

DOI 10.5604/01.3001.0014.7761

# Dopuszczalność uczestnictwa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji w transakcji wymiany udziałów w rozumieniu przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych w świetle judykatury

## Admissibility of participation of the limited liability company in organisation in the transaction of the exchange of shares according to the act of personal income tax in view of judicature

prof. dr hab. Witold Modzelewski

Profesor Uniwersytetu Warszawskiego, Prezes Instytutu Studiów Podatkowych

Kamil Siłuch

Radca prawny, Dyrektor Generalny Kancelarii Prawnej Witold Modzelewski Radca Prawny

Karol Wadełek

Konsultant podatkowy Kancelarii Prawnej Witold Modzelewski Radca Prawny

### Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest judykatura sądów administracyjnych oraz analiza przepisów ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych<sup>1</sup> w zakresie transakcji wymiany udziałów w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji. NSA sformułował tezę, że transakcja wymiany udziałów, w której uczestniczy taka spółka, powinna podlegać opodatkowaniu, co nie znajduje uzasadnienia na gruncie obowiązujących przepisów.

Słowa kluczowe: podatek dochodowy od osób fizycznych, wymiana udziałów, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji.

### Abstract

The subject of the article is the judicature of administrative courts and the analysis of the regulations within the act of the personal income tax in the transaction of the exchange of shares in case of the limited liability company in organisation. The Supreme Administrative Court formulated the thesis that the transaction of the exchange of shares in which the limited company in organisation participates should be taxed which cannot be justified on the basis of the current regulations.

Keywords: personal income tax, exchange of shares, limited liability company in organisation.

1. Przedmiotem artykułu jest judykatura sądów administracyjnych oraz analiza przepisów ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. w zakresie transakcji wymiany udziałów, w przypadku gdy bierze w niej udział spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji. Omawiana transakcja polega na tym, że spółka, której udziały są nabywane, staje się spółką zależną spółki, która te udziały nabywa, a wspólnicy spółki

nabytej stają się wspólnikami spółki nabywającej. Wymiana udziałów zachodzi zatem przy udziale spółki nabytej i spółki nabywającej, brak opodatkowania udziałowców (akcjonariuszy) z tytułu dokonanej transakcji jest zaś uzależniony od spełnienia przez podmioty uczestniczące w transakcji (tj. spółki) warunków wskazanych w powyższej ustawie. Rezultatem spełnienia ustawowych przesłanek jest przesunięcie

momentu powstania obowiązku podatkowego do chwili zbycia udziałów (akcji) w spółce.

W kwestii dopuszczalności zastosowania przepisów dotyczących wymiany udziałów w przypadku uczestnictwa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji wypowiedział się kilkakrotnie NSA. W wyroku z dnia 28 kwietnia 2016 r.<sup>2</sup> orzekł, że spółka w organizacji nie może być podmiotem, do którego mają zastosowanie przepisy o wymianie udziałów. Sąd wyraził pogląd, że w wymianie udziałów mogą uczestniczyć jedynie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne, co nie obejmuje ich formy „w organizacji”. NSA stwierdził, że spółka w organizacji nie jest tożsama ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością i spółką akcyjną. W opinii Sądu spółki w organizacji są z założenia przejściowymi, tymczasowymi postaciami ustrojowymi obu wspomnianych spółek, w związku z czym są to odrębne od tych spółek byty prawne. Takie stanowisko zostało powtórzone w wyrokach z dnia 21 kwietnia 2017 r.<sup>3</sup> oraz z dnia 13 marca 2018 r.<sup>4</sup>

W literaturze podnoszono kwestię, że przedstawiona argumentacja budzi wątpliwości na tle przepisów polskiego prawa handlowego i podatkowego dotyczącego spółek kapitałowych w organizacji oraz prounijnej wykładni przepisów odnoszących się do transakcji wymiany udziałów<sup>5</sup>.

2. Skutki podatkowe transakcji wymiany udziałów (akcji) są regulowane w art. 24 ust. 8a-8b ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. Zgodnie z ust. 8a tego artykułu, jeżeli spółka nabywa od wspólnika innej spółki udziały (akcje) tej innej spółki oraz w zamian za udziały (akcje) tej innej spółki przekazuje jej wspólnikowi własne udziały (akcje) albo w zamian za udziały (akcje) tej innej spółki przekazuje wspólnikowi tej innej spółki własne udziały (akcje) wraz z zapłatą w gotówce w wysokości nie wyższej niż 10% wartości nominalnej własnych udziałów (akcji), a w przypadku braku wartości nominalnej – wartości rynkowej tych udziałów (akcji), oraz jeżeli w wyniku nabycia:

- 1) spółka nabywająca uzyska bezwzględną większość praw głosu w spółce, której udziały (akcje) są nabywane, albo
  - 2) spółka nabywająca, posiadająca bezwzględną większość praw głosu w spółce, której udziały (akcje) są nabywane, zwiększa ilość udziałów (akcji) w tej spółce
- do przychodów nie zalicza się wartości udziałów (akcji) przekazanych wspólnikom tej innej spółki oraz wartości udziałów (akcji) nabytych przez spółkę, pod warunkiem że podmioty biorące udział w tej transakcji podlegają w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub innym państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego opodatkowaniu od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągnięcia.

Dodatkowo zgodnie z art. 24 ust. 8b tej ustawy przepis ust. 8a stosuje się, jeżeli:

- 1) spółka nabywająca oraz spółka, której udziały (akcje) są nabywane, są **podmiotami wymienionymi w załączniku nr 3 do ww. ustawy** lub są spółkami podlegającymi opodatkowaniu podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągania, w innym niż państwo członkowskie Unii Europejskiej państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz

- 2) wspólnik jest podatnikiem podatku dochodowego i wnoszone przez niego udziały (akcje) stanowią wkład niepieniężny przeznaczony w całości lub części na podwyższenie kapitału zakładowego spółki nabywającej.

Przepisy te stanowią implementację postanowień dyrektywy Rady 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego<sup>6</sup>. Zgodnie z motywem 5 preambuły do tej dyrektywy **wspólny system podatkowy powinien zapobiegać nakładaniu podatku w związku z łączeniem, podziałami, podziałami przez wydzielenie, wnoszeniem aktywów lub wymianą udziałów**, a jednocześnie chronić interesy finansowe państw członkowskich.

Stosownie do art. 2 lit. e dyrektywy 2009/133/WE wymiana udziałów jest rozumiana jako czynność, w której wyniku „spółka nabywa udziały w kapitale innej spółki, uzyskując w ten sposób większość praw głosu w tej spółce lub posiadając taką większość praw głosu, nabywa dalsze udziały, w zamian za wyemitowanie na rzecz akcjonariuszy tej ostatniej spółki w zamian za ich papiery wartościowe, papierów wartościowych swojej spółki, jak również, jeżeli ma to zastosowanie, wypłatę gotówkową nieprzekraczającą 10% wartości nominalnej lub, w przypadku braku wartości nominalnej, księgowej wartości nominalnej tych papierów wartościowych”.

Brak opodatkowania uzależniony jest od posiadania przez spółkę uczestniczącą w wymianie udziałów statusu „spółki państwa członkowskiego”. Art. 3 dyrektywy 2009/133/WE definiuje ją jako każdą spółkę, która:

- 1) **przyjmuje jedną z form wymienionych w załączniku I część A;**
- 2) zgodnie z przepisami podatkowymi państwa członkowskiego jest uznawana za posiadającą rezydencję podatkową w tym państwie członkowskim;
- 3) podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych albo jego odpowiednikiem.

Zarówno załącznik nr 3 do ustawy z dnia 26 lipca 1991 r., jak i załącznik I część A lit. U do dyrektywy 2009/133/WE wymieniają spółki utworzone według prawa polskiego, określane jako „spółka akcyjna” oraz „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”. W związku z tak sformułowanymi przepisami należy odpowiedzieć na pytanie, czy nieuwzględnienie w załączniku nr 3 do ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji przesądza o tym, że taka spółka nie może uczestniczyć w wymianie udziałów w rozumieniu art. 24 ust. 8a-8b tej ustawy.

Z pozoru wynik wykładni literalnej jest oczywisty – brak zawarcia w załączniku nr 3 spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji decyduje o niemożliwości zastosowania art. 24 ust. 8a-8b przywołanej ustawy. Jak jednak podkreślono w uzasadnieniu uchwały siedmiu sędziów NSA z dnia 14 marca 2011 r.: „W procesie wykładni prawa interpretatorowi nie wolno całkowicie ignorować wykładni systemowej lub funkcjonalnej poprzez ograniczenie się wyłącznie

do wykładni językowej pojedynczego przepisu. Może się bowiem okazać, że sens przepisu, który wydaje się językowo jasny, okaże się wątpliwy, gdy go skonfrontujemy z innymi przepisami lub weźmiemy pod uwagę cel regulacji prawnej. Jednym z najmocniejszych argumentów w kwestii poprawności interpretacji jest okoliczność, że wykładnia językowa, systemowa i funkcjonalna dają zgodny wynik [...]. Żaden przepis prawa nie jest oderwaną jednostką, lecz występuje w pewnym kontekście systemowym – jest częścią określonego aktu normatywnego, który z kolei jest częścią określonej gałęzi prawa przynależącej do systemu prawa polskiego. Wykładając więc dany przepis prawa, należy brać pod uwagę jego relacje do innych przepisów danego aktu normatywnego (wykładnia systemowa wewnętrzna) oraz do przepisów zawartych w innych ustawach (wykładnia systemowa zewnętrzna). Tylko bowiem realizacja tej dyrektywy wykładni prawa, określanej jako *argumentum a rubrica*, gwarantuje zupełne i niesprzeczne odczytanie danej instytucji prawa z przepisów prawa<sup>77</sup>.

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. nie definiuje pojęcia „spółki z ograniczoną odpowiedzialnością”. Tego rodzaju spółka jest bytem normatywnym, w związku z czym w celu zdekodowania tego terminu należy sięgnąć do przepisów ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych<sup>8</sup>. Ta ustawa wprawdzie również nie zawiera wprost definicji tej spółki, lecz analiza całokształtu przepisów tego aktu prawnego pozwala przesądzić, co należy rozumieć przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, a konkretnie odpowiedzieć na pytanie, czy forma prawna spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji powinna być traktowana tak samo jak forma prawna spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo czy stanowi ona odrębną formę prawną.

Punktem wyjścia do rozważań na ten temat powinien być art. 4 § 1 pkt 1-2 k.s.h., w którym w sposób kompletny zostały wskazane normatywne typy spółek. W art. 4 § 1 pkt 2 ustawodawca wylicza jako spółkę kapitałową wyłącznie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i spółkę akcyjną. Brak wymienienia w tym przepisie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji prowadzi do konkluzji, że nie jest to odrębny typ spółki. Stwierdzenie takie popiera argument wykładni systemowej – art. 161 § 1 k.s.h., normujący moment powstania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, znajduje się w tytule III działu I k.s.h. zatytułowanym „Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”.

Zgodnie z art. 161 § 1 k.s.h. z chwilą zawarcia umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powstaje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji. Stosownie zaś do art. 11 § 1 k.s.h. spółka kapitałowa w organizacji nie jest osobą prawną, ale ma zdolność prawną, zdolność do czynności prawnych oraz zdolność sądową.

Jednocześnie do spółki kapitałowej w organizacji w sprawach nieuregulowanych w ustawie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące danego typu spółki po jej wpisie do rejestru. Zgodnie z art. 12 k.s.h. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji albo spółka akcyjna w organizacji z chwilą wpisu do rejestru staje się spółką z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółką akcyjną i uzyskuje osobowość prawną. Z tą chwilą staje się ona również podmiotem praw i obowiązków spółki w organizacji.

W literaturze podkreśla się, że konstytutywny charakter wpisu do rejestru, prowadzący do uzyskania przez spółkę kapitałową w organizacji osobowości prawnej, jest oparty na koncepcji kontynuacji bytu prawnego spółki<sup>9</sup>. W piśmiennictwie przyjmuje się, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji to w zasadzie ta sama jednostka organizacyjna, która jest wyposażona w zdolność prawną i której ustroj jest praktycznie tożsamy z ustrojem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji jest inicjalną postacią ustrojową spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie zaś jej podtypem, nie można więc uznać jej za osobny typ spółki<sup>10</sup>. W literaturze uwypukla się również, że powinno się stworzyć wszelkie warunki dla realizacji zdolności prawnej tej spółki i przyjęcia formuły aktywnej spółki w organizacji<sup>11</sup>. W związku z powyższym na gruncie prawa spółek brak jest podstaw do formułowania tezy na temat odrębności formy prawnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji wobec spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Kolejnym argumentem przemawiającym za uznaniem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji za początkową postać spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest analiza przepisów ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych<sup>12</sup>. Jej przepis art. 1 ust. 1 wskazuje, że ustawa ta reguluje opodatkowanie podatkiem dochodowym dochodów osób prawnych i spółek kapitałowych w organizacji. Osobne zestawienie osób prawnych i spółek kapitałowych w organizacji nie wynika z faktu, że są one odrębnymi podatnikami dokonującymi odrębnych rozliczeń podatkowych, ale jest ono rezultatem tego, że stan, w jakim znajduje się spółka kapitałowa w organizacji, oparty jest na podmiotowości prawnej, a nie konstrukcji osobowości prawnej. Gdyby ustawodawca traktował spółki kapitałowe w organizacji jako osobne byty, to wprowadziłby odrębne przepisy dotyczące ich rozliczeń podatkowych. Przykładowo okres funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji nie jest odrębnie rozpatrywany dla celów podatku dochodowego od osób prawnych – w dniu wpisu do rejestru nie kończy ona roku podatkowego ani nie jest zobowiązana do złożenia jakiegoś odrębnego zeznania podatkowego. Co więcej – stosownie do art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. – w przypadku podjęcia po raz pierwszy działalności do końca roku kalendarzowego albo do ostatniego dnia wybranego roku podatkowego, nie dłużej niż 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych. W literaturze podkreśla się, że dniem rozpoczęcia działalności gospodarczej jest moment zawięzania spółki przez zawarcie umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W związku z tym działalność spółki z ograniczoną odpowiedzialnością stanowi kontynuację spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji i dla celów podatkowych okres przed rejestracją spółki w Krajowym Rejestrze Sądowym i po tej rejestracji jest traktowany łącznie<sup>13</sup>.

3. Podsumowując, należy podkreślić, że analiza judykatury i przepisów regulujących istotę spółek kapitałowych w organizacji oraz przepisów podatkowych prowadzi do wniosku o braku odrębności formy prawnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji od spółki z ograniczoną od-

powiedzialnością. Uzasadnia to pogląd prawny o dopuszczalności uczestnictwa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji w wymianie udziałów w rozumieniu art. 24 ust. 8a-8b ustawy z dnia 26 lipca 1991 r., gdyż nie ma żadnych podstaw, aby różnicować w tym zakresie sytuację osoby nabywającej udziały w spółce już istniejącej od osoby obejmującej takie udziały w spółce nowo utworzonej.

## Przypisy:

- <sup>1</sup> Tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1426 ze zm., dalej „ustawa z dnia 26 lipca 1991 r.”.
- <sup>2</sup> II FSK 648/14, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/E310F62838>, dostęp: 28.02.2021.
- <sup>3</sup> II FSK 657/14, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/BEB58AFA7E>, dostęp: 28.02.2021.
- <sup>4</sup> II FSK 1426/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/4E968349F9>, dostęp: 28.02.2021.
- <sup>5</sup> H. Litwińczuk, *Czy spółka z o.o. w organizacji może uczestniczyć w wymianie udziałów? Uwagi na tle wyroku NSA z 28.4.2016 r., II FSK 648/14 oraz uwagi «de lege lata»*, „Monitor Podatkowy” 2018, nr 10.
- <sup>6</sup> Dz. Urz. UE L 310 z 25.11.2009, s. 34, dalej „dyrektywa 2009/133/WE”.
- <sup>7</sup> II FPS 8/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/954E1BD81C>, dostęp: 28.02.2021.
- <sup>8</sup> Tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1526, dalej „k.s.h.”.
- <sup>9</sup> *Prawo handlowe*, J. Okolski, M. Modrzejewska (red.), Warszawa 2016, s. 284.
- <sup>10</sup> M. Jagodziński, *Spółki handlowe przed wpisem do rejestru. Zagadnienia wybrane*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” No 3171, Przegląd Prawa i Administracji LXXXII, Wrocław 2010, s. 311.
- <sup>11</sup> A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych*, Lex/el. 2021, dostęp: 5.02.2021.
- <sup>12</sup> Tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1406 ze zm., dalej „ustawa z dnia 15 lutego 1992 r.”.
- <sup>13</sup> H. Litwińczuk, dz. cyt.

## Bibliografia:

- Jagodziński M., *Spółki handlowe przed wpisem do rejestru. Zagadnienia wybrane*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” No 3171, Przegląd Prawa i Administracji LXXXII, Wrocław 2010.
- Litwińczuk H., *Czy spółka z o.o. w organizacji może uczestniczyć w wymianie udziałów? Uwagi na tle wyroku NSA z 28.4.2016 r., II FSK 648/14 oraz uwagi «de lege lata»*, „Monitor Podatkowy” 2018, nr 10.
- Prawo handlowe*, J. Okolski, M. Modrzejewska (red.), Warszawa 2016.

## Źródła internetowe

- Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych*, Lex/el. 2021, dostęp: 5.02.2021.

## Akty prawne

- Dyrektywa Rady 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego, Dz. Urz. UE L 310 z 25.11.2009, s. 34.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1406 ze zm.
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1526.
- Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1426 ze zm.

## Orzecznictwo

- Uchwała NSA z dnia 14 marca 2011 r., II FPS 8/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/954E1BD81C>, dostęp: 28.02.2021.
- Wyrok NSA z dnia 13 marca 2018 r., II FSK 1426/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/4E968349F9>, dostęp: 28.02.2021.
- Wyrok NSA z dnia 21 kwietnia 2017 r., II FSK 657/14, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/BEB58AFA7E>, dostęp: 28.02.2021.
- Wyrok NSA z dnia 28 kwietnia 2016 r., II FSK 648/14, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/E310F62838>, dostęp: 28.02.2021.