

Ziemowit Kukulski, Dariusz Strzelec

Prawnopodatkowe ograniczenia swobody finansowania podmiotów zależnych

STRESZCZENIE

Artykuł dotyczy uregulowań krajowego prawa podatkowego, które w opinii autorów mogą prowadzić do ograniczenia swobody wyboru metody finansowania podmiotów zależnych. Przykładami takich prawnopodatkowych regulacji są m.in. przepisy w zakresie niedostatecznej kapitalizacji czy zasady, na jakich opodatkowane są odsetki od dopłat wnoszonych przez wspólników do spółek kapitałowych. Uregulowania te wprowadzają istotne ograniczenia, jeśli chodzi o finansowanie podmiotów zależnych za pomocą dłużnych instrumentów finansowania dostarczanych spółce, podatnikowi podatku dochodowego od osób prawnych przez jej wspólników w porównaniu z kapitałem dostarczonym w postaci wkładów na kapitał zakładowy (wkładów do spółki).

Autorzy analizują zakres stosowania przepisów w zakresie niedostatecznej kapitalizacji oraz regulacji dotyczących opodatkowania odsetek od dopłat wnoszonych przez wspólników do spółki w porównaniu z podobnymi w tym zakresie regulacjami obowiązującymi w innych państwach członkowskich UE oraz ich praktyczny wpływ na działalność gospodarczą w aspekcie krajowym jak i transgranicznym w świetle zgodności analizowanych regulacji z gwarantowanymi przez TFUE fundamentalnymi swobodami traktatowymi. Zarówno regulacje prawa podatkowego odnoszące się do opodatkowania odsetek od dopłat, jak i przepisy w zakresie niedostatecznej kapitalizacji mogą być postrzegane jako normy chroniące wpływy podatkowe przed zjawiskiem erozji podstawy opodatkowania podmiotu zależnego, przez co służą eliminacji zachowań kwalifikowanych jako unikanie opodatkowania.



Ziemowit Kukulski, Dariusz Strzelec

Tax Law Provisions Restricting the Freedom of Financing of Subsidiaries

ABSTRACT

The article deals with domestic tax law provisions which, in authors' opinion, may lead to restricting freedom in the financing of subsidiaries. An example of such tax law regulations, amongst other, are domestic thin capitalization rules (TCRs) and taxation of interest payments derived from obligatory contributions in cash provided by shareholders to the equity capital of the company. These rules provide for certain and significant limitations in the level of debt-financing provided by shareholders to its subsidiary compared to equity capital contributed to the subsidiary.

The authors analyze the scope of application of the domestic TCRs in comparison with similar provisions adopted by the other EU Member States and their practical impact on the domestic and cross-border business activity in the light of their conformity with the EU Treaty – Fundamental Freedoms and analyze the practical issues concerning the taxation of contributions in cash. The tax rules governing the taxation of interest payments, both derived in thin capitalization situations and from obligatory contributions in cash may lead to the significant erosion of the taxable basis of the subsidiary and is seen as an example of tax avoidance.



1

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Wyposażenie spółek kapitałowych w środki finansowe na prowadzenie działalności gospodarczej może być realizowane w rozmaity sposób. Najbardziej podstawowym jest wnoszenie wkładów na pokrycie kapitału zakładowego – na etapie tworzenia spółki, ewentualnie w trakcie funkcjonowania. Jednocześnie wspólnicy mogą udzielać pożyczek oraz wносить dopłaty. Poszczególnym instrumentom prawnym pozwalającym wspólnikom zasilić majątek spółki towarzyszą rozmaite konsekwencje podatkowe. W przepisach podatkowych czają się pułapki, z których istnienia powinni zdawać sobie sprawę wspólnicy, a znajomość tych pułapek może odgrywać istotną rolę, wpływając na podjęcie decyzji o sposobie finansowania spółki. Wspólnicy spółek posiadających status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych, podejmując decyzję o wyborze pożyczki lub kredytu jako sposobu dokapitalizowania tych podmiotów, mogą potencjalnie narazić te podmioty na restrykcje przewidziane w uregulowaniach w zakresie tzw. niedostatecznej kapitalizacji¹. Wynikają z nich bowiem daleko idące restrykcje traktowania pod względem podatkowym odsetek od pożyczek (kredytów) pochodzących od pewnej grupy wspólników spółki zwanych kwalifikowanymi pożyczkodawcami. Ograniczają bowiem możliwość ich zaliczenia przez spółkę w ciężar kosztów uzyskania przychodów, co z punktu widzenia przedsiębiorców może być oceniane jako istotne ograniczenie swobody wyboru metody dokapitalizowania spółki².

Co do zasady uregulowania prawno-podatkowe nie powinny determinować decyzji przedsiębiorców co do wyboru metody dokapitalizowania podmiotu zależnego. Decyzje w tym zakresie winny być podejmowane przede wszystkim na podstawie przesłanek o charakterze ekonomicznym, zaś kształt regulacji prawa podatkowego nie powinien wpływać znacząco na

¹ Przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację wprowadzono ustawą z dnia 20 listopada 1998 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz. U. Nr 144, poz. 931 (dalej: u.p.d.p.).

² *Report OECD: Thin Capitalization. Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen*, Paryż 1987, s. 8–14 (w:) *Issues in International Taxation 2/1987*, s. 8–36; Z. Kukulski, *Unormowania ograniczające niedostateczną kapitalizację w państwach OECD*, KPP 2000, nr 3, z. 4, s. 9 oraz idem, *Niedostateczna kapitalizacja w prawie podatkowym*, Warszawa 2006, s. 16 i n.; por. A. Sobiech, F. Seredyński, *Kiedy pożyczki udzielone spółce nie stanowią kosztów uzyskania przychodów?*, Prawo i Podatki 2007, nr 6, s. 5 i n. oraz A. Mariański, D. Strzelec, *Podatkowe konsekwencje zawarcia umowy pożyczki (2)*, Przegląd Podatkowy 2007, nr 9, s. 14 i n.

procesy m.in. alokacji kapitału, wybór formy organizacyjno-prawnej, w której prowadzona jest działalność gospodarcza, czy miejsce podejmowania działalności gospodarczej (kraj/zagranica) itp. Oznacza to, że system podatkowy winien w tym zakresie gwarantować przedsiębiorcom neutralność opodatkowania dochodów (przychodów) z określonych źródeł.

Z drugiej strony zdać sobie należy sprawę z faktu, że opodatkowaniu określonych dochodów (przychodów) i prowadzeniu działalności gospodarczej w kraju jak i poza jego granicami w takiej lub innej formie organizacyjno-prawnej towarzyszy chęć legalnego minimalizowania wysokości obciążeń podatkowych (unikanie opodatkowania). Reakcją ustawodawcy podatkowego jest ochrona bazy podatkowej poprzez wprowadzanie różnego rodzaju instrumentów prawnych eliminujących zachowania podatników mające wyłącznie na celu uniknięcie opodatkowania. Z tego typu reakcją spotykamy się na gruncie przepisów w zakresie niedostatecznej kapitalizacji.

Celem niniejszego artykułu jest rozstrzygnięcie, na ile obowiązujące w Polsce uregulowania prawa podatkowego determinują decyzję wspólników spółki – podatnika podatku dochodowego od osób prawnych co do wyboru metody dokapitalizowania tej spółki.

2

ZJAWISKONIEDOSTATECZNEJKAPITALIZACJASPÓŁEK JAKO PROBLEM PRAWA PODATKOWEGO

„Niedostateczna kapitalizacja” polega na nadmiernym wykorzystywaniu przez wspólników zwrotnej metody finansowania. W efekcie prowadzi ono do zachwiania proporcji pomiędzy wielkością zadłużenia spółki wobec udziałowców (akcjonariuszy) a wielkością jej kapitału zakładowego i tym samym grozi erozją podstawy opodatkowania (bazy podatkowej) spółki, podatnika podatku dochodowego od osób prawnych lub spółdzielni³. Niedostateczna kapitalizacja może być zakwalifikowana jako forma unikania opodatkowania

³ K. Opustil, *Pożyczki udzielone spółkom kapitałowym. Analiza regulacji art. 14 § 3 i art. 189 § 2 k.s.h.*, Kraków 2001, s. 37–38; zob. także Rezolucja Rady z dnia 8 czerwca 2010 r. w sprawie koordynacji zasad dotyczących kontrolowanych przedsiębiorstw zagranicznych i niedostatecznej kapitalizacji, Dz. Urz. UE z dnia 16 czerwca 2010 r., C156/1.

rozumianego jako wybór drogi najmniej opodatkowanej, czyli na takim ukształtowaniu stosunku prawnego lub prawa, gdzie przy jednoczesnej realizacji zamierzonego gospodarczo celu (w tym przypadku dokapitalizowanie spółki) minimalizuje się lub całkowicie redukuje wysokość obciążenia podatkowego⁴. W ocenie sądów administracyjnych zjawisko niedostatecznej kapitalizacji ma miejsce wtedy, gdy głównym źródłem finansowania spółki nie jest kapitał zakładowy (akcyjny), lecz zaciągnięta pożyczka (kredyt), zaś głównym motywem wyboru tej metody „dokapitalizowania” spółki jest chęć zastąpienia kapitału zakładowego kapitałem pochodzącym z pożyczek lub kredytów udzielonych spółce przez jej udziałowców (akcjonariuszy)⁵.

W Polsce przepisy w zakresie niedostatecznej kapitalizacji adresowane do spółek kapitałowych i spółdzielni nadmiernie zadłużonych wobec swych udziałowców (akcjonariuszy) lub członków zawarte są w art. 16 ust. 1 pkt. 60 i 61 oraz w ust. 6, 7 u.p.d.p. Ich konstrukcja oparta jest o wskaźnik wyznaczający dopuszczalne – z podatkowego punktu widzenia – proporcje między wartością zadłużenia spółki wobec jej udziałowców (akcjonariuszy) a wartością jej kapitału zakładowego na poziomie 3:1⁶. Tym samym z niedostateczną kapitalizacją w Polsce mamy do czynienia, jeżeli wartość zadłużenia spółki wobec określonej grupy jej udziałowców lub akcjonariuszy (tzw. znaczących udziałowców/ akcjonariuszy) przekroczy trzykrotność wartości jej kapitału zakładowego.

Zgodnie ze wskazanymi przepisami nie uważa się za koszt uzyskania przychodu odsetek od pożyczek (kredytów) udzielonych spółce przez jej udziałowca (akcjonariusza) posiadającego nie mniej niż 25% 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

⁴ Por. M. Kalinowski, *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*, Toruń 2001, s. 13–22 oraz H. Litwińczuk, *Obejście prawa podatkowego w świetle doświadczeń międzynarodowych*, PPPod 1999, nr 9, s. 5 i nn, a także P. Karwat, *Obejście prawa podatkowego*, Przegląd Podatkowy 2003, nr 2, s. 49 i n.

⁵ Por. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 października 2010 r., sygn. akt III SA/Wa 1831/10, Jur.Podat. 2010/6/89 oraz wyrok WSA w Gdańsku z dnia 20 kwietnia 2011 r., sygn. akt I SA/Gd 166/11, LEX nr 794108.

⁶ A. Sobiech, F. Seredyński, *Kiedy pożyczki...*, s. 5 i n. oraz A. Mariański, D. Strzelec, *Podatkowe konsekwencje...*, s. 14 i n.

25% udziałów w kapitale takiego udziałowca (akcjonariusza) osiągnie łącznie trzykrotność wartości kapitału zakładowego spółki – w części, w której pożyczka (kredyt) przekracza tę wartość zadłużenia określoną na dzień zapłaty odsetek (art. 16 ust pkt 60 u.p.d.p.).

Podobnie nie stanowią kosztu odsetki od pożyczek (kredytów) udzielonych przez spółkę innej spółce, 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 której pożyczka (kredyt) przekracza tę wartość zadłużenia określoną na dzień zapłaty odsetek (art. 16 ust 1 pkt 61 u.p.d.p.).

Z punktu widzenia przedsiębiorców przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację są postrzegane jako ograniczenie swobody wyboru metody dokapitalizowania spółki kapitałowej. Bowiem z punktu widzenia finansowanie podmiotów zależnych za pomocą pożyczek (kredytów) prowadzi do znacznego obniżenia wpływów podatkowych budżetu państwa, ponieważ odsetki od tych pożyczek (kredytów) stanowią dla spółki wypłacającej koszt uzyskania przychodu. W sytuacji, gdy podmiotem finansującym jest podmiot niebędący rezydentem państwa, w którym znajduje się siedziba spółki wypłacającej odsetki, ta forma finansowania stanowi swoisty przypadek **unikania opodatkowania**⁷. Stan taki, z punktu widzenia ustawodawcy, jest niepożądany. Celem przepisów dotyczących niedostatecznej kapitalizacji jest wyeliminowanie fiskalnych skutków występowania tego zjawiska przy jednoczesnym ograniczeniu ich stosowania wyłącznie do przypadków permanentnego finansowania spółki przez jej udziałowców za pomocą pożyczek lub kredytów.

Co do zasady udziałowcy (akcjonariusze) oraz członkowie spółdzielni mogą wybrać między dwiema metodami finansowania (dokapitalizowania) spółki zależnej (spółdzielni):

⁷ W. Nykiel, Z. Kukulski, M. Wilk, *Polish equity and debt financing regime in the light of neutrality principle, EC tax law and ECJ case-law*, http://ste.seast.org/articoli/pdf/polonia.eng_per.pdf.2.pdf, 25.10.2010.

- a) wkłady na pokrycie kapitału zakładowego – tzw. definitywna metoda finansowania lub
- b) pożyczka (kredyt) – tzw. zwrotna (dłużna) metoda finansowania.

Z podatkowoprawnego punktu widzenia decyzja udziałowców (akcjonariuszy) o wyborze między jedną a drugą metodą dofinansowania (dokapitalizowania) spółki kapitałowej rodzi następujące konsekwencje – w zależności od wybranej metody finansowania udziałowcy (akcjonariusze) otrzymują:

- a) dywidendy (definitywna metoda finansowania) lub
- b) odsetki (zwrotna metoda finansowania).

Wybór metody finansowania pociąga za sobą różne podatkowe skutki, które uwidaczniają się w sposobie traktowania dla celów podatkowych dywidend i odsetek. Co do zasady dywidendy oraz inne dochody (przychody) z tytułu udziału w zyskach osób prawnych nie stanowią dla niedostatecznie dokapitalizowanej spółki kosztu uzyskania przychodu dla celów podatku dochodowego od osób prawnych. Na skutek tego są one podwójnie opodatkowane w sensie ekonomicznym. Podwójne opodatkowanie w sensie ekonomicznym w tym przypadku oznacza, że na ten sam dochód (przychód) nałożony jest podwójny ciężar podatkowy, ale w rękach dwóch różnych podmiotów: spółki i udziałowców (akcjonariuszy). Podwójne opodatkowanie w sensie ekonomicznym nie występuje w przypadku, gdy spółka dokonuje wypłaty na rzecz udziałowców (akcjonariuszy) odsetek w związku z udzieloną przez nich spółce pożyczką. Odsetki stanowią bowiem dla spółki koszt uzyskania przychodu.

3

REAKCJA NA ZJAWISKO „NIEDOSTATECZNEJ KAPITALIZACJI” W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH UE

W celu ochrony przed towarzyszącą niedostatecznej kapitalizacji erozją podstawy opodatkowania na poziomie spółki dłużnika wypłacającej odsetki od pożyczek udzielonych spółce przez jej udziałowców (akcjonariuszy) wiele krajów, w tym także Polska, wprowadziło specjalne normy prawne adresowane wyłącznie do finansowanych w ten sposób spółek. Normy te

mają na celu ograniczanie niedostatecznej kapitalizacji. Z reguły znajdują one zastosowanie wyłącznie do odsetek od pożyczek udzielonych spółce przez jej udziałowców (akcjonariuszy). Odsetki od pożyczek zaciągniętych przez spółkę u innych podmiotów są wyłączone z zakresu stosowania owych norm.

Reakcja państw członkowskich na niedostateczną kapitalizację nie jest jednolita. Najczęściej niedostateczna kapitalizacja ograniczana jest za pomocą specjalnych norm ustanawiających dopuszczalne z podatkowego punktu widzenia proporcje między kapitałem dostarczonym spółce przez jej udziałowców (akcjonariuszy) w formie wkładu na kapitał zakładowy a kapitałem dostarczonym w formie pożyczki. Proporcje te wyznacza specjalny wskaźnik (ang. *debt-to-equity ratio*) z reguły na poziomie 3:1, gdzie 3 odpowiada wartości zadłużenia spółki wobec jej udziałowców (akcjonariuszy) zaś 1 odpowiada wartości kapitału zakładowego spółki. Restrykcje wynikające z przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację znajdują zastosowanie do odsetek wypłacanych przez spółkę udziałowcom (akcjonariuszom) w związku z udzielonymi przez nich pożyczkami, jeżeli wartość zadłużenia spółki wobec tych podmiotów przekroczy ustawowo określony wskaźnik. Oznacza to, że część odsetek nie będzie stanowiła dla spółki dłużnika kosztu uzyskania przychodu. Nierzadko odmowie uznania odsetek za koszt uzyskania przychodu dla spółki towarzyszy ich reklasyfikacja dla celów podatkowych w dywidendę. Niektóre państwa członkowskie UE nie zawierają przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację (np. Austria, Cypr, Estonia, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Malta, Słowacja oraz Szwecja), niemniej jednak ograny podatkowe są uprawnione do kwestionowania wysokości poniesionych przez spółkę dłużnika wydatków związanych z wypłatą odsetek od pożyczek udzielonych spółce przez udziałowców (akcjonariuszy) na innej podstawie prawnej niż przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację. Są to: klauzula generalna zapobiegająca unikaniu opodatkowania lub nadużyciu prawa podatkowego, przepisy w zakresie cen transferowych lub nawet doktryny orzecznicze opracowane przez sądy krajowe (ang. *substance over form doctrine*)⁸. Ten sposób reakcji na niedostateczną kapitalizację występuje m.in. w Belgii, Holandii, Irlandii, Norwegii⁹ oraz Wielkiej Brytanii. Środki te znajdują zastosowanie zwłaszcza

⁸ F.J. Safarik, *New Thin Capitalization Guidelines*, European Taxation 2/1998, Vol. 38, s. 59–60.

⁹ The European Economic Area Member State.

w przypadku, gdy spółka otrzymuje pożyczkę od swych udziałowców (akcjonariuszy) na warunkach odbiegających od warunków rynkowych lub gdy pożyczka uznana jest za ukryty wkład do kapitału zakładowego spółki. We wszystkich tych przypadkach dochodzi do reklasyfikacji wypłaconych przez spółkę odsetek udziałowcom (akcjonariuszom) w dywidendę dla celów ich opodatkowania.

Tabela 1. ilustruje wysokość wskaźnika wartości zadłużenia do wartości kapitału zakładowego w wybranych państwach UE.

Tabela 1. Wskaźnik wartości zadłużenia do wartości kapitału zakładowego w wybranych państwach UE

Państwo członkowskie UE	Wskaźnik wartości zadłużenia do wartości kapitału zakładowego
Belgia	1:1
Bułgaria	3:1
Czechy	4:1
Dania	4:1
Francja	1,5:1
Grecja	3:1
Hiszpania	2:1
Litwa	4:1
Luksemburg	85:15 w przypadku spółek holdingowych
Łotwa	4:1
Niemcy	1,5:1
Polska	3:1
Portugalia	2:1
Rumunia	3:1
Słowenia	5:1 – od 2010 r. do 31.12.2011r. i 4:1 od 2012 r.
Węgry	3:1
Włochy	4:1

Źródło: opracowanie własne.

Niezależnie od konstrukcji prawnej środków wykorzystywanych w celu ograniczania niedostatecznej kapitalizacji skutkiem ich zastosowania jest zmiana zasad ogólnych opodatkowania odsetek – odmowa ich zaliczenia w ciężar kosztów po stronie spółki dłużnika. Oznacza to, że środki te wywierają bezpośredni wpływ zarówno na stosowanie umów dwustronnych w sprawie unikania podwójnego opodatkowania zawartych między państwami członkowskimi UE oraz gwarantowane przez prawo pierwotne fundamentalne swobody traktatowe, przepisy prawa krajowego implementujące postanowienia norm prawa wtórnego UE (dyrektywy PSD oraz IRD).

4

KSZTAŁT POLSKICH REGULACJI W ZAKRESIE NIEDOSTATECZNEJ KAPITALIZACJI I OGRANICZENIA Z NICH WYNIKAJĄCE DLA PRZEDSIĘBIORCÓW

Przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację w Polsce zostały wprowadzone w 1999 r. Podobnie jak w wielu innych państwach członkowskich UE oparte są na wskaźniku wyznaczającym dopuszczalne z podatkowego punktu widzenia proporcje między wartością zadłużenia spółki wobec udziałowców (akcjonariuszy) a wartością jej kapitału zakładowego na poziomie 3:1. Ograniczają one możliwość odliczenia w ciężar kosztów uzyskania przychodów odsetek od pożyczek udzielonych spółce kapitałowej (spółdzielni) rezydentowi RP przez bezpośrednich kwalifikowanych udziałowców (akcjonariuszy) w przypadku przekroczenia normatywnego wskaźnika. Restrykcjom z nich wynikającym podlegają ponadto odsetki od pożyczek udzielonych pomiędzy spółkami siostrami. W granicach wyznaczonych przez wskaźnik udziałowcy (akcjonariusze) mogą bez ograniczeń finansować spółkę za pomocą dłużnych instrumentów finansowania. W obecnym kształcie polskie przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację znajdują zastosowanie zarówno do pożyczek (kredytów) udzielonych przez kwalifikowanych udziałowców (akcjonariuszy) będących rezydentami Polski, jak i nieposiadających statusu rezydenta podatkowego RP.

Obowiązujące od 1 stycznia 1999 r. w Polsce przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację wprowadzone ustawą z dnia 20 listopada 1998 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. Nr 144, poz. 931), posługują się wskaźnikiem wyznaczającym dopuszczalną granicę

wewnętrznego zadłużenia spółki wobec jej udziałowców (akcjonariuszy) w stosunku do wartości kapitału zakładowego na poziomie 3:1. Zatem w myśl prawa niedostateczna kapitalizacja polskiego występuje wówczas, gdy wartość zadłużenia spółki wobec określonej grupy jej udziałowców lub akcjonariuszy osiągnie trzykrotność wartości kapitału zakładowego spółki.

Obowiązujące w Polsce normy ograniczające niedostateczną kapitalizację zawarte zostały w przepisach art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.p., art. 16 ust. 6 u.p.d.p. oraz art. 16 ust. 7 i 7a u.p.d.p.

Polskie normy ograniczające niedostateczną kapitalizację wprowadzają restrykcje w odniesieniu do potrącalności od przychodów spółki dłużnika odsetek od pożyczek (kredytów) udzielonych przez udziałowców (akcjonariuszy) spółki. Co do zasady zatem przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację nie znajdują zastosowania do odsetek od pożyczek udzielonych spółce przez osoby trzecie (nie-udziałowców).

W swoim pierwotnym brzmieniu obowiązujące w Polsce przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację nie były zgodne ze swobodą przedsiębiorczości gwarantowaną przez TFUE, ponieważ restrykcje z nich wynikające znajdowały zastosowanie wyłącznie do pożyczek udzielonych przez udziałowców (akcjonariuszy) nie-rezydentów oraz przez rezydentów zwolnionych z p.d.o.p. Oznaczało to, że *de facto* udziałowcy (akcjonariusze) rezydenci RP podlegający w Polsce nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu nie byli objęci zakresem przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację.

Zakres podmiotowy polskich przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację uległ zmianie na skutek orzeczenia TSUE (ETS) z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH vs. Finanzamt Steinfurt*¹⁰. **Od roku 2005 restrykcjom wynikającym z przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację objęte zostały pożyczki (kredyty) udzielone zarówno przez rezydentów jak i nie-rezydentów.**

Prawo pierwotne UE nie zakazuje obowiązywania w państwie członkowskim uregulowań podatkowych, które ograniczają możliwość zaliczenia odsetek od pożyczek udzielonych spółce przez jej udziałowca (akcjonariusza) w ciężar kosztów uzyskania przychodów. Obszar ten nie został objęty pozytywną harmonizacją. Ponadto TFUE zezwala państwu członkowskiemu

¹⁰ Por. H. Litwińczuk (red.), *Podatki bezpośrednie. Prawo polskie a prawo wspólnotowe*, Warszawa 2009, s. 388–389.

UE na wprowadzenie specjalnych uregulowań prawnych – w tym przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację – eliminujących zachowania podatników kwalifikowane jako unikanie opodatkowania lub nadużycie krajowego prawa podatkowego danego państwa członkowskiego. Obszar ten objęty jest natomiast negatywną harmonizacją.

To ogólne założenie akceptowane jest także na gruncie orzecznictwa TSUE. Pierwszą sprawą, w której TSUE zmierzył się pośrednio z problematyką niedostatecznej kapitalizacji w kontekście fundamentalnych swobód traktatowych była sprawa C-324/00 *Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt*. Sprawa ta dotyczyła nadmiernego finansowania spółek kapitałowych przez spółki dominujące za pomocą dłużnych instrumentów finansowania (pożyczka) noszących znamiona ukrytego wkładu do kapitału zakładowego spółki zależnej. Finansowanie spółek kapitałowych przez udziałowców (akcjonariuszy) za pomocą pożyczki może prowadzić do naruszenia zasady długości ramienia (ang. *arm's length principle*). Dzieje się tak nie tylko wówczas, gdy stopa oprocentowania pożyczki rażąco odbiega od oprocentowania stosowanego w transakcjach zawieranych przez podmioty niepowiązane, ale także wtedy, gdy inne warunki umowy – takie jak np. wysokość pożyczonej kwoty, terminy i warunki spłaty pożyczki – noszą *de facto* znamiona ukrytego wkładu do kapitału zakładowego spółki dłużnika. TSUE dokonał oceny obowiązujących w Niemczech przepisów w zakresie niedostatecznej kapitalizacji w świetle swobody przedsiębiorczości, o której mowa w art. 49 TFUE (dawny art. 43 TUE).

Regulacje prawa niemieckiego modyfikowały zasady opodatkowania odsetek wypłacanych przez spółkę zależną w związku z pożyczką udzieloną tej spółce przez udziałowca (akcjonariusza) mającego status znaczącego udziałowca. Oparte były i są na metodzie wskaźnika wartości zadłużenia spółki do wartości jej kapitału zakładowego 3:1 (w owym czasie), który ustalał dopuszczalne proporcje, w jakich kapitał dostarczony spółce przez udziałowców (akcjonariuszy) w formie pożyczek powinien pozostawać w stosunku do kapitału zakładowego i przewidywały w przypadku jego przekroczenia reklasyfikację odsetek w dywidendę dla celów ich opodatkowania. Przepisy te jednak nie znajdowały zastosowania, jeżeli z okoliczności faktycznych sprawy wynikało, że możliwe było zaciągnięcie pożyczki przez spółkę zależną na takich samych warunkach, jak umowa zawarta ze znaczącym udziałowcem, z osobą trzecią – podmiotem niepowiązanym (zdanie drugie przepisu § 8a (1) KStG).

TSUE uznał niemieckie przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację za naruszające swobodę przedsiębiorczości, gdyż restrykcje z nich wynikające znajdowały zastosowanie wyłącznie do pożyczek udzielonych niemieckiej spółce zależnej przez udziałowców (akcjonariuszy) nie-rezydentów oraz rezydentów Niemiec, którzy byli zwolnieni w Niemczech z podatku dochodowego od osób prawnych (wąska grupa podmiotów – podmioty prawa publicznego). W ocenie TSUE stanowiło to nieusprawiedliwione ograniczenie (ang. *unjustified restriction*) w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości, skutkujące dyskryminacją nie-rezydentów pożyczkodawców. Bowiem restrykcje wynikające z omawianych regulacji *de facto* wprowadzały dwa różne reżimy opodatkowania rezydentów i nie-rezydentów. Podatkowe konsekwencje obowiązywania niemieckich przepisów zakresie niedostatecznej kapitalizacji były mniej korzystne dla nie-rezydentów udzielających pożyczki niemieckiej spółce zależnej, co mogło przyczynić się do rezygnacji z nabywania udziałów (akcji) lub zakładania spółek zależnych z siedzibą w Niemczech.

Konsekwencją zastosowania polskich norm ograniczających niedostateczną kapitalizację jest odmowa uznania odsetek od pożyczek (kredytów) udzielonych spółce przez znaczących udziałowców za koszt uzyskania przychodu, jeżeli przekroczony zostanie wskaźnik 3:1 wartości zadłużenia do wartości kapitału zakładowego. W odróżnieniu od, na przykład, niemieckich, belgijskich czy brytyjskich regulacji w tym zakresie polskie regulacje nie przewidują zmiany kwalifikacji prawnej odsetek w dywidendę.

W świetle polskich regulacji ograniczających niedostateczną kapitalizację, dłużnik (pożyczkobiorca) musi mieć status: a) spółki kapitałowej lub b) spółdzielni. Natomiast restrykcje z nich wynikające (odmowa uznania odsetek od pewnych pożyczek) dotyczą pożyczek pochodzących od podmiotów, którzy mają status „kwalifikowanego pożyczkodawcy”. Przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację znajdują zastosowanie, jeżeli:

- pożyczka została udzielona przez bezpośredniego udziałowca posiadającego co najmniej 25% udziałów w kapitale spółki dłużnika, lub
- grupę udziałowców, posiadających łącznie co najmniej 25% udziałów (akcji) w kapitale spółki dłużnika.

Ponadto przepisy te znajdują zastosowanie także do pożyczek udzielonych między spółkami-siostrami, tj. spółkami, w których inna spółka posiada bezpośrednio po 25% udziałów (akcji).

Zgodnie z ust. 6 art. 16 u.p.d.p., udział w kapitale, o którym mowa, określa się na podstawie liczby praw głosu, jakie w związku z posiadanymi udziałami (akcjami) przysługują pożyczkodawcy. Od 1 stycznia 2005 r., w kontekście orzeczenia TSUE (ETS) z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH vs. Finanzamt Steinfurt*, obowiązujące w Polsce przepisy w zakresie niedostatecznej kapitalizacji znajdują zastosowanie zarówno do pożyczek (kredytów) udzielonych spółce przez:

- a) udziałowców-rezydentów RP, jak i
- b) udziałowców-nie-rezydentów RP.

Zgodnie z przepisem art. 16 ust. 7b u.p.d.p. przez pożyczkę rozumie się:

- a) pożyczkę *sensu stricte* – art. 725 k.c.,
- b) emisję papierów wartościowych o charakterze dłużnym,
- c) depozyt nieprawidłowy,
- d) lokatę.

W Polsce wskaźnik bezpiecznego zadłużenia” wynosi 3:1 i brak jest norm o charakterze *lex specialis*, które znajdowałyby zastosowanie np. do pożyczek udzielanych przez banki i instytucje finansowe (tzw. pożyczki międzybankowe). Prawidłowe zastosowanie wymaga porównania dwóch wartości: wartości kapitału zakładowego spółki oraz wartości jej zadłużenia wobec pewnej grupy udziałowców (akcjonariuszy), których dla odróżnienia od „kwalifikowanych pożyczkodawców” określa się mianem „**znaczących udziałowców (akcjonariuszy)**”. Bowiern przepisy znajdują zastosowanie, jeżeli wartość zadłużenia spółki wobec „znaczących” udziałowców spółki przekroczy trzykrotnie wartość jej kapitału zakładowego.

Do kręgu „znaczących” udziałowców (akcjonariuszy) zaliczany jest podmiot, który:

- a) sam posiada bezpośrednio co najmniej 25% udziałów (akcji) w kapitale spółki dłużnika, lub
- b) posiada co najmniej 25% udziałów (akcji) w kapitale bezpośredniego udziałowca spółki dłużnika (spółka-babka – pośredni udziałowiec).

Zatem nie każdy „kwalifikowany pożyczkodawca” – ten, którego spotykają restrykcje wynikające z zastosowania tych przepisów – jest jednocześnie „znaczącym udziałowcem” spółki. Ciekawostką może być to, że nawet jeżeli jest przekroczony wskaźnik 3:1, odsetki od pożyczki udzielonej przez

pośredniego „znaczącego” udziałowca będą stanowiły koszt uzyskania przychodu dla spółki dłużnika.

Pojęcie „wartości kapitału” zakładowego spółki (spółdzielni) zostało zdefiniowane w przepisie art. 16 ust. 7 u.p.d.p., z którego wynika, że wartość tę określa się bez uwzględnienia:

- ☒ tej części kapitału, która nie została faktycznie na ten kapitał przekazana,
- ☒ części pokrytej wierzytelnościami z tytułu pożyczek (kredytów) lub odsetek od nich przez udziałowców – konwersja wierzytelności – oraz
- ☒ części pokrytej wartościami niematerialnymi lub prawnymi, od których nie dokonuje się odpisów amortyzacyjnych zgodnie z art. 16a–16m.

Brak legalnej definicji wartości zadłużenia rodzi szereg problemów interpretacyjnych.

5

POJĘCIE I ZASADY USTALANIA „WARTOŚCI KAPITAŁU” ORAZ „WARTOŚCI ZADŁUŻENIA”

Prawidłowe zastosowanie przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację wymaga porównania dwóch wielkości: wartości zadłużenia spółki pożyczkobiorcy wobec jej znaczących bezpośrednich i pośrednich udziałowców (akcjonariuszy) z wartością jej kapitału zakładowego na dzień wypłaty odsetek od pożyczek (kredytów) udzielonych spółce przez „kwalifikowanych pożyczkodawców”. Jednakże przepisy te nie precyzują pojęcia „wartość zadłużenia”, wskazują jedynie podmioty, względem których wielkość zadłużenia należy ustalić. Warto zaznaczyć, że wprowadzenie do przepisów o niedostatecznej kapitalizacji ustawowej definicji „pożyczki” nie wpływa na zakres znaczeniowy pojęcia „wartość zadłużenia”. Z literalnego brzmienia owych przepisów wynika, że w cel obliczenia wskaźnika dopuszczalnych podatkowo proporcji między wartością zadłużenia a wartością kapitału zakładowego spółki brane są pod uwagę wszelkie kategorie zadłużenia spółki pożyczkobiorcy z jakichkolwiek tytułów prawnych wobec wspomnianej grupy „znaczących” udziałowców spółki, a nie tylko

zadłużenie z tytułu „pożyczek” w rozumieniu przepisu art. 16 ust. 7b u.p.d.p.

Należy jednak w tym miejscu zwrócić uwagę na pewien niuans, a mianowicie przy obliczaniu wskaźnika zadłużenia kumuluje się zadłużenie względem tzw. znaczących udziałowców (posiadających nie mniej niż 25% udziałów w prawie głosu) oraz innych podmiotów posiadających co najmniej 25 udziałów, ale już w kapitale, a nie prawie głosu tych udziałowców większościowych. Nie uwzględnia się natomiast zadłużenia wobec mniejszych udziałowców, choćby posiadali łącznie co najmniej 25% udziałów i udzielili spółce pożyczek, czyli tych którzy udzielili spółce pożyczki (kredytu) zagrożonego restrykcjami wynikającymi z omawianych przepisów.

Ponadto przepis ma zastosowanie wyłącznie do odsetek od pożyczek udzielonych przez udziałowca (akcjonariusza). Przepis ten nie obejmuje natomiast sytuacji, w której dany podmiot będący pożyczkodawcą nie posiada w ogóle udziałów (akcji) w kapitale spółki pożyczkobiorcy¹¹. Przykładowo Spółka z o.o. X posiada dwóch znaczących udziałowców – także spółki z o.o. – spółkę Y oraz spółkę Z posiadające po 50% udziałów. Jednocześnie w tych spółkach występują także udziałowcy – wspólnik A posiadający 30% udziałów w spółce Y oraz wspólnik B posiadający 40% udziałów w spółce Z. Ograniczeniom, gdy chodzi o zaliczenie odsetek do kosztów, mogą podlegać odsetki wypłacane spółce Y oraz spółce Z (czyli bezpośrednim udziałowcom) natomiast przy obliczaniu limitu zadłużenia na potrzeby analizowanych przepisów należy uwzględnić zadłużenie wobec wszystkich wskazanych podmiotów czyli bezpośrednich udziałowców tj. obu spółek Y oraz Z oraz podmiotów pośrednio powiązanych kapitałowo czyli wspólników posiadających udział w kapitale bezpośrednich udziałowców tj. wspólnika A oraz B. Jednocześnie pożyczki udzielone przez podmioty A i B nie są pożyczkami zagrożonymi z punktu widzenia analizowanych przepisów. Natomiast do kwalifikacji odsetek płaconych (lub kapitalizowanych) na rzecz udziałowca pośredniego jako kosztów uzyskania przychodów znajdzie zastosowanie reguła ogólna z art. 15 ust. 1 u.p.d.p.¹².

Do takiego wniosku skłania fakt, że w przepisach ograniczających niedostateczną kapitalizację mowa jest generalnie o wartości zadłużenia, a nie

¹¹ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 31.05.2010 r., IPPB3/423-160/10-5/ER.

¹² Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 17.02.2010 r. IBPBI/2/423-1407/09/PP.

o zadłużeniu z jakiegos określonego jednego tytułu¹³. Brak ustawowej definicji „wartości zadłużenia” rodzi spory zarówno w literaturze przedmiotu jak i orzecznictwie sądów administracyjnych. Z jednej strony za w pełni uprawnioną uznać należy tezę, iż wobec braku ustawowego doprecyzowania pojęcia „wartości zadłużenia”, które należy wziąć pod uwagę przy określaniu wskaźnika proporcji, w jakiej powinien pozostawać kapitał własny spółki w stosunku do omawianej wielkości, należy porównać z wartością kapitału wszelkie zobowiązania spółki wobec grupy jej „znaczących” udziałowców¹⁴. Tezę tę potwierdza orzecznictwo¹⁵, wynika z niej, że przy obliczaniu „wartości zadłużenia”, o której mowa w przepisach dotyczących niedostatecznej kapitalizacji, należy uwzględnić nie tylko zobowiązania z tytułu pożyczek i kredytów, ale również zobowiązania wynikające z transakcji dotyczących dostawy towarów czy usług. Oznacza to, że literalna wykładnia przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację prowadzi do wniosku, że pod tym pojęciem nie należy rozumieć wartości zadłużenia spółki z określonego tytułu prawnego, ale wartość zadłużenia w ogóle¹⁶.

Natomiast praktyka organów podatkowych oraz opinie formułowane przez MF wskazują, iż należy uwzględnić zadłużenie także z innych tytułów. Ministerstwo Finansów, w jednym z pism¹⁷ wyjaśniło, iż przepis ten znajduje zastosowanie w przypadkach wypłaty odsetek od pożyczek (kredytów), kiedy zadłużenie spółki z jakiegokolwiek tytułu wobec podmiotów powiązanych przekroczy odpowiedni poziom, określony na dzień zapłaty odsetek od pożyczki (kredytu). Podobnie kwestia ta jest postrzegana w najnowszych interpretacjach organów, w których te skłonne są przyjmować, iż pojęcie zadłużenia zbliżone jest w swoim zakresie do instytucji „zobowiązania” określonej w przepisach prawa cywilnego i oznacza obowiązek dłużnika do spełnienia oznaczonego świadczenia, a więc świadczenia

¹³ Por. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 4 lutego 2010 r., sygn. akt III SA/Wa 944/09, LEX nr 576340, z którego wynika, że określenia „zadłużenie” użytego w art. 16 ust. 1 pkt 60 oraz pkt 61 u.p.d.p. nie można odnosić do długów i depozytów ustalonych „per saldo”.

¹⁴ R. Giołek, *Niedostateczna kapitalizacja. Zmiany w podatku dochodowym od osób prawnych*, PP 1999, nr 3, s. 13.

¹⁵ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 25 października 2010 r., sygn. akt I SA/Gd 661/10, LEX nr 672828 oraz wyrok NSA w Warszawie z dnia 6 października 2004 r., sygn. akt FSK 1255/04, LEX nr 147779.

¹⁶ Zob. Z. Kukulski (w:) W. Nykiel, A. Mariański (red.), *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych*, Gdańsk 2009, s. 576.

¹⁷ Pismo z 17.03.2000 r., PB4/AK-802-624/71/00, S. Podat. 2001, nr 8, s. 44.

którego wielkość jest już stronom znana, choć świadczenie takie nie musi być jeszcze na dany moment wymagalne. Nie można zdaniem organów zawęzić pojęcia wartości zadłużenia tylko do zadłużenia z tytułów, o których mowa w art. 16 ust. 7b¹⁸. Tym samym, ustalając wartość zadłużenia, należy mieć na względzie wszelkie transakcje zwarte z udziałowcem, które powodują powstanie zadłużenia, np. handlowe zobowiązania polegające na zapłacie ceny za dostarczony towar, ale również niewypłaconą dywidendę¹⁹.

Dla celów wyliczenia wartości zadłużenia, o którym mowa w przepisie, należy wziąć pod uwagę jedynie faktycznie istniejące na dzień spłaty odsetek (tj. pozostające do uregulowania przez spółkę w przyszłości) zobowiązania spółki wobec „znaczących udziałowców”. Nie należy natomiast uwzględniać kwoty spłacanych w tym dniu odsetek od udzielonych przez udziałowca pożyczek²⁰. Jeżeli więc na dzień zapłaty odsetek pożyczki od wspólnika będą już spłacone, to do wypłaconych od takiej pożyczki odsetek nie będą miały zastosowania ograniczenia wynikające z przepisu²¹.

Stosowanie literalnej wykładni pojęcia „wartości zadłużenia” przesądza o wyjątkowo restrykcyjnym charakterze omawianych regulacji. Prowadzi jednakowoż do pewnych paradoksów. Wystarczy wyobrazić sobie sytuację, w której doszło do udzielenia pożyczki spółce przez udziałowców A i B, którzy łącznie posiadają co najmniej 25% udziałów (akcji) w jej kapitale zakładowym. Dla potrzeb kalkulacji wskaźnika 3:1 zadłużenie spółki wobec tych kwalifikowanych pożyczkodawców nie będzie uwzględniane, gdyż podmioty te nie posiadają statusu znaczących udziałowców (akcjonariuszy). Zakładając, że spółka jest zadłużona u swych pośrednich znaczących udziałowców (spółki babki) i że wartość zadłużenia tej spółki wobec tych podmiotów przekroczy trzykrotnie wartość jej kapitału zakładowego, wówczas paradoksalnie odsetki od zadłużenia spółki wobec jej znaczącego pośredniego udziałowca będą mogły stanowić koszt uzyskania przychodu w odróżnieniu od odsetek od pożyczek (kredytów) wobec kwalifikowanych pożyczkodawców, które nie były brane pod uwagę przy kalkulacji wskaźnika. Ponadto powstają także trudności w określeniu części odsetek od pożyczek (kredytów) udzielonych przez kwalifikowanych pożyczkodawców w sytuacji,

¹⁸ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 31.05.2010 r. ITPB3/423-148/10/PS.

¹⁹ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 29.01.2010 r. IBPBI/2/423-1318/09/AK.

²⁰ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 27.05.2010 r. ITPB3/423-115/10/PS.

²¹ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 18.01.2010 r., IPPB3/423-849/09-2/ER

gdy wartość zadłużenia wobec znaczących udziałowców (akcjonariuszy) jest większa niż z tytułu owych pożyczek (kredytów). Z literalnego brzmienia przepisów w zakresie niedostatecznej kapitalizacji wynika bowiem, że nie stanowią kosztów uzyskania przychodów odsetki od pożyczek (kredytów) udzielonych spółce przez jej kwalifikowanych pożyczkodawców – w części w jakiej pożyczka ta (kredyt) przekracza tę wartość (tj. wartość zadłużenia).

Funkcjonalna wykładnia przepisów w zakresie niedostatecznej kapitalizacji prowadzi jednakże do odmiennych rezultatów i pozwala rozwiązać wskazany wyżej problem. Postulujemy odejście od literalnej wykładni terminu „wartość zadłużenia” użytego na gruncie przepisów w zakresie niedostatecznej kapitalizacji. Skoro celem owych przepisów jest ograniczenie możliwości zaliczenia w ciężar kosztów uzyskania przychodów odsetek o pewnej kategorii pożyczek (kredytów), również przy określaniu, czy zostały spełnione przesłanki do ich zastosowania – przekroczenie ustawowo określonego wskaźnika między wartością zadłużenia spółki a jej wartością kapitału zakładowego – winno się uwzględniać nie ogół długów spółki wobec jej znaczących bezpośrednich lub pośrednich udziałowców, ale jedynie wartość jej zadłużenia z tytułu pożyczek (kredytów), których dotyczą restrykcje z nich wynikające. Tezę tę potwierdza jedno z orzeczeń wojewódzkiego sądu administracyjnego²². Wynika z niej, że pojęcie „wartość zadłużenia” obejmuje wyłącznie pożyczki i kredyty zaciągnięte przez spółkę wobec określonych podmiotów, a nie każde zobowiązanie do uregulowania w stosunku do wymienionych podmiotów.

Z punktu widzenia konsekwencji podatkowych istotne jest czy wysokość zadłużenia osiągnęła łącznie trzykrotność wartości kapitału zakładowego spółki. Przy dokonywaniu oceny, czy ten poziom został przekroczony, ustawa przewidziała zasady jego ustalania. Zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 16 ust 7 u.p.d.p. przy określaniu wartości kapitału zakładowego spółki nie uwzględnienia się tej części tego kapitału, jaka

- a) nie została na kapitał faktycznie przekazana,
- b) została pokryta wierzytelnościami z tytułu pożyczek (kredytów) oraz z tytułu odsetek od tych pożyczek (kredytów) przysługującymi udziałowcom (akcjonariuszom) wobec tej spółki,
- c) została pokryta wartościami niematerialnymi lub prawnymi, od których nie dokonuje się odpisów amortyzacyjnych.

²² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 3 marca 2010 r., sygn. akt III SA/Wa 2365/10, LEX nr 688881.

Przepisy, używając terminu „wartość zadłużenia”, nie doprecyzowują, z jakich tytułów owo zadłużenie ma pochodzić. Rodzi to pytanie, czy należałoby uwzględnić jedynie zdefiniowane w art. 16 ust 7a u.p.d.p. pożyczki udzielane przez podmioty wskazane powyżej, czy także powinno uwzględnić się należności z innych tytułów, np. zobowiązania z transakcji handlowych, kredyt kupiecki, ewentualne odszkodowania. Co prawda w analizowanych przepisach jest mowa jedynie o wartości zadłużenia, a nie o zadłużeniu z jakiegoś jednego określonego tytułu, to jednak, analizując cel wprowadzonego unormowania, tj. ograniczenie finansowania kapitałem dłużnym spółek, można sądzić, iż powinno to dotyczyć jedynie pożyczek, kredytów, korzystania z innych instrumentów finansowych (obligacje).

Z kolei w polskich regulacjach dotyczących niedostatecznej kapitalizacji brak jest definicji „wartości zadłużenia”. Termin „wartość zadłużenia” zgodnie z regułami wykładni językowej nie może być utożsamiany z terminem „pożyczka” w rozumieniu przepisów art. 16 ust. 7b u.p.d.p. Zgodnie z wykładnią językową „zadłużenie” to ogół zadłużenia (z wszelkich tytułów) wobec „znaczących” udziałowców spółki, w tym także z tytułu pożyczek udzielonych spółce przez jej „kwalifikowanych pożyczkodawców”. Jest to zatem pojęcie dużo szersze niż termin „pożyczka” w rozumieniu art. 16 ust. 7b u.p.d.p.

Stanowiska tego nie podziela jednak WSA w Warszawie, który w wyroku z dnia 3 grudnia 2010 r. syg. akt III SA/Wa2365/10, w którym sąd uznał, iż jako wartość zadłużenia, o którym mowa w art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 u.p.d.p., należy rozumieć wyłączenie należności z tytułu zaciągniętych pożyczek i kredytów od pożyczkodawcy i w tym pojęciu nie mieszczą się inne zobowiązania do uregulowania względem tego podmiotu np. z tytułu zakupu towarów i usług. Sąd wyjaśnił także funkcję przepisów o niedostatecznej kapitalizacji, wskazując, iż polega ona głównie na zabezpieczeniu interesów państwa przed nadmiernym obniżaniem podatków przez podatników przy wykorzystaniu mechanizmu finansowania spółek poprzez udzielanie im pożyczek, a nie wnoszenie wkładów do kapitałów zakładowych, w wyniku czego dochodzi do transferu zysków za granicę i unikania opodatkowania w kraju, z którego wypłacane są odsetki.

Z przytoczonego orzeczenia WSA w Warszawie wynika, że sąd – odwołując się do wykładni funkcjonalnej przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację – opowiedział się za wąskim rozumieniem użytego na gruncie tych przepisów zwrotu „wartość zadłużenia” i zrównał je z pojęciem „pożyczki” w rozumieniu art. 16 ust. 7b u.p.d.p. To stanowisko jest słuszne.

Literalna (językowa) wykładnia przepisów w zakresie niedostatecznej kapitalizacji prowadziła w niektórych przypadkach do niemożności zastosowania w praktyce restrykcji z nich wynikających.

Inną wadą polskich uregulowań w zakresie niedostatecznej kapitalizacji jest określony w u.p.d.p. moment ustalania wskaźnika wartości zadłużenia spółki do wartości jej kapitału zakładowego. Inaczej niż to ma miejsce w innych krajach, przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację znajdują zastosowanie, jeżeli w momencie wypłaty odsetek przekroczony jest wskaźnik 3:1. Przyjęte przez polskiego ustawodawcę rozwiązanie tej kwestii powoduje, że podatnikom łatwo jest uniknąć konsekwencji wynikających z tych norm.

6

POLSKIE PRZEPISY OGRANICZAJĄCE NIEDOSTATECZNĄ KAPITALIZACJĘ I ICH ZGODNOŚĆ Z GWARANTOWANYMI PRZEZ PRAWO PIERWOTNE FUNDAMENTALNYMI SWOBODAMI TRAKTATOWYMI

Zgodność obowiązujących w państwach członkowskich UE uregulowań ograniczających niedostateczną kapitalizację z gwarantowanymi przez TFUE fundamentalnymi swobodami traktatowymi była tylko do pewnego zakresu przedmiotem rozważań TSUE.

TSUE orzekł w sprawie zgodności obowiązujących w państwach członkowskich przepisów w zakresie niedostatecznej kapitalizacji w wyrokach w sprawach C-324/00 *Lankhorst-Hohorst GmbH vs. Finanzamt Steinfurt*, C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenues* oraz C-105/07 *NV Lammers & Van Cleeff vs. Belgische Staat*²³.

Orzecznictwo TSUE nie pozostaje bez echa na wykładnię polskich przepisów w zakresie niedostatecznej kapitalizacji w kontekście gwarantowanych przez prawo pierwotne UE fundamentalnych swobód traktatowych. W wyroku z dnia 21 września 2010 r., sygn. akt. II FSK 595, NSA orzekł, że polskie przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację naruszają swobodę

²³ Zob. S. van Thiel, *Justifications in Community Law for Income Tax Restrictions on Free Movement: Acte Clair Rules That Can Be Readily Applied by National Courts – Part 1*, European Taxation 2008, Vol. 6, s. 279 i n.

przedsiębiorczości, o której mowa w art. 49 TFUE (dawny art. 43 TUE). Spór dotyczył kształtu przepisu art. 9 ustawy z dnia 18 listopada 2004 r. o zmianie u.p.d.p. oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 254, poz. 2533 z późn. zm.). Przepis art. 9 wspomnianej wyżej ustawy wprowadzał okresy przejściowe stosowania znowelizowanych norm w zakresie niedostatecznej kapitalizacji. Z jego brzmienia wynikało, że przepisów tych nie stosuje się do odsetek od pożyczek (kredytów) udzielonych przez zagranicznych udziałowców (akcjonariuszy) przed dniem 1 stycznia 2005 r. W wyroku z dnia 21 września 2010 r., sygn. akt. II FSK 595, NSA odwołał się do wspomnianego już orzeczenia TSUE (ETS) w sprawie C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*. NSA stwierdził, że przepis art. 9 ustawy z dnia 18 listopada 2004 r. o zmianie u.p.d.p. oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 254, poz. 2533 z późn. zm.) wprowadzał mniej korzystny reżim opodatkowania dla pożyczek udzielonych spółce rezydentowi Polski przez udziałowców (akcjonariuszy) będących rezydentami innego niż Polska państwa członkowskiego UE. W praktyce oznaczało to, że restrykcjom wynikającym z przepisów ograniczających niedostateczną kapitalizację w Polsce w okresie między uzyskaniem przez Polskę członkostwa w UE a wejściem w życie przepisów nowelizujących polskie prawo wewnętrzne w duchu orzeczenia w sprawie *Lankhorst-Hohorst* – tj. od 1 maja 2004 do 31 grudnia 2004 – podlegały wyłącznie odsetki od pożyczek udzielonych krajowej spółce przez zagranicznych udziałowców (akcjonariuszy) – w tym podmioty mające swoje siedziby na terytorium innego Państwa Członkowskiego lub rezydentów Polski zwolnionych na podstawie art. 17 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych z tego podatku w Polsce. Stan taki stanowi bez wątpienia nieusprawiedliwione ograniczenie swobody przedsiębiorczości, o której mowa w art. 43 TWE (obecnie art. 49 TFUE).

7

FINANSOWANIE W DRODZE DOPLĄT DO SPÓŁEK JAKO ALTERNATYWA ŁAGODZĄCA NIEDOGODNOŚCI PODATKOWE

W ramach stosunków łączących spółkę kapitałową ze współnikami szczególnie rolę odgrywają świadczenia wynikające z umowy spółki, a do takich zaliczyć można między innymi dopłaty. Są one specyficznym świadczeniem

pieniężnym, podlegającym regulacji k.s.h., wnoszonym przez wspólników do spółki. Choć przepisy przewidują je w przypadku obu spółek kapitałowych, to niewątpliwie są instytucją charakterystyczną dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 177–179 k.s.h.)²⁴.

Finansowanie spółki w drodze dopłat powinno być z punktu widzenia podatków dochodowych neutralne. Dotyczy to zarówno spółki, do której zostały wniesione, jak również wspólników zasilających w ten sposób spółkę. W myśl art. 12 ust. 4 pkt 11 u.p.d.p, do przychodów spółki nie zalicza się: wniesionych do niej dopłat, jeżeli ich wniesienie następuje w trybie i na zasadach określonych w odrębnych przepisach. Ponadto zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 53 u.p.d.p. nie stanowią kosztu uzyskania przychodu dopłaty, o których mowa w art. 12 ust. 4 pkt 11 oraz ich zwrot. Oznacza to, że spółka-udziałowiec, wnosząc dopłaty, nie traktuje ich jako kosztu uzyskania przychodu. Z drugiej strony w spółce, do której dopłaty zostały wniesione w sytuacji, gdy zarządzono ich zwrot, zwracane kwoty nie będą identyfikowane jako koszt uzyskania przychodów. Także dla wspólnika, któremu spółka zwraca uprzednio przez niego wniesione dopłaty, ich zwrot nie będzie skutkował konsekwencjami podatkowymi. Gdy wspólnikiem w spółce kapitałowej jest osoba fizyczna, przychody otrzymane z tytułu zwrotu dopłat wniesionych do spółki zgodnie z odrębnymi przepisami są zwolnione od podatku do wysokości wniesionych dopłat (art. 21 ust. 1 pkt 51 u.p.d.f.²⁵). Podobnie dla wspólnika będącego spółką kapitałową ich zwrot jest neutralny podatkowo, gdyż do przychodów tej spółki nie zalicza się zwróconych wcześniej wniesionych zgodnie z odrębnymi przepisami dopłat – w wysokości określonej w złotych na dzień ich faktycznego wniesienia (art. 12 ust. 4 pkt 3 u.p.d.p.).

Powołane przepisy świadczą o tym, iż w założeniu finansowanie spółki w drodze dopłat powinno być z punktu widzenia podatków dochodowych neutralne, tj. ich wniesienie nie stanowi dla spółki przychodu, a zwrot nie może być traktowany jako koszt podatkowy. Przy czym nie będzie tak w każdym przypadku. Jest to uwarunkowane zachowaniem wymogów, jakie

²⁴ Zob. szerzej: P. Bukowski, R.W. Kaszubski, *Dopłaty w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, PP 1997, nr 8, s. 1; S. Gurgul, *Dopłaty w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Pr. Spół 1997, nr 12, s. 15; L. Żyżyłowski, *Dopłaty w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, PPH 1997, nr 7, s. 17 i n.; A. Bryńska, A. Kowalczyk, *Sposoby dofinansowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez jej zagranicznego wspólnika*, Mon. Praw. 2001, nr 20, s. 1039 i n.

²⁵ Ustawa z dnia 26 lipca 2000 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 14, poz. 176 z późn. zm.).

w zakresie wnoszenia dopłat przewidują przepisy prawa handlowego w zakresie trybu i zasad ich wnoszenia do spółki, albowiem neutralne są dopłaty wniesione i zwrócone zgodnie z odrębnymi przepisami²⁶.

Podstawą do wniesienia dopłat przez wspólników jest umowa spółki. Może ona zobowiązywać wspólników do wnoszenia dopłat w granicach liczbowo oznaczonej wysokości w stosunku do udziału (art. 177 § 1 k.s.h.). Dla wniesienia dopłat do spółki w sposób zgodny z przepisami prawa handlowego konieczne jest ponadto podjęcie bezwzględną większością głosów uchwały, w której określona zostanie wysokość i terminy dopłat.

Gdy brak w umowie odpowiedniego zapisu w przedmiocie dopłat, wspólnicy nie mogą nawet w drodze jednomyślnej uchwały przewidzieć obowiązku ich wniesienia. Mogą natomiast zmienić umowę spółki, wprowadzając stosowny zapis pozwalający na nałożenie na wspólników obowiązku wniesienia dopłat. W myśl art. 246 § 3 k.s.h. uchwała dotycząca zmiany umowy spółki, zwiększająca świadczenia, a z taką niewątpliwie mielibyśmy do czynienia, wymaga zgody wszystkich wspólników, których dotyczy.

Ponadto przepisy k.s.h. formułują także inne warunki, które powinny być spełnione, aby wpłatę określonych środków traktować jako dopłatę, a co za tym idzie aby uniknąć skutków podatkowych. I tak, w myśl art. 177 § 2 k.s.h. dopłaty powinny być nakładane i uiszczane przez wspólników równomiernie w stosunku do ich udziałów. Obowiązek wnoszenia dopłat powinien się odnosić do wszystkich wspólników, a nie tylko do niektórych z nich. Ponadto, ustalając wysokość dopłat, nie można zróżnicować ich wysokości w zależności od osób wspólników lub rodzajów posiadanych przez nich udziałów.

Jednocześnie przepisy k.s.h. nie przesądzają kwestii zwrotu dopłat, uzależniając to z jednej strony od sytuacji finansowej spółki, z drugiej – od woli wspólników. Dopłaty mogą być zwracane wspólnikom, jeżeli nie są wymagane na pokrycie straty wykazanej w sprawozdaniu finansowym²⁷. Zwrot dopłat może nastąpić po upływie trzech miesięcy od dnia ogłoszenia o zamierzonym zwrocie w piśmie przeznaczonym do ogłoszeń spółki. Spółka, dokonując zwrotu, powinna wypłacać uprzednio wniesione do spółki dopłaty równomiernie wszystkim wspólnikom.

²⁶ D. Strzelec (w:) W. Nykiel, A. Mariański (red.), op. cit., s. 554.

²⁷ Zob. C. Wiśniewski, M. Schulz, *Zwrot dopłat w spółce z o.o. w warunkach straty bilansowej*, PPH 2005, nr 1.

Niekiedy w praktyce powstaje wątpliwość związana z tym, czy aby uniknąć konsekwencji podatkowych wniesione do spółki dopłaty muszą zostać zwrócone?

Dopłaty nie są środkami przeznaczonymi na trwałe finansowanie spółki, ich zwrot nie jest warunkiem koniecznym, aby uniknąć konsekwencji podatkowych. Z jednej strony zwrot jest wyłączony w przypadku wystąpienia straty bilansowej, z drugiej natomiast, nawet gdy strata nie występuje, może nie zostać podjęta uchwała o ich zwrocie. Wspólnicy, wnosząc dopłaty do spółki, nie są z tego tytułu wierzycielami i nie mają roszczenia o ich zwrot. Roszczenie takie powstać może po ich stronie, ale dopiero jeśli zostanie podjęta uchwała o ich zwrocie. Obowiązujące przepisy podatkowe nie różnicują skutków podatkowych, dzieląc dopłaty na zwrotne oraz bezzwrotne. Zarówno zwrotne, jak i te, których spółka nie zwróci wspólnikom, nie stanowią przychodów spółki. Tym samym wyłączone od opodatkowania w momencie wniesienia do spółki są zarówno dopłaty, które stanowią czasowe zasilenie środków finansowych spółki, np. dla realizacji określonej inwestycji, jak i takie, w stosunku do których wspólnicy nie zdecydują się na ich zwrot. Podobnie kwestia ta rozstrzygana jest w orzecznictwie, w którym wskazuje się, iż przepisy nie uzależniają zaliczenia bądź wyłączenia z kosztów wnoszonych przez podatnika podatku dochodowego od osób prawnych dopłat w zależności od tego, czy dopłaty te podlegają zwrotowi, czy też zwrotowi temu nie podlegają²⁸.

W praktyce powstawać może jeszcze jedna wątpliwość związana z tym, czy w związku ze zwrotem dopłat można wypłacać wspólnikom odsetki, a jeśli tak, to czy będą dla wypłacającej spółki kosztem podatkowym. Jeśli chodzi o pierwszy dylemat, to przepisy k.s.h. wprost przewidują możliwość zapłaty odsetek jedynie, jeżeli wspólnicy nie wywiążą się w terminie z przewidzianego umową spółki obowiązku wniesienia dopłat. Zgodnie z art. 178 § 1 k.s.h. wysokość i terminy dopłat oznaczane są w miarę potrzeby uchwałą wspólników. Jeżeli wspólnik nie uiścił dopłaty w określonym terminie, obowiązany jest do zapłaty odsetek ustawowych. Natomiast żaden przepis nie reguluje wprost kwestii ewentualnych odsetek od dopłat, które spółka z opóźnieniem zwraca wspólnikom oraz sytuacji, gdy w umowie spółki lub uchwale przewidziano, iż zwrot dopłat nastąpi wraz z należnym oprocentowaniem. W literaturze przyjmuje się, że w razie niedokonania

²⁸ Wyrok NSA z dnia 23 maja 2006 r., II FSK 770/05, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

zwrotu dopłat w terminie określonym w uchwale wspólników zarządzającej taki zwrot spółka obowiązana jest do zapłacenia ustawowych odsetek za zwłokę²⁹. Z kolei jeśli chodzi o kwestię dopuszczalności pobierania przez wspólników oprocentowania od wnoszonych dopłat, to nie jest ona wolna od wątpliwości w doktrynie prawa handlowego. Choć żaden z przepisów k.s.h. wprost nie rozstrzyga, czy od wniesionych do spółki dopłat wspólnicy mogą otrzymać odsetki, wydaje się, iż nie jest to wykluczone.

Natomiast jeśli chodzi o konsekwencje podatkowe, to zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 13a u.p.d.p. nie uznaje się za koszt uzyskania przychodów odsetek od dopłat wnoszonych do spółki w trybie i na zasadach określonych w odrębnych przepisach. Powstaje w związku z tym pytanie, których – ze wskazanych powyżej – sytuacji on dotyczy. W literaturze przyjmuje się, iż dotyczy jedynie odsetek od dopłat uiszczanych na rzecz spółki przez jej wspólników w trybie i na zasadach określonych w odrębnych przepisach³⁰. Tym samym, jeśli wspólnikiem jest spółka, która w terminie nie wniosła dopłaty, odsetki, które w związku z tym obowiązana jest zapłacić, podobnie jak sama kwota wnoszonych dopłat, nie będą stanowiły dla niej kosztu uzyskania przychodu. Z kolei w orzecznictwie wskazuje się, iż wydatek w postaci odsetek od dopłat zwracanych przez spółkę z opóźnieniem nie mieści się w hipotezie normy wynikającej z art. 16 ust. 1 pkt 13a u.p.d.p. Zdaniem sądów możliwość jego zaliczenia w koszty powinna zostać dokonana przez przyzmat art. 15 ust. 1 u.p.d.p. i generalnie odsetek od dopłat nie powinno się uznawać jako poniesionych w celu uzyskania przychodu³¹.

Dopłaty, choć są szybszym i w praktyce mniej sformalizowanym sposobem dostarczenia spółce środków na bieżącą działalność, wymagają spełnienia pewnych warunków określonych w przepisach k.s.h. Nie można o nich zapominać, gdyż ich niedopełnienie, jeśli chodzi o tryb wnoszenia dopłat do spółki, przekłada się na określone konsekwencje podatkowe. W zasadzie można wskazać kilka najczęstszych sytuacji, które mogą w praktyce zaistnieć.

Jeżeli umowa spółki nie przewidywała dopłat do kapitału, bądź co prawda były one dopuszczalne na podstawie odpowiedniego postanowienia umowy,

²⁹ Por. A. Szajkowski, M. Tarska (w.): S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 2., *Komentarz do artykułów 151–300*, Warszawa 2005, s. 305.

³⁰ Por. B. Dauter (w.): L. Błystak, B. Dauter, E. Madej, A. Mudrecki, M. Niezgódka-Medek, R. Pęk, J. Zubrzycki, *Podatek dochodowy od osób prawnych*, Wrocław 2007, s. 498, M. Ślifirczyk (w.): *Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 356.

³¹ Wyrok NSA z dnia 10 grudnia 2007 r., II FPS 5/07, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

lecz nie została podjęta uchwała, wniesione środki pieniężne z punktu widzenia prawnego nie będą traktowane jako dopłaty, o których mowa w przepisach podatkowych. Nie zostały bowiem wniesione zgodnie z przepisami dotyczącymi trybu ich wnoszenia, a co za tym idzie, nie będą neutralne podatkowo, lecz powiększają przychód spółki podlegający opodatkowaniu.

Następnie gdyby obowiązek wnoszenia dopłat został nałożony tylko na jednego wspólnika (lub tylko niektórych), to w takim przypadku stanowiłoby to naruszenie przepisów k.s.h. Także naruszeniem przepisów dotyczących wnoszenia dopłat byłoby nałożenie obowiązku takiego świadczenia w zróżnicowany sposób, gdy chodzi o wysokość wnoszonych do spółki dopłat. Konsekwencją powyższego byłoby dla celów podatku dochodowego uznanie, że wpłacone przez wspólnika (lub tylko niektórych wspólników) do spółki kwoty są pożyczką lub darowizną udzieloną spółce, a nie dopłatami³².

Ponadto jeśli w umowie spółki zobowiązano do wniesienia dopłat jedynie tych wspólników, którzy posiadają udziały objęte w zamian za aporty, to taka sytuacja byłaby niezgodna z przepisami k.s.h. Jeżeli wspólnicy ci wnieśliby określone środki finansowe do spółki, to tak dokonanych wpłat nie uznamy za dopłaty.

Za naruszenie zasad dotyczących trybu wnoszenia dopłat, które rodzi określone konsekwencje podatkowe, może być uznany przypadek, gdy zostaje podjęta uchwała, którą zarządza się wniesienie dopłat w sytuacji, gdy uprzednio wniesione, lecz niezwrócone dopłaty osiągnęły określony w umowie pułap. Innymi słowy przekroczono dopuszczalny umową limit dopłat, nie zmieniając postanowień samej umowy.

W tych wszystkich sytuacjach, jeżeli organy podatkowe wykażą, iż wnoszone przez udziałowców wpłaty nie były dopłatami, albowiem naruszono przepisy dotyczące zasad i trybu ich wnoszenia, oraz nie były pożyczkami udzielonymi przez wspólników, opierając się na orzecznictwie, przyjmą, iż wnoszone przez udziałowców środki pieniężne do spółki miały charakter świadczeń nieodpłatnych, które zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 2 u.p.d.p. stanowiły przychód spółki, a wartość otrzymanych przez spółkę nieodpłatnych świadczeń powinna być uwzględniona w zeznaniu podatkowym³³.

³² Zob. np. Pismo MF z dnia 9 kwietnia 1997 r., PO 4/N-802-225/97.

³³ Wyrok NSA z dnia 25 października 2000 r., SA/Sz 1218/99, niepubl.

PODSUMOWANIE

Reasumując, poszczególnym instrumentom prawnym pozwalającym wspólnikom zasilić majątek spółki towarzyszą rozmaite konsekwencje podatkowe. Częstokroć to właśnie znajomość przepisów podatkowych może być czynnikiem przesądzającym o sposobie finansowania spółki optymalnym w danej sytuacji. Relatywnie najszybszym i w praktyce najmniej sformalizowanym sposobem dostarczenia spółce środków są pożyczki. Jednocześnie należy pamiętać, iż udzielenie pożyczek w wysokości przekraczającej dopuszczalny wskaźnik zadłużenia nie będzie już tak korzystne z podatkowego punktu widzenia, albowiem w każdej sytuacji odsetki stanowią podlegający opodatkowaniu przychód u ich beneficjenta, natomiast powyżej limitu zadłużenia wypłacone odsetki nie będą identyfikowane jako koszt podatkowy u pożyczkobiorcy. Ponadto istotnego znaczenia nabiera ustalenie rynkowego charakteru odsetek, a także sporządzenie po przekroczeniu limitów dokumentacji pomiędzy podmiotami powiązаныmi. Analizowane w opracowaniu przepisy nie odnoszą się do oprocentowania pożyczki. Nie zmienia to jednak faktu, iż oprocentowanie powinno być ukształtowane na poziomie rynkowym (tj. taka stopa procentowa, jaką musiałby zapłacić podatnik, zaciągając pożyczkę czy też kredyt w instytucji niezależnej). W orzecznictwie wskazuje się, iż odsetki od pożyczek udzielonych spółce przez jej udziałowców muszą być zbliżone do odsetek bankowych i tylko takie mogą stanowić koszty uzyskania przychodów w podatku dochodowym³⁴. Jeżeli zastrzeżone odsetki bez nieuzasadnionych powodów odbiegają od poziomu oprocentowania powszechnie stosowanego, zaliczenie odsetek w takiej wysokości, nawet jeśli nastąpi w ramach limitu określonego przez przepisy art. 16 ust 1 pkt 60 oraz 61, może zostać zakwestionowane przez organy podatkowe na podstawie art. 11 u.p.d.p. Stwierdzając, iż warunki, na jakich została zawarta umowa pożyczki, odbiegają od warunków rynkowych, organ dokona korekty kosztów uzyskania przychodu.

Obowiązujące w Polsce od ponad dekady przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację mogą być postrzegane z perspektywy przedsiębiorców jako istotne ograniczenie swobody w wyborze metody finanso-

³⁴ Wyrok NSA z dnia 21 stycznia 2003 r., III SA 1572/01, Mon. Pod. 2003, nr 3, s. 2.

wania spółek zależnych. Zasadniczego znaczenia nabiera w tym miejscu odpowiedź na pytanie, czy stanowią one proporcjonalny środek dla osiągnięcia celu, jakim jest niewątpliwie ograniczenie tego szczególnego przypadku unikania opodatkowania. Należy udzielić pozytywnej odpowiedzi na to pytanie. Rozwiązania przyjęte w Polsce mają pewną zaletę. Poprzez ustawy wskaźnik 3:1 podatnicy mają pewność, do jakich granic mogą bez obawy o „negatywne” podatkowo konsekwencje wykorzystywać pożyczkę (kredyt) jako formę dokapitalizowania spółki posiadającej status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych. Ogranicza to zastosowanie omawianych przepisów wyłącznie do przypadków permanentnego nadużywania przez udziałowców (akcjonariuszy) finansowania spółki za pomocą pożyczek lub kredytów. Podobną rolę odgrywają postanowienia nakazujące w celu ustalenia wskaźnika wartości zadłużenia do wartości kapitału spółki brać pod uwagę jedynie łączną wartość zadłużenia wobec udziałowców zaliczonych do grona „znaczących” udziałowców.

Jednakże bliższa analiza unormowań w zakresie niedostatecznej kapitalizacji prowadzi do wniosku, że dalekie są one od doskonałości, co stwarza problemy na etapie ich stosowania przez organy podatkowe odzwierciedlone w orzecznictwie sądów administracyjnych. Kolejne nowelizacje tych regulacji nie poprawiają istniejącego stanu rzeczy. Powstaje pytanie, jakich zmian winni oczekiwać przedsiębiorcy? W naszej ocenie wypada w pierwszej kolejności wyeliminować niekonsekwencje w definiowaniu grupy podmiotów, które uwzględnia się w formule stosowanej do obliczenia dopuszczalnego zadłużenia i grupy podmiotów, których dotyczą restrykcje wynikające z tych przepisów, następnie zdefiniować pojęcie „wartość zadłużenia” – brak tej definicji nadal stwarza niebezpieczeństwo „nadinterpretacji” ze strony organów podatkowych – oraz rozszerzyć zakres ustawowego pojęcia „wartość kapitału” – drugiej z wielkości, którą uwzględnia się w formule wyznaczającej dopuszczalny poziom wewnętrznego zadłużenia spółki.

BIBLIOGRAFIA

- Bryńska A., Kowalczyk A., *Sposoby dofinansowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez jej zagranicznego wspólnika*, Mon. Praw. 2001, nr 20.
Bukowski P., Kaszubski R.W., *Dopłaty w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, PP 1997, nr 8.

- Ciołek R., *Niedostateczna kapitalizacja. Zmiany w podatku dochodowym od osób prawnych*, PP 1999, nr 3.
- Dauter B. (w:) L. Błystak, B. Dauter, E. Madej, A. Mudrecki, M. Niezgodka-Medek, R. Pęk, J. Zubrzycki, *Podatek dochodowy od osób prawnych*, Wrocław 2007.
- Gurgul S., *Dopłaty w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Pr. Spół 1997, nr 12.
- Kalinowski M., *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*, Toruń 2001.
- Karwat P., *Obejście prawa podatkowego*, Przegląd Podatkowy 2003, nr 2.
- Kukulski Z. (w:) W. Nykiel, A. Mariański (red.), *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych*, Gdańsk 2009.
- Kukulski Z., *Niedostateczna kapitalizacja w prawie podatkowym*, Warszawa 2006.
- Kukulski Z., *Unormowania ograniczające niedostateczną kapitalizację w państwach OECD*, KPP 2000, nr 3/4.
- Litwińczuk H., *Obejście prawa podatkowego w świetle doświadczeń międzynarodowych*, PPPod 1999, nr 9.
- Litwińczuk H. (red.), *Podatki bezpośrednio. Prawo polskie a prawo wspólnotowe*, Warszawa 2009.
- Mariański A., Strzelec D., *Podatkowe konsekwencje zawarcia umowy pożyczki (2)*, Przegląd Podatkowy 2007, nr 9.
- Nykiel W., Kukulski Z., Wilk M., *Polish equity and debt financing regime in the light of neutrality principle, EC tax law and ECJ case-law*, http://ste.seast.org/articoli/pdf/polonia.eng_per.pdf.2.pdf, 25.10.2010.
- Opustil K., *Pożyczki udzielone spółkom kapitałowym. Analiza regulacji art. 14 § 3 i art. 189 § 2 k.s.h.*, Kraków 2001.
- Report OECD: Thin Capitalization. Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen*, Paryż 1987 (w:) *Issues in International Taxation 1987*, 2.
- Rezolucja Rady z dnia 8 czerwca 2010 r. w sprawie koordynacji zasad dotyczących kontrolowanych przedsiębiorstw zagranicznych i niedostatecznej kapitalizacji, Dz. Urz. UE C 156/1 z dnia 16 czerwca 2010 r.
- Safarik F.J., *New Thin Capitalization Guidelines*, *European Taxation* 2/1998, Vol. 38.
- Sobiech A., Seredyński F., *Kiedy pożyczki udzielone spółce nie stanowią kosztów uzyskania przychodów?*, *Prawo i Podatki* 2007, nr 6.
- Szajkowski A., Tarska M. (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych, t. 2., Komentarz do artykułów 151–300*, Warszawa 2005.
- Ślifirczyk M. (w:) *Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2007.

Thiel S. van, *Justifications in Community Law for Income Tax Restrictions on Free Movement: Acte Clair Rules That Can Be Readily Applied by National Courts – Part 1*, European Taxation 2008, Vol. 6.

Wiśniewski C., Schulz M., *Zwrot dopłat w spółce z o.o. w warunkach straty bilansowej*, PPH 2005, nr 1.

Żyżylewski L., *Dopłaty w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, PPH 1997, nr 7.