

KWARTALNIK

Prawno-Finansowy

2/2021

Katedra Prawa Finansowego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

KWARTALNIK

Prawno-Finansowy

Rada naukowa:

Prof. dr hab. Paweł Borszowski (przewodniczący)

Prof. dr hab. Wiesława Miemieć

Prof. dr hab. Zbigniew Ofiarski

Prof. UWr dr hab. Krystyna Sawicka

Prof. JUDr Petr Mrkývka, Ph. D

Komitet redakcyjny:

Prof. dr hab. Paweł Borszowski (redaktor naczelny)

Prof. UWr dr hab. Witold Srokosz (za-ca redaktora naczelnego)

Dr Paweł Lenio (sekretarz)

Dr Artur Halasz (sekretarz)

Redaktorzy tematyczni:

Prof. dr hab. Patrycja Zawadzka (prawo bankowe i rynków finansowych)

Prof. UWr dr hab. Katarzyna Kopyściańska (prawo podatkowe)

Dr hab. Dobrosława Antonów (prawo podatkowe)

Dr hab. Przemysław Pest (prawo finansów publicznych)

KWARTALNIK

Prawno-Finansowy

2/2021

Redaktor naczelny Prof. dr hab. Paweł Borszowski

Projekt okładki i layout:

Marta Kubiak · www.serw.us

Skład i opracowanie techniczne:

Aleksandra Kumaszką · eBooki.com.pl

Korekta językowa:

Magdalena Wojcieszak

Wydawca:

Uniwersytet Wrocławski – Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego, ul. Uniwersytecka 22/26, 50-145 Wrocław

ISSN 2544-8382

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja papierowa

Copyright by Uniwersytet Wrocławski
Wrocław 2022 r.

Redakcja czasopisma:

„Kwartalnik Prawno-Finansowy”
Katedra Prawa Finansowego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski
ul. Uniwersytecka 22/26
50-145 Wrocław

SPIS TREŚCI

Artykuły

Maksymilian Białek

Pillar 2 – sprawiedliwość podatkowa czy zagrożenie dla krajów rozwijających się?..... 7

Krzysztof Chwalenia

Wątpliwości interpretacyjne związane z wprowadzonymi rozwiązaniami dotyczącymi spółek nieruchomościowych 19

Paweł Majchrowski

Obowiązek weryfikacji statusu beneficial owner przy zwolnieniu dywidendy z podatku u źródła..... 37

Bartosz Paczyński

Preferencje podatkowe dla inwestorów na polskim rynku venture capital. Czy to wystarczy, aby pobudzić inwestycje w krajowe start-upy?..... 46

Wiktor Przybylski

Klauzula generalna przeciwko unikaniu opodatkowania..... 69

Pillar 2 – sprawiedliwość podatkowa czy zagrożenie dla krajów rozwijających się?

Pillar 2 - tax fairness or a threat to developing countries?

Abstrakt

Inicjatywa OECD w zakresie globalnego podatku minimalnego (Pillar 2) została spisana w formie unijnej dyrektywy i ma zostać implementowana przez państwa członkowskie Unii Europejskiej do końca 2023 r. Jej nadrzędnym celem jest walka z agresywnymi optymalizacjami podatkowymi największych na świecie grup kapitałowych – stanowi to kontynuację celów stawianych przez Dyrektywy ATAD, czyli szeroko pojętą inicjatywę BEPS. Niestety, z uwagi na specyficzne zapisy dotyczące relacji dostępnych w danych jurysdykcjach kredytów podatkowych i efektywnej stawki podatkowej tam osiąganey istnieje ryzyko, że Polska stanie się mniej atrakcyjna dla przyszłych i potencjalnych inwestorów.

Słowa kluczowe: międzynarodowe prawo podatkowe, OECD, Pillar 2, globalny podatek minimalny, zachęty podatkowe

Abstract

Initiative of OECD in scope of global minimum tax (Pillar 2) has been codified in a form of EU Directive and must be implemented by EU Member States by the end of 2023. Its ultimate goal is to fight aggressive tax

optimization of the largest capital groups in the world – it is a continuance of the goals set by the ATAD Directives, i.e. the general initiative of BEPS. Unfortunately, due to specific rules on relations between available tax credits and effective tax rate generated in a specific jurisdiction, there is a risk that Poland may become less attractive for future and potential investors.

Keywords: international tax law, OECD, Pillar 2, global minimum tax, tax incentives

W ostatnich latach kwestie podatkowe podlegają coraz to szerszej harmonizacji. Z jednej strony chodzi o zapewnienie pewnego rodzaju sprawiedliwości podatkowej w aspekcie transgranicznym – poszczególne jurysdykcje nie powinny przyznawać zbyt daleko idących preferencji, aby przyciągnąć tym do siebie inwestorów. Z drugiej strony daje to podatnikom prowadzącym działalność na terenie więcej niż jednego kraju pewną stabilność i jasność odnośnie do przepisów podatkowych, które mogą mieć zastosowanie w ich sytuacji.

Jako obywatele Unii Europejskiej dostrzegamy przede wszystkim harmonizację podatków pośrednich, głównie specyficzny sposób rozliczania podatku od wartości dodanej na terenie Unii Europejskiej (wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów, wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów, mechanizm odwrotnego obciążenia itp.). Natomiast np. Dyrektywa ATAD¹ pokazuje, że podatki bezpośrednie także mogą być ujednocinane przynajmniej w wybranych aspektach – w tym zakresie celem było przede wszystkim uszczelnianie systemów podatkowych poszczególnych państw członkowskich.

Niemniej jednak harmonizacja to nie tylko regulacje unijne – w ostatnich latach istotnym aktem prawnym, wpływającym na treść wybranych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartych przez Polskę, w tym

¹ Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (Dz. Urz. UE L 193/1 z 19.7.2016).

z krajami spoza Unii Europejskiej, była tzw. Konwencja wielostronna² (ang. *Multilateral Convention*).

W 2021 r. ponad 135 państw – w tym Polska – zobowiązało się do przyjęcia pakietów Pillar 1 i Pillar 2. Inicjatywa OECD³ dotycząca globalnego podatku minimalnego (Pillar 2) wpisuje się w powyższy nurt harmonizowania przepisów podatkowych. W połączeniu z projektem Pillar 1 ma ona zapewnić, że największe firmy świata będą płacić podatek dochodowy w kraju, w którym faktycznie prowadzą działalność gospodarczą (Pillar 1) oraz w wysokości nie niższej niż efektywna stawka podatkowa wynosząca 15% (Pillar 2).

Czy Pillar 1 i 2 są potrzebne?

Zarówno Pillar 1 (dotyczący miejsca opodatkowania), jak i Pillar 2 (globalny podatek minimalny) to inicjatywy co najmniej kontrowersyjne. Bardzo mocno ingerują w sposób opodatkowania najpotężniejszych przedsiębiorstw międzynarodowych na świecie, przede wszystkim z branży e-commerce.

Nie ulega wątpliwości, że obecne brzmienie modelowej konwencji, a w związku z tym zdecydowanej większości zawartych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, nie zapewnia sprawiedliwości podatkowej w kontekście alokacji zysków przedsiębiorców dokonujących sprzedaży online (tzw. e-commerce). Jeżeli w kraju konsumenta dane przedsiębiorstwo nie posiada faktycznej substancji biznesowej (personel, biuro itp.) i nie prowadzi aktywnej sprzedaży poprzez posiadane tam aktywa, to najprawdopodobniej albo w ogóle nie ma mowy o opodatkowaniu dochodów tam uzyskiwanych, albo ewentualne posiadanie magazynu do wydawania towaru potraktowane zostałyby jako działalność pomocnicza czy przygotowawcza, która nie doprowadza do powstania zakładu zagranicznego, a więc takie przedsiębiorstwo nigdy nie będzie w kraju, na terenie którego jego towary są zakupywane, faktycznie opodatkowane.

² Konwencja wielostronna implementująca środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzona w Paryżu dnia 24 listopada 2016 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1369).

³ Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju.

Z tej perspektywy inicjatywa Pillar 1 może być potrzebna, ale jej ostateczny kształt, m.in. z uwagi na bardzo dużą presję ze strony najbardziej wpływowych przedsiębiorstw świata, jest jeszcze dopracowywany, a implementacji nie powinniśmy spodziewać się w najbliższych latach.

Inaczej wygląda sytuacja z Pillar 2, czyli globalnym podatkiem minimalnym. W tym przypadku są już kraje, które rozpoczęły implementację tego rozwiązania do systemów krajowych⁴: Francja, Niemcy, Holandia, Włochy i Hiszpania. Co więcej, 22 grudnia 2022 r. podpisana została dyrektywa dotycząca globalnego podatku minimalnego⁵, z terminem implementacji przez państwa członkowskie wyznaczonym na 31 grudnia 2023 r.

Niniejsze opracowanie nie ma na celu rozstrzygnięcia, czy dyrektywa i implementowane regulacje dotyczące globalnego podatku minimalnego w poszczególnych krajach spełnią pokładane w nich nadzieje. Aby dojść w tym przypadku do jakichkolwiek konkretnych konkluzji, konieczne byłoby poznanie również przepisów, które będą implementowane w poszczególnych krajach, w szczególności tych, w których najczęściej znajdują się centralne spółki danych grup kapitałowych.

W związku z tym, że przepisy te są inicjatywą międzynarodową i prawie wszystkie źródła informacji istnieją wyłącznie w języku angielskim, będą posługiwać się wieloma zwrotami w tym właśnie języku dla jasności przekazu (co prawda dyrektywa została także opublikowana w języku polskim, jednak ostateczne brzmienie poszczególnych instytucji i elementów Pillar 2 poznamy po przedstawieniu projektu polskiej ustawy).

Ogólne zasady Pillar 2

Reguły Pillar 2 już na etapie dyrektywy czy dokumentów stworzonych przez OECD – czyli teoretycznie jedynie pewnych ram i bazy do dalszych prac na poziomie poszczególnych jurysdykcji – są niezwykle skomplikowane.

⁴ <https://www.forbes.com/sites/taxnotes/2022/11/03/take-the-tax-reform-plunge-leave-the-eu-out-of-pillar-2/?sh=3a35de714d8a> [dostęp: 29.12.2022].

⁵ Dyrektywa Rady (UE) 2022/2523 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie zapewnienia globalnego minimalnego poziomu opodatkowania międzynarodowych grup przedsiębiorstw oraz dużych grup krajowych w Unii (Dz. Urz. UE L 328 z 22.12.2022).

Dlatego poniżej przedstawiony zostanie wyłącznie zarys najważniejszych elementów całego mechanizmu globalnego podatku minimalnego.

Globalny podatek minimalny ma dotyczyć wyłącznie największych przedsiębiorstw na świecie, stąd przepisy te dotyczyć będą grup kapitałowych (i wszystkich spółek je tworzących), których roczne skonsolidowane przychody przekroczą 750 mln EUR w ciągu przynajmniej 2 z ostatnich 4 lat rachunkowych. Przepisy zawierają także wyłączenia podmiotowe, np. dla organizacji międzynarodowych, organizacji non-profit czy podmiotów państwowych.

W pierwszej fazie kalkulacji potencjalnego wpływu Pillar 2 na sytuację danej grupy kapitałowej jest ustalenie efektywnej stawki podatkowej w danej jurysdykcji (jest to podatek globalny, a zatem patrzymy na skalę działalności w całym kraju, a nie na poszczególne spółki). Aby ustalić efektywną stawkę podatkową, konieczne jest:

1. Ustalenie podstawy opodatkowania (*GloBE Income*),
2. Ustalenie badanego zobowiązania podatkowego (*Covered taxes*),
3. Obliczenie efektywnej stawki podatkowej (*Effective tax rate*),
4. Zastosowanie wyłączeń z uwagi na substancję biznesową (*Substance-based exclusions*).

Pierwszym krokiem w ramach kalkulacji na potrzeby Pillar 2 jest obliczenie podstawy opodatkowania, tzw. *GloBE Income*. Co specyficzne, podstawę opodatkowania obliczamy, bazując na wyniku księgowym, a nie podatkowym. Niemniej jednak przepisy zakładają dokonanie szeregu korekt urealnających wynik księgowy do wyniku podatkowego, m.in. w zakresie alokacji wyniku zakładów zagranicznych czy podmiotów transparentnych podatkowo (które często prowadzą własną księgowość). Jest to zatem pewnego rodzaju hybryda kalkulacyjna, która na pewno będzie stanowić istotne wyzwanie i obciążenie administracyjne dla poszczególnych grup kapitałowych.

Wydawałoby się, że ustalenie kwoty podatku, jaki należy przyjąć przy kalkulacji efektywnej stawki podatkowej, powinno być proste i należałoby sięgnąć po prostu do rocznej deklaracji CIT. Niestety także w tym przypadku

sytuacja się komplikuje, bowiem podobnie jak przy podstawie opodatkowania, punktem wyjścia jest wynik księgowy i kwota podatku do zapłaty tam zaprezentowana, ale dodatkowo konieczne jest przeprowadzenie korekt urealnających wykazany w sprawozdaniu finansowym podatek dochodowy.

Jak zostało już wskazane, efektywną stawkę podatkową – mając dane, o których mowa powyżej – obliczamy dla danej jurysdykcji. Przykładowo, jeżeli grupa kapitałowa ma pięć spółek w Polsce, to kalkulację efektywnej stawki podatkowej wykonujemy zbiorczo dla nich wszystkich. Celem Pillar 2 jest weryfikacja, czy grupa kapitałowa płaci minimum 15% efektywnej stawki podatkowej w danym kraju, a nie w rozbiciu na poszczególne spółki.

W dalszym kroku stosujemy wyłączenia dochodu z uwagi na substancję biznesową, tzw. *substance-base income exclusion*. Dotyczą one albo substancji w postaci aktywów trwałych, albo personelu świadczącego usługi wewnątrzgrupowe. Będzie to na pewno wyłączenie niezwykle cenne dla wielu grup kapitałowych inwestujących w Polsce. W ostatnich latach widoczny jest trend tworzenia w Polsce podmiotów o dwóch specyficznych profilach funkcjonalnych: (i) producenci kontraktowi albo na materiale powierzonym oraz (ii) centra usług wspólnych. Obydwie te grupy podmiotów będą głównymi beneficjentami zaproponowanego rozwiązania.

W sytuacji, gdy efektywna stawka podatkowa będzie niższa niż 15%, konieczne jest podjęcie następujących kroków:

1. Ustalenie podmiotu, który jest odpowiedzialny do zapłaty globalnego podatku minimalnego (tzw. *Top-up Tax*),
2. Obliczenie wysokości globalnego podatku minimalnego, który powinien zostać zapłacony,
3. Jeżeli to konieczne, zastosowanie zasadę niedopłaconego podatku (tzw. *Underpayment Tax Rule*).

Co do zasady, podmiotem odpowiedzialnym za zapłatę globalnego podatku minimalnego jest centralny podmiot w danej grupie kapitałowej, tzw. *Ultimate Parent Entity*. Globalny podatek minimalny płacony będzie w kraju, w którym taki podmiot centralny ma siedzibę, zakładając, że istnieje będzie mechanizm uwzględnienia dochodu podatkowego w ramach

globalnego podatku minimalnego, tzw. *Income Inclusion Rule*. Jest to jeden z paradoksów tego rozwiązania (i zapewne jego jedna z większych wad), bo podatek płacony będzie w jurysdykcji, która najprawdopodobniej jest krajem mocno rozwiniętym z bardzo wysokimi wpływami budżetowymi, a nie w kraju rozwijającym się, w którym ulokowana została spółka operacyjna (np. w Polsce).

Alternatywnie poszczególne kraje, także na gruncie dyrektywy, mogą wprowadzić lokalne podatki minimalne, które konstrukcyjnie będą zawierać wszystkie niezbędne elementy, o których mowa w dyrektywie. Takie rozwiązanie legislacyjne powinno być atrakcyjne dla krajów posiadających wiele instrumentów w zakresie ulg i zwolnień podatkowych, np. dla Polski.

Samo obliczenie globalnego podatku minimalnego powinno być obiektywnie prostą kalkulacją. Chodzi w tym przypadku wyłącznie o zastosowanie stawki podatkowej będącej różnicą pomiędzy 15% a efektywną stawką podatkową w danej jurysdykcji do nadwyżki dochodu (tzw. *Excess Profit*), tj. *GloBE Income* pomniejszonym o wyłączenia z uwagi na substancję biznesową.

Zasada niedopłaconego podatku (tzw. *Underpayment Tax Rule*) znajdzie zastosowanie tylko wtedy, gdy w jurysdykcji spółki centralnej w danej grupie kapitałowej nie została wdrożona zasada *Income Inclusion Rule*, uniemożliwiając w związku z tym efektywne zastosowanie przepisów o globalnym podatku minimalnym. Zgodnie z tym mechanizmem ciężar podatku może spaść na podmioty na niższych szczeblach w strukturze grupy kapitałowej, w tym do podmiotów nie posiadających już żadnych spółek zależnych (np. producentów kontraktowych w Polsce). Mechanizm faktycznej zapłaty tego podatku ma być bardzo specyficzny, bowiem oparty na wyłącznie określonej kwocie z kosztów podatkowych, zamiast zwiększania przychodów podatkowych.

Ulg i zwolnienia podatkowe a efektywna stawka podatkowa

W związku z tym, że Pillar 2 opiera się na koncepcji efektywnej stawki podatkowej, kluczowe jest ustalenie wpływu dostępnych w danej jurysdykcji

ulg czy zwolnień podatkowych na faktyczny poziom opodatkowania danego przedsiębiorstwa na potrzeby kalkulowania globalnego podatku minimalnego.

Dyrektywa oraz przepisy stworzone przez OECD rozróżniają dwa rodzaje tzw. kredytów podatkowych: zwrotny (*refundable*) i bezzwrotny (*non-refundable*). Różnica pomiędzy tymi dwoma rozwiązaniami sprowadza się do tego, czy dana ulga czy zwolnienie ograniczone jest wysokością dochodu podatkowego (*non-refundable*), czy też pełna kwota kredytu podatkowego zostanie podatnikowi przekazana bez względu na poziom dochodu podatkowego (*refundable*).

Kredyt podatkowy zwrotny (*refundable*) nie wpłynie negatywnie na kalkulację efektywnej stawki podatkowej, bowiem zgodnie z przepisami Pillar 2 ma on zwiększać przychód podatkowy podatnika. *A contrario*, kredyt podatkowy bezzwrotny nie zostanie dodany do przychodu, czyli istotnie niższy podatek dochodowy zapłacony przez firmę korzystającą z ulg czy zwolnień podatkowych o tym charakterze wpłynie negatywnie na efektywną stawkę podatkową kalkulowaną na potrzeby globalnego podatku minimalnego.

Pillar 2 a sytuacja Polski

Inwestorzy, przedstawiciele dużych grup kapitałowych, planujący rozpoczęcie lub poszerzenie działalności gospodarczej w Polsce, są z ekonomicznych względów zainteresowani dostępnymi zachętami podatkowymi w danym kraju, czyli szeroko rozumianymi ulgami podatkowymi czy zwolnieniami podatkowymi.

Z tej właśnie perspektywy polski system podatkowy może być bardzo atrakcyjny. Szczególnie po wprowadzeniu dodatkowych ulg podatkowych w ramach tzw. Polskiego Ładu nasz system prawa podatkowego posiada bardzo dużo ciekawych rozwiązań dla prawie wszystkich rodzajów prowadzonej działalności gospodarczej. Warto zwrócić uwagę na te najważniejsze rozwiązania z puli dostępnych ulg podatkowych:

1. Ulga na działalność badawczo-rozwojową – do 200% dodatkowego odliczenia kosztów kwalifikowanych prowadzonej działalności badawczej lub rozwojowej, brak konieczności wykazywania innowacyjności w skali kraju czy regionu (wystarczy udowodnić innowacyjność w skali danego przedsiębiorstwa);

2. Ulga na robotyzację dla przemysłu – 50% dodatkowego odliczenia kosztów inwestycyjnych;

3. Ulga na prototyp dla firm testujących nowe produkty – 30% dodatkowego odliczenia kosztów inwestycyjnych;

4. Ulga na ekspansję – do 1 mln zł dodatkowego odliczenia dla firm, które aktywnie zwiększają swoją sprzedaż czy też portfolio dostępnych produktów.

Jeżeli inwestor musi ponieść istotne wydatki, aby w ogóle móc rozpocząć w Polsce działalność – np. konieczne jest wybudowanie hali produkcyjnej czy magazynowej – to interesującym rozwiązaniem może być dla niego tzw. decyzja o wsparciu. Jest to w uproszczeniu zwolnienie przedmiotowe określonego dochodu podatkowego związanego z przeprowadzoną inwestycją.

Powyższe rozwiązania sprawiają, że Polska może być konkurencyjna wobec innych krajów tej części Europy w wyścigu po kluczowe inwestycje w regionie. Należy podkreślić, że inwestycje to zarówno wpływy z podatków od danej firmy (w tym lokalnych), jak też nowe miejsca pracy. To bardzo ważne, bo niestety w pozostałych aspektach naszego systemu podatkowego nie jesteśmy postrzegani jako jurysdykcja atrakcyjna. Inwestorzy narzekają m.in. na czasochłonny i skomplikowany system raportowania VAT, znacznie bardziej agresywne przepisy o raportowaniu schematów krajowych (dodatkowe przesłanki, objęcie regulacją uzgodnień krajowych) czy mnogość klauzul antyabuzywnych uniemożliwiających swobodne podejmowanie decyzji biznesowych, które zawsze muszą być szczegółowo przeanalizowane z perspektywy ich skutków podatkowych.

Praktycznie wszystkie rozwiązania, o których wspominam powyżej, cechuje to, że wysokość odliczenia ograniczona jest wysokością wykazanego przez podatnika dochodu podatkowego. Może to zatem oznaczać,

że są to rozwiązania, które traktowane są jako tzw. niezwrotne kredyty podatkowe w rozumieniu dyrektywy (*non-refundable*), a zatem faktycznie wpływające na obniżenie efektywnej stawki podatkowej na potrzeby kalkulacji globalnego podatku minimalnego. Wyjątkiem może być ulga na działalność badawczo-rozwojową w połączeniu z ulgą na innowacyjnych pracowników – ta druga pozwala bowiem odzyskać nieodliczoną kwotę ulgi na działalność badawczo-rozwojowa w gotówce w bardzo określonych sytuacjach. Połączenie tych dwóch rozwiązań może sugerować, że ulga na działalność badawczo-rozwojową zyskuje przymiot „zwrotności” w rozumieniu dyrektywy.

Jeżeli na skutek implementacji Pillar 2 atrakcyjność polskich ulg podatkowych i zwolnień przedmiotowych istotnie zmaleje, może być to bardzo poważny problem i długofalowo przynieść wymiennie negatywne konsekwencje dla polskiej gospodarki i polskiego społeczeństwa.

Podsumowanie

Powody, dla których OECD (i jej państwa członkowskie) zajmują się kwestia objętymi inicjatywami Pillar 1 i Pillar 2, są na pewno ważne i wymagają odgórnej ingerencji, a przynajmniej próby harmonizacji w jak największej ilości krajów.

Niewątpliwie Pillar 2 w obecnym kształcie spełni swoją funkcję, tj. jako narzędzie mającego przeciwdziałać agresywnym optymalizacjom podatkowym, ale tylko w określonych sytuacjach. Niestety, może on też mieć bardzo negatywny wpływ na jurysdykcje, których systemy prawa podatkowego zawierają ulgi podatkowe czy zwolnienia przedmiotowe oparte na tzw. niezwrotnych kredytach podatkowych.

Niestety projekt dyrektywy nie został poddany szerszym dyskusjom i sytuacja poszczególnych jurysdykcji nie została bardziej szczegółowo przeanalizowana. Trudno bowiem sobie wyobrazić, że unijny ustawodawca chciał penalizować grupy kapitałowe, które prowadzą działalność gospodarczą np. w Polsce (czyli kraju, który na pewno nie jest postrzegany jako raj podatkowy) i korzystają z powszechnie dostępnych, zgodnych z prawem

rozwiązań w zakresie np. ulg podatkowych promujących działalność badawczo-rozwojową.

Możliwe, że jedynym rozwiązaniem w tej sytuacji jest ingerencja ustawodawcy w samą strukturę i sposób rozliczania dostępnych w Polsce ulg podatkowych czy zwolnień przedmiotowych. Niestety przy tak krótkim czasie na implementację przepisów dyrektywy to zadanie wydaje się wręcz niemożliwe, a trudności w tym zakresie przewiduje sama organizacja OECD⁶.

BIBLIOGRAFIA

OECD, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Administrative Guidance on the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar 2)*, <https://www.oecd.org/tax/beps/agreed-administrative-guidance-for-the-pillar-two-globe-rules.pdf>

OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two-commentary.pdf>

OECD, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf>

OECD, *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives after the GloBE Rules*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/25d30b96-en>

Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (Dz. Urz. UE L 193/1 z 19.7.2016).

⁶ OECD, *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives after the GloBE Rules*, OECD Publishing, Paris 2022, s. 48, <https://doi.org/10.1787/25d30b96-en> [dostęp: 29.12.2022].

Dyrektywa Rady (UE) 2022/2523 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie zapewnienia globalnego minimalnego poziomu opodatkowania międzynarodowych grup przedsiębiorstw oraz dużych grup krajowych w Unii (Dz. Urz. UE L 328 z 22.12.2022).

Konwencja wielostronna implementująca środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzona w Paryżu dnia 24 listopada 2016 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1369).

<https://www.forbes.com/sites/taxnotes/2022/11/03/take-the-tax-reform-plunge-leave-the-eu-out-of-pillar-2/?sh=3a35de714d8a>

Wątpliwości interpretacyjne związane z wprowadzonymi rozwiązaniami dotyczącymi spółek nieruchomościowych

Interpretation doubts regarding amended provisions on real estate companies

Abstrakt

Wprowadzone do polskiego systemu podatkowego rozwiązania w zakresie spółek nieruchomościowych miały za cel uszczelnienie oraz zwiększenie efektywności ściągania podatków dochodowych w zakresie transakcji z udziałem spółek posiadających aktywa nieruchomościowe na terytorium Polski. Niniejszy artykuł ma za zadanie wyjaśnić genezę koncepcji spółki nieruchomościowej oraz wskazać na liczne wątpliwości interpretacyjne związane z wprowadzonymi obowiązkami w zakresie raportowania spółek nieruchomościowych oraz ich roli jako płatnika w zakresie transgranicznych transakcji na udziałach podmiotów nieruchomościowych. Obok czysto teoretycznych rozważań, artykuł opisuje problemy praktyczne, z którymi mierzą się uczestnicy obrotu gospodarczego w zakresie wyżej wskazanych obowiązków.

Przedstawiona analiza oparta jest na metodzie lingwistycznej, w związku z prymatem wykładni językowej prawa podatkowego, a dodatkowo przedstawione są w niej problemy empiryczne wynikające z rzeczywistego zastosowania powoływanych regulacji prawnych.

Słowa kluczowe: spółki nieruchomościowe, obowiązek raportowania, płatnik podatku, podatek dochodowy od osób prawnych

Abstract

The main purpose of newly implemented provisions in Polish corporate income tax act regarding real estate companies is to seal tax system and provide higher efficiency of income tax collection due to transactions on companies which assets are mainly constituted by real estate located in Poland. Thus, following article, aims to explain origins of real estate companies concept and provide clarification regarding newly implemented reporting obligation as well as their role as tax remitter due to cross-border shares transactions. Apart from purely theoretical considerations, hereby article underlines practical issues due to above mentioned obligations, faced by market participants.

Hereby analysis is based on linguistic methodology, as due to the fact that kind of interpretation should be viewed as prim interpretation should be viewed as a main prime methodology. Moreover, following analysis encompass empirical application of aforementioned legal provisions.

Keywords: real estate companies, reporting obligations, tax remitter, corporate income tax

1. Wprowadzenie

Problematyka rozwiązań wprowadzonych do polskiego systemu podatkowego w zakresie opodatkowania majątku nieruchomości położonego na terytorium Polski w głównej mierze związana jest z koniecznością uszczelnienia systemu podatkowego w sposób, który pozwoli na efektywną realizację obowiązków podatkowych przez nierezydentów z tytułu transakcji związanych z polskim majątkiem nieruchomości.

Wprowadzone na przestrzeni lat rozwiązania oparte są przede wszystkim na Modelu Konwencji OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku (dalej: MK OECD)¹ oraz późniejszej Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie

¹ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm> [dostęp: 25.12.2022].

erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku (Dz. U. z 2018 r. poz. 1369; dalej: Konwencja MLI), które bezpośrednio wpłynęły na treść podpisanych przez Polskę umów o unikaniu podwójnego opodatkowania (dalej: UPO). Warto zaznaczyć, że celem rozwiązań przewidzianych zarówno w powyższych konwencjach, jak i w siatce UPO² nie jest dodatkowe obciążenie opodatkowaniem podmiotów posiadających i czerpiących dochody z nieruchomości, a raczej przyznanie danemu państwu prawa (oraz późniejsze zabezpieczenie jego realizacji) do opodatkowania danej kategorii dochodów. Powyższe wynika z realizacji zasady, zgodnie z którą fakt posiadania nieruchomości na danym terytorium musi zostać odzwierciedlony w prawie tego państwa do jego opodatkowania³.

Funkcjonujące w ramach UPO rozwiązania, ze względu na chęć zabezpieczenia interesu podatkowego polskiego fiskusa, zostały również odzwierciedlone w przepisach ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2587, dalej: ustawa o CIT). Mowa tutaj o wprowadzonej w art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy o CIT tak zwanej klauzuli nieruchomościowej⁴, która z założenia ma przyznawać Polsce prawo do opodatkowania dochodu uzyskanego przez nierezydentów ze zbycia udziałów (i innych praw własnościowych) w spółkach, których struktura majątkowa składa się z co najmniej 50% aktywów nieruchomościowych położonych na terytorium Polski. Tożsame klauzule występują w zbliżonej formie w całej siatce UPO podpisanych przez Polskę, niemniej w różny sposób modyfikując warunki jej zastosowania – przykładowo uzależniając je od okresu, w jakim struktura majątku nieruchomego musi zostać utrzymana⁵. Należy zaznaczyć, że nie wszystkie UPO posiadają tożsame klauzule (np. UPO z Cyprem), niemniej Polska ma oczywisty

² W rozumieniu całego „systemu” UPO, którego stroną jest Rzeczpospolita Polska.

³ Należy pamiętać, że celem rozwiązań przewidzianych w MK OECD i Konwencji MLI oraz ostatecznie w UPO nie jest samoistne nakładanie obowiązków podatkowych, a jedynie wskazanie właściwej jurysdykcji mającej prawo do opodatkowania danej sytuacji transgranicznej.

⁴ Często również jako tzw. mała klauzula nieruchomościowa.

⁵ Rozwiązaniem wprowadzonym przez MK OECD jest zastosowanie klauzuli nieruchomościowej tylko w przypadku, jeżeli struktura posiadania 50% aktywów w majątku nieruchomym utrzymuje się w okresie 12 miesięcy przed dokonaniem danej transakcji.

interes w tym, by klauzula ta miała zastosowanie w jak największej liczbie przypadków sytuacji transgranicznych.

Dostrzegając potrzebę uporządkowania kwestii klauzul nieruchomościowych oraz zwiększenia efektywności egzekwowania podatków od dochodów związanych z polskim majątkiem nieruchomym, ustawodawca w ostatnim czasie wprowadził szereg rozwiązań w ustawie o CIT mających wprowadzić oraz dostosować status polskiej spółki nieruchomościowej do wymagań MK OECD oraz Konwencji MLI. Niniejszy artykuł traktuje o wprowadzonej do ustawy o CIT definicji legalnej „spółki nieruchomościowej” oraz dwóch wybranych nowych obowiązkach związanych z posiadaniem tego statusu: raportowaniu spółek nieruchomościowych oraz funkcji płatnika podatku w przypadku zbycia jej udziałów.

2. Definicja legalna

Na potrzeby spójności niniejszego artykułu należy podkreślić, że podmiot spełniający kryterium „klauzuli nieruchomościowej” przewidzianej w art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy o CIT (oraz odpowiednio klauzuli nieruchomościowej przewidzianej w podpisanych przez Polskę UPO) nie może być automatycznie uznany za „spółkę nieruchomościową” w rozumieniu nowej definicji przewidzianej w ustawie o CIT. Jak zostało wskazane wcześniej, główną przesłanką zastosowania klauzuli nieruchomościowej jest spełnienie kryterium odpowiedniej wartości aktywów nieruchomościowych (ewentualnie uzupełnione o kryterium określonego okresu ich posiadania), natomiast jak zostanie to wykazane w dalszej części artykułu – nowa definicja legalna spółki nieruchomościowej przewiduje szereg innych, dodatkowych wymogów (innymi słowy, definicja spółki nieruchomościowej jest zakresowo węższa od podmiotu „klauzulowego”). Jakkolwiek rozróżnienie to nie ma zasadniczego znaczenia dla poniższego wyводу, warto mieć na względzie to, by nie traktować automatycznie podmiotu objętego klauzulą nieruchomościową jako spółkę nieruchomościową.

Ustawą z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób

prawnych, zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 poz. 2123, dalej: ustawa zmieniająca), wprowadzona została do ustawy o CIT legalna definicja pojęcia „spółka nieruchomościowych”⁶. Definicja swym zakresem podmiotowym obejmuje każdy podmiot inny niż osoba fizyczna, który jest zobowiązany do sporządzenia bilansu na podstawie przepisów o rachunkowości⁷. Według przepisów ustawy o rachunkowości bilans jest częścią składową sprawozdania finansowego. Dlatego też za spółkę nieruchomościową mogą zostać uznane zarówno podmioty zobowiązane do prowadzenia ksiąg rachunkowych, jak i te podmioty, które samodzielnie podjęły decyzję o ich prowadzeniu jako te, które są zobowiązane do sporządzenia sprawozdania finansowego. Ustawa o rachunkowości w art. 2 ust. 1 wymienia szereg podmiotów, które z mocy ustawy muszą prowadzić księgi rachunkowe, niemniej ze względu na fakt, że nie każdy wymieniony tam podmiot ma możliwość emitowania udziałów, akcji lub praw o podobnym charakterze, nie wszystkie będą mieściły się w zakresie podmiotowym definicji spółki nieruchomościowej.

Zestawiając zatem powyższe regulacje ustawy o rachunkowości wraz z zakresem podmiotowym przepisów ustawy o CIT, możemy wyodrębnić następujące podmioty, które po spełnieniu dalszych przesłanek mogą zostać uznane za spółki nieruchomościowe: spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (w tym w organizacji), spółki akcyjne (w tym w organizacji), spółki komandytowo-akcyjne, spółki komandytowe, spółki jawne, których wspólnikiem jest podatnik podatku dochodowego od osób prawnych, oraz jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu funduszami inwestycyjnymi.

Aby móc uznać wyżej wymienione podmioty za spółki nieruchomościowe, konieczne jest również spełnienie przesłanek dotyczących posiadania odpowiedniej wartości aktywów nieruchomościowych położonych na terenie Polski. Kryteria te różnią się w zależności od posiadania statusu

⁶ Art. 4a pkt 35 ustawy o CIT.

⁷ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 poz. 217, dalej: ustawa o rachunkowości).

podatnika CIT oraz tego, czy dany podmiot prowadzi już działalność gospodarczą, czy dopiero ją zaczyna. W przypadku podmiotów rozpoczynających prowadzenie działalności gospodarczej za spółkę nieruchomościową uznaje się podmiot, którego co najmniej 50% wartości rynkowej aktywów, bezpośrednio lub pośrednio, stanowi wartość rynkowa nieruchomości położonych w Polsce, a sama ich wartość rynkowa przekracza 10 mln zł (bądź równowartość tej kwoty). Struktura majątkowa w tym przypadku oceniana jest na pierwszy dzień roku podatkowego (odpowiednio obrotowego, gdy podmiot nie jest podatnikiem CIT). W przypadku podmiotów prowadzących już działalność wyżej wskazane przesłanki posiadania 50% aktywów ulokowanych w nieruchomościach położonych w Polsce, których wartość przekracza 10 mln zł, pozostają takie same jak poprzednio, z tą różnicą, że należy odnieść się do wartości bilansowej ocenianej na ostatni dzień roku poprzedzającego rok podatkowy (odpowiednio rok obrotowy). Ponadto konieczne jest spełnienie dodatkowego wymogu, polegającego na tym, by przychody podatkowe (odpowiednio finansowe netto) z użytkowania nieruchomości stanowiły co najmniej 60% całości przychodów (podatkowych bądź finansowych).

W definicji spółek nieruchomościowych uwagę zwraca posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „pośredniego” posiadania aktywów nieruchomościowych. Powyższe znacząco otwiera możliwość uznania za spółkę nieruchomościową podmiotów, które przykładowo same (bezpośrednio) tych aktywów nie mają, ale posiadają tytuły uczestnictwa w spółkach, których majątek składa się w odpowiedniej części z aktywów nieruchomościowych. Konsekwencją tego jest konieczność badania struktur własnościowych z uwzględnieniem wartości nieruchomości położonych na terytorium Polski, posiadanych przez spółki, do których dany podmiot ma tytuły uczestnictwa w ich zyskach w proporcji do wielkości posiadanego udziału w tych spółkach⁸. Sytuację tę można w uproszczeniu porównać do

⁸ Powyższe wynika z odpowiedzi Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 18 marca 2021 r. na interpelację poselską Grzegorza Gaży z dnia 22 lutego 2021 r., <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=20317> [dostęp: 23.12.2022].

badania wartości aktywów w przypadku sporządzania skonsolidowanego sprawozdania finansowego przez grupę przedsiębiorstw.

Wprowadzając do ustawy o CIT definicję spółki nieruchomościowej (obejmującą dość szeroką kategorię podmiotów ze względu na kryterium pośredniego posiadania aktywów nieruchomościowych) polski ustawodawca chce stworzyć ustawowy system, który pozwoli na efektywne kontrolowanie i egzekwowanie ze strony uczestników obrotu gospodarczego prawa do opodatkowania z tytułu transakcji z udziałem polskiego majątku nieruchomościowego. Omawiane poniżej nowe obowiązki zdają się słusznymi narzędziami, by ten cel uzyskać, niemniej należy zadać pytanie, czy forma, w której zostały one wprowadzone, w rzeczywistości pozwalają na efektywne i rzetelne dostarczenie stosownej informacji z rynku, a co więcej – wyegzekwowanie wartości podatku w odpowiedniej wysokości. Aby tak się stało, narzędzia te muszą przede wszystkim być zrozumiałe i możliwe do wykonania z perspektywy uczestników obrotu gospodarczego.

3. Wybrane problemy praktyczne

3.1. Nowe obowiązki informacyjne

Jak zostało zakomunikowane w poprzedniej części artykułu, ustawa zmieniająca wprowadziła również szereg dodatkowych obowiązków administracyjnych, rozszerzając odpowiedzialność spółek nieruchomościowych na strefy, które wcześniej nie były powszechnie stosowane w ustawie o CIT.

Pierwszym zagadnieniem, nad którym warto się pochylić, jest z pozoru prosty obowiązek polegający na raportowaniu przez spółkę nieruchomościową oraz jej bezpośrednich i pośrednich udziałowców struktury udziałowej. Obowiązek ten stanowi swoistą realizację celów, o których była mowa w pierwszej części niniejszego artykułu – tj. chęci pozyskania przez organy podatkowe możliwie jak najszerszej informacji z rynku w zakresie liczby spółek nieruchomościowych (oraz ich udziałowców), co w konsekwencji ma doprowadzić do uszczelnienia i zabezpieczenia wpływów do budżetu z tytułu wszelkich transakcji związanych z podmiotami posiadającymi majątek nieruchomy położony w Polsce.

Ustawodawca, chcąc osiągnąć powyższe cele, wprowadził do art. 27 ustawy o CIT ust. 1e, który determinuje zakres podmiotowy i przedmiotowy oraz termin składania stosownych informacji. Zgodnie z tym przepisem spółki nieruchomościowe oraz ich udziałowcy, którzy posiadają udziały w wysokości co najmniej 5% (pośrednio lub bezpośrednio), będący jednocześnie podatnikami, zobowiązani są do przekazania właściwym urzędom skarbowym stosownych informacji⁹. W przypadku raportowania dokonywanego przez spółkę nieruchomościową informacje te dotyczą podmiotów posiadających bezpośrednio lub pośrednio w tej spółce nieruchomościowej udziały wraz ze wskazaniem ich liczby. Z kolei w przypadku informacji przekazywanej przez udziałowców informacje te mają dotyczyć liczby posiadanych bezpośrednio lub pośrednio w danej spółce nieruchomościowej udziałów. Powyższego raportowania należy dokonać do końca trzeciego miesiąca po zakończeniu roku podatkowego spółki nieruchomościowej¹⁰.

Z pozoru prosty obowiązek informacyjny budzi jednak wiele wątpliwości interpretacyjnych, tak po stronie organów podatkowych, jak i samych uczestników rynku. Początkowo należy zwrócić uwagę, że realizacja tych obowiązków zarówno przez spółki nieruchomościowe, jak i ich udziałowców dostarcza dokładnie takich samych informacji. Innymi słowy, wykonanie tego obowiązku tylko przez jeden ze zobowiązanych podmiotów zapewnia dostarczenie organowi podatkowemu całości wymaganych przez art. 27 ust. 1e ustawy o CIT informacji. Jak słusznie wskazuje się w literaturze przedmiotu, obowiązek taki należy uznać za nadmierne obciążenie administracyjne dla zobowiązanych podmiotów w związku z tym, że w zasadzie pełne zrealizowanie powyższego obowiązku skutkuje

⁹ Na mocy art. 27 ust. 4c ustawy o CIT Minister Finansów w drodze rozporządzenia z dnia 13 lipca 2022 r. (Dz. U. z 2022 poz. 1508) wyznaczył odpowiednich naczelników urzędów skarbowych do przyjmowania informacji, o której mowa w art. 27 ust. 1e ustawy o CIT.

¹⁰ Do końca trzeciego miesiąca po zakończeniu roku obrotowego, w przypadku spółek nieruchomościowych, które nie są podatnikami na gruncie ustawy o CIT. Co więcej, rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 29 marca 2022 r. (Dz. U. z 2022 poz. 709) termin ten został jednorazowo wydłużony do 30 września 2022 r. w przypadku spółek nieruchomościowych, których rok podatkowy lub rok obrotowy zakończył się w okresie od dnia 31 grudnia 2021 r. do dnia 31 maja 2022 r.

powielaniem informacji, które organ już posiada¹¹. Ustawodawca mógł przecież zapobiec tej sytuacji, wprowadzając prostą zasadę polegającą na tym, że zrealizowanie tego obowiązku przez jeden zobowiązany podmiot automatycznie zwalnia drugi z konieczności jego realizacji¹².

Warto również zwrócić uwagę na to, że zakres podmiotowy został w przypadku tego obowiązku podatkowego ograniczony wymogami dotyczącymi posiadania statusu „podatnika”. Ustawa o CIT nie przewiduje definicji legalnej tego pojęcia, dlatego też należy odnieść się do stosowanych odpowiednio przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2651; dalej: Ordynacja). Zawarta w Ordynacji definicja przewiduje, że podatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, podlegająca na mocy ustaw podatkowych obowiązkowi podatkowemu. W tym miejscu należałoby zastanowić się nad sytuacją, czy przykładowo zagraniczny, pośredni bądź bezpośredni udziałowiec ma obowiązek dokonania stosownego raportowania.

Skoro, by raportować, należy posiadać status „podatnika”, a tym samym podlegać na mocy ustaw podatkowych „obowiązkowi podatkowemu” (należy przyjąć, że chodzi zarówno o nieograniczony, jak i ograniczony obowiązek podatkowy), czy w sytuacji, gdy spółka matka (ewentualnie inna spółka, będąca pośrednim udziałowcem w spółce nieruchomościowej) nie posiada takiego obowiązku na terytorium RP, to czy nadal jest zobowiązana do realizacji tego obowiązku¹³? Kwestia ta nie została rozstrzygnięta ani w uzasadnieniu do ustawy zmieniającej, ani w treści samych przepisów. Sytuację w pewnym stopniu wyjaśnia odpowiedź Kancelarii Ministra Finansów na petycję w sprawie obowiązków notyfikacyjnych spółek nieruchomościowych

¹¹ W. Dmoch, *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, C.H Beck, wyd. 10, Warszawa 2022, art. 27.

¹² Kwestia ta została również poruszona podczas konsultacji społecznych w związku z wprowadzeniem ustawy zmieniającej. Uwaga nie została uwzględniona w związku z tym, że „nałożenie obowiązków na różne podmioty gwarantuje większą rzetelność przekazywanych danych”.

¹³ Pytanie zasadniczo sprowadza się do kwestii, jak „wysoko” w strukturze kapitałowej danej spółki nieruchomościowej wystąpi obowiązek raportowania.

z dnia 9 maja 2022 r.¹⁴ Zgodnie ze wspomnianą odpowiedzią „Przez podatnika, który ma obowiązek przekazywania informacji, należy rozumieć podmiot (niezależnie od formy prawnej), na którym ciąży obowiązek podatkowy w podatku dochodowym od osób fizycznych lub prawnych, z tytułu zbycia posiadanych praw do spółki nieruchomościowej”. Jakkolwiek niewiążąca, odpowiedź ta dosyć jednoznacznie wskazuje rozumienie tego pojęcia, nie wyjaśniając jednak, czy chodzi tylko o aktualny obowiązek podatkowy, czy również hipotetyczny – można sobie wyobrazić sytuację, w której spółki posiadające pośrednio lub bezpośrednio udziały nie mają intencji dokonywania transakcji na udziałach spółki nieruchomościowej¹⁵. Co więcej, przytoczona wyżej odpowiedź zdaje się nie dotyczyć sytuacji, w której zagraniczny udziałowiec spółki nieruchomościowej ma ograniczony obowiązek podatkowy na terytorium Polski, ale przykładowo z tytułu otrzymanej dywidendy czy też innych transakcji podlegających pod opodatkowanie podatkiem u źródła¹⁶. Rozwiązaniem w tym zakresie byłoby wprowadzenie prostego mechanizmu ograniczającego obowiązek raportowania tylko do spółek nieruchomościowych i ich bezpośrednich udziałowców.

Podkreślić należy, że warunek podmiotowy zawiera również dość niski próg ilości posiadanych udziałów w spółce nieruchomościowej. Skoro próg ten jest na poziomie 5%, istnieją większe szanse, że kilka pośrednich bądź bezpośrednich udziałowców musiałoby dokonać dokładnie takiego samego raportowania. Przypomnijmy, że informacje te tak czy inaczej wynikają ze złożonego przez spółkę nieruchomościową zeznania.

Należy zadać również pytanie, jak szeroko należy analizować strukturę własnościową danej spółki nieruchomościowej. W przypadku pionowych,

¹⁴ Dostępne pod adresem: <https://www.gov.pl/attachment/de2cd96f-2103-497c-8e23-7f9f91bf7b2> [dostęp: 23.12.2022].

¹⁵ W tym miejscu należy również wskazać na wyżej wspomniane klauzule nieruchomościowe. Nie każda UPO podpisana przez Polskę równoznacznie określa status i jurysdykcję podatnika w tym zakresie, mogłoby więc dojść do sytuacji, w której w zależności od rezydencji dany udziałowiec spełniałby kryteria statusu podatnika, a inny nie. Ponadto sytuacja dodatkowo komplikuje się w przypadku, gdy w danej UPO również zawarta jest „pośrednia” klauzula nieruchomościowa.

¹⁶ Zgodnie z art. 21 ustawy o CIT.

międzynarodowych struktur kapitałowych pośrednie spełnienie 5% prognozy posiadania może zostać spełnione przez wielu udziałowców z całej struktury. Prosty obowiązek informacyjny przeradza się zatem w całościową analizę struktury kapitałowej, która w głównej mierze będzie opierała się na analizach przepisów danych UPO w celu wykazania posiadania „hipotetycznego” obowiązku podatkowego na terytorium Polski. Co więcej, w pewnym sensie to na spółce nieruchomościowej niejako wymusza się koordynację całej wyżej wspomnianej analizy wraz z koniecznością zapewnienia złożenia zeznań we właściwy i terminowy sposób przez potencjalnie wielu zagranicznych udziałowców¹⁷. Praktyka w przeważającej części pokazuje, że pełna realizacja tego obowiązku może być wyjątkowo problematyczna, a czasem nawet niewykonalna.

Analizując sposób złożenia tych informacji, zgodnie z dyspozycją ustawową Ministerstwo Finansów ogłosiło wzory formularzy interaktywnych do dokonania raportowania (formularze: CIT-N1 dla spółki nieruchomościowej; CIT-N2 dla udziałowców)¹⁸. W związku ze wskazaniem ustrukturyzowanej formy przekazywania informacji (oraz ogłoszenia rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie przesyłania informacji dotyczących spółek nieruchomościowych w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych, Dz. U. z 2022 r. poz. 806) w praktyce jedynym możliwym sposobem złożenia tej informacji jest sposób elektroniczny za pośrednictwem systemu „e-Deklaracje”¹⁹. Powyższe powoduje, że w przypadku chęci złożenia analizowanej informacji przez pełnomocnika konieczne będzie

¹⁷ Teza ta zawiera założenie, że spółka nieruchomościowa posiada informacje na temat całej struktury własnościowej. Praktyka jednak pokazuje, że w przypadku wielopoziomowych i międzynarodowych struktur taka wiedza nie zawsze jest dostępna (informacje te mogą nie być łatwo dostępne, chociażby ze względu na specyficzne przepisy danej jurysdykcji). Obecne procedury należytej staranności m.in. w związku z wprowadzeniem klauzul rzeczywistego właściciela (ang. *beneficial owner*) oraz postulaty transparentności w tym zakresie wymagają, by spółka nieruchomościowa taką wiedzę posiadała, niemniej w przeważającej części wiedza ta ogranicza się tylko do bezpośredniego udziałowca.

¹⁸ Na marginesie warto zauważyć, że opublikowane formularze CIT-N1 oraz CIT-N2 dostępne są tylko w języku polskim, co znacząco utrudnia wypełnienie ich przez podmioty zagraniczne. Potwierdza to tezę, że w rzeczywistości w znacznej części przypadków to na polskiej spółce nieruchomościowej będzie ciążył obowiązek wypełnienia formularza CIT-N2.

¹⁹ Art. 27 ust. 1h ustawy o CIT.

posiadanie pełnomocnictwa do podpisywania deklaracji składanej za pomocą środków komunikacji elektronicznej (UPL-1)²⁰.

Jednym z wymogów, by powyższe deklaracje skutecznie uzupełnić i złożyć, jest posiadanie polskiego numeru identyfikacji podatkowej. Ponownie wydawać się może, że jest to zbędne obciążenie administracyjne, w szczególności biorąc pod uwagę fakt bezcelowości rejestracji na NIP zagranicznych udziałowców tylko ze względu na obowiązek raportowania – wiele interaktywnych formularzy może zostać wypełnionych z wykorzystaniem zagranicznego numeru identyfikacji podatkowej²¹.

Podsumowując, należy wskazać, jakie ryzyka wiążą się z brakiem terminowego zrealizowania tego obowiązku informacyjnego. Kwestie te reguluje art. 80 ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 859; dalej: k.k.s.), wskazując, że podmiot, który nie składa w terminie właściwemu organowi wymaganej informacji podatkowej, podlega karze grzywny do 120 stawek dziennych. Do tej pory brak jest znanej praktyki w zakresie faktycznego egzekwowania tego obowiązku oraz wysokości ewentualnych kar grzywny, niemniej wydawać się może, że ze względu na jego czysto informacyjny charakter (a nie fiskalny, który mógłby mieć wpływ na wysokość opodatkowania, a tym samym wpływy budżetowe) organy będą nakładać stosowne kary w minimalnych wysokościach. W przypadku nieumyślnego i niezawinionego wyżej wskazanych terminów możliwe jest złożenie stosownych informacji po terminie wraz z czynnym żalem²².

3.2. Spółka nieruchomościowa jako płatnik

Na mocy ustawy zmieniającej zasadniczej zmianie uległ sposób poboru podatku w przypadku transakcji zbycia udziałów oraz innych tytułów uczestnictwa w spółce nieruchomościowej. Do momentu wejścia w życie

²⁰ Art. 80a Ordynacji.

²¹ Co więcej, praktyka wskazuje, że miały miejsce sytuacje, w których, organ po złożeniu deklaracji CIT-N1 przez spółkę nieruchomościową domagał się również przekazania numerów NIP udziałowców.

²² Na podstawie art. 16 k.k.s. przy równoczesnym braku spełnienia przesłanek uniemożliwiających skuteczne jego złożenie przewidzianych w § 5 i 6 tego artykułu.

ustawy zmieniającej, a tym samym wprowadzenia przepisu art. 26aa ustawy o CIT, zagraniczny podmiot, który osiągał dochody ze zbycia udziałów w polskiej spółce nieruchomościowej, był jedynym zobowiązanym do złożenia stosownej deklaracji i zapłacenia podatku w odpowiedniej kwocie (zarówno na podstawie stosownych klauzul nieruchomościowych zawartych w poszczególnych UPO, jak i małej klauzuli nieruchomościowej przewidzianej przez ustawę o CIT). W myśl znowelizowanych przepisów to sama spółka nieruchomościowa, której udziały w wysokości co najmniej 5% są przedmiotem zbycia²³ przez nierezydenta (również osobę fizyczną), będzie pełniła funkcję płatnika zobowiązanego do zapłaty zaliczki na podatek od dochodu zbywcy. W tym przypadku podatek będzie wynosił 19% dochodu (uzyskanego przez zagranicznego udziałowca) wpłacanego w terminie do 20 dnia miesiąca następującego po miesiącu jego powstania. Ponadto ustawodawca wprowadził klauzulę, która ma zabezpieczyć realizację tego obowiązku przed sztucznym dzieleniem transakcji, bowiem 5% próg udziałowy będzie obejmował transakcje zbycia w okresie nieprzekraczającym 12 miesięcy liczonych począwszy od ostatniego dnia miesiąca, w którym nastąpiło pierwsze ich zbycie²⁴.

Uzasadnienie do ustawy zmieniającej wskazuje, że przedmiotowa zmiana była konieczna ze względu na brak realnych możliwości egzekucyjnych po stronie polskiego fiskusa podatku z tytułu transakcji sprzedaży udziałów w spółce nieruchomościowej przez zagranicznych udziałowców. Niemniej rozwiązania dotyczące przeniesienia ciężaru zapłaty podatku na spółkę nieruchomościową z tytułu zbycia jej własnych udziałów budzą liczne problemy natury praktycznej.

Pierwszy z nich dotyczy samej natury i zadań płatnika – zobowiązany jest on bowiem do samodzielnego obliczenia, pobrania od podatnika odpowiedniej kwoty podatku oraz wpłacenia go we właściwym terminie do organu podatkowego²⁵. Mając to na uwadze, ustawodawca, wprowadzając

²³ Warto zaznaczyć, że ustawodawca nie wprowadził dokładnego katalogu czy też form transakcji objętych ww. przepisem – należy zatem odnieść się do szerokiego rozumienia pojęcia „zbycia”.

²⁴ Art. 26aa ust. 2 ustawy o CIT.

²⁵ Art. 8 Ordynacji.

ten przepis, zakłada, że spółka nieruchomościowa będzie miała całościową wiedzę na temat wartości transakcji (ceny sprzedaży danych udziałów), kosztów poniesionych przez zbywającego podlegających zaliczeniu w poczet kosztów uzyskania przychodów (w tym kosztów historycznych) lub ewentualnych stratach w związku z podobnymi transakcjami z lat ubiegłych²⁶. Ponadto spółka nieruchomościowa – płatnik – będzie musiała posiadać środki na wypłacenie tego podatku. Praktyka pokazuje, że polskie podmioty często nie mają tak szerokiej wiedzy, a tym bardziej skutecznych narzędzi, by otrzymać stosowne informacje od międzynarodowych udziałowców (często na wielu poziomach w danej strukturze kapitałowej).

Ustawodawca, chcąc zaradzić powyższym problemom, wprowadził przepis, zgodnie z którym w przypadku nieposiadania przez spółkę nieruchomościową informacji o kwocie taksacji zbycia wysokość zaliczki należy ustalić w wysokości 19% wartości rynkowej zbywanych udziałów. Należy uznać, że jest to rozwiązanie nietrafione, ponieważ, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, przepis ten ma charakter sankcyjny, gdyż w przypadku transakcji zbycia udziałów istnieje możliwość pomniejszenia przychodów o poniesione koszty z tego tytułu, a tym istnieje możliwość do odpowiedniego zmniejszenia podstawy opodatkowania²⁷. Omawiany przepis z kolei poskutkował ryczałtowym opodatkowaniem przychodów. Warto również zwrócić uwagę na to, że w takiej sytuacji na płatniku będzie ciążył obowiązek przeprowadzenia czasochłonnych i kosztownych wycen wartości rynkowej przedmiotu transakcji. Aby uniknąć tej sytuacji, płatnik będzie musiał w zasadzie wdrożyć zagranicznego udziałowca w liczne niuanse polskiego prawa podatkowego, tak aby przekazane informacje o transakcji pozwoliły na skuteczne potrącenie podatku we właściwej kwocie. Biorąc to pod uwagę, spółka nieruchomościowa będzie zmuszona do

²⁶ Kwestie te były szeroko podkreślane na etapie konsultacji społecznych w związku z wprowadzeniem ustawy zmieniającej. Zaznaczyć należy, że w większości przypadków sam płatnik jest podmiotem wypłacającym wynagrodzenie, toteż posiada stosowną wiedzę i narzędzia do odprowadzenia odpowiedniego podatku (przykładowo w transakcjach objętych opodatkowaniem u źródła – WHT), natomiast w powyższym przypadku musi on polegać na informacji przekazanych przez zbywającego nierezydenta.

²⁷ Przykładowo art. 16 ust. 1 pkt 8 ustawy o CIT. W. Dmoch, *Podatek dochodowy...*, art. 26aa.

przeprowadzenia szczegółowej analizy dokumentacji transakcji (uwzględniając przykładowo historyczne jej koszty oraz specyfikę prawa podatkowego w jurysdykcji nierezydenta). Powyższe będzie możliwe do zrealizowania przy założeniu, że zagraniczny udziałowiec będzie chciał podzielić się wszystkimi informacjami związanymi z przeprowadzoną transakcją ze spółką nieruchomościową, co nie zawsze będzie miało miejsce, w szczególności uwzględniając przypadki tajemnicy handlowej. Tej sytuacji dodatkowo nie pomaga stosunkowo krótki termin realizacji tego obowiązku.

Co więcej, może dojść do sytuacji, w której to spółka nieruchomościowa, chcąc zrealizować powyższy obowiązek, poniesie ekonomiczny ciężar podatku. Aby rozwiązać postulowany problem związany z realnym poniesieniem kosztów podatku przez płatnika, ustawodawca wprowadził przepis nakładający na podatnika obowiązek przekazania odpowiedniej kwoty płatnikowi przed terminem płatności zaliczki. Brak jest jednak praktycznych rozwiązań, które pozwolą w jakikolwiek sposób wyegzekwować właściwie obliczoną kwotę zaliczki od podatnika. Nawet w przypadku poniesienia ciężaru ekonomicznego podatku przez spółkę nieruchomościową nie jest w dalszym ciągu jasne, czy będzie ona mogła wnioskować o zwrot zapłaconej zaliczki w sytuacji wskazania nadpłaty w deklaracji podatnika.

Ekspozycji spółki nieruchomościowej na liczne ryzyka podatkowe w tym zakresie zdaje się nie zauważać ustawodawca. Zamiast w jakimkolwiek zakresie podjąć próbę ograniczenia odpowiedzialności płatnika, ustawodawca w art. 30 § 5a Ordynacji znacząco ją rozszerzył, wprowadzając brak możliwości wyłączenia ogólnej odpowiedzialności płatnika za podatek niepobrany lub pobrany a niewpłacony z winy podatnika²⁸. Można zatem wyobrazić sobie sytuację, w której spółka nieruchomościowa, aby uniknąć powyższej odpowiedzialności, zapłaci zaliczkę z własnych środków, co w przypadku transakcji na udziałach spółek nieruchomościowych może stanowić dość pokaźną kwotę, a w konsekwencji może to doprowadzić nawet do problemów związanych z płynnością finansową spółki nieruchomościowej.

²⁸ Art. 30 § 5a pkt 7 w zw. z ust. 5 Ordynacji.

4. Podsumowanie

Opisane powyżej nowe rozwiązania dotyczące polskich spółek nieruchomościowych to jedynie wycinek nałożonych ustawą zmieniającą licznych nowych obowiązków oraz ograniczeń. Jakkolwiek zrozumiałe z perspektywy fiskusa zmiany wydają się budzić szereg wątpliwości interpretacyjnych, zaś w praktyce przekładają się na dużą niepewność podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym. Niepewność ta wynika przede wszystkim z niejednoznaczności wprowadzonych przepisów przy jednoczesnej szerokiej odpowiedzialności w przypadku braku ich realizacji. Obowiązki te z pozoru mogą wydawać się proste, niemniej w przeważającej części wymuszają na podmiotach nieruchomościowych przeprowadzenie czasochłonnych oraz kosztochłonnych analiz celem poprawnego ich wypełnienia. Wydawać się może, że powyższe obowiązki tak naprawdę nie dotyczą spółki nieruchomościowej jako strony danej transakcji, a raczej jako jej przedmiotu, co w efekcie prowadzi do sztucznego przerzucenia ciężaru ich realizacji.

Należałoby się zastanowić, czy wprowadzone zmiany rzeczywiście służą wypełnieniu pierwotnego celu efektywnego opodatkowania nierezydentów z tytułu transakcji, których przedmiotem są spółki nieruchomościowe. Bez wątpienia po wprowadzeniu komentowanych zmian organy podatkowe będą miały szeroką wiedzę na temat tych podmiotów, niemniej ze względu na liczne problemy interpretacyjne nie jest pewne, czy wiedza ta będzie jednakowa w przypadku wszystkich podmiotów. Dublowanie informacji związanych z obowiązkiem raportowania spółek nieruchomościowych może doprowadzić do chaosu informacyjnego w specjalnie do tego celu wyznaczonych organach podatkowych, a nałożenie obowiązków płatnika na te podmioty wcale nie gwarantuje, że wysokość pobranego podatku będzie właściwa. Jak zostało wykazane w niniejszym artykule, zmienione przepisy nakładające na spółkę nieruchomościową cały zestaw nowych obowiązków doprowadzają do nieproporcjonalnego rozłożenia odpowiedzialności z tytułu transakcji na ich udziałach. Biorąc pod uwagę fakt, że opisywane rozwiązania są stosunkowo nowe, pozostaje czekać na pojawienie się praktyki interpretacyjnej oraz orzeczniczej, która wyjaśni

i rozstrzygnie wszystkie problemy natury interpretacyjnej, a przede wszystkim natury praktycznej.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Dmoch W., *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, C.H. Beck, wyd. 10, Warszawa 2022.

Akty prawne

Konwencja wielostronna implementująca środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przeniesieniu zysku, sporządzona w Paryżu dnia 24 listopada 2016 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1369).

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2587).

Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 217).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2651).

Ustawa z dnia 10 września 1999 r. - Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 859).

Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2020 r. poz. 344).

Ustawa z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2123).

Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r. poz. 2105).

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 29 marca 2022 r. w sprawie przedłużenia terminu przekazywania informacji dotyczących spółek nieruchomościowych (Dz. U. z 2022 r. poz. 709).

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 13 lipca 2022 r. w sprawie wyznaczenia organów Krajowej Administracji Skarbowej do wykonywania zadań Szefa Krajowej Administracji Skarbowej w zakresie przyjmowania, obsługi oraz udostępniania innym organom informacji, o których mowa w art. 27 ust. 1e ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. (Dz. U. z 2022 r. poz. 1508).

Inne

Konwencja Modelowa OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku (ang. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*), <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>

Odpowiedź Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 18 marca 2021 r. na interpelację poselską Grzegorza Gaży z dnia 22 lutego 2021 r. Dostępna pod adresem: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=20317>

Odpowiedź Kancelarii Ministra Finansów na petycję w sprawie obowiązków notyfikacyjnych spółek nieruchomościowych z dnia 9 maja 2022 r., <https://www.gov.pl/attachment/de2cd96f-2103-497c-8e23-7f9f91fbf7b2>

Treść uwag do projektu Ustawy zmieniającej zgłoszonych w drodze konsultacji społecznych, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=642> (plik.pdf)

Obowiązek weryfikacji statusu *beneficial owner* przy zwolnieniu dywidendy z podatku u źródła

Obligation to verify the status of the beneficial owner regarding to exempting dividends from withholding tax

Abstrakt

Niniejszy artykuł porusza problematykę prawa do skorzystania ze zwolnienia dywidendowego wynikającego z art. 22 ust. 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych opartego na obowiązku weryfikacji statusu podmiotu otrzymującego dywidendę w kontekście wypełnienia definicji beneficjenta rzeczywistego (ang. *beneficial owner*). W pracy dokonano analizy obowiązujących przepisów, orzecznictwa sądów administracyjnych, praktyki organów podatkowych oraz piśmiennictwa dotyczącego podejmowanej tematyki. Z dotychczasowej obserwacji wynika, że nadal nie można mówić o utrwalonym podejściu sądów administracyjnych i organów podatkowych w sprawie obowiązku weryfikacji statusu rzeczywistego właściciela w odniesieniu do wypłaty dywidendy. Do tej pory wydawane interpretacje indywidualne oraz wyroki sądów wojewódzkich w tym zakresie nie były jednolite.

Słowa kluczowe: CIT, dywidendy, zwolnienie, rzeczywisty właściciel

Abstract

This article discusses the issue of the right to benefit from the dividend exemption resulting from Article 22(4) of the Polish Corporate Income

Tax Act based on the obligation to verify the status of the entity receiving the dividend in the context of fulfilling the definition of beneficial owner. Analyzed the applicable regulations, the jurisprudence of administrative courts, the practice of tax authorities and literature on the subject matter. The observation so far shows that it is still not possible to talk about a well-established approach of administrative courts and tax authorities regarding the obligation to verify the status of the beneficial owner in relation to dividend payments. So far, individual interpretations and judgments of provincial courts in this respect have not been uniform.

Keywords: CIT, dividends, exemption, beneficial owner

1. Ewolucja koncepcji *beneficial owner* z perspektywy polskich przepisów

Koncepcja rzeczywistego właściciela (ang. *beneficial owner*) po raz pierwszy w historii polskiego prawa podatkowego została skonkretyzowana w słowniku ustawowym przez dodanie pkt 29 do art. 4a ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych z dnia 15 lutego 1992 r.¹ w dniu 1 października 2017 r. poprzez ustawę zmieniającą ustawę o CIT². Zgodnie z tą definicją rzeczywisty właściciel oznaczał „podmiot otrzymujący daną należność dla własnej korzyści, niebędący pośrednikiem³, przedstawicielem, powiernikiem lub innym podmiotem zobowiązanym do przekazania całości lub części danej należności innemu podmiotowi”.

Ustawodawca, wprowadzając pojęcie rzeczywistego właściciela do polskiego systemu podatkowego, uzasadniał to głównie potrzebą doprecyzowania warunków zwolnienia z podatku u źródła⁴ niektórych zagranicznych

¹ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2587 z późn. zm.), dalej: ustawa o CIT.

² Ustawa z dnia 5 września 2016 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1550).

³ Warto zwrócić uwagę, że w polskim orzecznictwie i praktyce interpretacyjnej pojawia się tzw. koncepcja *look through approach*, która pozwala na zastosowanie preferencyjnego opodatkowania płatności zagranicznych, nawet w sytuacji, gdy płatność ta dokonywana jest poprzez pośrednika, czyli podmiot niestanowiący rzeczywistego właściciela, znajdujący się w innym kraju niż rzeczywisty właściciel. Jednakże podejście to nie wynika wprost z przepisów, tylko z interpretacji i rozumienia klauzuli rzeczywistego właściciela.

⁴ Dalej również jako: WHT.

płatności oraz kwestią tłumaczenia na język polski wyrażenia *beneficial owner* jako „właściciela”, co nie do końca oddawało sens angielskiego tłumaczenia. Zdaniem autorów projektu ww. ustawy lepiej oddawałoby wyrażenie „rzeczywisty właściciel” – podkreślano, że w tym kontekście normatywna definicja rzeczywistego właściciela odpowiadałaby klauzuli *beneficial ownership* jako koncepcji międzynarodowego prawa podatkowego oraz że angielskie pojęcie *beneficial owner* stanowi pojęcie funkcjonującego powszechnie na gruncie podatkowego prawa międzynarodowego⁵.

Pojęcie rzeczywistego właściciela w rozumieniu polskich przepisów ewoluowało na przestrzeni ostatnich lat dosyć intensywnie, najbardziej istotne zmiany zostały dokonane jednak w 2019 r.

Zmodyfikowana koncepcja statusu rzeczywistego właściciela w 2019 r. zawęziła krąg podmiotów, które mogą być uznane za rzeczywistego właściciela wypłacanych należności poprzez odwołanie m.in. do obowiązku prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej w kraju siedziby, jeżeli należności uzyskiwane są w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Propozycja tej definicji wzbudziła skrajne kontrowersje. Przedstawiciele doktryny wskazywali, że rozszerzenie wymogów spełnienia statusu rzeczywistego właściciela będzie skutkowało wieloma sporami podatników i płatników z organami podatkowymi. Według autorów zmodyfikowanych przepisów dotyczących podatku u źródła jednym z powodów uregulowania w polskim systemie podatkowym rozszerzonej definicji *beneficial owner* była próba zwalczenia zjawiska „kupczenia umowami” (ang. *treaty shopping*⁶), które odzwierciedlenie znajdowało w tworzeniu nieuzasadnionych struktur w celu skorzystania z preferencyjnego opodatkowania przez podmiot niebędący rezydentem podatkowym państw-stron korzystających z przywilejów danej umowy w odniesieniu do konkretnej płatności.

⁵ B. Kuźniacki, *Rzeczywisty beneficjent a podatek u źródła*, Wolters Kluwer, Warszawa 2022, s. 282.

⁶ Pojęcie to zostało zdefiniowane w *Raporcie o spółkach conduit* jako „niewłaściwe wykorzystanie konwencji podatkowych przez osobę (będącą lub niebędącą rezydentem umawiającego się państwa), działającą za pośrednictwem podmiotu prawnego utworzonego w państwie, którego głównym lub jedynym celem jest uzyskanie korzyści wynikających z konwencji, które nie byłyby dostępne bezpośrednio dla takiej osoby”.

W obecnym brzmieniu definicji *beneficial owner* (ostatnie zmiany zostały dokonane przy okazji wprowadzonej ustawy tzw. Polskiego Ładu⁷) rzeczywisty właściciel oznacza podmiot, który spełnia łącznie następujące warunki:

- a) otrzymuje należność dla własnej korzyści, w tym decyduje samodzielnie o jej przeznaczeniu i ponosi ryzyko ekonomiczne związane z utratą tej należności lub jej części,
- b) nie jest pośrednikiem, przedstawicielem, powiernikiem lub innym podmiotem zobowiązanym do przekazania całości lub części należności innemu podmiotowi,
- c) prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą w kraju siedziby, jeżeli należności są uzyskiwane w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, przy czym przy ocenie, czy podmiot prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą, uwzględnia się charakter oraz skalę działalności prowadzonej przez ten podmiot w zakresie otrzymanej należności.

Zatem dokonano dwóch zmian, tj. usunięto wyrażenie „prawnie lub faktycznie” w przesłance nr 2, które odnosiło się do zobowiązania do przekazania całości lub części należności innemu podmiotowi oraz dla ustalenia, czy podmiot prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą, uwzględniono charakter oraz skalę działalności prowadzonej przez ten podmiot w zakresie otrzymanej należności. Ministerstwo Finansów, uzasadniając wprowadzane zmiany, wskazywało, że powinny one zbliżyć rozumienie rzeczywistego właściciela do jego rozumienia na gruncie prawa międzynarodowego⁸. Mimo kolejnych zmian w polskiej definicji *beneficial owner*, które w swoim założeniu miały na celu ograniczać wątpliwości interpretacyjne wprowadzonych przepisów, nadal budzą kontrowersje i powodują spory przed organami podatkowymi.

⁷ Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r. poz. 2105 z późn. zm.), dalej: tzw. Polski Ład.

⁸ Zob. uzasadnienie do ustawy tzw. Polskiego Ładu, s. 89 i 91.

2. Warunek rzeczywistego właściciela w odniesieniu do zwolnienia z opodatkowania dywidend

Wspólną cechą umownego reżimu opodatkowania wszystkich rodzajów dochodów biernych jest określenie warunków, jakie powinien spełniać odbiorca płatności⁹. Klauzula *beneficial owner* występuje w regulacjach dotyczących ww. dochodów, ponieważ w odniesieniu do nich najłatwiej jest posłużyć się podmiotem pośredniczącym¹⁰. Wystarczy przenieść na ten podmiot udziały, wierzytelności czy prawa dające tytuł prawny do płatności i kontrolować go w zakresie dotyczącym ostatecznego przypisania dochodu¹¹.

W polskich regulacjach przepisem stanowiącym podstawę prawną zastosowania zwolnienia z opodatkowania dywidend podatkiem u źródła jest art. 22 ust. 4 ustawy o CIT i następane. Warto jednak zwrócić uwagę, że nie zawierają one kryterium rzeczywistego właściciela. Również Dyrektywa PS (ang. *Parent Subsidiary Directive*)¹², której implementację stanowią powołane wyżej przepisy, wśród przesłanek warunkujących zwolnienie dywidend z opodatkowania w państwie źródła nie wymienia dowiedzenia statusu *beneficial owner*.

Powyższy pogląd jest co do zasady potwierdzany w orzecznictwie sądów administracyjnych¹³. Przykładowo NSA w wyroku z dnia 27 kwietnia 2021 r. stwierdził, że „Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, brak w art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p. wskazanego powyżej warunku posiadania przez spółkę otrzymującą dywidendę statusu rzeczywistego właściciela przesądza o tym, że dla skorzystania z prawa do zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych w odniesieniu do dywidend nie jest wymagane,

⁹ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo podatkowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 281.

¹⁰ *Ibidem*, s. 282.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Dyrektywa Rady 2011/96/UE z dnia 30 listopada 2011 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich (Dz. Urz. UE L345/8 z 29.2.2011).

¹³ Wyrok WSA w Łodzi z dnia 4 października 2022 r., I SA/Łd 505/22; wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2022 r., III SA/Wa 2679/21; wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2022, III SA/Wa 2668/21; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 września 2021 r., III SA/Wa 562/21.

by odbiorca dywidendy był jej rzeczywistym właścicielem. Wywodzenie istnienia warunku posiadania statusu rzeczywistego właściciela w odniesieniu do zwolnienia z podatku dochodowego, o którym mowa w art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p., wobec braku takiego zastrzeżenia w treści art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p. oraz biorąc pod uwagę, że warunek taki został sformułowany wyłącznie w odniesieniu do zwolnienia, o którym mowa w art. 21 ust. 3 u.p.d.o.p. stanowi niedopuszczalne wyjście poza granice językowej wykładni tych przepisów¹⁴.

Zgodnie z linią orzecniczą jednym z głównych argumentów przemawiającym za brakiem obowiązku weryfikacji statusu rzeczywistego właściciela jest sama treść przepisów ustawy o CIT odnosząca się do zwolnienia z WHT przy wypłacie dywidendy. Sądy administracyjne potwierdzają, że ustawodawca nie wprowadził w ustawie o CIT wprost obowiązku weryfikowania statusu rzeczywistego właściciela przy wypłatach dywidendy (w odróżnieniu od wprost wskazanego obowiązku w tym zakresie w przypadku wypłat odsetek czy należności licencyjnych). Sądy administracyjne niemalże jednolicie stoją na stanowisku, że zwolnienie dywidendy z opodatkowania WHT jest co prawda obwarowane pewnymi warunkami formalnymi wynikającymi z art. 22 ust. 4 ustawy o CIT i n., jednakże nie jest nim obowiązek posiadania przez odbiorcę dywidendy statusu rzeczywistego właściciela otrzymywanych należności. Dodatkowo sądy co do zasady potwierdzają, że przepisy dotyczące zwolnienia z podatku u źródła dywidend należy rozumieć zgodnie z treścią wspomnianej wcześniej Dyrektywy PS.

Mimo korzystnej linii orzecniczej dla podatników, zupełnie odmienne stanowisko prezentują organy podatkowe, zgodnie z którym, aby możliwe było zastosowanie zwolnienia z art. 22 ust. 4 ustawy o CIT, odbiorca dywidendy powinien jednak być jej rzeczywistym właścicielem¹⁵. Co więcej, wyżej wskazane wyroki sądów administracyjnych zostały wydane właśnie na gruncie spraw interpretacyjnych. Wydaje się jednak, że organy podatkowe co do zasady dążą do stosowania kryterium rzeczywistego właściciela

¹⁴ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2021 r., II FSK 240/21.

¹⁵ Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji indywidualnej z dnia 21 maja 2021 r., 0111-KDIB1-1.4010.472.2021.3.BK, z dnia 11 maja 2020 r., 0111-KDIB1-3.4010.43.2020.2.BM.

w celu przeciwdziałania nadużycia prawa do zastosowania zwolnienia, łącząc instytucję rzeczywistego właściciela z klauzulą przeciwko unikaniu opodatkowania z art. 22c ustawy o CIT¹⁶. Podobne stanowisko zdaje się prezentować również WSA w Poznaniu w wyroku z 9 lipca 2021 r., wskazując, że „(...) mając na uwadze cel regulacji z art. 22c u.p.d.o.p., Sąd podzielił pogląd organu interpretacyjnego, zgodnie z którym, ustalenie statusu rzeczywistego właściciela jest niezbędne do dokonania całościowej oceny, czy struktura prowadząca do wypłaty dywidendy nie jest strukturą sztuczną, co wyklucza możliwość zastosowania zwolnienia podatkowego”¹⁷. Organy podatkowe twierdzą również, że obowiązek weryfikacji statusu rzeczywistego właściciela w omawianym zakresie wynika pośrednio z wprowadzanego obowiązku weryfikowania przez płatnika spełnienia warunków wymienionego zwolnienia z należytą starannością.

3. Wnioski

Z powyższego wynika, że nadal nie można mówić o utrwalonym podejściu sądów administracyjnych i organów podatkowych w sprawie obowiązku weryfikacji statusu rzeczywistego właściciela w odniesieniu do wypłaty dywidendy. Niestety, nawet wyrok NSA nie przyniósł oczekiwanego przełomu wskazującego na brak obowiązku weryfikacji, czy odbiorca dywidendy posiada status *beneficial owner*. Zatem problematyka weryfikacji statusu rzeczywistego właściciela w kontekście wypłaty dywidendy niezmiennie wymaga obserwacji, zarówno z punktu widzenia orzeczeń sądów administracyjnych, jak i praktyki interpretacyjnej. Na koniec warto również zwrócić uwagę, że polskie przepisy dotyczące poboru podatku u źródła odbiegają od norm zawartych w Dyrektywie PS w zakresie, w jakim w automatyczny

¹⁶ Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji indywidualnej z dnia 14 czerwca 2022 r., 0111-KDIB2-1.4010.128.2022.2.AR: „(...) dla zastosowania zwolnienia z zapłaty podatku u źródła przy wypłacie dywidendy konieczne jest posiadanie statusu rzeczywistego właściciela po stronie odbiorcy takiej płatności. Płatnik w celu zastosowania zwolnienia wynikającego z art. 22 ust. 4 ustawy o CIT jest zobowiązany do przeprowadzenia pełnej weryfikacji warunków umożliwiających skorzystanie z tego zwolnienia, zachowując przy tym należytą staranność, zaś w ramach należytej staranności (wbrew twierdzeniu Wnioskodawcy) mieści się weryfikacja statusu rzeczywistego właściciela w stosunku do otrzymanej należności”.

¹⁷ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 9 lipca 2021 r., I SA/Po 230/21.

sposób pozbawiają zwolnienia podatkowego odbiorcę dywidendy, który nie jest jej rzeczywistym właścicielem¹⁸.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Kuźniacki B., *Rzeczywisty beneficjent a podatek u źródła*, Wolters Kluwer, Warszawa 2022.

Litwińczuk H., *Międzynarodowe prawo podatkowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

Wilk M., *Znaczenie przesłanki rzeczywistego właściciela (beneficial owner) dla zastosowania zwolnienia dywidend z podatku u źródła*, „Przegląd Podatkowy” 2020, nr 8.

Akty prawne

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2587 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 5 września 2016 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1550).

Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r. poz. 2105 z późn. zm.).

Dyrektywa Rady 2011/96/UE z dnia 30 listopada 2011 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich (Dz. Urz. UE L 345/8 z 29.2.2011).

Orzecznictwo

Wyrok NSA w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2021 r., II FSK 240/21.

Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 9 lipca 2021 r., I SA/Po 230/21.

¹⁸ M. Wilk, *Znaczenie przesłanki rzeczywistego właściciela (beneficial owner) dla zastosowania zwolnienia dywidend z podatku u źródła*, „Przegląd Podatkowy” 2020, nr 8, s. 21-29.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 września 2021 r., III SA/Wa 562/21.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2022 r., III SA/Wa 2668/21.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2022 r., III SA/Wa 2679/21.

Wyrok WSA w Łodzi z dnia 4 października 2022 r., I SA/Łd 505/22.

Pisma urzędowe

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji indywidualnej z dnia 11 maja 2020 r., 0111-KDIB1-3.4010.43.2020.2.BM.

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji indywidualnej z dnia 21 maja 2021 r., 0111-KDIB1-1.4010.472.2021.3.BK.

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji indywidualnej z dnia 14 czerwca 2022 r., 0111-KDIB2-1.4010.128.2022.2.AR.

Preferencje podatkowe dla inwestorów na polskim rynku *venture capital*. Czy to wystarczy, aby pobudzić inwestycje w krajowe start-upy?

Tax preferences for venture capitalists in Poland. Is it enough to boost investments into domestic startups?

Abstrakt

Z początkiem 2022 r. do polskiego porządku prawnego wprowadzony został pakiet rozwiązań mających wspierać rozwój polskich firm. Jednym z nich jest tzw. ulga *venture capital*, czyli preferencja podatkowa przeznaczona dla podatników inwestujących w alternatywne spółki inwestycyjne lub spółki od nich zależne. W ramach nowelizacji złagodzone również warunki zwolnienia alternatywnych spółek inwestycyjnych z podatku dochodowego od osób prawnych z tytułu zbycia posiadanych udziałów lub akcji. Ulga ta zdaniem projektodawcy ma przyczynić się do zwiększenia aktywności inwestorów na polskim rynku *venture capital*. Istnieją jednak obawy, że wprowadzenie pojedynczej preferencji podatkowej nie będzie wystarczającą zachętą dla inwestorów, w szczególności aniołów biznesu. Zasadne wydaje się więc przeanalizowanie zagranicznych rynków, w szczególności rynku brytyjskiego, francuskiego oraz estońskiego, aby zidentyfikować, jakie działania podjęły państwa, których ekosystemy start-up-owe uznawane są za jedne z najatrakcyjniejszych na świecie. Niniejszy

artykuł, poprzez analizę prawnoporównawczą, ma pozwolić ocenić, na ile efektywna okazać się może ulga *venture capital*, oraz stwierdzić, jakie reformy, na wzór zagranicznych systemów, są niezbędne do pobudzenia inwestycji w rodzime start-upy.

Słowa kluczowe: ulga *venture capital*, rynek *venture capital*, aniołowie biznesu, alternatywna spółka inwestycyjna, start-up, Polski Ład

Abstract

At the beginning of 2022 a package of measures to support the development of Polish businesses was introduced into the Polish legal order. One of them is the so-called venture capital relief, i.e. a tax preference designed for taxpayers who invest in alternative investment companies or their subsidiaries. In addition, the prerequisites for exempting alternative investment companies from corporate income tax on the disposal of their shares have also been lowered. The tax break is intended to increase investors' activity on the Polish venture capital market. However, there are concerns that the introduction of a single tax relief will not be enough enticement for investors, especially business angels. Therefore, it seems relevant to explore foreign markets, in particular British, French and Estonian to identify what actions have been taken by countries whose startup ecosystems are considered to be one of the most attractive in the world. This article is intended to allow an assessment of how effective venture capital relief is likely to be and to determine what reforms, following the example of foreign schemes, are needed to boost investments into domestic start-ups.

Keywords: venture capital relief, venture capital market, business angels, alternative investment company, start-up, tax incentives, Polish Deal

1. Wprowadzenie

W 2021 r. wartość transakcji na polskim rynku *venture capital* była najwyższa w historii i wyniosła 3,6 mld zł, co względem 2020 r. oznaczało

wzrost inwestycji o 1,5 mld¹. Kwota ta jest większa niż wartość transakcji osiągniętych w latach 2020 i 2019 łącznie². W pierwszych trzech kwartałach 2022 r. do polskich start-upów trafiło w sumie ponad 2,5 mld zł³. Istnieje szansa, że obecny rok, pomimo wyraźnie odczuwalnych skutków pandemii COVID-19 oraz inwazji Rosji na Ukrainę, okaże się co najmniej tak dobry jak rekordowy rok 2021. Co ważne, polski ekosystem wciąż utrzymuje trend wzrostowy, co w świetle pozostałych rynków jest sytuacją unikalną. Specyfika oraz cechy naszej gospodarki sprawiają, że perspektywy dla krajowego rynku *venture capital* są bardzo obiecujące, czego potwierdzeniem są choćby ww. dane. Atrakcyjne położenie, które sprawia, że w Polsce zamieszkują przedstawiciele wielu narodów i kultur, dostęp do świetnie wykwalifikowanych i otwartych na innowacje specjalistów, stosunkowo niskie koszty pracy, a także duża liczba start-upów, w tym globalne jak Booksy, Docplanner, Ramp czy Packhelp, to zaledwie kilka cech, dzięki którym zagraniczni inwestorzy często traktują Polskę jako jednego z liderów branży w Europie Środkowo-Wschodniej⁴.

Mając to na uwadze, jednym z priorytetów powinno być wykorzystanie potencjału drzemącego w polskim rynku innowacyjnych przedsięwzięć gospodarczych, do czego kluczowe jest stworzenie atrakcyjnych ram prawno-podatkowych dla inwestorów, zarówno krajowych, jak i zagranicznych, w szczególności funduszy *venture capital* oraz aniołów biznesu. Przemawiają za tym pozytywne skutki, jakie niesie za sobą zapewnienie odpowiedniego finansowania oraz budowanie i rozwój start-upów, a więc m.in.:

1) tworzenie nowych miejsc pracy – dzięki pozyskaniu odpowiedniego kapitału start-upy mają możliwość szybkiego rozwoju, co wymaga zatrudnienia wielu specjalistów;

¹ PFR Ventures, Inovo Venture Partners, *Transakcje na polskim rynku VC w 2021*, <https://pfrventures.pl/aktualnosci/transakcje-na-polskim-ryнку-vc-w-2021.html> [dostęp: 31.12.2022].

² *Ibidem*.

³ PFR Venture, Inovo Venture Partners, *Transakcje na polskim rynku VC w Q3 2022*, <https://pfrventures.pl/aktualnosci/transakcje-na-polskim-ryнку-vc-w-q3-2022.html> [dostęp: 31.12.2022].

⁴ Fundacja DigitalPoland, *CEE Digital Champions 2022*, <https://digitalpoland.org/publikacje/pobierz?id=bc9212a2-6815-4f6c-ab70-df7267077143> [dostęp: 31.12.2022]; Fundacja DigitalPoland, Polska Agencja Inwestycji i Handlu, *Invest in digital Poland*, <https://digitalpoland.org/publikacje/pobierz?id=2dcba0cd-6666-4049-83b7-462343b137fd>, [dostęp: 31.12.2022].

2) budowa środowiska przyjaznego innowacjom – fundusze *venture capital* oraz aniołowie biznesu zapewniają kapitał innowacyjnym i przełomowym projektom, które obarczone są duże ryzykiem, przez co tradycyjne źródła finansowania, a więc przede wszystkim kredyty bankowe, nie mogą zostać pozyskane;

3) wzrost konkurencyjności – start-upy wprowadzają na rynek najnowocześniejsze rozwiązania technologiczne, a obecne istotnie ulepszają i usprawniają, co stymuluje konkurencyjność na rynku i wymaga szybkiej adaptacji pozostałych przedsiębiorców do zachodzących zmian;

4) promowanie inwestycji i ekspansji – w celu ciągłego rozwoju, który jest kluczowy zarówno dla inwestorów, jak i założycieli, start-upy stale dążą do poczynania nowych inwestycji oraz ekspansji na rynki zagraniczne, co prowadzi m.in. do promocji polskiej gospodarki na świecie⁵.

Wpływ i rola funduszy *venture capital* oraz aniołów biznesu we współczesnym obrocie gospodarczym są coraz bardziej dostrzegane. Wskazuje się nawet, że inwestorzy ci są motorem napędzającym gospodarkę⁶. Charakterystyka polskiej gospodarki zapewnia świetne podwaliny do osiągnięcia najlepszych inwestorów do naszego państwa. Konieczne jest jednak dążenie do ciągłego usprawniania i ulepszania polskiego systemu prawopodatkowego, a najefektywniej robić to, ucząc się od najlepszych. Warto więc przyrzeć się jurysdykcjom cieszącym się opinią jednych z najbardziej przyjaznych dla inwestorów na całym świecie. Mogą stanowić one przykład, jakie działania należy podjąć, aby stale znajdować się w gronie najlepszych kierunków inwestycyjnych. Do takich jurysdykcji zalicza się niewątpliwie Wielką Brytanię, Francję czy dużo mniejszą Estonię. Stworzenie efektywnego, sprawnego i przyjaznego systemu może być czynnikiem, który umocni pozycję Polski na arenie międzynarodowej i zachęci do inwestowania w polskie start-upy. Sam ich potencjał może okazać się w dłuższej

⁵ K. Brzozowska, *Business Angels na rynku kapitałowym. Motywacje, inwestowanie, efekty*, CeDeWu.pl, Warszawa 2008, s. 33-36; K. Przybylska, *Czynniki determinujące przyływ zagranicznych inwestycji bezpośrednich do Polski*, „*Ekonomista*” 1998, nr 2–3, s. 330; F. Schneider, B. Frey, *Economic and Political Determinants of Foreign Direct Investment*, „*World Development*” 1985, Vol. 13.

⁶ B. Mikołajczyk, M. Krawczyk, *Aktywność Aniołów Biznesu na nieformalnym rynku venture capital*, „*Annales. Etyka w życiu gospodarczym*” 2007, nr 10/2, s. 74-75.

perspektywie niewystarczający, a co gorsza, bierność może doprowadzić do sytuacji, w której polskie przedsięwzięcia będą realizowane poza granicami kraju, w atrakcyjniejszych porządkach prawnych i podatkowych.

2. Ulga *venture capital* w Polsce

2.1. Przyczyny wprowadzenia

Wraz z początkiem 2022 r. do polskiego porządku prawnego wprowadzony został szereg rozwiązań mających wspierać ekspansję oraz rozwój rodzimych firm. Jednym z nich jest preferencja dla podatników inwestujących w alternatywne spółki inwestycyjne lub w kooperacji z takimi podmiotami, inspirowana rozwiązaniami obecnymi m.in. w Wielkiej Brytanii czy Francji⁷. Jest to tzw. ulga *venture capital*, zgodnie z którą inwestorzy w funduszach *venture capital* i aniołowie biznesu będą mogli zasadniczo odliczyć od podstawy opodatkowania kwoty stanowiącej 50% wydatków na nabycie udziałów lub objęcie akcji. Ulga ta stanowi część Polskiego Ładu i została przewidziana w ustawie z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw⁸. W uzasadnieniu do projektu ww. ustawy wskazano, że celem wprowadzenia przedmiotowej preferencji jest zachęta do inwestowania w przedsięwzięcia charakteryzujące się wysokim ryzykiem gospodarczym i stanowi *novum* w tym obszarze⁹. Znaczącą rolę we wprowadzeniu tej ulgi do polskiego systemu podatkowego odegrał m.in. PFR Ventures, tj. największy w Europie Środkowo-Wschodniej inwestor instytucjonalny funkcjonujący w formule funduszu funduszy¹⁰, który sygnalizował Ministerstwu Finansów, jak duży wpływ na współczesną gospodarkę ma inwestowanie w innowacyjne przedsiębiorstwa przez fundusze *venture*

⁷ Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk nr 1532, s. 34-35.

⁸ Dz. U. z 2021 r. poz. 2105.

⁹ Uzasadnienie...

¹⁰ M. Bierzyńska-Sudoł, *Start-upy jako innowacyjne podmioty przyczyniające się do rozwoju regionu*, [w]: M. Sikora-Gaca, B. Panciszko, M. Bierzyńska-Sudoł, M.E. Szatlach, *Fundusze Europejskie w Polsce. Uwarunkowania polityczne i społeczno-gospodarcze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego, Bydgoszcz 2019, s. 157.

capital oraz aniołów biznesu. Szczególną uwagę zwrócono na brak ulg lub preferencji dla aniołów biznesu, podczas gdy fundusze *venture capital* mogły już korzystać z atrakcyjnych form opodatkowania prowadzonej przez siebie działalności. Środowisko aniołów biznesu domagało się wprowadzenia odpowiednich zachęt podatkowych, wskazując jednocześnie, że pozycja tej kategorii inwestorów jest w Polsce duże mniej rozwinięta niż w innych krajach europejskich¹¹. Postulaty przedstawiciele tego sektora miały solidne podstawy, bowiem faktem jest, że wskutek niedojrzałości polskiego rynku kapitałowego, mimo pojawiających się sieci zrzeszających aniołów biznesu, ich rola wciąż pozostaje znikoma. Na ten moment w Polsce jest obecnych około kilkanaście sieci zrzeszających indywidualnych inwestorów, w tym m.in.: Lewiatan Business Angels, PolBAN – Business Angels Club, Cobin Angels, Śląska Sieć Aniołów Biznesu oraz Smart Business Angels¹². Dla porównania w krajach Unii Europejskiej działa ponad 300 takich grup inwestorskich¹³.

Mając to na uwadze, w Polsce w ostatnich latach podjęto działania obejmujące m.in. zmiany legislacyjne wprowadzające atrakcyjny system ulg, zachęt oraz zwolnień podatkowych, które mają stworzyć przyjazny i sprawiedliwy system podatkowy. Ma to wzmocnić pozycję Polski w wyścigu o inwestycje, co finalnie ma doprowadzić do poprawy kondycji polskiej gospodarki¹⁴.

2.2. Ulga w PIT

Ulga *venture capital* została ujęta w art. 26hc ustawy o PIT¹⁵, zgodnie z którym podatnik może odliczyć od podstawy obliczenia podatku kwotę stanowiącą 50% wydatków poniesionych na nabycie lub objęcie udziałów (akcji) w alternatywnej spółce inwestycyjnej albo spółce kapitałowej, w której

¹¹ M. Łukasik, *Ulga dla „aniołów biznesu” w Polsce? „Chcemy być traktowani tak samo, jak fundusze”*, <https://www.money.pl/firma/wiadomosci/ulga-dla-anioLOW-chcemy-byc-tractowani-tak-samo-jak-fundusze-6569938643295008a.html> [dostęp: 31.12.2022].

¹² A. Dąbkowski, *Rynek inwestorów wysokiego ryzyka - Aniołowie biznesu*, „Kwartalnik Naukowy Uczelni Vistula” 2015, nr 4(46), s. 30-33.

¹³ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, wyd. 23, C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 41.

¹⁴ Uzasadnienie...

¹⁵ Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz. U. z 2022 r. poz. 2647.

alternatywna spółka inwestycyjna posiada co najmniej 5% udziałów (akcji) lub będzie posiadała co najmniej 5% udziałów (akcji) w wyniku nabycia lub objęcia udziałów (akcji) w tej spółce w okresie 90 dni od dnia nabycia lub objęcia udziałów (akcji) w spółce kapitałowej przez podatnika.

Ulga *venture capital* skierowana jest do wąskiego grona podatników inwestujących w ściśle określony sposób¹⁶. Ustawa wskazuje, że z preferencji tej skorzystać mogą osoby rozliczające się na zasadach ogólnych lub osiągające dochody z pozarolniczej działalności gospodarczej opodatkowane jednolitą 19% stawką (podatek liniowy), a odliczenia dokonuje się w roku podatkowym, w którym poniesiono ww. wydatki¹⁷. Wysokość odliczenia nie może być wyższa niż 250 000 zł w roku podatkowym¹⁸.

Przykład:

*Jan Kowalski w 2022 roku uzyskał 500 000 zł przychodu z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej. Jednocześnie nabył akcje w ABC ASI Sp. z o.o. o wartości 200 000 zł. Podstawa opodatkowania z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej po odliczeniu dopuszczalnych ustawowo kwot oraz kosztów wyniosłaby 420 000 zł. Dzięki uldze *venture capital* Jan Kowalski będzie mógł jednak odliczyć od tej kwoty dodatkowe 100 000 zł od podstawy opodatkowania, a co za tym idzie, wysokość podatku wyniesie zasadniczo 60 800 zł zamiast 79 800 zł. Dzięki możliwości skorzystania z tej preferencji podatkowej Jan Kowalski może „zaoszczędzić” 19 000 zł.*

Maksymalna korzyść, jaką mogą uzyskać tacy podatnicy, wynosi 47 500 zł. W przypadku osób rozliczających się na zasadach ogólnych, a więc zgodnie z tzw. skalą podatkową (12% i 32%), oszczędności podatkowe mogą być jeszcze większe i mogą wynosić nawet 80 000 zł.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że jednym z kluczowych elementów ulgi *venture capital* jest udział alternatywnej spółki inwestycyjnej w procesie

¹⁶ M. Brzostowska, P. Kubiesa, *PIT. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2022, komentarz do art. 26hc.

¹⁷ W. Modzelewski, M. Słomka (red.), *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych*, wyd. 18, C.H. Beck, Warszawa 2022, komentarz do art. 26hc.

¹⁸ *Ibidem*.

inwestycyjnym. Warto zatem wspomnieć, że alternatywna spółka inwestycyjna to wehikuł inwestycyjny obecny w polskim obrocie gospodarczym od 2016 r. Wehikuł ten został wprowadzony nowelizacją ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi¹⁹, co miało na celu uatrakcyjnić zbiorowe inwestowanie. Zgodnie z art. 8a ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi²⁰ alternatywna spółka inwestycyjna jest alternatywnym funduszem inwestycyjnym, innym niż specjalistyczny fundusz inwestycyjny otwarty albo fundusz inwestycyjny zamknięty. Uznaje się, że jest to podmiot zbiorowego inwestowania, którego działalność polega na zbieraniu zasobów od dużej grupy inwestorów w celu lokowania ich w ramach wydzielonego subfunduszu, zgodnie ze z góry określoną polityką inwestycyjną²¹. Cechą charakterystyczną tego podmiotu jest to, że musi on ustanowić zarządzającego, który będzie rozporządzał portfelem inwestycyjnym oraz ryzykiem²². Co ważne, alternatywna spółka inwestycyjna może prowadzić swoją działalność w formie:

- 1) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjnej albo spółki europejskiej;
- 2) spółki komandytowej albo komandytowo-akcyjnej, w których jedynym komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka akcyjna albo spółka europejska²³.

Co za tym idzie, alternatywna spółka inwestycyjna nie jest odrębnym rodzajem spółki, a do jej funkcjonowania stosuje się bezpośrednio odpowiednie przepisy Kodeksu spółek handlowych²⁴. Zawężenie do ww. form

¹⁹ Ustawa z dnia 31 marca 2016 r. o zmianie ustawy o funduszach inwestycyjnych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r. poz. 615.

²⁰ Dz. U. z 2022 r. poz. 1523.

²¹ M. Walenda, *Alternatywne spółki inwestycyjne jako nowy rodzaj wehikułów inwestycyjnych w Polsce*, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Warszawa 2019, s. 8; R. Wojciechowski, [w:] A. Kidyba (red.), *Ustawa o funduszach inwestycyjnych. Komentarz*, t. I. Art. 1-157, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, komentarz do art. 8a.

²² Art. 8b ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi.

²³ *Ibidem*, art. 8a ust. 2.

²⁴ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. z 2022 r. poz. 1467.

organizacyjno-prawnych było podyktowane wolą zapewnienia bezpieczeństwa obrotu oraz pewności na rynku finansowym.

Oprócz tego ustawodawca przewidział cztery dodatkowe warunki, które muszą zostać spełnione, aby podatnik mógł skorzystać z ulgi *venture capital*, tj.:

1) wspólnikiem alternatywnej spółki inwestycyjnej musi być podmiot, który nabył lub objął udziały (akcje) w alternatywnej spółce inwestycyjnej sfinansowane w całości lub części ze środków europejskich niemających charakteru bezzwrotnego, przeznaczonych na inwestycje *venture capital* w Polsce. Co za tym idzie, jednym z kluczowych warunków uprawniających do skorzystania z atrakcyjnego opodatkowania jest pozyskanie środków publicznych (np. pochodzących z Polskiego Funduszu Rozwoju lub Narodowego Centrum Badań i Rozwoju) do sfinansowania co najmniej części przeprowadzanej inwestycji;

2) podatnik musi zawrzeć z alternatywną spółką inwestycyjną umowę inwestycyjną regulującą prawa i obowiązki alternatywnej spółki inwestycyjnej oraz podatnika wynikające z nabycia przez podatnika udziałów (akcji) w alternatywnej spółce inwestycyjnej lub wspólnej inwestycji alternatywnej spółki inwestycyjnej oraz podatnika w spółkę kapitałową, w której alternatywna spółka inwestycyjna nabędzie lub obejmie co najmniej 5% udziałów (akcji);

3) w okresie 2 lat poprzedzających dzień pierwszego objęcia lub nabycia udziałów (akcji) w alternatywnej spółce inwestycyjnej lub spółce kapitałowej od niej zależnej ta alternatywna spółka inwestycyjna i spółka kapitałowa nie mogą być z podatnikiem podmiotem powiązaniem w rozumieniu ustawy o PIT. Ma to na celu wyeliminowanie potencjalnych nadużyć w obszarze wykorzystywania ulgi *venture capital* przez inwestorów powiązanych z funduszami;

4) podatnik musi posiadać udziały (akcje), o których mowa powyżej, przez nieprzerwany okres co najmniej 24 miesiące. W innym wypadku inwestor będzie zobowiązany do doliczenia do dochodu odpowiednio kwoty poprzednio odliczonej za rok podatkowy, w którym nastąpiło

zbycie udziałów (akcji) w alternatywnej spółce inwestycyjnej lub w spółce kapitałowej²⁵. Warunek ten ma zapewnić stabilność i bezpieczeństwo przeprowadzanych inwestycji, w szczególności poprzez dążenie do ich długotrwałości²⁶.

2.3. Ulga w CIT

Oprócz zmian w podatku dochodowym od osób fizycznych w ramach ulgi *venture capital* znowelizowano również przepisy ustawy o CIT²⁷ w części dotyczącej opodatkowania dochodów, które uzyskiwane są przez alternatywne spółki inwestycyjne z tytułu zbycia udziałów (akcji) w danej spółce projektowej.

W poprzednio obowiązującym stanie prawnym, zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 58a ustawy o CIT, alternatywne spółki inwestycyjne mogły korzystać z preferencji podatkowej polegającej na zwolnieniu dochodów (przychodów) uzyskiwanych w danym roku podatkowym ze zbycia udziałów (akcji) pod warunkiem posiadania przed dniem zbycia bezpośrednio nie mniej niż 10% udziałów (akcji) w kapitale spółki, której udziały (akcje) są zbywane, nieprzerwanie przez okres co najmniej dwóch lat. Chcąc zwiększyć dostęp do tej ulgi dla alternatywnych spółek inwestycyjnych, dokonano nowelizacji ww. art. 17 ust. 1 pkt 58a ustawy o CIT, w ramach której zmodyfikowano procentową wartość posiadanych udziałów z 10% na 5%²⁸.

Niewątpliwie pozwoli to skorzystać z preferencyjnego opodatkowania większej liczbie alternatywnych spółek inwestycyjnych, a co za tym idzie, będzie stanowić kolejny bodziec do podejmowania nowych decyzji inwestycyjnych.

2.4. Ulga *venture capital* to za mało?

Wprowadzenie ulgi podatkowej dla podmiotów inwestujących w przedsięwzięcia gospodarcze o wysokim ryzyku niepowodzenia należy uznać

²⁵ Art. 26hc ust. 2 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych.

²⁶ *Ibidem*, art. 26hc ust. 4; A. Mariański, *Komentarz do zmian w ustawach podatkowych. Polski Ład 2022*, C.H. Beck, Warszawa 2022, komentarz do art. 26hc.

²⁷ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz. U. z 2022 r. poz. 2587.

²⁸ Uzasadnienie...

za zmianę korzystną dla rynku *venture capital* w Polsce. Co jednak ważne, nie zaspokaja ona wszystkich potrzeb tego sektora, a co za tym idzie, mało prawdopodobne jest, ażeby to rozwiązanie realnie przyczyniło się do ożywienia lokowania kapitału w polskie innowacyjne firmy oraz start-upy. Zasadne wydaje się więc przeanalizowanie obcych porządków prawnych pod kątem wprowadzonych tam preferencji. Powinno to stanowić przyczynek do podjęcia dalszych prób wdrożenia tamtejszych rozwiązań do polskiego systemu podatkowego.

3. Rynek *venture capital* w Wielkiej Brytanii

Jurysdykcją, na której wzorowano się podczas wdrażania narzędzi wspierających inwestycje w polskie start-upy, była jurysdykcja brytyjska²⁹. Należy ocenić to jak najbardziej pozytywnie, ponieważ Wielka Brytania uznawana jest za niewątpliwego lidera na rynku *venture capital* w całej Europie oraz za jednego z najsilniejszych, obok Stanów Zjednoczonych, graczy na całym świecie. Wartość transakcji na tym rynku w 2021 r. wyniosła ponad 36 mld euro, co było wynikiem rekordowym i stanowi więcej niż dwukrotność wartości inwestycji dokonanych w 2020 r. – wówczas było to prawie 15 mld euro³⁰. Co więcej, Wielka Brytania jest kuźnią europejskich jednorożców (tzw. unicornów), czyli prywatnych firm wycenianych na ponad 1 mld dolarów. W 2021 było ich 118, podczas gdy w Niemczech – drugim państwie w rankingu – ich liczba wyniosła 55, a we Francji – 29³¹.

Na ten sukces składa się kilka czynników. Przede wszystkim Wielka Brytania ma silną gospodarkę oraz prężnie działający sektor technologiczny. Co więcej, w Wielkiej Brytanii jest wielu inwestorów *venture capital*, którzy chętnie inwestują w szybko rozwijające się start-upy, czemu sprzyja

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Statista, *Value of venture capital financing in the United Kingdom from 1st quarter 2013 to 1st quarter 2022*, <https://www.statista.com/statistics/1324524/venture-capital-financing-value-uk/> [dostęp: 31.12.2022].

³¹ Dealroom.co, *Unicorns (2000-2021)*, https://app.dealroom.co/curated-heatmaps/unicorns/location?endYear=2021&interval=yearly&rows=netherlands~~united_kingdom~~spain~belgium~austria~italy~sweden~france~germany~ireland&sort=_2021&startYear=2000&type=amount [dostęp: 31.12.2022].

rozbudowana infrastruktura, obejmująca szczelne i efektywne przepisy, liczne zachęty podatkowe oraz ekosystem inkubatorów i akceleratorów.

Znaczącą rolę na brytyjskim rynku *venture capital* odgrywają dostępne zachęty podatkowe w postaci m.in. Enterprise Investment Scheme (EIS) oraz Seed Enterprise Investment Scheme (SEIS)³².

EIS to wehikuł wykorzystywany do transakcji *venture capital*, który utworzony został, aby poprzez oferowanie ulg podatkowych dla inwestorów zapewnić wsparcie nowym firmom w pozyskiwaniu środków na start. Jedną z korzyści płynących z EIS jest ulga uprawniająca podatnika do zmniejszenia podstawy opodatkowania o 30% wartości wydatków poniesionych na nabycie udziałów (akcji) w danej spółce. Co ważne, maksymalna roczna kwota inwestycji, która może stanowić podstawę ubiegania się o to odliczenie, wynosi zasadniczo 1 000 000 funtów³³. Dodatkowo zysk z tytułu zbycia udziałów EIS jest co do zasady odroczony. Będzie zwolniony z podatku, jeśli udziały będą w posiadaniu co najmniej 3 lata.

Natomiast SEIS to mechanizm podobny do EIS, z tą różnicą, że polega na inwestowaniu w spółki na wcześniejszym etapie, tj. etapie załączkowym (*seed*). Z uwagi na fakt, że ryzyko w tego rodzaju inwestycjach jest wyższe, preferencja dotycząca odliczenia wydatków na nabycie udziałów (akcji) nie wynosi 30%, lecz 50%. Roczny limit inwestycji ustalony został w tym przypadku jednak na 100 tys. funtów. Jeśli chodzi zaś o dochód uzyskany w związku ze zbyciem udziałów SEIS, to jest on wolny od podatku³⁴.

Powszechnie wykorzystywanym narzędziem do inwestowania w start-upy w Wielkiej Brytanii jest również Venture Capital Trust (VCT). W przeciwieństwie do EIS i SEIS, VCT to niezależny fundusz, notowany na giełdzie. Jest to spółka, która zasadniczo przypomina fundusz inwestycyjny, zatwierdzony przez HMRC (brytyjski organ podatkowy – odpowiednik Urzędu Skarbowego w Polsce), obejmujący udziały w niewielkich firmach

³² Growth Capital Ventures, *2021 was a record year for UK tech investment - what now?*, <https://www.growthcapitalventures.co.uk/insights/blog/what-2021s-record-year-for-uk-tech-investment-means-for-experienced-investors> [dostęp: 31.12.2022].

³³ GOV.UK, *Guidance. Tax relief for investors using venture capital schemes*, <https://www.gov.uk/guidance/venture-capital-schemes-tax-relief-for-investors> [dostęp: 31.12.2022].

³⁴ *Ibidem*.

lub udzielający im pożyczek, w którym akcje posiadają inwestorzy indywidualni³⁵. Regulacje brytyjskie przewidują szereg ulg podatkowych zarówno dla VCT, jak i inwestujących w nie osób. Jednym z przykładów rozwiązań przewidzianych dla VCT jest zwolnienie z podatku dochodowego od osób prawnych dochodu uzyskanego z tytułu zysków kapitałowych. W przypadku osób fizycznych przewidziano m.in. zwolnienie z podatku dochodowego dywidend otrzymanych w związku z nabytymi akcjami, czego nie sposób szukać w EIS lub SEIS³⁶. Ponadto inwestorzy indywidualni są zwolnieni z tzw. *Capital Gain Tax* (podatek od zysków kapitałowych) w zakresie zbywania akcji nabytych w ramach maksimum wynoszącego 200 000 funtów³⁷.

Oprócz zwolnień podatkowych dla poszczególnych podatników, wprowadzone zostały także ulgi podatkowe na badania i rozwój oraz programy takie jak *Innovate UK*, które zapewniają finansowanie i wsparcie dla innowacyjnych brytyjskich przedsiębiorstw³⁸. Co więcej, w lipcu 2021 r. ogłoszono rządowy „Plan na rzecz Długoterminowego Wzrostu”, który polega na zwiększeniu brytyjskich inwestycji na badania i rozwój do 20 mld funtów rocznie do 2024/2025 r. (22 mld funtów do 2026/2027 r.). Dzięki tym działaniom brytyjskie uniwersytety, instytucje badawcze i przedsiębiorstwa mogą pozostawić w tyle swoich konkurentów z innych państw, co w efekcie umacniać będzie potęgę naukową i technologiczną Wielkiej Brytanii³⁹.

Na uwagę zasługują także wysiłki brytyjskiego rządu mające na celu „ściągnięcie” najlepszych talentów do Wielkiej Brytanii. Jednym z elementów tych działań jest obowiązujący od 22 sierpnia 2022 r. program wizowy

³⁵ HM Revenue & Customs, *Venture Capital Trusts: Introduction to National and Official Statistics*, <https://www.gov.uk/government/statistics/venture-capital-trusts-statistics-introductory-note/venture-capital-trusts-introduction-to-national-and-official-statistics> [dostęp: 31.12.2022].

³⁶ GOV.UK, *Guidance. Tax relief for investors...*

³⁷ Uzasadnienie...

³⁸ UK Research and Innovation, *Who Innovate UK is*, <https://www.ukri.org/about-us/innovate-uk/who-we-are/> [dostęp: 31.12.2022].

³⁹ techUK, *Are we getting closer to achieving the target for the UK to invest 2.4% of GDP in R&D by 2027?*, <https://www.techuk.org/resource/are-we-getting-closer-to-achieving-the-target-for-the-uk-to-invest-2-4-of-gdp-in-r-d-by-2027.html> [dostęp: 31.12.2022].

mający ułatwić wysoko wykwalifikowanym osobom przyjazd i pracę w tym kraju, co wskutek Brexitu było istotnie ograniczone⁴⁰.

Zważywszy na przedstawione powyżej działania brytyjskich władz, które stanowią tylko przykładowe rozwiązania, zaobserwować można, co napędza wzrost na rynku *venture capital* i dlatego to brytyjska scena technologiczna jest uważana za najatrakcyjniejszą w Europie. Są to bez wątpienia kompleksowe działania obejmujące niemal każdy element gospodarki, począwszy od przyjaznych przepisów prawnopodatkowych, a kończąc na inkubatorach przedsiębiorczości. Wszystko to tworzy zdrowy i świetnie funkcjonujący ekosystem, który przykuwa uwagę inwestorów z całego świata, co potwierdza m.in. to, że 72% inwestycji w 2021 r. pochodziło spoza Wielkiej Brytanii⁴¹. Polska ma więc skąd czerpać inspiracje, aby wzmacniać swoją pozycję w Europie Środkowo-Wschodniej, a w przyszłości nawet i w całej Europie.

4. Rynek *venture capital* we Francji

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy wprowadzającej ulgę *venture capital*, wzorowana była ona m.in. również na rozwiązaniach obecnych we francuskim porządku prawnym. Warto więc pochylić się też nad tamtejszymi mechanizmami i zobaczyć, na czym wzorował się polski ustawodawca.

Francuski ekosystem start-upów oraz *venture capital* w ciągu ostatnich pięciu lat odnotował gwałtowny wzrost. Starania francuskich władz, aby stać się bardziej przyjaznym dla startup-ów, zaowocowały powstaniem solidnej sieci przedsiębiorców oraz inwestorów. Francja jest drugim największym hubem *venture capital* w Europie pod względem ilości zainwestowanego kapitału, a z roku na rok rynek ten stale rośnie⁴². W 2021 r.

⁴⁰ GOV.UK, *Immigration Rules Appendix Scale-up*, <https://www.gov.uk/guidance/immigration-rules/immigration-rules-appendix-scale-up> [dostęp: 31.12.2022].

⁴¹ Growth Capital Ventures, *2021 was a record year for UK tech investment - what now?*, <https://www.growthcapitalventures.co.uk/insights/blog/what-2021s-record-year-for-uk-tech-investment-means-for-experienced-investors> [dostęp: 31.12.2022].

⁴² Leah Hodgson (PitchBook), *The 10 most active French VCs*, <https://pitchbook.com/news/articles/most-active-vcs-france> [dostęp: 31.12.2022].

francuskie startupy pozyskały 10,7 mld euro finansowania, podwajając wartość inwestycji z 2019 r.⁴³ Niektóre źródła podają, że kwota owych inwestycji wyniosła nawet 11,6 mld euro, co stanowi 115% kwoty pozyskanej w 2020 r.⁴⁴ Wskazuje się, że było to możliwe m.in. dzięki rozwiązaniom wprowadzonym w ostatnich latach, nakierowanym na wspieranie wzrostu konkurencyjności francuskiego ekosystemu⁴⁵.

W tym miejscu warto wskazać, że fundusze *venture capital* we Francji funkcjonują zwykle jako FCPI (wzajemne fundusze dla innowacji) albo FIP (lokalne fundusze inwestycyjne). W przypadku funduszy tworzonych przez inwestorów indywidualnych zazwyczaj działają one jako FPCI (profesjonalny fundusz inwestycji kapitału). Wyróżnia się także FCPR (fundusze wzajemne spółek ryzyka) oraz SCR (towarzystwa kapitału ryzyka)⁴⁶.

Francuskie regulacje przewidują zestaw ulg podatkowych dla podatników podatku dochodowego od osób prawnych. W przypadku inwestorów podlegających temu podatkowi, którzy nie dokonają zbycia udziałów (akcji) w funduszu przez okres 5 lat od dnia ich nabycia, zastosowanie znajdzie ulga polegająca na możliwości odliczenia 20% wydatków poniesionych na ich nabycie. Dodatkowo po upływie 2 lat od dnia nabycia udziałów (akcji) dochody z tytułu zysków z inwestycji zostaną zwolnione z podatku dochodowego, o ile zostaną one przeznaczone na kolejną długoterminową inwestycję w fundusz. W innym razie stawka podatku dochodowego od osób prawnych wynosić będzie 15%⁴⁷.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ EY, *EY French Venture capital Barometer. Annual Results 2021*, https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/fr_fr/topics/fast-growing-companies/ey-barometre-capital-risque-en-22020127.pdf?download [dostęp: 31.12.2022].

⁴⁵ Dealroom.co, La French Tech, *French startups and venture capital on record track in 2021*, <https://dealroom.co/uploaded/2021/11/Dealroom-LFT-France-Nov-2021-report.pdf> [dostęp: 31.12.2022].

⁴⁶ Uzasadnienie...

⁴⁷ D.J. Sebag, R. Maitrehenry, *Venture capital investment in France: market and regulatory overview*, [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/Ieb4a24ef1cb511e38578f7c-cc38dcbee/Venture-capital-investment-in-France-market-and-regulatory-overview?viewType=FullText&ppcid=8cb38e0549af4cce9f6b118f5fbd65668&originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=\(sc.DocLink\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/Ieb4a24ef1cb511e38578f7c-cc38dcbee/Venture-capital-investment-in-France-market-and-regulatory-overview?viewType=FullText&ppcid=8cb38e0549af4cce9f6b118f5fbd65668&originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=(sc.DocLink)&firstPage=true) [dostęp: 31.12.2022].

Co więcej, francuscy inwestorzy – będący podatnikami podatku dochodowego od osób fizycznych – również mogą skorzystać z ulg podatkowych. Dzięki tzw. systemowi Madelin inwestorzy – będący francuskimi obywatelami – mają możliwość skorzystania z obniżenia podatku dochodowego o 18% wartości nakładów poczynionych na nabycie udziałów (akcji) w start-upie, pod warunkiem, że nie zostaną one zbyte przed upływem 5 lat od dnia ich nabycia. Jedną z głównych zalet tego rozwiązania jest to, że nie ogranicza się ono inwestycji w przedsiębiorstwa francuskie, w przeciwieństwie do tego jak ma to miejsce w innych krajach UE. Sprawia to, że jest to narzędzie wspierające inwestycje również transgraniczne wśród francuskich inwestorów⁴⁸.

Faktem jest, że dzięki postępującej cyfryzacji, zwiększonemu dostępowi do finansowania oraz obecności inwestorów zagranicznych ekosystemy *venture capital* uległy istotnej poprawie w całej Europie, jednak Francja ma dodatkową zaletę w postaci istotnie wspierającego rządu, który stale zwiększa wysiłki, aby uczynić ten kraj wiodącym ośrodkiem w Europie. W ostatnich 5 latach wprowadzono szereg środków mających na celu uczynienie Francji bardziej atrakcyjną dla startupów i inwestorów. Co więcej, w październiku prezydent Macron zobowiązał się do zainwestowania 6 miliardów euro we francuski sektor technologiczny, obok wartych 3 miliardy euro inwestycji kapitałowych za pośrednictwem państwowego banku Bpifrance, w ramach 30-miliardowego planu inwestycyjnego „Francja 2030”⁴⁹.

Widać zatem, że Francja niewątpliwie może być dla Polski wzorem nie tylko w obszarze rozwiązań *stricte* podatkowych, lecz przede wszystkim w zakresie prowadzenia polityki wspierającej rozwój rynku *venture capital* poprzez przeprowadzanie kompleksowych reform mających uprościć i uatrakcyjnić system jako całość. Ograniczenie się do wprowadzenia pojedynczej ulgi podatkowej to zdecydowanie za mało, żeby zachęcić

⁴⁸ Business Angels Europe (BAE), Invest Europe, *Turning start-ups into scale-ups – Incentivising the role of early-stage investors*, marzec 2022, https://www.investeurope.eu/media/5044/bae-invest-europe-joint-paper_turning-startups-into-scaleups.pdf [dostęp: 31.12.2022].

⁴⁹ The French National Research Agency (ANR), *France 2030*, <https://anr.fr/en/france-2030/france-2030/> [dostęp: 31.12.2022].

najlepszych europejskich aniołów biznesu oraz fundusze *venture capital* do lokowania swoich zasobów finansowych w lokalne firmy.

5. Rynek *venture capital* w Estonii

Gospodarki francuska, brytyjska czy niemiecka są zdecydowanie bardziej rozwinięte niż polska, dlatego też nie należy oczekiwać, że bez większych zmian gospodarczych, wymagających czasem nawet dekad, a jedynie dzięki wdrożeniu systemu ulg i zachęt podatkowych, w najbliższym czasie osiągniemy wyniki choćby zbliżone do tych, które rok w rok wypracowywane są na tamtejszych rynkach. Jednocześnie warto jednak zwrócić uwagę na mniejsze gospodarki, które pomimo swoich rozmiarów mają spektakularne osiągnięcia oraz cieszą się dużym uznaniem wśród inwestorów na rynku *venture capital*. Mogą one być dobrym przykładem na to, jak wykrzesać potencjał z pozornie małego rynku. Gospodarką taką jest Estonia, która uznawana jest za jeden z najatrakcyjniejszych startup-owych hubów Europy Środkowo-Wschodniej, pomimo tego, że jest to kraj, który liczy zaledwie około 1 330 000 mieszkańców⁵⁰.

W ostatnich latach Estonia podjęła szereg inicjatyw mających na celu usprawnienie swojego systemu prawnego oraz podatkowego, w szczególności poprzez zintensyfikowaną cyfryzację administracji publicznej oraz upraszczanie przepisów prawnopodatkowych. Do kluczowych cech tamtejszego systemu zalicza się przede wszystkim: brak zbędnej biurokracji, liczne zachęty podatkowe oraz proste procedury zakładania firmy, a także mechanizmy wspierające ich rozwój. W konsekwencji Estonia zajęła 18. miejsce w rankingu „The World Bank Doing Business 2020”⁵¹. Co więcej, kraj ten ma jeden z najbardziej liberalnych systemów podatkowych na świecie. Jego najbardziej godne uwagi cechy to zerowy podatek dochodowy od osób prawnych oraz możliwość całkowitego rozliczenia podatku przez internet.

⁵⁰ World Bank, *Population, total – Estonia*, <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOT-L?locations=EE> [dostęp: 31.12.2022].

⁵¹ World Bank, *Doing Business 2020. Comparing Business Regulation in 190 Economies*, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/688761571934946384/pdf/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies.pdf> [dostęp: 31.12.2022].

Ponadto w Estonii obecnych jest również wiele rozwiązań przeznaczonych dla nowo powstałych i rozwijających się firm. Zalicza się do nich przede wszystkim sprawnie funkcjonujące akceleratory przedsiębiorczości, takie jak Buildit czy Tallinn Business Incubators. Co istotne, akceleratory te mają rozbudowaną sieć kontaktów z funduszami *venture capital* oraz aniołami biznesu, co ułatwia pozyskanie przedsiębiorcom finansowania. Oprócz inkubatorów w Estonii istnieje wiele niezależnych funduszy inwestycyjnych i stowarzyszeń, takich jak EstBAN, TRIND VC czy Karma Ventures.

Wszystko to sprawia, że Estonia to raj dla start-upów, który przyciąga najlepszych inwestorów indywidualnych oraz instytucjonalnych z całej Europy, co znajduje swoje odzwierciedlenie m.in. w tym, że z kraju tego wywodzi się około 1500 start-upów, z czego co najmniej 10 z nich uzyskało status jednorożców. Wskazuje się, że na milion mieszkańców Estonii przypada 7,7 jednorożców, co czyni Estonię absolutnym liderem rankingu unicornów przypadających na jednego mieszkańca⁵².

Jest to więc świetny przykład na to, że pomimo stosunkowo małej gospodarki możliwe jest osiągnięcie znaczących sukcesów na rynku *venture capital*, który wydaje się być zdominowany przez największe europejskie państwa. Mając to na uwadze, Polska powinna przyglądać się, oprócz państw zachodnich, również takim gospodarkom jak estońska, aby uczynić krajowy system jak najbardziej przyjaznym podatnikom, inwestorom i przedsiębiorcom, bowiem ulgi podatkowe nie będą wystarczającą zachętą, gdy pozostałe elementy systemu pozostaną zaniedbane.

6. Podsumowanie

Wprowadzone wraz z początkiem 2022 r. rozwiązania podatkowe dla sektora *venture capital* należy ocenić pozytywnie. Preferencja podatkowa w postaci możliwości odliczenia 50% wydatków na nabycie (objęcie) udziałów lub akcji w alternatywnych spółkach inwestycyjnych lub spółkach kapitałowych objętych zwolnieniem, jak również obniżenie minimalnej wartości procentowej udziałów posiadanych przez alternatywne spółki

⁵² Invest in Estonia, *Per capita, Estonia always wins*, <https://investinestonia.com/per-capita-estonia-always-wins/> [dostęp: 31.12.2022].

inwestycyjne dla zwolnienia z CIT to działania, które mogą w korzystny sposób wpłynąć na ożywienie inwestycji w przedsięwzięcia na rynku *venture capital*. Należy jednak pamiętać, że stanowią one jedynie lekki bodziec do ożywienia inwestycji w tym sektorze, który wciąż wymaga dalej idących zmian systemowych. Pojedyncze ulgi nie są wystarczające, aby realnie zwiększyć finansowanie dla start-upów oraz zainteresować inwestorów zagranicznych polskim rynkiem, w szczególności w obliczu stale rozwijającej się konkurencji. Rozwiązania dostępne w Wielkiej Brytanii oraz Francji wyraźnie pokazują, o ile szerszy wachlarz narzędzi, w tym specjalnych ulg i zwolnień, oferują inwestorom najatrakcyjniejsze ekosystemy start-upowe w Europie.

Zapewnienie udogodnień prawnych i podatkowych to najprostszy sposób na zachęcenie inwestorów, w szczególności aniołów biznesu oraz funduszy *venture capital*, do finansowania innowacyjnych przedsięwzięć gospodarczych. Nie należy jednak pomijać faktu, że liderzy na rynku *venture capital* stworzyli całe systemy wsparcia inwestycji w start-upy, na które oprócz ww. zachęt podatkowych składają się m.in. doskonale rozwinięte sieci łączące inwestorów i założycieli innowacyjnych firm, jak i uproszczona i przyjazna administracja publiczna, które natomiast w Polsce wymagają znaczącej rozbudowy oraz poprawy. Opisany we wcześniejszej części pracy przykład Estonii jest dowodem na to, że pomimo gospodarki niewielkich rozmiarów, dzięki wprowadzeniu przemysłanych reform systemowych możliwe jest stworzenie jednego z najatrakcyjniejszych ekosystemów *venture capital* w całej Europie, skupiającego uwagę najlepszych inwestorów. Konieczne do tego jest jednak całkowite zaangażowanie państwa oraz właściwe identyfikowanie potrzeb uczestników rynku.

Rola i znaczenie aniołów biznesu oraz funduszy *venture capital* dla gospodarki są ogromne. Uwzględniając możliwości oraz potencjał polskiego rynku, a także korzyści płynące z działalności tych podmiotów, takich jak przyczynianie się do spadku bezrobocia czy stymulowanie wzrostu gospodarczego, priorytetem polskich władz powinno być czerpanie z rozwiązań obecnych w atrakcyjniejszych porządkach prawnych oraz wprowadzenie

mechanizmów prawnych i podatkowych ułatwiających oraz usprawniających inwestowanie w innowacyjne przedsięwzięcia gospodarcze. Docenić należy, że już w tej chwili odczuwalne są takie działania, jednak konieczne jest ich zintensyfikowanie, a w szczególności upraszczanie polskiego systemu podatkowego zamiast zwiększania stopnia jego skomplikowania. W dłuższej perspektywie czasu sam potencjał polskich firm nie wystarczy, aby wygrać w wyścigu o najlepszych inwestorów z krajami, które nieustannie dążą do zmieniania swojego systemu prawnopodatkowego na coraz bardziej przyjazny inwestorom, oferując im liczne uproszczenia, ulgi oraz zachęty podatkowe.

BIBLIOGRAFIA

Literatura i źródła internetowe

Bierzyńska-Sudoł M., *Start-upy jako innowacyjne podmioty przyczyniające się do rozwoju regionu* [w:] M. Sikora-Gaca, B. Panciszko, M. Bierzyńska-Sudoł, M.E. Szatlach, *Fundusze Europejskie w Polsce. Uwarunkowania polityczne i społeczno-gospodarcze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego, Bydgoszcz 2019.

Brzostowska M., Kubiesa P., *PIT. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2022, komentarz do art. 26hc.

Brzozowska K., *Business Angels na rynku kapitałowym. Motywacje, inwestowanie, efekty*, CeDeWu.pl, Warszawa 2008.

Business Angels Europe (BAE), Invest Europe, *Turning start-ups into scale-ups – Incentivising the role of early-stage investors*, marzec 2022, https://www.investeurope.eu/media/5044/bae-invest-europe-joint-paper_turning-startups-into-scaleups.pdf

Dąbkowski A., *Rynek inwestorów wysokiego ryzyka – Aniołowie biznesu*, „Kwartalnik Naukowy Uczelni Vistula” 2015, nr 4(46).

Dealroom.co, La French Tech, *French startups and venture capital on record track in 2021*, <https://dealroom.co/uploaded/2021/11/Dealroom-LFT-France-Nov-2021-report.pdf>

Dealroom.co, *Unicorns (2000-2021)*, https://app.dealroom.co/curated-heat-maps/unicorns/location?endYear=2021&interval=yearly&rows=netherlands~~united_kingdom~~spain~belgium~austria~italy~sweden~france~germany~ireland&sort=_2021&startYear=2000&type=amount

EY, *EY French Venture capital Barometer. Annual Results 2021*, https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/fr_fr/topics/fast-growing-companies/ey-barometre-capital-risque-en-22020127.pdf?download

Fundacja DigitalPoland, *CEE Digital Champions 2022*, <https://digitalpoland.org/publikacje/pobierz?id=bc9212a2-6815-4f6c-ab70-df7267077143>

Fundacja DigitalPoland, Polska Agencja Inwestycji i Handlu, *Invest in digital Poland*, <https://digitalpoland.org/publikacje/pobierz?id=2dcba0cd-6666-4049-83b7-462343b137fd>

GOV.UK, *Guidance. Tax relief for investors using venture capital schemes*, <https://www.gov.uk/guidance/venture-capital-schemes-tax-relief-for-investors>

GOV.UK, *Immigration Rules Appendix Scale-up*, <https://www.gov.uk/guidance/immigration-rules/immigration-rules-appendix-scale-up>

GrowthCapital Ventures, *2021 was a record year for UK tech investment - what now?*, <https://www.growthcapitalventures.co.uk/insights/blog/what-2021s-record-year-for-uk-tech-investment-means-for-experienced-investors>

HM Revenue & Customs, *Venture capital Trusts: Introduction to National and Official Statistics*, <https://www.gov.uk/government/statistics/venture-capital-trusts-statistics-introductory-note/venture-capital-trusts-introduction-to-national-and-official-statistics>

Kidyba A., *Prawo handlowe*, wyd. 23, C.H. Beck, Warszawa 2021.

Leah Hodgson (PitchBook), *The 10 most active French VCs*, <https://pitchbook.com/news/articles/most-active-vcs-france>

Mariański A., *Komentarz do zmian w ustawach podatkowych. Polski Ład 2022*, C.H. Beck, Warszawa 2022, komentarz do art. 26hc.

Mikołajczyk B., Krawczyk M., *Aktywność Aniołów Biznesu na nieformalnym rynku venture capital*, „Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym” 2007, nr 10/2.

Modzelewski W., Słomka M. (red.), *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych*, wyd. 18, C.H. Beck, Warszawa 2022, komentarz do art. 26hc.

Łukasik M., *Ulga dla „aniołów biznesu” w Polsce? „Chcemy być traktowani tak samo, jak fundusze”*, <https://www.money.pl/firma/wiadomosci/ulga-dla-aniolow-w-chcemy-byc-traktowani-tak-samo-jak-fundusze-6569938643295008a.html>

PFR Ventures, Inovo Venture Partners, *Transakcje na polskim rynku VC w 2021*, <https://pfrventures.pl/aktualnosci/transakcje-na-polskim-ryнку-vc-w-2021.html>

PFR Venture, Inovo Venture Partners, *Transakcje na polskim rynku VC w Q3 2022*, <https://pfrventures.pl/aktualnosci/transakcje-na-polskim-ryнку-vc-w-q3-2022.html>

Przybylska K., *Czynniki determinujące przyływ zagranicznych inwestycji bezpośrednich do Polski*, „*Ekonomista*” 1998, nr 2–3.

Schneider F., Frey B., *Economic and Political Determinants of Foreign Direct Investment*, “*World Development*” 1985, Vol. 13.

Sebag D.J., Maitrehenry R., *Venture capital investment in France: market and regulatory overview*, [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/Ieb4a24ef1cb511e38578f7ccc38dcbee/Venture-capital-investment-in-France-market-and-regulatory-overview?viewType=FullText&ppcid=8cb38e0549af4cce9f6b118f5fd6568&originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=\(sc.DocLink\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/Ieb4a24ef1cb511e38578f7ccc38dcbee/Venture-capital-investment-in-France-market-and-regulatory-overview?viewType=FullText&ppcid=8cb38e0549af4cce9f6b118f5fd6568&originationContext=knowHow&transitionType=KnowHowItem&contextData=(sc.DocLink)&firstPage=true)

Statista, *Value of venture capital financing in the United Kingdom from 1st quarter 2013 to 1st quarter 2022*, <https://www.statista.com/statistics/1324524/venture-capital-financing-value-uk/>

techUK, *Are we getting closer to achieving the target for the UK to invest 2.4% of GDP in R&D by 2027?*, <https://www.techuk.org/resource/are-we-getting-closer-to-achieving-the-target-for-the-uk-to-invest-2-4-of-gdp-in-r-d-by-2027.html>

The French National Research Agency (ANR), *France 2030*, <https://anr.fr/en/france-2030/france-2030/>

UK Research and Innovation, *Who Innovate UK is*, <https://www.ukri.org/about-us/innovate-uk/who-we-are/>

Walenda M., *Alternatywne spółki inwestycyjne jako nowy rodzaj wehikulów inwestycyjnych w Polsce*, Warszawa 2019.

Wojciechowski R., [w:] A. Kidyba (red.), *Ustawa o funduszach inwestycyjnych. Komentarz*. t. I. Art. 1-157, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, komentarz do art. 8a.

World Bank, *Doing Business 2020. Comparing Business Regulation in 190 Economies*, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/688761571934946384/pdf/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies.pdf>

World Bank, *Population, total – Estonia*, <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=EE>

Wykaz aktów prawnych

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 2647).

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2022 r. poz. 2587).

Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1467).

Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (Dz. U. z 2022 r. poz. 1523).

Ustawa z dnia 31 marca 2016 r. o zmianie ustawy o funduszach inwestycyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 615).

Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r. poz. 2105).

Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk nr 1532.

Klauzula generalna przeciwko unikaniu opodatkowania

General anti-avoidance clause

Abstrakt

Przedmiotem niniejszej pracy jest omówienie klauzuli generalnej przeciwko unikaniu opodatkowania wprowadzonej do polskiego systemu podatkowego 15 lipca 2016 r. W celu uporządkowania przedmiotu badań praca została podzielona na osiem części. W pracy omówiony został rys historyczny związany z wprowadzaniem klauzuli do polskich przepisów, przesłanki jej zastosowania, wyłączenia od stosowania klauzuli, zagadnienie sztucznego sposobu działania, zagadnienie korzyści podatkowej, zagadnienie sprzeczności korzyści podatkowej z celem lub przedmiotem ustawy podatkowej bądź jej przepisu, zagadnienie czynności, konsekwencje zastosowania klauzuli, a także problematyka dodatkowego zobowiązania podatkowego stanowiącego dodatkową sankcję wydania decyzji z zastosowaniem klauzuli. Praca skupia się na obecnym brzmieniu przepisów, określając jednak, jakie zmiany w klauzuli zostały dokonane na przestrzeni ostatnich lat jej funkcjonowania.

Słowa kluczowe: klauzula generalna przeciwko unikaniu opodatkowania, ogólna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania, klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania, klauzula obejścia prawa podatkowego, GAAR, klauzula GAAR, ordynacja podatkowa, korzyść podatkowa, unikanie opodatkowania

Abstract

The subject of the article is a presentation of the General Anti-Abuse Rule (GAAR clause) introduced into the Polish tax system on July 15, 2016. In order to organize the subject of the study, the article is divided into eight parts. The article covers the historical outline of the introduction of the clause into the Polish legislation, the prerequisites for its application, exclusions from the application of the clause, the issue of artificial mode of action, the issue of tax benefit, the issue of contradiction of tax benefit with the purpose or object of the tax law or its provision, the issue of action, the consequences of the application of the clause, as well as the issue of additional tax liability as an additional sanction of issuing a decision applying the clause. The article focuses on the current wording of the legislation, specifying what changes have been made to the clause over the past years of its functioning.

Keywords: general anti-abuse rule, general anti-avoidance rule, general anti-avoidance clause, GAAR, GAAR clause, tax ordinance, tax benefit, tax avoidance

1. Informacje ogólne

Przedmiotem niniejszej pracy jest omówienie zagadnienia obowiązującej w polskim systemie podatkowym klauzuli generalnej przeciwko unikaniu opodatkowania. W przygotowaniu artykułu wykorzystano niereaktywne metody badawcze, które polegają na analizie literatury przedmiotu, orzecznictwa, aktów prawnych, uzasadnień do nich, a także uchwał podjętych przez Radę do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania.

Klauzula generalna przeciwko unikaniu opodatkowania została wprowadzona do ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa¹ 15 lipca 2016 r. Należy jednak wskazać, że nie była to pierwsza próba wprowadzenia tego typu rozwiązania do polskiego systemu podatkowego. Pierwszą próbą legislacyjną w zakresie klauzuli było bowiem wprowadzenie

¹ T.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2651 ze zm., dalej: Ordynacja podatkowa.

do przepisów Ordynacji podatkowej 1 stycznia 2003 r. art. 24b § 1, który stanowił, że „(...) organy podatkowe i organy kontroli skarbowej, rozstrzygając sprawy podatkowe, pominią skutki podatkowe czynności prawnych, jeżeli udowodnią, że z dokonania tych czynności nie można było oczekiwać innych istotnych korzyści niż wynikające z obniżenia wysokości zobowiązania podatkowego, zwiększenia straty, podwyższenia nadpłaty lub zwrotu podatku”. Zgodnie z brzmieniem ówczesnych regulacji jeżeli strony, dokonując czynności prawnej, o której była mowa w § 1, osiągnęły zamierzony rezultat gospodarczy, dla którego odpowiednia jest inna czynność prawna lub czynności prawne, skutki podatkowe wywodziło się z tej innej czynności prawnej lub czynności prawnych². Należy jednak podkreślić, że powyższa regulacja w obliczu licznych kontrowersji oraz wątpliwości w zakresie jej zgodności z konstytucją okazała się nietrwała³.

Z uwagi na wiele krytycznych uwag pod adresem wprowadzonej do Ordynacji podatkowej w 2003 r. klauzuli została ona zbadana przez Trybunał Konstytucyjny pod kątem jej zgodności z Konstytucją RP. W wyroku z 11 maja 2004 r. Trybunał Konstytucyjny uznał przepis art. 24b § 1 Ordynacji podatkowej za niezgodny z art. 2 w zw. z art. 217 Konstytucji⁴. Zgodnie z treścią przywołanego wyroku art. 24b Ordynacji podatkowej „(...) narusza zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji RP oraz narusza zasadę wolności działalności gospodarczej wyrażającą się w wolności układania swoich stosunków cywilnoprawnych, tj. art. 22 Konstytucji RP”.

Uchylenie art. 24b § 1 i 2 Ordynacji podatkowej na ponad dziesięć lat zamknęło prace ustawodawcy nad wprowadzeniem w to miejsce nowej klauzuli generalnej przeciwko unikaniu opodatkowania. Dopiero 15 lipca 2016 r. do Ordynacji podatkowej został dodany dział IIIa, który wprowadził do polskiego systemu podatkowego nową odsłonę klauzuli⁵. Niedługo po

² J. Glumińska-Pawlic, *Klauzula generalna*, [w:] D.J. Gajewski (red.), *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania*, Warszawa 2018, LEX/el.

³ J. Ostrowski, *Siedem rad na nowelizację Ordynacji podatkowej*, „Monitor Podatkowy” 2003, nr 1, s. 7.

⁴ Wyrok TK z dnia 11 maja 2004 r., K 4/03, LEX nr 112993.

⁵ J. Glumińska-Pawlic, *Klauzula generalna...*

wprowadzeniu do Ordynacji podatkowej powyższej zmiany w życie weszła nowa dyrektywa Rady (UE) 2016/1164⁶. Mimo że przepisy dot. klauzuli można uznać za dość nowe, na przestrzeni ostatnich lat uległy one znacznemu przemodelowaniu (w szczególności w celu dostosowania ich do nowej dyrektywy 2016/1164). W 2019 r. przepisy art. 119a-119f Ordynacji podatkowej zostały znowelizowane, umożliwiając zastosowanie klauzuli do szerszej grupy przypadków, niż było to możliwe w poprzednich latach⁷.

Do 31 grudnia 2018 r. przepis art. 119a Ordynacji podatkowej przewidywał, że czynność dokonana przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej, nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli sposób działania był sztuczny.

Zgodnie z obecnie obowiązującą treścią art. 119a § 1 Ordynacji podatkowej „(...) czynność nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli:

- 1) osiągnięcie tej korzyści jest sprzeczne w danych okolicznościach z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu,
- 2) osiągnięcie korzyści było głównym lub jednym z głównych celów jej dokonania, oraz
- 3) sposób działania przez podatnika był sztuczny”.

Spełnienie powyższych przesłanek musi nastąpić łącznie.

Należy zwrócić uwagę, że w pierwotnym brzmieniu klauzuli obejmowała ona swoim zakresem tylko czynności dokonane przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej. W celu zastosowania klauzuli należało zatem wykazać, że uzyskanie korzyści podatkowej było kluczowym celem podatnika. W przypadku, gdy korzyść podatkowa stanowiła jeden z równorzędnych celów, nie sposób było mówić o jednym celu kluczowym. Mając to na uwadze, ustawodawca znowelizował treść

⁶ Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (Dz. Urz. UE L 193/1 z 19.7.2016), dalej: dyrektywa 2016/1164.

⁷ M. Oleksy, *Klauzule przeciwko unikaniu opodatkowania – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2022, Legalis/el., *Klauzula generalna przeciwko unikaniu opodatkowania*.

klauzuli. W wyniku tej zmiany od 1 stycznia 2019 r. czynność nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej m.in. jeżeli osiągnięcie tej korzyści było głównym lub jednym z głównych celów jej dokonania⁸.

Uchwalenie dyrektywy 2016/1164 przełożyło się także na inną zmianę w treści art. 119a. W brzmieniu obowiązującym do 2018 r. ustawodawca przewidywał, że zastosowanie klauzuli będzie miało miejsce, gdy korzyść podatkowa, której osiągnięcie było celem podatnika, będzie sprzeczna z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej. Zmiana, która weszła w życie z początkiem 2019 r., rozszerzyła klauzulę, pozwalając na jej zastosowanie w sytuacji, gdy korzyść podatkowa jest sprzeczna w danych okolicznościach z przedmiotem lub celem nie tylko pojedynczego przepisu ustawy podatkowej, lecz również przedmiotem lub celem całej ustawy podatkowej⁹.

2. Wyłączenia stosowania klauzuli generalnej przeciwko unikaniu opodatkowania

Istotną regulację w zakresie stosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania stanowi art. 119b Ordynacji podatkowej. Przepis ten określa rodzaje sytuacji, w których to klauzula nie ma zastosowania. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu decyzji wydawanej z zastosowaniem art. 119a nie wydaje się:

1. Do podmiotu, który uzyskał opinię zabezpieczającą – w zakresie objętym opinią, do dnia doręczenia uchylecia lub zmiany opinii zabezpieczającej;

2. Do podatku od towarów i usług oraz do opłat i niepodatkowych należności budżetowych;

3. Do podmiotu, który zawarł porozumienie podatkowe, o którym mowa w art. 20zb pkt 3, w zakresie objętym tym porozumieniem;

4. Do podmiotu, który jest stroną zawartego porozumienia inwestycyjnego, w części dotyczącej art. 20zt pkt 2 – w zakresie objętym tym porozumieniem.

⁸ L. Etel, G. Liszewski, *Art. 119(a)*, [w:] L. Etel (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, t. I. *Zobowiązania podatkowe. Art. 1-119zzk*, Warszawa 2022, LEX/el.

⁹ *Ibidem*.

W pierwszej kolejności klauzula nie ma zastosowania do podmiotów, które uzyskały opinię zabezpieczającą, jednak jedynie w zakresie, jaki obejmuje opinia. Opinia zabezpieczająca stanowi bowiem instrument chroniący podatnika przed negatywnymi skutkami jego działania. Wydana przez organ opinia potwierdza, że do wskazanych w niej okoliczności nie stosuje się klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania. Należy zwrócić uwagę, że opinia posiada moc ochronną jedynie do czasu jej uchylenia lub zmiany¹⁰.

Drugie wyłączenie dotyczy podatku od towarów i usług oraz opłat i niepodatkowych należności budżetowych. Klauzula nie ma zastosowania do podatku VAT z powodu wprowadzenia do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług¹¹ osobnej klauzuli zapobiegającej nadużyciom podatkowym. Stosownie do art. 5 ust. 4 ustawy o VAT w przypadku wystąpienia nadużycia prawa dokonane czynności, o których mowa w ust. 1, wywołują jedynie takie skutki podatkowe, jakie miałyby miejsce w przypadku odtworzenia sytuacji, która istniałaby w braku czynności stanowiących nadużycie prawa. Natomiast w myśl art. 5 ust. 5 ustawy o VAT przez nadużycie prawa rozumie się dokonanie czynności, o których mowa w ust. 1, w ramach transakcji, która pomimo spełnienia warunków formalnych ustanowionych w przepisach ustawy miała zasadniczo na celu osiągnięcie korzyści podatkowych, których przyznanie byłoby sprzeczne z celem, jakiemu służą te przepisy. Z uwagi natomiast na charakter klauzuli, która ma zapobiegać unikaniu opodatkowania, nie ma ona także zastosowania do opłat i niepodatkowych należności budżetowych. W tym kontekście nie jest jednak jasne, jak należy traktować daninę posiadającą wszystkie cechy podatku, ale nazwaną w ustawie opłatą¹². Paweł Borszowski opowiada się za koncepcją, zgodnie z którą należy przyjąć stanowisko

¹⁰ M. Wolska-Bryńska, *Art. 119b*, [w:] A. Mariański (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2023, Legalis/el.

¹¹ T.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 931 ze zm., dalej: ustawa o VAT.

¹² J. Olesiak, Ł. Pajor, *Art. 119b*, [w:] H. Dzwonkowski (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2020, Legalis/el.

czysto formalne i wyłączyć z zasięgu klauzuli tego typu daniny z powodu braku odmiennego „zamyśłu ustawodawcy”¹³.

Trzecie z ustawowych wyłączeń stosowania klauzuli dotyczy podmiotu, który zawarł porozumienie podatkowe określone w art. 20zb pkt 3 Ordynacji podatkowej. Ustawą z dnia 13 października 2019 r. o rozstrzyganiu sporów dotyczących podwójnego opodatkowania oraz zawieraniu uprzednich porozumień cenowych¹⁴ została do Ordynacji podatkowej wprowadzona nowa instytucja – współdziałanie. W ramach tego rozwiązania podatnik może zawrzeć z Szefem Krajowej Administracji Skarbowej pisemną umowę o współdziałanie w zakresie podatków pozostających we właściwości Krajowej Administracji Skarbowej. W zakresie tej umowy Szef KAS może zawrzeć z podatnikiem porozumienie podatkowe w sprawie braku zasadności zastosowania art. 119a § 1 Ordynacji podatkowej. Porozumienie to stanowi rozwiązanie bardzo zbliżone do opinii zabezpieczającej. Z uwagi na powyższe klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania nie ma zastosowania także w zakresie objętym porozumieniem podatkowym¹⁵.

Ostatnie z wyłączeń stosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania zostało wprowadzone ustawą z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw¹⁶. Na mocy tego aktu prawnego do art. 119b § 1 Ordynacji podatkowej dodany został pkt 7 wyłączający stosowanie klauzuli do podmiotu, który jest stroną zawartego porozumienia inwestycyjnego, w zakresie objętym tym porozumieniem. Cel wprowadzenia tego wyłączenia był tożsamy z wyłączeniem dotyczącym uzyskanej opinii zabezpieczającej oraz porozumienia podatkowego¹⁷.

Należy zwrócić uwagę, że do 2018 r. katalog wyłączeń stosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania był znacznie szerszy. Przede wszystkim klauzula miała być stosowana jedynie w przypadku poważnego zagrożenia

¹³ P. Borszowski, *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania. Praktyczne vademecum podatnika*, Unimex, Wrocław 2017, rozdz. 3. *Wyłączenie stosowania art. 119a*, s. 39.

¹⁴ T.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2200 ze zm.

¹⁵ L. Etel, G. Liszewski, *Art. 119(a)*...

¹⁶ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2105 ze zm.

¹⁷ M. Wolska-Bryńska, *Art. 119b*...

interesu fiskalnego. Miała mieć ona zatem zastosowanie w przypadku uzyskiwania przez podatników znacznych korzyści podatkowych. Przepis art. 119b § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej przewidywał rozwiązanie, zgodnie z którym klauzula nie miała zastosowania w przypadku, gdy suma korzyści podatkowej nie przekraczała 100 000 zł¹⁸. Obecnie nie istnieje już żaden limit, poniżej którego nie można zastosować klauzuli. Od 2019 r. uchylone zostały również pkt 3 i 5 art. 119b § 1, zgodnie z którymi klauzula nie miała zastosowania:

- a) do podmiotu, którego wniosek o wydanie opinii zabezpieczającej nie został załatwiony w terminie, o którym mowa w art. 119zb – w zakresie objętym wnioskiem, do dnia doręczenia zmiany opinii zabezpieczającej;
(powyższe ograniczenie zostało uznane za niezgodne z dyrektywą 2016/1164, która to nie przewiduje szczególnego traktowania w takich sytuacjach),
- b) jeżeli zastosowanie innych przepisów prawa podatkowego pozwala na przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania;
(uchylenie tego punktu zwolniło organy podatkowe z obowiązku każdorazowej oceny, czy w sprawie możliwe było zastosowanie innego środka przeciwdziałającego unikaniu opodatkowania)¹⁹.

3. Uznanie sposobu działania za sztuczny

Sztuczność konstrukcji prawnej zmierzającej do unikania opodatkowania należy oceniać na dwóch płaszczyznach: prawnej i ekonomicznej. Na płaszczyźnie prawnej sztuczność związana jest zazwyczaj z nadmierną zawilnością konstrukcji poprzez na przykład dzielenie transakcji na osobne czynności prawne albo łączenie kilku osobnych transakcji w jedną, występowanie zbędnych podmiotów pośredniczących, elementów zmierzających do uzyskania stanu identycznego lub zbliżonego do pierwotnego (tzw. transakcje okrężne) lub elementów podlegających wzajemnej kompensacji. Na płaszczyźnie ekonomicznej dla sztucznej transakcji charakterystyczny

¹⁸ L. Etel, G. Liszewski, *Art. 119(a)*...

¹⁹ L. Etel, G. Liszewski, *Art. 119(a)*...

jest brak w niej treści ekonomicznej, na przykład przez ukrywanie jej prawdziwego celu lub znaczenia gospodarczego, zbędność lub nieadekwatność do realizacji danego zdarzenia gospodarczego. Nadmierna zawoilość konstrukcji i brak treści ekonomicznej oznaczają, że konstrukcja ta nie zostałaby zastosowana przez rozsądnie działający podmiot kierujący się zgodnymi z prawem celami gospodarczymi²⁰.

Do 31 grudnia 2018 r. przepis art. 119c Ordynacji podatkowej określał pozytywnie, kiedy sposób działania podatnika należy uznać za sztuczny. Obecnie ustawodawca posługuje się odmienną metodą regulacji, określając negatywnie, kiedy nie mamy do czynienia ze sztucznym sposobem działania²¹. Zgodnie z treścią art. 119c § 1 Ordynacji podatkowej sposób działania nie jest sztuczny, jeżeli na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami zastosowałby ten sposób działania w dominującej mierze z uzasadnionych przyczyn ekonomicznych. Do przyczyn, o których mowa w zdaniu pierwszym, nie zalicza się celu osiągnięcia korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, „(...) działanie sztuczne to – w uproszczeniu – takie działanie, które nie zostałoby zastosowane, gdyby nie towarzysząca podmiotowi chęć osiągnięcia korzyści podatkowej. Jeżeli zatem chęć osiągnięcia korzyści podatkowej ma zasadniczy wpływ na to, czy podmiot wybrał działanie w sposób sztuczny, to można z dużą dozą pewności przyjąć, że osiągnięcie korzyści podatkowej było jednym z głównych celów dokonania czynności. To główne bowiem cele towarzyszące czynności mają wpływ na sposób działania”²².

Przepis art. 119c § 2 zawiera katalog okoliczności, które mogą świadczyć o sztucznym sposobie działania. Zgodnie z treścią tego przepisu

²⁰ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw z 22 marca 2016 r., VIII kadencja, druk sejm. nr 367, s. 24.

²¹ J. Olesiak, Ł. Pajor, *Art. 119b...*

²² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejm. nr 2860, s. 58.

przy ocenie, czy sposób działania był sztuczny, należy wziąć pod uwagę w szczególności występowanie:

- 1) nieuzasadnionego dzielenia operacji;
- 2) angażowania podmiotów pośredniczących mimo braku uzasadnienia ekonomicznego lub gospodarczego;
- 3) elementów prowadzących do uzyskania stanu identycznego lub zbliżonego do stanu istniejącego przed dokonaniem czynności;
- 4) elementów wzajemnie się znoszących lub kompensujących;
- 5) ryzyka ekonomicznego lub gospodarczego przewyższającego spodziewane korzyści inne niż podatkowe w takim stopniu, że należy uznać, że działający rozsądnie podmiot nie wybrałby tego sposobu działania.

Powyższy katalog stanowi katalog otwarty, co oznacza, że zawarte w nim wyliczenie ma jedynie charakter przykładowy. W związku z tym należy wskazać, że także inne okoliczności niewymienione w powyższym przepisie mogą wskazywać na sztuczny sposób działania. Z drugiej zaś strony do wystąpienia przesłanki sztuczności wystarczające będzie wystąpienie któregośkolwiek ze wskazanych przez ustawodawcę przykładów²³.

4. Korzyść podatkowa

Do 31 grudnia 2018 r. definicja korzyści podatkowej uregulowana była w art. 119e Ordynacji podatkowej. Zgodnie z tym przepisem korzyść podatkowa definiowana była jako:

- niepowstanie zobowiązania podatkowego, odsunięcie w czasie powstania zobowiązania podatkowego lub obniżenie jego wysokości albo powstanie lub zawyżenie straty podatkowej;
- powstanie nadpłaty lub prawa do zwrotu podatku albo podwyższenie kwoty nadpłaty lub zwrotu podatku.

Należy zwrócić uwagę, że pojęcie korzyści podatkowej w sposób bardzo istotny związane jest z przepisami dotyczącymi przeciwdziałania unikaniu opodatkowania. Nie zmienia to jednak faktu, że w mniejszym stopniu pojęcie to dotyczy również innych instytucji uregulowanych w Ordynacji

²³ M. Wolska-Bryńska, *Art. 119b...*

podatkowej – np. przepisów o raportowaniu schematów podatkowych czy o wydawaniu interpretacji podatkowych. Mając to na uwadze, ustawodawca zdecydował się przenieść wspomnianą definicję z art. 119e do art. 3 pkt 18 Ordynacji podatkowej. Taki zabieg umożliwił zastosowanie przedmiotowej definicji do wszelkich instytucji uregulowanych w przepisach tej ustawy. Stosownie do treści art. 3 pkt 18 w obecnie obowiązującym brzmieniu ilekroć w ustawie jest mowa o korzyści podatkowej – rozumie się przez to:

- a) niepowstanie zobowiązania podatkowego, odsunięcie w czasie powstania zobowiązania podatkowego lub obniżenie jego wysokości,
- b) powstanie lub zawyżenie straty podatkowej,
- c) powstanie nadpłaty lub prawa do zwrotu podatku albo zawyżenie kwoty nadpłaty lub zwrotu podatku,
- d) brak obowiązku pobrania podatku przez płatnika, jeżeli wynika on z okoliczności wskazanych w lit. a.

Samo wystąpienie korzyści podatkowej nie warunkuje jednak zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania. Jednym w warunków zastosowania klauzuli jest bowiem dokonanie czynności, której głównym lub jednym z głównych celów jest osiągnięcie korzyści podatkowej. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na art. 119d Ordynacji podatkowej. Zgodnie z tym przepisem przy ocenie, czy osiągnięcie korzyści podatkowej było głównym lub jednym z głównych celów dokonania czynności, bierze się pod uwagę cele ekonomiczne czynności wskazane przez stronę. Powyższy przepis, podobnie jak art. 119c Ordynacji podatkowej, ma na celu doprecyzowanie definicji unikania opodatkowania. Analogicznie jak przy weryfikacji sztuczności działania, przy ocenie, czy osiągnięcie korzyści podatkowej stanowiło główny lub jeden z głównych celów dokonania czynności, należy rozważyć wskazane przez stronę cele ekonomiczne. Należy zwrócić uwagę, że z całą pewnością głównym celem ekonomicznym podejmowania określonych działań zmierzających do skorzystania z ulg podatkowych stanowi uzyskanie korzyści podatkowej. Takie działanie jest jednak zgodne z celem przepisu podatkowego dotyczącego danej ulgi, bowiem celem takiego przepisu jest zachęcenie podatników do podejmowania

określonych działań. Zatem takie działanie podatnika nie powinno skutkować uruchomieniem klauzuli²⁴.

5. Sprzeczność korzyści podatkowej z celem lub przedmiotem ustawy podatkowej bądź jej przepisu

Sprzeczność korzyści podatkowej z celem lub przedmiotem ustawy podatkowej bądź jej przepisu jest ściśle związana ze sztucznością działania. Mimo to stanowi ona oddzielne i niezależne kryterium zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania. W zakresie tej przesłanki sprawdzane jest, czy postępowanie podatnika charakteryzowało się „nadmierną przebiegłością” w zastosowaniu norm podatkowych względem zaistniałego stanu faktycznego. Nie chodzi tutaj jednak o działanie wprost naruszające normy podatkowe. Należy bowiem wskazać, że normy prawopodatkowe, które określają wysokość podatku, przedstawiają wyłącznie sposób obliczania podatku, nie definiując przy tym zakazów czy też nakazów dotyczących określonego sposobu postępowania przez podatników. Jednak zdarza się, że podatnicy swoim zachowaniem kreują dla siebie korzystny podatkowy stan faktyczny dzięki zastosowaniu rezultatów wykładni prawa podatkowego pozostających w sprzeczności z „duchem” tych regulacji. Poziom kreatywności działania podatników analizowany jest na poziomie przesłanki sztuczności, natomiast sprzeczność pozwala na określenie, że dochodzi do kolizji między rezultatami wykładni zastosowanej przez podatników a „duchem” przepisów podatkowych²⁵.

W zakresie rozumienia przesłanki sprzeczność korzyści podatkowej z celem lub przedmiotem ustawy podatkowej należy także przywołać stanowisko Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikania Opodatkowania wyrażone między innymi w uchwale nr 1/2021 z dnia 1 marca 2021 r.²⁶ W ocenie Rady przesłanka sprzeczności stanowi przesłankę w pewnym stopniu „samospełniającą się” w przypadku wykazania sztuczności działania

²⁴ L. Etel, G. Liszewski, *Art. 119(a)*...

²⁵ J. Jankowski, *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania (GAAR)*, Warszawa 2022, LEX/el., rozdz. V. *Sprzeczność*.

²⁶ Uchwała nr 1/2021 Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania z 1 marca 2021 r. w sprawie wniosku Szefa Krajowej Administracji Skarbowej z 10 grudnia 2020 r.

oraz jego celu w postaci osiągnięcia korzyści podatkowej. Przedstawiając takie stanowisko, Rada odwoływała się do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 8 czerwca 2018 r.²⁷: „Zdaniem Sądu więc kluczowe znaczenie ma wykazanie przez Szefa KAS wydającego odmowę wydania opinii zabezpieczającej, że sposób działania podatnika nie zostałyby zastosowany przez podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami a zasadniczym celem sztucznego działania podatnika było osiągnięcie korzyści podatkowej przez co jest ona sprzeczna z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej”.

Zdaniem Mateusza Oleksego powyższe rozumienie przesłanki sztuczności należy jednak ocenić negatywnie z uwagi na fakt, że zakłada ono umieszczenie przez ustawodawcę w tekście prawnym zbędnego fragmentu. Przyjmując założenie ustawodawcy, należy uznać, że skoro przesłanka sztuczności została zawarta w klauzuli, to ma ona znaczenie w stosowaniu tej instytucji w praktyce. Stosując klauzulę w konkretnym przypadku, organ zobowiązany zatem jest do przedstawienia konkretnego celu lub przedmiotu ustawy oraz wyjaśnienia, jak w jego ocenie został on przez działanie podatnika naruszony²⁸.

6. Konsekwencje zastosowania klauzuli

Zgodnie z literalną wykładnią art. 119a Ordynacji podatkowej do zastosowania klauzuli nie może doprowadzić zaniechanie podatnika, nawet jeżeli jego głównym celem było osiągnięcie korzyści podatkowej. Ustawodawca przewiduje bowiem, że tylko czynności dokonane mogą doprowadzić do uruchomienia klauzuli. Jedynie w zakresie czynności odpowiedniej zastrzeżono, że może ona polegać na zaniechaniu²⁹.

Za czynności w rozumieniu klauzuli nie należy uznawać wyłącznie czynności prawnych. Klauzula może bowiem mieć zastosowanie także do czynności faktycznych³⁰. Ponadto należy zwrócić uwagę, że czynności

²⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 8 czerwca 2018 r., [III SA/Wa 2354/17](#), LEX nr 2604403.

²⁸ M. Oleksy, *Klauzula...*

²⁹ L. Etel, G. Liszewski, *Art. 119(a)...*

³⁰ J. Jankowski, *Klauzula przeciwko unikaniu...*

nie można ograniczać do jednostkowego działania jednego podmiotu. Zgodnie bowiem z art. 119f Ordynacji podatkowej czynność oznacza także zespół powiązanych ze sobą czynności, dokonanych przez te same bądź różne podmioty.

Czynności, w zakresie których zastosowanie znajdzie klauzula, pozostają skuteczne na gruncie prawa cywilnego. W konsekwencji zastosowania klauzuli podmiot pozostaje jedynie pozbawiony korzyści podatkowej, którą chciał uzyskać. Wspomniane pozbawienie korzyści podatkowej może być z wykorzystaniem klauzuli dokonane w dwojaki sposób: albo poprzez reklasyfikację działań podatnika, albo poprzez odmówienie im skuteczności na gruncie przepisów podatkowych. Stosownie do art. 119a § 2 Ordynacji podatkowej reklasyfikacja opiera się na określeniu skutków podatkowych czynności na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki mógłby zaistnieć, gdyby dokonano czynności odpowiedniej. Zgodnie natomiast z § 3 tego przepisu za odpowiednią uznaje się czynność, której podmiot mógłby w danych okolicznościach dokonać, jeżeli działałby rozsądnie i kierował się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, a sposób działania nie byłby sztuczny. Czynność odpowiednia stanowi zatem swojego rodzaju odtworzenia przez organ podatkowy działań podatnika, które podjąłby on, gdyby nie działał w celu osiągnięcia korzyści podatkowej. Należy zwrócić uwagę, że podatnik zgodnie z art. 119a § 4 Ordynacji podatkowej ma prawo do wskazania czynności odpowiedniej. W takim wypadku organ podatkowy dokonuje określenia skutków podatkowych na gruncie wskazanej przez podatnika czynności. Jak już zostało wskazane wcześniej, czynność odpowiednia może polegać także na zaniechaniu. W przypadku natomiast odmówienia działaniom podatnika skuteczności na gruncie przepisów podatkowych dokonane przez podatnika czynności uznaje się za niebyłe. Warunkiem pominięcia czynności jest jednak wykazanie, że osiągnięcie korzyści podatkowej stanowiło jedyny cel dokonania danych czynności³¹.

³¹ L. Etel, G. Liszewski, *Art. 119(a)*...

Od 1 stycznia 2019 r. do art. 119a Ordynacji podatkowej został dodany dodatkowy mechanizm stosowania klauzuli. Zgodnie z tym przepisem zwolniono organ podatkowy z obowiązku ustalania treści czynności odpowiedniej w sytuacji, gdy korzyść podatkowa powstała w rezultacie zastosowania przywileju podatkowego, tj. przepisu ustawy podatkowej określającego warunki przyznania:

- a) zwolnienia podmiotowego lub przedmiotowego;
- b) wyłączenia z podstawy opodatkowania, w tym wyłączenia przychodów (dochodów) z opodatkowania;
- c) odliczenia od przychodu, dochodu lub podatku.

W tego typu sytuacji skutki podatkowe określa się na podstawie stanu prawnego, jaki zaistniałby, gdyby dany przepis ustawy podatkowej nie miał zastosowania³².

7. Dodatkowe zobowiązanie podatkowe

Z dniem 1 stycznia 2019 r. ustawą zmieniającą z 23 listopada 2018 r.³³ został dodany do działu III Ordynacji podatkowej nowy rozdział 6a, który reguluje zasady ustalania dodatkowego zobowiązania podatkowego. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, „(...) zasadniczym powodem wprowadzenia tych uregulowań jest niewystarczający efekt prewencyjny, jaki aktualnie wywierany jest przez przepisy klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania. Pomimo przyjęcia przez projektodawcę założenia, że najistotniejszą funkcją klauzuli powinna być prewencja, to w ocenie projektodawcy trudno uznać, że konsekwencje zastosowania przedmiotowej klauzuli zniechęcają obecnie podatników do unikania opodatkowania”³⁴.

Zgodnie z treścią art. 58a Ordynacji podatkowej wydając decyzję z zastosowaniem m.in. art. 119a § 1 lub 7, organ podatkowy ustala jednocześnie dotatkowe zobowiązanie podatkowe na podstawie przepisów niniejszego

³² M. Wolska-Bryńska, *Art. 119b...*

³³ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2193 ze zm.

³⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejm. nr 2860, s. 41.

rozdziału. Ustawodawca przewidział możliwość odstąpienia od ustalenia dodatkowego zobowiązania podatkowego, o ile podatnik działał w dobrej wierze. Zgodnie z art. 58a § 3 Ordynacji podatkowej dobra wiara oznacza sytuację, w której podatnik pozostawał w błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu o zgodności uzyskanej przez niego w danych okolicznościach korzyści podatkowej z przedmiotem i celem ustawy podatkowej lub jej przepisu. Dokonując oceny dobrej wiary, organ podatkowy winien wziąć pod uwagę nieprowadzenie przez podatnika działalności gospodarczej lub prowadzenie jej w niewielkiej skali, wskutek czego nie można było rozsądnie oczekiwać, że w odniesieniu do czynności, których dotyczy decyzja, będzie on korzystał z profesjonalnych porad dotyczących ich skutków podatkowych³⁵.

Wysokość dodatkowego zobowiązania podatkowego co do zasady wynosi:

a) 10% sumy nienależnie wykazanej lub zawyżonej straty podatkowej i niewykazanego w całości lub w części dochodu do opodatkowania – gdy decyzja dotyczy podatku dochodowego od osób prawnych lub podatku dochodowego od osób fizycznych, z wyjątkiem zryczałtowanych form opodatkowania;

b) 40% kwoty korzyści podatkowej – w zakresie pozostałych podatków.

Stosownie do art. 58c Ordynacji podatkowej powyższe stawki mogą ulec dwukrotnemu, a niekiedy trzykrotnemu podwyższeniu³⁶.

W sprawach, w których znajduje zastosowanie klauzula, Szef Krajowej Administracji Skarbowej, jako organ właściwy w sprawach z zastosowaniem klauzuli, na podstawie art. 200 § 3 Ordynacji podatkowej wyznacza przed wydaniem decyzji 14-dniowy termin na wypowiedzenie się przez stronę w sprawie zebranego materiału dowodowego. Wyznaczając wskazany termin, organ przedstawia stronie ocenę prawną sprawy zawierającą wartość korzyści podatkowej i poucza stronę o prawie dokonania korekty deklaracji. Pouczenie to ma umożliwić podatnikowi skorzystanie z prawa do dokonania korekty deklaracji i cofnięcia skutków unikania opodatkowania.

³⁵ R. Bulejak, *Dodatkowe zobowiązanie podatkowe*, [w:] L. Ożóg (red.), *Karuzele i inne oszustwa podatkowe. Metody przeciwdziałania unikaniu opodatkowania*, Warszawa 2021, LEX/el.

³⁶ R. Bulejak, *Dodatkowe zobowiązanie podatkowe...*

Jeśli strona dokona w ten sposób cofnięcia skutków unikania opodatkowania, które w całości będzie uwzględniało ocenę prawną organu, organ podatkowy na podstawie art. 119a § 7 zawiera w decyzji wskazanie korzyści podatkowej lub dochodu stanowiącego podstawę ustalenia dodatkowego zobowiązania podatkowego, o którym mowa w art. 58d. Zgodnie z tym ostatnim przepisem w takim przypadku dodatkowe zobowiązanie podatkowe ulega obniżeniu o połowę³⁷.

8. Podsumowanie

Regulacje prawne w zakresie klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania wprowadzone w 2016 r. do Ordynacji podatkowej stanowiły odpowiedź Ministerstwa Finansów na coraz liczniej podejmowane przez podatników działania ukierunkowane na osiągnięcie korzyści podatkowej. Mimo dokonanych w ostatnich latach nowelizacji, analizowane przepisy cały czas budzą wiele wątpliwości interpretacyjnych w doktrynie prawa podatkowego. Ponadto spotykają się one często z zarzutem niezgodności z ustawą zasadniczą. W tym zakresie szczególnie podkreślany jest brak precyzji co do przepisów określających reguły stosowania klauzuli z uwagi na wykorzystywanie przez ustawodawcę szerokich i niedookreślonych pojęć. Wskazana nieprecyzyjność powoduje brak jasno wyznaczonych granic stosowania klauzuli przez organy podatkowe, co w rezultacie narusza jedną z elementarnych wartości konstytucyjnych – bezpieczeństwo prawne, na które składa się możliwość przewidywania działań organów administracji publicznej³⁸. Należy zgodzić się z tak postawionymi zarzutami. Mając na uwadze powyższe, postulowane jest doprecyzowanie treści przedmiotowych przepisów.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Borszowski P., *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania. Praktyczne vademecum podatnika*, Unimex, Wrocław 2017.

³⁷ L. Etel, G. Liszewski, *Art. 119(a)*...

³⁸ Ł. Dubiński, *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania (perspektywa konstytucyjnoprawna)*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2018, nr 3(93), s. 17-26.

Bulejak R., *Dodatkowe zobowiązanie podatkowe*, [w:] I. Ożóg (red.), *Karuzele i inne oszustwa podatkowe. Metody przeciwdziałania unikaniu opodatkowania*, Warszawa 2021, LEX/el.

Dubiński Ł., *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania (perspektywa konstytucyjnoprawna)*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2018, nr 3(93).

Etel L., Liszewski G., *Art. 119(a)*, [w:] L. Etel (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, t. I. *Zobowiązania podatkowe. Art. 1-119zzk*, Warszawa 2022, LEX/el.

Glumińska-Pawlic J., *Klauzula generalna*, [w:] D. Gajewski (red.), *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania*, Warszawa 2018, LEX/el.

Jankowski J., *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania (GAAR)*, Warszawa 2022, LEX/el.

Oleksy M., *Klauzule przeciwko unikaniu opodatkowania – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2022, Legalis/el.

Olesiak J., Pajor Ł., *Art. 119b*, [w:] H. Dzwonkowski (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2020, Legalis/el.

Ostrowski J., *Siedem rad na nowelizację Ordynacji podatkowej*, „Monitor Podatkowy” 2003, nr 1.

Wolska-Bryńska M., *Art. 119b*, [w:] A. Mariański, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2023, Legalis/el.

Akty prawne

Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2022 r. poz. 2651 ze zm.).

Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2022 r. poz. 931 ze zm.).

Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych,

ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2022 r. poz. 2193 ze zm.).

Ustawa z dnia 16 października 2019 r. o rozstrzyganiu sporów dotyczących podwójnego opodatkowania oraz zawieraniu uprzednich porozumień cenowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2200 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r. poz. 2105 ze zm.).

Orzecznictwo

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2004 r., K 4/03, LEX nr 112993.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 8 czerwca 2018 r., III SA/Wa 2354/17, LEX nr 2604403.

Inne źródła

Uchwała nr 1/2021 Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania z 1 marca 2021 r. w sprawie wniosku Szefa Krajowej Administracji Skarbowej z 10 grudnia 2020 r.

Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw z 22 marca 2016 r., VIII kadencja, druk sejm. nr 367.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejm. nr 2860.

