

Уважаемые коллеги,

В последнее время изменения в Налоговом Кодексе РФ в отношении доходов, получаемых из-за рубежа и опосредованно через так называемые контролируемые иностранные компании, обсуждаются в России крайне активно, как минимум в связи с тем, что большинство инвесторов-резидентов РФ стремятся упорядочить свои инвестиции с целью легально минимизировать налоговую нагрузку.

Мы тоже тщательно изучали и изучаем этот вопрос, и хотим предложить вашему вниманию ряд выводов, которые нам удалось сделать. Эти выводы не претендуют на «юридическое мнение» и не отменяют важности прямых консультаций с юристами, равно как необходимости получать несколько разных мнений и предложений перед тем, как принимать решение о реструктуризации своей собственности (особенно с учетом того, что российская правоприменительная практика в этом вопросе отсутствует, законодательство изобилует казусами и недоговоренностями, а налоговые органы имеют давнюю традицию творческой трактовки законодательства). Тем не менее мы полагаем, что наши наблюдения будут полезны как минимум как пища для дальнейшей дискуссии с юристами. Ниже приведены наши общие выводы, а затем идет подробное освещение ключевых вопросов.

ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ ДЛЯ ИНВЕСТОРОВ, ВЛАДЕЮЩИХ КИК

На сегодняшний день инвестор, инвестирующий через КИК, и желающий законным образом минимизировать свои налоговые последствия, но при этом продолжать практику оффшорного инвестирования, должен учитывать, что:

- (1) Инвестирование через КИК по многим параметрам лучше и удобнее чем инвестирование напрямую от имени физического лица. При этом КИК должна быть правильно оформлена и снабжена необходимыми атрибутами (реальный офис в стране регистрации, реальный профессиональный штат из хотя бы одного сотрудника, реальный номер телефона страны регистрации, реальная отчетность и пр.) во избежание отказа в признании ее контролируемой иностранной компанией и признания ее налоговым резидентом РФ.
- (2) Компании, зарегистрированные в юрисдикциях из «перечня государств и территорий, предоставляющих льготный налоговый режим налогообложения и (или) не предусматривающих раскрытия и предоставления информации при проведении финансовых операций (оффшорные зоны)», будут представлять особую опасность с точки зрения признания их налоговыми резидентами РФ; попытка создать им presence & substance в третьей юрисдикции повлечет за собой проблемы в этой юрисдикции. Поэтому рекомендуется переносить центр регистрации компаний во вне государств из «перечня», в частности на Кипр.
- (3) Удобным способом финансирования деятельности компаний-нерезидентов физическими лицами остается беспроцентный кредит, а удобным способом расчетов по нему – расчеты с использованием брокерского счета, открытого у нерезидента РФ – эта схема позволяет полностью вывести расчеты за пределы РФ на законных основаниях.
- (4) По компаниям, которые существуют на сегодня, возможно три варианта действий:
 - а. Проверить, есть ли возможность задекларировать у компании финансовый год не с 1 января по 31 декабря. Если есть, то сделать это и отложить отчетность по компании еще на год, до 2018 года, а в 2018 году отчитываться за финансовый год, начавшийся в 2015 году (очевидно лучше сделать финансовый год начинающимся с 30 декабря, тогда прибыль всего 2015 года выйдет из-под налогообложения). Если финансовый год невозможно перенести, то отчитываться КИКи за 2015 год в 2017 году и далее до ликвидации, в случае и в те годы, когда их прибыль превосходит установленную границу, и уплачивать налоги; однако этот способ не дает налоговых преимуществ в части уже сформированного на таких компаниях капитала, что может быть существенно – даже если владельцы в свое время заводили на компанию уже «очищенные от налогов» суммы, в момент их вывода может оказаться, что (а)

подтверждения этого недостаточны; (б) накопленная за период до 2015 года прибыль требует уплаты налогов; Поэтому для всех КИК, кроме не имеющих реального капитала и накопленной прибыли (включая прибыль за 2015 и 2016 год, если она не превышала 50 млн и 30 млн рублей соответственно), мы рекомендуем произвести ликвидацию в 2017 году;

- b. Закрыть такие компании до конца 2017 года, оплатив налог за 2015 год (см выше о возможности уйти от него, сменив дату начала финансового года), или даже не уплачивая его, ориентируясь на то, что требование по уплате налогов может наступить только если уполномоченный налоговый орган получит сведения о этих компаниях, а получить о них сведения он сможет только в 2018 году, при этом если счета компании будут уже закрыты, то у него не будет источников таких сведений; даже в случае их получения и предъявления претензий контролирующему физическому лицу, последнее сможет признать факт контроля и уплатить положенные налоги без штрафов и пени. Однако если средства с такой компании планируется так или иначе передать самому бенефициару или его новой компании, то скрыть существование старой компании будет крайне проблематично, и мы не можем рекомендовать такой подход; если же средства будут передаваться нерезиденту, то это вполне возможное решение, и при том – законное, так как владение компанией с целью уплаты налогов определяется по закону на дату, отстоящую от конца финансового года компании минимум на 1 год.
 - c. Удобным способом «закрытия темы» со старыми компаниями является их ликвидация с передачей имущества, составляющего их чистые активы, бенефициару до 1 января 2018 года. Такая ликвидация автоматически снимает необходимость оплаты налогов со старой компании за все периоды, если финансовый год начинается не 1 января, и за все периоды кроме 2015 года, если финансовый год начинается 1 января. Передача имущества может происходить любым способом (он не оговорен), важно чтобы это была не денежная форма. Удобным способом передачи имущества в виде торгуемых ценных бумаг является транзакция через брокерский счет бенефициара в брокере (не банке) нерезиденте РФ. Если это имущество оформлено в виде неторгуемых ценных бумаг, то передача может осуществляться в виде записи в реестре владельцев. Внимание: если предполагается это имущество вложить в капитал новой компании, стоит провести техническую транзакцию прямой и обратной купли-продажи этого имущества с третьим лицом перед внесением его в уставной капитал чтобы зафиксировать себестоимость. Если в уже существующей структуре физическое лицо-резидент владеет контролируемой иностранной компанией, которая в свою очередь владеет дочерней контролируемой иностранной компанией, то «верхнюю» компанию можно ликвидировать до 1 января 2018 года, и тогда акции «нижней» компании перейдут бенефициару по цене учета у «верхней» компании, и в дальнейшем эта цена и будет считаться «себестоимостью» - все имущество «нижней» компании таким образом станет очищенным от налоговых обязательств.
- (5) В любом случае имеет смысл установить на будущее, что финансовый год контролируемой иностранной компании, в том числе вновь открываемой, начинается (заканчивается) в начале календарного года, но после 1 января (например, 1 февраля) – это позволяет практически на год отложить отчетность и уплату налогов (плюс к законодательному году, который дается на выплату дивидендов).
- (6) При инвестировании в рамках той или иной стратегии предпочтение перед прямым инвестированием и передачей в доверительное управление при прочих равных стоит отдавать инвестиционным фондам, так как при инвестировании через фонды уплата налога происходит только после деинвестирования средств, даже если фонд зарабатывает реализованную прибыль ежегодно, и обязанности по отчету владения паями (акциями) фонда у резидентов РФ нет. При этом, поскольку момент деинвестирования можно запланировать заранее, возможно даже аккумулировать многолетнюю прибыль, и в год, в который принято решение ее реализовать (продав акции фонда с последующей покупкой обратно или без неё), поменять страну резиденции на страну, в которой отсутствует сквозное налогообложение бенефициаров и налогообложение дивидендов, и произвести выплату себе дивидендов.

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ-РЕЗИДЕНТОВ РФ СО СВОИМИ КОНТРОЛИРУЕМЫМИ ИНОСТРАННЫМИ КОМПАНИЯМИ

Право выдачи беспроцентного займа физическим лицом-резидентом РФ нерезиденту РФ:

Ставка процента по займу, как сам факт выдачи такого займа, никаким образом не ограничиваются законодательством, при условии, что, если заем выдается из России, платеж оформляется соответствующим образом через службу валютного контроля банка. Заем извне России может быть выдан резидентом России без ограничений, см. 173-ФЗ, статью 12, пункт 6:

«Физические лица - резиденты вправе без ограничений осуществлять валютные операции, не связанные с передачей имущества и оказанием услуг на территории Российской Федерации, с использованием средств, зачисленных в соответствии с настоящим Федеральным законом на счета (во вклады), открытые в банках за пределами территории Российской Федерации».

Налогообложение операции по выдаче займа физическим лицом-резидентом нерезиденту РФ

Выдача кредита физическим лицом резидентом России компании-нерезиденту является так называемой «контролируемой сделкой между взаимозависимыми лицами» согласно статье 105.3 НК РФ, если одной из сторон сделки является компания из «перечня государств и территорий, предоставляющих льготный налоговый режим налогообложения и (или) не предусматривающих раскрытия и предоставления информации при проведении финансовых операций (офшорные зоны)». (Стоит обратить внимание на тот факт, что в перечне нет Республики Кипр, однако и в случае РК такая сделка скорее всего будет признана «контролируемой сделкой»).

Согласно п 1 статьи 105.14 НК РФ, такие сделки признаются контролируруемыми вне зависимости от их размера.

Таким образом вопрос налогообложения при выдаче такого кредита распадается на 2 составные части:

- (1) Налогообложение получаемых физическим лицом-резидентом доходов в виде выплачиваемых ему процентов по кредиту;
- (2) Налогообложение контролируемой сделки с физическим лицом;
- (3) Налогообложение разницы в рублевой стоимости выданного валютного кредита и получаемых сумм возврата.

Налогообложение получаемых физическим лицом-резидентом доходов в виде выплачиваемых ему процентов по кредиту

Налогообложение получаемых физическим лицом-резидентом доходов в виде % по кредиту определено главой 23 НК РФ. Статья 208 НК РФ определяет эти доходы как доходы, полученные от источника вне России.

Статья 223 НК РФ определяет, что определение даты получения доходов и соответственно налогообложение доходов, получаемых в виде процентов по выданному кредиту, наступает в общем порядке, то есть по факту физического получения процентов по кредиту (статья определяет исчерпывающий список типов дохода, для которых определен особый порядок определения даты получения дохода и наступления момента налогообложения, и получение процентов по кредиту в список не входит).

Общий порядок определяется статьей 210.1 НК: «При определении налоговой базы учитываются все доходы налогоплательщика, полученные им как в денежной, так и в натуральной формах, или право на распоряжение которыми у него возникло, а также доходы в виде материальной выгоды, определяемой в соответствии со статьей 212 настоящего Кодекса». При этом в статье 212 не указаны начисленные, но не уплаченные проценты. Таким образом датой получения дохода в виде % по

кредиту является дата фактического получения таких процентов, когда бы они ни были выплачены. Это важно, так как позволяет устанавливать правило выплаты процентов «в конце срока кредита», отодвигая уплату налога получателем по таким процентам.

Поскольку полученные проценты по кредиту не выделены в отдельную статью доходов, по которым применяется особый порядок налогообложения, к ним применяется общая ставка налогообложения в размере 13%.

Налогообложение контролируемой сделки

В соответствии с подп. 1 п. 2 ст. 105.14 НК РФ установлено, что контролируруемыми сделками признаются сделки между взаимозависимыми лицами (с учетом особенностей, предусмотренных указанной статьей).

Согласно п. 1 ст. 105.3 НК РФ если в сделках между взаимозависимыми лицами создаются либо устанавливаются коммерческие или финансовые условия, отличные от тех, которые имели бы место в сделках, признаваемых в соответствии с разделом V.1 НК РФ сопоставимыми, между лицами, не являющимися взаимозависимыми, то любые доходы (прибыль, выручка), которые могли бы быть получены одним из этих лиц, но вследствие указанного отличия не были им получены, учитываются для целей налогообложения у этого лица.

С 01.01.2012 для определения доходов в сделках, сторонами которых являются взаимозависимые лица, ФНС России производит сопоставление таких сделок или в совокупности их с одной или несколькими сделками, сторонами которых не являются взаимозависимые лица.

Таким образом, сделки по предоставлению беспроцентного займа между взаимозависимыми лицами могут являться примером создания либо установления коммерческих или финансовых условий, отличных от тех, которые имели бы место в сделках, признаваемых в соответствии с разделом V.1 НК РФ сопоставимыми, между лицами, не являющимися взаимозависимыми.

Теоретически ФНС России может счесть, что кредит, выданный без процентов, должен был нести на себе некую процентную ставку, и потребовать с кредитора уплаты налога в размере 13% с процентов, которые могли бы были бы получены кредитором в соответствии с этой процентной ставкой.

Налогоплательщик так же вправе самостоятельно применить для целей налогообложения цену, отличающуюся от цены, примененной в указанной сделке, в случае, если цена, фактически примененная в указанной сделке, не соответствует рыночной цене.

Однако необходимо отметить, что в соответствии с п. 3 ст. 105.3 НК РФ при определении налоговой базы с учетом цены товара (работы, услуги), примененной сторонами сделки для целей налогообложения (далее — цена, примененная в сделке), указанная цена признается рыночной, если федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным по контролю и надзору в области налогов и сборов, не доказано обратное либо если налогоплательщик не произвел самостоятельно корректировку сумм налога в соответствии с п. 6 ст. 105.3 НК РФ.

Эта ситуация создает юридический казус, подтвержденный письмом Департамента налоговой и таможенно-тарифной политики Минфина РФ от 21 января 2013 г. N 03-04-05/4-44 Об уплате НДФЛ при предоставлении займа организации:

«В соответствии с пунктом 1 статьи 210 Кодекса при определении налоговой базы учитываются все доходы налогоплательщика, полученные им как в денежной, так и в натуральной формах, или право на распоряжение которыми у него возникло.

Статья 41 Кодекса определяет доход как экономическую выгоду в денежной или натуральной форме, учитываемую в случае возможности ее оценки и в той мере, в которой такую выгоду можно оценить, и определяемую для физических лиц в соответствии с главой 23 "Налог на доходы физических лиц" Кодекса.

Таким образом, суммы денежных средств, получаемые физическим лицом - займодавцем, превышающие выданную организации-заемщику сумму займа, являясь доходом (экономической

выгодой) займодавца, подлежат обложению налогом на доходы физических лиц в установленном порядке.

В отношении указанного дохода пунктом 1 статьи 224 Кодекса установлена налоговая ставка в размере 13 процентов.

Согласно статье 105.14 Кодекса контролируемые сделки признаются сделки между взаимозависимыми лицами (с учетом особенностей, предусмотренных данной статьей).

При этом сделки, совершенные физическими лицами, по результатам которых налог на доходы физических лиц уплачивается в порядке, отличном от порядка, установленного статьей 227 Кодекса, не подлежат налоговому контролю со стороны федерального органа исполнительной власти, уполномоченного по контролю и надзору в области налогов и сборов, в порядке, предусмотренном главой 14.5 Кодекса».

(Статья 227 НК распространяет свое действие на индивидуальных предпринимателей; граждане, не являющиеся индивидуальными предпринимателями, не подпадают под ее действие).

Таким образом, нерыночность процентной ставки по кредиту, согласно НК, может быть определена только одной организацией – федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным по контролю и надзору в области налогов и сборов; при этом данный орган не правомочен выносить определения в отношении физических лиц, что фактически выводит физические лица из-под действия статьи о контролируемых сделках и освобождает их от уплаты налога на недополученные проценты по выданным кредитам.

Налогообложение разницы в рублевой стоимости выданного валютного кредита и получаемых сумм возврата.

В случае изменения курса к рублю валюты, в которой выдан кредит, с момента выдачи по момент возврата кредита, займодавец получает в процессе возврата сумму в валюте, чей рублевый эквивалент отличается от рублевого эквивалента выданной в заем суммы. Однако эта разница не подлежит налогообложению.

Согласно 141 ст ГК РФ и пп5 п1 ст 1 ФЗ-173, валюта является формой имущества, которое может, как и любое имущество, находиться во владении, распоряжении, использовании, отчуждаться и приобретаться, передаваться в управление, заем, пользование и пр. При этом передача в заем имущества не является реализацией (ст. 807 ГК РФ, прецедентное подтверждение постановление ФАС Московского округа № КА-А40/3008-08), косвенным подтверждением является тот факт, что согласно п 12 ст 270 НК РФ средства, переданные по договору займа, не включаются в состав расходов, учитываемых для налогообложения. Таким образом передача в заем валюты с возвратом займа валютой не формирует базы для налогообложения.

Отдельным вопросом является налогообложение курсовой разницы при продаже ранее приобретенной валюты. В текущей практике резиденты РФ – физические лица не уплачивают НДФЛ с дохода, выраженного в виде разницы между рублевым эквивалентом валюты на момент ее приобретения и суммой, полученной при продаже этой валюты за рубли. Письмо Департамента налоговой и таможенно-тарифной политики Минфина России от 20 февраля 2015 г. N 03-04-06/8370 «Об уплате НДФЛ при совершении операций с иностранной валютой» говорит, что «иностранная валюта признается имуществом, налогообложение доходов при совершении операций с иностранной валютой производится исходя из положений Кодекса, предусмотренных для налогообложения доходов физических лиц, полученных от продажи имущества, включая положения статей 220, 228 и 229 Кодекса», то есть налогоплательщик обязан самостоятельно учесть свой доход от таких операций и отразить его в налоговой декларации, уплатив НДФЛ. С другой стороны, письмо министерства финансов российской федерации от 24 декабря 2012 г. N 03-04-06/4-361 говорит: «Курсовая разница, образующаяся вследствие отклонения курса продажи (покупки) иностранной валюты от официального курса, установленного Центральным банком Российской Федерации на дату перехода права

собственности на иностранную валюту, носит характер материальной выгоды. Однако ст. 212 гл. 23 Кодекса содержит исчерпывающий перечень случаев, когда материальная выгода признается доходом для целей взимания налога на доходы физических лиц, и этот перечень не включает разницу между фактическим курсом продажи (покупки) кредитными организациями иностранной валюты физическим лицам и курсом, устанавливаемым Банком России. С учетом вышеизложенного такая курсовая разница не может быть признана доходом, подлежащим обложению налогом на доходы физических лиц». Судя по всему, практика налогообложения реализованных курсовых разниц если и будет вводиться, то путем дополнений в ФЗ-173 и начиная с момента появления этих дополнений и инструкций по расчету налога.

ВЫВОД: Согласно действующему законодательству физическое лицо может выдавать беспроцентный кредит нерезиденту; при этом у физического лица не наступает обязательств по уплате каких бы то ни было налогов.

РИСКИ: Поскольку в России отсутствует судебная практика по аналогичным делам, с учетом специфики системы судопроизводства в России, нельзя со 100%-ной вероятностью утверждать, что законы РФ будут трактоваться судом адекватно, поэтому присутствует теоретический риск применения к физическому лицу статьи 105.3 пункта 3 НК с требованием оплаты 13% с суммы процентов, определенных судом в качестве рыночных. Мы оцениваем этот риск как пренебрежимый, тем не менее не нулевой.

ЗАЩИТА ОТ РИСКОВ: Для защиты от данного риска рекомендуется использовать комбинацию возможностей, предоставляемых законом о контролируемых иностранных компаниях, статьей 210.1 НК и статьей 105.14 НК. Согласно этим положениям,

(а) отношения с контролируруемыми нерезидентами – резидентами оффшорных зон не подлежат декларированию до 1 января 2015 года;

(в) обязательство по уплате налога возникает по факту получения процентов в денежной форме;

(с) рыночная цена определяется как цена, которая может использоваться в аналогичных сделках между несвязанными контрагентами.

Соответственно, предлагается следующее:

- (1) Для кредитов, предоставленных до 1 января 2015 года сделать новацию договора с 1 января 2015 года; договора, действовавшие до 1 января 2015 года хранить отдельно, не более 5 лет (в соответствии с п 340 Приказа Минкультуры РФ №558), теоретически можно вообще не хранить, так как физические лица не несут ответственности за хранение документов. Сами договора до 1 января 2015 года сделать беспроцентными.
- (2) Новые договора (равно как и старые договора) в обязательном порядке должны содержать право кредитора на немедленный возврат сумм по требованию и указание на предоставление «займа до востребования», а также на право кредитора перечислять дополнительные суммы по желанию в любое время. Слова «заем» следует избегать, желательно использовать выражение «временное размещение средств до востребования» («temporary deposition of funds on-call»). Это делает сделку сравнимой со сделкой открытия счета до востребования в банке. Необходимо запастись письмами (другими свидетельствами) из ряда банков о том, что они принимают вклады до востребования без уплаты процентов и даже с уплатой комиссии банку. Рекомендуется установить, что заимодавец может по своему усмотрению изменять валюту расчета займа, и в договорах займа на сегодня установить, что валютой займа является евро (пересчет производить по кросс-курсу ЦБ РФ на дату новации чтобы избежать прибыли от разницы курсов пересчета и ЦБ): по евро в мировых банках в последние 2 года ставки ниже, часто даже отрицательные, поэтому еще ниже риск признания сделки нерыночной. Инструмент смены валюты займа может пригодиться и для управления налогооблагаемой базой – поскольку уведомления о смене валюты займа можно подписывать задним числом, в случае образования большой прибыли на компании в валюте страны, в которой ведется

деятельность, можно менять валюту займа на ту, которая существенно выросла по отношению к валюте учета.

- (3) Новые договора должны содержать положение о праве заемщика передать права и обязанности по договору третьему лицу. Это устраняет необходимость оплаты процентов (если проценты все же применяются) при смене юридического лица.
- (4) Срок новых договоров должен быть максимально длинным (например, 25 лет). Если в договоре все же указываются какие-либо проценты, то выплата процентов должна быть отнесена на период после возврата основной суммы долга полностью и в договоре должна быть оговорка, что все возвраты до возврата основной суммы долга полностью учитываются в счет возврата основной суммы долга. Это относит выплату процентов в неопределенное будущее. Такая позиция согласуется с письмом Департамента налоговой и таможенно-тарифной политики Минфина РФ от 21 января 2013 г. N 03-04-05/4-44: «... суммы денежных средств, получаемые физическим лицом - займодавцем, превышающие выданную организации-заемщику сумму займа, являясь доходом (экономической выгодой) займодавца, подлежат обложению налогом на доходы физических лиц в установленном порядке».

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ БРОКЕРСКОГО СЧЕТА ЗА ПРЕДЕЛАМИ РФ:

В 173-ФЗ нет прямых указаний на использование резидентами любых других форм счетов, кроме банковских. Однако в письме Минфина от 27 сентября 2010 г. N 03-02-08/57 прямо говорится о таких счетах, и, более того, подтверждается отсутствие необходимости декларирования таких счетов:

«В Департаменте налоговой и таможенно-тарифной политики рассмотрено Ваше письмо от 20.08.2010 N 2010-2312 по вопросу об уведомлении налогового органа об открытии брокерского (не банковского) счета за рубежом, предназначенного для проведения операций с ценными бумагами на иностранных биржах, и сообщается следующее.

Согласно подпункту 1 пункта 2 статьи 23 Налогового кодекса Российской Федерации (далее - Кодекс) налогоплательщики - организации и индивидуальные предприниматели обязаны сообщать в налоговый орган об открытии или о закрытии счетов (лицевых счетов). Индивидуальные предприниматели сообщают в налоговый орган о счетах, используемых ими в предпринимательской деятельности.

Для целей Кодекса счетами признаются расчетные (текущие) и иные счета в коммерческих банках и других кредитных организациях, имеющих лицензию Центрального банка Российской Федерации, открытые на основании договора банковского счета, на которые зачисляются и с которых могут расходоваться денежные средства, в частности, организаций и индивидуальных предпринимателей (пункт 2 статьи 11 Кодекса).

Таким образом, у налогоплательщиков - организаций и индивидуальных предпринимателей не возникает в силу подпункта 1 пункта 2 статьи 23 Кодекса обязанности сообщать в налоговые органы об открытии (закрытии) счетов, не обладающих признаками, указанными в пункте 2 статьи 11 Кодекса».

Общепринятая практика на сегодня заключается в свободном открытии резидентами России брокерских и иных небанковских счетов за рубежом без уведомления налоговых органов; уполномоченные банки свободно переводят средства резидентов на их брокерские счета за рубежом, не требуя соблюдения условий, оговоренных в п4 ст12 173-ФЗ:

«Переводы резидентами средств на свои счета (во вклады), открытые в банках за пределами территории Российской Федерации, со своих счетов (с вкладов) в уполномоченных банках осуществляются при предъявлении уполномоченному банку при первом переводе уведомления налогового органа по месту учета резидента об открытии счета (вклада) с отметкой о принятии указанного уведомления, за исключением операций, требуемых в соответствии с законодательством иностранного государства и связанных с условиями открытия указанных счетов (вкладов)».

Правомочность возврата кредита резиденту РФ на его брокерский счет за пределами РФ

Российское законодательство не оговаривает никаких ограничений на использование брокерских счетов физических лиц – резидентов РФ, открытых у нерезидентов. Более того, даже относительно банковских счетов физических лиц – резидентов РФ, открытых у нерезидентов, 173-ФЗ относит «возврат денежных средств» к разрешенным валютным операциям (ч 5 ст 12 173-ФЗ) «... на счета физических лиц - резидентов, открытые в банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, могут быть зачислены следующие денежные средства, полученные от нерезидентов: ... выплачиваемые в порядке возврата ранее уплаченных физическими лицами - резидентами денежных средств, включая возврат ошибочно перечисленных денежных средств, возврат денежных средств за возвращаемый физическим лицом - резидентом нерезиденту ранее купленный им у такого нерезидента товар, оплаченную такому нерезиденту услугу». Эта формулировка не говорит прямо о разрешении получения возвратов ранее выданных займов (ниже об этом будет сказано подробнее) и определенно исключает получение процентов по ранее выданным займам, но по крайней мере закон не дает прямого запрета на получение возврата ранее выданных займов на банковский счет резидента РФ в банке-нерезиденте РФ.

Такая двойная законодательная защита дает нам основания полагать, что, не смотря на отсутствие судебной практики, возврат кредита резиденту РФ на его брокерский счет за пределами РФ является не запрещенной валютной операцией. При этом нежелательно производить возврат займа на счет, открытый в банке-нерезиденте РФ, так как правоприменительная практика в данном случае отсутствует.

Проблема использования средств на брокерском счету резидента РФ, открытом у нерезидента РФ

Данная проблема является частной и не имеет отношения к законодательству РФ. Законодательство РФ никак не ограничивает использование резидентами РФ даже средств, находящихся у них на счетах в банках-нерезидентах (п 6 ст 12 ФЗ-173) «Физические лица - резиденты вправе без ограничений осуществлять валютные операции, не связанные с передачей имущества и оказанием услуг на территории Российской Федерации, с использованием средств, зачисленных в соответствии с настоящим Федеральным законом на счета (во вклады), открытые в банках за пределами территории Российской Федерации».

Однако сами брокера могут вводить ограничения на использование средств, которые клиенты держат у них на счету. В частности, они могут запрещать выводы средств клиента на счета, не принадлежащие клиенту как бенефициару, в том числе в рамках оплаты коммерческих операций любого рода. Такая практика достаточно распространена и приводит к невозможности использования средств на счету кроме как в целях покупки ценных бумаг из списка торгуемых брокером. Для любого вывода средств, в том числе для оплаты услуг и товаров, подписки на фонды, инвестирования в неторгуемые бумаги будет необходим свой банковский счет, подпадающий под регулирование ФЗ-173 и требующий отчетности.

Использование банковского счета, открытого в банке-нерезиденте РФ физическим лицом-резидентом РФ

Использование такого счета позволяет проводить практически все расходные операции – банки готовы к выводам средств на счета третьих лиц при наличии минимального обоснования. С точки зрения 173-ФЗ расходные операции по банковским счетам разрешены без ограничения: «Физические лица - резиденты вправе без ограничений осуществлять валютные операции, не связанные с передачей имущества и оказанием услуг на территории Российской Федерации, с использованием средств, зачисленных в соответствии с настоящим Федеральным законом на счета (во вклады), открытые в банках за пределами территории Российской Федерации».

Проблема возникает с операциями по увеличению баланса банковского счета. Ст 12 пп 4 и 5 173-ФЗ устанавливает исчерпывающий перечень оснований для зачисления денег на банковский счет физического лица-резидента РФ в банке-нерезиденте РФ. В этот перечень не попадают в частности

средства, вырученные за продажу недвижимости и других активов, кроме ценных бумаг, обращающихся на бирже (и только с 1 января 2018 года), средства, полученные по кредитам и займам на срок менее 2 лет; вопрос возможности получения на свой банковский счет возврата ранее выданного кредита остается спорным, не смотря на то, что статья 12 173-ФЗ упоминает в качестве разрешенных «средства... выплачиваемые в порядке возврата ранее уплаченных физическими лицами - резидентами денежных средств», прямого указания на возврат ранее выданных займов нет, нет и судебной практики и юристы не исключают узкого толкования этой статьи при рассмотрении дела в суде. Надо помнить, что «цена вопроса» очень высока – штраф за незаконную валютную операцию может составлять до 100% суммы операции.

Вышеизложенное фактически лишает резидента РФ возможности инвестирования со своего банковского счета, открытого в банке-нерезиденте РФ.

ВЫВОД: Счет у брокера имеет смысл использовать не в целях транзитной операции только в случае уверенности в его (брокера) готовности делать выводы средств на счета третьих лиц и только на ограниченные объемы средств, так как политика брокера в связи с выводами средств может меняться со временем. Альтернативным решением является наличие связки «счет у брокера – банковский счет в банке-нерезиденте РФ», с использованием банковского счета для транзитных операций. Однако открытие такого счета для резидента РФ без поддержания на нем существенного остатка может быть затруднено – большинство банков не хотят вести счета с маленькими остатками. При этом банковский счет будет подлежать декларированию в РФ и операции по нему будут известны налоговым органам.

СОЗДАНИЕ КОМПАНИИ-НЕРЕЗИДЕНТА РФ ФИЗИЧЕСКИМ ЛИЦОМ-РЕЗИДЕНТОМ РФ В КАЧЕСТВЕ ИНСТРУМЕНТА ДЛЯ СВОИХ ИНВЕСТИЦИЙ

Ст 25.13-1 НК РФ определяет перечень признаков контролируемых иностранных компаний, по которым контролирующее лицо такой компании – резидент РФ освобождается от уплаты налогов, исчисляемых от прибыли такой компании. Компании, открываемые в зонах с льготным налогообложением с целью управления через них инвестициями, не являются, согласно этой статье, компаниями, по которым контролирующее лицо такой компании – резидент РФ освобождается от уплаты налогов, исчисляемых от прибыли такой компании. Поэтому в дальнейшем мы обсуждаем только вопросы, касающиеся не освобожденных компаний.

Компания-нерезидент РФ, принадлежащая физическому лицу-резиденту РФ, будет являться контролируемой иностранной компанией, согласно трактовке НК РФ, если (п 1 ст 25.13 НК РФ) компания не признается налоговым резидентом Российской Федерации и контролирующим лицом организации являются организация и (или) физическое лицо, признаваемые налоговыми резидентами Российской Федерации.

Физическое лицо-резидент РФ признается контролирующим лицом организации, если доля его участия в этой организации составляет более 25 процентов или доля участия его в этой организации (для физических лиц - совместно с супругами и несовершеннолетними детьми) составляет более 10 процентов, если доля участия всех лиц, признаваемых налоговыми резидентами Российской Федерации, в этой организации (для физических лиц - совместно с супругами и несовершеннолетними детьми) составляет более 50 процентов (п 5 ст 25.13 НК РФ).

При этом под долей участия в организации понимается сумма, выраженная в процентах, долей прямого и косвенного (то есть опосредованного через другие организации) участия этого лица в организации (п1 ст 105.2 НК РФ), а п 2 Ст 105.2 НК определяет, что «Долей прямого участия лица в организации признается непосредственно принадлежащая такому лицу доля голосующих акций этой организации или непосредственно принадлежащая такому лицу доля в уставном (складочном) капитале (фонде) этой организации, а в случае невозможности определения таких долей -

непосредственно принадлежащая такому лицу, являющемуся участником этой организации, доля, определяемая пропорционально общему количеству участников этой организации».

Таким образом компания-нерезидент РФ, кроме случаев, когда доля физического лица в ней составляет менее 10% (безусловно) или 25% (при условии, что более 50% компании принадлежат нерезидентам РФ), является иностранной компанией, контролируемой этим физическим лицом. В остальных случаях такая компания не признается иностранной компанией, контролируемой этим физическим лицом, и ее наличие не вызывает налоговых последствий у данного физического лица.

Появление (наличие) такой компании согласно законодательству, предполагает декларирование факта наличия компании, а также ежегодную сдачу отчетности компании и включение прибыли компании (пропорционально доле контролирующего лица) в налогооблагаемую базу этого лица, при условии, что в результате включения этой прибыли (с учетом особенностей ее включения, прописанных в ст 309.1 НК РФ) в налогооблагаемую базу, эта база увеличивается более чем на 10 000 000 рублей (п 7 ст 25.15 НК РФ).

Однако в соответствии с п 2 ст 3 376-ФЗ при применении пункта 7 статьи 25.15 в 2015 и 2016 годах прибыль контролируемой иностранной компании учитывается при определении налоговой базы за налоговый период по соответствующему налогу в соответствии с п 1 ст 25.15 НК РФ при условии, что ее величина, рассчитанная в соответствии с НК РФ, составляет:

- 1) за 2015 год - 50 миллионов рублей;
- 2) за 2016 год - 30 миллионов рублей.

П 2 ст 25.14 НК РФ устанавливает срок уведомления:

«Уведомление о контролируемых иностранных компаниях представляется в срок не позднее 20 марта года, следующего за налоговым периодом, в котором контролирующим лицом признается доход в виде прибыли контролируемой иностранной компании в соответствии с главой 23 или 25 настоящего Кодекса». Таким образом нет необходимости торопиться с уведомлением налоговых органов в случае открытия такой компании.

П 1. ст 309.1 НК РФ говорит, что «прибылью (убытком) контролируемой иностранной компании признается величина прибыли (убытка) этой компании, определенная одним из следующих способов в соответствии с порядком, установленным настоящей статьей:

- 1) по данным ее финансовой отчетности, составленной в соответствии с личным законом такой компании за финансовый год. В этом случае прибылью (убытком) контролируемой иностранной компании признается величина прибыли (убытка) этой компании до налогообложения;
- 2) по правилам, установленным настоящей главой для налогоплательщиков - российских организаций».

Следует обратить внимание на то, что личные законы компаний в разных юрисдикциях по-разному будут трактовать возможность определения прибыли в той или иной валюте; в большинстве стран местные законы будут требовать, чтобы прибыль была подсчитана в местной валюте страны резиденции компании. Эта ситуация могла бы создать неожиданные проблемы при, например, инвестировании в долларах США, а расчете прибыли в евро (курс доллара США за последние годы вырос к курсу евро на 30%). Однако Минфин РФ в своем письме от 17.02.2017 No 03-12-11/2/9197 дает однозначный ответ на этот вопрос в п 11 пп а) : «... не учитываются ... суммы курсовой разницы по операциям купли и продажи валюты, а так же курсовые разницы, образующиеся при переоценке активов и обязательств контролируемой иностранной компании в соответствии с применимыми стандартами составления финансовой отчетности». Это означает, что при организации учета в КИК необходимо использовать метод учета операций с валютными активами, предполагающий учет в валюте приобретения с переоценкой финансового результата по факту реализации в валюту учета. Этот метод позволит избежать формирования налогооблагаемой в РФ прибыли за счет курсовой разницы.

При этом надо учитывать разницу в отношении российского законодательства к компаниям, зарегистрированным в различных юрисдикциях:

П 1.1 ст 309.1 НК РФ устанавливает, что:

Определение прибыли (убытка) контролируемой иностранной компании в соответствии с подпунктом 1 пункта 1 настоящей статьи [то есть на основании отчетности, построенной по местным стандартам] осуществляется при выполнении одного из следующих условий:

1) постоянным местонахождением этой контролируемой иностранной компании является иностранное государство, с которым имеется международный договор Российской Федерации по вопросам налогообложения, за исключением государств (территорий), не обеспечивающих обмена информацией для целей налогообложения с Российской Федерацией;

2) в отношении финансовой отчетности представлено аудиторское заключение, которое не содержит отрицательного мнения или отказа в выражении мнения.

В остальных случаях определение прибыли (убытка) контролируемой иностранной компании производится на основании отчетности, составленной на основании российских стандартов бухгалтерского учета.

Несмотря на то, что подпункт 2 п 1.1 ст. 309.1 НК РФ, введенный в феврале 2016 года, разрешает применять международные стандарты учета и к компаниям, учрежденным в странах не из «белого списка» (то есть к компаниям в частности с Каймановых островов, BVI, Бермудских островов) при наличии позитивного аудиторского заключения, регистрация компании в юрисдикции из «белого списка» (например Кипр) выглядит предпочтительной с точки зрения дальнейшего обеспечения адекватного режима отчетности, в частности потому, что такая отчетность не будет требовать обязательного аудиторского заключения.

Ч 2 пп 1.1 п 1 ст 25.15 НК РФ определяет способ включения прибыли КИК в налогооблагаемую базу:

«Прибыль контролируемой иностранной компании, определяемая в соответствии с настоящим Кодексом, приравнивается к прибыли организации (доходу физических лиц) (далее в настоящей главе - прибыль и доход соответственно), полученной налогоплательщиком, признаваемым контролирующим лицом этой контролируемой иностранной компании, и учитывается при определении налоговой базы по налогам у налогоплательщиков, признаваемых контролирующими лицами этой контролируемой иностранной компании в соответствии с главами части второй настоящего Кодекса с учетом особенностей, установленных настоящей статьей».

Согласно п 5 ст 25.15 НК «Налогоплательщик - контролирующее лицо представляет налоговую декларацию по налогу, при определении налоговой базы по которому учитывается прибыль контролируемой этим лицом иностранной компании, с приложением следующих документов:

1) финансовая отчетность контролируемой иностранной компании за период, прибыль за который учтена при определении налоговой базы по налогу, в отношении которого представлена налоговая декларация, или в случае отсутствия финансовой отчетности иные документы;

2) аудиторское заключение по финансовой отчетности контролируемой иностранной компании, указанной в подпункте 1 настоящего пункта, если в соответствии с личным законом или учредительными (корпоративными) документами этой контролируемой иностранной компании установлено обязательное проведение аудита такой финансовой отчетности или аудит осуществляется иностранной организацией добровольно».

Важно помнить, что определение доли прибыли, с которой конкретное физическое лицо-резидент РФ должно платить налог, производится в конкретный момент времени:

П 3 ст 25.15 НК РФ говорит: «Прибыль контролируемой иностранной компании учитывается при определении налоговой базы у налогоплательщика - контролирующего лица в доле, соответствующей

доле участия этого лица в контролируемой иностранной компании на дату принятия решения о распределении прибыли, принятого в календарном году, следующем за налоговым периодом по соответствующему налогу для налогоплательщика - контролирующего лица, на который приходится дата окончания финансового года в соответствии с личным законом этой контролируемой иностранной компании, а в случае, если такое решение не принято, то на 31 декабря календарного года, следующего за налоговым периодом по соответствующему налогу для налогоплательщика - контролирующего лица, на который приходится дата окончания финансового года контролируемой иностранной компании».

Эта статья создает юридический казус: если физическое лицо владело долей компании в течение финансового года, за который необходимо отчитаться (для простоты предполагаем, что он совпадает с календарным годом), но перестало владеть ей до 31 декабря следующего года, то прибыль КИК не будет учитываться этим физическим лицом для целей налогообложения. Логика этой статьи ущербна – например если физическое лицо увеличило свою долю в компании в период между концом финансового года и днем отсечения, заплатив за это увеличение, то есть фактически купив дополнительную долю прибыли, то это никак не повлияет на налог в сторону уменьшения – оплачивать придется уже большую долю прибыли. Этот казус можно так же использовать для снижения налога, причитающегося к уплате, путем снижения своей доли в компании после завершения налогового периода.

Эта статья так же подсказывает, как выбирать для своей компании финансовый год – по компании, заканчивающей финансовый год даже 2 января года T определение прибыли надо будет производить до конца года T+2, в то время как по компаниям, завершающим финансовый год 31 декабря эта дата будет ближе на 1 год.

Относительно «переходного периода» - 2015 – 2017 годов, эта статья создает для владельцев КИК невольный льготный период величиной до 364 дней. Действительно, если у КИК определен финансовый год с 31 декабря по 30 декабря, то 2014 финансовый год КИК заканчивается 30 декабря 2015 года, то есть период до 30 декабря 2015 года выпадает из-под действия НК РФ и ФЗ-173 и обязательства владельца КИК по исчислению и уплате налога на доход КИК начнутся с 31 декабря 2015 года, а первую отчетность и уплату налога надо будет произвести в 2018 году.

Эту странную ситуацию прямо подтверждает Минфин РФ в письме от 17.02.2017 No 03-12-11/2/9197, в п 13.

Как происходит определение налогооблагаемой базы КИК в случае группы компаний?

Ст 309.1 НК РФ прямо указывает на особенности определения налогооблагаемой базы в случае, если КИК является частью взаимозависимой группы компаний.

Ч1 ПП 1.2 П2 ст 309.1 НК РФ говорит: «в целях определения прибыли (убытка) контролируемой иностранной компании в соответствии с подпунктом 1 пункта 1 настоящей статьи используется неконсолидированная финансовая отчетность такой компании, составленная в соответствии со стандартом, установленным личным законом такой компании».

П6 ст 309.1 устанавливает, что «Налоговая база контролируемой иностранной компании определяется отдельно в отношении каждой контролируемой иностранной компании».

Фактически это означает, что в случае, например, наличия двух КИК, одна из которых является дочерней компанией второй, налогооблагаемая база определяется раздельно по каждой компании и налогоплательщик не в праве ограничиться сдачей консолидированного аудиторского заключения по головной компании.

Исключения в части определения прибыли КИК

П 2 ст 309.1 НК РФ устанавливает, что

«Прибыль (убыток) контролируемой иностранной компании, определенная по данным финансовой отчетности этой компании и выраженная в иностранной валюте, уменьшенная на величину дивидендов (распределенной прибыли), учитываемых в соответствии с порядком, предусмотренным пунктом 1 статьи 25.15 настоящего Кодекса, подлежит пересчету в рубли с применением среднего курса иностранной валюты к рублю Российской Федерации, установленного Центральным банком Российской Федерации, определяемого за период, за который в соответствии с личным законом такой компании составляется финансовая отчетность за финансовый год».

П 1 ст 25.15 НК РФ определяет, что:

«Прибыль контролируемой иностранной компании уменьшается на величину дивидендов, выплаченных этой иностранной компанией в календарном году, следующем за годом, за который в соответствии с личным законом такой компании составляется финансовая отчетность, с учетом промежуточных дивидендов, выплаченных в течение финансового года, за который составляется эта финансовая отчетность, с учетом особенностей, предусмотренных статьей 309.1 настоящего Кодекса. В случае, если финансовая отчетность компании в соответствии с ее личным законом не составляется, для целей настоящего абзаца применяется календарный год.

При определении прибыли контролируемой иностранной компании не учитываются доходы в виде дивидендов, источником выплаты которых являются российские организации, если контролирующее лицо этой контролируемой иностранной компании имеет фактическое право на такие доходы с учетом положений статьи 312 настоящего Кодекса».

Это означает, что начисленные дивиденды вычитаются из суммы прибыли КИК для исчисления налогооблагаемой базы физического лица-резидента РФ, контролирующего КИК, вне зависимости от того, будет ли физическое лицо должно уплатить с этих дивидендов налог на дивиденды (есть ситуации, в которых уплата этого налога не предусматривается).

П 3 ст 309.1 НК РФ говорит, что «При определении прибыли (убытка) контролируемой иностранной компании не учитываются .. доходы (расходы) этой компании за период, за который в соответствии с личным законом такой компании составляется финансовая отчетность за финансовый год ... в виде сумм от переоценки долей в уставном (складочном) капитале (фонде) организаций, паев в паевых фондах кооперативов и паевых инвестиционных фондах, ценных бумаг, производных финансовых инструментов по справедливой стоимости в соответствии с применимыми стандартами составления финансовой отчетности».

Это означает в частности, что переоценка стоимости ценных бумаг в портфеле компании не будет оказывать влияния на размер налога.

П 7 ст 309.1 НК РФ говорит: «В случае, если по данным финансовой отчетности контролируемой иностранной компании, составленной в соответствии с ее личным законом за финансовый год, определен убыток, указанный убыток может быть перенесен на будущие периоды без ограничений и учтен при определении налоговой базы этой компании, если иное не установлено пунктом 7.1 настоящей статьи».

Надо заметить, что Минфин РФ разъясняет эту норму в части определения превышения прибыли КИК над нижней границей, выше которой прибыль подлежит налогообложению. В письме Минфина от 17.02.2017 № 03-12-11/2/9197 прямо говорится, что, хотя убыток может быть перенесен без ограничений на следующий период, но его наличие не влияет на определение превышения прибыли КИК над нижней границей в следующем периоде, то есть необходимость платить налог определяется без учета убытка прошлого периода, а размер налога – с учетом.

В отношении переходного периода то же письмо говорит, что к учету в 2015 финансовом году КИК может принять убыток в сумме не превышающий совокупный убыток по 3 годам, предшествующим 2015 финансовому году.

ВЫВОД: При использовании компании-нерезидента РФ, зарегистрированной в зоне льготного налогообложения, для целей организации инвестирования, физическое лицо-резидент РФ уплачивает в общем случае налог в размере 13% от прибыли, полученной компанией-нерезидентом, если таковая превышает 10 000 000 рублей; налог на доход, полученный физическим лицом-резидентом от инвестиций, сделанных напрямую, так же исчисляется в размере 13%, однако он взимается вне зависимости от суммы дохода. Убытки по компании переносятся в будущие налоговые периоды без ограничений. Убытки по инвестициям физического лица не переносятся. Уплата налога производится в сроки, установленные законом для уплаты подоходного налога за год, следующий за годом, в котором компания получила означенную прибыль (или даже через 2 года, если у компании соответствующим образом определен финансовый год), то есть уплата налога фактически отсрочена на существенное время по сравнению уплатой налога на доход от инвестиций, сделанных физическим лицом напрямую. Налогооблагаемая сумма определяется по правилам международного учета и исчисляется в валюте учета компании с пересчетом по среднему курсу рубля; в случае с инвестициями физического лица напрямую исчисление дохода будет производиться в рублях на дату получения дохода (посделочно); при этом при исчислении дохода от купли-продажи ценных бумаг физическим лицом юридически неясным остается вопрос о том, как принимается к учету себестоимость ценных бумаг, которые физическое лицо реализовало с прибылью. Наиболее вероятным из принимаемых методов расчета будет метод учета себестоимости в рублях по курсу на момент покупки этих ценных бумаг, что, в условиях снижения курса рубля, может многократно увеличивать налогооблагаемую базу.

Ликвидация КИК до 1 января 2018 года

П 60 ст 217 НК РФ утверждает, что «Не подлежат налогообложению (освобождаются от налогообложения) доходы (за исключением денежных средств) в виде стоимости имущества (имущественных прав), полученного при ликвидации иностранной организации (прекращении (ликвидации) иностранной структуры без образования юридического лица) налогоплательщиком - акционером (участником, пайщиком, учредителем, контролирующим лицом иностранной организации или контролирующим лицом иностранной структуры без образования юридического лица), имеющим право на получение таких доходов, а также в виде материальной выгоды, полученной от приобретения ценных бумаг у такой иностранной организации (иностранной структуры без образования юридического лица) налогоплательщиком, указанным в настоящем абзаце, при одновременном соблюдении следующих условий:

- (1) налогоплательщик представил в налоговый орган одновременно с налоговой декларацией составленное в произвольной форме заявление об освобождении таких доходов от налогообложения с указанием характеристик полученного имущества (имущественных прав) и ликвидируемой (прекращаемой) иностранной организации (иностранной структуры без образования юридического лица) и приложением документов, содержащих сведения о стоимости имущества (имущественных прав) по данным учета ликвидируемой иностранной организации (иностранной структуры без образования юридического лица) на дату получения имущества (имущественных прав) от такой иностранной организации;
- (2) процедура ликвидации (прекращения) иностранной организации (иностранной структуры без образования юридического лица) завершена до 1 января 2018 года.

Таким образом (как это ни странно), получение физическим лицом-резидентом РФ денежных средств в процессе ликвидации КИК подлежит налогообложению, в то время как получение имущества в неденежной форме, в том числе в форме ценных бумаг, не подлежит налогообложению, в случае если такая компания ликвидирована до 1 января 2018 года.

В этом порядке, однако (как почти везде в налоговом кодексе) оставлены три белых пятна.

Во-первых, не определено, что является процессом, формирующим доходы у налогоплательщика от передачи ему имущества ликвидируемой компании. Например – является ли таким процессом процесс вложения акций КИК в новую компанию с последующей ликвидацией вложенной компании? Этот вопрос принципиально важен, так как в последствии (при ликвидации уже «головной» компании или уменьшении капитала) встанет вопрос о себестоимости вклада бенефициара. С формальной точки зрения, поскольку бенефициаром новой компании является владелец старой компании, получение новой компанией имущества старой компании может рассматриваться как подходящее под действие данной статьи. До разъяснений (если они вообще будут) возможны два варианта действий:

- (1) Произвести взнос акциями старой компании, ликвидировать ее, обязательно с получением новой компаний активов старой исключительно в форме имущества; подать в налоговые органы заявление (благо в нем не требуется указывать, куда получено имущество); в будущем использовать это заявление как обоснование себестоимости взноса в капитал новой компании;
- (2) Отказаться от идеи взноса в капитал акций старой компании, ликвидировать старую компанию, получив имущество, а затем внести это имущество в капитал новой компании (для верности сделав техническую операцию прямой и обратной купли-продажи этого имущества с третьим лицом, чтобы зафиксировать его себестоимость, по причинам, изложенным ниже).

Во-вторых, не ясно, в какой момент (в какой декларации) необходимо подавать заявление об освобождении доходов от налогообложения. В этой ситуации налогоплательщик имеет право решить, что такое заявление подается вместе с декларацией за год, в котором произошла ликвидация компании, то есть за 2018 год (декларация подается в 2019 году).

В-третьих, неясно, какие документы будут сочтены достаточными для подтверждения стоимости имущества. В письме от 30 июня 2016 г. № 03-04-05/38363 Минфин России для выяснения конкретных документов, требуемых для представления в налоговые органы в целях освобождения от налогообложения, рекомендует обращаться в налоговый орган по месту жительства. Очевидно, что налоговые органы по месту жительства будут ссылаться на отсутствие у них нормативной базы, поэтому, видимо, придется самостоятельно принимать решения.

Внесение имущества (денежных средств) в уставной капитал контролируемой иностранной компании

П 1 Ст 277 НК РФ однозначно определяет, что:

«При размещении эмитированных акций (долей, паев) доходы и расходы налогоплательщика-эмитента и доходы, и расходы налогоплательщика, приобретающего такие акции (доли, паи) (далее в настоящей статье - акционер (участник, пайщик)), определяются с учетом следующих особенностей:

- 1) у налогоплательщика-эмитента не возникает прибыли (убытка) при получении имущества (имущественных прав) в качестве оплаты за размещаемые им акции (доли, паи);
- 2) у налогоплательщика-акционера (участника, пайщика) не возникает прибыли (убытка) при передаче имущества (имущественных прав) в качестве оплаты размещаемых акций (долей, паев)».

Это положение снимает все вопросы относительно процедуры вклада в уставной капитал имущества и/или денежных средств с налоговой точки зрения. Однако вопросы возникают при оценке сформированного капитала, которая необходима для определения налогообложения при последующем возможном уменьшении капитала с выводом средств из компании.

П 2 ст 277 НК РФ устанавливает, что

«При ликвидации организации и распределении имущества ликвидируемой организации доходы налогоплательщиков-акционеров (участников, пайщиков) ликвидируемой организации определяются исходя из рыночной цены получаемого ими имущества (имущественных прав) на момент получения

данного имущества за вычетом фактически оплаченной (вне зависимости от формы оплаты) соответствующими акционерами (участниками, пайщиками) этой организации стоимости акций (долей, паев)».

Это означает, что доходом физического лица, подлежащим налогообложению, будет считаться разница между рыночной ценой получаемого при уменьшении капитала имущества (в наиболее вероятном случае – получаемыми денежными средствами) и фактически оплаченной стоимостью его акций, которые ликвидируются при уменьшении капитала. Вопрос возникает – как определять фактически оплаченную стоимость акций.

Далее начинается очередное разночтение. П 1 ст 277 НК РФ так же определяет, что:

«При внесении (вкладе) имущества (имущественных прав) физическими лицами и иностранными организациями его стоимостью (остаточной стоимостью) признаются документально подтвержденные расходы на его приобретение (создание) с учетом амортизации (износа), начисленной в целях налогообложения прибыли (дохода) в государстве, налоговым резидентом которого является передающая сторона, но не выше рыночной стоимости этого имущества (имущественных прав), подтвержденной независимым оценщиком, действующим в соответствии с законодательством указанного государства».

Этот пункт имеет целью определить стоимость учета имущества на балансе российской компании, поэтому может лишь косвенно приниматься в рассмотрение в случае инвестирования физического лица в иностранную компанию, тем более что

Ч 2 п 2 ст 220 РК РФ так же устанавливает, что: «При продаже доли (ее части) в уставном капитале общества, при выходе из состава участников общества, при передаче средств (имущества) участнику общества в случае ликвидации общества, при уменьшении номинальной стоимости доли в уставном капитале общества, при уступке прав требования по договору участия в долевом строительстве (по договору инвестирования долевого строительства или по другому договору, связанному с долевым строительством) налогоплательщик вправе уменьшить сумму своих облагаемых налогом доходов на сумму фактически произведенных им и документально подтвержденных расходов, связанных с приобретением этого имущества (имущественных прав).

В состав расходов налогоплательщика, связанных с приобретением доли в уставном капитале общества, могут включаться следующие расходы:

- (1) расходы в сумме денежных средств и (или) стоимости иного имущества, внесенных в качестве взноса в уставный капитал при учреждении общества или при увеличении его уставного капитала;
- (2) расходы на приобретение или увеличение доли в уставном капитале общества».

Статья 277 как бы создает проблему. Действительно, очень часто физическое лицо обладает имуществом, расходы на приобретение которого оно не может подтвердить. Более того, в случае если физическое лицо получает имущество в виде прибыли, то согласно данной статье НК взнос такого имущества в уставной капитал должен быть оценен в ноль. Очевидным последствием такой оценки будет требование уплатить 13% с полной суммы, получаемой в последствии при ликвидации акций компании. Частным случаем будет являться ситуация с льготным получением имущества по П 60 ст 217 НК РФ. Полученное имущество будет оценено в ноль согласно статье 277 НК РФ, и его взнос в уставной капитал новой компании приведет к двойному налогообложению.

Но статья 220 использует вместо слов «расходы на приобретение/создание» слово «стоимость», а ч 2.1 п 2 ст 220 фактически указывает, что стоимость имущества должна браться по «данным учета ликвидированной организации на дату получения имущества (имущественных прав) от такой организации, указанную в документах, прилагаемых к заявлению налогоплательщика, представляемому в соответствии с абзацем вторым пункта 60 статьи 217 настоящего Кодекса, но не выше рыночной стоимости такого имущества».

Наконец, достаточно просто решен вопрос с выплатой физическому лицу – резиденту РФ, контролирующему КИК, сумм прибыли, полученной КИК.

П 66 Ст 217 НК РФ говорит, что не облагаются налогом «доходы налогоплательщика - контролирующего лица в виде дивидендов, полученных от контролируемой им иностранной компании в результате распределения прибыли этой компании, если доход в виде прибыли этой компании был указан этим налогоплательщиком в налоговой декларации (налоговых декларациях), представленной (представленных) за соответствующие налоговые периоды, в порядке, установленном настоящим пунктом».

ВЫВОД: Пока статья 277 НК РФ не изменена (скорее всего она будет изменена, так как соответствующее положение для юридических лиц выглядит иначе), взнос в уставной капитал новой контролируемой иностранной компании имущества, полученного согласно п 60 ст 217 НК РФ, несет в себе риски двойного налогообложения (хотя эти риски не высоки, так как сама статья 277 НК РФ нарушает принцип равенства налогообложения и уже поэтому может быть оспорена, да и статья 220 дает совершенно другую трактовку вопроса). Поэтому, если есть такая возможность, лучше вносить в процесс дополнительную операцию реализации данного имущества за денежные средства третьему лицу и обратного его выкупа за ту же сумму, чтобы сформировать документированные расходы на его приобретение; в случае же если нет необходимости вносить именно это имущество, лучше его реализовать и внести денежные средства.

Признание иностранного инвестиционного фонда иностранной компанией, контролируемой инвестором в такой инвестиционный фонд

Последствием признания иностранного инвестиционного фонда контролируемой иностранной компанией будет требование со стороны ФНС России о начислении налога на доход, полученный фондом (но не распределенный его пайщикам) по российскому законодательству у физического лица-резидента РФ, признанного контролирующим фонд (в доле, соответствующей его доле в фонде).

Для определения оснований объявления фонда КИК надо вернуться к определению КИК. Как гласит статья 25.15 НК РФ (пп. 2 и 3),

«Прибыль контролируемой иностранной компании, определяемая в соответствии с настоящим Кодексом, приравнивается к прибыли организации (доходу физических лиц) (далее в настоящей главе - прибыль и доход соответственно), полученной налогоплательщиком, признаваемым контролирующим лицом этой контролируемой иностранной компании, и учитывается при определении налоговой базы по налогам у налогоплательщиков, признаваемых контролирующими лицами этой контролируемой иностранной компании в соответствии с главами части второй настоящего Кодекса с учетом особенностей, установленных настоящей статьей.

Прибыль контролируемой иностранной компании учитывается при определении налоговой базы у налогоплательщика - контролирующего лица в доле, соответствующей доле участия этого лица в контролируемой иностранной компании на дату принятия решения о распределении прибыли, принятого в календарном году, следующем за налоговым периодом по соответствующему налогу для налогоплательщика - контролирующего лица, на который приходится дата окончания финансового года в соответствии с личным законом этой контролируемой иностранной компании, а в случае, если такое решение не принято, то на 31 декабря календарного года, следующего за налоговым периодом по соответствующему налогу для налогоплательщика - контролирующего лица, на который приходится дата окончания финансового года контролируемой иностранной компании».

Ст 1 150-ФЗ путем внесения изменений в п 1 ст 25.13 НК РФ дает исчерпывающее определение контролируемой иностранной компании:

«В целях настоящего Кодекса контролируемой иностранной компанией признается иностранная организация, удовлетворяющая одновременно всем следующим условиям:

- 1) организация не признается налоговым резидентом Российской Федерации;
- 2) контролирующим лицом организации являются организация и (или) физическое лицо, признаваемые налоговыми резидентами Российской Федерации».

Поскольку иностранный инвестиционный фонд не является налоговым резидентом РФ, остается выяснить, при каких условиях его контролирующим лицом является организация и (или) физическое лицо, признаваемые налоговыми резидентами Российской Федерации.

П 3 ст 25.13 НК гласит:

«Если иное не предусмотрено настоящей статьей, в целях настоящего Кодекса контролирующим лицом иностранной организации признаются следующие лица:

- 1) физическое или юридическое лицо, доля участия которого в этой организации составляет более 25 процентов;
- 2) физическое или юридическое лицо, доля участия которого в этой организации (для физических лиц - совместно с супругами и несовершеннолетними детьми) составляет более 10 процентов, если доля участия всех лиц, признаваемых налоговыми резидентами Российской Федерации, в этой организации (для физических лиц - совместно с супругами и несовершеннолетними детьми) составляет более 50 процентов».

П 5 ст 25.13 НК гласит: «Для целей пункта 3 настоящей статьи доля участия организации в другой организации или физического лица в организации определяется в соответствии с порядком, предусмотренным статьей 105.2 настоящего Кодекса. При этом при определении доли физического лица в организации учитываются единоличное участие и участие совместно с супругами и несовершеннолетними детьми».

П1 Ст 105.2 НК говорит, что «В целях настоящего Кодекса доля участия лица в организации определяется в виде суммы выраженных в процентах долей прямого и косвенного участия этого лица в организации».

П 2 Ст 105.2 НК определяет, что «Долей прямого участия лица в организации признается непосредственно принадлежащая такому лицу доля голосующих акций этой организации или непосредственно принадлежащая такому лицу доля в уставном (складочном) капитале (фонде) этой организации, а в случае невозможности определения таких долей - непосредственно принадлежащая такому лицу, являющемуся участником этой организации, доля, определяемая пропорционально общему количеству участников этой организации».

Более того, п 3 ст 25.15 НК РФ прямо утверждает, что могут быть ситуации, когда доля участия не может быть определена (или отсутствовать), а доля прибыли, которая причитается конкретному лицу будет определенной:

Прибыль контролируемой иностранной компании учитывается при определении налоговой базы у налогоплательщика - контролирующего лица в доле, соответствующей доле участия этого лица в контролируемой иностранной компании... При невозможности определения доли прибыли контролируемой иностранной компании в соответствии с абзацем первым настоящего пункта прибыль такой контролируемой иностранной компании учитывается при определении налоговой базы у налогоплательщика - контролирующего лица исходя из суммы прибыли, на которую имеет (будет иметь) право налогоплательщик в случае ее распределения между лицами, которые обладают фактическим правом на такую прибыль.

Эта логика прямо соответствует ситуации инвестиционного фонда, где доля участия инвестора не может быть определена (участия нет так как нет права принятия решений о распределении прибыли), а доля прибыли может быть определена.

П 3 ст 309.1 НК РФ говорит, что «При определении прибыли (убытка) контролируемой иностранной компании не учитываются ... доходы (расходы) этой компании ... в виде сумм от переоценки долей в уставном (складочном) капитале (фонде) организаций, паев в паевых фондах кооперативов и паевых инвестиционных фондах, ценных бумаг...».

Этот пункт проводит явную дифференциацию между уставным (складочным) капиталом и паями инвестиционных фондов. Поскольку инвесторам в инвестиционный фонд не принадлежат голосующие акции, и инвестиционный фонд не имеет уставного (складочного) капитала, инвестор в фонд вне зависимости от объема его инвестиции не может быть признан контролирующим лицом фонда.

Голосующие акции фонда как правило принадлежат управляющей компании фонда (как вариант – они принадлежат третьему лицу, которое организует управление фондом, для простоты в дальнейшем мы будем иметь в виду под управляющей компанией так же и такое лицо). Согласно вышеизложенному, если управляющая компания фонда (или ее бенефициар, прослеженный по цепочке косвенного участия) является резидентом РФ, то сам фонд должен был бы быть признан контролируемой иностранной компанией. Однако закон 150-ФЗ вносит юридический казус, вводя в Ст 105.2 пункт 14 следующего содержания:

«Признание организации (физического лица), являющейся управляющей компанией (управляющим партнером или иным лицом, осуществляющим функции по управлению средствами фонда) инвестиционного фонда (паевого фонда или иной формы осуществления коллективных инвестиций), налоговым резидентом Российской Федерации само по себе не является основанием для признания этого инвестиционного фонда (паевого фонда или иной формы осуществления коллективных инвестиций) контролируемой иностранной компанией, для которой контролирующим лицом является указанная в настоящем пункте организация (физическое лицо)».

Это дает широкие возможности для толкования закона, но наиболее безопасной с точки зрения риска будущей судебной практики является следующая версия: организация, управляющая инвестиционным фондом-нерезидентом РФ, сама являющаяся резидентом РФ (прямо или опосредованно через бенефициаров), признается контролирующим лицом, а сам фонд признается КИК только в случае если такая организация владеет голосующими акциями этого фонда, а не (например) управляет фондом на основании договора или ином основании. То есть, даже если фонд управляется управляющей компанией, признаваемой контролируемой иностранной компанией, но голосующими акциями фонда владеет компания-нерезидент РФ, не признаваемая контролируемой иностранной компанией, фонд не признается контролируемой иностранной компанией.

РИСКИ: Отсутствие судебной практики и некорректность описания видов капитала в п 2 ст 105.2 НК РФ оставляют некий (по нашей оценке, невысокий) риск признания инвесторов в инвестиционный фонд контролирующими лицами, несмотря на то, что они не принимают решений об управлении фондом.

Основанием для признания такого риска низким является так же и п 7 ст 25.13 НК РФ, который гласит: «Осуществлением контроля над организацией в целях настоящего Кодекса признается оказание или возможность оказывать определяющее влияние на решения, принимаемые этой организацией в отношении распределения полученной организацией прибыли (дохода) после налогообложения в силу прямого или косвенного участия в такой организации, участия в договоре (соглашении), предметом которого является управление этой организацией, или иных особенностей отношений между лицом и этой организацией и (или) иными лицами».

ВЫВОД: Для оценки риска признания инвестиционного фонда контролируемой иностранной компанией (для целей налогообложения на территории Российской Федерации) необходимо определить владельцев голосующих акций фонда и проверить, не является ли контролирующей иностранной компанией или резидентом Российской Федерации

- (1) любой из владельцев более чем 25% голосующих акций фонда или
- (2) (при условии, что контролируемой иностранной компанией или резидентом РФ является хотя бы один владелец более чем 10% голосующих акций фонда) в совокупности владельцы более чем 50% акций фонда.

Только в случае, если (1) или (2) выполняются, фонд будет признан контролируемой иностранной компанией, в связи с чем бенефициарный владелец (-цы) его голосующих акций будет обязан уплачивать налог на доход фонда в Российской Федерации; такое решение повлечет за собой либо расходы фонда (если в уставных документах или других документах фонда прописана компенсация фондом потерь владельца голосующих акций в связи с налоговыми обязательствами, возникающими в связи с его участием в фонде), либо существенное изменение экономических обстоятельств для владельца голосующих акций, что чревато закрытием фонда.

Отдельно следует учитывать невысокий, но существующий риск признания инвесторов контролирующими лицами фонда с требованием к инвестору уплатить свою долю налога на доход. Для избежания этого риска со 100% вероятностью, инвестору в фонд необходимо удостовериться что

- (1) более 50% инвесторов фонда по объему являются нерезидентами, а его инвестиция в фонд не превышает 25% активов фонда; либо
- (2) его инвестиция в фонд не превышает 10% активов фонда.

Наконец, необходимо учесть особенности обмена информацией, который будет организован между Россией и другими государствами. В обмен информацией будет попадать информация от финансовых институтов, в первую очередь банков. В большинстве стран, включенных в ОЭСР и аналогичных по законодательству (и конечно во всех членах AЕI), существует «эшелон» правил в отношении институтов коллективного инвестирования (фондов). На «более высоком уровне» инвестиционные фонды признаются «финансовыми институтами» для целей обмена информацией (секции 1.3 и 1.4 Professionally Managed Non-Operating Entity other than a trust, foundation, or an Entity owned/held by a trust or foundation и Operating Financial Institution). Банки и брокеры не производят обмен информацией по таким институтам. На «более низком уровне» – банки и брокеры обязаны иметь информацию о инвесторах, если в фонде менее 21 инвестора. Если их больше, банк/брокер просто не собирают такую информацию и соответственно не могут ее передавать. Поэтому в случае, если в фонде, в который вы инвестируете, более 21 инвестора, риски получения российскими органами информации о вашей инвестиции в ближайшие несколько лет являются минимальными.

При этом риски физического лица – резидента РФ, даже если ему принадлежат более 10% (25%) паев фонда, ограничены простой необходимостью уплаты 13% со своей доли реализованной прибыли инвестиционного фонда (то есть эквивалентом действий при инвестировании со счета компании), в случае если фонд будет признан КИК, а физическое лицо – резидент РФ, являющееся инвестором, будет признано контролирующим лицом (см. ниже).

Риски физического лица-резидента РФ, в случае признания его контролирующим лицом КИК, без его добровольного заявления.

Физическое лицо-резидент РФ может быть признано контролирующим лицом контролируемой иностранной компании без его заявления, в случае если:

(А) уполномоченный налоговый орган получит информацию о наличии у физического лица-резидента РФ такой инвестиции; (Б) налоговый орган будет иметь основания предполагать, что физическое лицо-резидент является контролирующим лицом этого фонда; (В) налоговый орган направит физическому лицу – резиденту РФ соответствующий запрос; (Г) физическое лицо – резидент согласится с выводами налогового органа, или (Г1) физическое лицо – нерезидент не согласится с выводами налогового органа и направит соответствующие пояснения в установленный срок, но налоговый орган не согласится с этими пояснениями и будет настаивать на квалификации физического лица – резидента как контролирующего лица (и даже в этом случае остается возможность подачи в суд, и налоговый орган будет обязан доказывать свою позицию).

Ст 25.14 НК РФ говорит:

8. При наличии у налогового органа информации, в том числе полученной от компетентных органов иностранных государств, свидетельствующей о том, что налогоплательщик является контролирующим лицом иностранной организации (иностранной структуры без образования юридического лица), но при этом такой налогоплательщик не направил в налоговый орган уведомление, предусмотренное пунктом настоящей статьи, в случаях, указанных в статье 25.13 настоящего Кодекса, налоговый орган направляет этому налогоплательщику требование представить уведомление, предусмотренное пунктом 6 настоящей статьи, в установленный налоговым органом срок, который не может составлять менее тридцати дней с даты получения указанного требования.

9. Требование налогового органа, указанное в пункте 8 настоящей статьи, должно содержать следующую информацию:

1) наименование (фамилия, имя, отчество) налогоплательщика, которому направляется требование;

2) наименование иностранных организаций (иностранных структур без образования юридического лица), в отношении которых у налогового органа имеется информация, свидетельствующая о том, что налогоплательщик является их контролирующим лицом;

3) регистрационный номер (номера), присвоенный иностранной организации (иностранной структуре без образования юридического лица), в отношении которой у налогового органа имеется информация, свидетельствующая о том, что налогоплательщик является ее контролирующим лицом;

4) описание оснований, имеющих у налогового органа, для признания налогоплательщика контролирующим лицом иностранной организации (иностранной структуры без образования юридического лица);

5) период, за который налогоплательщику необходимо представить уведомление, предусмотренное пунктом 6 настоящей статьи.

10. Налогоплательщик до истечения срока, указанного в пункте 8 настоящей статьи, вправе представить в налоговый орган пояснения относительно фактов, изложенных в требовании, направленном в соответствии с пунктами 8 и 9 настоящей статьи, свидетельствующие об отсутствии оснований для признания налогоплательщика контролирующим лицом, с одновременным представлением в налоговый орган документов (при их наличии), подтверждающих изложенные пояснения.

В случае признания налогоплательщика контролирующим лицом на основании подпункта 2 пункта 3 статьи 25.13 настоящего Кодекса налогоплательщик вправе представить в налоговый орган одновременно с уведомлением о контролируемых иностранных компаниях соответствующие пояснения и (или) документы, подтверждающие, что ему не было известно о том, что в календарном году, за который не было представлено уведомление о контролируемых иностранных компаниях, доля участия в иностранной организации всех лиц, признаваемых налоговыми резидентами Российской Федерации (для физических лиц - совместно с супругами и несовершеннолетними детьми), составляла более 50 процентов.

11. Должностное лицо налогового органа обязано рассмотреть представленные налогоплательщиком пояснения и документы. Если после рассмотрения представленных пояснений и документов либо при их отсутствии налоговый орган установит факт нарушения законодательства о налогах и сборах, ответственность за которое предусмотрена статьей 129.6 настоящего Кодекса, производство по делу о таком налоговом правонарушении осуществляется налоговым органом в порядке, предусмотренном статьей 101.4 настоящего Кодекса.

Налогоплательщик, признаваемый контролирующим лицом на основании подпункта 2 пункта 3 статьи 25.13 настоящего Кодекса, освобождается от ответственности, предусмотренной статьями 129.5 и 129.6 настоящего Кодекса, в случае представления в установленный налоговым органом срок уведомления о контролируемых иностранных компаниях, информация о которых содержится в требовании. В этом случае пени на соответствующие суммы налогов не начисляются.

В статье дается ссылка на статью 101.4 НК РФ, которая предусматривает фактически повторение процедуры, описанной в п.п. 9-11 ст 25.14, и очное разбирательство с физическим лицом. Таким образом вся процедура является максимально дружественной к налогоплательщику. Только в случае если физическое лицо в итоге все равно будет признано контролирующим, налоговый орган потребует оплаты не только начисленных налогов, но и пени. При этом размер пени ограничен 20% от суммы налогов без учета времени просрочки. Ст 129.5 НК РФ гласит:

«Неуплата или неполная уплата контролирующим лицом, являющимся налогоплательщиком - физическим лицом или организацией, сумм налога в результате невключения в налоговую базу доли прибыли контролируемой иностранной компании влечет взыскание штрафа в размере 20 процентов от суммы неуплаченного налога в отношении прибыли контролируемой иностранной компании, подлежащей включению в налоговую базу по налогу на доходы физических лиц для контролирующих лиц, являющихся налогоплательщиками - физическими лицами, налоговую базу по налогу на прибыль организаций для контролирующих лиц, являющихся налогоплательщиками - организациями, но не менее 100 000 рублей».