



**РУСТАМ ВАХИТОВ,**  
управляющий партнер International Tax Associates B.V.

## Что MLI грядущий нам готовит

Процессы деофшоризации по-прежнему остаются в фокусе внимания профессиональной общественности. 2017-й год запомнится нам в силу нескольких обстоятельств: во-первых, началом подачи уведомлений по КИК, о результатах проверки которых мы узнаем через несколько лет, во-вторых, подписанием MLI (Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS), снимающим барьеры для применения концепции необоснованной налоговой выгоды к международным налоговым соглашениям. Для многих российских структур это будет иметь негативные последствия.

**7** июня Россия в числе еще почти 70 стран подписала Многостороннюю конвенцию по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения (далее — Многосторонняя конвенция), представляющую собой заключительный 15 Акт Плана БЕС и модифицирующую существующие Соглашения об избежании двойного налогообложения (далее — СОИДН). Безусловно, 45 страниц текста Многосторонней конвенции и 40 страниц российских оговорок к ней потребуют более детального анализа, в данной же статье внимание сфокусировано лишь на наиболее серьезных последствиях подписания этого документа. Представьте себе 15-страничный контракт, к которому прилагаются дополнительное типовое соглашение на 45 страницах и пояснения сторон о выбираемых ими положениях типового соглашения примерно страниц по 40 каждое. Практически это аналогия тех изменений, которые произойдут с российскими СОИДН. Чтобы понимать хотя бы на базовом уровне их суть и применимость льгот, все эти документы необходимо будет подвергнуть тщательному анализу, к тому же в динамике.

### Кто подписал Многостороннюю конвенцию, и как она будет работать

В числе подписантов — традиционно используемые в российском налоговом планировании страны: Кипр, Люксембург, Нидерланды. Однако само по себе это еще не делает все перечисленные в Многосторонней конвенции меры применимыми. Процесс проверки применимости ее положений состоит из нескольких ступеней.

Во-первых, страны должны подписать Многостороннюю конвенцию. Например, Украиной и Казахстаном этот документ еще не подписан, поэтому российско-украинское и российско-казахстанское соглашения СОИДН пока остаются без изменений, правда, последние доначисления российским компаниям украинской группы Roshen свидетельствуют о наличии некоторой динамики в их практическом применении.

Во-вторых, подписавшие Многостороннюю конвенцию страны должны указать изменяемые ею налоговые соглашения. Например, Швейцария подписала этот документ, но не включила соглашение с Россией в число изменяемых, поэтому изменений в нем пока не будет. С точки зрения новейшей

истории налоговых споров это вряд ли принципиально изменит позицию российских налоговых органов в части выплат доходов швейцарским компаниям, тем не менее закон есть закон, и формально соглашение не меняется.

В-третьих, страны должны выбрать идентичные меры для применения к их взаимоотношениям. Например, страна, подписавшая Многостороннюю конвенцию и назвавшая соглашение с Россией в числе изменяемых, заявляет о применении Extended LOB и мер борьбы с кондуитами, а Россия применяет лишь Principle Purpose Test и упрощенный LOB (о них речь более подробно пойдет далее). Здесь налицо несовпадение выбранных мер, и налоговые соглашения в этой части изменяться не будут.

Таким образом, для понимания того, какие налоговые соглашения и каким образом будут меняться, необходимо анализировать оговорки, сделанные странами-партнерами при подписании и ратификации Многосторонней конвенции.

### Значение Многосторонней конвенции для России

Что означает принятие Россией данного документа? Результатом станет одномоментное (скорее всего, с 2019 г.) изменение ключевых российских СОИДН по ряду параметров. На данный момент действуют 82 соглашения, но в число покрываемых Многосторонней конвенцией включены соглашения с 65 странами (перечень 66 договоров в оговорках России к Многосторонней конвенции включает два договора с Бельгией). За скобками Многосторонней конвенции остаются соглашения со странами Средней Азии (за исключением включенного в список изменяемых соглашения с Казахстаном), Белоруссией, Ираном, КНДР и ряд других, не используемых для налогового планирования.

Япония и Швеция также не были включены в список стран изменяемых соглашений, однако по этому вопросу ведутся переговоры о замене существующих соглашений новыми. То есть речь идет почти обо всех релевантных для российского бизнеса налоговых соглашениях.

### Основные изменения, вносимые Многосторонней конвенцией

**Тест основной цели (Principle Purpose Test).** «Независимо от любых положений соглашения, покрываемого Многосторонней конвенцией, льгота по налоговому соглашению не предоставляется в отношении дохода или капитала, если с учетом всех соответствующих фактов и обстоятельств разумно заключить, что получение таковой было одной из основных целей заключения любого соглашения или любой сделки, прямо или косвенно подпадающих под эту льготу, если не установлено, что ее предоставление в данных обстоятельствах будет соответствовать объекту и цели соответствующих

положений соглашения, покрываемого Многосторонней конвенцией»<sup>1</sup>.

Вчитаемся внимательнее: если разумно заключить, что получение льготы было одной из основных целей соглашения или сделки, которые прямо или косвенно привели к ее получению, то льгота может быть не предоставлена. Спросим себя, а разумно ли предположить, что при учреждении холдинговой компании над российским операционным активом на Кипре или в Голландии даже с десятью штатными сотрудниками на зарплате, получение пятипроцентной ставки налога у источника было одной из основных целей? Девять из десяти немецких философов ответили бы на этот вопрос утвердительно. А если серьезно, то ответ, конечно же, положительный.

Очевидное последствие заключается в том, что практически любой структуре могут быть предъявлены претензии. Основная проблема Многосторонней конвенции — беспощадное уничтожение определенности. Отметим, что тест основной цели является практически безальтернативным, то есть каждая страна, присоединившаяся к Многосторонней конвенции, де-факто будет обязана его применять, и это справедливо по отношению к российским соглашениям с Люксембургом, Кипром и Нидерландами.

**Тест на ограничение льгот (Limitation of Benefits Test).** Многие из прошедших предыдущий тест должны будут пройти еще и так называемый упрощенный тест на ограничение льгот. Его суть заключается в том, что льготы по налоговым соглашениям могут не предоставляться, если акционеры претендующей на льготы компании более чем на 50 % являются резидентами иной юрисдикции. Возвращаясь к примеру с российской компанией с материнской компанией в Нидерландах или на Кипре с десятью сотрудниками, даже если она смогла обосновать, что налоговые соображения не были одной из основных целей (например, просто климат в стране благоприятный), то и в этом случае льгота не будет предоставлена в связи с тем, что акционерами является не более 50 % некипрских / неголландских резидентов. А много ли в России активов кипрских холдингов с реальными кипрскими акционерами? По голландским, люксембургским и другим холдингам картина аналогичная. Правда, исключение сделано для компаний, вовлеченных в так называемый активный бизнес, но есть оговорка о том, что холдинговая деятельность не является активной.

К счастью, на данный момент Люксембург, Кипр и даже Нидерланды не выбрали LOB, поэтому описанный сценарий является гипотетическим. Однако в отношении стран, которые выберут упрощенный LOB сейчас или в будущем, как это сделала, например, Россия, и включат российское соглашение в число изменяемых,

<sup>1</sup> Перевод текста конвенции Р. Вахитова.

картина будет именно такой. Впрочем, и применение теста основной цели к подобным структурам вполне может иметь негативные последствия.

Таковы лишь наиболее важные изменения, вносимые Многосторонней конвенцией в сеть российских налоговых соглашений.

### Дивиденды

Модификация соответствующих положений предусматривает прохождение теста по сроку в 365 дней для владения акциями / долями распределяющей дивиденды компании как дополнительное условие получения льготы. Люксембург и Кипр сделали оговорки о неприменении данной статьи, Нидерланды и Россия — оговорки, вводящие дополнительный тест «365 дней» к трансграничным платежам дивидендов.

### Доходы от продажи акций, стоимость которых базируется на недвижимости

Продажа акций / долей компании, владеющей недвижимостью, а не самой недвижимостью, с тем чтобы уйти от налогообложения сделки в стране нахождения недвижимости, давно была очевидным способом налоговой минимизации. В связи с этим налоговые соглашения с Люксембургом, Швейцарией и Кипром были изменены в ходе двусторонних переговоров, чтобы позволить России, хотя и с определенными оговорками, облагать налогом сделки по продаже акций компаний — резидентов этих стран, владеющих недвижимостью в России. Взамен страны получали понижение ставок по определенным видам доходов (по дивидендам — Люксембург, по процентам — Швейцария).

Соответственно, вопрос о налогообложении таких доходов уже был решен в пользу России в двусторонних переговорах. В отношении Нидерландов такая стратегия не сработала бы, поскольку у этой страны в налоговом соглашении с Россией и так были предусмотрены самые низкие ставки налога у источника. По таким или иным причинам ситуация с российско-голландским налоговым соглашением не менялась, оно содержало уже устаревшее по сравнению с другими договорами положение, в соответствии с которым доходы от продажи голландскими резидентами акций любых компаний не могли облагаться налогом в России даже в том случае, когда их единственным активом являлась недвижимость в России.

Многосторонняя конвенция могла внести изменения в эту ситуацию, так как, в принципе, Нидерланды приняли позицию, согласно которой такие доходы могут облагаться налогом в стране-источнике, но... похоже что не внесла, поскольку

в рамках соответствующей статьи Россия и Нидерланды сослались на разные механизмы, ни один из которых не работает из-за несовпадения с другими. Тем не менее, это вопрос возможной корректировки позиций в будущем, поэтому в стратегической перспективе будет разумно предусматривать корректировку позиции одной из сторон, которая повлечет за собой обложение доходов от продажи акций компаний с недвижимостью в России у российского источника.

### Резюме

Тесты Principle Purpose Test и Limitation of Benefits Test (там, где последний будет применяться) сделают льготы налоговых соглашений не применимыми к большинству структур российских бенефициаров в их нынешнем виде. Это довольно печальный вывод, тем не менее один из немногих очевидных в сложившейся ситуации.

С возможными злоупотреблениями российские налоговые органы борются и сейчас, но имеющиеся инструменты зачастую используются со значительной натяжкой. Например, при рассмотрении судебного дела № А11-6602/2016 «Владимирэнегосбйт» суд вынес решение в пользу налоговых органов, обосновав это тем, что обладателем фактического права на доход при продаже акций российской компании с недвижимостью была не имевшая бы в таком случае права на льготы кипрская компания (в рассматриваемый период положения налогового соглашения с Кипром были аналогичны положениям российско-голландского налогового соглашения, изменение соглашения произошло позже), а компания, находящаяся на Британских Виргинских Островах (далее — БВО).

Данный вывод в техническом плане является весьма спорным, так как, во-первых, фактическое право на доход применимо лишь к процентам, роялти и дивидендам, а во-вторых, компания, находящаяся на БВО и, очевидно, выступавшая лишь «прокладкой», никак не могла быть обладателем фактического права на доход. С принятием изменений по Многосторонней конвенции налоговые органы смогут оспорить такие транзакции, не прибегая к сложным небесспорным построениям, просто лишь обосновав свои претензии на основании Principle Purpose Test.

Второй вывод или, скорее, констатация факта состоит в том, что Люксембург, Кипр и Нидерланды также будут применять Principle Purpose Test. Здесь совпадение с мерой, выбранной Россией, будет 100%. Таким образом, нужно рассматривать и неналоговые основания учреждения и сохранения таких структур, а там, где это невозможно и налоговый мотив является основным, стоит задуматься о реструктуризации. ❶