

## Общий обзор окончательных разъяснений о порядке применения Закона США о налогообложении иностранных счетов (FATCA)

Выпуск № 2013–12 | 21 января 2013 г.

17 января 2013 г. Казначейство и Налоговая служба США опубликовали окончательные разъяснения о порядке применения Закона США о налогообложении иностранных счетов (Foreign Account Tax Compliance Act, FATCA). После введения в действие FATCA в марте 2010 г. Казначейство и Налоговая служба США выпустили ряд предварительных разъяснений, включая планируемый порядок применения FATCA. Недавно опубликованные окончательные разъяснения были ожидаемы налогоплательщиками, на которых, как предполагается, будут распространяться новые требования FATCA в отношении удержания налога и представления сведений в налоговые органы. Эти нормы представляют особый интерес в свете приближающегося вступления требований в силу 1 января 2014 г.<sup>1</sup>

### Общая информация

Для сокращения количества предполагаемых злоупотреблений со стороны американских налогоплательщиков, имеющих банковские счета и (или) инвестиции за границей, Конгресс США принял несколько законодательных актов широкой сферы действия, направленных на борьбу с уклонением таких лиц от уплаты налогов с доходов, получаемых за границей. В частности, принятый 18 марта 2010 г. Закон США о налогообложении иностранных счетов содержит новые требования о представлении сведений в налоговые органы, включенные в главу 4 Налогового кодекса США и направленные на достижение вышеуказанной цели за счет введения штрафного удержания налога у иностранных организаций, отказывающихся раскрывать идентификационную информацию об американских налогоплательщиках.

В законе приводится очень общая информация о новых правилах удержания налога и представления сведений в налоговые органы, а полномочия по выработке порядка реализации новых требований возлагаются на Казначейство и Налоговую службу США. Несмотря на то что неопределенность все еще не устранена (учитывая принятие альтернативного подхода к соблюдению требований FATCA, основанного на межправительственных соглашениях (intergovernmental agreements, IGA), который, как ожидается, будет применяться во многих странах, и отсутствие итоговых форм сертификатов об удержании налога и форм, по которым должна представляться информация), окончательные разъяснения являются той самой мерой, которая приближает компании финансового сектора к внедрению разработанных ими программ по обеспечению соблюдения требований FATCA.

В преамбуле к окончательным разъяснениям указывается, что Казначейство и Налоговая служба США внимательно изучили комментарии заинтересованных лиц в стремлении «при разработке подхода к реализации новых требований добиться достижения важных целей главы 4 с минимальными неблагоприятными последствиями для заинтересованных лиц». Особенно важно, что по результатам тщательного изучения сотен полученных комментариев Казначейство и Налоговая служба США определили три основные направления деятельности по решению вопросов, вызывающих наибольшие опасения: неблагоприятные последствия, юридические препятствия и технические аспекты внедрения. Предложенная методика работы по первому направлению заключается в принятии подхода, основанного на оценке рисков, который был бы эффективен при решении проблем, связанных с налоговой политикой, устранении неоправданных неблагоприятных последствий и, по возможности, совершенствовании существующей практики и обязанностей. Чтобы устранить юридические препятствия на местах, Казначейство и Налоговая служба США провели совместную работу с правительствами других стран по разработке альтернативного межправительственного подхода, в основе которого лежат IGA, исключающие правовые коллизии и одновременно обеспечивающие достижение конечных целей закона. В рамках решения вопросов по третьему направлению деятельности Казначейство и Налоговая служба

<sup>1</sup> 31 декабря 2013 г. для сотрудничающих иностранных финансовых институтов (participating foreign financial institutions, PFFI).

США заявили о планируемом упрощении для иностранных финансовых институтов (foreign financial institutions, FFI) процесса регистрации и порядка исполнения договора о сотрудничестве с FFI.

## Краткий обзор

Как указано выше, в процессе доработки порядка применения FATCA Казначейство и Налоговая служба США старались по возможности свести к минимуму неблагоприятные последствия для заинтересованных лиц и разрешить проблему правовых коллизий с законодательством других стран. Ниже в общих чертах рассматриваются некоторые из основных положений окончательных разъяснений:

- приведение в соответствие с требованиями межправительственных соглашений;
- смягчение отдельных требований к документации и процедуре анализа данных клиента;
- расширение перечня ранее возникших обязательств, на которые не распространяется требование удержания налога;
- смягчение требований в отношении некоторых пенсионных фондов и сберегательных счетов;
- FFI с ограниченным статусом (limited FFI) – правило переходного периода продолжает действовать;
- акции на предъявителя;
- брокеры (поставка против платежа);
- порядок регистрации.

## Приведение в соответствие с требованиями межправительственных соглашений

В целом наиболее существенные изменения, содержащиеся в окончательных разъяснениях, связаны с попыткой Казначейства и Налоговой службы США привести последние в соответствие с требованиями межправительственных соглашений. Это является залогом успешного соблюдения требований FATCA глобальными финансовыми институтами, которые работают как в странах, заключивших IGA, так и в странах, которые пока их не подписали. Самое значительное изменение внесено в новое определение FFI.

В предварительных разъяснениях финансовый институт в широком смысле определялся как организация, в состав которой входит любая компания, основная деятельность которой заключается в инвестировании, реинвестировании средств, проведении торговых операций с ценными бумагами, товарами, долевом участии в партнерстве и т.д. Для этой цели такая компания рассматривалась в качестве осуществляющей в основном перечисленные виды деятельности, если ее выручка от них в течение соответствующего периода тестирования была равна либо превышала 50% от ее общей выручки. На основании этого определения иностранные фонды, фонды коллективных инвестиций, а также семейные трастовые фонды и пассивные инвестиционные корпорации (passive investment corporation, PIC) рассматривались бы как FFI, а не как пассивные иностранные нефинансовые организации (passive nonfinancial foreign entity, NFFE). С точки зрения соблюдения требований FATCA такое различие представляется существенным.

Пассивная NFFE обязана представить следующие данные: 1) документ, подтверждающий отсутствие американских владельцев с существенной долей (свыше 10% прямой или косвенной доли собственности); или 2) имя, адрес и ИНН каждого такого владельца<sup>2</sup>. В то время как FFI, с другой стороны, должен заключить официальное соглашение с Налоговой службой США (IRS) и согласиться, в частности, выявлять американские счета и отправлять в IRS информацию о них или же соответствовать одному из критериев для признания соблюдающим требования или иным критериям для освобождения от соблюдения FATCA. Семейный трастовый фонд или PIC могут удовлетворять критериям FFI, признанного соблюдающим требования FATCA, путем подачи отчетности о своих владельцах налоговым агентам (owner-documented FFI, ODFFI), если его налоговый агент согласился рассматривать его в качестве ODFFI и если он раскрыл информацию обо всех своих фактических владельцах (отчет с информацией о владельцах и соответствующая документация).

<sup>2</sup> Согласно IGA, пассивная NFFE и контролирующее ее лицо (контролирующие лица) (как правило это 25% владельцев) самостоятельно направляют в FI государства – партнера по IGA соответствующие подтверждения.

В IGA определение данной категории FFI претерпело серьезные изменения. В частности, вместо определения, которое содержится в предварительных разъяснениях и приводится выше, использовано определение «FI государства – партнера по IGA», включающее также понятие «инвестиционная компания», подразумевающее «любую компанию, которая в качестве хозяйственной деятельности осуществляет (или хозяйственная деятельность которой находится под управлением компании, которая в качестве ее хозяйственной деятельности осуществляет)» торговые операции и управление портфелем ценных бумаг или инвестирует, распоряжается или управляет фондами «от имени или по поручению клиента». Согласно этому новому определению, управляющая компания, а также фонды, которыми она управляет, считаются финансовыми институтами. Однако PIC или семейные трастовые фонды, если они учреждены в стране, заключившей IGA, таковыми как правило не считаются<sup>3</sup>. Это связано с тем, что они не осуществляют ни один из вышеперечисленных видов деятельности от имени или по поручению клиентов и, как правило, их деятельность не находится под управлением компании, которая такие виды деятельности осуществляет.

Необходимо отметить, что в конце определения, данного инвестиционной компании в IGA, также присутствует предложение общего характера, в котором указано, что определение «должно интерпретироваться в контексте определения понятия «финансовый институт», приведенного в Рекомендациях Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег» (Financial Action Task Force, FATF). Несмотря на то что определение финансового института, данное в Рекомендациях FATF, достаточно противоречиво, понятие «самоуправляемый фонд» в принципе подпадает под него, а потому должно в контексте IGA рассматриваться как финансовый институт (хотя и не соответствует определению буквально). И наоборот: также весьма вероятно, что находящиеся под управлением семейный трастовый фонд или PIC, учрежденные в государстве, подписавшем IGA, не будут подпадать под приведенное определение, в связи с чем не должны будут рассматриваться как финансовые институты в контексте IGA.

В окончательных разъяснениях принята концепция инвестиционной компании, предусмотренная IGA, хотя и не в полном объеме. Причиной является то, что определение инвестиционной компании в окончательных разъяснениях порядка применения FATCA не несет общего характера, касающегося определения финансового института, которое приводится в Рекомендациях FATF. Однако определение инвестиционной компании, предусмотренное разъяснениями, в прямой форме охватывает большинство фондов коллективных инвестиций, деятельность которых как находится под управлением другой компании, так и нет. Это приводит к разночтению в том, как в соответствии с разъяснениями и IGA интерпретируются управляемые семейные трастовые фонды и управляемые PIC, учрежденные в государстве, которое заключило IGA (FFI в соответствии с разъяснениями и пассивные NFFE по IGA). Конечно, данное разночтение совсем необязательно должно приводить к каким-то серьезным проблемам, если не считать серьезным вопрос соблюдения требований к документации, которые, как указано выше, существенно различаются. Так, например, институт, осуществляющий свою деятельность и в странах, заключивших IGA, и в странах, пока этого не сделавших, и признанный соблюдающим требования FATCA в отношении всех открытых в нем финансовых счетов, может в итоге быть признан не соблюдающим требования только потому, что переведет часть бизнеса или торговые операции из страны, заключившей IGA, в страну, с которой такое соглашение не заключено.

В окончательных разъяснениях есть и другое, еще более неблагоприятное положение, которое, по замыслу разработчиков, должно устранить расхождения с требованиями IGA и касается пассивных NFFE. Согласно предварительным разъяснениям, налоговый агент был обязан рассматривать NFFE, по которому необходима документация, подтверждающая этот статус, отсутствовала, в качестве несотрудничающего иностранного финансового института (nonparticipating FFI, NPFFI). Окончательные разъяснения порядка применения FATCA меняют это положение для случаев, когда налоговый агент является PFFI, в котором на определенную дату был открыт счет пассивной NFFE и PFFI располагает

<sup>3</sup> Место учреждения FI представляется важным в силу того, что IGA определяет NFFE как неамериканскую компанию, которая не является FFI в определении, приведенном в разъяснениях порядка применения FATCA, опубликованных Казначейством. Это определение также включает любую неамериканскую компанию, учрежденную в стране – партнере по IGA, и не являющуюся финансовым институтом. Можно предположить, что эта отсылка соответствует понятию «финансовый институт» в значении, которое раскрывается в разделе «Определения терминов» типового образца IGA. Следовательно, PIC и семейные трастовые фонды, учрежденные в странах, которые заключили IGA, скорее всего, будут рассматриваться как пассивные NFFE независимо от того, управляются они какой-либо компанией или нет.

документацией по нему, но не имеет необходимого подтверждения, что у пассивной NFFE отсутствуют американские владельцы с существенной долей (или не располагает данными об имени, адресе и ИНН каждого из таких владельцев). В таком случае PFFI должен рассматривать владельца счета в качестве лица, не выполняющего требования, а не в качестве NPFFI. И наоборот: если налоговый агент является налоговым агентом из США или PFFI, в котором на какую-то определенную дату не был открыт счет пассивной NFFE (например, PFFI, заключивший с пассивной NFFE договор валютного свопа), в окончательных правилах сохранено требование рассматривать такую пассивную NFFE как NPFFI. Это гарантирует штрафное удержание налога при осуществлении PFFI выплаты без открытия счета (правила не требуют наличия счета для удержания налога с выплат в пользу NPFFI).

Вероятно, цель данного изменения заключается в устранении расхождений, где это представляется возможным, между окончательными разъяснениями и IGA. (Отсылка в IGA на раздел 1471(d)(6) Налогового кодекса США, в которой дается определение не выполняющего требования владельца счета, под которое подпадает также владелец счета, от которого налоговый агент не может получить информацию, необходимую для установления того, является ли открытый счет американским счетом.) Однако это изменение несколько озадачивает, поскольку интерпретация понятия «владелец счета, не выполняющий требования» в контексте IGA коренным образом отличается от интерпретации этого же понятия в разъяснениях. Более того, это, возможно, приведет к неоправданным сложностям и не принесет Налоговой службе США пользы. На самом деле если бы государство сохранило правило, предложенное в предварительных разъяснениях, оно могло бы удерживать штрафной налог и, в определенных обстоятельствах, сведения о получателе платежа, причем независимо от того, открыл ли ему PFFI счет или нет. Как предусмотрено проектом, государство никогда не узнает название пассивной NFFE, в которой открыт счет PFFI, поскольку сведения о владельцах счетов, не выполняющих требования, никогда не содержат информацию о получателе платежа.

Что же касается устранения расхождений между IGA и окончательными разъяснениями, то можно сказать следующее: окончательные разъяснения не включают предложенное в IGA более высокое пороговое значение для определения того, имеет ли пассивная NFFE американских владельцев и, следовательно, является американским счетом (например, 25%). Однако в окончательных разъяснениях сохранен 10%-ный порог, установленный в законе и предварительных разъяснениях. Данное расхождение будет представлять собой серьезную проблему для международных финансовых институтов, которые надеялись внедрить во всех направлениях своей деятельности единые практику и процедуры.

Последний из заслуживающих внимания вопросов, связанный с новым определением FFI, возник из примера. Как указано в его вводных данных, управление деятельностью фонда осуществляет управляющая компания. Она, в свою очередь, для получения услуг по вопросам инвестиций нанимает инвестиционного консультанта. Свыше 50% своего дохода инвестиционный консультант получает от оказания консультационных услуг по вопросам инвестиций (пороговое значение, необходимое для квалификации того, что основным направлением деятельности является осуществление одного из перечисленных видов инвестиционной деятельности). По этой причине в примере сделан вывод о том, что инвестиционный консультант представляет собой инвестиционную компанию. На наш взгляд, приведенный пример и сделанный в нем вывод являются не слишком удачными, поскольку компания, предоставляющая исключительно консультационные услуги по вопросам инвестиций, как правило не занимается ни одним из видов инвестиционной деятельности (т.е. она не осуществляет торговые операции и управление портфелем ценных бумаг, не инвестирует, не распоряжается и не управляет фондами или финансовыми активами, принадлежащими другим владельцам). Так или иначе, но не совсем понятно, по какой причине США проявляют интерес к владельцам иностранного инвестиционного консультанта.

## Смягчение отдельных требований к документации и процедуре анализа информации о клиенте

Следуя объявленным Казначейством и Налоговой службой США подходом, основанным на рисках и их попытках увеличить объем других задач или имеющейся информации, за счет информации, полученной от налогового агента или FFI для целей надзора, окончательные разъяснения наконец внесли ясность в такие вопросы, как ведение документации по счетам, сроки действия документов и связанные с ними процедуры анализа информации о клиенте.

### Документация

Окончательные разъяснения смягчают ряд требований к документации по счетам. Новые правила разрешают налоговым агентам ссылаться на документальные доказательства вместо формы W-9 для определенных американских владельцев счетов, которые не подпадают под FATCA. Это существенный отход от предлагавшихся раньше правил, которые исключали возможность использования так называемой «проверки по внешним признакам» и требовали, чтобы при отсутствии формы W-9 в клиентской документации определенных освобожденных от уплаты налога получателей (корпораций и финансовых институтов) налоговый агент применял допущение о том, что они являются NPFFI. Поскольку в соответствии с действующими правилами удержания налога и подготовки отчетности налоговым агентам не требуется получать от таких организаций формы W-9, указанное предписание привело бы к необходимости провести серьезную работу по устранению пробелов в имеющихся данных, несмотря на наличие у налоговых агентов фактической информации о том, что соответствующие владельцы счетов не подпадают под действие FATCA.

Для FFI, которые признаются соблюдающими требования (кроме новой категории спонсируемых FFI), пенсионных фондов, некоммерческих организаций и освобожденных от выполнения требований FATCA NFFE окончательные разъяснения предусматривают, что налоговый агент должен получить налоговый сертификат, содержащий подтверждение заявленного этими организации статуса. В отличие от ранее опубликованных разъяснений, налоговому агенту больше не требуется для подтверждения заявленного статуса также получать финансовую отчетность, письма от юрисконсульта и т.п. Кроме того, окончательные разъяснения дополнительно смягчают требования для иностранных счетов (общее правило предполагает получение только письменных заявлений, если владелец счета не получает выплаты фиксированного или поддающегося определению ежегодного или периодического дохода из источника в США, а если он такие выплаты получает – письменных заявлений и документальных доказательств).

Окончательные разъяснения также несколько смягчают требования к документации для ODFFI. Во-первых, было смягчено требование, касающееся отчета с информацией о владельцах и другой документации: теперь необходимо представлять информацию, касающуюся только прямых или косвенных владельцев, которые являются физическими лицами и американскими лицами, подпадающими под определение FATCA (при этом поиск таких лиц осуществляется по всем владельцам-организациям). Во-вторых, в отчете с информацией о владельцах теперь не нужно указывать информацию о распределении долей, и его не нужно ежегодно обновлять. В-третьих, окончательные разъяснения дополнительно смягчают требования к иностранным счетам, когда остаток по счету ODFFI составляет 1 000 000 долл. США или менее. Налоговый агент может рассматривать такой счет как принадлежащий ODFFI, если он получил документацию, которой достаточно для идентификации любого владельца, являющегося физическим лицом или американским лицом, определенным в FATCA, полученная документация отвечает требованиям, предъявляемым при проведении проверки информации о клиенте в целях противодействия легализации доходов, полученных преступным путем, налоговый агент располагает достаточной информацией для подготовки отчетности по всем американским лицам, определенным в FATCA, и налоговый агент не знает или не имеет оснований полагать, что у организации есть какие-либо условные бенефициары, неидентифицированные владельцы, владельцы-NPFFI, либо что какие-либо NPFFI или американские лица, определенные в FATCA, владеют долей участия в долговых обязательствах получателя платежа (кроме американского лица, определенного в FATCA, в отношении которого налоговый агент располагает достаточной информацией для включения в отчет), превышающей 50 000 долл. США.

Еще одно важное положение в отношении документации касается несущественных (не вызвавших последствий) ошибок. В частности, правила предусматривают, что несущественная ошибка не будет приводить к недействительности налоговой формы, если в документации налогового агента есть другая информация в отношении счета, позволяющая полностью исправить эту ошибку. Однако в разъяснениях приводится вызывающий беспокойства пример, в котором описывается использование в форме, представленной физическим лицом, аббревиатуры для указания названия страны. В примере делается вывод, что ошибка, связанная с использованием в адресе аббревиатуры, может быть «исправлена» налоговым агентом, если у него есть выданное государственным органом удостоверение личности этого лица и указанная в нем страна в достаточной степени соответствует аббревиатуре, содержащейся в форме. Этот пример вызывает беспокойства потому, что в неофициальной форме на конференциях по вопросам налогообложения и в ходе проверок Налоговая служба США, как правило, высказывала точку зрения, что использование аббревиатуры для указания названия страны в форме W-8 не приводит к ее недействительности, если налоговый агент может легко расшифровать эту аббревиатуру (например, аббревиатуру U.K., обозначающую «Великобританию»). Кроме того, поскольку эта форма используется только для установления неамериканского статуса, если потребуются дополнительные документальные доказательства, должно быть достаточно удостоверения личности, выданного государственным органом любой страны, кроме США.

Наконец, в преамбуле к окончательным разъяснениям указывается, что налоговому агенту будет разрешено получать документацию в электронном виде (т.е. по факсу или в отсканированном виде по электронной почте). Однако при этом в тексте окончательных разъяснений дается ссылка на положения раздела 1441 Налогового кодекса США, которые разрешают представлять формы электронным способом. В настоящее время эти правила не разрешают налоговому агенту принимать форму, пересылаемую по факсу, или форму, иным образом отсканированную в электронный формат для передачи налоговому агенту (поскольку такие формы не содержат необходимую электронную подпись). Ожидается, что положения раздела 1441, на которые содержится ссылка в окончательных разъяснениях, будут пересмотрены, чтобы в ближайшем будущем появилась возможность направлять документы в электронном виде. Налоговые агенты просят внести подобные изменения с момента введения в действие текущего режима взимания налога в 2001 г., поскольку это позволило бы им существенно упростить процессы, связанные с ведением документации.

### Действительность документации

Как отмечалось выше, положения окончательных разъяснений также существенно смягчили требования, касающиеся времени действия документации. В соответствии с предварительными разъяснениями срок действия большинства документов, если отсутствовали изменения обстоятельств, составлял год подписания (или год представления для документальных доказательств) плюс три полных календарных года. Для документальных доказательств, содержащих дату истечения срока действия, срок действия заканчивался в эту дату, даже если она наступала до окончания трехлетнего периода. Соблюдение этого правила предполагало существенные сложности, поскольку нормы, касающиеся противодействия легализации доходов, полученных преступным путем, и соблюдения принципа «знай своего клиента», редко требовали от налогового агента обновлять документацию, даже если срок ее действия заканчивался.

В качестве общего правила в окончательных разъяснениях предусмотрен указанный выше срок действия «плюс три года». Однако особый интерес представляют многочисленные новые исключения из этого правила. В частности, если обстоятельства не меняются, следующие документы (в числе других) будут иметь неограниченный срок действия:

- налоговый сертификат или заявление PFFI или зарегистрированного FFI, признанного соблюдающим требования FATCA (registered deemed compliant FFI, RDCFFI), который представил международный идентификационный номер посредника (Global Intermediary Identification Number, GIIN), проверенный в соответствии с установленными требованиями;
- форма W-8BEN, представленная физическим лицом, заявляющим о своем неамериканском статусе, если она подтверждается документальными доказательствами и в имеющейся документации отсутствуют текущие адреса в США или один либо несколько американских телефонных номеров, которые являются единственными телефонными номерами;

- налоговая сертификация, которую представила любая из следующих организаций, заявляющих о неамериканском статусе (если такая организация является получателем платежа и налоговый сертификат представляется вместе с документальными доказательствами, устанавливающими неамериканский статус организации):
  - освобожденный от требований FATCA пенсионный фонд или организация, полностью принадлежащая такому фонду;
  - освобожденная от выполнения требований FATCA нефинансовая организация из группы;
  - организация, отвечающая требованиям раздела 501(с) Налогового кодекса США;
  - некоммерческая организация;
  - FFI, не представляющий отчетность в соответствии с положениями IGA;
  - финансовый институт, учрежденный на одной из территорий США, который согласен, чтобы его рассматривали в качестве американского лица;
  - NFFE, акции которого регулярно участвуют в биржевых торгах (и его аффилированное лицо);
  - активный NFFE (операции которого отслеживаются в рамках ПОД/ФТ);
  - спонсируемый FFI;
- налоговая сертификация посредника, организации с прозрачной для целей налогообложения структурой или американского филиала (не включая документацию или налоговую выписку исходного владельца);
- налоговый сертификат, письменное заявление или документальные доказательства, представленные правительством иностранного государства, правительством территории США, иностранным центральным банком (включая Банк международных расчетов), международной организацией или организацией, полностью принадлежащей любым таким организациям; а также
- документальные доказательства, которые, как правило, не обновляются (например устав организации).

Кроме того, в этот перечень включаются документы, относящиеся к иностранным обязательствам:

- форма W-8BEN или документальные доказательства, представленные физическим лицом, заявляющим о своем неамериканском статусе, если в имеющейся документации у налогового агента отсутствуют текущие адреса в США, один или несколько американских телефонных номеров, которые являются единственными телефонными номерами, или постоянно действующее поручение осуществлять платежи в США;
- налоговый сертификат, письменное заявление или документальные доказательства, которые представила любая из указанных ниже организаций (если такая организация является получателем платежа):
  - освобожденный от требований FATCA пенсионный фонд или организация, полностью принадлежащая такому фонду;
  - освобожденная от выполнения требований FATCA нефинансовая организация из группы;
  - организация, отвечающая требованиям раздела 501(с) Налогового кодекса США;
  - некоммерческая организация;
  - FFI, не представляющий отчетность в соответствии с положениями IGA;
  - финансовый институт, учрежденный на одной из территорий США, который согласен, чтобы его рассматривали в качестве американского лица;
  - NFFE, акции которого регулярно участвуют в биржевых торгах (и его аффилированное лицо);
  - активный NFFE (операции которого отслеживаются в рамках ПОД/ФТ);
  - спонсируемый FFI;
- налоговый сертификат ODFFI;
- отчет о ODFFI, остаток по счету которого составляет 1 млн долл. США или менее (при отсутствии условных бенефициаров или обозначенного класса неидентифицированных бенефициаров);
- налоговый сертификат пассивного NFFE или освобожденного от выполнения требований FATCA NFFE, учрежденного на одной из территорий США, если остаток по счету не превышает 1 млн долл. США (и налоговый агент не знает или не имеет оснований полагать, что у организации есть условные бенефициары или обозначенные классы неидентифицированных бенефициаров).

## Анализ данных клиента

Правила изучения информации о клиенте (в тех случаях, когда у налогового агента есть «основания полагать», что документация является неправильной или недействительной) в значительной мере составлены по образцу действующих требований главы 3 Налогового кодекса США. В частности, согласно общему правилу, у налогового агента есть основания полагать, что документация является недействительной, в тех случаях, когда лицо, выступающее налоговым агентом и действующее с должной осмотрительностью, подвергло бы сомнению сделанные в документации заявления. Как и в главе 3 Налогового кодекса США, в правилах указываются конкретные фактические обстоятельства, при которых у налогового агента есть такие «основания полагать», а также необходимая дополнительная документация, которую он должен получить, прежде чем согласиться с первоначальным заявлением получателя платежа. Эти так называемые индикаторы очень похожи на те, которые перечислены в главе 3 Налогового кодекса США (например, наличие адреса в США или наличие иностранных обязательств, постоянно действующего поручения осуществлять платежи на территории США). Кроме того, правила главы 4 Налогового кодекса США, добавляют два дополнительных индикатора, на которые должны обращать внимание налоговые агенты, когда получатель платежа заявляет о своем статусе иностранного лица: место рождения в США и американские телефонные номера.

Ранее опубликованные разъяснения предполагали очень важное различие между двумя сводами правил: формулировки правил главы 3 Налогового кодекса США являлись более безопасными. В частности, для налоговых агентов, являющихся финансовыми организациями, правила изучения клиента, содержащиеся в главе 3 Налогового кодекса США, ограничивают обстоятельства, когда имеются «основания полагать», только теми, которые прямо указаны в правилах. Окончательные разъяснения устраняют это расхождение и прямо указывают, что у налогового агента есть «основания полагать», что документация является недействительной или неправильной, только при наличии одного или нескольких из перечисленных в разъяснениях индикаторов, свидетельствующих о принадлежности счета американскому лицу.

## Расширение перечня ранее возникших обязательств, на которые не распространяются требования FATCA

Согласно закону, налоговый агент не должен производить предусмотренное FATCA принудительное удержание налога с любых платежей, относящихся к обязательству, непогашенному по состоянию на 18 марта 2012 г., включая сумму поступлений от любого распоряжения таким обязательством. Предварительные разъяснения расширяли сферу действия этого правила: из определения налогооблагаемого или транзитного платежа исключался любой платеж, осуществляемый в силу обязательства, непогашенного по состоянию на 1 января 2013 г. В окончательных разъяснениях этот срок переносится на еще более позднюю дату: указанное правило теперь распространяется на любое обязательство, непогашенное по состоянию на 1 января 2014 г. В разъяснениях также включено дополнительное смягчение требований, содержащееся в Уведомлении 2012-42 (а именно — распространение действия указанных более мягких правил на: 1) обязательства, платежи по которым будут попадать под действие положений раздела 871(m) Налогового кодекса США, если эти обязательства исполняются не позднее даты, наступающей через шесть месяцев после даты, когда такие обязательства попадают под действие указанных положений; и 2) любое обязательство, платеж по которому будет попадать под действие правил по иностранным транзитным платежам, если это обязательство исполняется не позднее даты, наступающей через шесть месяцев после передачи окончательных разъяснений, определяющих этот термин («иностранная транзитная платеж»), в правительственное издание «Федерал реджистер». В окончательных разъяснениях указывается, что освобождение от принудительного удержания налога также распространяется на любое соглашение, требующее от получившей обеспечение стороны осуществить платеж в отношении обеспечения, предоставленного по ранее возникшему обязательству, на которое не распространяется требование принудительного удержания налога, либо вернуть такое обеспечение.

Важные изменения правил освобождения от принудительного налогообложения ранее возникших обязательств коснулись и договоров страхования жизни, выплаты по которым осуществляются после смерти застрахованного лица. В ранее опубликованных разъяснениях такие договоры не включались в число договоров, имеющих предусмотренный правилами определенный срок действия. Кроме того, в ответ на беспокойства, высказанные налоговыми агентами, в окончательных разъяснениях



предусматривается, что налоговый агент, который не является эмитентом обязательства, может полагаться на письменное заявление эмитента в отношении того, отвечает ли конкретное обязательство критериям ранее возникшего обязательства, на которое не распространяется требование принудительного удержания налога, если у него нет фактической информации или оснований полагать, что это не так. Помимо этого, налоговый агент должен рассматривать какое-либо изменение обязательства как препятствующее выполнению обязательством требований, позволяющих освободить его от принудительного удержания налога, только в том случае, если он знает или имеет основания полагать, что такое изменение было существенным. В целях этого правила будет считаться, что налоговый агент имеет основания полагать, что изменение было существенным, если он получит соответствующую информацию от эмитента обязательства.

### **Смягчение требований в отношении некоторых пенсионных фондов и сберегательных счетов**

В отношении пенсионных фондов в предложенных правилах говорилось, что пенсионный фонд отвечает определению выгодоприобретателя, освобожденного от принудительного удержания налога (exempt beneficial owner), если он: (1) имеет право на льготы в соответствии с соглашением о налогообложении прибыли между США и страной местонахождения фонда; (2) освобожден от уплаты налога на прибыль в стране своего местонахождения; (3) занимается главным образом администрированием или предоставлением пенсионных пособий. Но, к сожалению, многие пенсионные фонды, в целом удовлетворяющие указанным требованиям, не смогли выполнить требования для применения исключения, предусмотренные первоначальным проектом, поскольку во многих юрисдикциях они не являются выгодоприобретателями. В окончательных разъяснениях о порядке применения FATCA уточняется, что исключительно для целей данной категории выгодоприобретателей, освобожденных от принудительного удержания налога, фонд будет считаться освобожденным от уплаты налога, даже если он не является выгодоприобретателем. С учетом этого теперь такие организации, как, например, ряд зарегистрированных пенсионных сберегательных программ (RRSP) в Канаде, должны соответствовать требованиям, предусмотренным для освобождения от принудительного удержания налога. Кроме того, для этой категории организаций, освобожденных от принудительного удержания налога, были разрешены альтернативные источники взносов, помимо работодателей и работников, а также в нее было разрешено включать фонды, выполняющие требования раздела 401(a), а в некоторых случаях и программы, предоставляющие также пособия по инвалидности или в связи со смертью.

Помимо вышеперечисленного, окончательные разъяснения также смягчают требования в отношении ряда пенсионных и сберегательных счетов, не включенных в определение финансового счета. Для пенсионных сберегательных счетов было отменено требование о том, что взносы на счет должны быть исключительно от государства, работника или работодателя и должны ограничиваться трудовым доходом. Также были внесены изменения в лимит таких взносов: вместо только одного годового лимита, равного 50 000 долл. США были введены два альтернативных лимита — годовой 50 000 долл. США и максимальный пожизненный лимит 1 000 000 долл. США. И, наконец, в окончательные разъяснения было включено новое положение об обязательном предоставлении отчетности по таким счетам в соответствующие налоговые органы.

Для непенсионных сберегательных счетов в окончательных разъяснениях было отменено требование о том, что взносы на такие счета должны ограничиваться с учетом размера трудового дохода. Однако взамен было введено новое требование о том, что на счет должен распространяться льготный режим налогообложения. При этом на счет распространяется льготный режим налогообложения, если: 1) взносы на счет, в иных случаях подлежащие налогообложению, вычитаются или исключаются из валового дохода владельца счета или облагаются по пониженной ставке, или 2) налогообложение инвестиционного дохода по счету отложено, или он облагается по пониженной ставке.

### **FFI с ограниченным статусом (limited FFI) — правило переходного периода продолжает действовать**

Понятие «FFI с ограниченным статусом» было введено для того, чтобы помочь некоторым FFI, входящим в состав расширенных аффилированных групп. Казначейство и Налоговая служба США неоднократно заявляли о том, что все FFI, являющиеся членами таких групп, должны быть либо PFFI, либо DCFFI (Deemed Compliant Foreign Financial Institution «иностранный финансовый институт, признанный соблюдающим требования»), либо должны быть освобождены от соблюдения правил по каким-либо иным причинам. Принимая во внимание, что некоторые FFI относятся к юрисдикции, запрещающей раскрытие

информации о владельцах счетов, закрытие счетов, в отношении которых не выполняются требования, и т.д., они разработали переходные правила для «FFI с ограниченным статусом». Эти правила, в частности, будут применяться в том случае, если FFI, входящий в состав расширенной аффилированной группы, по законодательству не имеет права:

- в отношении американских счетов – предоставлять сведения о счетах, закрывать или передавать их американской финансовой организации, PFFI или FFI, сведения о котором предоставляются в соответствии с IGA первой модели;
- в отношении счетов, владельцы которых не выполняют требования FATCA, и счетов, принадлежащих NPFFI, – блокировать, закрывать или передавать их американской финансовой организации, PFFI или FFI, сведения о котором предоставляются в соответствии с IGA первой модели.

Согласно этой концепции, если FFI в такой юрисдикции получит ограниченный статус, Налоговая служба США разрешит остальным FFI в этой расширенной аффилированной группе стать PFFI и (или) DCFFI. FFI с ограниченным статусом, входящий в такую группу, должен зарегистрироваться в Налоговой службе США, дать согласие на соблюдение требований по выявлению счетов, изложенных в договоре с IRS, и сохранение соответствующей документации в течение 6 лет с даты его регистрации в качестве FFI с ограниченным статусом. Также он должен дать свое согласие на предоставление сведений о выявленных американских счетах в объеме, разрешенном законодательством. Кроме того, FFI должен подтвердить, что не будет открывать новых американских счетов или счетов для NPFFI. Важным моментом является то, что, согласно установленным правилам, FFI с ограниченным статусом считаются NPFFI для целей принудительного удержания налога в рамках FATCA.

В соответствии с ранее опубликованными разъяснениями, меры, связанные с введением понятия FFI с ограниченным статусом, были обозначены как переходные со сроком действия до 31 декабря 2015 г. Однако в рамках IGA предусмотрено, что FFI с ограниченным статусом, входящий в состав группы, может действовать в этом статусе в течение неопределенного срока, не подвергая риску статус остальных членов группы, выполняющих требования FATCA, при соблюдении определенных условий. Ожидалось, что в окончательные разъяснения войдет именно это положение. Но, к сожалению, Казначейство и Налоговая служба приняли решение не унифицировать режим, действующий в отношении FFI с ограниченным статусом. В окончательных разъяснениях меры, связанные с введением понятия FFI с ограниченным статусом, по-прежнему считаются переходными, и срок их действия оставлен до 31 декабря 2015 г.

Как уже говорилось выше, понятие FFI с ограниченным статусом введено для того, чтобы FFI, входящие в расширенную аффилированную группу, могли стать PFFI или DCFFI, несмотря на то что один или несколько членов группы относятся к юрисдикции, в которой не действует IGA и которая запрещает им выполнять некоторые условия договора с IRS. Однако проблема заключается в том, что данное понятие действует только в течение переходного периода. Даже в случае смягчения ряда требований к FFI соблюдение режима FATCA будет для них обременительным и дорогостоящим. Те FFI в группе, которым законодательно не запрещается выполнение всех требований FATCA, вынуждены будут потратить значительные ресурсы, как денежные, так и временные, на разработку систем и процессов, необходимых для выполнения требований договора с IRS и (или) IGA. При всем при этом, согласно предварительным разъяснениям, FFI группы, работающие в тех странах, в которых не действует IGA, после 31 декабря 2015 г. потеряют свой статус PFFI или DCFFI, если в группе будет FFI с ограниченным статусом, которому не удастся соблюсти применимые требования FATCA.

Усугубляет эту проблему новое правило, направленное на борьбу с уклонением от соблюдения требований, согласно которому в случае изменения структуры собственности членов расширенной аффилированной группы с целью избежания удержаний или предоставления отчетов такое изменение Налоговой службой США учитываться не будет. В результате в сложившейся ситуации возможны лишь три выхода: 1) внесение изменений в законодательство той страны, в которой FFI с ограниченным статусом осуществляет свою деятельность, которые бы позволили ему соблюсти требования FATCA в полном объеме; 2) заключение страной, в которой FFI осуществляет свою деятельность, IGA с Казначейством США; 3) прекращение деятельности FFI в этой стране до 31 декабря 2015 г.

Однако в некоторых случаях ни одна из этих возможностей не представляется реалистичной. Даже если страна, в которой FFI с ограниченным статусом осуществляет свою деятельность, решится на изменение своего законодательства для того, чтобы FFI мог соблюсти требования FATCA в полном объеме, маловероятно, что эти изменения будут приняты и введены в течение такого короткого переходного периода. Кроме того, в соответствии с текущими требованиями, для того чтобы заключить IGA, соответствующей стране необходимо иметь в наличии соглашение об избежании двойного налогообложения, соглашение об обмене налоговой информацией или локальный закон, разрешающий обмен информацией с США. Соответственно, на обеспечение соблюдения этих требований также скорее всего понадобится немало времени. С учетом этого остается последняя возможность — прекращение деятельности в соответствующей стране. Однако это не имеет смысла, особенно в свете компромиссного решения, закрепленного в IGA. И все же, несмотря на вышесказанное, окончательные разъяснения не оставляют многим FFI достаточно времени и возможностей для планирования своих действий.

### **Акции на предъявителя**

В предыдущих разъяснениях не затрагивался вопрос касательно акций на предъявителя. Особое беспокойство по этому поводу проявили фонды, многие из которых в прошлом выпустили акции на предъявителя и теперь оказались в ситуации, когда выполнение требований по выявлению счетов в установленные FATCA сроки не представляется возможным. Впервые этот вопрос был затронут в IGA второй модели, в котором говорилось о том, что инвестиционный фонд, в целом соответствующий установленным требованиям, считается выполняющим требования, несмотря на наличие акций на предъявителя, если он: 1) не выпускал документарных акций на предъявителя после 31 декабря 2011 г.; 2) проводит проверку информации о клиенте (и готовит, при необходимости, соответствующие отчеты) по таким акциям при их предъявлении, а также 3) принял необходимые правила и процедуры для погашения таких акций в кратчайшие сроки и в любом случае не позднее 1 января 2017 г. В силу того, что речь идет об акциях на предъявителя, неясно, каким образом фонд сможет добиться того, чтобы все эти акции были погашены до 1 января 2017 г.

Согласно окончательным разъяснениям, процедуры по выявлению счетов в случае ранее возникших обязательств, имеющих форму «на предъявителя», выполняются в момент предъявления акции к оплате. Несмотря на то что обязательство возникло ранее, PFFI должны в указанный момент времени провести процедуру изучения новых счетов, предусмотренную новыми требованиями. Это новое положение имеет крайне важное значение для всех PFFI, имеющих в обращении акции на предъявителя. Без его соблюдения финансовый институт не сможет выполнить требования FATCA, касающиеся выявления американских счетов.

Кроме того, согласно окончательным разъяснениям, в целом соответствующий требованиям фонд, выпустивший в прошлом акции на предъявителя, может тем не менее считаться зарегистрированным и признанным соблюдающим требования FATCA фондом коллективных инвестиций, отвечающим установленным критериям (registered deemed compliant qualified collective investment vehicle), или фондом, на деятельность которого наложены ограничения (restricted fund), если он: 1) перестал выпускать доли участия в форме «на предъявителя» начиная с 31 декабря 2012 г.; 2) изымает из обращения все такие доли участия в случае отказа от них; 3) внедряет правила и процедуры для погашения или изъятия таких долей участия из обращения до 1 января 2017 г. и 4) изучает клиентов до оплаты (в соответствии с новой процедурой выявления американских счетов) и соглашается производить штрафные удержания и отчитываться так, как будто бы он был PFFI. Однако, как уже говорилось выше, из-за сроков, установленных для погашения или изъятия из обращения этих долей участия (до 2017 г.), данное исключение может оказаться вообще неприменимым к организациям, выпустившим в прошлом акции на предъявителя.

### **Брокеры (поставка против платежа)**

Интересно отметить, что для брокеров в окончательных разъяснениях отменяется (хотя и остается возможным для применения в будущем) положение о принудительном удержании налога с валовых сумм поступлений. В предыдущих разъяснениях от брокеров, включая тех, которые выплачивают доход по сделкам на условиях поставки против платежа или оплаты при поставке, требовалось удерживать налог с сумм поступлений с учетом статуса получателя платежа с точки зрения FATCA. Однако эта задача представлялась чрезвычайно сложной для выполнения учитывая характер таких сделок (большие объемы и отсутствие в настоящее время процедур документирования следующего брокера в цепочке или принудительного удержания налога с выплат и предоставления по ним отчетности). И все же брокерам стоит быть начеку, поскольку данное положение окончательно не отброшено авторами разъяснений и может быть применено в будущем.

## Порядок регистрации

И, наконец, в рамках третьего направления деятельности Казначейства и Налоговой службы США — технических аспектов внедрения — в преамбуле к окончательным разъяснениям даются дополнительные сведения о порядке регистрации FFI. В частности, согласно преамбуле, основным средством взаимодействия финансовых институтов с Налоговой службой будет регистрационный портал FATCA. Там можно будет, например, заполнять и поддерживать в актуальном виде регистрационные формы в рамках главы 4, договоры и данные о полномочиях ответственных сотрудников по FATCA. Портал будет открыт для регистрации и заключения договоров (при необходимости) не позднее 15 июля 2013 г. (более чем на 6 месяцев позже, чем заявлялось ранее). Также в преамбуле четко прописано, что FFI, сведения о которых предоставляются в соответствии с IGA первой модели, должны будут зарегистрироваться на портале и получить GIIN. Присвоение GIIN будет происходить не позднее 15 октября 2013 г. Согласно разъяснениям, первоначальный перечень PFFI и RDCFFI (включая FFI, сведения о которых предоставляются в соответствии с IGA первой модели) будет опубликован Налоговой службой США 2 декабря 2013 г. Ожидается, что затем перечень будет обновляться на ежемесячной основе. Для того чтобы попасть в перечень от 2 декабря 2013 г., PFFI и RDCFFI должны будут зарегистрироваться на портале Налоговой службы до 25 октября 2013 г. Эти новые сроки оставляют потенциальным PFFI очень мало времени на анализ конкретных требований договора с IRS, как только они выйдут в свет, и принятие решения о том, будут ли они заключать этот договор к указанной дате в октябре.

## Контакты КПМГ в России и СНГ:

**Дмитрий Чистов**

*Директор*

*Консультирование по управлению рисками*

**T: +7 (495) 937 44 77**

**E: dchistov@kpmg.ru**

## Дополнительная информация

Ознакомиться с окончательными разъяснениями можно по ссылке

[http://www.ofr.gov/\(X\(1\)S\(0vmy0sooc1pbcvb4qd4w4v5b\)\)/OFRUpload/OFRData/2013-01025\\_PI.pdf](http://www.ofr.gov/(X(1)S(0vmy0sooc1pbcvb4qd4w4v5b))/OFRUpload/OFRData/2013-01025_PI.pdf)

ЛЮБЫЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ВОПРОСАМ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ, СОДЕРЖАЩИЕСЯ В НАСТОЯЩЕМ ДОКУМЕНТЕ, НЕ ПРЕДНАЗНАЧЕНЫ И НЕ ПОДГОТОВЛЕНЫ КПМГ ДЛЯ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ И НЕ МОГУТ БЫТЬ ИСПОЛЬЗОВАНЫ ЗАКАЗЧИКОМ ИЛИ ЛЮБЫМ ИНЫМ ФИЗИЧЕСКИМ ИЛИ ЮРИДИЧЕСКИМ ЛИЦОМ В ЦЕЛЯХ (i) УКЛОНЕНИЯ ОТ САНКЦИЙ, КОТОРЫЕ МОГУТ БЫТЬ ПРИМЕНЕНЫ К ЛЮБОМУ НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКУ, ИЛИ (ii) РЕКЛАМИРОВАНИЯ, ПРЕДЛОЖЕНИЯ ИЛИ РЕКОМЕНДАЦИИ ЛЮБОЙ ДРУГОЙ СТОРОНЕ ЛЮБЫХ ВОПРОСОВ, РАССМАТРИВАЕМЫХ В НАСТОЯЩЕМ ДОКУМЕНТЕ.

Невзирая ни на какие положения настоящего Договора, свидетельствующие об обратном, вы (и ваши работники, представители и иные доверенные лица) можете без каких-либо ограничений раскрывать любым лицам информацию о порядке налогообложения и налоговой структуре какой-либо сделки, а также любые материалы (включая заключения и результаты иных аналитических исследований по налоговым вопросам), предоставляемые вам KPMG LLP касательно порядка налогообложения и налоговой структуры, непосредственно с момента начала обсуждений с KPMG LLP.

В данном сообщении приведены сведения общего характера, которые могут измениться. Для определения применимости этих сведений к конкретным ситуациям следует посоветоваться с налоговым консультантом.

Переведено с разрешения KPMG LLP.