

Юридический бизнес

Госсектор надвое сказал

Сегодня при стремительном сокращении доли частного бизнеса в российской экономике государство становится не только богатейшим клиентом для отечественных и иностранных контрагентов, но и одним из наиболее привлекательных работодателей. Вместе с тем помимо очевидного профита работа с компаниями госсектора чревата весомыми проблемами — к примеру, возбуждение необоснованных уголовных дел способно отбить у эффективных руководителей желание взаимодействовать с бюджетными учреждениями или близко подходить к органам государственной власти. **Александр Забеда**, адвокат, управляющий партнер «Забеда и партнеры», рассказал, какие риски и последствия нужно учитывать, примеряя на себя роль контрагента или сотрудника госструктуры.



ФОТО: АЛЕКСАНДР ЗАБЕДА

— мнение —

Новая метла по-новому метет

Смена управляющих команд, которая происходит в госструктурах регулярно, — процесс не только внезапный, но и весьма непредсказуемый. Он приводит к тому, что результаты деятельности предыдущего менеджмента пересматриваются, нередко — с заменой пула контрагентов. Каждый вновь пришедший коллектив, как правило, начинает свою работу с «зачистки», тщательно проверяя ранее принятые решения и заключенные контракты, чтобы, с одной стороны, не нести ответственность за действия предшественников, а с другой — на контрасте с ними продемонстрировать собственную управленческую эффективность.

Ряд нарушений в хозяйственной деятельности — к примеру, в случаях, когда объем выполненных работ не равен фактическому

объему, их качество не соответствует заявленному или же работы вовсе не выполнялись, — может повлечь и уголовно-правовые последствия. А правоохранительные органы, как известно, не всегда учитывают в процессе своей работы перспективы развития экономики или инвестиционную привлекательность страны. Поэтому следует помнить: проверке подвергнется вся деятельность предыдущего менеджмента, а не только контракты, процедуры заключения или исполнения которых в силу их незначительности не всегда безупречны, удостоится отдельного прищельного интереса.

Выбор без выбора

Нередко акционеры ставят перед топ-менеджером непростые и не вполне законные задачи, например привлечь определенного подрядчика к выполнению работ с заведомо низким качеством, перечис-

лить деньги за оказание услуг, завершить только «на бумаге», либо выдать на длительный срок беспроцентные или ничем не обеспеченные займы.

В дальнейшем руководитель компании с высокой вероятностью окажется перед выбором — продолжить выполнять сомнительные распоряжения акционеров компании или принять решение об уходе. Последнее, разумеется, продуцирует риски для акционеров, вынужденных заранее просчитывать возможность собрать на него «компромат», ведь в ситуациях, когда от правоохранительных органов начнут поступать вопросы, молчание топ-менеджмента должно быть чем-то обеспечено.

Смена фаворита

При ротации акционеров новые собственники могут обратить внимание на ранее реализованное имущество или оплаченные услуги. К примеру, если акционеры сочтут, что определенное имущество продавалось по заниженной стоимости, а сроки давности в гражданском разбирательстве истекли, то его возвращение может быть реализовано через возбуждение уголовного дела. Если же в ходе расследования выяснится, что покупатель был аффилирован с продавцом или имущество продавалось без соблюдения необходимых процедур и согласований, действия руководителя компании могут быть квалифицированы как мошенничество.

В нашей практике встречались случаи, когда к уголовной ответственности привлекали руководителей, согласовавших контракты с акционерами. Сначала совладельцы компании с госучастием предоставляли покупателя, а в дальнейшем занимали обратную позицию: утверждали, что подписывали протоколы согласования сделки без изучения, доверившись устно докладу генерального директора, который ввел их в заблуждение, а с покупателем они и вовсе не знакомы.

Цена конфликта

Если внутри компании с госучастием разгорится акционерный спор, он способен существенно ударить по топ-менеджеру: его могут использовать в качестве заложника или превратить в источник информации, «добывая» показания на акционера. Как правило, схема выглядит так: в интересах одной стороны конфликта возбуждается надуманное уголовное дело, а обвиняемым назначается генеральный директор, от которого под угрозой лишения свободы получают необходимые показания на вторую сторону акционерного спора.

Контрагенты в зоне риска

Для принуждения к снижению стоимости уже выполненных работ государственные компании могут использовать механизм возбуждения уголовного дела в отношении неустановленных лиц, где в качестве объективной стороны преступления выступают обстоятельства заключения и реализации контракта. Несмотря на то что привлечение контрагента к ответственности часто происходит при соучастии менеджмента, принявшего работу, сам факт возбуждения дела и упоминания о нем в СМИ может негативно повлиять на деловую репутацию добросовестного участника контракта.

На «токсичность» госсектора косвенно указывает и законопроект «О внесении изменений в статьи 201 и 285 Уголовного кодекса Российской Федерации в части уточнения понятия „должностное лицо“», внесенный на рассмотрение в Госдуму в августе текущего года. Согласно тексту документа, перечень субъектов, подпадающих под определение должностного лица, рекомендуется расширить: к ним также могут отнестись руководители дочерних структур госкомпаний, что позволит легче привлечь их к уголовной ответственности как за злоупотребление должностными полномочиями, так и за взятки, служебные подлоги и халатность. Если законопроект примут, заявление со стороны материнской компании для возбуждения уголовного дела уже не потребуются. С одной стороны, такая инициатива призвана существенно облегчить работу правоохранительным органам, но с другой — это предупреждающий «желтый флаг» для участников рынка: сотрудничество с государством помимо профита чревато серьезными рисками, которые следует тщательно просчитывать заранее.

Юлия Карпаченя

Перерасчет на пять миллионов

— налоги —

Новый закон разрешит российским владельцам контролируемых иностранных компаний (КИК) перейти с 2020 года на фиксированный налог в размере 5 млн руб. Изменения также позволят не сообщать о доходах КИК. О плюсах и минусах перехода на новый налоговый режим рассказывают управляющие партнеры FTL Advisers МАРИЯ ЧУМАНОВА и НАТАЛЬЯ ПАЦЕВА.



МАРИЯ ЧУМАНОВА

Суть изменений

9 ноября текущего года вступил в силу федеральный закон №368-ФЗ о внесении изменений в Налоговый кодекс РФ в части введения специального режима налогообложения прибыли КИК для физических лиц — российских налоговых резидентов, а также изменения общего порядка налогообложения прибыли КИК для физических лиц.

Применение нового режима налогообложения позволит контролирующему лицу уплатить налог в размере 5 млн руб. со всех контролируемых иностранных компаний независимо от их количества и объема нераспределенной прибыли, а также освободит налогоплательщиков от обязанности рассчитывать и декларировать прибыль каждой КИК и представлять налоговому органу финансовую отчетность компании.

Основной «целевой аудиторией» нового режима являются контролируемые лица и владельцы «портфельных» КИК, или, как их иногда называют, «КИК-кошельков»: компаний, получающих преимущественно

инвестиционные доходы от операций с ценными бумагами, включая дивиденды и купонные доходы по облигациям.

От фиксированной прибыли к НДФЛ

При применении нового режима общая сумма прибыли КИК фиксируется в размере 38,4 млн руб. за 2020 налоговый период. За последующие налоговые периоды сумма будет чуть меньше — 34 млн руб. Таким образом, контролирующее лицо заплатит около 5 млн руб. в год (то есть сумму НДФЛ от суммы вмененной прибыли) совокупно за все КИК без обязанности рассчитывать для каждой из компаний сумму прибыли и налога.

Режим «фиксированного налога» отличается рядом особенностей — например, он доступен только для налогоплательщиков — физических лиц.

Также закон устанавливает минимальный срок, в течение которого налогоплательщик обязан применять данный режим: в зависимости от года перехода он составит от трех до пяти лет. К примеру, если налогоплательщик начнет применять фиксированный режим в отношении 2020 или 2021 года, то будет обязан продолжать его применение в течение последующих трех лет. Если же переход случится в более поздние периоды, минимальный срок применения нового режима составит пять лет. Досрочно отказаться от применения режима уплаты НДФЛ с фиксированной прибыли КИК получится только в случае, если решение изменить его условия примет орган власти либо если налогоплательщик утратит контроль над всеми КИК. Если же контроль будет утрачен лишь в отношении части КИК, обязанность уплаты фиксированного налога в установленной сумме (5 млн руб.) сохранится в полном объеме на весь минимальный период действия режима.

Владельцы КИК вправе перейти на фиксированный режим уплаты налога в отношении всех компаний, направив в ФНС специальное уведомление. Для перехода на фиксированный режим в отношении 2020 года налогоплательщику необходимо направить уведомление до 1 февраля 2021 года. Если переход на фиксированный режим касается 2021 года, нужно успеть уведомить фискалов не позднее 31 декабря 2021 года. Аналогичное правило действует и для более поздних периодов.



НАТАЛЬЯ ПАЦЕВА

Важно помнить, что переход на новый режим не освобождает налогоплательщика от обязанности подавать как уведомления об участии в иностранных компаниях и структурах без образования юридического лица, так и уведомления о КИК. Однако рассчитывать прибыль КИК и предоставлять подтверждающие документы (например, бухгалтерскую отчетность компании и аудиторское заключение) не придется.

Из существенных недостатков: «фиксированный» режим не позволяет владельцу КИК воспользоваться механизмом зачета налога, уплаченного за рубежом, а также налога у источника, ранее уплаченного в России, в отличие от применения обычного режима налогообложения КИК. Также дивиденды, полученные российским налоговым резидентом, от КИК будут облагаться в общем по-

рядке без возможности их уменьшения на сумму уплаченного фиксированного налога с прибыли КИК.

Нотабене: плюсы и минусы перехода

К положительным аспектам нововведений можно отнести отсутствие необходимости рассчитывать прибыль по каждой из своих КИК и предоставлять в налоговые органы подтверждающие документы. Это должно сократить административные издержки на подготовку финансовой отчетности КИК и в случае необходимости прохождения аудита. Также это избавит владельца КИК от риска наложения достаточно существенных штрафов, введенных новым законом за непредоставление документов, подтверждающих размер прибыли КИК, либо наличие ошибок в них.

Но помимо указанных плюсов режим имеет и явные минусы для контролируемых лиц. Во-первых, применяющее его лицо утрачивает право на зачет налога, уплаченного в отношении прибыли КИК за рубежом и в России, против суммы «фиксированного» налога. Во-вторых, этот налог нельзя будет зачесть и против налоговых обязательств физического лица по дивидендам, полученным от КИК. В-третьих, сохраняется ответственность за не включение компании в уведомление или неподачу уведомления о КИК для лиц, заявивших применение нового режима. Таким образом, уплата «фиксированного» налога, по сути, представляет собой плату за отсрочку уплаты НДФЛ в отношении прибыли КИК до момента ее распределения в виде дивидендов.

Контроль отчетности и учета прибыли КИК ужесточится — в первую очередь это будет иметь значение для тех, кто останется на старом режиме. Физическим лицам, сделавшим такой выбор, нужно будет подавать в ФНС подтверждающие документы не только по тем КИК, по которым применяются освобождения по ст. 25.13 НК РФ или по которым имеется положительная налоговая база, но и по всем остальным КИК, включая убыточные. Указанные документы необходимо подавать совместно с уведомлением по КИК.

Сейчас по действующему законодательству владельца КИК уплачивают налог с прибыли КИК (даже при отсутствии ее распределения в виде дивидендов) в том случае, если прибыль компании превышает 10 млн руб. в год — данный лимит действует для каждой отдельной компании. И если бенефициар имеет несколько КИК, чья совокупная годовая прибыль превышает ожидаемый порог в 34–38 млн руб., однако большая часть данных компаний имеет прибыль менее 10 млн руб. в год, каждая, целесообразность режима фиксированного платежа вновь оказывается под вопросом.

В любом случае, прежде чем принимать решение о переходе на новый налоговый режим, необходимо тщательно все обдумать, в том числе четко оценить риски рентабельности уплаты фиксированного налога в течение минимальных обязательных периодов (три-пять лет), исходя из расчета ожидаемого размера прибыли подконтрольных компаний в указанные периоды, а также вида получаемых доходов.

Уголь вне конкуренции

— вектор —

В сентябре текущего года Федеральная антимонопольная служба (ФАС) России посчитала, что три региональные теплоэнергетические компании вступили в сговор на торгах по поставке угля. По итогам выявленных нарушений — антимонопольное ведомство оценивает их в 1,5 млрд руб. — участникам торгов грозят крупные оборотные штрафы. Компании считают, что ФАС установила сговор в отсутствие прямых доказательств, и оспаривают решение надзорного органа в Арбитражном суде г. Москвы.

В июне 2020 года ФАС России заявила, что выявила признаки нарушений п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции при проведении закупок на поставку угля для нужд теплоэлектроцентрали, расположенных в Архангельской, Новгородской и Ярославской областях, на общую сумму более 1,5 млрд руб. В результате ФАС России возбудила дело в отношении компаний-заказчиков ПАО ТЭК-2, АО «Архоблэнерго» и компаний-участницы ООО ТЭК. Антимонопольные органы провели несколько внеплановых проверок, а также проанализировали обстоятельства проведения закупок на поставку угля в 2017–2018 годах. В результате в сентябре 2020 года (всего за три месяца рассмотрения дела из девяти возможных) ФАС России вынесла решение о нарушении тремя вышеуказанными компаниями За-

кона о защите конкуренции путем заключения ограничивающего конкуренцию соглашения между заказчиками торгов и их участником. В связи с установленным ФАС России нарушением компаниям грозят многомиллионные оборотные штрафы.

Компании не согласились с решением ФАС России и подали в Арбитражный суд города Москвы заявления о признании его недействительным. Теперь суду предстоит разобраться в законности и обоснованности решения ведомства, тем более что основания сомневаться в правильности решения есть.

Непрямые выводы

До того как ООО ТЭК выиграло спорные закупки, поставкой угля в адрес ПАО ТЭК-2 и АО «Архоблэнерго» занимались другие поставщики — ООО «Флотснаб» и ООО «ТФ Квадр». После проведенных ПАО ТЭК-2 и АО «Архоблэнерго» тендеров прежние поставщики написали жалобы в ФАС России, МВД и другие инстанции, после чего и начались внеплановые проверки, которые привели к оозвученному решению ФАС России. В чем же заключалось обвинение со стороны ФАС России в заключении соглашений?

По мнению ПАО ТЭК-2, АО «Архоблэнерго» и ООО ТЭК, ФАС России установила сговор на основании исключительно косвенных доказательств: ни одного прямого доказательства заключения соглашения в решении ФАС России не указано. Так, согласно решению ве-

домства, ООО ТЭК не соответствовало требованиям закупок. Однако компании считают, что такой вывод был основан на неправильном толковании ФАС России положений документации. По мнению компаний и вопреки выводам ФАС России, ООО ТЭК полностью соответствовало требованиям заказчика, в отличие от других компаний, также представивших свои заявки. Тем более что в отсутствие иных подходящих поставщиков угля отопительный сезон находился под угрозой срыва, ведь без угля котельные не смогли бы продолжить свою работу.

Конкуренцию подвергли анализу

Любой, кто следит за деятельностью ФАС России и ее территориальных управлений, увидит, что ведомство значительно увеличило медийную активность за последние несколько лет, особенно в части дел о соглашениях (включая картели), число которых растет по экспоненте. Большинство из этих дел антимонопольные органы выигрывают, хотя еще в конце прошлого десятилетия ситуация была скорее обратной. При этом многие эксперты соглашаются, что часто доказательство фактов сговора в рамках таких дел как минимум вызывают вопросы. Так, в процессе установления факта нарушения антимонопольного законодательства нужно обязательно доказать ограничение конкуренции либо возможность такого ограничения. Однако в ПАО ТЭК-2, АО «Ар-

хоблэнерго» и ООО ТЭК считают, что применительно к рассматриваемому решению ФАС России таких фактов установлено не было.

Более того, по мнению компаний, вопрос о конкуренции в данных тендерах и вовсе не стоял. Дело в том, что компаниями — потребителями угля часто невольно напрямую заключаются контракты с шахтами, потому что производители не могут предоставить подходящие условия по контрактам. Например, они не предоставляют рассрочку и, как правило, требуют стопроцентное авансирование работ по контракту. К тому же часть котельных, для которых закупался уголь, находится в удаленных точках, что создает сложность для поставки угля производителями. Антимонопольным органом в рассматриваемом деле не были учтены представленные компаниями экономические доказательства и тот факт, что контракты с поставщиками, осуществляющими оптовые поставки угля (не производителями), далеко не всегда выступают элементом «приумножения» прибыли, а зачастую используются в коммерческой практике как альтернативный вариант оптимизации затрат и сокращения расходов на закупку сырья и материалов.

В свою очередь, ООО ТЭК предложило рассрочку платежа, уровень цен на уголь «ниже остальных участников торгов» (с учетом транспортных расходов) и отсутствие убытка от работы с контрагентом. И поскольку ООО ТЭК является не производителем, а оп-

товым поставщиком угля, это способствовало диверсификации производителей поставляемого угля, что привело к снижению цен на поставки, а также снижению рисков заключения контрактов с производителями-банкротами, ведь за последние несколько лет многие из них были признаны таковыми. Именно поэтому компании считают, что ФАС России не исследовала или не учла конъюнктуру рынка и неверно оценила уровень конкуренции.

Комиссия ФАС России не приняла к сведению аргументы компаний и вынесла решение оштрафовать компании, признав их нарушителями. ПАО ТЭК-2, АО «Архоблэнерго» и ООО ТЭК не согласились с решением антимонопольного ведомства, и каждая из них обжаловала решение в Арбитражном суде города Москвы. В настоящее время все три дела объединены в одно.

Презумпция невиновности возвращается

Правда, в последнее время наметилась и другая тенденция: компании стали вновь выигрывать дела о сговорах у антимонопольного органа. Возможно, суды прислушались к возрастающему недовольству со стороны бизнеса и теперь будут трактовать экономические и юридические проблемы в доказательной базе ФАС в пользу ответчиков, следуя базовому понятию презумпции невиновности. Все просто: если доказательств недостаточно — необоснованное решение подлежит отмене.