

Каменський Д. В.,

*к.ю.н., завідувач кафедри галузевих юридичних дисциплін
Бердянського інституту державного та муніципального управління
Класичного приватного університету*

ПОДАТКОВА ОПТИМІЗАЦІЯ ТА ПОДАТКОВЕ УХИЛЕННЯ У США: ОСОБЛИВОСТІ ВІДМЕЖУВАННЯ

Анотація. Стаття присвячена дослідженню сучасних підходів американського законодавця, судової практики і кримінально-правової науки до відмежування схем податкової оптимізації від кримінально карного ухилення від сплати податків. Показана схожість цієї юридичної проблематики в США і Україні.

Ключові слова: податкова оптимізація, ухилення від сплати податків, податковий злочин, Податковий кодекс.

Постановка проблеми. Суддя Верховного Суду США Олівер Холмс в одному із рішень Суду зазначив, що податки — це платня за цивілізоване суспільство. У свою чергу під час виступу перед американським Конгресом, присвяченого проблемі ухилення від сплати податків (червень 1937 р.), Президент США Франклін Рузвельт, цитуючи слова Холмса, додав, що за умов такої «платні» занадто багато громадян прагнуть одержати цивілізацію зі знижкою [1]. 70 років потому питання ефективної протидії шахрайським махінаціям, пов'язаним із несплатою податків, проблеми попередження маніпуляцій із порядком справляння обов'язкових платежів, а також пошук ефективних підходів до відмежування правомірної податкової оптимізації від злочинного ухилення від сплати податків залишаються відкритими у США, а також, на жаль, супроводжують негативні тенденції економічного розвитку і в Україні.

Сьогодні податкова оптимізація (унікнення, мінімізація) визнається урядами практично всіх демократичних держав. У більшості випадків таке визнання має негативний «присмак», адже схеми оптимізації зазвичай становлять собою загрозу принципам інтегрованості, рівності і справедливості, що притаманні сучасним податковим режимам.

Податкова оптимізація, на відміну від ухилення від сплати податків, полягає у використанні платником податків дозволених чи незаборонених законодавством способів зменшення суми податкових платежів. У такому разі дії платника податку не є податковим правопорушенням, у тому числі злочином і, відповідно, не викликають несприятливих наслідків для платника податку, таких,

зокрема, як донарахування податків, накладення фінансових санкцій, нарахування пені, притягнення до кримінальної відповідальності.

На практиці податкова оптимізація знаходить свій вираз у виборі платником податків найбільш привабливих форм здійснення економічної діяльності з метою обчислення оптимальної суми податків в конкретних умовах господарювання згідно з чинним законодавством. Під правовими формами розуміються передбачені законодавством варіанти поведінки — вибір організаційно-правової форми здійснення діяльності, податкового режиму, облікової політики, виду і умов цивільно-правових договорів, використання пільг. Пошук оптимальних управлінських рішень, спрямованих на правомірну мінімізацію зобов'язань щодо сплати обов'язкових платежів, є характерним напрямом податкової політики суб'єкта господарювання за умов ринкових відносин.

Ст. 67 Конституції України закріплює обов'язок кожного сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, установлених законом. Водночас буквальне тлумачення цього положення Основного закону, а також звернення до властивого правовій державі принципу «дозволено все, що прямо не заборонено законом», дозволяє зробити логічний висновок про те, що податкова оптимізація є цілком законним і таким, що перебуває у межах правового поля, проявом поведінки платника податку.

На превеликий жаль, Податковий кодекс України (далі у цій статті — ПК України) не пропонує визначення і взагалі не звертається до поняття «податкова оптимізація» або його синоніму, хоч цілком очевидно, що воно могло б стати важливим юридичним орієнтиром у повсякденній діяльності суб'єктів податкових правовідносин. У науці податкового права під податковою оптимізацією традиційно розуміється зменшення розміру податкового зобов'язання шляхом цілеспрямованих правомірних дій платника податку, що включають в себе повне використання всіх наданих законодавством пільг, податкових звільнень та інших законних переваг. Вочевидь наголос у цій дефініції повинен ставитись саме на правомірності дій учасника податкових відносин. У протилежному

випадку поведінка платника податків (його службової особи) може вийти за межі дозволеної законом або навіть набути ознак злочинного ухилення від сплати податків і зборів (ст. 212 КК України).

Не передбачає вітчизняне податкове законодавство і критеріїв, які б дозволили провести чітке розмежування між законним зменшенням податкових зобов'язань (податковою оптимізацією) та ухиленням від сплати податків. У зв'язку з цим актуальною залишається проблема «сірих схем», коли платник податків формально не порушує жодну статтю ПК України, однак за допомогою схем податкового планування суттєво зменшує свої податкові зобов'язання порівняно з іншими платниками податків, які такі схеми не використовують.

З огляду на очевидні прогалини у вітчизняному законодавстві, вважаємо за доцільне звернути увагу на сучасний зарубіжний досвід розв'язання позначених питань. Зокрема, Сполучені Штати Америки по праву можуть пишатись чималими напрацюваннями у цій сфері функціонування системи оподаткування. **Метою** цієї статті є вивчення сучасного правового досвіду США в частині відмежування схем податкової оптимізації від випадків злочинного ухилення від сплати податків. Автор статті також прагнув провести порівняльний аналіз американського та вітчизняного підходів до юридичної оцінки таких дій платників податків.

Викладення основного матеріалу. Американські юридичні словники тлумачать податкову оптимізацію як використання особою дозволених законодавством можливостей податкового планування з метою зменшення фіскальних зобов'язань [2, 705]. Як вдало підкреслив суддя апеляційного суду 2 округу Джон Хенд в окремій думці у справі Комісіонер проти Ньюмана (1947 р.), ніхто не повинен, виконуючи свій громадський обов'язок, сплачувати більше, ніж того вимагає закон, адже податки — це вимушені відрахування, а не добровільні внески [3].

Регулятивне законодавство США визнає податкову оптимізацію правомірною поведінкою; натомість ухилення від оподаткування (як різновид податкового шахрайства) є суспільно небезпечним діянням, що тягне кримінальну відповідальність. Водночас на практиці мають місце ситуації, коли провести межу між цими двома видами юридично значущої поведінки платників податків дуже важко або взагалі неможливо. На цю обставину звертає увагу американська дослідниця П. Морган, яка причину існування окресленої проблеми вбачає у складності податкових законів [4, 4]. До речі, у ряді випадків норми Податкового кодексу США (далі у цій статті — ПК США) не розкривають використовувані поняття «оптимізація» та

«ухилення», що лише ускладнює юридичну оцінку дій платників податків. Дещо забігаючи наперед, зазначимо, що американська судова практика у неоднозначних ситуаціях, пов'язаних із відмежуванням податкової оптимізації від податкового ухилення, головним критерієм визнає суб'єктивне ставлення платника до виконання вимог податкового закону: якщо наявні фактичні обставини, що підтверджують відверту впевненість платника податків у правомірності своєї позиції, навіть якщо вона і не відповідає змісту відповідних положень ПК США, особа не буде визнаватись винною в злочинному ухиленні від сплати податків. Разом із тим, якщо платник податків усвідомлює, що його дії явно виходять за межі або прямо суперечать вимогам регулятивного законодавства, він може бути визнаний винним в ухиленні від сплати податків. Таким чином, суб'єктивне ставлення платника податків до своєї поведінки з юридичної точки зору бере гору над властивим федеральному законодавству США формальним підходом: «є факт порушення — є підстава для настання юридичної відповідальності».

Принагідно зауважимо, що, на відміну від деяких інших кримінально-правових норм, ст. 212 КК України (так само, як і § 7201 ПК США) не містить вказівки на незаконність передбаченої нею поведінки належного суб'єкта, а тому небезпека охоплення кримінально-правовою репресією випадків податкової мінімізації (оптимізації) зберігається. На перший погляд, пише О. О. Дудоров, ознака незаконного зменшення податкових зобов'язань дозволяє безпроблемно розмежовувати незаконне (у тому числі злочинне) ухилення від сплати податків і податкову мінімізацію. Водночас чимало авторів під ухиленням від оподаткування розуміють і обхід податків як правомірну діяльність: використання недоліків фінансової системи, територіального характеру податкового суверенітету держави, міжнародного співробітництва тощо [5, 115]. За такого відверто «гумового» підходу до визначення меж злочинної поведінки, закріпленого у чинній редакції ст. 212 КК України, платника податків можуть звинуватити у здійсненні діяльності, внаслідок якої держава зазнає майнових втрат, яких не було б, якби він діяв так, як інші і не був таким «розумним». Цілком очевидно, що таке занадто поширювальне тлумачення кримінального закону порушує згаданий вище принцип правового суспільства — «дозволено все, що прямо не заборонено законом».

Наведене підкреслює, що потреба у чіткій нормативній регламентації меж кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків і зборів залишається наразі актуальною. А тому поняття «податкова оптимізація» потребує належного

доктринального розроблення і подальшого законодавчого закріплення. При цьому, на наш погляд, юридичні ознаки не кримінально-правового за своїм змістом терміну «податкова оптимізація» повинні бути закріплені саме у ПК, а не у КК України.

Федеральне податкове законодавство США, як, нагадаємо, і ПК України, визначення податкової оптимізації наразі не пропонує. Як наслідок, цей термін тлумачиться американськими суддями та науковцями досить широко. Водночас фахівці коментують, що діюче податкове законодавство містить чимало нормативних «підказок» для того, щоб у більшості випадків юристи могли відмежувати податкові схеми від реальних, економічно обґрунтованих трансакцій. Більше того: податкові юристи, як правило, усвідомлюють, коли вони перебувають на «межі» між дозволеним і забороненим — між легальною податковою оптимізацією та кримінально караним податковим ухиленням.

Тут доречно звернути увагу на застереження О. О. Дудорова, який, розмірковуючи над особливостями кримінально-правового статусу податкових консультантів (податкових експертів, радників, працівників аудиторських фірм тощо), зазначає: притягнення таких осіб до кримінальної відповідальності за співучасть у злочинному ухиленні від сплати податків буде виправданим за умови, що запропоновані ними схеми «податкової мінімізації» полягають саме в умисному порушенні вимог чинного законодавства, наприклад, у внесенні перекручених відомостей у документи податкової звітності. Водночас податкова оптимізація, яка не супроводжується порушенням законних інтересів держави та яка ґрунтується на творчому використанні вад, суперечностей і лазівок у чинному законодавстві, не повинна бути сферою застосування кримінально-правової репресії. Якщо ж має місце не правомірна податкова мінімізація, а злочинне ухилення від сплати податкових платежів, кримінально-правове реагування на незаконну поведінку податкового консультанта повинне здійснюватись на підставі ч. 5 ст. 27, ст. 212 КК України [6, 415].

Податкова оптимізація, будучи одним із проявів соціально-правової поведінки, має власне ідеологічне підґрунтя, що дозволяє платникам податків та їх представникам — податковим юристам не лише виправдовувати свою поведінку, а й розглядати її як цілком законну і справедливу. Такою ідеологічною платформою податкової оптимізації у США є право на захист від зайвого втручання уряду в особисте життя, право на приватну власність, право на вільне укладання цивільних угод. Водночас критики схем податкового уникнення закидають їх прибічникам, що названі права і

свободи слугують лише прикриттям справжніх спонукань — перенесення тягаря оподаткування на плечі менш заможних верств населення. На наш погляд, такий аргумент має повне право на існування. Відповідно, американське суспільство спостерігає за конфліктом двох основних демократичних ідеологій у цій сфері суспільних відносин — ідеології свободи «проти» ідеології рівності (що втілена передусім у вигляді прогресивної шкали ставок податків із доходів фізичних осіб та на прибуток корпорацій).

Повертаючись із площини соціально-ідеологічної у площину юридичну, доречно звернути увагу на розмежувальні ознаки податкового ухилення і податкової оптимізації в США. Так, § 7201 ПК США, описуючи ознаки ухилення від сплати податків, криміналізує саме *умисне* порушення вимог податкового законодавства. Під час кримінального переслідування за § 7201 ПК уряд як сторона обвинувачення повинен виконати певний стандарт доведеності вини підсудного — «поза справедливими сумнівами». Тобто прокурор повинен надати такі докази вини підсудного, щоб журі присяжних переконалось або щонайменше схилилось до висновку про те, що підсудний дійсно вчинив податковий злочин. У контексті застосування розглядуваної кримінально-правової заборони державний обвинувач повинен продемонструвати, що платник податків свідомо та умисно не відобразив належним чином свої ділові операції у податковій звітності, унаслідок чого відбулось заниження податкового зобов'язання або виникнення податкової недоїмки.

Аналіз ознак федеральних податкових злочинів і порівняння кримінальних податкових справ із цивільними спорами, пов'язаними із застосуванням схем податкової оптимізації, дозволяє зробити висновок про те, що відмежування цих двох видів поведінки платника податків відбувається за ознакою умислу. Умисел як внутрішнє вольове ставлення особи до своїх дій, спрямованих на порушення відомого правового обов'язку, є юридичною ознакою саме злочину (зокрема, податкового).

Інша справа з податковою оптимізацією. Для такої поведінки платника податків характерним є прагнення знизити фіскальне навантаження всіма законними способами. Незалежно від того, чи буде схема оптимізації успішною, платник податків переконаний у тому, що його поведінка є абсолютно правомірною.

Різницю між ухиленням та оптимізацією за ознакою свідомого і цілеспрямованого діяння з метою заниження податкового зобов'язання встановити неможливо, оскільки обидва види податкової поведінки відповідають цій вимозі. Відповідно, правова «межа» у цьому питанні повинна

приводиться, виходячи із відвертості і достовірності свідчень платника податків, а також з урахуванням того, чи стали дії платника результатом порушення відомого йому юридичного обов'язку. Термін «податкове ухилення» може позначати поведінку, що поєднується з приховуванням, введенням контролюючих органів в оману, знищенням податкової звітності тощо; натомість поняття «податкова оптимізація» позначає поведінку, за якої платник сподівається знизити своє податкове зобов'язання, однак готовий повністю розкрити свою позицію податковим інспекторам [7].

Окремі фахівці звертають значно більше уваги на відмітну юридичну природу податкової оптимізації: у процесі реалізації плану податкової оптимізації платник не має причин боятися можливого розкриття цього плану. Навпаки, у більшості випадків безпосередньо податковий закон вимагає від такої особи подання детального звіту про проведені трансакції з метою гарантованого права на одержання податкових привілеїв.

Критики наведеної позиції закидають, що готовність повністю розкрити свою економічну та, відповідно, податкову позицію притаманна лише незначній кількості платників — учасників схем податкової оптимізації. Адже, хоч податковий оптимізатор може і не мати причин боятися можливих кримінальних санкцій, він все одно боїтиметься можливого викриття, оскільки часто на практиці часто успішна схема податкової оптимізації — це нерозкрита схема податкової оптимізації. Врешті-решт кінцева мета такої особи полягає у зменшенні податкових зобов'язань, і досягнення цієї мети не лише робить будь-яку ділову операцію більш привабливою, а й взагалі, як свідчить практика, у багатьох випадках є єдиною причиною її проведення [8].

Наведені вище міркування спонукають нас замислитись над ключовим питанням: чи можна створити ефективні правові критерії відмежування некримінальної податкової оптимізації від кримінально караного податкового ухилення? Відповідь на це питання непросте і, враховуючи результати опрацювання відповідної судової практики, буде, вочевидь, різною у кожній конкретній податковій справі. Тут доречно послатись на обстоювану Верховним Судом США позицію, відповідно до якої у кримінальних справах особа, яка своїми діями свідомо і цілеспрямовано «підійшла» до межі дії кримінально-правової заборони, повинна усвідомлювати ризик притягнення до кримінальної відповідальності у разі «перетинання» цієї межі [9]. Вочевидь, це правило поширюється і на досліджувану нами проблематику: платник податків, реалізуючи схему податкової оптимізації, повинен

усвідомлювати потенційні ризики і наслідки своєї поведінки, якщо він, прагнучи максимально зменшити свої податкові зобов'язання, «перетне» межу між сферами дозволеної і забороненої податковим законом поведінки.

Хоч податкові оптимізатори можуть помилятися з питання правомірності своєї поведінки та додержання вимог регулятивного законодавства, вони можуть бути звільнені від кримінальної відповідальності, якщо доведуть відверте та чесне нерозуміння вимог закону. Американська кримінально-правова доктрина, посилаючись на низку рішень Верховного Суду США, створила і запровадила прецедентне виключення із загальної презумпції правової обізнаності особи. Особливо помітно це виключення знайшло своє втілення під час розгляду кримінальних податкових справ [10, 170-179].

Зокрема, у справі Сполучені Штати проти Крітцера (1974 р.) апеляційний суд четвертого округу підтвердив, що у тих випадках, коли зміст закону є занадто розмитим чи навіть спірним, вважається, що підсудний не мав фактичного наміру порушити цей закон [11]. У цій справі платник податків одержав від двох федеральних органів — Служби внутрішніх доходів США та Бюро зі справ індіанців два протилежні висновки щодо визнання доходу від оренди земель на території індіанської резервації оподатковуваним. У результаті такого спірного тлумачення норм податкового законодавства з боку державних установ платник податків цей дохід не задекларував, фактично приховавши важливу фінансову інформацію від контролюючого органу. Суд дійшов висновку, що таке недекларування не можна визнати кримінально караним податковим шахрайством.

На завершення хотілось би ще раз звернутись до вже згаданого на початку статті виступу Президента Рузвельта перед американським Конгресом. Президент підкреслив, що усі методи уникнення оподаткування є схожими в тому, що вони однаковою мірою суперечать «духу» закону. Усі вони є схожими в тому, що уособлюють цілеспрямовані прагнення окремих індивідуумів, у порушення законодавчої волі Конгресу, уникнути сплати податків. Нарешті, усі вони є схожими в тому, що сприяють переміщенню тягаря оподаткування на плечі тих, хто має значно менше можливостей сплачувати податки [12]. Не піддаючи критиці висловлювання Президента США, водночас візьмемо не себе сміливість зауважити, що сьогодні, за інших умов економічного розвитку, питання дотримання правового балансу між проявами податкової оптимізації і податкового ухилення залишається відкритим і злободенним як у США, так і в Україні.

Проведене вище дослідження особливостей відмежування податкової оптимізації від податкового ухилення у федеральному праві США дозволяє сформулювати декілька узагальнюючих і значущих у порівняльно-правовому контексті **висновків**.

По-перше, враховуючи значний рівень податкового навантаження як у США, так і в Україні, стає зрозумілим прагнення багатьох платників податків всіма дозволеними (а часом і забороненими) засобами оптимізувати чи взагалі не виконувати покладені на них податкові зобов'язання. У випадку з Україною додатковою причиною таких дій є відверто незадовільний порядок справляння податкових внесків, а також значно нижча, ніж у США, податкова культура населення і бізнесу.

По-друге, проведений нами аналіз судової практики США у справах про порушення податкового законодавства дозволяє обґрунтувати таку тезу: якщо податковий шахрай повністю зосереджує зусилля на приховуванні своєї поведінки, а не на суперечливості нормативних приписів, то податковий оптимізатор, навпаки, концентрує свою увагу на неоднозначності вимог податкового закону — виявляє прогалини і змістовні недоліки в тексті юридичних норм або в практиці їх застосування, після чого активно їх використовує.

По-третє, істотному вдосконаленню практики відмежування проявів податкової оптимізації від злочинних ухилень від сплати податків могло б сприяти доповнення податкових кодексів США та України детально розробленим визначенням податкової оптимізації.

По-четверте, американський правовий досвід переконує, що прояви податкової оптимізації є не спонтанними одиничними випадками, а побудовані на певній ідеологічній платформі. У випадку із США мова йде про ліберальну ідеологію. Наведене спонукає нас замислитись над більш глибокими, системними причинами протиправної поведінки українських платників податків; вимагає виявлення цих причин, їх систематизації, а також розроблення рекомендацій щодо їх усунення. Врешті-решт, культивування поваги до закону взагалі і податкового зокрема є однією із заповунок успішної розбудови цивілізованого суспільства, про яку писав згаданий на початку цієї статті суддя Холмс.

Література:

1. President Roosevelt's Message to Congress on Tax Evasion Prevention. June 1, 1937. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=15413&st=&st1=#axzz1SASUCiGF>.
2. Garner B. Black's Law Dictionary / B. Garner. — St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2006. — 810 p.
3. Commissioner v. Newman, 2d. Cir. 1947. Hand, J., dissenting.
4. Morgan P. Tax Procedure and Tax Fraud in a Nutshell / P. Morgan. — St. Paul, Minn. : West Group, 1999. — 376 p.

5. Дудоров О. О. Проблеми кримінально-правової охорони системи оподаткування України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / О. О. Дудоров. — К., 2007. — 513 с.

6. Дудоров О. О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти : монографія / О. О. Дудоров. — К. : Істина, 2006. — 648 с.

7. Boris I. Bittker & Martin J. McMahon, Jr. Federal Income Taxation of Individuals 1—26 (1988) / Boris I. Bittker & Martin J. McMahon, Jr.

8. U.S. Department of the Treasury, the Problem of Corporate Tax Shelters: Discussion, Analysis and Legislative Proposals 23 (1999). [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/ctswwhite.pdf>.

9. Boyce Motor Lines, Inc. v. United States, 342 U.S. 337, 340 (1952).

10. Дудоров О. О. Умисел як обов'язкова ознака злочинних посягань на систему федерального оподаткування США / О. О. Дудоров, Д. В. Каменський // Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень / За заг. ред. д-ра юрид. наук, професора А. А. Музики. — К. : КЮІ КНУВС, 2005. — С. 168-179.

11. United States v. Critzer, 498 F.2d 1160, 1162 (4th Cir. 1974).

12. President Roosevelt's Message to Congress on Tax Evasion Prevention. June 1, 1937. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=15413&st=&st1=#axzz1SASUCiGF>.

Каменский Д. В. Налоговая оптимизация и налоговое уклонение в США: особенности отграничения

Аннотация. Статья посвящена исследованию современных подходов американского законодателя, судебной практики и уголовно-правовой науки к отграничению схем налоговой оптимизации от уголовно наказуемого уклонения от уплаты налогов. Показано сходство данной юридической проблематики в США и Украине.

Ключевые слова: налоговая оптимизация, уклонение от уплаты налогов, налоговое преступление, Налоговый кодекс.

Kamensky D.V. Tax Optimization and Tax Evasion in the United States: Distinguishing Features

Summary. The article is devoted to the research of modern approaches by the American legislator, judicial practice and criminal law representatives to the separation of tax optimization schemes from criminal tax evasion; similarity of the researched legal problem in the United States and Ukraine is demonstrated.

Key words: Tax optimization, tax evasion, tax crime, Tax Code.