ЮРИСТ & ЗАКОН
АНАЛИТИЧЕСКОЕ ИЗДАНИЕ

17.03.2017 – 23.03.2017, № 11

АКТУАЛЬНО

Terra incognita, или Откуда доход?

Сразу хотим успокоить всех, кто обеспокоен процедурой е-декларирования. Эта статья не касается Национального агентства по вопросам предотвращения коррупции (НАПК) и полномочий этого органа. Она немного о другом.

При подготовке к прохождению процедур контроля над концентрацией в Украине у участников операций по слиянию и поглощению нередко возникает вопрос о географическом признаке полученного ими ранее дохода. Нас часто спрашивают: а что делать с доходом, который был получен нерезидентом – участником запланированной концентрации в результате трансграничной продажи товаров украинским покупателям? Как учитывать средства, полученные от продажи товара, который был импортирован в Украину: как полученные в Украине или нет? Ответы на эти вопросы важны, учитывая критерии, установленные в части первой статьи 24 Закона Украины "*О защите экономической конкуренции*" (Закон о конкуренции).

Напомним, что *получение разрешения на концентрацию необходимо* ***при условии достижения хотя бы одного из двух стоимостных критериев:***

1) объем реализации товаров (или стоимость активов) участников концентрации превышает 30 миллионов евро, при этом объем реализации товаров (или стоимость активов) в Украине у двух и больше участников концентрации превышает 4 миллиона евро; или

2) объем реализации товаров (или стоимость активов) в Украине у субъекта, являющийся целью концентрации, или хотя бы одного из учредителей создаваемого в результате концентрации субъекта превышает 8 миллионов евро и при этом объем реализации товаров хотя бы одного другого участника концентрации, в том числе за границей, превышает 150 миллионов евро.

Как хорошо видно из описания этих критериев, вопрос, из какой территории происходит доход от реализации товаров, является одним из принципиальных в пределах подготовки к концентрации и определения ее обязательных этапов.

В действующем Законе о конкуренции нет четкого механизма идентификации доходов участников концентрации по географическому признаку. Все, что есть – это общее положение о расчете объемов

реализации товаров в части второй статьи 24.

Не прибавляет определенности и *Положение о порядке подачи и рассмотрения заявлений о предварительном получении разрешения Антимонопольного комитета Украины на концентрацию субъектов хозяйствования,* утвержденное распоряжением Антимонопольного комитета Украины от 19.02.2002 г. № 33-р (в редакции 2016 г.). Это Положение дополнительно указывает, в какие строки и графы финансовой отчетности надо смотреть, чтобы увидеть исходные цифры для расчета совокупного объема реализации товаров (пункты 2 и 3 раздела VI).

При условии отсутствия четких нормативных указателей приходится делать выводы, опираясь на особенности операций по трансграничной продаже товаров. Что известно о процедуре импорта товаров в Украину?

Таможенное оформление импортированного товара осуществляется украинским покупателем. Случаи, когда таможенные процедуры проходит нерезидент, если и есть, то, во-первых, обусловлены какими-то специальными обстоятельствами, а, во-вторых, относительно немногочисленны.

Общее правило устанавливает, что декларантом во время перемещения товаров через таможенную границу должен быть резидент (пункт 1 части первой статьи 265 Таможенного кодекса Украины).

Совокупность обязанностей декларанта в соответствии с действующим законодательством заставляет стороны внешнеторгового контракта соглашаться с тем, что момент перехода права собственности на товар происходит не позднее момента завершения таможенного оформления товара и его выпуска в свободное обращение на территории Украины.

!	**При такой ситуации, по нашему мнению, нельзя говорить о продаже товаров в Украине. Соответственно, нерезидент-поставщик не должен идентифицировать свой доход, полученный в результате такой продажи, как тот, который получен в Украине, для целей законодательства о защите экономической конкуренции.**

Интересно рассмотреть вопрос географической привязки дохода от продажи товаров в свете обязательств Украины по Соглашению об ассоциации с ЕС (Соглашение) относительно сферы экономической конкуренции и практики ЕС в этой сфере. Как известно, статьей 256 Соглашения установлено обязательство Украины в течение трех лет приблизить свое законодательство, в частности, к положениям статей 1 и 5 (1) и (2) Регламента Совета (ЕС) № 139/2004 от 20 января 2004 года о контроле за концентрацией между предприятиями. В этих статьях употребляется термин "*объем реализации товаров в пределах Сообщества*" (*Community-wide turnover*) – географический признак, который по сути подобен украинскому аналогу, рассмотренному выше. В отличие от Украины, вопросу географической привязки дохода посвящены официальные разъяснения Европейской комиссии, отражающие практику разрешения этого вопроса (раздел V главы "C" разъяснения (2008/C 95/01) – *Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*).

Общее правило заключается в том, что доход от реализации товаров должен привязываться к месту, где находится покупатель, если это место, где происходит конкуренция между альтернативными поставщиками. Кроме того, относительно товаров констатируется, что место их поставки может иметь преимущество перед местом нахождения покупателя, при определении географической привязки

дохода, полученного от продажи этих товаров.

!	**Вывод о том, что доход от продажи товаров нерезидентом-поставщиком резиденту-покупателю на основании внешнеэкономического контракта не должен учитываться при определении объема реализации товаров в Украине такого нерезидента-поставщика для целей контроля над концентрациями, в целом отвечает указанному подходу Европейской комиссии.**

Передача товара (поставка) происходит до завершения таможенного оформления и выпуска этого товара в свободное обращение в Украине. Рынок товара, который допущен к свободному обращению в Украине, и рынок товара, который не допущен, объективно разделяются, даже если товары аналогичные. Если эти рынки разделены, не может выполняться условие о наличии конкуренции альтернативных поставщиков, которое было бы общим для этих двух рынков. Товар, который поставляется нерезидентом резиденту-покупателю, конкурирует с аналогичными товарами не на внутреннем рынке Украины, а на внешних рынках.

	ВЫВОД: **Учитывая это, невозможно обоснованно считать, что доход, полученный нерезидентом во время поставки товара по внешнеэкономическому контракту украинскому покупателю, должен учитываться для определения объема реализации товаров в Украине такого нерезидента для целей контроля над концентрациями в соответствии с требованиями законодательства в сфере экономической конкуренции.**

Дмитрий Симанов,
советник, руководитель инвестиционной
и антимонопольной практик
ЮФ Cai & Lenard



© ООО «Информационно-аналитический центр «ЛИГА», 2017.
© ООО «ЛИГА ЗАКОН», 2017.

© ООО "Информационно-аналитический центр "ЛИГА", 2017
© ООО "ЛИГА ЗАКОН", 2017