



Financial Law Review

No. 1 (3)/2016
quarterly

UNIVERSITY OF GDAŃSK • FACULTY OF LAW AND ADMINISTRATION
<http://www.degruyter.com/view/j/flr>

PRZEDTERMINOWE ROZWIĄZANIE INSTRUMENTÓW POCHODNYCH A PODATEK DOCHODOWY OD OSÓB PRAWNYCH

*Łukasz Karczyński**

Streszczenie

Jednym z efektów kryzysu finansowego było poniesienie przez wielu przedsiębiorców pokaźnych strat z tytułu instrumentów pochodnych, w szczególności opcji walutowych i kontraktów terminowych forward. Organy podatkowe niejednokrotnie kwestionowały możliwość zaliczenia tychże strat do kosztów uzyskania przychodu. Pomiędzy podatnikami i organami podatkowymi pojawiły się liczne spory. Wiele z nich trafiło przed sądy administracyjne, jednak rozstrzygane są one w niejednolity sposób. Niniejszy artykuł jest trzecim z czterech w cyklu, którego celem będzie przeprowadzenie dokładnej analizy problemu i ustalenie właściwej wykładni przepisów dotyczących zaliczania wydatków związanych z toksycznymi opcjami walutowymi i kontraktami terminowymi do kosztów uzyskania przychodu. Celem niniejszego artykułu jest ustalenie, czy w przypadku przed-

*Dr, Katedra Prawa Finansowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański

terminowego zamknięcia instrumentów pochodnych następuje realizacja praw z nich wynikających albo rezygnacja z tejże realizacji (w rozumieniu ustawy), umożliwiające zaliczenie w koszty wydatków związanych z nabyciem instrumentów. Przeprowadzona analiza wskazuje, że przedterminowe zamknięcie instrumentów pochodnych skutkuje realizacją praw z tychże instrumentów w rozumieniu ww. przepisu, umożliwiając zaliczenie ww. wydatków do kosztów uzyskania przychodów.

Słowa kluczowe:

opcja walutowa, kontrakt terminowy forward, koszt uzyskania przychodu, podatek dochodowy od osób prawnych, instrument pochodny, przedterminowe rozwiązanie

Early closeout of derivatives in the light of corporate income tax (Abstract)

Due to financial crisis many entrepreneurs suffered heavy losses on derivatives, mainly currency options and forward contracts. Tax authorities tend to disallow deduction of those losses from the taxable income. Many cases ended up in administrative courts, resulting in judicature controversies on the issue in question. This paper is the third of four in a cycle. The aim of the whole cycle will be to analyze deeply these controversies and suggest the proper interpretation of the legal provisions, determining whether the expenses on currency options and forward contracts should or should not be regarded as tax-deductible expenses. The aim of this paper is to determine if the rights from the derivatives are being exercised or waived (as the law provides) in case of their early closeout (which allows the deduction as well). The conducted analysis suggests that early derivative closeout realises in exercising the rights from the derivative (as the law provides) which allows the deduction.

Keywords:

currency option, forward contract, tax-deductible expense, corporate income tax, derivative, early closeout

Wprowadzenie

Artykuł 15 ust. 1 u.p.d.o.p.¹, wprowadzający ogólną definicję kosztów uzyskania przychodu, wyklucza z kosztów wydatki wskazane w art. 16 ust. 1 tejże ustawy. Jednocześnie zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. „za koszty uzyskania przychodów nie uważa się wydatków związanych z nabyciem pochodnych instrumentów finansowych – do czasu realizacji praw wynikających z tych instrumentów albo rezygnacji z realizacji praw wynikających z tych instrumentów albo ich odpłatnego zbycia – o ile wydatki te, stosownie do art. 16g ust. 3 i 4, nie powiększają wartości początkowej środka trwałego oraz wartości niematerialnych i prawnych”. Regulacja ta przysporzyła niemałych problemów interpretacyjnych w związku z przedterminowym zamknięciem toksycznych opcji walutowych i kontraktów terminowych forward – czyli zdarzeniem nagminnym na przełomie lat 2008 i 2009, gdy nagle i drastycznie zmienił się trend na parze walutowej EUR/PLN². Postępowania podatkowe i sądowe związane z rozliczeniem strat, które poniosły wówczas rzesze przedsiębiorców, trwają nadal. Powstaje w ich zakresie wiele pytań, a jednym z nich jest pytanie o to, czy w przypadku przedterminowego zamknięcia instrumentów następuje realizacja praw z nich wynikających albo rezygnacja z tejże realizacji w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. Pytanie to jest aktualne także w odniesieniu do wszystkich instrumentów pochodnych, które z różnorodnych przyczyn nie zostają rozliczone w pierwotnie przewidzianym terminie.

Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie będzie negatywna, to zastosowanie art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. uniemożliwi zaliczenie wydatków związanych z nabyciem instrumentu pochodnego do kosztów uzyskania przychodów. Bowiern moment, w którym taki koszt powinien powstać zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p., nigdy w takim przypadku nie nadejdzie. Co więcej, w praktyce orzecniczej sądów administracyjnych nierzadko uznawano, że do wydatków związanych z nabyciem pochodnych instrumentów finansowych należy zaliczyć także straty poniesione na instrumentach nierzeczywistych (opcjach walutowych i kontraktach forward)³, w wyniku czego negatywna odpowiedź na postawione powyżej

¹ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 851 z późn. zm.).

² Por. Ł. Karczyński, *Strata na „toksycznych” opcjach walutowych i kontraktach terminowych jako koszt uzyskania przychodu osoby prawnej – ujęcie ogólne*, „Financial Law Review” 2016, nr 1, s. 13.

³ Por. krytykę tego poglądu oraz analizę terminu „wydatek związany z nabyciem pochodnego instrumentu finansowego” [w:] Ł. Karczyński, *Strata osoby prawnej na nierzeczywistych opcjach walutowych i kontraktach terminowych forward a pojęcie wydatku związanego z nabyciem instrumentu pochodnego*, „Financial Law Review” 2016, nr 2, s. 3–12.

pytanie skutkowało niemożnością zaliczenia tejże straty do kosztów uzyskania przychodów.

Argumentacja z wykładni językowej

Na wstępie rozważań zmierzających do ustalenia, czy w przypadku przedterminowego rozwiązania instrumentów pochodnych następuje realizacja praw z nich wynikających albo rezygnacja z tejże realizacji (o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p.) należy przeanalizować znaczenie terminu „realizacja praw z instrumentu pochodnego”. Mianowicie, czy można mówić o tejże realizacji, w przypadku gdy nie doszło do rozliczenia transakcji w normalnym terminie, lecz gdy nastąpiło ono przedterminowo? Instrument pochodny może bowiem ulec swoistemu „umorzeniu”, gdy strony, w drodze ugody lub w związku z postanowieniami umowy ramowej dotyczącymi jej wypowiedzenia czy rozwiązania, rozliczą kontrakt przedterminowo w celu ograniczenia straty lub ryzyka jej powstania.

W doktrynie wskazuje się, że do realizacji praw wynikających z instrumentu finansowego dochodzi również w przypadku rozwiązania umowy, wcześniejszego wykupu opcji (tzw. opcja amerykańska) czy zawarcia ugody między stronami. Ze swej istoty instrument stanowi bowiem formę zobowiązania, z którego wynikają określone prawa. Jeżeli warunki umowy zostaną spełnione przed czasem i kontrakt zostanie zamknięty, to co do zasady dojdzie do realizacji praw z niego wynikających, a jedna ze stron będzie zobowiązana uścić drugiej odpowiednie, wynikające z kontraktu, świadczenie⁴.

W przypadku instrumentu nierzeczywistego realizacja praw z niego wynikających polega na dokonaniu odpowiedniego rozliczenia finansowego⁵. Jeżeli umowa ramowa przewiduje wyraźnie możliwość rozwiązania jej z wcześniejszym rozliczeniem opcji czy kontraktu terminowego, to tym bardziej uznać należy, że rozliczenie to stanowi realizację praw z instrumentu pochodnego – od typowej realizacji różni się bowiem tylko wcześniejszym terminem oraz niekiedy innymi zasadami rozliczenia (odmiennie obliczaną wysokością należnego świadczenia). Ten dodatkowy termin jest wszak przewidziany w samej umowie.

⁴ Por. J. Godyń, G. Keler, *Zaliczenie do kosztów uzyskania przychodu wydatków związanych z nabyciem instrumentów pochodnych – wybrane problemy*, „Monitor Podatkowy” 2011, nr 11, s. 24.

⁵ M. Chudzik, *Opodatkowanie instrumentów pochodnych – zagadnienia ogólne*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2003, nr 3, s. 93.

Ponieważ instrument pochodny stanowi prawo majątkowe wynikające z określonej umowy (czy zestawu umów⁶), należy uznać, że prawo to zawiera w sobie wiązkę wszystkich uprawnień i obowiązków przewidzianych umową – także związanych z wcześniejszym zakończeniem jej wykonywania, tym bardziej gdy kurs instrumentu bazowego jest elementem kształtującym wysokość kwoty należnej z tytułu zamknięcia instrumentów w terminie rozwiązania umowy ramowej, podobnie jak kształtował wcześniej kwoty należne z tytułu zamknięć instrumentów w terminach typowych. Podobnie więc jak w przypadku klasycznej opcji amerykańskiej możliwość przedterminowego zamknięcia wynika zwykle z samej umowy regulującej dany instrument. Różnica zasadza się tylko w przesłankach uruchomienia go przed terminem maksymalnym – w przypadku opcji amerykańskiej nie ma warunków innych niż wola uprawnionego, w przypadku innych instrumentów konieczne jest spełnienie dodatkowych warunków, np. zwiększone ryzyko niewypłacalności zobowiązanego do wypłaty.

Wcześniejsze zamknięcie instrumentu można zatem utożsamiać z realizacją praw z tegoż instrumentu, o której mowa w art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p.⁷

Argumentacja z wykładni celowościowej

W tym kontekście należy ponownie zauważyć, że art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. w ogóle nie służy całkowitemu wyłączeniu wydatków na nabycie instrumentów pochodnych z kosztów uzyskania przychodu⁸. Wprowadza on bowiem wyłączenie wydatków z kosztów uzyskania przychodu w dwóch typach sytuacji⁹. W pierwszym z nich wydatki stają się kosztami podatkowymi, ale po odroczeniu wynikającym z omawianego przepisu – do chwili, w której nastąpi realizacja praw wynikających z nabytych instrumentów pochodnych, albo do chwili, w której podatnik zrezygnuje z realizacji praw wynikających z tych instrumentów, bądź też do chwili ich odpłatnego zbycia. W drugim zaś wydatki nie mogą wprawdzie być bezpośrednio zaliczone w poczet kosztów uzyskania przychodów, ale tylko z tego powodu, że wydatki te zostały już zaliczone do tychże kosztów w postaci odpisów

⁶ Por. A. Chłopecki, *Instrumenty pochodne w polskim systemie prawnym (rozważania na kanwie „toksycznych opcji”)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 7, s. 4.

⁷ Wbrev rozstrzygnięciu NSA z 16 listopada 2011 r., II FSK 892/10.

⁸ Por. R. Jurkiewicz, *Pochodne instrumenty finansowe w podatku dochodowym od osób prawnych*, „Prawo i Podatki” 2010, nr 11, s. 17.

⁹ Por. wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 19 stycznia 2012 r., I SA/Bd 694/11.

amortyzacyjnych – dotyczy to wydatków powiększających wartość początkową nabytych lub wytworzonych we własnym zakresie środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych.

Każda zatem sytuacja regulowana omawianym przepisem ostatecznie sprowadza się do zmiany momentu lub sposobu potrącenia kosztu, a nie jego całkowitego wykluczenia. Można więc zasadnie założyć, iż celem art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. jest tylko zmiana sposobu zaliczenia wydatku do kosztów podatkowych, a nie całkowite wykluczenie jego kwalifikacji jako koszt uzyskania przychodu. Na postawione wcześniej pytanie o cel ewentualnego wykluczenia spośród kosztów uzyskania przychodów wydatków poniesionych w związku ze stratą na instrumentach pochodnych można zatem udzielić tylko jednej odpowiedzi: celem tym mogłyby być tylko i wyłącznie względy fiskalne. Czy cel ten sam w sobie usprawiedliwiłby jednak wykładnię art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. proponowaną przez część orzecznictwa?

Na pytanie to należy odpowiedzieć przecząco. Ustawodawca nie dysponuje bowiem całkowitą swobodą w zakresie nakładania podatków i innych danin publicznych. Ograniczają go w tym konstytucyjne zasady, wynikające w szczególności z art. 2 Konstytucji RP. Przede wszystkim należy wskazać tu na zasadę równości wobec prawa podatkowego, zgodnie z którą następstwa podatkowe analogicznych sytuacji ekonomiczno-prawnych nie powinny się różnić, a kryteria różnicowania podatników powinny być uzasadnione aksjologicznie¹⁰. Zasada ta wynika z postulatu sprawiedliwości opodatkowania, tj. sprawiedliwego dostosowania obciążenia podatkowego do możliwości finansowych jednostek¹¹.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że realizacja konstytucyjnych zasad równości oraz sprawiedliwości społecznej nie oznacza konieczności przyznawania wszystkim kategoriom obywateli (grupom podmiotów) jednakowych praw i jednakowych obowiązków. Zdaniem Trybunału poszczególne kategorie podmiotów winny być traktowane równo (tzn. według jednakowej mia-

¹⁰ A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2004, s. 119. Zob. też A. Gomułowicz, *Zasada równości opodatkowania jako przesłanka respektowania zasady prawidłowej legislacji podatkowej* [w:] M. Zieliński (red.), *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa prof. Bronisława Ziemanina*, Szczecin 2005, s. 481.

¹¹ Zasada stanowienia prawa sprawiedliwego oraz równości wobec prawa są zasadami ogólnymi dla całego systemu prawa. Szerzej zob. np. J. Trzcziński, L. Garlicki, *Zasada równości w orzecznictwie Trybunałów Konstytucyjnych*, Wrocław 1990, s. 3; W. Sadurski, *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 8–9; Z. Ziemiński, *Sprawiedliwość społeczna jako pojęcia prawne*, Warszawa 1996.

ry, bez różnicowań dyskryminujących), gdy u podłoża określonych regulacji prawnych leży ich jednakowa sytuacja faktyczna: „W zależności od podmiotowego i przedmiotowego zakresu poszczególnych regulacji ustawowych sfera praw i obowiązków obywateli może, a czasami wręcz powinna być kształtowana w sposób zróżnicowany, warunkujący osiągnięcie przez poszczególne kategorie podmiotów faktycznej równości”¹². Ustawodawca może zatem wprowadzać do systemu podatkowego różnorodne ulgi i zwolnienia (stanowią one jeden z instrumentów stymulowania procesów ekonomicznych i gospodarczych), muszą one jednak być uzasadnione istnieniem słusznym celów społeczno-gospodarczych, wyrażających wartości chronione konstytucyjnie¹³; muszą się opierać na celu ustawy, na przesłance interesu publicznego, sprawiedliwości społecznej albo przesłance racjonalności, zasadności¹⁴. Trybunał wskazywał, że do zasady równości szczególną wagę przykładając należy właśnie w prawie podatkowym ze względu na nierówność stron stosunku podatkowoprawnego¹⁵.

Można wprawdzie stwierdzić, że inna jest sytuacja np. wypowiedzenia kontraktu przez bank i inna „normalnego” jego zakończenia. Faktycznie nie są to sytuacje identyczne; są one jednak analogiczne; zakończenie trwania umowy ramowej i umów o poszczególne instrumenty jest skutkiem spełnienia się przesłanek w nich przewidzianych, czego konsekwencją jest również przewidziane w umowach przesunięcie (zmiana) terminów rozliczenia instrumentów. Można tu mówić o zamknięciu instrumentów nie tyle przedterminowym, co terminowym, choć w terminie przyspieszonym. Przede wszystkim jednak różnica ta nie stanowi uzasadnienia dla radykalnie odmiennego traktowania podatkowego.

Dlaczego zaś skutki podatkowe miałyby być inne w obydwu sytuacjach? Jaki słuszny cel społeczno-gospodarczy, jaka wartość konstytucyjna, jaka przesłanka interesu publicznego, sprawiedliwości społecznej, racjonalności czy zasadności

¹² Orzeczenie TK z 29 maja 1996 r., K 22/95, OTK ZU Nr 3/1996; K. Działocha, *Równość wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w Polsce* [w:] L. Garlicki, J. Trzcziński (red.), *Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych*, „Acta Universitatis Vratislaviensis”, Wrocław 1990; A. Gomułowicz, *Zasada równości...*, s. 481.

¹³ Wyrok TK z 17 stycznia 2001 r., K 5/00, OTK ZU nr 1/2001.

¹⁴ J. Trzcziński, L. Garlicki (red.), *Zasada równości...*, s. 3; H. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959; W. Sadurski, *Równość wobec prawa*; C. Kosikowski, *Propozycje reformy polskiego systemu podatkowego (kierunki i metody)*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 2; Z. Ziemiński, *Związki między sprawiedliwością a równością*, „Etyka” 1981, nr 19; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992; Z. Ziemiński, *Sprawiedliwość społeczna jako...*

¹⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29 września 2003 r., K 5/03, OTK nr 7/2003.

nakazuje rażąco odmiennie traktować podatnika, który instrument pochodny zbywa lub realizuje w pierwotnie przewidzianym terminie od tego, który realizuje go przed tymże terminem z powodu najczęściej niezależnego od niego wzrostu ryzyka kredytowego, zwłaszcza jeżeli ewentualne przesunięcie terminu było przewidziane umową? Dlaczego odpłatne zbycie instrumentu bezpośrednio przed rozwiązaniem umowy ramowej miałoby pozwalać na uwzględnienie kosztu podatkowego w postaci np. premii opcyjnej, a zaniechanie tej czynności wykluczałoby tę możliwość? Pytania te są oczywiście retoryczne – nie ma żadnych racjonalnych powodów dla niekorzystnego opodatkowania podatników, którzy ponoszą straty w wyniku wcześniejszego rozwiązania umowy, względem podatników, którzy ponoszą takie same straty w inny sposób.

Podsumowując, uznać trzeba, że również wykładnia celowościowa skłania do przyjęcia stanowiska, zgodnie z którym przyspieszone zamknięcie instrumentów pochodnych stanowi realizację praw z tychże instrumentów w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p., gdyż przepis ten nie służy wyłączeniu jakichkolwiek wydatków z kosztów uzyskania przychodu, lecz uregulowaniu momentu, w którym wydatki te stają się tymi kosztami.

Literatura

- Chłopecki A., *Instrumenty pochodne w polskim systemie prawnym (rozważania na kanwie „toksycznych opcji”)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 7.
- Chudzik M., *Opodatkowanie instrumentów pochodnych – zagadnienia ogólne*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2003, nr 3.
- Działocha K., *Równość wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w Polsce* [w:] L. Garlicki, J. Trzeciński (red.), *Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych*, „Acta Universitatis Vratislaviensis”, Wrocław 1990.
- Godyń J., Keler G., *Zaliczenie do kosztów uzyskania przychodu wydatków związanych z nabyciem instrumentów pochodnych – wybrane problemy*, „Monitor Podatkowy” 2011, nr 11.
- Gomułowicz A., *Zasada równości opodatkowania jako przesłanka respektowania zasady prawidłowej legislacji podatkowej* [w:] Zieliński M. (red.), *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa prof. Bronisława Ziemianina*, Szczecin 2005.
- Gomułowicz A., Małecki J., *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2004.
- Jurkiewicz R., *Pochodne instrumenty finansowe w podatku dochodowym od osób prawnych*, „Prawo i Podatki” 2010, nr 11.

- Kosikowski C., *Propozycje reformy polskiego systemu podatkowego (kierunki i metody)*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 2.
- Perelman H., *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959.
- Sadurski W., *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 8–9.
- Trzciniński J., Garlicki L., *Zasada równości w orzecznictwie Trybunałów Konstytucyjnych*, Wrocław 1990.
- Ziemiński Z., *Sprawiedliwość społeczna jako pojęcia prawne*, Warszawa 1996.
- Ziemiński Z., *Związki między sprawiedliwością a równością*, „Etyka” 1981, nr 19.
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992.

Akty prawa

- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 851 z późn. zm.).

Orzecznictwo

- Orzeczenie TK z dnia 29 maja 1996 r., K 22/95, OTK ZU Nr 3/1996.
- Wyrok TK z dnia 17 stycznia 2001 r., K 5/00, OTK ZU nr 1/2001.
- Wyrok TK z dnia 29 września 2003 r., K 5/03, OTK nr 7/2003.
- Wyrok NSA z dnia 16 listopada 2011 r., II FSK 892/10.
- Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 19 stycznia 2012 r., I SA/Bd 694/11.

Wykaz skrótów

- NSA** – Naczelny Sąd Administracyjny
- OTK** – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
- TK** – Trybunał Konstytucyjny
- u.p.d.o.p.** – ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych
- WSA** – Wojewódzki Sąd Administracyjny