

Prawnopodatkowe skutki finansowania spółki – analiza historyczna i porównawcza

Tax implications of a company financing – historical and comparative analysis

Bartosz Gryziak

Doktorant w Katedrze Prawa Finansowego (Uniwersytet Warszawski), *Master universitario in Diritto italiano* (Università degli Studi di Catania), ORCID: 0000-0002-5519-1161

Streszczenie

Finansowanie spółki, definitywne (kapitał) i zwrotne (dług), mimo podobnej funkcji prowadzi do odmiennych skutków prawnopodatkowych. Uprzywilejowanie finansowania dłużnego prowadzi do nadużyć mających na celu osiągnięcie korzyści podatkowych, a w przypadku transgranicznych grup podmiotów także przesuwania dochodów między jurysdykcjami podatkowymi. Od półwiecza próbuje się ograniczać taką optymalizację podatkową przez ograniczanie możliwości zaliczania kosztów odsetkowych do kosztów uzyskania przychodów: bądź to pośrednio (przepisy o ciennej kapitalizacji ściśle rozumianej), bądź też bezpośrednio (limity kosztów odsetkowych). Jednocześnie próbuje się zrównać traktowanie podatkowe obu form finansowania w szczególności przez umożliwienie zaliczania do kosztów uzyskania przychodów hipotetycznych odsetek, jakie podatnik miałby zapłacić od finansowania kapitałowego, gdyby było dłużne. Wielość koncepcji i liczne problemy z ich praktycznym stosowaniem wskazują, że w istocie nie wypracowano jeszcze dobrego rozwiązania problemu skutków prawnopodatkowych finansowania spółki.

Słowa kluczowe: cienka kapitalizacja, ograniczenie kosztów odsetkowych, koszty uzyskania przychodów, pożyczki, odsetki.

Abstract

Regardless of the similar function, the company financing (equity and debt) leads to different tax consequences. Since the debt financing is privileged, the taxpayers are induced to abuses aiming at tax advantages. Particularly when the cross-border relations are concerned, the so-called base erosion and profit shifting may occur. Hence, since about 50 years the counteractions are undertaken all around the world. Several states have enacted regulations in order to limit the deductibility of interests either indirectly (thin capitalization rules) or directly (earnings stripping rule). This actions are supplemented with mechanisms supposed to enhance the tax consequences of equity – e.g. the notional interest deduction. The abundance of different concepts as well as the problems encountered during their implementations prove that so far no proper answer has been found to the question of the tax consequences of the forms of the company financing.

Keywords: thin capitalization, earnings stripping rule, deductibility, loans, interests.

1. KONTEKST SPOŁECZNO-GOSPODARCZY

Z materialistycznej perspektywy należałoby przyjąć, że podmiotami prawa mogą być wyłącznie osoby fizyczne, a wszelkie jednostki organizacyjne, jak np. spółki, ze względu na swój abstrakcyjny charakter stanowią w swej istocie jedynie określone ustrukturyzowanie odpowiedzialności z tytułu działalności prowadzonej przez osoby fizyczne. Jeżeli bowiem działalność gospodarczą prowadzi wprost osoba fizyczna, to odpowiada ona całym swoim majątkiem (także prywatnym) za zobowiązania wynikające z tej działalności. Jeżeli ta sama osoba zdecyduje się jednak prowadzić tę samą działalność w formie spółki mającej osobowość prawną, to za zobowią-

zania wynikające z tej działalności odpowiada wyłącznie spółka, jak gdyby sama była osobą (istotę osobowości prawnej podkreśla łaciński termin używany na określenie osoby prawnej – *persona ficta*¹), a w konsekwencji rozerwana zostaje bezpośrednia więź między prowadzoną działalnością gospodarczą a majątkiem prowadzącej ją osoby fizycznej. Osobno wskazać należy na możliwość prowadzenia tej działalności w formie spółki niemającej osobowości prawnej – w tym przypadku odpowiedzialność osoby fizycznej nie zostałaby wyłączona (między osobą fizyczną a prowadzoną działalnością nie stawia się fikcyjnej osoby prawnej), a jedynie zredukowana do odpowiedzialności subsydiarnej (przy czym

co do zasady takie spółki wymagają już co najmniej dwóch wspólników). Z tej perspektywy spółka (posiadająca osobowość prawną lub nie) stanowi jedynie wehikuł prawny, za pomocą którego osoba fizyczna może prowadzić działalność gospodarczą, w odpowiedni dla siebie sposób modyfikując odpowiedzialność majątkową z jej tytułu.

Wbrew nazwie spółka nie zawsze implikuje prowadzenie działalności wspólnie z innymi podmiotami (zob. spółki jednoosobowe); może się ograniczać do zmiany struktury odpowiedzialności. Możliwe jest też prowadzenie działalności wspólnie z innymi podmiotami bez zmian w tej strukturze (zob. np. spółki cywilne, które stanowią jedynie umowę, a nie jednostkę organizacyjną; a także wszelkiego rodzaju konsorcja). Podkreślić należy, że co do zasady (w zależności od typu spółki) nie tylko osoby fizyczne mogą być wspólnikami, wobec czego możliwe są bardziej skomplikowane (wielostopniowe) struktury podmiotowe (w szczególności mowa o grupach kapitałowych). Okoliczność, że ostatecznie na końcu każdej struktury – niezależnie od przyjętych fikcji prawnych – znajduje się osoba fizyczna, podkreślają rozwijane w ostatnich latach przepisy z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowania terroryzmu (ang. *Anti Money Laundering* – AML), które koncentrują się na faktycznym właścicielu będącym zawsze osobą fizyczną (ang. *beneficial owner*) bez względu na to, że formalne prawo własności może przysługiwać także innym podmiotom wyposażonym w zdolność prawną.

Wybór formy prowadzonej działalności gospodarczej nie jest neutralny podatkowo. Zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne są podatnikami podatków dochodowych. W przypadku tzw. ułomnych osób prawnych (jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej) kwestia podmiotowości podatkowej na potrzeby podatków dochodowych jest bardziej skomplikowana: zasadą jest ich opodatkowanie, ale z zastrzeżeniem transparentności podatkowej spółek niemających osobowości prawnej (choć w świetle niedawnych zmian legislacyjnych w polskich podatkach dochodowych zasada transparentności zostaje odwrócona: tylko niektóre spółki niemające osobowości prawnej, i to po spełnieniu dodatkowych warunków, nie są podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych²).

Podatnicy podatków dochodowych mogą być opodatkowani wedle zasady rozdzielności (każdy podmiot oddzielnie) lub też łącznego opodatkowania (podatnik zbiorowy obejmujący kilka podmiotów powiązanych ze sobą w określony sposób, np. podatkowa grupa kapitałowa³). Należy zaznaczyć, że w przypadku opodatkowania podatkiem dochodowym osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych w istocie dochodzi do podwójnego opodatkowania prowadzonej działalności gospodarczej: raz na poziomie spółki (wypracowany zysk – opodatkowanie podatkiem dochodowym od osób prawnych), drugi raz na poziomie jej wspólnika (uzyskana dywidenda – zysk podzielony opodatkowany, w przypadku osoby fizycznej, podatkiem dochodowym od osób fizycznych). Pierwotnie opodatkowanie jednostek organizacyjnych miało stanowić wstępne opodatkowanie wspólników, w związku z czym – przy zastosowaniu odpowiednich regulacji – to podwójne opodatkowanie powinno być wyeliminowane⁴. W polskim systemie podatkowym to funkcjonalne powiązanie

podatku dochodowego od osób prawnych z podatkiem dochodowym od osób fizycznych zostało już jednak co do zasady zatarte.

2. ISTOTA PROBLEMU

W świetle powyższych uwag zasadniczą kwestią w przypadku spółek mających osobowość prawną (tj. co do zasady spółek kapitałowych) jest utworzenie majątku potrzebnego do prowadzenia działalności oraz zaspokajania wynikających z niej zobowiązań. Zasadniczo spółkę można finansować na dwa sposoby:

- 1) kapitałem (finansowanie definitywne) – mowa tu w szczególności o wkładach wnoszonych przez wspólników, którzy uzyskują w ten sposób prawa w spółce (wkład co do zasady nie podlega zwrotowi – następuje to jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach, jak np. likwidacja spółki); w razie wypracowania przez spółkę zysku zysk ten może, lecz nie musi, zostać podzielony między wspólników (wyplata dywidendy), co stanowi (w swej istocie zmienne i niepewne) wynagrodzenie z tytułu udzielonego finansowania;
- 2) długiem (finansowanie zwrotne) – mowa tu w szczególności o wszelkiego rodzaju pożyczkach, których udzielenie nie wiąże się z uzyskaniem praw w ramach spółki, lecz z roszczeniem wobec spółki o zwrot udzielonego finansowania wraz z należnymi odsetkami (wynagrodzeniem za korzystanie z cudzego kapitału – w swej istocie uprzednio określonym tak co do wysokości, jak i co do terminu zapłaty).

Wraz z rozwojem gospodarczym podział na kapitał i dług przestaje być jednoznaczny – możliwe są bowiem rozwiązania hybrydowe (np. pożyczki partycypacyjne, w których wynagrodzenie podmiotu finansującego jest zależne od wypracowania zysku przez podmiot finansowany, lub też pożyczki zamienne, w których podmiot finansujący może zamienić prawo do odsetek na prawo do udziału w zysku)⁵. Podkreślić należy, że formy te co do zasady są dostępne także dla wspólników spółki (oprócz wniesienia do spółki wkładu pieniężnego mogą oni zatem np. udzielić jej pożyczki; specyficzne skutki podatkowe może powodować także wniesienie dopłat do spółki⁶).

Spółka powinna być finansowana odpowiednią mieszanką kapitału i długu (z perspektywy ekonomicznej analizuje się wskaźnik struktury finansowania – ang. *leverage ratio*). Z funkcjonalnego punktu widzenia kluczowe jest finansowanie spółki kapitałem – jego znaczenie najlepiej podkreślają wymogi kapitałowe określone dla instytucji finansowych (odpowiedni, minimalny poziom kapitału powinien zabezpieczać je przed najpierw kryzysem płynności finansowej, a następnie kryzysem wypłacalności, co powinno przeciwdziałać kolejnym kryzysom finansowym⁷). Zbyt duża ilość długu w stosunku do kapitału podaje w wątpliwość zdolność spółki do spłaty zaciąganych zobowiązań. Niemniej zbyt duża ilość kapitału może podawać w wątpliwość efektywność gospodarki finansowej danego przedsiębiorstwa. Należy więc poszukiwać tzw. złotej proporcji (ϕ).

Problem polega na tym, że ani gospodarczo, ani podatkowo kapitał nie stanowi atrakcyjnego sposobu finansowania spółki. Podkreślić należy opisaną wyżej funkcjonalną analogię

między, z jednej strony, wkładem i dywidendą, a z drugiej strony, pożyczką i odsetkami, z zastrzeżeniem tej różnicy, że odsetki w odróżnieniu od dywidendy nie są bezpośrednio powiązane z ryzykiem gospodarczym (kwestią wypracowania zysku⁸). Z tego ostatniego powodu z gospodarczej perspektywy finansowanie dłużne jest korzystne dla podmiotu finansującego. Z perspektywy podatkowej finansowanie kapitałowe wpisuje się w opisany wyżej model ekonomicznego podwójnego opodatkowania działalności gospodarczej podatkami dochodowymi: aby podmiot finansujący uzyskał od spółki (podlegającą opodatkowaniu po stronie wspólnika) dywidendę, najpierw spółka musi wypracować (podlegającą opodatkowaniu po stronie spółki) zysk, który to dopiero może podzielić między wspólników (efekt ten czasami próbuje się łagodzić zwolnieniami z opodatkowania – np. w ramach mechanizmów typu *participation exemption*⁹).

W przypadku finansowania dłużnego wypłata odsetek nie jest zależna od wypracowania zysku, a odsetki wypłacane od uzyskanego finansowania stanowią koszt uzyskania przychodu przez spółkę (zmniejszając jej podstawę opodatkowania) – dochodzi więc do jednokrotnego opodatkowania po stronie podmiotu, który udzielił spółce finansowania. Odsetki – dzięki temu, że zmniejszają (w przeciwieństwie do dywidendy) podstawę opodatkowania – są więc korzystne dla podmiotu finansowanego, a szerzej także dla całej grupy kapitałowej, do której może należeć taki podmiot. W szczególności w ujęciu transgranicznym finansowanie dłużne stanowi podstawową metodę agresywnej optymalizacji podatkowej – umożliwia przesuwanie dochodów między podmiotami powiązanyymi (a więc wciąż w ramach grupy), a to prowadzi do uszczuplenia podatkowego w państwie źródła.

Z powyższych powodów nie powinno dziwić zjawisko ukrywania dywidendy pod postacią innych świadczeń – w szczególności tych, które można zaliczyć do kosztów uzyskania przychodu (jeżeli nie w ramach oprocentowania od udzielonej zamiast wkładu pożyczki, to np. w ramach wynagrodzenia za świadczone przez wspólnika na rzecz spółki usługi niematerialne)¹⁰. Klasyczna forma tego zjawiska przybiera postać tzw. cienkiej (niedostatecznej) kapitalizacji (ang. *thin capitalisation*), czyli nadmiernego finansowania spółek długiem, w szczególności w relacjach między podmiotami powiązanyymi, co – jak wskazano powyżej – może prowadzić do manipulowania ciężarem podatkowym. Mówi się o zjawisku *earnings stripping* (lub *interest stripping*), czyli dekompozycji („rozebraniu”) zysków podlegających opodatkowaniu w danej jurysdykcji za pomocą kosztów odsetkowych. Jednocześnie, jak już wspomniano, nie można całkowicie wykluczyć potrzeby korzystania z tej formy finansowania.

System podatkowy może się bronić przed niedostateczną kapitalizacją, działając co do zasady w dwóch przeciwstawnych kierunkach, tj.:

- 1) przez ograniczenie możliwości odliczania kosztów odsetkowych (w szczególności w relacjach między podmiotami powiązanyymi) – zazwyczaj przez wyłączenie ich z kosztów uzyskania przychodu lub też zmianę ich kwalifikacji prawnopodatkowej na dywidendę (ang. *deemed dividend distributions*) albo
- 2) przez umożliwienie zaliczania do kosztów uzyskania przychodu hipotetycznych odsetek, jakie należałoby za-

płacić od finansowania kapitałowego, gdyby było dłużne (ang. *notional interest deduction* – odliczenie odsetek normatywnych) – ma to na celu, jeśli nie zrównanie, to chociaż zbliżenie skutków prawnopodatkowych finansowania dłużnego i kapitałowego.

Niedostateczna kapitalizacja nie jest jedynym przykładem nadużywania finansowania dłużnego. Można wskazać także np. na mechanizm *debt-push-down* (dosłownie – zepchnięcia kosztów finansowania dłużnego do podmiotu nabywanego). Co od zasady polega on na założeniu spółki celowej, która pozyskuje finansowanie dłużne celem nabycia udziałów (akcji) w innym podmiocie. Następnie oba te podmioty się łączy. W efekcie w ramach już jednego podmiotu możliwe byłoby obniżenie dochodów spółki nabywanej o odsetki związane z finansowaniem nabycia jej udziałów (akcji) przez spółkę nabywającą. Możliwość taką polski ustawodawca wyłączył z początkiem 2018 r. (art. 16 ust. 1 pkt 13e ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych¹¹)¹². W istocie jest to kolejny przykład ograniczenia możliwości zaliczenia do kosztów uzyskania przychodu kosztów odsetkowych, w związku z czym nie będzie to przedmiotem analizy w dalszej części referatu.

3. OGRANICZENIE ODLICZALNOŚCI ODSETEK OD FINANSOWANIA DŁUŻNEGO

W odniesieniu do niedostatecznej kapitalizacji ograniczenie możliwości odliczania od przychodu kosztów odsetkowych co do zasady może mieć charakter:

- 1) pośredni (przepisy o cienkiej kapitalizacji w ścisłym rozumieniu, ang. *thin capitalisation rule*) – kiedy ograniczeniu podlega wartość długu (wewnętrznego, tj. na rzecz powiązanych podmiotów, lub też całkowitego, a więc zaciągniętego także u podmiotów trzecich), od którego odsetki mogą być zaliczone do kosztów uzyskania przychodu;
- 2) bezpośredni (przepisy o nadmiernych kosztach odsetkowych, ang. *earnings stripping rule*, *interest limitation rule*) – kiedy ograniczeniu podlega nie wartość długu, lecz wprost wartość odsetek, które można zaliczyć do kosztów uzyskania przychodu; w tym przypadku rozróżnić można:
 - a) limit kosztów odsetkowych netto – ograniczeniu podlega jedynie nadwyżka kosztów odsetkowych nad przychodami odsetkowymi,
 - b) limit kosztów odsetkowych brutto – ograniczenie dotyczy ogółu kosztów odsetkowych bez potrącenia przychodów odsetkowych.

Historia regulacji ograniczających niedostateczną kapitalizację liczy około 50 lat. Pierwsze takie przepisy na świecie zostały wprowadzone przez Kanadę od 1972 r. (model ograniczenia pośredniego w relacjach transgranicznych¹³), w Europie natomiast pierwsza miała być Francja w 1979 r.¹⁴ Szczególną popularność koncepcja ta zyskała jednak dopiero w latach 90. XX w. – w 1994 r. wprowadzono ją w Niemczech¹⁵, a od 1999 r. w Danii¹⁶. W tym też czasie została wprowadzona w Polsce – z początkiem 1999 r. dodano do polskiej ustawy regulację w przedmiocie cienkiej kapitalizacji, implementującą model ograniczenia długu wewnętrznego na podstawie relacji tego długu do kapitału spółki (art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r.)¹⁷. Uzasadnieniem dla uchwalenia tej regulacji były zalecenia Organizacji Współ-

pracy Gospodarczej i Rozwoju (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD), a wzorem miały być regulacje w Niemczech, Wielkiej Brytanii i USA¹⁸.

Równolegle w innych krajach wprowadzano bezpośrednio ograniczenie możliwości odliczania kosztów odsetkowych. Palmę pierwszeństwa przyznaje się USA, które uczyniły to począwszy od 1989 r., łącząc jednocześnie obie metody: jeżeli stosunek wewnętrznego długu do kapitału przekraczał próg 1,5:1, odsetki były zaś wypłacane na rzecz podmiotu powiązanego niepodlegającego amerykańskiemu podatkowi dochodowemu, a nadto przekraczały 50% współczynnika EBITDA (ang. *earnings before interest, taxes, depreciation and amortization* – zysk przed odliczeniem kosztów odsetek, podatku oraz amortyzacji; zob. niżej), to nadwyżka odsetek ponad te 50% nie podlegała odliczeniu od przychodu¹⁹.

Koncepcję tę rozwinęły Niemcy w 2008 r. w ten sposób, że odmówiły możliwości odliczenia od przychodu kosztów odsetkowych powyżej 30% współczynnika EBITDA, a jednocześnie zrezygnowały z kryterium wysokości długu (ograniczenie bezpośrednio zastąpiło bowiem wspomniane wyżej ograniczenie pośrednie wprowadzone w 1994 r.²⁰). Z tego wzorca skorzystały inne państwa, np. Włochy, które zastąpiły swoją regulację w zakresie niedostatecznej kapitalizacji bezpośrednim ograniczeniem możliwości odliczenia od przychodu kosztów odsetkowych.

Erozja bazy podatkowej i przenoszenie dochodów wynikające z odliczania kosztów odsetkowych były przedmiotem analiz OECD w ramach Akcji 4 Projektu BEPS (ang. *Base Erosion and Profit Shifting Project*). W 2014 r. OECD opublikowało raport w tej sprawie, który jako najlepszą praktykę w omawianym obszarze wskazywał metodę bezpośredniego ograniczenia możliwości zaliczenia odsetek do kosztów uzyskania przychodu na podstawie współczynnika EBITDA (zob. niżej)²¹. Rozwiązanie to przyjęto w prawie Unii Europejskiej (UE) w art. 4 dyrektywy Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego²².

W Polsce przejściowo, w latach 2015-2017, obie metody funkcjonowały równolegle (zob. niżej). Z początkiem 2018 r. uchylono przepisy regulujące cieką kapitalizację, a ustanowiono limit kosztów odsetkowych w nowym brzmieniu (art. 15c ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2018 r.²³). W ten sposób Polska powieliła wzór Niemiec i Włoch, gdzie w latach odpowiednio 1994-2008 oraz 2004-2008 funkcjonował model ograniczenia pośredniego, zastąpiony następnie modelem ograniczenia bezpośredniego.

Podkreślić należy, że powyższe metody (bezpośrednia i pośrednia) nie muszą się wykluczać, lecz wręcz przeciwnie – mogą być stosowane równolegle, co wprost wskazuje się np. w kontekście dyrektywy 2016/1164 (która w art. 4 przewiduje model bezpośredni, z możliwością uzupełniania go o model pośredni).

Przykładowo w Danii reguła ograniczająca niedostateczną kapitalizację opiera się na trzech filarach. W pierwszej kolejności stosuje się zasadę ograniczającą dług wewnętrzny, od którego odsetki mogą podlegać odliczeniu od przychodu (model pośredni). Mechanizm ma zastosowanie, jeżeli war-

tość długu wewnętrznego przekracza próg 10 mln koron duńskich, a dług całkowity w stosunku do kapitału przekracza na koniec roku stosunek 4:1 – nadwyżka długu wewnętrznego zostanie przekwalifikowana na kapitał własny, tak by osiągnąć wspomnianą proporcję długu do kapitału 4:1²⁴. Następnie (od 2008 r.) stosuje się także ograniczenie wysokości odsetek podlegających odliczeniu (model bezpośredni), przy czym uwzględnia się już dług całkowity (ale z wyłączeniem tej części długu wewnętrznego, która została przekwalifikowana na mocy wcześniejszej zasady). Limit odsetek zaliczanych do kosztów uzyskania przychodu operuje równolegle:

- 1) procentem wartości kwalifikowanych aktywów – wyłączenie możliwości odliczenia kosztów odsetkowych netto w części przekraczającej próg ustalany indywidualnie na podstawie określonej corocznie standardowej stawki odsetek (w 2020 r.: 2,5%), przemnożonej przez wartość podatkową aktywów danego podmiotu (przewidziana jest minimalna kwota kosztów odsetkowych netto podlegających odliczeniu po zastosowaniu tej formuły – obecnie 21,3 mln koron duńskich – która również podlega okresowej waloryzacji)²⁵;
- 2) współczynnikiem EBITDA (zob. niżej) – wyłączenie możliwości odliczenia kosztów odsetkowych netto w zakresie powyżej 30% ustalonego dla danego podmiotu współczynnika EBITDA²⁶; formuła ta stanowi dostosowanie do wymogów dyrektywy 2016/1164 – wcześniej, do końca 2018 r., limit kosztów odsetkowych odnosił się do 80% współczynnika EBIT (ang. *earnings before interest and taxes*, tj. zyski przed odsetkami i podatkami)²⁷.

Model duński (w wersji sprzed 2019 r.) stał się inspiracją dla polskiego ustawodawcy. W latach 2015-2017 polskie przepisy przewidywały na zasadzie alternatywy (w formie opcji podatkowej, co odróżniało je od regulacji duńskiej łączącej oba modele) albo model ograniczenia pośredniego (art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r.), albo model bezpośredniego ograniczenia możliwości zaliczenia do kosztów uzyskania przychodu kosztów odsetkowych (art. 15c ww. ustawy).

Model ograniczenia bezpośredniego operował jednocześnie:

- 1) procentem kwalifikowanych aktywów (ust. 2), tj. stopą referencyjną NBP, powiększoną o 1,25 punktu procentowego, odnoszoną do wartości podatkowej aktywów podatnika, w tym ujętych zgodnie z wartością nominalną kwot udzielonych pożyczek, z wyjątkiem wartości niematerialnych i prawnych (wyłączenie motywowane ich subiektywną wartością);
- 2) procentem (tj. 50%) zysku operacyjnego (ust. 5). Zasadnicza różnica między zyskiem z działalności operacyjnej (a więc zyskiem bez uwzględniania opodatkowania i kosztów finansowych) a współczynnikiem EBIT sprowadza się do tego, że współczynnik EBIT obejmuje też zyski spoza działalności operacyjnej.

Warto zauważyć, że gdyby wyłączenie wartości niematerialnych i prawnych odniesiono do zysku operacyjnego, osiągnięto by w przybliżeniu ekwiwalent EBITDA. Niemniej przez pewien czas każde z duńskich rozwiązań w pewien sposób było reprezentowane w polskim prawie²⁸.

Kluczowe znaczenie dla obu metod (bezpośredniej i pośredniej) ma sposób określenia limitu długu lub odsetek, którego przekroczenie powoduje zastosowanie regulacji. Wskazać należy na wielość systemów wartości mogących mieć zastosowanie – mowa o wartościach podatkowych, rachunkowych lub rynkowych, między którymi zachodzą różnice, gdyż służą one do różnych celów (wartości podatkowe – do ustalenia zdolności płatniczej podatnika; wartości rachunkowe – do rzetelnego ustalenia sytuacji finansowej podmiotu gospodarczego; wartości rynkowe – do ustalenia uczciwości warunków transakcji). Nie ma w tej kwestii konsensusu. Przykładowo w Niemczech operuje się współczynnikiem EBITDA obliczanym na zasadach podatkowych, podczas gdy we Włoszech – rachunkowych²⁹. Polski model ograniczenia bezpośredniego (art. 15c ustawy z dnia 15 lutego 1992 r.) przed 2018 r. odwoływał się do wartości rachunkowych, a po tej dacie – do podatkowych. W niektórych krajach (np. Wielka Brytania), ze względu na brak regulacji odwołujących się do wartości podatkowych lub rachunkowych, analizuje się wartości rynkowe.

Od strony technicznej określenie limitu może nastąpić na podstawie:

- 1) bądź to wprost zasady warunków rynkowych (ang. *arm's length principle*) – w takim przypadku analizuje się (w zależności od przyjętej regulacji: z perspektywy pożyczkobiorcy lub pożyczkodawcy), czy w relacji między niepowiązаныmi ze sobą podmiotami odpowiednio zaciągnięto by daną pożyczkę lub jej udzielono (mechanizm taki był stosowany do niedawna w Austrii³⁰ oraz funkcjonuje w Wielkiej Brytanii w odniesieniu do ograniczenia długu, od którego odsetki mogą być zaliczone do kosztów uzyskania przychodu). Wadą tego rozwiązania (wywodzonego bądź to z ogólnej klauzuli antyabuzywnej [Austria], bądź też z przepisów o cenach transferowych [Wielka Brytania]) jest brak pewności (przejrzystych wytycznych co do właściwego stosowania) czy automatyzmu stosowania po stronie podmiotu podatkowego (warto zaznaczyć w istocie nieskodyfikowany charakter takiej regulacji o niedostatecznej kapitalizacji – w drugą stronę, przepisy o pośrednim lub bezpośrednim ograniczeniu kosztów odsetkowych mają stanowić tylko rozwinięcie zasady warunków rynkowych)³¹. Zaletą takiego rozwiązania jest uwzględnienie specyficznych okoliczności konkretnego przypadku;
- 2) bądź też określonego współczynnika (ang. *fixed ratio*) – w takim przypadku najczęściej limit długu, od którego odsetki mogą być zaliczone do kosztów uzyskania przychodów, ustalany jest na podstawie relacji długu do kapitału (ang. *debt-to-equity ratio*) lub też długu do aktywów (ang. *debt-to-assets ratio*). W przypadku bezpośredniego ograniczenia odliczalności odsetek przeważnie stosuje się współczynnik odsetek do zysków (przed opodatkowaniem; ang. *interest-to- [pretax] earnings*), przy czym te ostatnie ustala się przeważnie według współczynnika EBITDA – punktem odniesienia przestaje być zatem majątek, a zamiast niego wykorzystuje się wynik gospodarczy. Ustalenie jednego współczynnika dla wszystkich podmiotów gospodarczych bez względu na chociażby sektor gospodarki bywa przedmiotem krytyki³²;

- 3) ewentualnie także określonego procentu lub kwoty – w takim przypadku możliwe jest odliczenie tylko określonej części lub kwoty kosztów odsetkowych bez względu na relację między finansowaniem dłużnym a kapitałowym danego podmiotu. Z tego powodu rozwiązanie to nie wpisuje się w sposób efektywny w cel przeciwdziałania niedostatecznej kapitalizacji³³.

W kontekście określenia limitu długu lub kosztów odsetkowych wskazać należy także na regulacje z zakresu tzw. bezpiecznych przystani (ang. *safe harbour*), czyli stanów faktycznych, w których ustawodawca wyłącza zastosowanie mechanizmu, w tym przypadku – ograniczenia prawa do odliczenia od przychodu kosztów odsetkowych (pojęcie to jest odnoszone przez niektórych do całej regulacji o niedostatecznej kapitalizacji ściśle rozumianej – w tym ujęciu stosunek długu do kapitału delimituje wyjątek od zastosowania zasady wyłączającej możliwość odliczenia od przychodu kosztów finansowania dłużnego). Możliwe jest połączenie warunków rynkowych z metodą współczynnika: dopiero przekroczenie dopuszczalnej wartości danego współczynnika aktualizuje pytanie, czy nadmierne zadłużenie spełnia warunki rynkowe. Możliwe jest też określenie limitu kosztów odsetkowych netto lub zadłużenia, który musi zostać przekroczony, aby w ogóle przejść do stosowania omawianych rozwiązań (choćby w Danii przepisy o ograniczeniu bezpośrednim mają zastosowanie, jeżeli wartość długu przekroczyła 10 mln koron duńskich).

Kolejną kwestią jest możliwe, lecz niekonieczne, ograniczenie zastosowania powyższych metod do relacji między podmiotami powiązаныmi. Wspomniana wyżej metoda warunków rynkowych (właściwa dla regulacji z zakresu cen transferowych) implikuje zastosowanie reguł dotyczących cienkiej kapitalizacji do relacji między podmiotami powiązаныmi. W pozostałych wypadkach ograniczenie może już jednak dotyczyć zarówno długu wewnętrznego, jak i długu całkowitego, przy czym powszechne jest podejście zakładające objęcie regulacją także długu na rzecz podmiotów niepowiązanych. Alternatywnie możliwe jest wyłączenie, na zasadzie wyjątku od zasady powszechności ograniczenia kosztów odsetkowych, podmiotów niepowiązanych (ang. *standalone entities*). Regulacje z zakresu pośredniego lub bezpośredniego ograniczenia kosztów odsetkowych wyewoluowały w tym ostatnim kierunku. W odniesieniu do grup podmiotów (przy ograniczeniu zarówno pośrednim, jak i bezpośrednim) czasem wprowadza się porównanie współczynnika obliczonego dla danego podmiotu ze współczynnikiem obliczonym dla całej grupy (ang. *group ratio*) – brak rozbieżności wskazuje, że struktura finansowania danego podmiotu ma uzasadnienie rynkowe³⁴.

W świetle judykatury Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) na obszarze UE pytanie, czy należy ograniczyć przepisy o cienkiej kapitalizacji wyłącznie do relacji transgranicznych, czy też objąć nią także transakcje krajowe, jest bezprzedmiotowe. Zgodnie bowiem z orzeczeniem Lankhorst-Hohorst prawo unijne stoi na przeszkodzie odmiennemu traktowaniu transakcji transgranicznych³⁵. Warto zaznaczyć, że orzeczenie to w sposób istotny wpłynęło na ewolucję regulacji w przedmiocie niedostatecznej kapitalizacji w państwach członkowskich UE (niektóre kraje zrezygnowały z

takich regulacji, np. Wielka Brytania, a inne rozszerzyły je także na podmioty krajowe; w większym stopniu jednak orzeczenie to spowodowało zwrot w kierunku ograniczenia bezpośredniego o charakterze powszechnym).

Otwarte pozostaje jednak zastosowanie regulacji do określonych branż. Jak już wspomniano, sektor finansowy charakteryzuje się szczególną strukturą finansowania, w której normalnym stanem rzeczy jest istotna nadwyżka finansowania dłużnego nad kapitałowym. W kontekście dyrektywy 2016/1164 wskazano na tę okoliczność, gdy dano państwu członkowskim prawo do wyłączenia instytucji finansowych z zakresu zastosowania przyjętej w tej dyrektywie regulacji o charakterze bezpośrednim. Z możliwości tej skorzystała np. Dania, ale też Polska.

3.1. Ograniczenie pośrednie

Zakres podmiotowy w polskiej regulacji obejmował spółkę podlegającą opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych (w czasie obowiązywania tych przepisów były to: spółka akcyjna, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a od 2014 r. także spółka komandytowo-akcyjna³⁶) oraz spółdzielnie, do których przepisy te stosowało się odpowiednio.

Przedmiotem regulacji były koszty odsetkowe (w Polsce z początkiem 2015 r. w art. 15c ust. 8 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. zdefiniowano odsetki jako wszystkie koszty związane z uzyskaniem i korzystaniem z pożyczki, a więc obok odsetek także prowizje i opłaty, również za nieterminową płatność; wcześniej w braku definicji regulacja odnosiła się wyłącznie do odsetek³⁷) ponoszone w związku z zaciągniętymi pożyczkami (w Polsce zdefiniowanymi od 2004 r. w art. 16 ust. 7b ww. ustawy jako każda umowa, w której dający zobowiązywał się dać określoną ilość pieniędzy, a biorący zobowiązywał się oddać tę samą ilość pieniędzy; z mocy prawa były to też emisja papierów wartościowych o charakterze dłużnym, depozyt nieprawidłowy, lokata, jak również kredyt, nie były to natomiast pochodne instrumenty finansowe³⁸). Dodawane definicje wskazują na potrzebę precyzyjnego określenia zakresu zastosowania regulacji.

W latach 2001-2004 na mocy art. 16 ust. 7a ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. z zakresu regulacji były wyłączone pożyczki udzielane przez podatników podatku dochodowego od osób prawnych, będących polskimi rezydentami, którzy nie korzystali z ulg i zwolnień w tym podatku (w 2003 r. ograniczono ten wymóg do niekorzystania ze zwolnienia dla działalności na terenie specjalnej strefy ekonomicznej z art. 17 ust. 1 pkt 34 przywołanej ustawy³⁹)⁴⁰. W świetle przytoczonego orzeczenia w sprawie Lankhorst-Hohorst uprzywilejowanie krajowych pożyczkodawców nie mogło być utrzymane.

Kiedy omawia się zakres przedmiotowy, należy zaznaczyć, że fakultatywnym elementem konstrukcji klauzuli o niedostatecznej kapitalizacji jest pojęcie kwalifikowanego pożyczkodawcy. Trzeba zatem odpowiedzieć na pytanie, czy regulacja ta ma zastosowanie tylko do zadłużenia na rzecz określonych podmiotów (długu wyodrębnianego ze względu na kryterium podmiotowe – co do zasady określone powiązanie spółki będącej podatnikiem z danym wierzycielem), czy też dotyczy ogółu zadłużenia. Polska regulacja (art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r.) obejmowała trzy kategorie kwalifikowanych podmiotów udzielających pożyczki:

- 1) wspólników posiadających nie mniej niż 25% udziałów lub akcji (ustalanych na podstawie liczby praw głosu wynikających z tych udziałów; w przypadku komplementariusza spółki komandytowo-akcyjnej warunek ten był zawsze spełniony) w spółce uzyskującej finansowanie (w 2015 r. przepis rozszerzono na wszystkie podmioty posiadające taką liczbę udziałów bezpośrednio lub też pośrednio – wcześniej kwestia pośrednich udziałów budziła wątpliwości, mimo że literalne brzmienie przepisu nie przewidywało takiej możliwości);
- 2) w przypadku większej liczby podmiotów – spełniających powyższe kryterium łącznie (wątpliwości budziła kwestia, czy mowa o sumie pożyczek udzielanych przez takie podmioty, czy też o jednej pożyczce, której łącznie udzielają podmioty spełniające te kryterium – przeważało podejście pierwsze);
- 3) spółki (tzw. siostry), jeżeli w obu spółkach ten sam wspólnik posiadał nie mniej niż 25% udziałów (akcji) – także i w tym przypadku od 2015 r. przepis rozszerzono na wszystkie podmioty posiadające taką liczbę udziałów bezpośrednio lub też pośrednio.

Dla porównania duńskie rozwiązanie ma zastosowanie do tzw. długu kontrolowanego, tj. między podmiotami, między którymi zachodzą opisane w ustawie relacje kontroli lub powiązania. Mowa o podatnikach:

- 1) kontrolowanych przez osobę fizyczną lub prawną (tj. posiadającą bezpośrednio lub pośrednio powyżej 50% praw głosu lub udziałów w kapitale),
- 2) kontrolujących osobę prawną (pojęcie kontroli rozumiane jak wyżej),
- 3) powiązanych z osobą prawną (tj. kontrolowanych przez tę samą grupę udziałowców lub posiadających wspólny zarząd),
- 4) mających stały zakład za granicą,
- 5) będących zagranicznymi osobami fizycznymi lub prawnymi posiadającymi stały zakład w Danii lub też
- 6) zagranicznymi osobami fizycznymi lub prawnymi posiadającymi stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o podatku węglowodorowym⁴¹.

Pierwsze trzy kategorie zasadniczo odpowiadają tym przewidzianym w polskiej regulacji (z zastrzeżeniem wyższego progu udziałów w wysokości powyżej 50%). Należy jednak wskazać, że do długu kontrolowanego należy zaliczyć także pożyczki udzielone przez podmioty trzecie, jeżeli uzyskały one od podmiotów kontrolujących spółkę lub innych spółek, które przynależą do grupy takich podmiotów kontrolujących, określone świadczenie bezpośrednie (np. udzielenie gwarancji) lub pośrednie (tzw. pożyczki *back-to-back*, w których podmiot powiązany ze spółką udziela pożyczki podmiotowi trzeciemu, a ten z kolei udziela pożyczki spółce). Długu kontrolowanego nie stanowią zatem wyłącznie pożyczki od całkowicie niezależnych podmiotów trzecich. Duńska regulacja – przyjmując szeroką definicję długu na rzecz podmiotów powiązanych – wychodzi naprzeciw możliwościom obejścia omawianej regulacji w większym stopniu, niż czyniła to polska regulacja, posługująca się wąską definicją długu na rzecz podmiotów powiązanych.

Koniecznym elementem konstrukcji regulacji w zakresie niedostatecznej kapitalizacji jest natomiast określenie stopnia

zadłużenia, który uruchamia ten mechanizm. Jak już wskazano, najpowszechniej wykorzystuje się stosunek długu do kapitału przedsiębiorstwa (*debt-to-equity*). Chociaż *in principio* jest to powszechny model, to szczegółowe rozwiązania przyjęte w poszczególnych państwach prezentują istotne rozbieżności. Wynika to z potrzeby zdefiniowania podstawowych pojęć: długu (licznik), kapitału (mianownik) oraz wymaganej proporcji.

Istotną kwestią jest wyodrębnienie długu pod względem przedmiotowym. Polska regulacja posługiwała się pojęciem wartości zadłużenia. W braku definicji wytworzyły się dwa przeciwstawne poglądy: pierwszy (przeważający) wskazywał, że mowa o globalnym zadłużeniu na rzecz znaczących udziałowców (a więc z jakiegokolwiek tytułu), drugi – że mowa jedynie o pożyczkach i kredytach. Kolejny problem dotyczył możliwości unettowania tego długu (czyli pomniejszenia go o wierzytelności wobec pożyczkodawców; w takim wypadku dopiero nadwyżka długu musiałaby przekroczyć ustawy próg). Możliwość taką wprowadzono dopiero z początkiem 2015 r. (art. 16 ust. 7g ustawy z dnia 15 lutego 1992 r.)⁴².

Ze względu na kryterium podmiotowe pod uwagę może być brany: całkowity dług, całkowity dług na rzecz danego podmiotu, całkowity dług wewnętrzny; teoretycznie możliwe jest też ograniczenie do całkowitego długu zagranicznego albo całkowitego zagranicznego długu wewnętrznego⁴³. Co istotne, dług ustalany na potrzeby współczynnika nie musi być tożsamy z długiem wyodrębnionym według kryterium kwalifikowanego pożyczkodawcy, czyli przedmiotem regulacji. W polskich przepisach były to koncepcje powiązane, lecz nie tożsame: krąg znaczących udziałowców branych pod uwagę przy badaniu poziomu zadłużenia nie obejmował np. drobnych udziałowców, którzy łącznie spełniali kryterium co najmniej 25% udziałów. W przypadku udzielenia pożyczki przez tzw. spółkę siostrę należało uwzględnić ją w gronie znaczących udziałowców. Dla porównania rozwiązanie duńskie obejmuje ogół długu podatnika (zarówno wewnętrzny, jak i na rzecz podmiotów trzecich), choć wyłączeniu podlega tylko ewentualna nadwyżka długu wewnętrznego.

Możliwe jest też określenie limitu wysokości długu objętego daną regulacją, do którego nie stosuje się tych przepisów – np. w Danii jest to 10 mln koron duńskich. W Polsce w zakresie ograniczenia pośredniego nie przewidziano takiego progu.

Również i kwestia kapitału może być rozwiązana na wiele sposobów. W polskiej regulacji w latach 1999-2014 odnieszono się do kapitału zakładowego spółki będącej pożyczkobiorcą, a w latach 2015-2017 – do jej kapitału własnego (a więc odwołano się do kategorii szerszej, co łagodziło skutek regulacji). Korelatem rozszerzenia zakresu pojęcia kapitału było zmniejszenie granicznej wartości współczynnika z trzykrotności kapitału do jednokrotności. W ocenie projektodawcy omawiana zmiana stanowiła przejście od modelu *debt-to-equity* (dług do kapitału) do modelu *debt-to-assets* (dług do aktywów)⁴⁴. Poszukiwano adekwatności stosowanych wartości, dlatego na mocy art. 16 ust. 7 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r., a od 2015 r. – art. 16 ust. 7h, do kapitału (najpierw zakładowego, a potem własnego) nie zaliczano:

1) tej części, która nie została faktycznie pokryta,

- 2) tej części, która została pokryta wierzytelnościami z tytułu pożyczek lub odsetek przysługujących wspólnikowi,
- 3) wartości niematerialnych i prawnych, od których nie dokonywano odpisów amortyzacyjnych,
- 4) od 2015 r. nie uwzględniano także kapitału z aktualizacji wyceny oraz
- 5) tej części, która pochodziła z otrzymanych pożyczek podporządkowanych⁴⁵.

Skutek regulacji może przyjąć postać wyłączenia możliwości zaliczenia odsetek do kosztów uzyskania przychodu lub, alternatywnie, zmiany ich klasyfikacji na wypłatę dywidendy. Skutek ten mógłby mieć charakter absolutny (po przekroczeniu wartości współczynnika wyłączenie obejmuje ogół długu wewnętrznego) lub względny (wyłączenie miałooby zastosowanie jedynie w części przekraczającej dopuszczalną wartość wskaźnika). W Polsce, tak jak w większości krajów, zdecydowano się na to drugie rozwiązanie. Podkreślić jednak należy, że powstały liczne wątpliwości wynikające z użytych w ustawie sformułowań, które pozostały mimo doprecyzowującej nowelizacji z 2015 r.

W niektórych krajach (np. Niemcy) przewidziano możliwość niezastosowania przepisów o niedostatecznej kapitalizacji, jeżeli mimo przekroczenia wskazanego poziomu relacji długu do kapitału podatnik udowodni, że na warunkach rynkowych (*arm's length*) uzyskałby analogiczne finansowanie dłużne. Klauzula taka ma szczególne znaczenie w przypadku sektorów gospodarki o specyficznych uwarunkowaniach, jak np. instytucje finansowe (możliwe jest wykazanie, że struktura finansowania u podatnika nie odbiega od praktyki rynkowej). Polski ustawodawca, w przeciwieństwie np. do duńskiego, nie przewidział takiej możliwości.

Na temat mechanizmu pośredniego ograniczenia możliwości odliczania od przychodu odsetek wyrażane są rozbieżne opinie. Twierdzi się, że taka konstrukcja jest wadliwa w zakresie, w jakim wątpliwości mogą budzić opisane wyżej pojęcia (np. długu umiejscowionego w liczniku współczynnika; w szczególności nowelizacje polskich przepisów wskazują na potrzebę szczególnie precyzyjnej regulacji), a także dlatego, że nie uwzględnia takich okoliczności, jak np. stopy oprocentowania (w tym zakresie konieczne jest uzupełnienie o zasadę warunków rynkowych, czyli oprocentowanie musi odpowiadać stosowanemu w relacjach między niepowiązаныmi podmiotami). Ponadto wskazuje się na możliwość manipulowania poziomem kapitału aktywów w jednostkach zależnych, tak aby – mimo zachowania współczynnika – jak najwięcej kosztów odsetkowych mogło zostać zaliczonych do kosztów uzyskania przychodu⁴⁶. Jednocześnie przy istotnym skomplikowaniu przepisów odnotowano negatywne skutki gospodarcze (reguły te ograniczają inwestycje, bo podnoszą koszty finansowania). Zarazem zauważa się, że jednak rozwiązania te wpływają na strukturę finansowania spółek (może to jednak prowadzić do zamiany długu wewnętrznego na dług zewnętrzny⁴⁷), w szczególności w zakresie transgranicznego finansowania dłużnego. Wskazuje się, że skuteczność regulacji zależy od automatyzmu jej stosowania⁴⁸. W tym kontekście wadą polskiego rozwiązania było pierwotne powiązanie obliczeń z momentem dokonywania zapłaty odsetek (od 2015 r. wartość kapitału własnego ustalano na ostatni dzień miesiąca poprzedzającego ten, w którym nastąpiła zapłata). Wąt-

pliwa skuteczność i konstrukcja otwarta na nadużycia legły u podstaw poszukiwania innych rozwiązań – przeważnie w postaci ograniczenia bezpośredniego.

3.2. Ograniczenie bezpośrednie

Bezpośrednie ograniczenie możliwości odliczania odsetek przeciwdziała nie tyle niedostatecznej kapitalizacji, ile jej skutkowi. Zaobserwować można tendencję to upraszczania regulacji (wyjątkiem jest Wielka Brytania, w której odbył się proces odwrotny – limit kosztów odsetkowych został zdekodfikowany w 2004 r.). O ile pośredni limit kosztów odsetkowych ze względu na swój automatyzm stanowił uproszczenie zasady ogólnej wywodzonej bądź to z zasady warunków rynkowych, bądź też z ogólnej klauzuli antyabuzywnej, o tyle limit bezpośredni stanowi dalsze uproszczenie ze względu na mniej skomplikowaną konstrukcję. Wprowadza się jednak ograniczenia zakresu zastosowania tego mechanizmu celem złagodzenia regulacji w odniesieniu do krajowych spółek, w szczególności tych o mniejszych rozmiarach. Wątpliwości może budzić kwestia, czy jest to mechanizm proporcjonalny do celu, jakim jest przeciwdziałanie przesuwaniu dochodu poprzez niedostateczną kapitalizację. W kontekście tego rozwiązania pojawia się drugi powód wprowadzania takiej regulacji – próba stymulowania krajowych spółek do większego finansowania opierającego się na kapitale, a nie na długu (w tym zwłaszcza zaciągany u zagranicznych podmiotów), już nie tylko ze względów fiskalnych, lecz także gospodarczych.

Obecnie zakres przedmiotowy polskiej regulacji obejmuje wszystkich podatników podatku dochodowego od osób prawnych, będących polskimi rezydentami dla celów podatkowych. Przed 2018 r. art. 15c ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. odnosił się do tych spółek i spółdzielni, które potencjalnie weszły w zakres zastosowania art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 (tj. otrzymały pożyczkę od tzw. kwalifikowanych pożyczkodawców, zob. wyżej). Należy zaznaczyć, że okoliczność ta miała znaczenie wyłącznie dla celów ustalenia kwalifikacji podmiotowej do zastosowania wspomnianego art. 15c – przedmiotem ograniczenia były już bowiem odsetki od długu całkowitego. Bezpośrednie ograniczenie możliwości odliczania odsetek przeciwdziała nie tyle niedostatecznej kapitalizacji (strukturze finansowania), ile jej skutkowi (wykorzystywaniu finansowania do optymalizacji podatkowej) – źródło finansowania ma zatem mniejsze znaczenie niż miało w przypadku klasycznej regulacji z zakresu niedostatecznej kapitalizacji. Oddziaływanie limitu bezpośredniego próbuje się jednak łagodzić poprzez np. wyłączenie z zakresu jego zastosowania podmiotów niezależnych (z opcji tej, przewidzianej w dyrektywie 2016/1164, skorzystały Niemcy, ale już nie Polska). Możliwa jest też tzw. klauzula grupowa, w myśl której podmiot może uniknąć zastosowania ograniczeń wynikających z limitu kosztów odsetkowych, jeżeli wykaże, że (co stanowi pewną reminiscencję limitu pośredniego odnoszącego się do struktury finansowania lub majątku danego podmiotu):

- 1) jego współczynnik długu do aktywów (*debt-to-asset*) jest mniejszy lub porównywalny do tego na poziomie całej grupy (wskaźnik dla całej grupy) bądź też
- 2) wskaźnik kapitału do aktywów ogółem danego podatnika jest zasadniczo równy odnośnemu wskaźnikowi dla grupy (wystarczający kapitał własny).

Rozwiązania takie wprowadzono np. w Niemczech⁴⁹, podczas gdy np. w Danii (podobnie jak w Polsce) zdecydowano się tylko na próg wartości nadwyżki kosztów odsetkowych, powyżej którego ma zastosowanie mechanizm wyłączenia ich części ze względu na wskaźnik EBITDA.

Przedmiot regulacji – koszty odsetkowe (w obecnej polskiej regulacji „koszty finansowania dłużnego”) obejmują wszelkiego rodzaju koszty związane z uzyskaniem środków finansowych i z korzystaniem z tych środków, w szczególności m.in. odsetki, opłaty, prowizje, premie, kary i opłaty. Definicja ta stanowi rozwinięcie definicji odsetek na gruncie wcześniejszej regulacji. Obok szerszego katalogu przykładowych kosztów warto odnotować brak zastrzeżenia, że mowa o kosztach poniesionych na rzecz pożyczkodawcy; obecnie nie ma znaczenia na czyją (zob. obecny art. 15c ust. 12 oraz art. 15c ust. 8 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. w brzmieniu sprzed 2018 r.). Definicja ustawowa – zakreślona w sposób szeroki i otwarty – wymaga uściślenia, czy też mowa o kosztach pośrednich, czy tylko bezpośrednio związanych z pozyskaniem i korzystaniem z finansowania. W doktrynie twierdzi się, że mowa wyłącznie o kosztach bezpośrednich⁵⁰.

Kluczowe znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy zasada ta dotyczy kosztów odsetkowych netto (po potrąceniu przychodów odsetkowych), czy też brutto (bez takiego potrącenia). Wskazuje się, że metoda ograniczenia kosztów odsetkowych brutto może prowadzić do podwójnego opodatkowania, gdy ta sama wartość jest opodatkowana u podmiotu finansującego jako przychód bez możliwości zaliczenia do kosztów uzyskania przychodu u podmiotu finansowanego (o tę wartość zwiększa się zatem jego przychód podlegający opodatkowaniu). Skutek ten łagodzi podejście zakładające ograniczenie wyłącznie nadwyżki kosztów odsetkowych nad przychodami z tego tytułu. Obecne przepisy (w myśl postanowień dyrektywy 2016/1164) wskazują, że przedmiotem regulacji (limitu) jest nadwyżka kosztów finansowania dłużnego nad przychodami o charakterze odsetkowym, czyli koszty odsetkowe netto (obie kategorie powinny sobie odpowiadać) – zabezpiecza to podatników przed omówionym wcześniej podwójnym opodatkowaniem. Przepisy przed 2018 r. odnosiły się do kosztów odsetkowych brutto, co było kompensowane wyższym procentem (50% zamiast obecnego 30%) odnoszonym do wyższego, a więc korzystniejszego wskaźnika (EBIT zamiast EBITDA – z zastrzeżeniem, że użyte przez polskiego ustawodawcę określenie zysków z działalności operacyjnej tylko w przybliżeniu odpowiada koncepcji EBIT).

Analogicznie jak w przypadku ograniczenia pośredniego – możliwe jest ograniczenie zastosowania limitu bezpośredniego tylko do sytuacji, w której koszty odsetkowe netto przekraczają określony próg – dopiero po tym nabiera faktycznego znaczenia współczynnik. Niejasność użytych w polskiej ustawie sformułowań dała podstawy do sporów o zakres wyłączenia:

- 1) pierwszy pogląd (stosowany przez administrację) zakłada, że limit kosztów odsetkowych to alternatywnie 3 mln zł albo 30% EBITDA w zależności od tego, która z tych wartości jest większa;
- 2) drugi pogląd (stosowany przez sądy – plany legislacyjne w ramach Polskiego Ładu mają wykluczyć to stanowisko)

zakłada kumulację, czyli limit 30% EBITDA dotyczyć ma tej części nadwyżki kosztów finansowania, która przekracza 3 mln zł⁵¹.

Jako współczynnik proponuje się porównanie odsetek do zysków danego przedsiębiorstwa (pierwotnie wykorzystywano w tym celu EBIT lub EBITDA), co ma stanowić wyraz przejścia na regulację odwołującą się nie tyle do struktury finansowania danego podmiotu (zob. klauzula grupowa powyżej), ile do jego wyniku finansowego⁵². Jak już wspomniano, w latach 2015-2017 polski ustawodawca posługiwał się koncepcją zysku operacyjnego, która miała odpowiadać stosowanemu w tym czasie w Danii współczynnikowi EBIT (który od EBITDA odróżnia się tym, że nie wyłącza amortyzacji środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych).

Obecnie powszechnie stosuje się w tym celu współczynnik EBITDA – określa on zyski przed odsetkami, opodatkowaniem, jak również amortyzacją środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych (popularyzowany od lat 70. ubiegłego wieku w obrocie gospodarczym dla celów analiz inwestycyjnych). Założenie tego współczynnika przewiduje oddanie czystego wyniku operacyjnego, który byłby porównywalny między podmiotami gospodarczymi. Z tego powodu wartość ta wyłącza opodatkowanie, gdyż to zależy od zasad opodatkowania panujących w danej jurysdykcji, współczynnik ma mieć natomiast zastosowanie także w kontekście transgranicznym (*earnings before taxes* to w polskiej ustawie „przychody ze wszystkich źródeł”). Współczynnik ten wyłącza także koszty amortyzacji środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych, gdyż z perspektywy bilansowej zależą one od przyjętej polityki rachunkowej; podobnie w przypadku prawa podatkowego mają charakter normatywny, a nie rzeczywisty. Współczynnik ten cieszy się popularnością w szczególności w sektorach charakteryzujących się wysokimi wydatkami na środki trwałe. Wreszcie wyłączeniu podlegają odsetki, gdyż są to koszty struktury kapitału, a nie działalności operacyjnej. W ten sposób opracowany jest współczynnik mający na celu wykazać faktyczną zyskowność przedsiębiorstwa, a więc jego zdolność do zapłaty odsetek. W polskiej ustawie negatywnym składnikiem współczynnika EBITDA są zarówno przychody odsetkowe, jak i koszty odsetkowe danego podmiotu.

Należy zaznaczyć, że współczynnik EBITDA nie jest wolny od wad. Przykładem możliwości manipulacji tym czynnikiem może być kwestia ustalenia, czy dokonano wydatku, czy zakupu środka trwałego. Nie można nie przywołać afery WorldCom z 2002 r., kiedy zaniżono współczynnik EBITDA, bo zaliczono 3,8 mld dolarów amerykańskich jako wydatki zamiast nabycia środków trwałych. W tym kontekście warto wskazać na rozróżnienie na EBITDA rachunkową oraz EBITDA podatkową. Kryterium tego podziału są regulacje, według których jest ona obliczana. EBITDA rachunkowa oferuje większe możliwości manipulowania wynikiem. Brak też przekonujących informacji, dlaczego stosowany jest właśnie ten współczynnik, a nie którykolwiek z innych znanych w ekonomii (jako alternatywę często podaje się współczynnik *Free Cash Flow*, który ma odzwierciedlać zdolność danego podmiotu do wypłaty dywidendy udziałowcom, tj. potwierdzać posiadanie niezbędnych w tym celu finansów).

Omawiany mechanizm cechuje się ograniczoną przewidywalnością. Klasyyczna regulacja z zakresu niedostatecznej kapitalizacji ma charakter statyczny w tym sensie, że zarówno wartość długu, jak i kapitału są znane podatnikowi z odpowiednim wyprzedzeniem – planowanie finansowe jest w tym zakresie prostsze. Limit kosztów odsetkowych odwołuje się natomiast do wartości o charakterze dynamicznym, jak właśnie wspomniany współczynnik EBITDA.

4. UMOŻLIWIENIE ODLICZALNOŚCI HIPOTETYCZNYCH ODESEK OD FINANSOWANIA KAPITAŁOWEGO

Omawiane wyżej rozwiązania mają przeciwdziałać podatkowemu uprzywilejowaniu finansowania dłużnego. Niemniej rozróżnienie traktowania podatkowego obu tych form finansowania spotyka się z krytyką i nie znajduje gospodarczego uzasadnienia. Z tego powodu formułowane są rozwiązania alternatywne:

- 1) ACC (ang. *Allowance for Corporate Capital* – ulga na finansowanie) – opracowane w 1984 r. rozwiązanie o charakterze pośrednim względem omówionych poniżej, tj. z jednej strony wykluczenie możliwości odliczenia kosztów odsetkowych, a z drugiej strony w to miejsce wprowadzenie jednolitej ulgi na całe finanse spółki (użyte tak w drodze finansowania kapitałowego, jak i w drodze finansowania dłużnego);
- 2) ACE (ang. *Allowance for Corporate Equity* – ulga na kapitał zakładowy) – zaproponowane w 1991 r. przez Instytut Badań Podatkowych rozwiązanie, które zakłada uzupełnienie możliwości odliczenia od przychodu kosztów odsetkowych finansowania dłużnego o możliwość odliczenia także hipotetycznych (normatywnych) kosztów odsetkowych finansowania kapitałowego (zachowane są więc zasady odrębne dla każdej formy finansowania)⁵³;
- 3) CBIT (ang. *Comprehensive Business Income Tax* – szeroki podatek dochodowy od działalności gospodarczej) – rozwiązanie zaproponowane w 1992 r. przez amerykańskie Ministerstwo Finansów; wyklucza ono możliwość odliczenia od przychodów kosztów finansowania zarówno kapitałowego, jak i dłużnego (ograniczeniem dolegliwości tej regulacji miałby być podział na podatników podlegających tym zasadom i pozostałych, będących co do zasady mniejszymi podmiotami)⁵⁴.

Uważa się, że drugie z powyższych rozwiązań ma mniej negatywny wpływ na inwestycje, w związku z czym spotkało się z przychylniejszym odbiorem. Model ten wiąże się jednak z uszczupleniem dochodów podatkowych, a nie z ich zwiększeniem, jak model amerykański. Zwiększenie dochodów podatkowych umożliwia natomiast obniżenie stawki podatku, co w dłuższej perspektywie może stanowić zachętę inwestycyjną. Mimo to z perspektywy ekonomicznej przychylniej patrzy się na koncepcję ACE. Postulowane jest też łączenie w sobie ACE i CBIT⁵⁵.

Pierwszym krajem, który wdrożył model ACE (zwany też NID – ang. *Notional Interest Deduction* – odliczenie odsetek normatywnych), była Chorwacja w 1994 r. Podążyły za nią Włochy (1997 r.) i Austria (2000 r.). Niemniej wszystkie te programy wkrótce zostały zamknięte – odpowiednio w 2001 r., 2003 r. i 2004 r. Nowy rozdział otworzyła Belgia, która wpro-

wadziła ten mechanizm w 2006 r. – tym razem eksperyment się udał. Z czasem dołączyły do niej inne państwa członkowskie UE (np. Włochy w 2011 r.), a Polska efektywnie z początkiem 2020 r. (art. 15cb ustawy z dnia 15 lutego 1992 r.)⁵⁶.

Konstrukcja regulacji jest bardzo prosta. W pierwszej kolejności określa przedmiot, od którego możliwe jest odliczenie hipotetycznych odsetek – określonej kategorii kapitałów (kwalifikowany kapitał). W Polsce są to wnoszone do spółki dopłaty oraz zysk przekazany na kapitał zapasowy lub rezerwy spółki (mowa zatem o retencji kapitału w spółce zamiast wypłaty dywidendy). Istotne w tym kontekście jest postawienie warunku, że dopłata lub zysk:

- 1) nie mogą być wniesione na cel pokrycia straty bilansowej;
- 2) nie mogą być wycofane ze spółki przed upływem 3 lat od końca roku, w którym wniesiono dopłatę lub przeznaczono zysk na kapitał zapasowy lub rezerwy (w tym okresie spółka nie może też zostać przejęta w wyniku łączenia lub podziału przez spółkę niebędącą osobą prawną).

Po określeniu przedmiotu odsetek normatywnych konstrukcja tej instytucji wymaga określenia stopy odsetek. Przeważnie za wzorzec przyjmuje się oprocentowanie obligacji Skarbu Państwa, tj. wylicza się średnią stawkę w danym okresie. W Polsce zdecydowano się na stopę referencyjną Narodowego Banku Polskiego. Istotne znaczenie ma to, czy stopa zwrotu z kapitału (ang. *return on equity* – ROE) jest mniejsza od stopy stawek hipotetycznych odsetek bądź jej równa – w takim wypadku nie powstanie podstawa opodatkowania (chyba że wprowadzony zostanie limit maksymalnej kwoty podlegających odliczeniu hipotetycznych odsetek – zob. niżej). Dopiero kiedy stopa zwrotu z kapitału przekroczy stopę odsetek normatywnych, dojdzie do wygenerowania podstawy opodatkowania.

Możliwe jest także wspomniane określenie limitu wysokości odliczanych odsetek normatywnych – w Polsce jest to 250 tys. zł w danym roku podatkowym, za który przysługuje odliczenie. Możliwe jest jednak – podobnie jak przy ograniczeniu bezpośrednim obliczalności odsetek od finansowania dłużnego – przenoszenie nierozliczonej kwoty kosztów odsetkowych (w przypadku finansowania kapitałowego – normatywnych) na kolejne lata podatkowe (w Polsce są to łącznie 3 kolejne lata podatkowe).

W razie naruszenia warunków odliczenia odsetek normatywnych – w myśl polskiej regulacji rozpoznaje się normatywny przychód w wysokości wcześniej odliczonych odsetek normatywnych, proporcjonalnie do przedwcześnie wycofanej dopłaty lub zysku.

Wątpliwości w polskiej regulacji budzi klauzula o charakterze antyabuzywnym, według której regulacji tej nie stosuje się, jeżeli podatnik lub podmiot powiązany w rozumieniu przepisów o cenach transferowych dokonał czynności (lub szeregu powiązanych czynności) bez uzasadnienia ekonomicznego innego niż odliczenie odsetek normatywnych.

5. PODSUMOWANIE

Ekonomicznie zarówno odsetki, jak i dywidendy stanowią formę wynagrodzenia z tytułu korzystania z finansowania – różnica sprowadza się do kwestii pewności i stałości tego wynagrodzenia (dywidenda jest uzależniona od wypracowania zysku, a więc podlega ryzyku gospodarczemu). Nie jest

to podział dychotomiczny – istnieją mechanizmy hybrydowe. Nie znajduje uzasadnienia podatkowe uprzywilejowanie finansowania dłużnego; co więcej – prowadzi do manipulacji polegających na ukrywaniu dywidendy pod różnymi postaciami, w szczególności w relacjach transgranicznych, a jednocześnie umożliwia agresywną optymalizację podatkową.

Problem tradycyjnie próbuje się rozwiązać ograniczeniami dopuszczalnego długu (w szczególności wewnętrznego, tj. na rzecz podmiotów powiązanych), od którego odsetki można zaliczać do kosztów uzyskania przychodu, czyli przepisami w przedmiocie tzw. cienkiej kapitalizacji. Metoda ta w Polsce, wzorem innych państw europejskich, wyewoluowała w ograniczenie wysokości bezpośrednio odsetek, które mogą być zaliczone do kosztów uzyskania przychodu (co do zasady w tym kontekście nie ogranicza się do długu wewnętrznego – mowa nie tylko o celach fiskalnych, lecz także stymulacyjnych). Podkreślić jednak należy, że obie te metody mogą się uzupełniać, czego dowodzi przykład Stanów Zjednoczonych lub Danii.

Opinie na temat skuteczności tych metod są różne, w związku z czym poszukuje się alternatywnych metod opodatkowania. Mowa przede wszystkim o zrównaniu lub zbliżeniu skutków prawnopodatkowych obu form finansowania (dłużnego i kapitałowego): bądź to poprzez wykluczenie możliwości zaliczenia do kosztów uzyskania przychodu kosztów pozyskanego finansowania bez względu na jego formę (choć w praktyce mowa o wykluczeniu kosztów odsetkowych finansowania dłużnego), bądź to poprzez umożliwienie takiego zaliczenia w odniesieniu do obu form finansowania (co najmniej w odniesieniu do finansowania kapitałowego, ze względu na brak kosztów rzeczywistych, konieczne jest określenie hipotetycznych, normatywnych kosztów pozyskanego finansowania; kwestią otwartą pozostaje natomiast, czy w odniesieniu do finansowania dłużnego uwzględniać koszty rzeczywiste, czy – dla zachowania pełnej równości – koszty normatywne). Także w Polsce, wzorem innych państw europejskich, szczerunkowo wprowadzono możliwość odliczenia normatywnych kosztów finansowania kapitałowego.

W praktyce nie stosuje się jednolitego podejścia, lecz cały system regulacji korzystających z różnych koncepcji. Kompozycja klasycznych i alternatywnych metod opodatkowania finansowania spółki służyć ma do uzgodnienia skutków prawnopodatkowych różnych form tego finansowania. Wprowadzane regulacje cechują się szczególnie problematyczną stroną pojęciową – niejednokrotnie precyzyjna delimitacja stosowanych pojęć jest źródłem istotnych sporów w doktrynie, co generuje ryzyko podatkowe po stronie podatników. Brak danych pozwalających ocenić, czy ryzyko to jest kompensowane przez korzyści fiskalne wynikające z wprowadzanych regulacji.

Przypisy

- ¹ M. Koessler, *The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation*, „Louisiana Law Review” 1949, No. 4, s. 435-449.
- ² Ustawa z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 2123.
- ³ Warto zaznaczyć, że np. w przypadku podatkowych grup w VAT otwarta pozostaje możliwość włączenia do takiej grupy także osób fizycznych. Zob. szerzej B. Gryziak, *VAT Groups and the Right of*

- Deduction across the European Union – Review and Analysis*, „International VAT Monitor” 2021, Vol. 32, No. 4, wydanie elektroniczne.
- ⁴ Przykładowo we Włoszech do 2003 r. w odniesieniu do opodatkowania podatkiem dochodowym od osób fizycznych dywidend funkcjonował mechanizm proporcjonalnego zaliczenia podatku dochodowego zapłaconego przez spółkę (ówczesny art. 14 Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi, GU Serie Generale n. 302 del 31.12.1986 – Suppl. Ordinario n. 126, dalej: d.p.r. n. 917). Od 2004 r. system przekształcono na częściowe zwolnienie z opodatkowania otrzymywanych dywidend – zakres poddania ich opodatkowaniu zależał od tego, czy udziały posiadano w ramach działalności gospodarczej, czy też nie, oraz czy były to udziały kwalifikowane, czy też nie (art. 47 i 59 d.p.r. n. 917).
- ⁵ Przykładem są Social Impact Bonds, w których ramach inwestor finansuje podmiot implementujący określone przedsięwzięcie o znaczeniu społecznym, a wypłata wynagrodzenia za udzielenie finansowania nie ma charakteru stałego – jest uzależniona od osiągnięcia celów tego przedsięwzięcia.
- ⁶ D. Strzelec, *Podatkowe pułapki związane z finansowaniem spółek kapitałowych przez wspólników*, „Monitor Podatkowy” 2010, nr 12, s. 19.
- ⁷ Instytucje finansowe stanowią szczególny przypadek w kwestii finansowania przedsiębiorstwa. Prowadzone przez nie pośrednictwo finansowe polega na łączeniu podmiotów posiadających kapitał (np. pozyskiwane przez bank szeroko rozumiane depozyty, podlegające zwrotowi na każde żądanie wnoszącego – dług instytucji finansowej) z podmiotami potrzebującymi kapitału (np. udzielane przez bank pożyczki, spłacane w terminach określonych w umowie – wierzytelności instytucji finansowej). Co do zasady zatem pośrednicy finansowi finansują udzielane przez siebie finansowanie (pożyczki) pozyskiwanym długiem (środki gromadzone na prowadzonych rachunkach. Możliwa jest tzw. kreacja pieniądza bankowego. Biorąc pod uwagę, że instytucja finansowa przekształca płynność kapitału – o ile sama jest zobowiązana zwrócić go swoim wierzycielom zasadniczo na każde żądanie, o tyle sama może go dochodzić od swoich dłużników jedynie w określonych terminach – zapas odpowiedniego kapitału własnego ma zabezpieczać płynność finansową instytucji finansowej).
- ⁸ Uzależnienie wypłaty wynagrodzenia dla podmiotu finansującego od ryzyka gospodarczego stanowi główne kryterium odróżniające dywidendy od odsetek na gruncie Modelowej konwencji OECD (OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 [Full Version]*, Paris 2019, komentarz do art. 10, pkt 25).
- ⁹ Przykładowo we Włoszech dywidendy uzyskiwane przez włoskie spółki (po spełnieniu określonych warunków) są w 95% zwolnione z podatku dochodowego od osób prawnych (art. 89 d.p.r. n. 917).
- ¹⁰ Zjawisko ukrywania dywidendy ma szczególne znaczenie w kontekście tzw. estońskiego CIT, w którego ramach opodatkowanie zysku z działalności gospodarczej następuje dopiero w momencie dystrybucji na rzecz wspólników. Ukrycie dywidendy pod postacią innego świadczenia oznacza w tym przypadku uniknięcie opodatkowania.
- ¹¹ Tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 1800, dalej: ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. Zmiana nastąpiła na mocy ustawy z dnia 27 października 2017 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. poz. 2175, dalej: ustawa z dnia 27 października 2017 r.).
- ¹² Zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2019 r. (III SA/Wa 1374/19, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/479522456D>, dostęp: 18.10.2021) w sprawie interpretacji indywidualnej prawa podatkowego Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 29 marca 2019 r. (0111-KDIB1-3.4010.46.2019.1.MBD, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=551692>, dostęp: 18.10.2021).
- ¹³ Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp), sekcja 18 ust. 4-8. Jeżeli stosunek kapitału wspólników do długu na rzecz wspólników niebędących kanadyjskimi rezydentami podatkowymi, którzy posiadają co najmniej 25% udziałów, był mniejszy niż 1:3, odpowiadająca kwota odsetek nie podlegała odliczeniu (w efekcie dług powyżej stosunku 1:3 będzie traktowany jako kapitał, w 2000 r. zmniejszono stosunek do 1:2, a w 2012 do 1:1,5). E.J. Benson, *Summary of 1971 Tax Reform Legislation*, Ottawa 1971, s. 58.
- ¹⁴ Code général des impôts, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LE-GITEXT000006069577/>, dostęp: 19.10.2021. Zob. ówczesne art. 212 oraz art. 39 ust. 1 pkt 3. J. Blouin i in., *Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure*, „IMF Working Paper”, WP/14/12, s. 7.
- ¹⁵ Körperschaftsteuergesetz (KStG), https://www.gesetze-im-internet.de/kstg_1977/, dostęp: 19.10.2021. Zob. ówczesny § 8a wprowadzony przez Standortsicherungsgesetz (StandOG), BGBl. 1993 I S. 1569. M. Ruf, D. Schindler, *Debt Shifting and Thin-Capitalization Rules – German Experience and Alternative Approaches*, „Nordic Tax Journal” 2015, No. 1, s. 17-33.
- ¹⁶ LBK nr 680 af 20/05/2015. Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (tekst jednolity ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych), <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2015/680>, dostęp: 19.10.2021, dalej: LBK nr 680 af 20/05/2015; § 11 w brzmieniu nadanym przez LOV nr 432 af 26/06/1998. Lov om ændring af ligningsloven, selskabskatteloven og skattekontrolloven (Lovfæstelse af armlængdeprincippet og værn mod tynd kapitalisering), <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/1998/432>, dostęp: 19.10.2021.
- ¹⁷ Ustawa z dnia 20 listopada 1998 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. Nr 144, poz. 931.
- ¹⁸ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, druk sejmowy nr 624 (III kad.), [https://orka.sejm.gov.pl/Rejestrd.nsf/8b78093dea0afb92c125675800366000/d3f24f024a0ad0cec125668d00285ceb/\\$file/624.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/Rejestrd.nsf/8b78093dea0afb92c125675800366000/d3f24f024a0ad0cec125668d00285ceb/$file/624.pdf), s. 5, dostęp: 19.10.2021.
- ¹⁹ Title 26 U.S. Code (<http://uscode.house.gov/>, dostęp: 19.10.2021) § 163 (j) dodany przez Omnibus Budget Reconciliation Act of 1989 (<https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/3299>, dostęp: 19.10.2021). Warto zwrócić uwagę na wprowadzone w 1969 r. sekcję 385, która umożliwiała administracji skarbowej przekwalifikowanie wypłacanych między podmiotami powiązаныmi odsetek (zaliczane do kosztów uzyskania przychodu) na dywidendę (niezaliczane do kosztów uzyskania przychodu) – uprawnienie to okazało się niewystarczające (M. Weber, *Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey*, „Tax Notes International” 2010, No. 9, s. 683-708).
- ²⁰ Warto zaznaczyć, że niemiecką regulację w zakresie niedostatecznej kapitalizacji wprowadzono ze względu na zanegowanie w 1992 r. przez Niemiecki Sąd Konstytucyjny dotychczasowej praktyki kwestionowania niedostatecznej kapitalizacji na podstawie ogólnej klauzuli antyabuzystycznej (wyrok Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego z dnia 5 maja 1992 r., IR 127/90, za: „Deutsches Steuerrecht” 1992, Nr. 15, s. 497).
- ²¹ OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. Action 4 – 2015 Final Report*, Paris 2015.
- ²² Tzw. ATAD, Dz. Urz. UE L 193 z 19.07.2016, s. 1, dalej: dyrektywa 2016/1164. Zob. też Komisja Europejska, Wniosek. Dyrektywa Rady ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, Bruksela, dnia 28.01.2016, COM (2016) 26 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=COM:2016:0026:FIN>, dostęp: 19.10.2021.
- ²³ Zmiana wprowadzona przez ustawę z dnia 27 października 2017 r.
- ²⁴ LBK nr 680 af 20/05/2015, § 11.
- ²⁵ Rozwiązanie to ma przeciwdziałać przeliczeniu do Danii kosztów odsetkowych od finansowania działalności, która nie podlega opodatkowaniu w tym kraju. LBK nr 680 af 20/05/2015, § 11 B.
- ²⁶ LBK nr 680 af 20/05/2015, § 11 C w brzmieniu nadanym LOV nr 1726 af 27/12/2018. Lov om ændring af selskabskatteloven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2018/1726>, dostęp: 19.10.2021.
- ²⁷ L. Hillmann, R. Hoehl, *Interest Limitation Rules: At a Crossroads between National Sovereignty and Harmonization*, „European Taxation” 2018, No. 4, s. 140-148.
- ²⁸ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2330 (VII kad.), <https://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/CF356AACB0C52119C1257CC3004DB165/%24File/2330-uzas.docx>, s. 47-53, dostęp: 19.10.2021.

- ²⁹ K. Von Brocke, E. Garcia Perez, *Group Financing: From Thin Capitalization to Interest Deduction Limitation Rules*, „International Transfer Pricing Journal” 2009, No. 1, s. 29-35.
- ³⁰ Körperschaftsteuergesetz 1988 (KStG 1988), BGBl. Nr. 401/1988; § 12a dodany przez COVID-19-Steuermaßnahmengesetz (COVID-19-StMG, BGBl. I Nr. 3/2021) od dnia 1 stycznia 2021 r. po wezwaniu przez Komisję Europejską Austrii do usunięcia uchylenia w zakresie implementacji art. 4 dyrektywy 2016/1164.
- ³¹ M. Weber, dz. cyt., s. 683-708.
- ³² Tamże.
- ³³ OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. Action 4 – 2016 Update*, Paris 2016, s. 23 i 24.
- ³⁴ *Corporate Income Taxes under Pressure: Why Reform Is Needed and How It Could Be Designed*, R. De Mooij, A. Klemm, V. Perry (red.), Washington, DC, 2021, s. 77 i 78.
- ³⁵ Wyrok TSUE z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-324/00 Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt, ECLI:EU:C:2002:749, Zb. Orz. 2002, I-11779.
- ³⁶ Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku tonażowym, Dz.U. poz. 1328.
- ³⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1328, dalej: ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r.
- ³⁸ Ustawa z dnia 12 listopada 2003 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1957.
- ³⁹ Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. Nr 141, poz. 1179.
- ⁴⁰ Ustawa z dnia 9 czerwca 2000 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. Nr 60, poz. 700.
- ⁴¹ LBK nr 806 af 08/08/2019. Bekendtgørelse af lov om påligningen af indkomstskat til staten (tekst jednolity ustawy o wymiarze podatku dochodowego na rzecz Skarbu Państwa), § 2, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/806>, dostęp: 19.10.2021.
- ⁴² Zmiana wprowadzona ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r.
- ⁴³ C. Bachmann, A. Lahmann, C. Schuler, *The Impact of Thin-Capitalization and Earnings Stripping Rules in the EU-15 on the Tax Shield*, European Financial Management Association Annual Meeting, Amsterdam 2015.
- ⁴⁴ Uzasadnienie, druk sejmowy nr 2330 (VII kad.), dok. cyt., s. 47-53.
- ⁴⁵ Art. 16 ust. 7, a od dnia 1 stycznia 2015 r. – art. 7 ust. 7h ustawy z dnia 15 lutego 1992 r.
- ⁴⁶ M. Weber, dz. cyt., s. 683-708.
- ⁴⁷ M. Ruf, D. Schindler, dz. cyt., s. 17-33.
- ⁴⁸ *Corporate Income Taxes under Pressure...*, R. De Mooij, A. Klemm, V. Perry (red.), dz. cyt., s. 77 i 78.
- ⁴⁹ K. Von Brocke, E. Garcia Perez, dz. cyt., s. 29-35.
- ⁵⁰ A. Leconte, komentarz do art. 15c, w: *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, K. Gil i in. (red.), Warszawa 2019.
- ⁵¹ Zob. rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1532, przebieg procesu legislacyjnego: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1532>, dostęp: 20.10.2021.
- ⁵² Rezolucja Rady z dnia 8 czerwca 2010 r. w sprawie koordynacji zasad dotyczących kontrolowanych przedsiębiorstw zagranicznych i niedostatecznej kapitalizacji w Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 156 z 16.06.2010, s. 1.
- ⁵³ A. Klemm, *Allowances for Corporate Equity in Practice*, „IMF Working Paper”, WP/06/259.
- ⁵⁴ R. de Mooij, M. Devereux, *An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU*, „International Tax and Public Finance” 2011, No. 18, s. 93-120.
- ⁵⁵ Tamże.
- ⁵⁶ A. Klemm, dz. cyt.
- European Financial Management Association Annual Meeting, Amsterdam 2015.
- Benson E.J., *Summary of 1971 Tax Reform Legislation*, Ottawa 1971.
- Blouin J. i in., *Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure*, „IMF Working Paper”, WP/14/12.
- Corporate Income Taxes under Pressure: Why Reform Is Needed and How It Could Be Designed*, R. De Mooij, A. Klemm, V. Perry (red.), Washington, DC, 2021.
- de Mooij R., Devereux M., *An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU*, „International Tax and Public Finance” 2011, No. 18.
- Gryziak B., *VAT Groups and the Right of Deduction across the European Union – Review and Analysis*, „International VAT Monitor” 2021, Vol. 32, No. 4.
- Hillmann L., Hoehl R., *Interest Limitation Rules: At a Crossroads between National Sovereignty and Harmonization*, „European Taxation” 2018, No. 4.
- Klemm A., *Allowances for Corporate Equity in Practice*, „IMF Working Paper”, WP/06/259.
- Koessler M., *The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation*, „Louisiana Law Review” 1949, No. 4.
- Leconte A., komentarz do art. 15c, w: *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, K. Gil i in. (red.), Warszawa 2019.
- Ruf M., Schindler D., *Debt Shifting and Thin-Capitalization Rules – German Experience and Alternative Approaches*, „Nordic Tax Journal” 2015, No. 1.
- Strzelec D., *Podatkowe pułapki związane z finansowaniem spółek kapitałowych przez wspólników*, „Monitor Podatkowy” 2010, nr 12.
- Von Brocke K., Garcia Perez E., *Group Financing: From Thin Capitalization to Interest Deduction Limitation Rules*, „International Transfer Pricing Journal” 2009, No. 1.
- Weber M., *Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey*, „Tax Notes International” 2010, No. 9.
- Akty prawne
Code général des impôts, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGI-TEXT000006069577/>, dostęp: 19.10.2021.
- COVID-19-Steuermaßnahmengesetz (COVID-19-StMG), BGBl. I Nr. 3/2021.
- Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. Approvazione del testo unico delle imposte sui redditi, GU Serie Generale n. 302 del 31.12.1986 – Suppl. Ordinario n. 126.
- Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, Dz. Urz. UE L 193 z 19.07.2016, s. 1.
- Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp).
- Körperschaftsteuergesetz (KStG), https://www.gesetze-im-internet.de/kstg_1977/, dostęp: 19.10.2021.
- Körperschaftsteuergesetz 1988 (KStG 1988), BGBl. Nr. 401/1988.
- LBK nr 680 af 20/05/2015. Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2015/680>, dostęp: 19.10.2021.
- LBK nr 806 af 08/08/2019. Bekendtgørelse af lov om påligningen af indkomstskat til staten, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2019/806>, dostęp: 19.10.2021.
- LOV nr 432 af 26/06/1998. Lov om ændring af ligningsloven, selskabsskateloven og skattekontrolloven (Lovfæstelse af armslængdeprincippet og værn mod tynd kapitalisering), <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/1998/432>, dostęp: 19.10.2021.
- LOV nr 1726 af 27/12/2018. Lov om ændring af selskabsskateloven, lov om forhøvelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love, <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2018/1726>, dostęp: 19.10.2021.
- Omnibus Budget Reconciliation Act of 1989, <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/3299>, dostęp: 19.10.2021.
- Standortsicherungsgesetz (StandOG), BGBl. 1993 I S. 1569.
- U.S. Code, <http://uscode.house.gov/>, dostęp: 19.10.2021.
- Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku tonażowym, Dz.U. poz. 1328.
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2000 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. Nr 60, poz. 700.

Bibliografia

Literatura

Bachmann C., Lahmann A., Schuler C., *The Impact of Thin-Capitalization and Earnings Stripping Rules in the EU-15 on the Tax Shield*,

- Ustawa z dnia 12 listopada 2003 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1957.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 1800.
- Ustawa z dnia 20 listopada 1998 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. Nr 144, poz. 931.
- Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. Nr 141, poz. 1179.
- Ustawa z dnia 27 października 2017 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne, Dz.U. poz. 2175.
- Ustawa z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 2123.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1328.

Orzecznictwo

- Wyrok Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego z dnia 5 maja 1992 r., IR 127/90, BStBl. 1992 II S. 532.
- Wyrok TSUE z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-324/00 Lankhorst-Horst GmbH v. Finanzamt Steinfurt, ECLI:EU:C:2002:749, Zb. Orz. 2002, I-11779.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2019 r., III SA/Wa 1374/19, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/479522456D>, dostęp: 18.10.2021.

Interpretacje indywidualne

- Interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 29 marca 2019 r., 0111-KDIB1-3.4010.46.2019.1.MBD, <https://>

sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=551692, dostęp: 18.10.2021.

Inne źródła

- Komisja Europejska, Wniosek. Dyrektywa Rady ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, Bruksela, dnia 28.01.2016, COM (2016) 26 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=COM:2016:0026:FIN>, dostęp: 19.10.2021.
- OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. Action 4 – 2015 Final Report*, Paris 2015.
- OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments. Action 4 – 2016 Update*, Paris 2016.
- OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*, Paris 2019.
- Rezolucja Rady z dnia 8 czerwca 2010 r. w sprawie koordynacji zasad dotyczących kontrolowanych przedsiębiorstw zagranicznych i niedostatecznej kapitalizacji w Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 156 z 16.06.2010, s. 1.
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1532, przebieg procesu legislacyjnego: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1532>, dostęp: 20.10.2021.
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, druk sejmowy nr 624 (III kad.), [https://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/8b78093dea0afb92c125675800366000/d3f24f024a0ad0cec125668d00285ceb/\\$file/624.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/8b78093dea0afb92c125675800366000/d3f24f024a0ad0cec125668d00285ceb/$file/624.pdf), s. 5, dostęp: 19.10.2021.
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2330 (VII kad.), <https://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/CF356AACB0C52119C1257CC3004DB165/%24File/2330-uzas.docx>, s. 47-53, dostęp: 19.10.2021.