, могут быть заинтересованы в том, чтобы увеличить долю долгового финансирования. Еще большая заинтересованность может возникнуть в случае расположения головной компании в безналоговой юрисдикции. При этом процентные расходы компании-заемщика увеличиваются, снижая налогооблагаемую прибыль в стране расположения заемщика. В связи с этим у страны, в которой осуществляет деятельность заемщик, вполне резонно возникает вопрос: получает ли она адекватную часть налоговых платежей в связи с деятельностью заемщика?

Данная проблема привела к тому, что в налоговое законодательство многих стран были введены правила недостаточной капитализации, которые призваны ограничить вычет для целей налога на прибыль процентов по части заимствований от связанных сторон (компаний группы) или по части заимствований от несвязанных сторон, если такие заимствования превышают заимствования, которые компания могла бы привлечь без соответствующих гарантий, предоставленных компаниями группы.

Изначально такие правила затрагивали в основном компании с иностранным участием, причем в докладе по вопросам недостаточной капитализации, подготовленном в рамках Комитета по налоговым вопросам ОЭСР, от 26 ноября 1986 года, делался вывод о том, что применение таких правил может не рассматриваться как дискриминация компаний с иностранным участием в контексте договоров об избежании двойного налогообложения, при условии что ограничения

приводят к тому, что налогооблагаемая прибыль увеличивается не более чем до размеров прибыли, которая возникла бы в том случае, если бы компания финансировалась полностью на рыночных условиях (т.е. как если бы влияние со стороны связанных сторон было исключено).

После того как Суд Европейских сообществ признал законодательство по вопросам недостаточной капитализации ряда стран – членов ЕС дискриминационным в отношении других стран – членов ЕС, законодательство в этих странах изменилось и, как правило, специально не упоминает компании с иностранным участием.

Законодательство многих стран устанавливает определенное соотношение долгового финансирования (от связанных сторон или под гарантии связанных сторон) и инвестиций в капитал, превышение которого приводит к невозможности вычета для налоговых целей соответствующей части процентных расходов, а также к переквалификации этой части процентов в дивиденды для целей налога, удерживаемого у источника выплаты.

Можно отметить наметившуюся в последнее время тенденцию к переходу от правил недостаточной капитализации с установлением определенного соотношения долгового финансирования и инвестиций в капитал к установлению определенного лимита на вычет процентных расходов в соответствующих случаях. Это может быть связано с определенной неэффективностью традиционных правил, которые компании могут в некоторых случаях обходить, а также с тем, что предписываемое соотношение может не отражать рыночные реалии в полной мере.

Новое соответствующее законодательство Германии, например, предусматривает,

что процентные расходы не могут превышать 30% от налогооблагаемого дохода до вычета нетто процентных расходов и амортизации. Проценты, которые не были вычтены, могут переноситься на будущее и вычитаться в следующих налоговых периодах (также с учетом 30%-ного ограничения). Данное ограничение не применяется, если хотя бы одно из следующих условий удовлетворяется: общая сумма процентных расходов составляет меньше 1 миллиона евро, немецкий бизнес не является частью консолидированной группы компаний или немецкий бизнес является частью консолидированной группы компаний, но отношение собственного капитала к активам немецкого бизнеса не ниже, чем этот же показатель у консолидированной группы.

## **2. Правила недостаточной капитализации в России: проблемы, обострившиеся в условиях кризиса**

В России правила недостаточной капитализации установлены Налоговым кодексом и ограничивают вычет процентов российских компаний с иностранным участием. Допустимое соотношение «контролируемой задолженности» и собственного капитала (разница между активами и обязательствами) составляет 3 : 1 (12,5 : 1 для банков и «организаций, занимающихся исключительно лизинговой деятельностью»). В контролируемую задолженность включается задолженность перед иностранными акционерами, прямо или через другие компании владеющими более чем 20% капитала компании-заемщика, и задолженность перед российскими компаниями, являющимися аффилированными лицами иностранных акционеров, а также задолженность перед

несвязанными сторонами, каким-либо образом обеспеченная/прогарантированная иностранными акционерами или российскими аффилированными лицами.

Восьмилетний опыт применения правил недостаточной капитализации в России продемонстрировал ряд существенных проблем/изъянов, которые стали особенно актуальными в условиях кризиса и значительного падения курса рубля по отношению к основным мировым валютам.

Одна из проблем связана с тем, как рассчитывается собственный капитал. Возьмем, для примера, компанию, которая приобрела здание за 40 миллионов долларов и сдает его в аренду, другой деятельности не осуществляет. Арендные ставки привязаны к доллару. Компания была адекватно профинансирована: иностранный акционер вложил в капитал компании 10 миллионов долларов и предоставил заем (или обеспечил его предоставление) в размере 30 миллионов долларов под 10% годовых. На момент приобретения здания (начало года) курс доллара к рублю составлял 25, а на конец года – 35. Компания естественным образом заехеджирована: доход привязан к долларам и заем также в долларах, находится в хорошем финансовом состоянии. Однако в соответствии с российской финансовой отчетностью ее собственный капитал из-за падения курса рубля уменьшится приблизительно на треть, поскольку будущие обязательства будут переоценены по новому курсу и, соответственно, увеличатся, в то время как тот факт, что компания имеет долгосрочные арендные договоры, также привязанные к доллару, и, соответственно, может рассчитывать на больший доход в рублевом выражении в будущем, не повлияет на ее российскую отчетность и собственный капитал. Соответственно,

компания не сможет вычесть для налога на прибыль значительную часть процентных расходов. Решению данной проблемы могло бы способствовать разрешение, по выбору компаний, использовать для целей расчета коэффициента капитализации финансовую отчетность, подготовленную по международным стандартам (можно отметить, что например, баланс лизинговой компании, подготовленный по международным стандартам финансовой отчетности, может демонстрировать достаточный «собственный капитал» притом, что по российской отчетности он может быть отрицательным). Следует отметить, что российское законодательство позволяет не применять российские правила бухгалтерского учета, когда они не позволяют достоверно отразить имущественное состояние и финансовые результаты деятельности организации, при наличии соответствующего обоснования и с раскрытием данного факта в пояснительной записке к финансовой отчетности. Однако без соответствующих изменений в законодательстве, либо, по крайней мере, некоего подтверждения со стороны Минфина компании будут опасаться идти по данному пути, поскольку это связано с потенциальными обвинениями в недоплате налога на прибыль.

Данная проблема особенно актуальна для компаний, которые в силу специфики своей деятельности осуществляют значительные инвестиции и, соответственно, привлекают значительные заимствования, – компаний, инвестирующих в новое строительство, компаний сектора недвижимости, лизинговых компаний. Причем в первую очередь страдают компании, которые не пытаются использовать какие-либо лазейки в законодательстве, например займы от иностранной компании группы, которая не является пря-

мым или косвенным акционером российской компании (такие займы, по крайней мере формально, не подпадают под действие правил недостаточной капитализации).

Другая проблема связана с тем, что правила недостаточной капитализации затрагивают не только займы от связанных сторон, но и кредиты от третьих сторон, предоставленные под гарантии связанных сторон. В принципе, это вполне резонное положение, призванное ограничить, например, следующие ситуации. Российская компания, являющаяся частью многонациональной группы, привлекает кредит от иностранного банка под гарантии головной компании группы. Российская компания располагает незначительными активами, акционеры не инвестировали адекватные средства в ее капитал, и самостоятельно она не могла бы привлечь кредит в необходимом объеме. Головная компания располагает значительными собственными средствами, сбалансированно профинансирована, и под ее гарантии банк согласен выдать значительный кредит. В результате российская компания уплачивает проценты иностранному банку в отношении кредита значительно большего размера, чем она могла бы привлечь самостоятельно, что означает изъятие из-под российского налогообложения значительной части прибыли.

В указанной выше ситуации ограничение вычета процентов на основании правил недостаточной капитализации представляется логичным. Однако часто в качестве обеспечения банку (иностранному или российскому) предоставляются в залог лишь акции российской компании, получающей кредит. Соответственно, в данном случае речь не идет о том, что под активы, расположенные за рубежом, в российскую компа-

нию поступают займы, не соответствующие ее собственному финансовому состоянию, и непропорциональные суммы прибыли выводятся из-под российского налогообложения. Применение правил недостаточной капитализации в данном случае не представляется логичным. Потенциально, компании могут интерпретировать законодательство положительным образом и не применять правила недостаточной капитализации в описанных выше случаях. В случае поднятия данного вопроса налоговыми органами, можно попытаться защитить свою позицию в суде, поскольку суды, как правило, в большей степени, чем налоговые органы, стараются разобраться в экономической сути ситуации и следовать как букве, так и духу закона. Однако при этом сохраняются существенные риски для компаний, которые могли бы быть сняты соответствующими поправками в Налоговом кодексе РФ.

Кроме того, законодательство в отношении правил недостаточной капитализации содержит ряд неясностей, что создает риски для налогоплательщиков при несовпадении их трактовки законодательства с трактовкой налоговых органов. Например, у многих компаний соотношение контролируемой задолженности и собственного капитала не выходило за установленные ограничения в течение 9 месяцев 2008 года, а на конец года в связи с резким падением курса рубля вышло за установленные рамки. В соответствии с одной из интерпретаций законодательства такие компании могут вычитать проценты, начисленные за 9 месяцев, и ограничения на вычет должны коснуться только процентов, начисленных за четвертый квартал. Согласно другой интерпретации, нарушение данного соотношения на 31 декабря соответствующего года делает невозможным

вычет процентов (соответствующей части) за весь год. В ситуации, когда на конец года у многих компаний резкое изменение курса рубля привело к отрицательным чистым активам, это означает невозможность вычета всех процентов по контролируемой задолженности за год. Представляется, что при рассмотрении соответствующего дела суд должен был бы симпатизировать позиции налогоплательщика, если бы тот придерживался первой интерпретации, описанной выше, однако, без соответствующего уточнения закона значительные риски для налогоплательщика сохраняются.

Другим примером неясности законодательства является положение о том, что более высокий лимит на соотношение контролируемой задолженности к собственному капиталу (12,5:1 вместо 3:1) предусмотрен для организаций, занимающихся исключительно лизинговой деятельностью. В рамках лизинговой деятельности неизбежно возникает необходимость осуществления неких сопутствующих операций. Например, объекты лизинга по завершении лизингового контракта возвращены лизингодателю и уже не могут сдаваться в лизинг, а могут быть лишь проданы или предоставлены в оперативную аренду, в связи с чем возникают соответствующие налоговые риски. Существуют инициативы о внесении поправок в законодательство, которые уточняли бы приведенную выше формулировку.

Текущий кризис и, в частности, резкое снижение курса рубля обострили ряд очень существенных проблем российского законодательства по вопросам недостаточной капитализации.

Представляется, что правила недостаточной капитализации нуждаются в существенной переработке. Изменения должны

затронуть такие вопросы как методика расчета собственного капитала с учетом особенностей экономики, на которую существенное влияние имеет курс национальной валюты к основным мировым валютам, более точное определение видов обеспечения, которые должны, либо не должны, приводить к применению правил недостаточной капитализации. Также можно отметить, что более адекватному расчету собственного капитала способствовало бы совершенствование российских стандартов бухгалтерского учета, так, например, баланс лизинговой компании, подготовленный по международным стандартам финансовой отчетности, может демонстрировать достаточный «собственный капитал» притом, что по российской отчетности он может быть отрицательным. Необходимо уточнение законодательства в отношении периода, за который не могут вычитаться проценты при изменении соотношения собственного капитала к контролируемой задолженности в течение года, а также некоторых других положений, таких, например, как занятие

«исключительно» лизинговой деятельностью. С учетом потенциального риска оспаривания правомерности применения правил недостаточной капитализации как дискриминационных было бы целесообразно учесть опыт ряда стран ЕС, пересмотревших свое законодательство в отношении недостаточной капитализации после соответствующих судебных разбирательств. Такая переработка может потребовать значительного времени. В связи с тем что проблема обострилась именно в связи с резким падением курса рубля, в качестве временной антикризисной меры может быть рассмотрен вопрос о приостановке действия этих правил или расчета собственного капитала/контролируемой задолженности исходя из докризисного курса рубля, что потребует внесения поправок в законодательство. Насколько нам известно, в настоящее время различные структуры бизнес-сообщества выходят с такими инициативами, которые, на наш взгляд, заслуживают внимательного рассмотрения, и принятие соответствующих мер представляется нам необходимым.