

Юридические ИТ-ИТОГИ 2020

Вопросы и ответы



Отвечает Александр Коркин

к.ю.н., старший юрист Санкт-Петербургского офиса, **Baker McKenzie**

Александр возглавляет практику трудового права в Санкт-Петербургском представительстве «Бейкер Макензи». Представляет интересы работодателей по различным вопросам трудового права. Обладает богатым опытом разрешения споров, включая увольнения, сопровождение процессов реструктуризации и сделок по слиянию и поглощению, взаимодействия с профсоюзами, сопровождения проверок инспекций труда и представление компаний в трудовых спорах. Процент выигранных Александром дел составляет более 90%.

1. *Каково ваше отношение к подписанию ПЭП работниками кадровых заявлений, приказов, согласий на сверхурочные работы и работу в выходной день и возможности применения в бухучете таких документов для начислений, с позиции соблюдения требований законодательства к электронному документу и первичным документам в соответствии с 3-ном о бухучете и 3-ном об электронной подписи.*

=====

Ч.5 ст.9 Закона о бухучете: "Первичный учетный документ составляется на бумажном носителе и (или) в виде электронного документа, подписанного электронной подписью". Вид подписи не указан, поэтому это может быть любая подпись (подписи).

Теперь надо понять, является ли документ первичным или нет. Первичный документ используется для оформления фактов хозяйственной жизни, которыми считаются "сделка, событие, операция, которые оказывают или способны оказать влияние на финансовое положение экономического субъекта, финансовый результат его деятельности и (или) движение денежных средств".

То есть приказы о выплатах, графики учета рабочего времени и т.п. документы скорее всего должно считаться первичными учетными документами, т.к. напрямую влияют на движение денег. И здесь нужна ЭП. Разного рода заявки, заявления, согласования и иные документы, напрямую не влекущие расходов и выплат, я бы не стал относить к первичным учетным документам.

2. *Нужно ли что-то подписывать на бумаге изначально с сотрудником, чтобы начать использовать КЭДО?*

=====

По общему правилу, такой обязанности нет. Но на практике мы рекомендуем политику по КЭДО и соглашение с работником по электронному документообороту подписать живыми подписями, только потом уже использовать ЭП. И важно еще понимать какой вид ЭП вы используете, нужно ли, чтобы документ приравнивался к документу на бумажном носителе. Например, чтобы документ с простыми электронными подписями приравнивался к бумажному документу с живой подписью в большинстве случаев нужно соглашение с работником, которое лучше сделать на бумаге.

3. *Электронным документом равнозначным на бумажном носителе подписанным собственноручно приравнивается ЭД подписанный именно Квалифицированной электронной подписью?*

=====

Документ, подписанный квалифицированной ЭП, признается равнозначным бумажному документу с живой подписью. Исключения могут быть предусмотрены только на уровне законодательства (ч. 1 ст. 6 Закона об электронной подписи).

Документы, подписанные простой или неквалифицированной ЭПЮ также могут признаваться равнозначными бумажному документу с живой подписью. Для этого нужно выполнить условия, перечисленные в ч. 2 ст. 6 Закона об электронной подписи. Это может быть предусмотрено в законе или соглашении между участниками электронного документооборота (например, между работодателем и работником).

4. *А нужно ли эту политику по КЭДО подписывать в бумажном виде с сотрудником или также можно с помощью ЭП?*

=====

В принципе можно подписать электронной подписью. С дистанционными сотрудниками точно. Но на практике мы рекомендуем политику по КЭДО и соглашение с работником по электронному документообороту подписать живыми подписями, только потом уже использовать ЭП.

5. *Следовательно, для целей бухучета в качестве первичных документов для расчетов - кадровые документы обязательные должны ли быть подписаны именно Квалифицированной электронной подписью? И как это соотносится с изменениями в ТК в части возможности подписания кадровых документов ПЭП?*

=====

Возможна также простая или неквалифицированная подпись. Более подробно в предыдущем ответе

6. *Имеет ли право дистанционный сотрудник отказать от использования кадрового документооборота и требовать подписывать только на бумаге?*

=====

Ответил на Ваш вопрос в ходе презентации. Закон такого права не предусматривает, поэтому если такое право не было включено в локальные нормативные акты или трудовой договор с работником, отказ от электронного документооборота возможен только по согласованию с компанией.

7. *Сумма компенсации при временном переводе должна быть единая с той, которая установлена для дистанционных сотрудников, оформленных по дистанционному ТД? Спасибо за ответ.*

=====

Я считаю, что подход должен быть единым. Если временный и постоянный дистанционные работники несут одинаковые расходы при работе из дома, они должны получить одинаковую компенсацию. Если по каким-то причинам расходы разные, то надо быть готовы это обосновать. Обязанность компенсировать расходы установлена для дистанционных работников в целом, без указания временный или постоянный характер носит такая работа



Отвечает **Анна Афанасьева**

**Зам.генерального директора по юридическим и налоговым вопросам,
SCHNEIDER GROUP SPb**

Анна Афанасьева является юрисконсультантом с обширной финансовой и налоговой практикой, применимой в сфере бизнеса, имеет значительный опыт сопровождения локальных и международных ИТ-проектов по различным налоговым и юридическим вопросам.

Анна изучала право в СПбГУ, получила ученую степень в области бухгалтерского учета и экономики, имеет диплом Ассоциации бухгалтеров.

8. *Подскажите, пожалуйста, по следующей ситуации: филиал иностранной компании планирует закрываться, чтобы "возродиться" в виде ООО в IT-сфере (для оптимизации соц. взносов и т.п.). Т.е. всем условиям филиал уже отвечает для получения льготы с той лишь существенной разницей, что форма ин.юр.лица. Вопрос: есть ли риск, что после закрытия филиала и создания ООО налоговая квалифицирует это как уклонение от уплаты налогов, а не как законная оптимизация? Возможны какие-то другие негативные налоговые/юридические последствия? Ведь по сути деятельность практически не изменится. Изменяется только юридическая форма...Заранее спасибо*

=====

Спасибо за вопрос. Риск есть, но поскольку Вы планируете бизнес-деятельность, основной целью которого является получение дохода, как и разработка новых программных продуктов, я считаю, что он не слишком значительный. Этот вопрос относится к числу дискуссионных. Пока по таким ситуациям нет однозначной практики.

9. *Будет ли продолжаться применяться льгота по отношению к лицензиям проданным и переданным до 01.01.2021, но оплата за который установлена периодическими платежами уже в 2021 году. Пример, договор заключён и акт на передачу подписан в сентябре 2020 года, платежи каждые 3 месяца вплоть до августа 2021 года. Платежи в 2021 году с НДС или без?*

=====

Если выполнены условия (включение в реестр, не "маркетплейс"), то попадают под льготу.

10. Доходы, полученные в виде субсидии являются ИТ-выручкой для целей применения льгот?

К сожалению, нет.

11. Консалтинг связанный с ПО для ЭВМ ИТ-выручка? Как можно доказать?

Есть риск того, что консалтинг не является деятельностью, попадающей под льготы (даже если речь идет о сопровождении ранее разработанного собственными силами ПО).

12. Добрый день! обязана ли в настоящее время компания, являющаяся Лицензиаром по Open source лицензиям (на ПО, не включенное в реестр отечественного) возмещать НДС, при условии безвозмездности таких договоров?

Безвозмездная передача прав является объектом налогообложения НДС. Но возместить нет возможности, поскольку нет затраты на приобретение.

13. Подлежит ли включению в реестр отечественного ПО, ПО, являющееся составным производением (ПО 1+ПО 2, где на ПО1 нет исключительных прав(на использование, в т.ч. в составе составного - есть)), на которое есть исключительные права

Российское составное ПО, теоритически возможно, но сейчас не готова делатльно ответить, поскольку есть некие правила, что и как проверяют и оценивают приэкспертизе для включения в реестр.

14. Можно ли сопровождать ПО заказчика?

Можно при условии, что до этого данное ПО заказчика было доработано, модифицировано исполнителем.

15. Добрый день! Может ли быть включено в "Реестр отечественного ПО" составное программное обеспечение, когда ПО состоит из ПО собственной разработки и ПО, которое используется на основании лицензионного договора с соответствующими правами. И можно ли законно обойти такое ограничение, если такое ПО нельзя включить в реестр отечественного ПО?

При включении в реестр проводится экспертиза кода или алгоритмов, если речь идет о составном ПО обойти ограничения для этой совокупности не получится, можно подумать о включении в реестр российской части.

16. Подскажите, плз, на основании чего в презентации сделано отличие в критериях по выручке: для льготы по прибыли - 90% за _отчетный_ период для льготы по взносам - 90% за _9мес предшествующего года?

Есть специальные правила для вновь созданных компаний (за отчетный период) и для действующих компаний (9 мес предыдущего года). Это - буквальные формулировки НК РФ.

17. "реализация экземпляров, разработанных организацией". Может ли это быть не правообладатель?

По моему мнению, практически нет, поскольку тогда не понятно как может реализовывать ПО, не принадлежащее ему. Даже в случае "агентской" схемы с какой-то обратной продажей (вначале отчуждаем исключительное право на ПО, а потом реализуем его на основании агентского договора) есть существенный риск, связанный с необходимостью подтверждения разработки ПО. Эта схема будет с большой степенью вероятности под пристальным вниманием ФНС

18. Можно ли признать айти деятельностью оказание услуги, полностью осуществляемое при помощи программы, разработанной организацией? Организация выбрала вместо заключения лицензионного договора именно договор оказания услуг (т.к. доступ к ПО осуществляется удаленно и для клиента значим результат использования программы в большей степени, чем собственно использование программы). Если раньше в ст.149 НК РФ в целях применения льготы был упомянут именно лицензионный договор, то сейчас упоминание и ссылка исключительно на лицензионный устранена.

Для целей льготы не имеет значение способ передачи прав на ПО. В отношении классификации деятельности необходимо все-таки понимать содержание услуги.



Отвечает **Мария Никонова**

Партнер, руководитель группы налоговой практики, Repeliaev Group

Мария консультирует клиентов по вопросам налогообложения, налогового планирования и оценки налоговых рисков.

Специализируется в вопросах налогообложения в сфере цифровой экономики, вопросах исчисления и уплаты налога на добычу полезных ископаемых, налогообложении фармацевтической отрасли и FMCG.

Победитель премии «Лучший спикер CFO-Russia 2019».

19. В НК РФ формулировка "в т.ч. предоставление удаленного доступа к указанным в настоящем абзаце ПрЭВМ и БД". Минфин разъясняет, что в ИТ-выручку входит предоставление доступа только к разработанному самой организацией ПО. В то время как "указанным в настоящем абзаце" прямо значит, что к модифицированному, адаптированному и т.д. Явное противоречие нормы НК РФ и разъяснений минфина. Что думаете?

=====

Норма действительно сформулирована неточно. Но, как я и сказала на семинаре, я бы выделяла три группы доходов и рассматривала их отдельно:

- 1) продажи ПО - реализация экземпляров разработанных организацией программ для ЭВМ, баз данных, передача исключительных прав на разработанные ею программы для ЭВМ, базы данных, предоставление прав использования указанных программ для ЭВМ, баз данных по лицензионным договорам;
- 2) услуги (работы) по разработке, адаптации и модификации программ для ЭВМ, баз данных;
- 3) услуги (работы) по установке, тестированию и сопровождению указанных программ для ЭВМ, баз данных.

Формулировка – «в том числе, путем предоставления удаленного доступа к программам для ЭВМ и базам данных» относится только к первой группе. На это ориентирует конструкция нормы – «в том числе» после первой группы доходов.

Если компания получает доходы за адаптацию и модификацию ПО, то такие доходы тоже считаются доходами от ИТ-деятельности. Но если дальше компания получает доходы от предоставления прав доступа к модифицированному или адаптированному ею чужому ПО, то такие доходы будут рушить пропорцию доходов от ИТ-деятельности.

О чем здесь можно подумать? Ст. 1270 ГК РФ под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных понимают любые их изменения, в том числе перевод такой программы или такой базы данных с одного языка на другой язык, за исключением адаптации, то есть внесения изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя. Если модификация – это переработка, то существенность такой переработки может говорить в пользу того, что компания, осуществив модификацию, также может становиться разработчиком. Но здесь надо смотреть, как структурированы отношения между заказчиком и исполнителем и в дальнейшем пользователями.

20. Мария, добрый день! У компании нет штата разработчиков. ПО разрабатывается сторонней компанией на основании договора разработки-все права переходят заказчику. Дальше компания предоставляет права пользования массово. Как считается свое ли ПО она продает, будет ли льгота?

=====

В такой ситуации очень велика вероятность спора с налоговыми органами по вопросу правомерности применения льгот и проигрыш такого спора в суде. Это объясняется тем, что и судебная практика и фискальные органы придерживаются позиции, что льготами могут пользоваться только разработчики ПО (если собственник и разработчик не совпадают в одном лице, то собственник льготами пользоваться не может). См, например: Письмо Минфина от 12 апреля 2019 г. № 03-15-05/26371, письмо Минфина и ФНС от 3 апреля 2019 г. № БС-4-11/6075@.

Такая логика скорее соответствует цели законодателя – например, в пояснительной записке к законопроекту о продлении льготы по страховым взносам была указана такая цель, как «не допустить сокращения объема создаваемой в Российской Федерации наукоемкой продукции (включая программное обеспечение (ПО), сокращения объема экспорта ПО и прибыли, получаемой от реализации такого ПО, а также не допустить оттока ИТ-специалистов и ИТ-компаний в страны с благоприятным режимом для ИТ-отрасли». То есть цель законодателя – снизить ставку в отношении тех компаний, которые занимаются разработкой и имеют в штате преимущественно разработчиков. Поэтому Минфин так и толкует эту норму.

Хотя вопрос конечно интересный, учитывая, что исключительное право на ПО возникает у Вашей компании, как у заказчика.

Например, в другом письме (от 30 сентября 2020 г. № 03-15-06/85316) Минфин России пишет, что если организация осуществляет деятельность в области информационных технологий, является разработчиком систем, баз данных, которые модифицированы самой организацией и с привлечением подрядчиков, то с целью применения пониженных тарифов страховых взносов, установленных подпунктом 1.1 пункта 2 статьи 427 Кодекса, в необходимую долю доходов такая организация вправе включить доходы от передачи исключительных прав на разработанные ей программы для ЭВМ, базы данных, предоставления прав использования разработанных и модифицированных систем, баз данных по лицензионным договорам, а также доходы от их сопровождения.

То есть разработка с привлечением подрядчиков в этом письме приравнена к собственной разработке. Должна ли быть при этом существенной доля разработки заказчика – об этом ничего не сказано.

Я бы попробовала сделать запрос в Минфин, описать ситуацию и посмотреть, что они скажут по конкретно Вашей ситуации. И конечно, надо смотреть условия договоров с подрядчиками для того, чтобы сделать более точные выводы по Вашему вопросу.

21. *Необходимо ли указание к договору, предусматривающему возникновение исключительных прав на разрабатываемое ПО у подрядчика и их последующее отчуждение заказчику после оплаты работ, стоимости отчуждаемых исключительных прав в виде конкретной суммы или % от цены договора.*

=====

Для целей применения льгот по страховым взносам и налогу на прибыль это значения не имеет.

22. *Будет ли применяться льгота в случае продажи ПО в составе программно-аппаратного комплекса (с железом)?*

=====

К сожалению, законодатель об этом не подумал. ИТ-компания получает льготы только при условии получения 90% доходов от ИТ-деятельности. Для компаний же в сфере разработки электронной продукции необходимо соблюсти условие, чтобы доля доходов от реализации услуг (работ) по проектированию и разработке изделий электронной компонентной базы и электронной (радиоэлектронной) продукции по итогам расчетного (отчетного) периода составляла не менее 90 процентов в сумме всех доходов организации за указанный период.

Если доходы компании составляют 50% от ИТ-деятельности, 50% от разработки электронной (радиоэлектронной) продукции, то компания не выполняет критерии для получения льгот.

Но надо смотреть конкретные формулировки соглашений с заказчиками.

23. Про разные критерии для "старых" и только созданных компаний понятно. Если компании действует давно, то критерий одинаков и для оценки возможности льготы по прибыли, и для льготы по взносам - 9мес предшествующе года ?

=====

Условия применения льгот по налогу на прибыль и страховым взносам в этой части сформулированы по-разному. Норма ст. 427 НК РФ в отношении страховых взносов предусматривает разные критерии для вновь созданных и уже работающих компаний

Критерий для уже работающих (не вновь созданных) компаний по страховым взносам – более 90% доходов от ИТ-деятельности по итогам девяти месяцев года, предшествующего году перехода организации на уплату страховых взносов по пониженным тарифам.

А вот по налогу на прибыль разделение на вновь созданные и уже работающие компании отсутствует - поэтому и в том, и в другом случае берем просто данные по итогам отчетного (налогового) периода.

24. Добрый день! обязана ли в настоящее время компания, являющаяся Лицензиаром по Open source лицензиям (на ПО, не включенное в реестр отечественного) возмещать НДС, при условии безвозмездности таких договоров? некорректно написала, "уплачивать НДС", и если да, то как определить размер?

=====

По НДС - передача права собственности на товары, результатов выполненных работ, оказание услуг на безвозмездной основе также признается реализацией товаров (работ, услуг) для целей НДС.

П. 2. ст. 154 НК РФ предусматривает, что при реализации товаров (работ, услуг) на безвозмездной основе налоговая база определяется как стоимость указанных товаров (работ, услуг), исчисленная исходя из цен, определяемых в порядке, аналогичном предусмотренному статьей 105.3 НК РФ, с учетом акцизов (для подакцизных товаров) и без включения в них налога. Иначе говоря, применяется рыночная цена.