**Лекція 2. Податкові ризики в заходах податкового планування**

**1. Зовнішні і внутрішні ризики в податковому плануванні**

Податкове планування супроводжується підвищеними ризиками, у зв'язку з чим особливу увагу необхідно приділити заходам щодо їх мінімізації. Але, незважаючи на те, що в літературі з оптимізації оподаткування часто використовуються "ризикова" термінологія, переважно, йдеться про визначення ризиків, які супроводжують конкретну ситуацію.

Практики прагнуть знайти який-небудь "універсальний" метод оцінки ризиків в податковому плануванні. Проте, на жаль, такого методу на даний момент не існує, і навряд чи він з'явиться в найближчому майбутньому. Річ у тому, що з описаних в науковій літературі методів оцінки ризиків в "чистому вигляді" до податкового планування можна застосувати тільки метод експертних оцінок, який ґрунтується на суб'єктивному судженні експертів.

Можна погодитися з думкою фахівців у сфері податкової ризикології стосовно того, що більшість податкових ризиків не піддається оцінці і виміру. Наприклад, податковий ризик фіскального підходу не піддається статистичній оцінці із-за великої неоднорідності спірних ситуацій, які виникають на підприємствах. Тому навіть питома вага виграних платниками судових справ проти податкових органів в загальному об'ємі таких справ не дає можливість визначити вірогідність виграшу платником судової справи в конкретному випадку

Тематика ризикології є однією з найскладніших і неоднозначних, про що свідчить навіть те, що на даний момент існує більше 300 визначень терміну "ризик". Зокрема, існує дві теорії ризику: класична, представниками якої є Дж. Міль і І. Сеньйор, і неокласична, прибічниками якої виступають А. Маршал, А. Пігу, Дж. Кейнс.

*Класична теорія розглядає ризик як вірогідність отримання збитків і витрат від обраного рішення і стратегії діяльності, а неокласична - як вірогідність відхилення від поставлених цілей.*

Стосовно податкового планування більш виправданим є підхід класичної теорії до визначення ризику, оскільки в неокласичній теорії ризик пов'язується і з діяльністю, в якій спостерігається можливість збільшення прибутку порівняно з прогнозною величиною. В той же час навряд чи коректно говорити про ризик в ситуації можливого додаткового отримання прибутку без яких-небудь негативних наслідків. Підходи класичної і неокласичної теорії до визначення терміну "ризик" розрізняються і в питаннях ототожнення понять вірогідності і невизначеності.

Так, економісти класичної школи дотримуються думки про тотожність понять "ризик" і "невизначеність", а представники неокласичної школи їх розділяють. Згідно теорії Ф. Найта ризик виступає результатом будь-якої діяльності, яку можна виміряти за допомогою методів теорії вірогідності і закону великих чисел. У разі неможливості подібних розрахунків результат діяльності є невизначеністю.

В той же час в практичній діяльності наявність ризиків, як правило, не ставиться в залежність від можливості підрахунку вірогідності їх виникнення. Нерідко зустрічаються ситуації, пов'язані з ризиком, за яких визначити вірогідність настання того або іншого наслідку неможливо.

Стосовно податкового планування як ілюстрацію можна привести ситуацію, коли існує можливість появи закону, що збільшує ставку оподаткування, але підрахувати вірогідність його появи неможливо. У цій ситуації некоректно стверджувати, що у платників виникає не ризик, а з ситуація невизначеності, оскільки це значно звужує сферу його визначення.

Основні методи управління ризиком:

1. Ухилення від ризику: відмова від операцій, пов'язаних з ризиком.

2. Управління ризиком: своєчасне виявлення процесів, які можуть привести до можливої втрати.

3. Поглинання ризику: визнання витрат і їх пряме або непряме фінансування за рахунок внутрішніх або зовнішніх джерел.

4. Передача ризику іншій особі.

5. Розподіл ризику між контрагентами: часткова передача ризику контрагентові.

**Методи оцінки ризику:**

1. Експертний: кваліфікація особи визначає міру ризику.

2. Економіко-статистичні: коли є великий об'єм статистичної інформації.

3. Розрахунково-аналітичні, на основі внутрішньої інформації підприємства.

4. Аналогові методи: за окремими операціями порівняно з аналогічними.

Стосовно методики управління податковими ризиками заслуговує на увагу підхід, відповідно до якого така методика включає наступні дії:

1. планування управління ризиками;
2. збір інформації щодо ризиків;
3. ідентифікацію ризику;
4. аналіз впливу ризику, його оцінку і ранжирування;
5. встановлення індикаторів ризиків і планування реагування на реалізацію ризику;
6. вибір методу впливу на ризик і дії на нього;
7. повторне оцінювання ризиків, за якими індикатори показують критичні значення і повторне зіставлення оцінок цих податкових ризиків з їх індикаторами;

8) моніторинг і аналіз стану управління ризиком.

**Ризики в податковому плануванні можна визначити як можливість виникнення небажаних для суб'єкта податкових правовідносин наслідків у вигляді понесення фінансових й інших втрат, пов'язаних з впровадженням заходів податкового планування, які обумовлені негативними відхиленнями від прогнозованих станів в майбутньому.**

Окрім фінансових тратт до втрат в податковому плануванні можна віднести нефінансові втрати, зокрема: посилення податкового контролю, спричинення шкоди діловій репутації, обмеження права розпорядження майном, карне переслідування і тому подібне

Існує декілька підходів до класифікації ризиків в податковому плануванні, на думку автора, доцільно їх розділити таким чином (рис. 1):

**Ризики в податковому плануванні**

**Відповідальності**

**Контролю**

**Організаційні**

**Законодавчі**

Технологічні

Комерційні

Психологічні

Соціальні

Рис. 1. Ризики в податковому плануванні

**Законодавчі ризики** обумовлені можливістю зміни законодавчих і інших нормативних актів, які регулюють порядок оподаткування операцій (наприклад, зміни умов надання податкових пільг, ставок оподаткування і т.п.).

На сучасному етапі українське податкове законодавство відрізняється крайньою нестабільністю. Тому для цілей мінімізації негативних наслідків змін законодавчих актів, окрім основного варіанту оптимізації необхідно використовувати резервні варіанти, які можуть бути застосовані у разі зміни законодавства, що відноситься до основного варіанту. Необхідність використання резервних варіантів зростає у міру посилення нестабільності законодавства.

Крім того в українському законодавстві є ряд норм, що суперечать між собою, що фактично визнано і на нормативному рівні. Так, в пп. 4.1.4 Податкового кодексу України закладено принцип презумпції правомірності рішень платника податків у разі, якщо норма закону або іншого нормативно-правового акту, виданого на підставі закону, або якщо норми різних законів або різних нормативно-правових актів допускають неоднозначне (множинне) трактування прав і обов'язків платників податків або контролюючих органів, внаслідок чого є можливість прийняти рішення як на користь платника податків, так і контролюючого органу.

За наявності неоднозначності правил оподаткування в конкретній ситуації платник має право скористатися нормами ст. 52 Податкового кодексу України стосовно надання письмових індивідуальних податкових консультацій.

При цьому необхідно врахувати, що звільняють від відповідальності платника податків тільки письмові індивідуальні податкові консультації (адресовані йому особисто) і узагальнюючі податкові консультації. Стосовно відповідальності слід звернути увагу на те, що під нею в ст. 111 Податкового кодексу України розуміється фінансова (штрафні санкції і/або пеня), адміністративна і карна відповідальність. В той же час отримання індивідуальної або узагальнюючої податкової консультації не звільняє від сплати податкового зобов'язання.

Платник податків може оскаржити до суду як правовий акт індивідуальної дії податкову консультацію контролюючого органу, викладену в письмовій або електронній формі, яка, на його думку, суперечить нормам або змісту відповідного податку або збору (п. 53.3 Податкового кодексу України).

Тим часом не завжди такі звернення дозволяють виключити ситуацію невизначеності, оскільки нерідко контролюючі органи надають формальні відповіді, які не вносять ясності до порядку оподаткування проблемної операції.

Загальноюридичні правила рішення колізій в законодавстві, якими повинні керуватися офіційні органи були викладені в листах ДПАУ від 06.02.2009 р. № 524/Л/32-0814, Мінюсту від 30.01.2009 р. № Н- 35267-18, від 26.12.2008 р. № 758-0-2-08-19.

В цілому ж за наявності протиріччя між законодавчими актами і позицією податкових органів, необхідно проаналізувати, чи вигідна платнику податків позиція останніх. Якщо вона вигідна, то можна їй слідувати.

У зворотній ситуації має сенс розглянути позицію судових органів з цього питання. Якщо позиція судових і податкових органів співпадає, то має сенс відмовитися від небезпечного варіанту оподаткування. За наявності суперечливої судової практики або її відсутності можна говорити про ситуацію невизначеності, яка супроводжується підвищеною ризиковістю, оскільки позиція судових органів нестабільна і важко прогнозована, а правила судового прецеденту в Україні не діють.

При виникненні конфліктної ситуації з контролюючими органами, що підлягає судовому розгляду, має сенс отримати правову експертизу у незалежних фахівців, оскільки як свідчить судова практика, суди переважно, погоджуються з виводами експертів.

**Організаційні ризики** в податковому плануванні обумовлені можливими організаційними складнощами реалізації заходів податкового планування.

Ці ризики є складними і включають різні види ризиків, які відрізняються причинами, сферою прояву, зокрема, технологічні, комерційні, психологічні, соціальні та ін.

**Технологічні ризики** обумовлені можливими складнощами технологічної реалізації заходів податкового планування.

Наприклад, підприємство може не мати в розпорядженні достатніх ресурсів для реєстрації сателіта в офшорній зоні або не мати можливості зареєструвати підприємство-інвалідів та ін.

Мінімізувати такі ризики можливо шляхом проведення всебічного аналізу ресурсної, кадрової і іншої бази підприємства з метою розширення складу інформації, що відноситься до заходів податкового планування.

**Комерційні ризики** пов'язані з можливістю виникнення конфліктних ситуацій з контрагентами з приводу неузгодженого переведення на них податкових зобов'язань.

Для мінімізації цих ризиків необхідно заздалегідь погоджувати усі плановані заходи щодо податкового планування з контрагентами, інтереси яких вони зачіпають.

Наприклад, якщо підприємство бажає з метою відстрочення платежів з ПДВ перерахувати в останніх числах місяця передоплату контрагенту-платнику ПДВ, то для уникнення конфліктної ситуації, йому необхідно погоджувати такі дії з контрагентом.

**Психологічні ризики** в податковому плануванні обумовлені психологічним відношенням осіб до заходів податкового планування.

Так, зважаючи на те, що заходи щодо податкового планування асоціюються у контролюючих органів з ухиленням від сплати податків, існує вірогідність відмови осіб-виконавців від їх проведення.

Наприклад, головний бухгалтер може відмовитися відображати у складі витрат послуги з маркетингового дослідження, проведеного приватним підприємцем-платником єдиного податку.

Ці ризики можливо мінімізувати, зокрема, шляхом надання обгрунтованих роз'яснень з посиланнями на норми чинного законодавства, роз'яснення контролюючих органів, судову практику з питань податкового планування особам, що беруть участь в заходах податкового планування.

**Соціальні ризики** в податковому плануванні пов'язані з можливістю виникнення конфліктних ситуацій з працівниками підприємства внаслідок проведення заходів податкового планування.

При виникненні ситуацій, що супроводжуються соціальними ризиками з метою їх мінімізації необхідно продумати дії з додаткової соціальної підтримки працівників, наприклад, сплати частини внесків за співробітників до недержавних пенсійних фондів.

**Ризики контролю** в податковому плануванні обумовлені можливістю привертання підвищеної уваги контролюючих органів в результаті заходів податкового планування.

Підвищена увага контролюючих органів, зокрема може полягати в проведенні додаткових перевірочних дій за результатами діяльності підприємства, що використовує політику податкового планування.

Увага контролюючих органів може бути також обумовлена використанням в податковому плануванні прозорих схем оптимізації, з яких можна побачити, що основною спрямованістю угоди виступала оптимізація податкових платежів. В цьому випадку можливі спроби одностороннього трактування податківцями деяких норм законодавства з метою перешкоди застосуванню таких схем, зокрема, можливе використання судової процедури визнання їх незаконними або адміністративного тиску для створення перешкод платнику в сфері дозвільної системи держави. При цьому відносно конкретного платника незаконними можуть бути визнані і податкові схеми, що мають масове використання, тоді як стосовно інших платників їх використання продовжуватиме визнаватися законним способом оптимізації. Прикладом таких випадків є кримінальна справа, відкрита відносно керівництва банку "Слов'янський" в Україні, справа М. Ходорковского в Російській Федерації.

Крім того можливе внесення змін до законодавства з метою створення перешкод для застосування прозорих податкових схем.

Прозорість схеми визначається, як правило, кількістю осіб, задіяних в цій схемі, територіальними межами схеми, мірою дроблення фінансово-товарних потоків схеми.

У зв'язку з цим для цілей мінімізації негативних наслідків можна стверджувати, що чим більше осіб і вище ступінь дроблення потоків, тим менш прозорою і ризиковою є схема. Можна також зробити висновок, що міжнародні податкові схеми менш прозорі, чим внутрішньодержавні.

**Ризики відповідальності** обумовлені можливістю застосування фінасової, адміністративної та карної відповідальності до осіб, що беруть участь в заходах податкового планування.

Ці ризики слідують з ризиків контролю, і з метою їх мінімізації, по-перше, необхідно всебічно проаналізувати інформаційну законодавчу базу, що відноситься до застосування податкової схеми, по-друге, постійно підвищувати кваліфікацію персоналу і ефективність заходів внутрішнього контролю з метою виявлення можливих помилок.

Таким чином, можна зробити висновок, що врахування ризиків в податковому плануванні є важливим чинником при ухваленні рішень. Ігнорування ризиків в податковому плануванні може привести до ухвалення некоректних рішень в області податкового планування, що може бути розцінене контролюючими органами як ухилення від сплати податків із застосуванням відповідної карної і фінансової відповідальності до керівництва підприємства.

**2. Законні і протизаконні способи мінімізації податків**

У зарубіжній теорії оподаткування виділяють три поняття уникнення від сплати податків:

**Ухилення від сплати податків (tax avasion),** під яким розуміють незаконне використання підприємством або фізичною особою податкових пільг, несвоєчасну сплату податків, приховування доходів, непредставлення або несвоєчасне представлення документів, необхідних для своєчасного обчислення і сплати податків.

**Обхід податків (tax avoidance),** за яким підприємство або фізична особа не є платником, або його діяльність не підлягає оподаткуванню, або його доходи не обкладаються податками. Підприємство при цьому може використовувати такі незаконні способи як не реєстрація діяльності або уникнення від постановки на облік об'єктів оподаткування.

**Податкове планування (tax planning),** в якому юридичними і фізичними особами проводиться активна податкова політика, спрямована на мінімізацію негативного впливу оподаткування методами, що не суперечать законодавству.

Проте при використанні цієї термінології залишається неясним, чим законний обхід податків відрізняється від податкового планування, а незаконний - від ухилення від сплати податків.

У зв'язку з цим поняття законного обходу податків з метою уточнення можна визначити як пасивні заходи, що дозволяють платнику податків використовувати пільговий порядок оподаткування. Прикладом таких заходів може виступати вибір спрощеної системи оподаткування підприємства або реєстрація підприємства за місцем знаходження на території пріоритетного розвитку.

Основною відмінністю заходів податкового планування і обходу податків виступає процедурний характер їх проведення. Податкове планування передбачає здійснення активних дій щодо оптимізації податків і, зокрема, нестандартне застосування законодавчих норм відносно пільгового порядку оподаткування, а обхід податків носить пасивну спрямованість, і оптимізація податків в ньому досягається за рахунок стандартного, прямого застосування норм законодавства, які передбачають пільговий порядок оподаткування.

До ухилення від сплати податків відносяться протиправні дії зі зменшення податкових зобов'язань, які спричиняють за собою у разі виявлення відповідальність за порушення податкового законодавства.

Таким чином, можна зробити висновок, що при ухиленні від сплати податків відхід від податків досягається за допомогою заборонених законодавством способів і прийомів, а податкове планування здійснюється у рамках чинного законодавства.

Деякі способи ухилення від сплати податків приведені на рис. 2:

**Способи ухилення від сплати податків**

Неправомірне використання пільг зі сплати податків і зборів

Викривлення у фінансовій або податковій звітності результатів фінансово-господарської діяльності підприємства (заниження доходів або завищення витрат)

Ненадання документів, пов'язаних з обчисленням і сплатою до бюджету податків і зборів (податкових розрахунків, декларацій)

- надання уповноваженим органам свідомо помилкової інформації про право на отримання податкових пільг;

- приховування від уповноважених органів втрати підстав для отримання податкових пільг

- відсутність реєстрації суб'єктів господарювання в органах державної реєстрації і в податкових органах;

- умисне неподання податкових розрахунків і декларацій зареєстрованими суб'єктами господарювання, зокрема "фіктивними" фірмами

Доходи:

умисне приховування доходів в звітності і регістрах податкового (бухгалтерського) обліку, зокрема , неоприбуткування готівки, отриманої від реалізації товарів (робіт, послуг) за рахунок ведення "подвійної" бухгалтерії

Витрати:

умисне завищення витрат в звітності і регістрах податкового (бухгалтерського) обліку, зокрема за рахунок відображення документів, отриманих від "фіктивних" фірм

Рис. 2. Способи ухилення від сплати податків

Тим часом фахівці правомірно відмічають, що у ряді випадків важко провести межу між поняттями законного і незаконного уникнення від сплати податків. Пов'язано це, передусім, з наявністю українському законодавстві поняття фіктивної і удаваної угоди, які можуть бути визнані судом недійсними.

У зв'язку з цим більшість вітчизняних і зарубіжних фахівців в сфері податкового планування акцентують увагу на тому, що при аналізі угод на відповідність критерію законності до уваги повинні братися як форма правовідносин, так і фактичні наміри сторін.

**3. Поняття і наслідки удаваної і фіктивної правової угоди**

**Фіктивна угода** (угода, здійснена з метою прикриття іншої угоди, здійсненої фактично).

**Удавана угода** (угода, здійснена без намірів створення правових наслідків, передбачених цією угодою).

У світовій судовій практиці вироблені спеціальні судові доктрини, які застосовуються судами для визнання угод, здійснених платниками податків не відповідним вимогам законодавства.

**Доктрина "сутність над формою"** спрямована на визначення податкових наслідків удаваних угод і полягає в тому, що юридичні наслідки, які слідують з угоди, визначаються більшою мірою її сутністю, а не формою.

**Доктрина "ділова мета"** полягає в тому, що угода, що дає певні податкові переваги її сторонам може бути визнана недійсною, якщо вона не досягає ділової мети. При цьому податкова економія не може бути досягненням мети.

**Доктрина "угода по кроках"** являється, по суті, складовою частиною доктрини "істота над формою" і полягає в тому, що суд при розгляді конкретної угоди усуває проміжні операції, проведені сторонами і розглядає тільки фактичні результати операцій.

З наведеного можна зробити висновок, що для надання мінімізації податків законних підстав недостатньо просто змінити на папері форму взаємин на більш пільговий порядок, а не необхідно змінити її суть.

Це важливо зробити тому, що ухилення від сплати податків заподіює істотний збиток економічної безпеки держави, перешкоджає плановому надходженню податків до бюджету і підриває нормальне функціонування державної економіки. Тому воно переслідується законодавством і карається в адміністративному і карному порядку.