

Кредитный договор с нерезидентом: обращаем внимание на налоговые оговорки

В практике международного кредитования широко применяется так называемый механизм «защиты маржи» (margin protection). Этот механизм реализуется через закрепление в кредитном договоре условий, перекладывающих на кредитополучателя бремя расходов кредитодателя по выданному кредиту.

Какие существуют механизмы «защиты маржи»? Законны ли налоговые оговорки? Какие изменения в налоговой оговорке помогут снизить финансовые риски кредитополучателя? Как правильно вести переговоры по налоговой оговорке с кредитодателем?



Анна ЛАЕВСКАЯ,
кандидат
юридических наук,
старший юрист Sorainen

! Маржа — это разница между ставками по привлекаемым и предоставляемым кредитам.

! LMA организована в 1996 г. в Лондоне. На сегодняшний день насчитывает более 700 членов: коммерческих и инвестиционных банков, институциональных инвесторов, юридических компаний, рейтинговых агентств.

Основная цель LMA — улучшение ликвидности, эффективности и прозрачности рынков синдицированного кредитования в Европе, на Ближнем Востоке и в Африке.

Тексты кредитной документации, предлагаемые LMA, являются рыночным стандартом и часто лежат в основе кредитных договоров, предлагаемых для заключения белорусским компаниям и банкам.

Механизм «защиты маржи»

Механизм «защиты маржи» отличается от подхода, привычного белорусским компаниям, привлекающим финансирование от белорусских и некоторых российских банков, поскольку эти финансовые институты, как правило, закладывают свои расходы по кредиту в процентную ставку.

К условиям, направленным на защиту маржи кредитодателя (далее — банк), относятся:

- налоговые оговорки (tax grossing-up);
- условия о порядке определения процентной ставки на случай дестабилизации рынка (market disruption);
- условия о компенсации банку увеличившихся затрат на финансирование (increased costs);
- условия о возмещении имущественных потерь банка (indemnities)*.

Такие условия позволяют снизить риски банка и достичь запланированной доходности по финансовой операции.

Одним из условий, направленных на защиту маржи, является обязательство кредитополучателя не удерживать налоги из сумм, причитающихся банку, а при необходимости удержания — соразмерно увеличить платежи с учетом удержанных налогов.

Пример такой налоговой оговорки можно найти в стандартном кредитном договоре, рекомендуемом Ассоциацией кредитного рынка (LMA):

«Должник обязан совершать все платежи без каких-либо удержаний в счет налогов, за исключением случаев, когда такое удержание обязательно в силу закона.»

Если закон обязывает Должника удержать налог, размер платежа, причитающегося с Должника, должен быть увеличен на сумму, которая (после удержания) составит сумму, равную платежу, который бы причитался, если бы удержание не требовалось».

* Wood P.R. International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions. Second edition. Sweet & Maxwell, 2007. P. 60.

Условие о неудержании налога

По общему правилу доходы иностранных организаций по кредитам и займам, полученные от источников в Республике Беларусь, признаются объектом налогообложения налогом на доходы иностранных организаций, не осуществляющих деятельность в Республике Беларусь через постоянное представительство (далее — налог на доходы).

Исполнение обязанности по уплате налога на доходы законодатель возлагает на кредитополучателей, выступающих в качестве налоговых агентов.

До недавнего времени единственным способом исполнения налоговым агентом такой обязанности было удержание суммы налога из дохода, причитающегося банку, и уплата его в бюджет. Поэтому предусмотренные кредитными договорами безусловные обязательства кредитополучателей не удерживать налог из дохода банка не соответствовали законодательству и являлись недействительными.

С 1 января 2019 г. из статьи, регулирующей порядок исчисления и уплаты налога на доходы (ст. 193 новой редакции НК, ранее — ст. 150), было исключено требование «удерживать» налог. Это изменение позволяет говорить о том, что теперь налоговый агент вправе выбирать, удержать ли сумму налога из дохода банка или уплатить налог за счет собственных средств. Именно такое толкование отражено в официальном письме Министерства по налогам и сборам Республики Беларусь.

Соответственно, стороны вправе включить в свой договор условие о том, что все выплаты в пользу банка будут производиться без каких-либо удержаний в счет налога на доходы и кредитополучатель обязуется уплатить налог на доходы за счет собственных средств.

С письмом МНС от 09.08.2019 № 4-2-15/1723 «Об отдельных вопросах применения главы 17 НК и мерах административной ответственности по статье 13.7 КоАП» можно ознакомиться по короткой ссылке bit.ly/01723.

Условие об увеличении платежей

Как отмечалось, налоговая оговорка может предусматривать, что в случаях, когда в силу закона кредитополучатель обязан удержать налог, сумма, причитающаяся кредитополучателю, должна быть соразмерно увеличена.

ПРИМЕР.

Если должник обязан выплатить в пользу иностранного кредитодателя сумму «П», то при стандартной ставке налога на доходы «X» в размере 10 % с должника причитается сумма «Пн», рассчитанная по следующей формуле:

$$Пн = \frac{П}{(100 - X)} \quad \text{или} \quad Пн = \frac{П}{0,9}$$

Действительность положения кредитного договора об увеличении суммы процентов для компенсации налога на доходы долгое время вызывала споры в юридическом сообществе. Существовала точка зрения, что подобный договор вторгается в сферу публично-правового регулирования

и затрагивает государственные интересы и публичный порядок. На основе принципов законности и обязательности налогообложения, установленных НК, нередко делался вывод о том, что закон запрещает сторонам включать в договоры условия, возлагающие на одну из сторон обязанность нести расходы по уплате налога за другую сторону.

Этот вывод не являлся бесспорным. Прямой запрет на включение в договоры налоговых оговорок, в соответствии с которыми предприятие, выплачивающее доход, берет на себя обязательство нести расходы по уплате налога на доходы, действительно существовал некоторое время в Законе Республики Беларусь от 22.12.1991 № 1330-XII «О налогах на доходы и прибыль». Однако это ограничение было отменено еще в 1996 г. и больше не вводилось, в то время как аналогичный запрет продолжал действовать в отношении подоходного налога с физических лиц.

Вместо условия о механизме компенсации суммы налога стороны могут пропорционально увеличить в договоре процентную ставку по кредиту, что будет иметь аналогичный экономический эффект.

Представляется, что условие договора об увеличении платежей для компенсации налога на доходы по своей правовой природе должно рассматриваться как условие об изменении цены договора. Вместо условия о механизме компенсации суммы налога стороны могли бы пропорционально увеличить в договоре процентную ставку по кредиту, что имело бы аналогичный экономический эффект.

Таким образом, с учетом описанных изменений в НК и позиции МНС относительно возможности уплаты налога на доходы за счет средств налогового агента в споре о действительности условий договора об увеличении платежей на сумму налога, полагаем, может быть поставлена точка.

Переговоры по налоговой оговорке

Прежде чем проводить переговоры по налоговым условиям кредитных договоров, необходимо выяснить цену вопроса, то есть определить, подлежат ли доходы банка налогообложению и по какой ставке, в том числе с учетом международных договоров Республики Беларусь. При длинных горизонтах кредитования нужно учитывать риск изменения законодательства, следствием которого может стать отмена налоговой льготы.

По результатам переговоров нередко удается убедить кредитодателей воспользоваться в будущем положениями соглашений об избежании двойного налогообложения, позволяющих зачесть сумму налога, уплаченного в Республике Беларусь, при уплате налога по месту своего налогового резидентства. В результате удается либо полностью убрать из договора положения, возлагающие на кредитополучателя расходы по уплате налога, либо существенно их ограничить.

Если расходы по уплате налога все же возлагаются на кредитополучателя и соглашение об избежании двойного налогообложения предусматривает возможность применения пониженной ставки налога, необходимо настаивать на включении в договор обязанности банка своевременно предо-

ставлять справку о своем налоговом резидентстве (если банк не включен в соответствующие справочники).

Пример формулировки (требует корректировки с учетом условий конкретного договора):

«Кредитодатель обязуется предоставлять по требованию Кредитополучателя подтверждение своего налогового резидентства, по форме и содержанию позволяющее уплатить налог на доходы Кредитодателя по пониженной ставке с учетом положений соответствующего соглашения об избежании двойного налогообложения. В случае неисполнения Кредитодателем этой обязанности Кредитополучатель вправе для целей уплаты налога удержать из суммы, причитающейся Кредитодателю, разницу между суммой налога, которая должна быть уплачена при применении стандартной ставки налога, и суммой налога, которая могла бы быть уплачена при применении пониженной ставки налога».

При формулировании налоговой оговорки следует учитывать вероятность уступки прав по кредитному договору. Возможна ситуация, при которой на момент заключения договора доходы кредитодателя не облагаются налогом на доходы или облагаются налогом по льготной ставке. Однако кредитный договор содержит условие о том, что банк вправе уступить свои права и требования по договору третьему лицу. Следствием такой уступки может стать необходимость исчислять и уплачивать налог на доходы, а если такой налог уплачивался до уступки — уплачивать его по более высокой ставке. Поэтому целесообразно настаивать на включении в кредитный договор условия, ограничивающего применение налоговой оговорки в случае уступки прав по кредитному договору.

Целесообразно настаивать на включении в кредитный договор условия, ограничивающего применение налоговой оговорки в случае уступки прав по кредитному договору.

На практике возникает вопрос: какой вариант налоговой оговорки предпочтителен — обязательство нести расходы по уплате налога за счет собственных средств или обязательство увеличивать процентные доходы с учетом удержания налога? Следует учитывать, что расходы кредитополучателя на уплату налога на доходы будут выше при увеличении процентов на сумму налога, однако эти расходы, являясь составной частью процентов за пользование кредитом, могут быть учтены в составе затрат при исчислении налога на прибыль. Сумма налога на доходы при его уплате за счет собственных средств будет ниже, однако она не учитывается в составе затрат по производству и реализации для целей исчисления налога на прибыль.

Резюме

В переговорах по условиям кредитных договоров с нерезидентами на первый план обычно выходят условия о размере процентной ставки и комиссий банка, финансовые ковенанты. Однако в таких договорах есть и иные условия, влияющие на привлекательность кредита и финансовый риск кредитополучателя и перекладывающие на него дополнительные издержки кредитодателя, в том числе налоговые. Часто белорусские компании игнорируют эти условия — и совершенно напрасно. Работа с ними позволяет сбалансировать финансовые риски. **Ю**