



FUNDACJA REPUBLIKAŃSKA

Uszczelnienie PIT i CIT

Uwagi do rządowego projektu zmian w ustawach o podatkach
dochodowych (druk nr 1878)

Opracowanie na zlecenie European Fintech Forum

Autor:

Radosław Żydok (redaktor pracy zespołowej)

Warszawa, październik 2017 r.

Spis treści

1. Wprowadzenie	3
2. Podsumowanie raportu.....	4
3. Przedstawienie projektowanej nowelizacji	6
3.1. Streszczenie projektowanej nowelizacji.....	6
3.2. Uzasadnienie nowelizacji.....	10
4. System podatkowy w Polsce – główne założenia oraz rola podatków dochodowych	11
4.1. Główny podział podatków	11
4.2. Istota oraz rola podatków dochodowych.....	12
4.3. Problem spadku znaczenia podatków dochodowych.....	12
4.4. Walka z nadużyciami podatkowymi	14
4.4.1. Projekt BEPS	15
4.4.2. Dyrektywa ATAD.....	15
4.4.3. Obecne uregulowania w Polsce przeciwdziałające nadużyciom podatkowym	16
4.5. Wymogi stawiane prawu podatkowemu w kontekście przeciwdziałania nadużyciom podatkowym 17	
4.5.1. Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE.....	17
4.5.2. Zasada proporcjonalności w krajowym orzecznictwie	19
4.6. Podsumowanie	20
5. Uwagi do propozycji zmian mogących mieć wpływ na rynek obrotu wierzytelnościami.....	20
5.1. Rynek obrót wierzytelnościami.....	20
5.2. Przepisy dotyczące obrotu wierzytelnościami obowiązujące obecnie	21
5.3. Proponowane zmiany wraz z uwagami.....	22
5.3.1. Propozycja dodania art. 15e pkt 3 do ustawy o CIT	22
5.3.2. Propozycja zmiany art. 16 ust. 1 pkt 25 lit. b.....	24
5.3.3. Pozostałe zmiany	25

1. Wprowadzenie

Kwestie podatkowe i prawne są przedmiotem badań i analiz prowadzonych przez Fundację Republikańską od samego początku jej istnienia. Jednym z celów statutowych Fundacji jest dbałość o rozwój gospodarczy Polski, co realizowane jest między innymi poprzez analizowanie i współtworzenie rozwiązań legislacyjnych oraz promowanie tych, które realizują ideę dobra wspólnego.

Nie bez powodu obecnie jednym z najważniejszych zadań Ministerstwa Finansów jest uszczelnianie systemu podatkowego i walka z luką podatkową. Dziesiątki miliardów złotych każdego roku zamiast zasilać budżet państwa trafiają do kieszeni nieuczciwych przedsiębiorców. Dlatego też tak istotne jest tworzenie adekwatnych rozwiązań prawnych, które umożliwią minimalizację strat Skarbu Państwa, a tym samym przyczynią się do wzrostu gospodarczego Polski i wzrostu jakości życia Polaków.

Projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne zaprezentowany przez Ministerstwo 6 lipca br. jest jednym z działań wpisujących się właśnie w obszar uszczelniania systemu podatkowego. Ma on na celu walkę z tzw. agresywną optymalizacją podatkową oraz unikaniem opodatkowania przez przedsiębiorców.

Zaprezentowane w projekcie zmiany w dużej mierze przyczynią się do realizacji postawionego celu, jednak niektóre z rozwiązań wymagają zmiany lub doprecyzowania, co umożliwi skuteczniejsze przeciwdziałanie erozji systemu podatkowego w Polsce.

Dlatego też Fundacja szczegółowo przeanalizowała obowiązujące i projektowane przepisy prawne oraz publikacje naukowe związane z tematyką uszczelniania systemu podatkowego, dzięki czemu możemy Państwu zaprezentować poniższy raport. Zawiera on zarówno komentarze do poszczególnych elementów projektowanej ustawy, jak i do ministerialnego uzasadnienia do proponowanych rozwiązań. Analiza prowadzona jest w nawiązaniu do wymogów stawianych prawu podatkowemu w kontekście przeciwdziałania nadużyciom podatkowym oraz przyjętych w Unii Europejskiej dobrych praktyk w tym zakresie.

Niniejszy raport powstał na zlecenie European Fintech Forum. Fundacja Republikańska dołożyła wszelkich starań, by był on bezstronny i obiektywny, a zleceniodawca nie miał wpływu ani na tezę, ani na wymowę opracowania.

2. Podsumowanie raportu

- Dostępne dane z ostatnich lat wskazują na znaczący spadek znaczenia wpływów z podatku dochodowego od osób prawnych w ogólnych dochodach podatkowych Skarbu Państwa. Sytuacja taka występuje mimo stałego wzrostu PKB w Polsce. Przyczyn takiej sytuacji można upatrywać w unikaniu opodatkowania / agresywnej optymalizacji podatkowej.
- W polskim prawie podatkowym funkcjonują obecnie przepisy mające na celu przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania. W ostatnich latach liczba tych regulacji ulegała zwiększeniu – przykładowo: w początkiem 2015 r. wprowadzono przepisy dotyczące opodatkowania dochodu kontrolowanej spółki zagranicznej, w połowie 2016 r. zaczęła obowiązywać generalna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania.
- Obecnie, z inicjatywy Ministra Rozwoju i Finansów, prowadzone są prace nad propozycjami zmian w przepisach obu ustaw o podatkach dochodowych, których głównym celem jest uszczelnienie systemu podatkowego. W ramach projektu rozważane jest między innymi:
 - wyodrębnienie w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych źródła przychodów w postaci zysków kapitałowych oraz rozdzielenie dochodów uzyskiwanych z tego źródła od pozostałych dochodów podatnika;
 - zmiana przepisów o niedostatecznej kapitalizacji;
 - modyfikacja przepisów dotyczących opodatkowania dochodu kontrolowanej spółki zagranicznej;
 - modyfikacja przepisów regulujących funkcjonowanie podatkowych grup kapitałowych;
 - wprowadzenie tzw. minimalnego podatku dochodowego w odniesieniu do podatników posiadających nieruchomości komercyjne o wartości przekraczającej kwotę 10 milionów zł.
- Rządowe plany zmian w obszarze przeciwdziałania unikaniu opodatkowania wpisują się w kierunek działań prowadzonych w międzynarodowym środowisku – tj. projekt OECD dotyczący przeciwdziałania erozji bazy podatkowej i przenoszenia zysku. Projektowana nowelizacja realizuje częściowo zobowiązania Polski wynikające z Dyrektywy Rady Unii Europejskiej 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania.
- W projektowanej ustawie zawarto również przepisy, które – po ich uchwaleniu i wejściu w życie – mogą istotnie wpływać na funkcjonowanie w Polsce rynku obrotu wierzytelnościami.
- Zgodnie z przedstawionymi w raporcie danymi Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych na koniec marca 2017 r. nominalna wartość wierzytelności obsługiwanych przez jedynie czternaście podmiotów z grona członków tej organizacji osiągnęła poziom 100,5 mld zł. Oznacza to około piętnastoprocentowy wzrost tej wartości rok do roku.

- Dotychczasowy dynamiczny rozwój rynku obrotu wierzytelnościami oraz jego szacowana wartość świadczą, że ma on znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania całej gospodarki. Stąd też zmiany w otoczeniu prawnym tego rynku, w tym zmiany w prawie podatkowym, które mogłyby negatywnie wpłynąć na rynek obrotu wierzytelnościami, powinny być przedmiotem krytycznej uwagi.
- W praktyce kryterium stosowanym do oceny przepisów nakierowanych na zwalczanie nieprawidłowości w prawie podatkowym jest zasada proporcjonalności. Stosowanie tej miary ma swoje uzasadnienie w Konstytucji RP oraz przepisach unijnych, jak również jest zauważalne w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE.
- Zgodnie z rozumieniem zasady proporcjonalności wynikającej z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wprowadzane przez państwo przepisy powinny być (1) uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, (2) być właściwe dla zagwarantowania realizacji zakładanego celu oraz (3) nie wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia tego celu. Test proporcjonalności stosowany przez polski Trybunał Konstytucyjny zakłada zaś badanie: (1) przydatności normy – czy norma prawna jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków, (2) konieczności podjęcia działania – czy norma prawna jest niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana oraz (3) badanie proporcjonalności sensu stricte – czy efekty istnienia danej normy pozostają w proporcji do nałożonych ciężarów i ograniczeń.
- **Wyniki analizy przeprowadzonej w niniejszym raporcie w oparciu o zasadę proporcjonalności, w tym zwłaszcza weryfikacja uzasadnienia do projektowanej ustawy, wskazują, że projektowane przepisy (tj.), które mogą negatywnie wpłynąć na rynek obrotu wierzytelnościami, nie zostały obudowane wystarczająco precyzyjnym wskazaniem na potrzebę ich wprowadzenia.**
- W efekcie niezwykle zwięzłego uzasadnienia wprowadzenia nowego pkt 39a do art. 16 ust. 1 nie sposób obiektywnie ocenić tej propozycji. Projektowane przepisy nie wskazują bowiem, jakie nieprawidłowości zwalczać ma zaproponowany przepis oraz jaka jest skala tych nieprawidłowości. W konsekwencji nie sposób jednoznacznie ocenić, czy postulowana zmiana jest celowa oraz proporcjonalna do ewentualnie istniejących nieprawidłowości.

3. Przedstawienie projektowanej nowelizacji

3.1. Streszczenie projektowanej nowelizacji

W okresie od lipca do października 2017 r. Rada Ministrów podjęła prace nad propozycjami zmian w przepisach obu ustaw o podatkach dochodowych, które zgłoszone zostały przez Ministra Rozwoju i Finansów¹.

Projektowane zmiany w przepisach budzą liczne kontrowersje. Świadczyć może o tym wysoka liczba podmiotów, które zdecydowały się na złożenie uwag w ramach przeprowadzonych konsultacji publicznych² oraz publikacje prasowe poświęcone projektowi nowelizacji³.

Ministerstwo Finansów, uwzględniając liczne uwagi zgłaszane w ramach konsultacji⁴, dokonało licznych modyfikacji w opublikowanym w lipcu tekście projektu nowelizacji. Analizy zawarte w niniejszym raporcie bazować będą na treści projektu nowelizacji przyjętego przez Radę Ministrów w dniu 3 października 2017 r.⁵, który po przesłaniu do Sejmu otrzymał numer druku 1878⁶.

W projekcie nowelizacji zawarto szereg propozycji zmian w przepisach, których wspólnym, deklarowanym przez projektodawcę celem jest uszczelnienie systemu podatkowego. Do najważniejszych propozycji w tym zakresie zaliczyć należy:

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (z dnia 6 lipca 2017 r.; dalej: **projekt nowelizacji**) oraz dokumenty z nim związane dostępne są na stronach Rządowego Centrum Legislacji – <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12300402>.

² Znaczna ilość zgłoszonych uwag wynikać może częściowo z faktu, że Ministerstwo Finansów zdecydowało się wysłać prośbę o zgłaszanie uwag do 262 podmiotów (zob. pismo Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Finansów Pana Pawła Gruzy z dnia 12 lipca 2017 r. –

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12300402/12445384/12445386/dokument298546.pdf>.

³ Zob. przykładowo: P. Paško, A. Turska, *PIT i CIT: rewolucyjne zmiany w podatkach bez uzasadnienia*, Rzeczpospolita 27.07.2017, <http://www.rp.pl/Podatek-dochodowy/307279972-PIT-i-CIT-rewolucyjne-zmiany-w-podatkach-bez-uzasadnienia.html> M. Maj, P. Wojtasik, *Zmiany w PIT i CIT: koniec podatkowych zysków dla menedżerów*, Rzeczpospolita 2.08.2017, <http://www.rp.pl/Podatek-dochodowy/308029939-Zmiany-w-PIT-i-CIT-koniec-podatkowych-zyskow-dla-menedzerow.html>.

⁴ Zob. tabelę z odniesieniem się do uwag zgłoszonych w ramach konsultacji publicznych –

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12300402/12445384/12445388/dokument307925.pdf>.

⁵ „Decyzje rządu” z dnia 3 października 2017 r., <https://www.premier.gov.pl/wydarzenia/decyzje-rzadu/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-podatku-dochodowym-od-osob-fizycznych-15.html>

⁶ Sejm RP, Druk nr 1878, <http://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1878>

- wyodrębnienie w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych⁷ źródła przychodów w postaci zysków kapitałowych oraz rozdzielenie dochodów uzyskiwanych z tego źródła od pozostałych dochodów podatnika⁸.
Aktualnie odrębne źródła przychodów występują jedynie na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych⁹. W ramach podatku dochodowego od osób prawnych regułą jest obecnie opodatkowanie dochodu obliczonego bez względu na rodzaj źródeł przychodów, z jakich dochód ten został osiągnięty (art. 7 ust. 1 ustawy o CIT);
- zmianę przepisów o niedostatecznej kapitalizacji¹⁰.
Generalnie celem przepisów o niedostatecznej kapitalizacji (tzw. cienkiej kapitalizacji) jest ograniczenie możliwości podatnika zaliczania płaconych odsetek do kosztów uzyskania przychodów. Wejście w życie proponowanych zmian oznaczać będzie objęcie takim ograniczeniem większej liczby przypadków finansowania dłużnego niż dotychczas;
- modyfikację przepisów dotyczących opodatkowania dochodu kontrolowanej spółki zagranicznej¹¹.
Przepisy te mają na celu przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania z wykorzystywaniem mechanizmu spółki bazowej. Spółka bazowa to podmiot utworzony na terytorium stosującym niskie opodatkowanie (lub brak opodatkowania). Do spółki bazowej transferowany jest dochód, który w przeciwnym razie podlegałby opodatkowaniu na terytorium Polski. Projekt nowelizacji w tym zakresie zakłada między innymi wykreślenie wyłączenia stosowania tych uregulowań do zagranicznych spółek kontrolowanych, których dochody nie przekraczają kwoty stanowiącej równowartość 250 000 euro¹²;

⁷ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1888 ze zm.; dalej: **ustawa o CIT**).

⁸ Zmiana ta obejmuje m.in. modyfikację ustawy o CIT w: art. 7 ust. 1, 2 i 5, art. 7a ust. 1 i 2 oraz dodanie art. 7b i uchylenie art. 10 tej ustawy.

⁹ Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2032); dalej: **ustawa o PIT**.

¹⁰ Zmiana ta sprowadza się do zastąpienia obecnych przepisów ustawy o CIT regulujących tę tematykę, tj. art. 15c, art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 oraz ust. 6, 7b, 7g i 7h, zmodyfikowanym art. 15c.

¹¹ Projektowane zmiany dotyczą treści art. 24a ustawy o PIT oraz art. 30f ustawy o CIT.

¹² Propozycja uchylenia art. 24a ust. 17 ustawy o CIT oraz art. 30f ust. 19 ustawy o PIT.

- modyfikację przepisów regulujących funkcjonowanie podatkowych grup kapitałowych (dalej: **PGK**)¹³.

Utworzenie PGK umożliwi konsolidację podatkową kilku odrębnych podmiotów (spółek) dla potrzeb podatku dochodowego od osób prawnych. W pewnym uproszczeniu można wskazać, że w efekcie utworzenia PGK odrębni dotychczas podatnicy traktowani są jak jeden podatnik, tzn. obliczają wspólny dochód podlegający łącznemu opodatkowaniu. Proponowane rozwiązania nakierowane są na ograniczenie możliwości wykorzystywania PGK do działań, które uznane zostały przez Ministerstwo Finansów za nadużycia, np. z wykorzystaniem darowizny pomiędzy spółkami tworzącymi PGK¹⁴;

- wprowadzenie tzw. minimalnego podatku dochodowego w odniesieniu do podatników, posiadających nieruchomości komercyjne o wartości przekraczającej kwotę 10 milionów zł¹⁵.

Proponowane rozwiązanie nie występuje aktualnie w polskim prawie podatkowym. Wskazany minimalny podatek dochodowy – po zapłaceniu – podlegać będzie odliczeniu od podatku dochodowego obliczonego na zasadach ogólnych¹⁶.

Projekt nowelizacji obejmuje również inne propozycje zmian, które – zgodnie z uzasadnieniem – traktowane są jako mające na celu reakcję na dostrzeżone działania w obszarze agresywnej optymalizacji podatkowej¹⁷. W tym w szczególności, wprowadzenia

¹³ Zakładane zmiany dotyczą modyfikacji treści art. 1a, 7a oraz art. 16 ust. 1 pkt 14 ustawy o CIT oraz dodania ust. 3e do art. 9a ustawy o CIT.

¹⁴ Warto odnotować, że w uzasadnieniu do projektu nowelizacji zawarto interesujące dane wskazujące na praktykę wykorzystywania PGK. Zgodnie z tymi informacjami w latach 2010 – 2016 zarejestrowano 160 PGK. Przed upływem 3 lat status PGK utraciło 65 spośród tych grup. W tym samym okresie na wniosek PGK (w tym spółek zależnych) wydanych zostało 765 indywidualnych interpretacji przepisów prawa podatkowego, z czego 116 dotyczyło darowizn dokonywanych pomiędzy spółkami tworzącymi PGK. Analizę schematu osiągania korzyści podatkowych z wykorzystaniem darowizn w ramach PGK przedstawiono w: K. Marchocka, M. Lachowicz, *Koszt uzyskania przychodów u darczyńcy w przypadku darowizny w formie niepieniężnej w ramach podatkowej grupy kapitałowej*, Przegląd Podatkowy 2014, nr 9.

¹⁵ Zagadnienie to uregulowane ma zostać w dodawanych art. 24b i 24c w ramach ustawy o CIT oraz w ustawie o PIT art. 30g.

¹⁶ W przypadku podatników podatku dochodowego od osób prawnych minimalny podatek dochodowy odliczany będzie od podatku obliczonego zgodnie z art. 19 ustawy o CIT. W przypadku podatników podatku dochodowego od osób fizycznych minimalny podatek dochodowy podlegać będzie odliczeniu od podatku obliczonego zgodnie z art. 27 lub 30c ustawy o PIT.

¹⁷ Bazując na treści uzasadnienia do projektu nowelizacji wskazać można na propozycje: , (i) objęcia ograniczeniem zaliczania do kosztów uzyskania przychodów odpisów amortyzacyjnych w podatku dochodowym od osób fizycznych na przypadki otrzymania środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych tytułem

przepisów ograniczających wysokość kosztów uzyskania przychodów związanych z umowami o usługi niematerialne (umowy licencyjne, usługi doradcze, księgowe, badania rynku, usług prawnych oraz niektórych instrumentów pochodnych itp.) oraz związanych z korzystaniem z wartości niematerialnych i prawnych¹⁸.

W projekcie nowelizacji zawarto także zmiany nakierowane na doprecyzowanie obecnych przepisów oraz wprowadzenie uproszczeń w pewnych obszarach. W tym zakresie w projekcie nowelizacji przewidziano:

- podwyższenie do kwoty 10.000 zł limitu wartości środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych umożliwiającego jednorazowe zaliczenie wydatków na nabycie tych środków lub wartości do kosztów uzyskania przychodów;
- wyłączenie stosowania przepisów o cenach transferowych i o obowiązku dokumentowania tych cen w przypadku tych podmiotów, u których jedynym czynnikiem kwalifikującym do uznania je za „podmioty powiązane” jest fakt, że udziały (akcje) w tych podmiotach posiada Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego;
- doprecyzowanie przepisów dotyczących rozliczania kosztów pośrednich;
- doprecyzowanie zasad określania dochodu uzyskanego ze zbycia akcji otrzymanych w wyniku realizacji programów motywacyjnych (zdefiniowanie programów);
- zmiany w ustawie o PIT dotyczące osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej dotyczące zwolnień przedmiotowych (art. 21 ustawy PIT) oraz odliczeń od dochodu (art. 26 ustawy PIT).

W projekcie nowelizacji zawarto również propozycję zmiany przepisu umożliwiającego zaliczenie do kosztów uzyskania przychodów strat z tytułu odpłatnego zbycia wierzytelności uprzednio zaliczonej do przychodów należnych poprzez wyeliminowanie z tej straty kwoty nieodliczonego podatku VAT, który to przepis będzie przedmiotem szerszej analizy w dalszej części raportu.

darmym, (ii) uszczegółowienie regulacji dotyczącej wyłączenia z kosztów uzyskania przychodów kwot stanowiących podział wyniku finansowego, (iii) modyfikację przepisu dotyczącego ustalania przychodu z odpłatnego zbycia rzeczy lub praw majątkowych poprzez m.in. rozciągnięcie go na przypadki przekazania takich rzeczy nieodpłatnie, (iv) modyfikację przepisów określających sposób ustalania przychodów i kosztów uzyskania przychodów przy podziale przez wydzielenie, (v) wprowadzeniu rocznego limitu kwotowego w wysokości 100.000 zł warunkującego możliwość stosowania aktualnie obowiązującej 8,5% stawki ryczałtu od przychodów z najmu (nadwyżka będzie, zgodnie z projektem, opodatkowana nową stawką 12,5%), (vi) wyłączenie przychodów uzyskiwanych w ramach programów motywacyjnych z realizacji pochodnych instrumentów finansowych lub praw wynikających z papierów wartościowych ze źródła kapitały pieniężne i zaliczenie ich do przychodów ze stosunku pracy lub z działalności wykonywanej osobiście.

¹⁸ Zakładane zmiany dotyczą dodania nowego art. 15e do ustawy o CIT

3.2. Uzasadnienie nowelizacji

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu nowelizacji, zawarte w nim zmiany mają zasadniczo na celu uszczelnienie systemu podatku dochodowego od osób prawnych. Zdaniem projektodawcy konieczne jest dążenie do zapewnienia powiązania wysokości podatku płaconego przez duże przedsiębiorstwa, zwłaszcza podmioty międzynarodowe, z faktycznym miejscem uzyskiwania przez nie dochodu.

Projekt nowelizacji i przewidziane w nim rozwiązania mają stanowić kolejny krok w ramach odbudowania dochodów podatkowych, w szczególności dochodów z podatku dochodowego od osób prawnych. Jednocześnie w uzasadnieniu do projektu nowelizacji podkreśla się, że działania w nim przewidziane wpisują się w realizację Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju, która została przyjęta przez Radę Ministrów w lutym 2017 r.

Autorzy projektu nowelizacji w celu uzasadnienia swoich propozycji odwołali się także do konstytucyjnych zasad sprawiedliwości podatkowej i powszechności opodatkowania w zakresie związanym z prowadzeniem działalności gospodarczej. Ich zdaniem projekt nowelizacji i przewidziane w nim rozwiązania zmierzać będą do pełniejszej realizacji tych zasad, które wywodzone są z art. 84 Konstytucji RP.

Zasady te doznają bowiem uszczerbku, zdaniem projektodawców, we wszystkich tych sytuacjach, gdy dochód wynikający ze zdarzeń o ekonomicznie tożsamym skutku zostaje opodatkowany na różnym poziomie lub różnych zasadach, a nie jest to uzasadnione czynnikami obiektywnymi. Różnice te stanowią podstawę do podejmowania przez podatników działań potocznie zwanych „optymalizacją podatkową”, których podstawową cechą jest fakt, iż o wyborze konkretnego sposobu przeprowadzenia danej transakcji czy formy prowadzenia działalności, decydują wyłącznie, bądź w przeważającej mierze, przepisy prawa podatkowego.

Autorzy projektu nowelizacji krytycznie odnoszą się do działań „optymalizacji podatkowej”, które ich zdaniem są niepożądane, gdyż:

- prowadzą do naruszenia reguły, zgodnie z którą przyznawanie określonych preferencji podatkowych, czy też wprowadzanie specjalnych zasad opodatkowania, jest rolą ustawodawcy w ramach realizowanej polityki podatkowej. Preferencje te powinny bowiem wynikać z pewnych wartości np. służyć realizacji zasad konstytucyjnych. Działania optymalizacyjne naruszają tę regułę;
- jak celnie zauważają projektodawcy, działania optymalizacji podatkowej nie są „dostępne” dla każdego. Ekonomiczna „opłacalność” tego typu działań wzrasta bowiem wraz z kwotą dochodów, których ma ona dotyczyć. Wynika to głównie z kosztów doradztwa i wydatków na wdrożenie działań optymalizacji. W efekcie działania optymalizacji podatkowej są dostępne w pierwszej kolejności dla dużych przedsiębiorstw osiągających znaczne dochody i dysponujących środkami niezbędnymi na podjęcie działań optymalizacji podatkowej. Stawia to te podmioty w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych podatników.

W ramach uzasadnienia autorzy projektu nowelizacji wskazują również na międzynarodowy kontekst propozycji zmian. Kierunek zmian przyjęty w projekcie nowelizacji wpisuje się bowiem w działania, jakie podejmowane były w ostatnich latach na forum międzynarodowym, zwłaszcza w ramach Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) w ramach projektu dotyczącego przeciwdziałania erozji podstawy opodatkowania i przenoszenia zysków (BEPS) – projekt BEPS zostanie omówiony w kolejnym rozdziale raportu.

Projekt nowelizacji stanowi również odpowiedź na wymóg implementacji rozwiązań wypracowanych w ramach Unii Europejskiej. Projekt ten stanowi bowiem w istotnym zakresie implementację dyrektywy RADY (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego – dyrektywa ta określana jest akronimem ATAD i zostanie omówiona w kolejnym rozdziale. W tym miejscu warto wskazać, że wszystkie państwa członkowskie UE zobowiązane są na jej podstawie do wprowadzenia do swoich ustawodawstw podatkowych najbardziej powszechnych rozwiązań (instytucji) prawnych przeciwdziałających agresywnej optymalizacji podatkowej. Zasadniczy termin implementacji przepisów tej dyrektywy to 1 stycznia 2019 r.

4. System podatkowy w Polsce – główne założenia oraz rola podatków dochodowych

4.1. Główny podział podatków

Jedno z najstarszych kryteriów podziału podatków pozwala na wyodrębnienie podatków pośrednich i bezpośrednich. Podział ten wynika z charakteru poboru daniny, tj. przy nabyciu danego dobra w przypadku podatków pośrednich i poprzez bezpośrednie odprowadzenie przez podatnika w przypadku podatków dochodowych. Wśród najważniejszych podatków pośrednich wskazać można podatek od towarów i usług (VAT) oraz akcyzę. Na podatki bezpośrednie, stanowiące dochód budżetu państwa, składają się natomiast podatek dochodowy od osób fizycznych (PIT) oraz podatek dochodowy od osób prawnych (CIT).

To, co jest charakterystyczne dla podatków pośrednich, to bez wątpienia prostsza forma ich obliczania oraz poboru w odróżnieniu od podatków dochodowych. Najważniejszą jednak różnicą jest brak inkwizycyjnego charakteru podatków pośrednich oraz opodatkowanie nie samego majątku podatnika, jak w przypadku podatków dochodowych, lecz konsumpcji – co skutkuje przetrzucaniem ekonomicznego ciężaru podatku z podatników na ostatecznych odbiorców dóbr (konsumentów).

4.2. Istota oraz rola podatków dochodowych

System podatku dochodowego opiera się na założeniu opodatkowania samego dochodu. Dochodem jest natomiast przychód pomniejszony o koszty jego uzyskania. W przypadku braku wykazania dochodu podatnik nie ponosi zatem żadnego ciężaru opodatkowania, a gdy w wyniku przewyższenia kosztów nad uzyskanym przychodem wykazuje stratę, ma zasadniczo prawo pomniejszać o tę stratę dochód w ciągu pięciu następujących po sobie lat podatkowych. Konstrukcja podatku dochodowego zakłada zatem opodatkowanie jedynie „wytworzonego” przez podatnika dochodu.

W przypadku podatku dochodowego od osób prawnych istotna z punktu widzenia przedsiębiorców jest bez wątpienia elastyczność tego podatku. Gdy przedsiębiorca generuje zyski, jest obowiązany do zapłaty podatku, jednakże gdy takich zysków brak, nie musi uiszczać daniny publicznej. Konstrukcja podatku dochodowego współgra zatem z ogólnym rozwojem gospodarki poprzez efektywne dopasowywanie ciężaru podatkowego do sytuacji gospodarczej danego podatnika.

Konstrukcja i mechanizmy podatku dochodowego w dużej mierze są pozytywnie postrzegane w sektorze MŚP, gdzie – ze względu na początkową fazę rozwoju i wysokie początkowe koszty – przedsiębiorcy nie są obciążani podatkami w stałej wysokości. Podobnie w przypadku inwestycji w nowe technologie, gdzie wydatki zaliczane do kosztów uzyskania przychodów pozwalają zmniejszać proporcjonalnie dochody do opodatkowania. Taki system opodatkowania, niedoprowadzający do dodatkowego obciążenia finansowego w przypadku braku wykazywania dochodu, wpływa również pozytywnie na płynność finansową sektora MŚP (w tym brak jego zadłużania).

Należy zauważyć, że z Polskiej perspektywy sektor MŚP jest kluczowy dla gospodarki. Jak wskazują dane mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa zatrudniają obecnie ok. 70% pracowników zatrudnionych w sektorze prywatnym oraz generują 2/3 PKB (dane uwzględniając również szeroko rozumiany sektor rolno-spożywczy). Ponadto w sektorze MŚP pracuje ok. 6,3 mln osób.

Znaczenie powyższego sektora jest bardzo wyraźnie dostrzegane przez polski rząd, który zdając sobie sprawę ze stymulacyjnej roli podatków, stara się za ich pomocą wspierać sektor MŚP. Zgodnie z przyjętą przez rząd Strategią Odpowiedzialnego Rozwoju wśród udogodnień dla sektora MŚP zaplanowano m.in.: uproszczenie przepisów podatkowych, zmniejszenie stawki opodatkowania dla mikro i małych przedsiębiorców czy też wprowadzenie wakacji podatkowych dla firm z sektora kreatywnego.

4.3. Problem spadku znaczenia podatków dochodowych

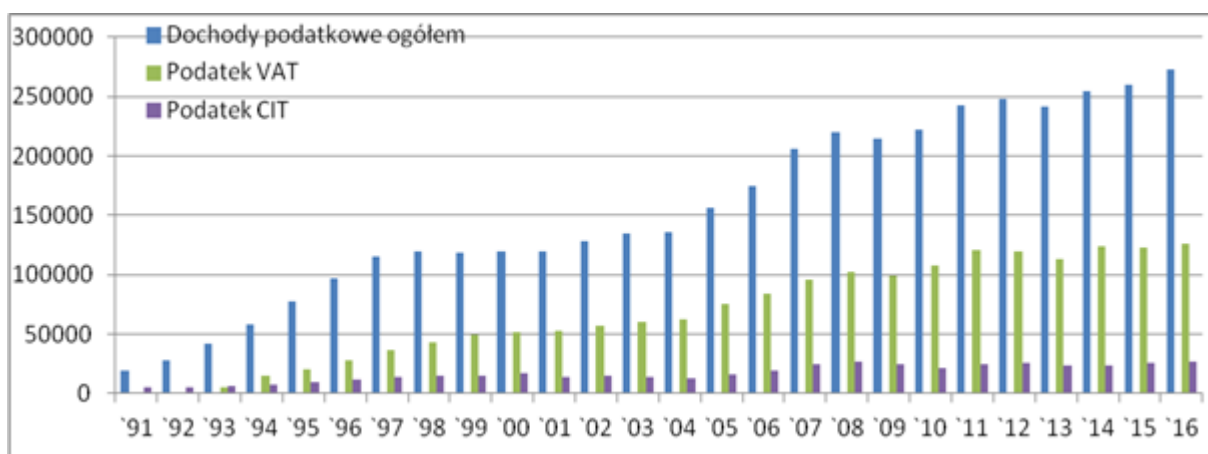
Cechą charakterystyczną podatków dochodowych jest:

- po pierwsze: znaczny stopień ingerencji w prywatność podatników (tzw. inkwizycyjność);

- po drugie: brak przierzalności jego ciężaru, odmiennie niż w przypadku podatków obrotowych. W ramach podatków dochodowych ciężar podatku, również ten ekonomiczny, ponosi bowiem sam podatnik, w zależności od ilości uzyskanego dochodu, a nie konsument.

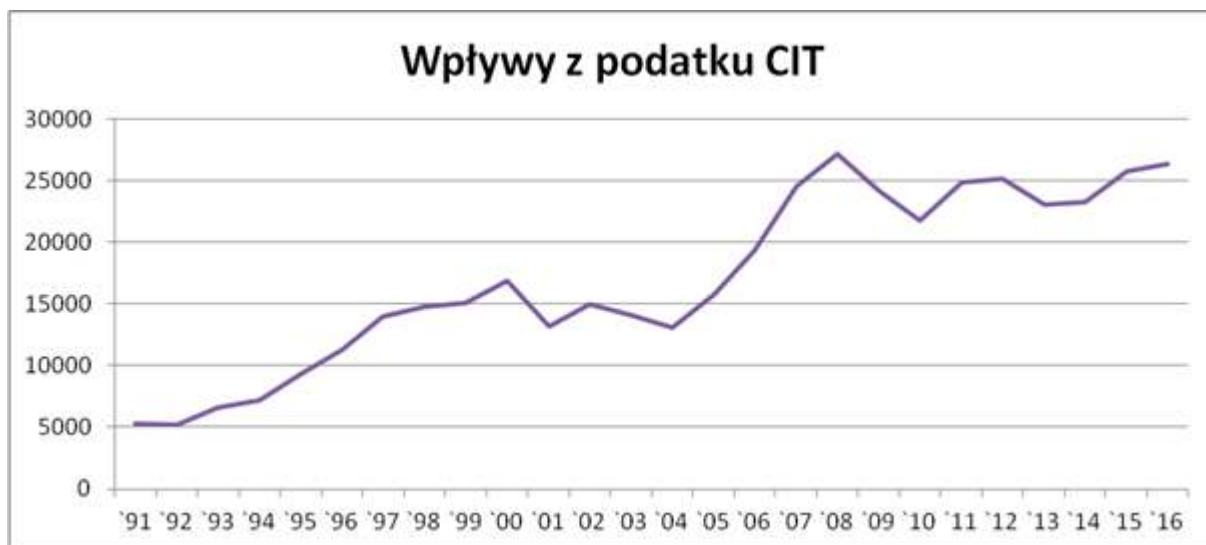
Efektom powyższych czynników jest sytuacja, w której podatki dochodowe są zasadniczo mniej efektywne. Pobór podatku we właściwej wysokości wiąże się bowiem z koniecznością większej „inwigilacji” podatników przez organy podatkowe. Dodatkowo podatnicy są bardziej skłonni do podejmowania różnego rodzaju optymalizacji, gdyż ciężar podatku – w przeciwieństwie do podatków pośrednich – nie może być przerzucony na inne podmioty.

Na przestrzeni ostatnich lat bardzo wyraźnie widać spadek znaczenia wpływów z podatku CIT w ogólnych dochodach podatkowych Skarbu Państwa. Spadek znaczenia tego podatku jest szczególnie zauważalny w kontekście wpływów z podatków pośrednich – szczególnie podatku VAT.



Rysunek 1. Dochody podatkowe w latach 1991-2016. Źródło: dane Ministerstwa Finansów

Efekt malejącego znaczenia podatku CIT wśród podatkowych dochodów budżetowych jest przede wszystkim spowodowany spadkiem wpływów z tego podatku. Co istotne, w kontekście braku recesji w Polsce w ostatnich latach, wpływy z podatku CIT nie tylko nie rosną realnie, ale od kilku lat są również na niższym nominalnym poziomie. Mimo rozwoju gospodarczego wynik z 2008 r. (27.159,7 mln zł) do tej pory nie został przekroczony.



Rysunek 2. Dochody budżetu z podatku CIT w latach 1991-2016. Źródło: dane Ministerstwa Finansów

Przyczyn braku wzrostu wpływów z podatku CIT, pomimo stałego wzrostu PKB w Polsce, należy upatrywać zasadniczo w szeroko występujący procederze unikania opodatkowania oraz stosowania tzw. agresywnej optymalizacji podatkowej. W celu obniżenia ciężarów podatkowych podatnicy stosują coraz to nowsze mechanizmy, których celem może być wykreowanie kosztów, wykazywanie sztucznych strat, czy też transferowaniu zysków do krajów o niższej stopie opodatkowania lub wręcz braku opodatkowania.

Powyższe działania wymagają, co oczywiste, tworzenia określonych sztucznych struktur podatkowych, w dużej mierze o zasięgu międzynarodowym, a więc wymagają początkowo dodatkowych nakładów pieniężnych od podatników. Z tego powodu, na co słusznie zwrócono uwagę w uzasadnieniu do projektu nowelizacji, z działań agresywnego planowania podatkowego korzystają duże przedsiębiorstwa, często o globalnym zasięgu. Problem unikania opodatkowania w podatkach dochodowych w znacznie mniejszym stopniu dotyczy sektora MŚP.

4.4. Walka z nadużyciami podatkowymi

Widoczny od kilku lat w Polsce trend spadku udziału podatków dochodowych w dochodach budżetu państwa, przede wszystkim podatku CIT, nie jest jednak jedynie problemem krajowym. Ten sam trend obecny jest w innych państwach europejskich. Działania przeciwdziałające temu zjawisku zostały już kilkanaście lat temu podjęte na poziomie zarówno Unii Europejskiej, jak i Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD).

Jednym z największych i najważniejszych projektów realizowanych obecnie wśród państw rozwiniętych, mającym przeciwdziałać nadużyciom podatkowym, jest projekt

przeciwdziałania erozji bazy podatkowej i przenoszenia zysku (tzw. BEPS). Jego realizacja podjęta została już kilka lat temu w ramach prac OECD.

4.4.1. Projekt BEPS

BEPS jest projektem odnoszącym się do powszechnie stosowanych przez podatników strategii nadużycia prawa podatkowego poprzez wykorzystywanie luk prawnych oraz niezgodności przepisów pomiędzy państwami, w celu tworzenia sztucznych struktur przenoszenia zysków do miejsc, w których podatnik wykazuje małą aktywność lub w ogóle jej nie wykazuje, jednak charakteryzujących się niskim stopniem opodatkowania dochodu lub kapitału.

Opublikowany 19 lipca 2013 r. raport z prac w ramach projektu BEPS zawiera piętnaście zalecanych do podjęcia przez państwa działań w celu przeciwdziałania nadużyciom podatkowym. Działania te obejmują pewne minimalne standardy, wytyczne oraz najlepsze praktyki w dziedzinie opodatkowania, których wdrożenie zapewnić ma większą skuteczność w poborze podatków. Odnoszą się jednocześnie do kilku najbardziej wrażliwych sfer m.in. gospodarki cyfrowej, hybrydowych struktur wykorzystujących niespójności systemów podatkowych, kontrolowanych podmiotów powiązanych. W ww. raporcie założono również ograniczenie odliczania odsetek i innych opłat za usługi finansowe oraz efektywniejsze wykorzystanie cen transferowych jako instrumentu pozwalającego zwalczać nadużycia podatkowe. Następnie OECD publikowała raporty odnoszące się do poszczególnych działań, w których wskazywano na propozycje zmian, jakie mogą wprowadzać państwa członkowskie tej organizacji.

Widocznym efektem prac w ramach projektu BEPS jest między innymi opracowanie Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, która została podpisana w dniu czerwca 2017 r. OECD szacuje, że dzięki tej wielostronnej konwencji możliwa będzie zmiana około 1.100 umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. W przypadku Polski zakłada się, że zmodyfikowanych zostanie 47 umów, choć Polska zgłosiła do objęcia przepisami tej Konwencją 78 umów.

4.4.2. Dyrektywa ATAD

W celu zharmonizowania pewnych działań zwalczających nadużycia podatkowe w ramach Unii Europejskiej, również unijne organy podjęły się prac, których skutkiem było uchwalenie w 2016 r. dyrektywy ATAD. W przeciwieństwie do zaleceń i rekomendacji wynikających z raportu BEPS opublikowanego 19 lipca 2013 r., dyrektywa ATAD nałożyła na Polskę obowiązek implementacji jej przepisów zasadniczo do końca 31 grudnia 2018 r. Przepisy te zakładają natomiast wprowadzenie do krajowych przepisów państw członkowskich m.in. takie środki, jak:

- ograniczenie zaliczania do kosztów uzyskania przychodów kosztów finansowania zewnętrznego;
- opodatkowanie niezrealizowanych zysków kapitałowych w przypadku przeniesienia aktywów, rezydencji podatkowej lub stałego zakładu;
- wprowadzenie reguł odnośnie opodatkowania dochodu kontrolowanych spółek zagranicznych (CFC);
- wprowadzenie reguł odliczania podatku w przypadku struktur hybrydowych oraz ustalania rezydencji podatkowej.

Należy jednak zauważyć, że z samej istoty aktu unijnego jakim jest dyrektywa, jej przepisy wiążą państwa członkowskie przede wszystkim co do celu jaki ma być zrealizowany.

4.4.3. Obecne uregulowania w Polsce przeciwdziałające nadużyciom podatkowym

Niektóre z regulacji przewidzianych w dyrektywie ATAD obowiązują obecnie w Polsce. Przykładowo przepisy dotyczące opodatkowania dochodu kontrolowanej spółki zagranicznej zostały wprowadzone do ustawy o CIT z dniem 1 stycznia 2015 r. Z dniem 15 lipca 2016 r. do polskich przepisów wprowadzono również generalną klauzulę przeciwko unikaniu opodatkowania (ang. general anti-avoidance rule, GAAR). Na gruncie przepisów ustawy o CIT istnieje również szereg tzw. specyficznych klauzul przeciwko nadużyciu prawa (ang. specific anti-avoidance rules, SAAR), które odnoszą się m.in. do sytuacji opodatkowania dochodu przy połączeniu spółek czy też zwolnienia od podatku dochodowego dochodów (przychodów) z dywidend oraz innych przychodów z tytułu udziału w zyskach osób prawnych.

Wszystkie powyżej wskazane instrumenty mają na celu przeciwdziałanie nadużyciom podatkowym. Przeciwdziałanie może mieć charakter ogólny (jak w przypadku GAAR), albo bardziej sprecyzowany, tj. w odniesieniu do konkretnej sytuacji (jak w przypadku SAAR). W przypadku obowiązujących w Polsce regulacji CFC ich zastosowanie dotyczy natomiast podatników posiadających określone kategorie spółek powiązanych (zagranicznych spółek kontrolowanych).

Powyższe instrumenty w różnoraki sposób mają za zadanie przeciwdziałać nadużyciom podatkowym, jednakże ich skuteczność w dużej mierze zależy od prawidłowego zastosowania. W większości przypadków instrumenty te mogą być wykorzystywane komplementarnie, co zwiększa skuteczność przeciwdziałania unikaniu opodatkowania, jednakże znane są w doktrynie prawa również podglądy, zgodnie z którymi zakres zastosowania SAAR wykluczać może zastosowanie do konkretnej sytuacji generalnej klauzuli przeciwko unikaniu.

4.5. Wymogi stawiane prawu podatkowemu w kontekście przeciwdziałania nadużyciom podatkowym

Istnieje wiele wymogów, jakie stawia się obecnie tworzonemu prawu podatkowemu. Na szczególną uwagę zasługuje jednak zasada pewności prawa, rozumiana jako stabilność prawa. Tym samym każdorazowe wprowadzenie nowych przepisów, jak i zmiana obowiązujących, powinno być szczegółowo uzasadnione przez ustawodawcę.

Zmiany w prawie podatkowym mogą być uwarunkowane różnymi przyczynami, począwszy od celu fiskalnego, a skończywszy na uproszczeniu systemu podatkowego. Ich wprowadzenie każdorazowo należy jednak oceniać z punktu widzenia zasady pewności opodatkowania, dogodności i taniaści poboru podatku czy sprawiedliwości podatkowej. Ze względu na inwazyjny charakter podatku dochodowego niejednokrotnie tą najważniejszą zasadą, z punktu widzenia której ocenia się zmiany przepisów prawa podatkowego, jest zasada proporcjonalności. Zasada ta, co istotne, ma swoje umocowanie w samej konstytucji RP, jak również wynika z przepisów unijnych oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE.

4.5.1. Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE

Zauważyć należy, że podatki dochodowe nie stanowią podatków zharmonizowanych w Unii Europejskiej, i tym samym państwa członkowskie mają zasadniczo swobodę tworzenia własnych przepisów w tym zakresie. Nie zmienia to jednak faktu, że nawet tworząc prawo leżące w autonomii państw członkowskich, państwa te muszą dbać o zachowanie podstawowych zasad wynikających z prawa unijnego. Z tego tytułu Trybunału Sprawiedliwości UE (TS UE) wielokrotnie odnosił się do zasady proporcjonalności w kontekście podatków dochodowych. Dla oceny zgodności z zasadą proporcjonalności propozycji zawartych w projekcie nowelizacji ważne mogą okazać się również wnioski płynące z orzeczeń zapadłych w sprawach dotyczących podatku VAT.

Zasada proporcjonalności była podstawą rozstrzygnięcia przez TS UE m.in. sprawy Marks & Spencer (C-446/03) odnoszącej się do rozliczania strat w ramach spółek z tzw. podatkowej grupy kapitałowej. Na gruncie brytyjskich przepisów dotyczących podatku dochodowego możliwość rozliczania strat w ramach spółek z tzw. podatkowej grupy dotyczyła zasadniczo jedynie spółek mających siedzibę na terytorium Wielkiej Brytanii. Taka okoliczność, w ocenie rządu Zjednoczonego Królestwa, uzasadniona była ograniczeniem możliwości rozliczania strat pomiędzy spółkami powiązаныmi w ramach grupy, w taki sposób, aby straty te były przekazywane do spółek z tych państw, w których stawka podatku jest najwyższa (tzw. „trafficking in losses”). Przepisy te miały zatem chronić Wielką Brytanię przed nieuprawnionym uchylaniem się od opodatkowania.

Trybunał Sprawiedliwości UE przyjął, iż generalne wyłączenie możliwości odliczania przez spółkę dominującą, będącą rezydentem Wielkiej Brytanii, od jej dochodu podlegającego

opodatkowaniu strat poniesionych w innym państwie członkowskim UE przez spółki z grupy nie jest działaniem niezgodnym z prawem UE. Niemniej jednak TS UE uznał jednocześnie, iż działaniem nieproporcjonalnym do zamierzonych celów byłoby uniemożliwienie spółce zależnej niebędącej brytyjskim rezydentem, po wyczerpaniu możliwości uwzględnienia strat w swoim państwie, rozliczenia straty w innym państwie UE, m.in. rezydencji spółki dominującej. Istnieją bowiem przyczyny dla których rozliczenie straty w innym państwie nie miałyby charakteru unikania opodatkowania, lecz wynikałyby z naturalnych przyczyn prowadzenia działalności gospodarczej.

Zasada proporcjonalności stanowiła przedmiot analizy TS UE również na gruncie wyroku w sprawie Cadbury & Schweppes (C-196/04). W wyroku tym TS UE odniósł się do tzw. testu proporcjonalności wskazując, że określone ograniczenia w prawie unijnym są dopuszczalne wówczas, gdy:

- 1) jest to uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego;
- 2) jest właściwe dla zagwarantowania realizacji danego celu;
- 3) nie wykracza poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia celu.

Oceniając brytyjskie przepisy dotyczące opodatkowania spółek zależnych pod kątem zgodności z prawem unijnym, TS UE stwierdził, że spółki te sprzeciwiają się, aby w podstawie opodatkowania spółki będącej rezydentem brytyjskim, uwzględniać dochód osiągany przez kontrolowaną spółkę zagraniczną w innym państwie członkowskim, nawet jeżeli podlega on w tym innym państwie niższemu opodatkowaniu. Przeciwnie stanowisko w ocenie TS UE byłoby możliwe jedynie w sytuacji, gdyby udowodniono, że taka struktura grupy jest sztuczna i została utworzona celem unikania należnego podatku krajowego. Ponieważ jednak nie każda struktura, w ramach której spółki zależne ulokowane są w państwach o obniżonej stopie opodatkowania, jest strukturą sztuczną, środkiem nieproporcjonalnym byłoby stosowanie przepisów będących przedmiotem analizy TS UE.

Trybunał Sprawiedliwości podkreślił dodatkowo, że koniecznym wymogiem jest dokonanie oceny czy spółka kontrolowana rzeczywiście ma siedzibę w przyjmującym państwie członkowskim i faktycznie wykonuje tam działalność gospodarczą. Przy czym ocena ta powinna być dokonana na podstawie elementów obiektywnych i możliwych do sprawdzenia przez osoby trzecie.

Trybunał Sprawiedliwości UE odnosił się również do zasady proporcjonalności w kontekście podatku VAT, podnosząc, iż stosowane przez państwa członkowskie środki nie powinny w żadnym wypadku wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia ich celu.

W wyroku w połączonych sprawach Garage Molenheide BVBA (C-286/94), Peter Schepens (C-340/95), Bureau Rik Decan-Business Research & Development NV (BRD) (C-401/95) i Sanders (C-47/96) TS UE wytyczył granice dopuszczalności zastosowania środków krajowych mających na celu ochronę interesów budżetu państwa. Wskazał, że chociaż państwa członkowskie mogą dążyć do ochrony interesów budżetu tak efektywnie, jak to tylko możliwe, to nie mogą jednak wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia takiego celu. W tym

zakresie, TS UE, odnosząc się do prewencyjnego zajęcia zwrotu podatku VAT na zabezpieczenie, stwierdził, że może budzić wątpliwości czy faktycznie niemożliwym jest jego zastąpienie innym instrumentem zapewnienia poboru należnych budżetowi kwot. Konkludując TS UE uznał, że niewzruszalne domniemanie „konieczności i pilności” zastosowania zabezpieczenia wykracza poza to, co jest niezbędne dla zapewnienia skutecznego odzyskiwania kwot należnych podatków i przeczy tym samym zasadzie proporcjonalności.

4.5.2. Zasada proporcjonalności w krajowym orzecznictwie

Do zasady proporcjonalności odnosił się niejednokrotnie również polski trybunał oraz sądy administracyjne. Przy rozstrzyganiu wątpliwości co do konstytucyjności przepisów, w tym prawa podatkowego, Trybunał Konstytucyjny również stosował tzw. test proporcjonalności oparty, podobnie jak w przypadku TS UE, na:

1. przydatności normy – czy norma prawna jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków;
2. konieczność podjęcia działania – czy norma prawna jest niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana;
3. tzw. proporcjonalność sensu stricte – czy efekty istnienia danej normy pozostają w proporcji do nałożonych ciężarów i ograniczeń.

W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie wskazywał, że jeżeli dany cel jest możliwy do osiągnięcia innymi środkami, nakładającymi mniejsze ograniczenia, to zastosowanie przez ustawodawcę środka bardziej uciążliwego wykracza poza to, co jest konieczne.

Trybunał Konstytucyjny podnosił również, że zasada proporcjonalności wiąże ustawodawcę nie tylko wtedy, gdy ustanawia on ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności lub praw, ale i wtedy, gdy nakłada obowiązki na obywateli lub na inne podmioty znajdujące się pod jego władzą. Jednocześnie zastrzegał, iż dostrzega wagę działań mających na celu zapewnienie przestrzegania prawa podatkowego i należytego wykonywania przez podatników ich obowiązków fiskalnych wobec państwa. Oczywiście jest jednak, że w państwie prawnym działania te muszą odpowiadać pewnym standardom, a przede wszystkim uwzględniać założenia ochrony praw i uzasadnione interesy podatników.

Wypracowaną na gruncie unijnym zasadę proporcjonalności zaaprobował również Naczelny Sąd Administracyjny, który w swoim orzecznictwie niejednokrotnie odnosił się do zasady proporcjonalności zaprezentowanej m.in. na gruncie ww. wyroków w sprawie Marks & Spencer (C-446/03) czy też wyroku Cadbury & Schweppes (C-196/04).

4.6. Podsumowanie

Z zasady proporcjonalności wynika, iż przed prawodawcą stawia się każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby ingerencji w danym stanie faktycznym w zakres danego prawa przy jednoczesnym zapewnieniu stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne. Przez skuteczność rozumie się jednak środki niezbędne, które będą jednocześnie najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawa lub wolności podlegają ograniczeniu.

Podstawowym zatem celem badania przepisów prawa podatkowego ingerujących w prawa i obowiązki określonych podmiotów pozostaje, czy dana regulacja jest właściwa dla osiągnięcia zamierzonych celów, czy jest niezbędna dla ochrony i realizacji interesu publicznego, z którym jest związana, oraz czy jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do zakresu obowiązków nakładanych na dane podmioty.

Z rozważań powyższych wynika również istotna rola dobrego uzasadnienia wprowadzanych zmian. Projektodawcy zamierzający wprowadzić nowe rozwiązanie powinni wykazać w uzasadnieniu, że sugerowane rozwiązania są niezbędne do rozwiązania konkretnego problemu.

5. Uwagi do propozycji zmian mogących mieć wpływ na rynek obrotu wierzytelnościami

5.1. Rynek obrót wierzytelnościami

Rozwój rynku wierzytelności uwarunkowany był w Polsce zmianami systemowymi oraz przemianami gospodarczymi na początku lat 90, tj. zmianą gospodarki z centralnie planowanej na wolnorynkową. W początkowej fazie obrót wierzytelnościami nie był rozpowszechniony, a jego komercjalizacja następowała z czasem. Od połowy lat 90 zaczęło dzięki temu powstawać wiele profesjonalnych podmiotów zajmujących się obsługą wierzytelności.

Wraz z rozwojem gospodarczym na polski rynek wkraczały coraz to nowsze firmy oferujące różnego rodzaju usługi o powszechnym charakterze, jak usługi telefoniczne, telewizyjne czy internetowe. Odbiorcami tych usług były w głównej mierze gospodarstwa domowe. Otwarcie na wolny rynek przyczyniło się do wzrostu zadłużania gospodarstw domowych, dlatego od początku XXI w. coraz więcej na rynku zaczęło pojawiać się wierzytelności o stosunkowo dużym wolumenie i niskiej wartości. To przyczyniło się natomiast do wyodrębniania i rozwoju segmentu wierzytelności konsumenckich.

Kolejnym ważnym impulsem dla rozwoju rynku wierzytelności było orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego potwierdzające brak konieczności uzyskania zgody dłużnika na przekazanie danych osobowych w przypadku cesji wierzytelności.

Z najnowszych danych przedstawionych przez Konferencję Przedsiębiorstw Finansowych wynika, że u schyłku marca 2017 r. nominalna wartość wierzytelności obsługiwanych przez jedynie 14 podmiotów z grona członków Konferencję Przedsiębiorstw Finansowych osiągnęła

poziom 100,5 mld zł. Oznacza to ok. 3% wzrost względem ostatniego kwartału minionego roku i ok. 15% wzrost rok do roku.

Dynamiczny rozwój rynku obrotu wierzytelnościami oraz jego szacowana wartość nominalna wskazują, że rynek ten ma duże znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania całej gospodarki. W związku z tym wszelkiego typu zmiany w otoczeniu prawnym, w tym zmiany w prawie podatkowym, które mogłyby negatywnie wpłynąć na rynek obrotu wierzytelnościami, powinny być przedmiotem odpowiednich badań. W dalszej części rozdziału analizie poddane zostaną stosowne przepisy zawarte w tym zakresie w projekcie nowelizacji.

5.2. Przepisy dotyczące obrotu wierzytelnościami obowiązujące obecnie

Nim przedstawione zostaną proponowane zmiany do ustawy o CIT dotyczące podatkowych konsekwencji związanych z obrotem wierzytelnościami oraz ocena tych propozycji, warto wskazać na obecnie obowiązujące regulacje w tym zakresie – tj. art. 16 ust. 1 pkt 25, 26, 39 i 44 ustawy o CIT. W artykule 16 ust. 1 ustawy o CIT wskazano na katalog wydatków, które nie mogą być zaliczone przez podatnika do kosztów uzyskania przychodów. Paradoksalnie jednak, w pewnych sytuacjach, przepisy te odczytywane zgodnie z zasadą *a contrario* wskazują w istocie na możliwość odliczenia określonych kategorii wydatków. Taka metoda regulacji występuje opisanych poniżej sytuacjach.

Na podstawie art. 16 ust. 1 pkt 25 i 26 ustawy o CIT do kosztów uzyskania przychodów, co do zasady, nie mogą być zaliczane wierzytelności odpisane jako nieściągalne (art. 16 ust. 1 pkt 25 ustawy o CIT) oraz rezerwy tworzone na pokrycie wierzytelności, których nieściągalność została uprawdopodobniona (art. 16 ust. 1 pkt 26 ustawy o CIT). W przepisach tych wskazano jednak na pewne wyjątki od reguły niezaliczania tych pozycji do kosztów podatkowych. Wyjątki te wskazują więc te sytuacje, w których nieściągalne wierzytelności lub rezerwy tworzone na pokrycie takich wierzytelności będą mogły zostać odliczone przez podatnika.

Na podstawie tych regulacji, w sytuacji podmiotów innych niż banki, SKOKi oraz inne podmioty uprawnione do udzielania kredytów i pożyczek, do kosztów uzyskania przychodów zaliczane są wierzytelności odpisane jako nieściągalne, które wcześniej były wykazane przez tego podatnika jako przychód podatkowy (art. 16 ust. 1 pkt 25 lit. a ustawy o CIT).

Podobna logika zastosowana jest w przepisie art. 16 ust. 1 pkt 39 ustawy o CIT. Zgodnie z nim nie zalicza się do kosztów podatkowych strat z tytułu odpłatnego zbycia wierzytelności (np. strat na sprzedaży wierzytelności), chyba że wierzytelność ta uprzednio była rozpoznana jako przychód podatkowy.

Przesłanką uprzedniego rozpoznania przez podatnika przychodu z wierzytelności w celu zaliczenia jej do kosztów podatkowych posłużono się również w art. 16 ust. 1 pkt 44 ustawy o CIT. Przepis ten odczytywany *a contrario* wskazuje, że wierzytelności, które wcześniej zostały rozpoznane jako przychód należny, stanowić będą koszt podatkowy w przypadku ich umorzenia.

W pewnym uproszczeniu można więc stwierdzić, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy o CIT, w przypadku podatników (innych niż banki, SKOKi i inne podmioty uprawnione do udzielania kredytów i pożyczek) możliwe jest zaliczenie do kosztów uzyskania przychodów odpowiednio nieściągalnych, zbywanych lub umarzanych wierzytelności, jeśli były one wcześniej rozpoznane jako przychód podatkowy. Tak ukształtowane przepisy dotyczące zaliczania do kosztów podatkowych wierzytelności, które wcześniej były wykazane w przychodach podatkowych, cechują się pewną logiką – skoro podatek wykazał przychód dla potrzeb podatkowych, ale faktycznie z różnych powodów nie otrzymał zapłaty od kontrahenta i decyduje się następnie na zbycie tych wierzytelności lub ich umorzenie, albo właściwie udokumentował ich nieściągalność, może on rozpoznać tę wierzytelność w kosztach podatkowych. Abstrahując one jednak od przepisów rachunkowych, które nieściągalne wierzytelności nakazują zaliczyć do kosztów (poprzez rezerwy lub odpisy) oraz nakazują obniżyć wynik o wysokość straty poniesionej na sprzedaży wierzytelności, niezależnie od jej ujęcia dla celów podatkowych.

5.3. Proponowane zmiany wraz z uwagami

Propozycje zmian dotyczące wierzytelności, jakie znalazły się w projekcie nowelizacji, można generalnie podzielić na dwie zasadnicze grupy. Pierwsza grupa zmian obejmuje propozycje dodania nowych przepisów – tj. art. 15e do ustawy o CIT – w zakresie kosztów związanych z przeniesieniem ryzyka niewypłacalności dłużnika oraz art. 7b do tej ustawy – w zakresie zaliczenia do przychodów kapitałowych przychodów ze zbycia wierzytelności nabytych.

Druga grupa obejmuje uszczegółowienie istniejących obecnie w ustawie o CIT przepisów (tj. art. 16 ust. 1 pkt 25, 26, 39 i 44 ustawy o CIT). Dla rynku obrotu wierzytelnościami najistotniejsze (mogące mieć potencjalnie negatywny wpływ) są zmiany dotyczące nowego art. 15e oraz zmiany w art. 16 ust. 1 pkt 25 lit. b dlatego też zostaną dokładniej omówione. Pozostałe zmiany zostaną omówione w punkcie „Pozostałe zmiany” na końcu niniejszego punktu.

5.3.1. Propozycja dodania art. 15e pkt 3 do ustawy o CIT

Zgodnie z proponowanym brzmieniem nowego art. 15e, podatnicy obowiązani będą wyłączyć z kosztów podatkowych wydatki ponoszone bezpośrednio lub pośrednio na rzecz podmiotów powiązanych (a także podmiotów położonych z państw stosujących szkodliwą konkurencję podatkową) z tytułu (pkt 1) niektórych tzw. usług niematerialnych (tj. doradczych, badania rynku, reklamowych, zarządzania i kontroli, przetwarzania danych, ubezpieczeń, gwarancji i poręczeń oraz świadczeń o podobnym charakterze), a także (pkt 2) opłat licencyjnych za korzystanie z wartości niematerialnych i prawnych oraz (pkt 3) opłat z tytułu przeniesienia ryzyka niewypłacalności dłużnika wierzytelności z tytułu pożyczek, innych niż

udzielonych przez banki i SKOKi, w tym w ramach umów pochodnych instrumentów finansowych oraz świadczeń o podobnym charakterze.

Przy tym, wydatki z tytułu wymienionych wyżej usług będą podlegać wyłączeniu w części, w jakiej łącznie przekraczają 5% kwoty odpowiadającej nadwyżce przychodu podatkowego pomniejszonego o przychody z tytułu odsetek nad kosztami uzyskania tego przychodu pomniejszonymi o odpisy amortyzacyjne (tzw. „podatkowa EBITDA”).

Z punktu widzenia rynku obrotu wierzytelnościami najistotniejszym jest ograniczenie przewidziane w pkt 3 projektowanego przepisu dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego. Należy zauważyć, że z jego zakresu wyłączone zostały wierzytelności z tytułu pożyczek udzielonych przez banki, banki hipoteczne i SKOKi.

W uzasadnieniu do projektu nowelizacji w odniesieniu do propozycji dodania przedmiotowego artykułu do treści ustawy o CIT odniesiono się wyłącznie do propozycji ograniczenia zastosowanego wobec usług niematerialnych i opłat licencyjnych, o których mowa w pkt 1 i 2 dodawanego artykułu. Wskazano w nim, że brak powiązania wartości niematerialnych i prawnych z realnie istniejącą substancją, a także zindywidualizowany charakter powoduje, iż są one idealnym narzędziem do sztucznego, nieuzasadnionego ekonomicznie, generowania kosztów uzyskania przychodów. Podkreślono również, że do tego samego celu wykorzystywane są również określonego rodzaju usługi niematerialne, które charakteryzują się brakiem faktycznej możliwości powiązania ich ceny z „produktem”, który w zamian za tę cenę jest otrzymywany. Wskazano, że usługi takie są często świadczone przez podmioty zagraniczne na rzecz ich polskich spółek-córek, co prowadzi do zaniżenia podstawy opodatkowania w Polsce i jej zwiększenia w państwie siedziby zagranicznego podmiotu kontrolującego.

W uzasadnieniu nie odniesiono się jednak do propozycji objęcia przedmiotowym ograniczeniem również umów przenoszących ryzyko kredytowe, o których mowa w pkt 3. Z tego powodu nie sposób obiektywnie ocenić propozycji dodania art. 15e w zakresie dodawanego pkt 3. W szczególności brakuje jakiegokolwiek wyjaśnienia dla objęcia umów przeniesienia ryzyka kredytowego limitem i to limitem łącznym z usługami niematerialnymi, o innym zupełnie charakterze. Brak również wyjaśnienia dla wyłączenia z zakresu punktu 3 (ale już nie z pkt 1 i 2) banków i SKOKów.

W obliczu braku jednoznacznego wskazania przez projektodawcę, jakie nieprawidłowości zwalczać ma zaproponowany przepis oraz jaka jest skala tych nieprawidłowości nie sposób jednoznacznie ocenić, czy postulowana zmiana jest celowa oraz proporcjonalna do ewentualnie istniejących nieprawidłowości.

Można się jedynie domyślać, że przyczyną wprowadzenia tego ograniczenia także wobec umów przenoszących ryzyko kredytowe są działania (np. transakcje zawierane na nierynkowych warunkach), jakie podatnicy podejmują w ramach grup kapitałowych mające na celu faktyczne wyprowadzenie zysku do zagranicznych spółek kontrolujących. W tym kontekście, należy ocenić generalnie pozytywnie objęcie tego typu transakcji limitem.

Jednakże, mając na uwadze, że rolą tego przepisu jest ochrona interesu Skarbu Państwa przed przerzucaniem dochodu do innych państw, zupełnie nieuzasadnione wydaje się wyłącznie z zakresu działania tego przepisu umów przenoszących ryzyko kredytowe wobec pożyczek udzielonych przez banki i SKOKi. Zwłaszcza w przypadku banków, ze względu na uzależnienie większości z nich od zagranicznego kapitału, wydaje się uzasadnioną obawą, że umowy tego typu mogą być wykorzystywane do przerzucania przez banki dochodów do zagranicznych podmiotów kontrolujących. Zagrożenie to jest o tyle uzasadnione, że ograniczenia, o których mowa w pkt 1 i 2 (dot. usług niematerialnych i opłat licencyjnych) obowiązywać będą również banki i SKOKi. Wyłączenie ich z zakresu zastosowania pkt 3 powoduje zagrożenie, że te z podmiotów, które do tej pory wykorzystywały usługi niematerialne i opłaty licencyjne do przerzucania dochodów za granicę, teraz będą wykorzystywać umowy przenoszące ryzyko kredytowe do tego samego celu.

Jednocześnie, można się jedynie domyślać (ponieważ uzasadnienie projektu milczy na ten temat), że wyłączenie banków i SKOKów, w tym zakresie może być częściowo uzasadnione koniecznością zawierania przez te podmioty umów przenoszenia ryzyka kredytowego w związku z wymogami stawianymi przez polityki zarządzania ryzykiem. Należy jednak zauważyć, że ograniczenie, o którym mowa w art. 15e dotyczy tylko umów zawartych z podmiotami powiązаныmi, nie ogranicza zatem zawierania tego typu umów z podmiotami niezależnymi. Można również domniemywać, że aktualnie ponoszone wydatki z tytułu usług niematerialnych i opłat licencyjnych w przypadku wielu banków wyczerpią w całości limit 5% EBITDA, co spowoduje efektywnie brak możliwości zawierania dodatkowo umów przenoszących ryzyko kredytowe, objętych tym samym limitem. Wydaje się jednak, że zamiast całkowitego wyłączenia banków i SKOKów spod działania limitu w zakresie takich umów, bardziej zasadnym jest wprowadzenie dwóch oddzielnych limitów, tj. limitu 5% EBITDA na usługi niematerialne i opłaty licencyjne i niezależnego limitu 5% na usługi przeniesienia ryzyka niewypłacalności dłużnika – ale objęcie oboma limitami także banków i SKOK.

5.3.2. Propozycja zmiany art. 16 ust. 1 pkt 25 lit. b

Zmiana brzmienia art. 16 ust. 1 pkt 25 lit. b polega z jednej strony na dodaniu sformułowania „odpisów na straty kredytowe” do kategorii odpisów rachunkowych wyłączonych spod generalnego zakazu odliczania odpisanych wierzytelności. Zmiana ta uzasadniona jest zastąpieniem od 1 stycznia 2018 r. Międzynarodowego Standardu Rachunkowości nr 39 *Instrumenty Finansowe* przez Międzynarodowy Standard Sprawozdawczości Finansowej nr 9, *Instrumenty Finansowe*. Powoduje to konieczność dostosowania zapisów ustawy o CIT do tej zmiany, tak aby banki stosujące MSSF i rozpoznające na jej podstawie odpisy na oczekiwane straty kredytowe z tytułu składnika aktywów finansowych (odpisy na straty kredytowe) miały możliwość ich zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów po 1 stycznia 2018 r. W tym zakresie proponowane nowe brzmienie przepisu nie budzi wątpliwości.

Jednakże w projektowanym przepisie zastrzeżono, iż rozpoznanie w kosztach podatkowych odpisów na nieściągalne wierzytelności może dotyczyć jedynie tych kredytów (pożyczek), które zostały udzielone przez jednostkę organizacyjną, której działalność podlega nadzorowi państwowego organu nadzoru nad rynkiem finansowym. Zastrzeżenia takiego nie zawiera przepis art. 16 ust. 1 pkt 25 lit. b w obecnym brzmieniu. Przy tym, w uzasadnieniu projektu próżno szukać jakiegokolwiek uzasadnienia dla tej zmiany, która ma przecież charakter merytoryczny. W aktualnym brzmieniu tego przepisu ukosztowanie odpisów na nieściągalne wierzytelności ograniczone jest wyłącznie do podmiotów uprawnionych, na podstawie odrębnych ustaw regulujących zasady ich funkcjonowania, do udzielania kredytów/pożyczek. Zakres tych podmiotów jest szerszy niż tylko banki i SKOKi¹⁹.

Wprowadzenie tego dodatkowego ograniczenia, może mieć pośredni, negatywny wpływ na rynek obrotu wierzytelnościami poprzez ograniczenie bazy podażowej wierzytelności. Jak się więc wydaje, zmiana taka powinna być mocno uzasadniona aksjologicznie. Tymczasem trudno uchwytne jest związek pomiędzy podleganiem lub niepodleganiem nadzorowi finansowemu a prawnopodatkowym traktowaniem wierzytelności z tytułu kredytów i pożyczek. Nadzór finansowy ma ściśle określony cel, którym jest „zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także zapewnienie ochrony interesów uczestników tego rynku również poprzez rzetelną informację dotyczącą funkcjonowania rynku”²⁰. Nadzór finansowy co do zasady nie ma przełożenia na prawnopodatkową sytuację podmiotu. Wydaje się zatem, co wzmacnia fakt braku odniesienia się autora projektu do tej zmiany w uzasadnieniu, że zmiana ta ma charakter dość przypadkowy i została dokonana bez uzasadnienia merytorycznego.

Wydaje się więc zasadnym, aby zmiana w art. 16 ust. 1 pkt 25 lit. b ustawy o CIT ograniczona została wyłącznie do zmiany przedmiotowej, tj. dodania kategorii „odpisów na straty kredytowe”, bez dokonywania zmian w stronie podmiotowej przepisu.

5.3.3. Pozostałe zmiany

W ramach pozostałych zmian odnajdziemy propozycje nowelizacji treści art. 16 ust. 1 pkt 39 i 44 ustawy o CIT w celu wyraźnego wskazania, że w sytuacjach opisanych w tych przepisach podatnikom przysługiwać będzie prawo do zaliczenia do kosztów podatkowych jedynie wartości netto danej wierzytelności (tj. bez podatku VAT).

W uzasadnieniu do projektu nowelizacji wskazano w tym zakresie, że konieczność doprecyzowania przepisów wynika z uchwały przyjętej przez NSA z dnia 11 czerwca 2012 r., sygn. akt I FPS 3/11. Rozstrzygnięcie zawarte w tej uchwale jest odmienne od dotychczas

¹⁹ por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 marca 2014 r., sygn. II FSK 670/12

²⁰ Art. 2 Ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 196)

prezentowanego stanowiska organów podatkowych, iż przy obliczaniu straty ze zbycia wierzytelności bierze się pod uwagę kwotę wierzytelności bez podatku od towarów i usług, czyli tę jej część, która wcześniej była przychodem należnym.

Zmiany obecnie obowiązujących przepisów można postrzegać zatem jako legislacyjną próbę odwrócenia niekorzystnego stanowiska sądów administracyjnych. W praktyce, w przypadku uchwalenia tych zmian, w sytuacji zaliczania do kosztów podatkowych odpowiednio wierzytelności nieściągalnych, zbywanych lub umorzonych, ich odliczane kwoty będą niższe.

Projekt nowelizacji zakłada również, że przychody ze zbycia wierzytelności nabytych przez podatnika (a także wierzytelności z tytułu przychodów zaliczanych do zysków kapitałowych) zaliczane będą do wyodrębnionego źródła przychodów – przychody z zysków kapitałowych (proponowana treść art. 7b pkt 5 ustawy o CIT). Zgodnie z planami wynik realizowany w ramach tego wyodrębnionego źródła przychodów (tj. dochód lub strata) podlegać ma oddzielnemu opodatkowaniu, a nie zsumowaniu z wynikiem osiągniętym przez podatnika w ramach innych źródeł przychodów (proponowana treść art. 7 ust. 3 pkt 2a ustawy o CIT). Ta zmiana związana jest z propozycją wyodrębnienia źródła z przychodów kapitałowych w ramach podatku dochodowego od osób prawnych.