

ДЕОФШОРИЗАЦИЯ ПОШЛА СУДАМИ

ПОКА РОССИЙСКИМ ПРАВИТЕЛЬСТВОМ РАЗРАБАТЫВАЮТСЯ ПОПРАВКИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, ОГРАНИЧИВАЮЩИЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ОФШОРНЫХ КОМПАНИЙ, ОТЕЧЕСТВЕННЫЕ СУДЫ НАЧИНАЮТ ВСЕ ЧАЩЕ ВСТАВАТЬ НА СТОРОНУ ГОСОРГАНОВ ПРИ РАССМОТРЕНИИ СПОРНЫХ СХЕМ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ. АНТОНИНА АСАНОВА

В дальнейшем ограничения применения международного налогового планирования и зарубежного законодательства будут только расти, рассказали участники семинара «Правовые решения с использованием иностранных юрисдикций», организованного ИД «Коммерсантъ».

Правительство России взяло курс на деофшоризацию отечественной экономики. Еще в марте 2012 года Владимир Путин поручил Минфину, Минэкономразвития, ФНС и Росфинмониторингу подготовить поправки в законы, предусматривающие введение налогообложения прибыли иностранных компаний, контролируемых из России, и санкции за нераскрытие зарубежных активов.

Уже с 1 января 2013 года в рамках соглашения об избежании двойного налогообложения вводится новый режим обмена информацией госорганов России с Кипром, Швейцарией и Латвией. А с начала 2015 года — и Люксембургом. А к четвертому кварталу этого года правительство должно все-таки подготовить поправки в законодательство по противодействию использованию офшоров: ввести термин «налоговый резидент», «фактический получатель дохода» и понятие контролируемой компании, а также определить порядок налогообложения «нераспределенной прибыли иностранных контролируемых компаний» и штрафы за сокрытие информации об иностранных аффилированных компаниях.

Между тем на практике противодействие офшорам уже ведется. Рассматривая иски налогоплательщиков, оспаривающих применение схем международного налогового планирования и зарубежного законодательства, суды все чаще встают на сторону государственных органов, считают юристы.

НАЛОГОВЫЙ ИНТЕРЕС Иностранные юрисдикции зачастую предоставляют более удобные финансово-экономические и юридические инструменты для оптимизации налоговых выплат, структурирования сделок и защиты активов, чем существующие в России. «Многие юрисдикции хороши по-своему, то есть предоставляют удобный льготный режим для отдельной группы операций», — говорит партнер компании «Максима — Консалтинг и право» Владимир Килинкар. Соединенное Королевство — для создания уважаемых холдинговых компаний, кредитования в Европе, осуществления экспортно-импортных операций, выдачи лицензий. Кипр и Мальта — для минимизации налоговых выплат при осуществлении сделок по импорту и экспорту, для создания холдингов, в том числе — с целью предоставления займов и выплаты дивидендов в льготном порядке, для оптимизации использования интеллектуальной собственности. Латвия предоставляет условия для создания холдинговых структур, открытия банковских счетов, Британские Виргинские Острова, Белиз и Сейшелы — для сокрытия бенефициаров, перечисляет юрист.

Российский Налоговый кодекс не закрепляет за налогоплательщиком права на налоговую оптимизацию. Однако высшие судеб-

ные инстанции, Конституционный суд РФ и Высший арбитражный суд, в целом допускают возможность осуществления налогового планирования налогоплательщиком, рассказывает советник юридической компании «Максима — Консалтинг и право» Елена Килинкар.

Тем не менее в интересах российских государственных органов оспорить законность получения налоговых льгот с помощью международного налогового планирования. И первый из рисков для российских компаний, пользующихся иностранными юрисдикциями, связан с возможностью признания налоговой выгоды необоснованной. Она признается таковой в случае нарушения требований реальности экономической деятельности, отсутствия деловой цели осуществления операций, то есть разумных экономических или иных причин для сделки, и несоблюдения требований налогового законодательства.

Наиболее часто налоговыми органами оспариваются сделки, в рамках которых осуществляется импорт товаров по договору с иностранной организацией и последующая его реализация с использованием договора комиссии, экспорт товара по договору с иностранной организацией, выплата роялти иностранной организации и использование различных форм финансирования российских компаний по договорам займа. Эти сделки зачастую являются одними из элементов механизмов налогового планирования, говорит Елена Килинкар.

Одна из распространенных схем, которую оспаривают налоговые органы, связана с использованием российской компанией товарного знака по лицензионному или сублицензионному договору с иностранной организацией. В судебной практике уже рассматривались дела по таким товарным знакам, как «Пятерочка», «Монетка». В этом случае налоговики могут предъявить претензии к отсутствию деловой цели подобных сделок, заявив, что они совершаются исключительно с целью налогового планирования.

НЕПРОФЕССИОНАЛИЗМ ПОБЕЖДАЕТ СТРОГОСТЬ Риск возникновения претензий со стороны налоговых органов компенсируется реалиями российской судебной практики. Большинство решений судов по вопросам обоснованности получения налоговой выгоды в эпизодах, связанных с международным налоговым планированием, выносятся в пользу налогоплательщиков.

«Зачастую суд выносит решение в пользу налогоплательщика лишь потому, что налоговый орган не справляется с бременем доказывания нарушений, допущенных при получении налоговой выгоды», — поясняет Елена Килинкар. — Налоговые органы либо неправильно расставляют акценты, либо предоставляют недостаточно доказательств. В среднем только два-три процента решений выносятся не в пользу налогоплательщиков. Но возможные причины такой статистики могут и измениться».

Вторая группа рисков для компаний, осуществляющих международное налоговое планирование, связана с неприменением со-

глашения об избежании двойного налогообложения. Практика российских арбитражных судов свидетельствует о формировании отрицательной тенденции для налогоплательщиков, предупреждает Елена Килинкар. Наиболее яркий пример — правило «тонкой капитализации». Сложившаяся судебная практика исключает возможность учета процентов по займу в полном объеме в ситуации контролируемой задолженности компании на основе ссылки на закрепленный в соглашении принцип недискриминации. А это снижает эффективность механизмов международного планирования с использованием займов от иностранных организаций, с государствами резидентства которых Россией заключены соглашения об избежании двойного налогообложения.

ИСТОРИЧЕСКАЯ НЕПРИЯЗНЬ Кроме инструментов для налоговой оптимизации право Англии или Кипра предоставляет и хорошие возможности для оформления юридических документов за счет предсказуемости толкования правовых норм и принимаемых судебных решений. Однако российские суды активно используют коллизионный метод правового регулирования, сокращая возможность применения зарубежного права, а также отказывают в признании и исполнении иностранных судебных решений.

«Российские суды исторически негативно относятся как к разрешению споров по английскому или кипрскому праву, так и к признанию и приведению в исполнение решений кипрских судов и международных арбитражей», — говорит Владимир Килинкар.

Согласно законодательству при заключении сделки стороны могут выбрать в качестве применимого как кипрское или английское право, так и российское, заключив соответствующее соглашение или включив в контракт соответствующую оговорку. На первый взгляд все просто. Сложности возникают с необходимостью дополнительно учитывать целый ряд императивных норм страны, с которой реально контракт связан, сверхимперативных норм, основная цель которых — защита публичного интереса, вопросов публичного порядка, соответствия контракта или решения арбитража основам правопорядка Российской Федерации. «Существует ряд ограничений, связанных с расщеплением правового режима, когда отдельные вопросы, связанные с контрактом, регулируются правом различных государств», — поясняет Владимир Килинкар. При этом на практике нормы отечественного и зарубежного законодательства могут вступать в противоречие. А в ряде случаев, таких как определение оснований недействительности контракта, и вовсе зачастую возникает правовой вакуум.

ГРАНИЦЫ ЗАКРЫВАЮТСЯ Подобных сложностей можно попытаться избежать, перенес спор на территорию Кипра или другой низконалоговой юрисдикции. «Если вы выбираете кипрское право, то целесообразно выбирать и кипрский национальный суд, если решение можно исполнить на Кипре, — объ-

ясняет Владимир Килинкар. — Можно выбрать и российский суд, но это чревато применением всего спектра императивных норм и оговорок о публичном порядке». Однако и в случае рассмотрения спора в кипрском суде нельзя полностью исключать применение российских сверхимперативных норм или категорий публичного порядка, поскольку суд принимает решения исходя из возможности его признания и исполнения в России, оговаривается эксперт.

Кроме того, нашим национальным законодательством установлены и определенные пределы применения зарубежного права. «Для того чтобы в принципе ставить вопрос о применимом праве в отношении необходимого иностранного элемента, — говорит господин Килинкар. — Однако в законе понятие „иностранного элемента гражданского правоотношения“ в полной мере не раскрывается, перечень видов иностранного элемента сформулирован неисчерпывающим образом».

Компаниям, работающим с зарубежными контрагентами, следует уделять пристальное внимание российским тенденциям относительно арбитрабельности споров, публичного порядка, считают юристы. «Мы видим и из высказываний президента, и из развивающихся доктрин высших судов, что есть риск того, что в дальнейшем практика будет складываться не в пользу налогоплательщика, что практика применения зарубежного права и вывода споров в зарубежные юрисдикции будет ограничиваться, — считает Владимир Килинкар. — Возможно и возникновение новых проблем с признанием и исполнением решений зарубежных судов по спорам, которые связаны с Российской Федерацией».

ЗАПРЕТНЫЙ НАЛОГОВЫЙ РАЙ До разразившегося в марте банковского кризиса Республика Кипр была одним из самых распространенных мест для регистрации холдинговых, трейдинговых, торговых, финансовых и других компаний среди как российских предпринимателей, так и компаний из ЕС, рассказала директор кипрской юридической компании Ioannides Demetriou LLC Найя Морфи. «Регистрация кипрской компании занимает буквально несколько дней, в пределах одной недели, — объясняет директор Ioannides Demetriou LLC Кристина Иоаниду. — Однако любая компания, предлагающая такие услуги, имеет заготовки — юридические лица, которые могут быть „оживлены“ прямо за столом переговоров».

Однако после произошедшего кризиса и «заморозки» счетов, в том числе дочерних компаний российских госкорпораций, имидж республики как финансового центра ухудшился. Впрочем, странам, страдающим от оттока капитала, такие кризисы только на руку. Несмотря на финансовые потери российских компаний, ситуация на Кипре может поддерживать начатую в России политику деофшоризации, заявил премьер-министр Дмитрий Медведев. В 2012 году, по данным Центробанка, отток капитала из России составил \$56,8 млрд, а в 2011-м он был равен \$80,5 млрд. ■