
Niedostateczna kapitalizacja w podatku dochodowym od osób prawnych – stan obecny i perspektywy zmian

Joanna Szlęzak-Matusewicz

Wprowadzenie

Jedną z metod finansowania zewnętrznego spółki kapitałowej jest pożyczka (kredyt) od udziałowca. Jest to zasadniczo atrakcyjna forma finansowania przede wszystkim z uwagi na korzyści podatkowe polegające na możliwości zaliczenia odsetek do kosztów uzyskania przychodów, przez co zmniejszeniu ulega podstawa opodatkowania i tym samym podatek. Odmienne skutki podatkowe występują w przypadku finansowania definitywnego, jakim są środki własne spółki, które mogą pochodzić ze środków wspólników lub ze środków własnych spółki. Formą wynagrodzenia udziałowca za wniesiony do spółki kapitał jest dywidenda. Jednak w odróżnieniu do odsetek nie może być ona rozliczona w kosztach uzyskania przychodów. Co więcej, dywidenda jest opodatkowana dwa razy – raz jako dochód na poziomie spółki, drugi raz – jako dywidenda na poziomie wspólnika. W przypadku odsetek podwójne ekonomiczne opodatkowanie nie wstępuje, ponieważ te opodatkowane są tylko na poziomie udziałowca.

Niedostateczna kapitalizacja (*thin capitalization*) ma więc źródło w korzystniejszym traktowaniu odsetek niż dywidend na gruncie podatku dochodowego. Niedostateczna kapitalizacja ma miejsce wtedy, gdy spółka finansowana jest przede wszystkim poprzez pożyczki (kredyty) zaciągnięte u udziałowców i są one znacznie wyższe w porównaniu z wniesionymi przez nich kapitałami. W tym przypadku wniesione przez udziałowców pożyczki (kredyty) są w istocie

ukrytymi wkładami do kapitału, a ich celem jest zastąpienie kapitału zakładowego spółki pożyczkami/kredytami wyłącznie dla osiągnięcia wymiernych korzyści podatkowych¹.

Z punktu widzenia budżetu państwa finansowanie zwrotne, szczególnie gdy dług znacznie przewyższa kapitały pożyczkobiorcy, jest sytuacją niekorzystną, ponieważ przekłada się bezpośrednio na obniżenie dochodów budżetowych. Dlatego większość państw, w tym także Polska, powołując się zazwyczaj na zasadę sprawiedliwości podatkowej, zwalcza niedostateczną kapitalizację przy wykorzystaniu przepisów podatkowych. Przepisy te przyjmują różną postać w poszczególnych państwach. Bez względu na przyjęty model ich zastosowanie sprowadza się do eliminacji części odsetek z kosztów uzyskania przychodów, czego skutkiem jest wyższa podstawa opodatkowania i podatek.

Celem niniejszego rozdziału jest przedstawienie skutków podatkowych stosowania przez podatników niedostatecznej kapitalizacji na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych² (dalej: u.p.d.o.p) w brzmieniu obowiązującym w 2013 r., a także perspektywy nowelizacji przepisów wynikających z projektu zmiany tej ustawy³. Skutków tych nie można ograniczać jedynie do kierunku zmian wysokości obciążeń podatkowych. Praktyczne odniesienie tych przepisów jest bowiem źródłem ryzyka związanego z niewłaściwym ich zastosowaniem, co zostanie także przedstawione w artykule. Próba oceny polskich rozwiązań podatkowych zostanie zaprezentowana na tle regulacji podatkowych, jakie w tym zakresie występują w innych krajach członkowskich Unii Europejskiej.

6.1. Obecne przepisy dotyczące niedostatecznej kapitalizacji

Regulacje dotyczące niedostatecznej kapitalizacji zostały zawarte w art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 oraz art. 16 ust. 6, 7 i 7b u.p.d.o.p. Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 60 u.p.d.o.p. nie uważa się za koszty uzyskania przychodów odsetek od pożyczek⁴ (kredytów) udzielonych spółce przez jej udziałowca (akcjonariusza) posiadają-

¹ A. Fordońska, A. Partyka, *Niedostateczna kapitalizacja (thin capitalisation) – konsekwencje w prawie podatkowym i rachunkowym*, „Monitor Rachunkowości i Finansów” nr 5/2009.

² Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (DzU nr 74, poz. 397 ze zm.).

³ Projekt z 12 lutego 2013 r. ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw, www.rcl.gov.pl.

⁴ Przez pożyczkę, o której mowa w ust. 1 pkt 60 i 61 oraz w ust. 7, rozumie się każdą umowę, w której dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą ilość pieniędzy; przez pożyczkę tę rozumie się także emisję papierów wartościowych o charakterze dłużnym, depozyt nieprawidłowy lub lokatę, por. art. 16 ust. 7b u.p.d.o.p.

cego nie mniej niż 25%⁵ udziałów (akcji) tej spółki albo udziałowców (akcjonariuszy) posiadających łącznie nie mniej niż 25% udziałów (akcji) tej spółki, jeżeli wartość zadłużenia spółki wobec udziałowców (akcjonariuszy) tej spółki posiadających co najmniej 25% udziałów (akcji) i wobec innych podmiotów posiadających co najmniej 25% udziałów w kapitale takiego udziałowca (akcjonariusza) osiągnie łącznie trzykrotność wartości kapitału zakładowego⁶ spółki — w części, w jakiej pożyczka (kredyt) przekracza tę wartość zadłużenia, określoną na dzień zapłaty odsetek; przepisy te stosuje się odpowiednio do spółdzielni, członków spółdzielni oraz funduszu udziałowego takiej spółdzielni.

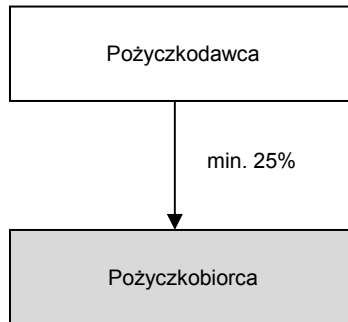
Zasada ta ma także zastosowanie w stosunku do odsetek od pożyczek (kredytów) udzielonych przez spółkę innej spółce (art. 16 ust.1 pkt 61 u.p.d.o.p.), jeżeli w obu tych podmiotach ten sam udziałowiec (akcjonariusz) posiada nie mniej niż po 25% udziałów (akcji), a wartość zadłużenia spółki otrzymującej pożyczkę (kredyt) wobec udziałowców (akcjonariuszy) tej spółki posiadających co najmniej 25% jej udziałów (akcji) i wobec innych podmiotów posiadających co najmniej 25% udziałów w kapitale tych udziałowców (akcjonariuszy) oraz wobec spółki udzielającej pożyczki (kredytu) osiągnie łącznie trzykrotność wartości kapitału zakładowego spółki — w części, w jakiej pożyczka (kredyt) przekracza tę wartość zadłużenia, określoną na dzień zapłaty odsetek.

Istota rozwiązania wynikająca z przepisów art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. przyjęta przez polskiego ustawodawcę dotyczy zakazu rozliczenia w kosztach uzyskania przychodów części odsetek od pożyczek (kredytów) zaciągniętych od podmiotów powiązanych w sposób bezpośredni lub spółek siostrzanych (podmioty udzielające pożyczki) w sytuacji, gdy zadłużenie względem pewnych podmiotów powiązanych (podmioty, względem których ustalana jest wartość zadłużenia) przekroczy na dzień spłaty odsetek określony przez ustawodawcę próg. Ograniczenia wynikające z zastosowania przepisów o niedostatecznej kapitalizacji znajdują więc zastosowanie tylko wtedy, gdy podmiot zaciąga pożyczkę (kredyt) od trzech grup udziałowców: (a) udziałowca posiadającego co najmniej 25% udziałów w kapitale zakładowym spółki albo (b) od udziałowców posiadających łącznie co najmniej 25% udziałów w kapitale zakładowym spółki, albo (c) od spółki „siostry”, jeżeli w obu spółkach „siostrach” (tj. pożyczkodawcy i pożyczkobiorcy) ten sam udziałowiec posiada co najmniej 25% udziałów (por. rys. 6.1., 6.2., 6.3.).

⁵ Wskaźnik procentowy posiadanych przez udziałowców (akcjonariuszy) udziałów (akcji) w spółce określa się na podstawie liczby praw głosu, jakie w związku z posiadanymi udziałami (akcjami) przysługują tym udziałowcom (akcjonariuszom), por. art. 16 ust. 6 u.p.d.o.p.

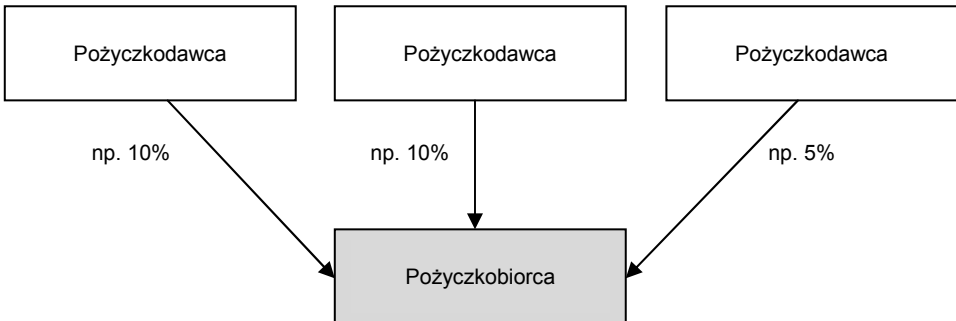
⁶ Wartość funduszu udziałowego w spółdzielni lub kapitału zakładowego spółki określa się bez uwzględnienia tej części tego funduszu lub kapitału, jaka nie została na ten fundusz lub kapitał faktycznie przekazana lub jaka została pokryta wierzytelnościami z tytułu pożyczek (kredytów) oraz z tytułu odsetek od tych pożyczek (kredytów), przysługującymi członkom wobec tej spółdzielni lub udziałowcom (akcjonariuszom) wobec tej spółki, a także wartościami niematerialnymi lub prawnymi, od których nie dokonuje się odpisów amortyzacyjnych zgodnie z art. 16a–16m, por. art. 16 ust. 7 u.p.d.o.p.

Rysunek 6.1. Przypadek (a)



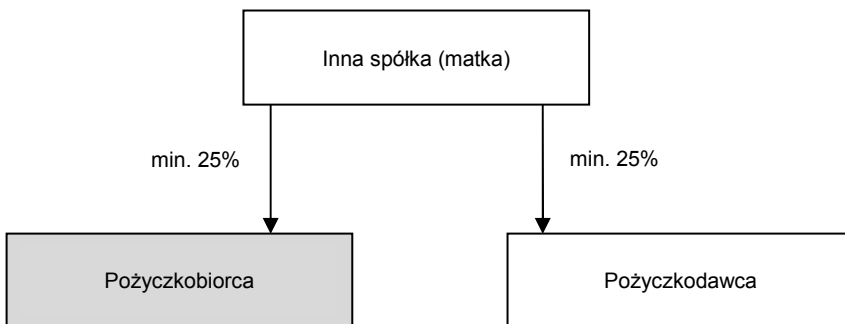
Źródło: Opracowanie własne.

Rysunek 6.2. Przypadek (b)



Źródło: Opracowanie własne.

Rysunek 6.3. Przypadek (c)



Źródło: Opracowanie własne.

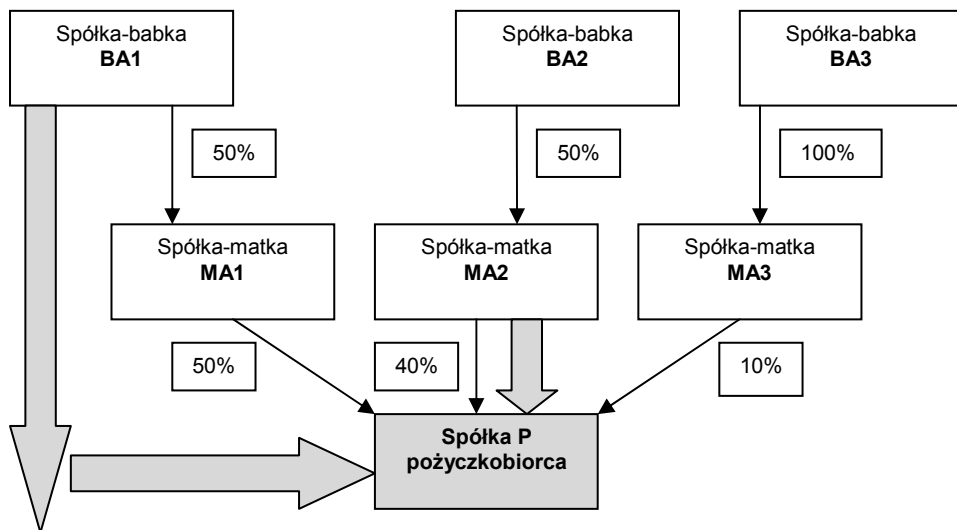
Istotna dla ograniczenia odsetkowego jest także wartość zadłużenia. Zadłużenie to ustawodawca nakazuje określić względem udziałowców, ale rozumianych znacznie szerzej w stosunku do tych, którzy udzielają pożyczki. Będą to pod-

mioty powiązane z pożyczkobiorcą także w sposób pośredni. W gronie tym znajdują się: (a) podmioty powiązane z udziałowcem w sposób bezpośredni posiadający co najmniej 25% udziałów (akcji) spółki, a także (b) podmioty powiązane z pożyczkobiorcą w sposób pośredni, o ile posiadają co najmniej 25% udziałów (akcji) w kapitale podmiotów z grupy (a). Do grupy tej zalicza się również (c) spółka siostrzana, o ile udziela pożyczki, a w obu spółkach – pożyczkodawcy i pożyczkobiorcy – ten sam udziałowiec posiada co najmniej 25% udziałów.

Przykład 1

Spółki grupy kapitałowej udzielają pożyczki spółce P. Przepływ pożyczek jest zaprezentowany na rysunkach 6.4., 6.5., 6.6. (oznaczenie grubą strzałką).

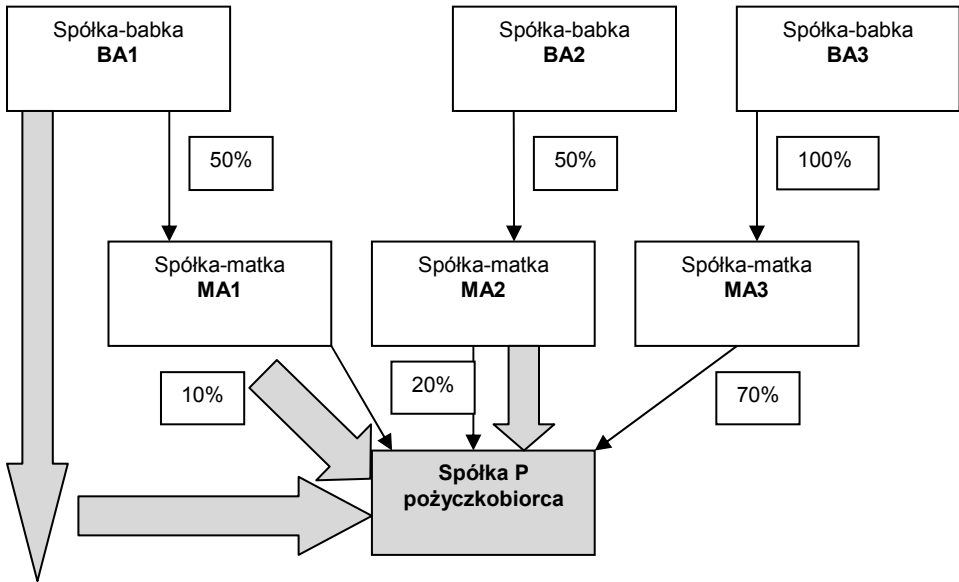
Rysunek 6.4. Zastosowanie przepisów o niedostatecznej kapitalizacji w sytuacji zaciągnięcia pożyczki od podmiotu powiązanego w sposób pośredni oraz podmiotu powiązanego w sposób bezpośredni



Źródło: Opracowanie własne.

Pożyczka zostaje udzielona przez podmiot BA1 – powiązany z pożyczkobiorcą w sposób pośredni oraz podmiot MA2. Zgodnie z u.p.d.o.p. ograniczenie w zaliczeniu odsetek do kosztów uzyskania przychodów może mieć zastosowanie tylko w przypadku odsetek od pożyczki od podmiotu MA2. Odsetki od pożyczki od podmiotu BA1 zostaną w całości zaliczone do kosztów podatkowych, ponieważ podmiot ten posiada udział pośredni w kapitale pożyczkobiorcy. Aby dowiedzieć się, w jakiej kwocie odsetki od pożyczki od spółki MA2 zostaną wyłączone z kosztów, należy znać wartość zadłużenia. Zadłużenie to, zgodnie z ustawą, należy ustalić względem podmiotów: MA1, MA2 oraz BA1 i BA2.

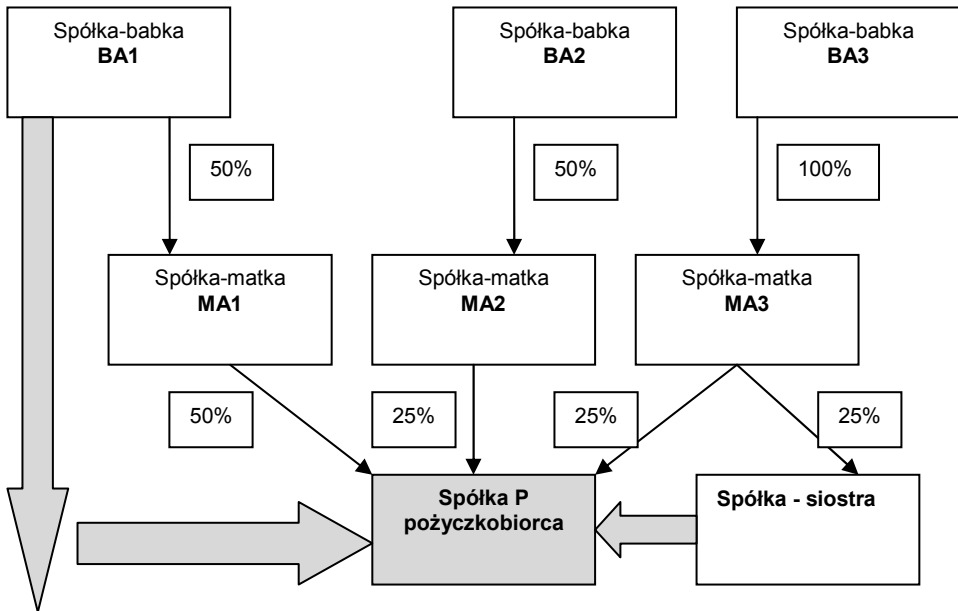
Rysunek 6.5. Zastosowanie przepisów o niedostatecznej kapitalizacji w sytuacji zaciągnięcia pożyczki od podmiotu powiązanego w sposób pośredni oraz podmiotów powiązanych w sposób bezpośredni



Źródło: Opracowanie własne.

Pożyczka zostaje udzielona przez podmiot BA1 oraz podmiot MA1 i MA2. Przepisy o niedostatecznej kapitalizacji mogą znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku odsetek od pożyczki od podmiotu MA1 i MA2. Choć oddzielnie spółki te posiadają mniej niż 25% udziałów w kapitale pożyczkobiorcy, fakt posiadania łącznego udziału w wysokości co najmniej 25% sprawia, że odsetki od takich pożyczek mogą podlegać ograniczeniom wynikającym z art. 16 ust. 1 pkt 60 u.p.d.o.p. Natomiast odsetki od pożyczki od podmiotu BA1 zostaną w całości zaliczone do kosztów podatkowych, ponieważ podmiot ten posiada udział pośredni w kapitale pożyczkobiorcy. Aby dowiedzieć się, w jakiej kwocie odsetki od pożyczki od spółki MA1 i MA2 zostaną wyłączone z kosztów podatkowych, należy znać wartość zadłużenia. Zadłużenie to, zgodnie z ustawą, należy ustalić wyłącznie względem podmiotów MA3 oraz BA3. Wynika to z tego, iż zadłużenie ustalane jest względem podmiotów, które posiadają po min. 25% w kapitale pożyczkobiorcy. Warunku tego nie spełnia ani podmiot MA1, ani MA2 i tym samym BA1 i BA2. Natomiast podmioty MA3 i BA3 udział taki posiadają. Jeżeli jednak spółka P nie posiada żadnych zobowiązań względem tych podmiotów albo w wysokości nie większej niż trzykrotność kapitału zakładowego spółki, to całość odsetek od podmiotów MA1 oraz MA2 będzie można zaliczyć do kosztów podatkowych.

Rysunek 6.6. Zastosowanie przepisów o niedostatecznej kapitalizacji w sytuacji zaciągnięcia pożyczki od podmiotu powiązanego w sposób pośredni oraz podmiotu będącego spółką-siostrą



Źródło: Opracowanie własne.

W tym przypadku pożyczka zostaje udzielona przez spółkę-siostrę oraz spółkę BA1. Tak jak w poprzednich przypadkach, zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 61 u.p.d.o.p., przepisy o niedostatecznej kapitalizacji mogą znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku odsetek od pożyczki od spółki-siostry, z uwagi na to, że spółka MA3 posiada 25% udziałów w kapitale pożyczkobiorcy i pożyczkodawcy. Zadłużenie, zgodnie z ustawą, należy ustalić względem wszystkich podmiotów: MA1, MA2, MA3 oraz BA1, BA2, BA3, a także względem spółki-siostry.

Zastosowanie ograniczenia wynikającego z zastosowania przepisów o niedostatecznej kapitalizacji ustala się na dzień zapłaty odsetek. Na ten dzień należy ustalić wartość zadłużenia. Wydaje się także, że na ten dzień należy ustalić wysokość kapitału zakładowego⁷ oraz procentowy udział⁸ wspólników w kapitale pożyczkobiorcy.

⁷ A. Bryńska, *Niedostateczna kapitalizacja (thin capitalisation) – wątpliwości powstające na tle obowiązujących przepisów*, „Monitor Podatkowy” nr 3/2002.

⁸ Z. Kukulski, *Niedostateczna kapitalizacja w prawie podatkowych*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 210.

6.2. Ryzyko stosowania przepisów dotyczących niedostatecznej kapitalizacji

Zastosowanie w praktyce przepisów dotyczących niedostatecznej kapitalizacji budzi szereg wątpliwości. Wynika to przede wszystkim z ich nieprecyzyjnego sformułowania, a także niezdefiniowania pewnych pojęć istotnych dla obliczenia odsetek niestanowiących kosztów uzyskania przychodów.

Pojęciem, które nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę na potrzeby przepisów art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. jest zadłużenie. W tym zakresie wykształciły się na przestrzeni ostatnich lat dwie interpretacje tego pojęcia. Zgodnie z pierwszą z nich, niewątpliwie korzystną dla podatników, zadłużenie należy rozumieć wąsko jako sumę zaciągniętych pożyczek. Za tym poglądem przemawia przede wszystkim wykładnia funkcjonalna. Zagadnienie to było przedmiotem orzeczenia z 3 grudnia 2010 r., w którym sąd, uznając za prawidłowe wąskie rozumienie zadłużenia, uzasadnił swoje stanowisko faktem, iż definicja długu odnosi się, co do zasady, do takiego sposobu finansowania, które wiąże się po stronie pożyczkodawcy z obowiązkiem zapłaty odsetek. Szerokie rozumienie pojęcia „zadłużenie” oznaczałoby, że w przypadku nabycia towarów czy też usług o znacznej wartości od kontrahenta udziałowca posiadającego więcej niż 25% w kapitale zakładowym kontrahenta – nabywcy tychże towarów, możliwość wliczania odsetek do kosztów uzyskania przychodów w całości od każdej pożyczki udzielonej przez udziałowca czy też udziałowców zostałaby praktycznie ograniczona. Byłaby to sankcja za kontakty handlowe z udziałowcem wykraczająca poza cienką kapitalizację⁹.

Z podejściem tym nie zgadzają się jednak przedstawiciele aparatu skarbowego, którzy stosując wykładnię językową, utożsamiają zadłużenie z zobowiązaniami ze wszystkich tytułów prawnych, w tym także handlowe¹⁰. Podobne stanowisko w tej kwestii zajmuje także Naczelny Sąd Administracyjny¹¹. Zdaniem NSA decydujący dla oceny skutków podatkowych jest stosunek zadłużenia podatnika w stosunku do jego współników i współników współnika, wynikający ze wszelkich wzajemnych zobowiązań (nie tylko pożyczek) do kapitału zakładowego podatnika.

W praktyce problematyczny okazuje się także sposób liczenia odsetek niestanowiących kosztów uzyskania przychodów. Niejednolita interpretacja przepisów powoduje, że odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów można liczyć na różne sposoby, z których każdy ma inny wymiar finansowy. Przepisy art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. stanowią, że odsetki nie mogą być traktowane

⁹ Wyrok WSA z 3 grudnia 2010 r. (III SA/Wa 2365/10).

¹⁰ Np. Interpretacja indywidualna z 23 listopada 2011 r. (IPTPB3/423-207/11-2/IR).

¹¹ Por. szerzej wyrok NSA z 13 kwietnia 2011 r. (II FSK 2117/09) oraz wyrok NSA z 18 września 2012 r. (II FSK 327/11).

jako koszty podatkowe „...w części, w jakiej pożyczka (kredyt) przekracza **tę wartość zadłużenia**, określoną na dzień zapłaty odsetek...”. Pojawia się więc pytanie, co ustawodawca rozumie pod pojęciem „ta wartość zadłużenia”. Jeśli przyjęlibyśmy, że „ta wartość zadłużenia” oznacza to samo, co „wartość zadłużenia” (szczególnie jeśli przyjęlibyśmy szerokie ujęcie tego pojęcia) praktyczne zastosowanie ograniczenia odsetkowego byłoby znikome. Trudno byłoby wyobrazić sobie taką sytuację, choć nie jest ona niemożliwa, w której jednostkowa pożyczka przekraczałaby całość zadłużenia¹².

Stosując wykładnię językową, można dojść do wniosku, że „ta wartość zadłużenia” oznacza trzykrotność kapitału zakładowego¹³. Wtedy przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację będą miały zastosowanie, gdy po pierwsze zadłużenie osiągnie łącznie trzykrotność kapitału zakładowego i jednocześnie pożyczka (pojedyncza), od której w danym dniu są spłacane odsetki także ją przekroczy. Odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów liczyłyby się według wzoru 1.

Wzór 1. Odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów (podejście liberalne)

$$\frac{P - 3KZ}{P} x O$$

gdzie:

P – pożyczka, od której spłacane są odsetki w danym dniu,
 O – odsetki spłacane w danym dniu,
 KZ – kapitał zakładowy pożyczkobiorcy.

Taka interpretacja przepisów budzi jednak wątpliwości co do możliwości omińnięcia zastosowania przepisów. Jeśli bowiem ustawodawca mówi o pojedynczej pożyczce, a nie o pożyczkach, bardzo łatwo ominąć przepisy, dzieląc pożyczki na mniejsze w takich wielkościach, aby pojedyncza nie przekraczała granicznej wielkości. Dlatego w literaturze (piśmiennictwie) częściej odnosi się do trzykrotności kapitału zakładowego całość zadłużenia, a nie pojedynczą pożyczkę¹⁴. W takiej sytuacji odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów, przy założeniu, że zadłużenie przekracza trzykrotność kapitału zakładowego pożyczkobiorcy, można obliczyć przy wykorzystaniu następującego wzoru:

¹² Taka sytuacja jest jednak możliwa, gdy podmiot udzielający pożyczki nie jest jednocześnie podmiotem, względem którego ustalana jest wartość zadłużenia. Innymi słowy może wystąpić taka sytuacja, w której pożyczka nie zawiera się w zadłużeniu ustalonym dla celów obliczenia odsetek niestanowiących kosztów podatkowych, por. rysunek 6.5.

¹³ R. Pasternak, *Jak przy niedostatecznej kapitalizacji liczyć odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów*, „Gazeta prawna” z 19 lutego 2009 r.

¹⁴ Por. szerzej: Z. Kukulski, *Niedostateczna kapitalizacja w prawie podatkowym*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 224; H. Litwińczuk (red.), *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, ABC, Warszawa 2006, s. 233.

Wzór 2. Odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów (podejście umiarkowane)

$$\frac{Z - 3KZ}{Z} x O$$

gdzie:

- Z – zadłużenie wobec podmiotów wskazanych w ustawie,
 O – odsetki spłacane w danym dniu,
 KZ – kapitał zakładowy pożyczkobiorcy.

W piśmiennictwie można także spotkać inną interpretację pojęcia „ta wartość zadłużenia” rozumianą jako różnicę między zadłużeniem i trzykrotnością kapitału zakładowego¹⁵. Zgodnie z tym podejściem, jeśli na dzień zapłaty odsetek od pożyczki zadłużenie wobec podmiotów określonych w ustawie będzie niższe niż trzykrotność kapitału zakładowego pożyczkobiorcy, całość odsetek zapłaconych może zostać uznana za koszt uzyskania przychodów. Jeśli jednak na dzień zapłaty odsetek od pożyczki całkowite zadłużenie spółki wobec podmiotów określonych w przepisach przekracza trzykrotność kapitału zakładowego pożyczkobiorcy o kwotę pożyczki lub jest równe kwocie pożyczki, odsetki od pożyczki nie mogą być uznane za koszt podatkowy. Według tej interpretacji na dzień zapłaty odsetek całkowite zadłużenie pożyczkobiorcy wobec podmiotów określonych w przepisach może przekroczyć trzykrotność kapitału zakładowego, ale o kwotę niższą niż wysokość pożyczki. W takim przypadku za koszt podatkowy uznaje się kwoty odsetek w takiej proporcji, w jakiej pozostaje wartość tej nadwyżki do całej kwoty pożyczki, (por. wzór 3).

Wzór 3. Odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów (podejście restrykcyjne)

$$\frac{Z - 3KZ}{P} x O$$

gdzie:

- Z – zadłużenie wobec podmiotów wskazanych w ustawie,
 O – odsetki spłacane w danym dniu,
 KZ – kapitał zakładowy pożyczkobiorcy,
 P – pożyczka, od której spłacane są odsetki w danym dniu.

Taka interpretacja jest najmniej korzystna, ponieważ z trzech przytoczonych wcześniej wyłącza z kosztów największą część odsetek. Niestety właśnie te organy podatkowe przyjęły, wydając interpretacje dotyczące tego problemu¹⁶.

¹⁵ A. Kośmider, *Odsetki od pożyczki udzielonej spółce kapitałowej przez jej współnika*, „Przeгляд Podatkowy” 4/2004, s. 12–17.

¹⁶ Por. np. Interpretacja indywidualna z 27 maja 2011 r. (IBPBI/2/423-212/11/MS), interpretacja indywidualna z 30 kwietnia 2012 r. (ILPB3/423-30/12-2/EK).

Przykład 2

Grupa kapitałowa składa się z 7 spółek (por. rys. 6.7.). Spółka P zaciągnęła pożyczkę w kwocie 100 tys. zł od podmiotu MA2. Oprócz tego zadłużenie wobec pozostałych znaczących udziałowców (MA1, BA1 i BA2) wyniosło w dniu spłaty odsetek od pożyczki 250 tys. zł, a spłacane w tym dniu odsetki 5 tys. zł. Kapitał zakładowy pożyczkobiorcy wynosi 50 tys. zł. Wielkość odsetek niestanowiących kosztów uzyskania przychodów zależy od zastosowanego wzoru (por. tabela 6.1.).

Zgodnie ze wzorem 1 całość odsetek będzie stanowiła koszt uzyskania przychodu z uwagi na to, że mimo iż zadłużenie przekracza trzykrotność kapitału zakładowego pożyczkobiorcy, pojedyncza pożyczka w kwocie 100 tys. zł nie przekracza tego progu.

Według podejścia drugiego (wzór 2) istotne znaczenie dla określenia wielkości odsetek niestanowiących kosztów uzyskania przychodu ma przede wszystkim zadłużenie. Wartość ta w przypadku analizowanego przykładu wynosi 350 tys. zł. Przekracza więc ponaddwukrotnie trzykrotność kapitału zakładowego pożyczkobiorcy. Wobec tego 57% kwoty odsetek zostanie wyłączone z kosztów uzyskania przychodów.

W świetle podejścia trzeciego (wzór 3) cała kwota odsetek zostanie wyłączona z kosztów podatkowych z uwagi na to, że kwota pożyczki jest niższa od różnicy między zadłużeniem i trzykrotnością kapitału zakładowego pożyczkobiorcy.

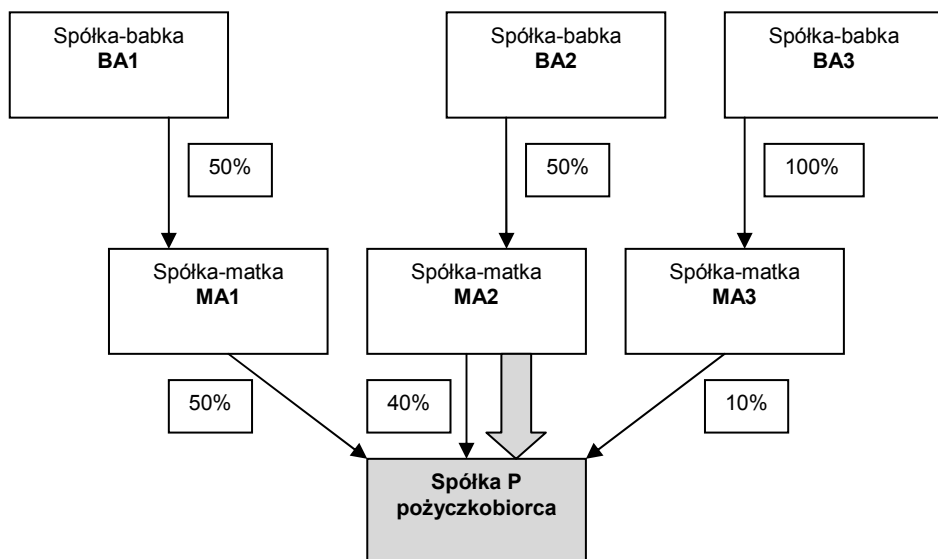
Rysunek 6.7. Grupa kapitałowa

Tabela 6.1. Wielkość odsetek niestanowiących kosztów uzyskania przychodów

Rodzaj odsetek	Wzór 1	Wzór 2	Wzór 3
Odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów	0	2850	5000
Odsetki stanowiące koszt uzyskania przychodów	5000	2150	0

Źródło: Opracowanie własne.

Przykład 3

Grupa kapitałowa składa się z 7 spółek (por. rys. 6.7.). Spółka P zaciągnęła pożyczkę w kwocie 200 tys. zł od podmiotu MA2. Oprócz tego zadłużenie wobec pozostałych znaczących udziałowców (MA1, BA1 i BA2) wyniosło w dniu spłaty odsetek od pożyczki 150 tys. zł, a spłacane w tym dniu odsetki 10 tys. zł. Kapitał zakładowy pożyczkobiorcy wynosi 70 tys. zł. Wielkość odsetek niestanowiących kosztów uzyskania przychodów zależy od zastosowanego wzoru (por. tabela 6.2.).

Tabela 6.2. Wielkość odsetek niestanowiących kosztów uzyskania przychodów

Rodzaj odsetek	Wzór 1	Wzór 2	Wzór 3
Odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów	0	4000	7000
Odsetki stanowiące koszt uzyskania przychodów	10 000	6000	3000

Źródło: Opracowanie własne.

6.3. Działania optymalizacyjne podejmowane przez podatników

Mimo że przepisy dotyczące niedostatecznej kapitalizacji są niejasne, przedsiębiorcy wypracowali metody umożliwiające uniknięcie negatywnych skutków przepisów o niedostatecznej kapitalizacji. Podstawową przyczyną podejmowania takich działań jest oczywiście chęć uniknięcia opodatkowania. Jeśli jednak brak jest definicji wielu pojęć czy też jednolitych schematów postępowania, motywem może być także chęć uniknięcia stosowania w praktyce przepisów obciążonych wysokim ryzykiem podatkowym.

Obecna konstrukcja przepisów pozwala na niestosowanie przepisów, gdy podatnik zmniejszy zadłużenie w dniu spłaty odsetek do takiego poziomu, aby współczynnik trzykrotności kapitału zakładowego nie był przekroczony. Służyć temu może np. wcześniejsza w stosunku do spłaty raty kapitału, spłata odsetek¹⁷.

¹⁷ Interpretacja indywidualna z 19 sierpnia 2009 r. (IPPB3/423-385/09-2/JB), interpretacja indywidualna z 21 lutego 2008 r. (IBPB3/423-337/07/PC), interpretacja indywidualna z 9 czerwca 2010 r. (IPPB3/423-149/10-3/AG).

Inną możliwością jest także zaciąganie pożyczek od podmiotów powiązanych z pożyczkobiorcą w sposób pośredni, z uwagi na to, że restrykcjom podlegają wyłącznie odsetki od pożyczek zaciągniętych od podmiotów powiązanych w sposób bezpośredni (ewentualnie od spółki siostrzanej).

Analizując status podmiotów udzielających pożyczki pod kątem optymalizacji kosztów odsetkowych, trzeba również pamiętać, że bardziej opłacalne może być zaciągnięcie kilku pożyczek od drobnych udziałowców bezpośrednich (takich, którzy posiadają udział niższy niż 25%, nawet jeśli zsumowany udział przekroczy 25% w kapitale pożyczkobiorcy) w porównaniu z jedną pożyczką od znaczącego udziałowca (posiadającego udział większy bądź równy 25%). Wynika to z tego, że wobec takich udziałowców mają co prawda zastosowanie przepisy o niedostatecznej kapitalizacji, ale pod warunkiem, że zadłużenie wobec znaczących udziałowców, a więc tylko tych, którzy posiadają po min. 25%, przekroczy określoną w przepisach wartość. A więc w celu wyliczenia wielkości zadłużenia nie bierze się pod uwagę udziałowców, którzy posiadają mniej niż 25%, nawet choćby posiadali udział zsumowany w tej wysokości, (por. przykład 2, rysunek 6.5.).

Innym sposobem niestosowania przepisów art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p., choć ryzykownym z punktu widzenia ewentualnego zakwestionowania słuszności takiego działania przez organy podatkowe¹⁸, jest zmiana wierzyciela na podmiot niekwalifikowany przed dniem spłaty odsetek. Problem ten był przedmiotem sporu z organem podatkowym, który zakończył się pozytywnym dla podatnika orzeczeniem wojewódzkiego sądu administracyjnego¹⁹.

6.4. Przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację w krajach Unii Europejskiej

Rozwiązania eliminujące skutki niedostatecznej kapitalizacji przyjęte w krajach członkowskich Unii Europejskiej różnią się między sobą. W tym zakresie widoczne są trzy modele, choć są kraje, gdzie nie ma żadnych szczególnych przepisów regulujących ograniczenia odsetkowe związane z niedostateczną kapitalizacją. Do takich państw należą: Cypr, Estonia, Finlandia, Malta, Słowacja, Szwecja i Wielka Brytania²⁰. W krajach tych zjawisko to zwalczane jest najwcześniej za pomocą tzw. zasady *arm's-length*. Przestrzeganie tej zasady oznacza w praktyce ocenę każdego przypadku²¹:

¹⁸ Organy podatkowe konsekwentnie negują stanowisko podatników, np. por. interpretacja indywidualna z 10 listopada 2009 r. (ILPB3/423-642/09-02/MMv).

¹⁹ Wyrok WSA z 12 stycznia 2011 r. (III SA/Wa 1052/10).

²⁰ T. Dukić, *Thin Capitalization Rules in EU member States*, Uprava, letnik IX, 2/2011, s. 90.

²¹ M. Ruf, D. Schindler, *Debt shifting and thin-capitalization rules – German experience and alternative approaches*, grudzień 2012 r., s. 16.

- czy stopa oprocentowania pożyczki od podmiotu powiązanego odpowiada stopie procentowej pożyczki udzielonej przez podmiot niezależny,
- czy pożyczka byłaby otrzymana na takich samym warunkach od podmiotu niezależnego oraz
- czy pożyczka byłaby zaciągnięta, gdyby finansowanie od niezależnego podmiotu było możliwe.

Pierwszy model (*thin-capitalization rule*) występujący w większości państw członkowskich odnosi się do proporcji zadłużenia do kapitału przedsiębiorstwa. Jeśli zadłużenie przekroczy stosowny wskaźnik, część odsetek nie może zostać uwzględniona w kosztach podatkowych. Wskaźnik taki stosowany jest m.in. w Belgii, w Czechach, we Francji, w Danii, na Litwie, na Łotwie czy w Polsce²². Nie mniej jednak państwa członkowskie dopuszczają pewne wyłączenia czy ograniczenia lub też modyfikacje wielkości wskaźnika w stosunku do niektórych podmiotów. Przykładowo, standardowy wskaźnik w Czechach wynosi 4:1, ale w stosunku do banków i towarzystw ubezpieczeniowych proporcja ta jest powiększona do 6:1. Podobnie rzecz ma się na Łotwie, gdzie standardowy wskaźnik wynosi 4:1, ale zwolnione są z jego stosowania m.in. instytucje finansowe. Na Litwie wskaźnika (4:1) nie muszą stosować towarzystwa leasingowe. Z kolei w niektórych krajach niedostateczna kapitalizacja wyznaczona przez wspomnianą proporcję nie musi być stosowana, gdy podatnik udowodni, że pożyczka uzyskana od podmiotu powiązanego mogłaby być otrzymana na takich samych warunkach od innego niezależnego podmiotu (np. Słowenia, Litwa)²³. Odzwierciedleniem tego modelu są przepisy art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p.

W drugim modelu (tzw. *hidden profit distributions*) ponadprzeciętne odsetki od pożyczek zaciąganych od podmiotów powiązanych traktowane są jako dystrybucja ukrytych zysków i jako dywidenda nie podlega rozliczeniu w kosztach podatkowych. Model ten stosowany jest w Austrii, w Irlandii i w Luksemburgu. W tym przypadku nie ma szczególnych rozwiązań (przepisów) wprost dotyczących problemu niedostatecznej kapitalizacji, tym nie mniej jest on zwalczany albo poprzez zastosowanie przepisów podatkowych, które dotyczą bezpośrednio innych sytuacji, albo poprzez stosowanie praktyk administracyjnych²⁴. Przykładowo w Austrii to sąd administracyjny określa, czy z gospodarczego punktu widzenia kapitał spółki jest wystarczający. Jeśli okaże się, że nie, część zadłużenia względem udziałowców jest traktowana jako ekwiwalent kapitałów własnych spółki i od tej części odsetki, których wypłata traktowana jest jako dystrybucja ukrytych zysków, nie mogą zostać zaliczone do kosztów podatkowych.

²² Por. szerzej: T. Dukić, *Thin Capitalization Rules...*, op.cit., s. 92.

²³ A.P. Dourado, R. de la Feria, *Thin capitalization rules in the context of the CCCTB*, Oxford University Centre for Business Taxation, WP 08/04, s. 3 i nast., T. Dukić, *Thin Capitalization Rules...*, op.cit., s. 83 i nast.

²⁴ A.P. Dourado, R. de la Feria, *Thin capitalization rules...*, op.cit., s. 3.

Trzeci model (*earning-stripping rule*) stosowany jest w niewielu krajach i dotyczy odsetek od pożyczek zaciąganych nie tylko od podmiotów powiązanych, ale także od podmiotów całkowicie niezależnych od pożyczkobiorcy. Założeniem tego modelu jest ograniczenie w kosztach podatkowych odsetek od pożyczek, jeśli te przekroczą określony próg, który ustalany jest jako część majątku przedsiębiorstwa lub zysku operacyjnego itp. Zarówno w Niemczech, jak i we Włoszech odsetki stanowiące koszty podatkowe nie mogą przekroczyć 30% zysku przed opodatkowaniem, odsetkami i amortyzacją. Z kolei rozwiązania duńskie wprowadzają dwa limity. Rozliczyć w kosztach podatkowych można odsetki w kwocie nie wyższej niż 4,5% aktywów netto jednostki, jednak kwota odliczenia nie może przekroczyć 80% zysku przed odsetkami i opodatkowaniem. Nie mniej jednak zarówno rozwiązania duńskie, jak i niemieckie wprowadzają wyłączenia²⁵ czy też tzw. kwoty wolne, w wysokości których odsetki mogą być rozliczone w kosztach bez konieczności przestrzegania opisanych restrykcji²⁶.

6.5. Perspektywy zmian przepisów o niedostatecznej kapitalizacji

Jak już wykazano, przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych dotyczące skutków stosowania niedostatecznej kapitalizacji są praktycznie nie-stosowane z uwagi na szereg trudności w ich interpretowaniu, a także możliwości optymalizacji podatkowej. Trudno więc nie oprzeć się wrażeniu, że potrzeba zmian tych przepisów, szczególnie z punktu widzenia aparatu skarbowego, pojawiła się już dawno.

Próba nowelizacji ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych pojawiła się w sierpniu 2012 r. i gdyby nie fakt, że duża część przepisów została skrytykowana, a nawet uznana za niekonstytucyjne, zarówno przez środowiska prawnicze²⁷, jak i osoby z grona rządu, ta weszłaby w życie z początkiem 2013 r. Dlatego w tym miejscu zasadne wydaje się być omówienie bardziej prawdopodobnej nowelizacji tej ustawy (z 12 lutego 2013 r.)²⁸.

Proponowane przez Ministerstwo Finansów zmiany w zakresie ograniczenia w zaliczaniu odsetek do kosztów podatkowych, mające wejść w życie z początkiem 2014 r., nazwać można rewolucyjnymi, bowiem nie tylko doprecyzowują

²⁵ Por. szerzej: S. Webber, *Thin capitalization and interest deduction regulation*, Copenhagen research group on international taxation CORIT, „Discussion Paper” No. 8/2010, s. 32.

²⁶ W Danii jest to kwota nie większa niż 21,3 mln DKK (2010 r.), a w Niemczech 3 mln euro (2012 r.).

²⁷ A. Mariański, *Niekonstytucyjna zmiana*, „Rzeczpospolita” z 4 września 2012.

²⁸ Projekt zmiany ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych wraz z jego uzasadnieniem dostępny jest na stronie rządowego centrum legislacji – www.rcl.gov.pl.

i rozszerzają zakres zastosowania „starych” przepisów (art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p.), ale również wprowadzają nowy model rozliczenia w kosztach podatkowych odsetek – tzw. *earning-stripping rule*.

Zgodnie z zaprojektowanym nowym art. 15c u.p.d.o.p. spółki i spółdzielnie zaliczają do kosztów uzyskania przychodów wydatki z tytułu odsetek od pożyczek, stosując jedną z dwóch określonych w ustawie metod. Pierwsza z nich odnosi się do zmodyfikowanego art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.f. Druga metoda to regulacje zawarte w projektowanym art. 15c ust. 2–10 u.p.d.o.p.

Modyfikacja art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. polega przede wszystkim na rozszerzeniu zastosowania ograniczenia odsetkowego także w stosunku do pożyczek udzielonych przez podmioty powiązane z pożyczkobiorcą w sposób pośredni. Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 60 u.p.d.o.p. nie uważa się za koszty uzyskania przychodów odsetek od pożyczek udzielonych spółce przez podmiot posiadający bezpośrednio lub pośrednio nie mniej niż 25% udziałów (akcji) tej spółki albo udzielonych łącznie przez podmioty posiadające bezpośrednio lub pośrednio nie mniej niż 25% udziałów tej spółki, jeśli wartość zadłużenia spółki wobec takich podmiotów uwzględniającego również zadłużenie z tytułu pożyczek, przekroczy łącznie trzykrotność wartości kapitału zakładowego spółki – w proporcji, w jakiej wartość zadłużenia przekraczająca trzykrotność kapitału zakładowego spółki pozostaje do całkowitej kwoty tego zadłużenia wobec tych podmiotów, określonej na dzień zapłaty odsetek od pożyczek²⁹.

Z kolei art. 16 ust. 1 pkt 61 u.p.d.o.p. w projekcie nowelizacji brzmi następująco: nie uważa się za koszty uzyskania przychodów odsetek od pożyczek udzielonych przez spółkę innej spółce, jeżeli w obu tych spółkach ten sam podmiot bezpośrednio lub pośrednio posiada nie mniej niż po 25% udziałów (akcji), a wartość zadłużenia spółki otrzymującej pożyczkę wobec spółki udzielającej pożyczki oraz wobec podmiotów posiadających bezpośrednio lub pośrednio nie mniej niż 25% udziałów (akcji) spółki otrzymującej pożyczkę, uwzględniającego również zadłużenie z tytułu pożyczek, przekroczy łącznie trzykrotność wartości kapitału zakładowego spółki – w proporcji, w jakiej wartość zadłużenia przekraczająca trzykrotność kapitału zakładowego spółki pozostaje do całkowitej kwoty tego zadłużenia wobec tych podmiotów, określonej na dzień zapłaty odsetek od pożyczek³⁰.

W projekcie nowelizacji wprowadzono także pojęcie zadłużenia, potwierdzając linię przyjętą w wydawanych interpretacjach (szerokie ujęcie tego pojęcia), a także metodę liczenia odsetek niestanowiących kosztów uzyskania przychodów. Zmiana ta z pewnością jest oczekiwanym przez przedsiębiorców krokiem.

²⁹ Przepisy te mają zastosowanie także do spółdzielni, członków spółdzielni oraz funduszu udziałowego spółdzielni.

³⁰ Ibidem.

Docenić trzeba również fakt, że ustawodawca zrezygnował z koncepcji liczenia odsetek niestanowiących kosztów podatkowych według wzoru najmniej korzystnego dla podatników (wzór 3) pojawiającego się w wydawanych interpretacjach indywidualnych.

Znowelizowane przepisy art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. niestety nie są pozbawione niejasności. Pojawiają się bowiem wątpliwości, względem jakich podmiotów ustala się wartość zadłużenia – czy tylko tych, którzy udzielają pożyczek, czy wszystkich podmiotów posiadających minimalny 25% udział (bez względu na jego charakter) w kapitale pożyczkobiorcy. Wykładnia językowa przepisu art. 16 ust. 1 pkt 60 u.p.d.o.p. jest korzystna dla podatników. Oznacza bowiem, że wartość zadłużenia (choć uwzględniająca także inne nieodsetkowe zobowiązania) ustalana jest tylko względem tych podmiotów, którzy udzielili pożyczki. Przepisy obowiązujące obecnie (tj. w 2013 r.) nakazują bowiem uwzględniać przy wyliczaniu zadłużenia także te podmioty, wobec których pożyczkobiorca ma zobowiązania inne niż z tytułu pożyczek.

Nieprecyzyjna jest także redakcja przepisu odnosząca się do sytuacji, w której pożyczka udzielana jest przez kilka podmiotów. Ustawodawca posługuje się w tym przypadku pojęciem „pożyczek udzielonych łącznie”. W obecnych przepisach mowa jest jedynie o łącznym udziale nie mniejszym niż 25%, a nie o pożyczkach udzielonych łącznie. W konsekwencji nie jest jasne, w jaki sposób liczyć udział pożyczkodawcy w kapitale pożyczkobiorcy dla pożyczek udzielonych łącznie. Można go bowiem liczyć łącznie, a zatem istotna w tym przypadku byłaby suma udziałów, jakie posiadają pożyczkodawcy w kapitale pożyczkobiorcy, albo oddzielnie – w tym przypadku każdy podmiot powinien posiadać po min. 25%. W świetle wykładni językowej słusznym wydaje się drugie podejście, choć przypuszczalnie przesunięcie wyrazu „łącznie” z sąsiedztwa wyrazu „udziałów” do „pożyczki” było niezamierzonym działaniem ustawodawcy, niewątpliwie korzystnym dla podatników.

Projektowany art. 15c u.p.d.o.p wprowadza alternatywną metodę rozliczania odsetek. W swojej istocie jest ona zbliżona do tzw. *earning-stripping rule* obowiązującej w niektórych krajach Unii Europejskiej. Jeśli podatnik zdecyduje się na rozliczanie odsetek tym sposobem zobowiązany jest to robić przez okres co najmniej trzech lat, przy czym wybór ten należy zgłosić w urzędzie skarbowym³¹.

Zgodnie z projektowanym art. 15c ust. 2 u.p.d.o.p. zaliczeniu do kosztów uzyskania przychodów (z zastrzeżeniem innych przepisów ustawy) mogą podlegać odsetki od pożyczek w wysokości nieprzekraczającej w roku podatkowym 5% wartości podatkowej aktywów w rozumieniu przepisów o rachunkowości, według stanu na ostatni dzień roku podatkowego, w tym ujętych zgodnie z warto-

³¹ Projektowany art. 15c ust. 9 u.p.d.o.p.

ścią nominalną kwot udzielonych pożyczek, z wyjątkiem wartości niematerialnych i prawnych³².

Projektowany przepis wprowadza drugi limit rozliczenia odsetek w kosztach podatkowych (art. 15c ust. 4 projektu nowelizacji u.p.d.o.p). Otóż do kosztów uzyskania przychodów można zaliczyć w roku podatkowym nie więcej niż 50% zysku z działalności operacyjnej wynikającego ze sprawozdania finansowanego sporządzonego za dany rok podatkowy. Limitu tego nie stosują jednak ci podatnicy, którzy uprawnieni są na podstawie odrębnych ustaw do udzielania pożyczek na terytorium Polski. Odsetki przekraczające limity mogą zostać rozliczane w kolejnych 5 latach, przy założeniu spełniania limitów określonych w przepisach³³.

Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie zakłada, że limity odsetek uwzględniane w kosztach uzyskania przychodów uzależnione będą w trakcie roku podatkowego (na etapie obliczania zaliczek na podatek dochodowy) od wartości (podatkowej wartości aktywów określonych w przepisach i zysku operacyjnego):

- rzeczywistych wykazanych w sprawozdaniu finansowym za poprzedni rok podatkowy albo
- przewidywanych przez podatnika na dany rok podatkowy według wiarygodnych danych, albo
- rzeczywistych za dany okres rozliczeniowy (np. miesiąc, kwartał).

Jednakże na koniec roku podatkowego wysokość zaliczenia odsetek do kosztów podatkowych trzeba będzie zweryfikować w oparciu o wartości faktyczne wynikające ze sprawozdania finansowego za dany rok podatkowy³⁴.

Dla celów stosowania nowej metody projektodawca wprowadza definicję pojęcia „pożyczka”³⁵, która jest powtórzeniem definicji zawartej w projektowanym art. 16 ust. 7b u.p.d.o.p. mającym zastosowanie w przypadku art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. Trudno dopatrzeć się sensu definiowania dwa razy tego samego pojęcia w identyczny sposób w tym samym akcie prawnym. W art. 15c zawarto także pojęcie „odsetek od pożyczek”³⁶, w przypadku których przyjęto bardzo szeroką definicję, traktując za odsetki także opłaty, prowizje i premie związane z uzyskaniem pożyczki, a nawet odsetki karne z tytułu opóźnionej spłaty zobowiązań. Warto zwrócić uwagę, że w Modelowej Konwencji OECD, za odsetki nie uważa się opłat karnych z tytułu opóźnionej zapłaty³⁷.

³² Jeżeli dany rok podatkowy podatnika jest dłuższy niż lub krótszy niż 12 miesięcy, kwotę limitu oblicza się jako iloczyn 1/12 z 5% wartości podatkowej aktywów i liczby pełnych miesięcy roku podatkowego, przy czym za pełny miesiąc uważa się każdy rozpoczęty miesiąc, por. art. 15c ust. 3 projektu nowelizacji u.p.d.o.p.

³³ Przepis nie dotyczy podatników wymienionych w projektowanym art. 15c ust. 6 pkt 1 i 2 u.p.d.o.p.

³⁴ Projektowany art. 15c ust. 5 u.p.d.o.p.

³⁵ Projektowany art. 15c ust. 7 pkt 1 u.p.d.o.p.

³⁶ Projektowany art. 15c ust. 7 pkt 2 u.p.d.o.p.

³⁷ Por. szerzej: *Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku*, ABC a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, art. 11 ust. 3.

6.6. Konsekwencje zastosowania projektowanych przepisów dotyczących niedostatecznej kapitalizacji

Zmiana przepisów dotyczących ograniczenia w kosztach podatkowych przedsiębiorców kwot odsetek z tytułu zaciągniętych pożyczek z pewnością, szczególnie w obecnej sytuacji finansowej budżetu państwa, ma na celu wzrost dochodów budżetowych, choć w uzasadnieniu do projektu ustawy projektodawca jako główny cel nowelizacji przepisów podaje eliminację działań powszechnie nazywanych optymalizacją podatkową. Wydaje się, że w mniejszym stopniu zmiana przepisów podyktowana jest tendencjami, jakie występują w tej dziedzinie na arenie międzynarodowej, choć takie są zauważalne, m.in. w Niemczech, we Francji, we Włoszech, w Hiszpanii czy w Danii. Czynniki te faktycznie może mieć znaczenie choć raczej nie w kontekście chęci dostosowania polskiego prawa do standardów unijnych, bo jak wykazano wcześniej, nie w każdym kraju obowiązuje zasada *earning-stripping*, ale raczej w aspekcie naśladownictwa. Jeśli bowiem dany instrument jest efektywny w innym kraju³⁸ warto rozważyć jego implementację do polskiego porządku prawnego. W piśmiennictwie wskazuje się, że przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację poprzez wskaźnik udziału zadłużenia w kapitale własnym (w polskim przypadku jedynie w kapitale zakładowym) są nieefektywne z uwagi na to, że przedsiębiorcy, podejmując działania optymalizacyjne, nauczyli się eliminować negatywne skutki zastosowania w praktyce art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.f. Dlatego z punktu widzenia budżetu państwa wprowadzenie rozwiązania *earning-stripping* wydaje się być krokiem słusznym, choć w jakim wymiarze przyczyni się do wzrostu dochodów budżetowych może pokazać dopiero praktyka lub stosowne badania empiryczne.

Jak pokazuje praktyka, tworzenia prawa podatkowego, formy optymalizacji podatkowej, szczególnie te polegające na wykorzystywaniu luk w prawie i nieścisłości, wraz z każdą nowelizacją ustaw podatkowych są zwalczane przez ustawodawcę. Dąży on bowiem do eliminowania tych instrumentów podatkowych, które mają na celu redukcję obciążeń podatkowych³⁹. Jako przykład należy wskazać nowelizację art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. Rozszerzenie zastosowania przepisów w stosunku do odsetek od pożyczek od podmiotów powiązanych z pożyczkobiorcą w sposób pośredni, z punktu widzenia przedsiębiorców stanowi istotną zmianę ograniczającą możliwości optymalizacji podatkowej. Co więcej, zgodnie z projektem nowelizacji ustawy przepisami dotyczącymi ograniczenia odsetkowego objęte mają być nie tylko spółki kapitałowe, ale także spółki komandytowe i komandytowo-akcyjne. Dla podatników zmiany mogą więc wpłynąć negatywnie z uwagi na wzrost obciążeń z tytułu podatku dochodowego.

³⁸ S. Webber, *Thin capitalization and Interest deduction Rules: A Worldwide Survey*, „Tax notes international” 2010 r., Vol. 60, No. 9.

³⁹ Bądź też (według ustawodawcy) nie zapewniają w pełni realizacji zasady sprawiedliwości podatkowej.

Wskazać można także branże, które szczególnie mogą odczuć zmianę przepisów art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. Dotyczy to sektora finansowego, dla którego właśnie pieniądź jest towarem, a zaciąganie pożyczek od podmiotów tej samej grupy kapitałowej jest w tym przypadku normalnym działaniem niekoniecznie świadczącym o chęci uniknięcia opodatkowania. Z tego względu propozycja alternatywnej metody rozliczenia odsetek (*earning-stripping rule*)⁴⁰ wydaje się słusznym krokiem, tym bardziej że te podmioty nie są zobowiązane do zachowania drugiego z dwóch wymienionych limitów (limit 50% zysku z działalności operacyjnej). Krąg podmiotów niezobowiązanych do przestrzegania tego limitu powinien zostać jednak rozszerzony o te podmioty, które choć nie zajmują się udzielaniem pożyczek w sensie dosłownym, finansują aktywa innych podmiotów. Chodzi tutaj o branżę leasingową. Brak takiego odniesienia może spowodować spadek rentowności tej branży z uwagi na wzrost obciążeń podatkowych. W nowych rozwiązaniach, konfrontując je z tymi występującymi w krajach członkowskich UE, zabrakło także innych wyłączeń. Przykładowo w regulacjach niemieckich (podobnie w duńskich) istnieje kwota wolna, dopiero po przekroczeniu której występuje obowiązek stosowania powyższych zasad. Wyłączenie to stosuje się w przypadku czysto krajowych przedsiębiorstw, w szczególności małych i średnich. Tak długo jak odsetki netto nie przekraczają kwoty 3 mln euro, tak długo ograniczenia odsetkowego nie trzeba stosować, nawet jeśli ich kwota przekracza 30% EBIDTA⁴¹. Brak takich wyłączeń w rozwiązaniach polskich może sprawić, że te znajdą zastosowanie nawet w stosunku małych przedsiębiorstw, które mimo planów rozwojowych mogą ucierpieć, ze względu na określoną strukturę finansowania.

Można mieć również pewne zastrzeżenia do ustalonej przez projektodawcę sztywnej wartości odsetek, jakie można uwzględnić w kosztach podatkowych. Wydaje się bowiem, że granica 5% wartości podatkowej aktywów może być nieadekwatna do sytuacji rynkowej, w której stopy procentowe ustalane są w oparciu o zmienne stopy na rynku międzybankowym (np. WIBOR, LIBOR). Można mieć więc nadzieję, że wskaźnik ten będzie rokrocznie zmieniany w stosunku do sytuacji na rynku międzybankowym.

Warto zwrócić uwagę, że metoda zawarta w projektowanym art. 15c ust. 2–10 dotyczy wszelkich sytuacji związanych z zaciągnięciem pożyczki. Nie ma w tym przypadku znaczenia, kto jest pożyczkodawcą – czy podmiot powiązany z pożyczkobiorcą, czy też podmiot całkowicie niezależny. Z kolei przepisy art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. dotyczą ograniczenia odsetek w kosztach podatkowych w związku z zaciąganiem pożyczek od podmiotów powiązanych. Jednocześnie wymaga się od podatników, aby przy rozliczaniu kosztów z tytułu odsetek stosowali jedną z dwóch metod, przy czym podatników w tym zakresie obowiąz-

⁴⁰ Projektowany art. 15c ust. 2–10 u.p.d.o.p.

⁴¹ M. Ruf, D. Schindler, *Debt shifting and thin-capitalization rules...*, op.cit., s. 13.

zuje pełna swoboda. W tym momencie nasuwa się pewna wątpliwość w związku z pozostawieniem podatnikom, którzy zaciągają pożyczki od podmiotów niepowiązanych, wyboru co do stosowania ograniczenia odsetkowego (art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. albo art. 15c ust 2–10 u.p.d.o.p.). Otóż jeśli ustawodawca w żaden sposób nie uwarunkował stosowania jednej albo drugiej metody, można wyobrazić sobie sytuację, w której podmiot taki dokona wyboru metody opisanej w art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. Nie spełniwszy jednak warunku wstępnego (brak powiązania z pożyczkodawcą), będzie mógł swobodnie rozliczyć wszystkie odsetki z tytułu zaciągniętych pożyczek w kosztach podatkowych, ponieważ wybrał ten model rozliczania odsetek, a nie ten zawarty w art. 15c ust. 2–10. Z drugiej strony działanie takie nie jest pozbawione ryzyka podatkowego. Wynika ono przede wszystkim z tego, że przepisy te są niejasne. Dlatego wydaje się, że ustawodawca powinien dokonać identyfikacji podmiotów, którzy uprawnieni są do dokonywania wyboru między dwiema metodami. Będą nimi podmioty, które zaciągają pożyczki również od podmiotów powiązanych. Z kolei podatnicy, którzy w swojej strukturze kosztów posiadają odsetki od pożyczek, ale wynikają one z umów podpisanych z podmiotami niezależnymi powinny stosować wyłącznie metodę określoną w art. 15c ust. 2–10.

Choć w uzasadnieniu do projektu ustawy jako główny cel przyjęto zapewnienie pełniejszej realizacji zasady sprawiedliwości podatkowej poprzez eliminację optymalizacji podatkowej⁴², analiza projektowanych przepisów prowadzi do wniosku, że przedsiębiorcy wcale nie zostali pozbawieni możliwości optymalizacji podatkowej. Otóż podstawą optymalizacji jest określenie skutków podatkowych zastosowania metod przyjętych do rozliczenia odsetek w kosztach uzyskania przychodów i wybór tej, która jest optymalna dla przedsiębiorcy, choć w tym przypadku projektodawca świadomie zezwolił na taką formę optymalizacji podatkowej. Optymalizacją podatkową, jak już wcześniej wykazano, jest także wykorzystanie momentu, na jaki określa się zadłużenie w art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p. Pozostawienie w projekcie ustawy obecnej konstrukcji przepisu spowoduje, że przedsiębiorcy nadal będą mogli wykorzystywać możliwość zmniejszenia zadłużenia na dzień spłaty odsetek i tym sposobem unikać zastosowania przepisów.

Podsumowanie

Rozwój gospodarki globalnej, w tym przede wszystkim przedsiębiorstw międzynarodowych, sprawił, że państwa coraz większą uwagę zwracają na szczeł-

⁴² Uzasadnienie do projektu z 12 lutego 2013 r. nowelizacji ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw, dostępne na stronie www.rcl.gov.pl.

ność systemów podatkowych. Jest to naturalna reakcja na działania optymalizacyjne tych pierwszych. Finansowanie dłużne jest korzystniejsze w stosunku do finansowania kapitałowego. W pierwszym przypadku odsetki są uwzględniane w podstawie opodatkowania jako koszt podatkowy, w drugim natomiast dywidenda takiego kosztu nie stanowi. Korzyści te tym bardziej są widoczne w sytuacji transgranicznej z uwagi na to, że rozszczenia podatkowe państwa źródła w odniesieniu do odsetek są zasadniczo niższe od rozszczeń w odniesieniu do dywidend⁴³. To wszystko przyczynia się do erozji podstawy opodatkowania w państwie, gdzie mieści się spółka zależna. Dlatego państwa w swoich porządkach prawnych wprowadzają przepisy ograniczające nadmierne finansowanie dłużne.

Pośród trzech modeli ograniczenia odsetkowego występujących w krajach członkowskich rozwiązania polskie odpowiadają obecnie modelowi drugiemu. Niestety praktyka funkcjonowania polskich przepisów pokazała ich nieefektywność. Przedsiębiorcy wykorzystywali bowiem możliwość finansowania zwrotnego od podmiotów powiązanych w sposób pośredni. Konstrukcja przepisów pozwalała i nadal pozwala na niestosowanie przepisów w tym przypadku. Co więcej stosowanie optymalizacji było czasem zabiegiem koniecznym, ponieważ niejasności interpretacyjne powodowały, że w praktyce nie wiadomo było w jaki sposób zastosować ograniczenie wynikające z art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.o.p..

Wydaje się więc słusznym posunięciem ze strony projektodawcy wprowadzenie przepisów doprecyzowujących. Jednak ten poszedł o krok dalej. Rozszerzył ich zastosowanie w stosunku do pożyczek zaciąganych od podmiotów powiązanych z pożyczkobiorcą w sposób pośredni, przez co zlikwidował możliwości optymalizacyjne przedsiębiorców. Co więcej wprowadził nową metodę rozliczenia odsetek. Nowelizacja pozostawiła jednak szereg wątpliwości interpretacyjnych, które na etapie ewentualnego uchwalania ustawy powinny zostać wyjaśnione.

Analiza przepisów, szczególnie jeśli chodzi o zasadę wyrażoną w art. 15c ust 2–10 w konfrontacji w rozwiązaniami europejskimi, pozostawia wrażenie, że przepisy te po raz kolejny były ustalane w pośpiechu. Co więcej, niewprowadzenie wyłączeń, np. dla branży leasingowej czy też małych i średnich przedsiębiorstw może przyczynić się do realnego wzrostu obciążeń podatkowych w tych sektorach i tym samym spadku ich rentowności.

Istnienie dwóch modeli rozliczania odsetek w kosztach podatkowych występuje tylko w Danii. Co ciekawe, system ten uznany jest za jeden z najbardziej skomplikowanych i szczegółowych⁴⁴. Powstaje więc pytanie, dlaczego projektodawca zaczerpnął przykład właśnie z tego państwa, zważywszy na to, że polski

⁴³ Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, *Stosowanie w UE i wobec krajów trzecich środków zwalczania nadużyć w obszarze podatków bezpośrednich*, Bruksela 10 grudnia 2007 r., KOM(2007) 785.

⁴⁴ Por. szerzej: S. Webber, *Thin capitalization...*, op.cit., s. 45.

system podatkowy postrzegany jest przez przedsiębiorców za skomplikowany i niejasny, co zostało także potwierdzone w badaniach Banku Światowego⁴⁵.

Z drugiej strony fakt uszczelniania przepisów w tym zakresie nie powinien dziwić. W ostatnim czasie w kontekście niedostatecznej kapitalizacji na arenie międzynarodowej coraz częściej dyskutowany jest problem „przerzucania” dochodów w ramach międzynarodowych korporacji w oparciu o specyficzne umowy finansowania. Dlatego niektóre państwa członkowskie UE zaostrzają przepisy dotyczące ujmowania w kosztach podatkowych odsetek od pożyczek zaciąganych od podmiotów z tej samej grupy kapitałowej. Najbardziej radykalne zmiany w tym zakresie przeprowadziły ustawodawstwa Danii (2007 r.), Niemiec (2008 r.) oraz Włoch (2008 r.), wprowadzając tzw. system *earning-stripping rule*⁴⁶.

Nie bez znaczenia pozostają także wytyczne Unii Europejskiej, która zaleca państwom członkowskim wdrażanie nie tylko klasycznych przepisów o niedostatecznej kapitalizacji uzależniających rozliczenie w kosztach odsetek od proporcji, w jakiej pozostaje zadłużenie do kapitałów własnych. Z rezolucji Rady z 8 czerwca 2010 r. wynika, że niedostateczna kapitalizacja ma miejsce wówczas, gdy kwota odsetek netto płaconych przez przedsiębiorstwo przekracza pewien próg zysku operacyjnego przed potrąceniem odsetek i podatku (EBIT) lub zysku przed potrąceniem odsetek od zaciągniętych kredytów, podatków i amortyzacji (EBITDA) (*earning-stripping rule*)⁴⁷.

Przepisy te nie powinny być jednak dostosowane do rozwiązań innych krajów czy wytycznych Unii Europejskiej, ale przede wszystkim do warunków polskich, w tym funkcjonujących branży, czy też najbardziej typowych form finansowania małych i średnich przedsiębiorstw. Pojawia się bowiem obawa, że wdrażanie wierniej kopii rozwiązań europejskich i to tylko tych najbardziej restrykcyjnych może nie zapewnić realizacji zasady sprawiedliwości podatkowej, na co liczy ustawodawca, co w konsekwencji może nie przełożyć się na wzrost dochodów budżetowych.

Bibliografia

- Bryńska A., *Niedostateczna kapitalizacja (thin capitalisation) – wątpliwości powstające na tle obowiązujących przepisów*, „Monitor Podatkowy” nr 3/2002.
 Dourado A.P., De la Feria R., *Thin capitalization rules in the context of the CCCTB*, Oxford University Centre for Business Taxation, WP 08/04.

⁴⁵ www.doingbusiness.org.

⁴⁶ T. Dukić, *Thin Capitalization Rules...*, op.cit., s. 95.

⁴⁷ Rezolucja Rady z dnia 8 czerwca 2010 r. w sprawie koordynacji zasad dotyczących kontrolowanych przedsiębiorstw zagranicznych i niedostatecznej kapitalizacji w Unii Europejskiej (DzUrz z 2010, 2010/C 156/01).

- Dukić T., *Thin Capitalization Rules in EU member States*, Uprawa, letnik IX, 2/2011.
- Fordońska A., Partyka A., *Niedostateczna kapitalizacja (thin capitalisation) – konsekwencje w prawie podatkowym i rachunkowym*, „Monitor Rachunkowości i Finansów” nr 5/2009.
- Interpretacja indywidualna z 21 lutego 2008 r., IBPB3/423-337/07/PC.
- Interpretacja indywidualna z 19 sierpnia 2009 r., IPPB3/423-385/09-2/JB.
- Interpretacja indywidualna z 10 listopada 2009 r., ILPB3/423-642/09-02/MMv.
- Interpretacja indywidualna z 9 czerwca 2010 r., IPPB3/423-149/10-3/AG.
- Interpretacja indywidualna z 27 maja 2011 r., IBPBI/2/423-212/11/MS.
- Interpretacja indywidualna z 23 listopada 2011 r., IPTPB3/423-207/11-2/IR.
- Interpretacja indywidualna z 30 kwietnia 2012 r., ILPB3/423-30/12-2/EK.
- Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, *Stosowanie w UE i wobec krajów trzecich środków zwalczania nadużyć w obszarze podatków bezpośrednich*, Bruksela 10 grudnia 2007 r., KOM(2007) 785.
- Kośmider A., *Odsetki od pożyczki udzielonej spółce kapitałowej przez jej wspólnika*, „Przegląd Podatkowy” 4/2004.
- Kukulski Z., *Niedostateczna kapitalizacja w prawie podatkowym*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Litwińczuk H. (red.), *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, ABC, Warszawa 2006.
- Mariański A., *Niekonstytucyjna zmiana*, „Rzeczpospolita” z 4 września 2012.
- Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku*, ABC a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011.
- Pasternak R., *Jak przy niedostatecznej kapitalizacji liczyć odsetki niestanowiące kosztów uzyskania przychodów*, „Gazeta Prawna” z 19 lutego 2009 r.
- Projekt z 12 lutego 2013 r. ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw.
- Rezolucja Rady z dnia 8 czerwca 2010 r. w sprawie koordynacji zasad dotyczących kontrolowanych przedsiębiorstw zagranicznych i niedostatecznej kapitalizacji w Unii Europejskiej (DzUrz UE z 2010, 2010/C 156/01).
- Ruf M., Schindler D., *Debt shifting and thin-capitalization rules – German experience and alternative approaches*, grudzień 2012 r.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (DzU nr 74, poz. 397 ze zm.).
- Uzasadnienie do projektu z 12 lutego 2013 r. nowelizacji ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw.
- Webber S., *Thin capitalization and interest deduction regulation*, Copenhagen research group on international taxation CORIT, Discussion paper no. 8.2010.
- Webber S., *Thin capitalization and Interest deduction Rules: A Worldwide Survey*, „Tax notes international” Volume 60, Number 9, 2010 r.
- Wyrok WSA z 3 grudnia 2010 r. (III SA/Wa 2365/10).
- Wyrok WSA z 12 stycznia 2011 r. (III SA/Wa 1052/10).

Wyrok NSA z 13 kwietnia 2011 r. (II FSK 2117/09).

Wyrok NSA z 18 września 2012 r. (II FSK 327/11).

www.doingbusiness.org.

www.rcl.gov.pl.

Streszczenie

Finansowanie zewnętrzne spółki kapitałowej w formie pożyczki (kredytu) od udziałowca jest korzystniejszą formą w porównaniu z finansowaniem definitywnym, w przypadku którego formą wynagrodzenia wspólnika jest dywidenda. Nie podlega ona bowiem rozliczeniu w kosztach podatkowych. Dlatego w wielu krajach, w tym w Polsce, wprowadzono instrumenty zabezpieczające budżet państwa przed odpływem dochodów budżetowych.

Celem niniejszego rozdziału jest przedstawienie skutków podatkowych stosowania przez podatników niedostatecznej kapitalizacji na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych w brzmieniu obowiązującym w 2013 r., a także perspektywy nowelizacji przepisów wynikających z projektu zmiany tej ustawy. Próba oceny polskich rozwiązań podatkowych zostanie zaprezentowana na tle regulacji podatkowych, jakie w tym zakresie występują w innych krajach członkowskich Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: niedostateczna kapitalizacja, dochody budżetowe, organy podatkowe, finansowanie, kapitał, dług, odsetki

Thin capitalization in corporate income tax regulations
– current situation and prospects for change

Summary

External financing in the form of loan (credit) from shareholder is much more advantageous than internal financing where shareholder can obtain dividend. Dividend is not cost deductible while interests are treated as tax cost. That is why, in many countries, also in Poland, thin capitalization rule (CTR) has been implementing. These regulations are aimed at tax revenues protection.

The chapter presents tax consequences of CTR application under corporate income tax regulations in Poland and prospects of changing law in the year of 2014. Also, the author has made an attempt to evaluate the new amendment to the CIT act in the context of CTR that exists in EU members states.

Tłumaczenie: Joanna Szlęzak-Matusewicz