

Dominik J. Gajewski

## Aktywność holdingów międzynarodowych w kreowaniu strategii optymalizacji opodatkowania

**Tax optimization strategies followed by international holding companies:** This article deals with international tax law applicable to holding companies and related issues. Particularly in a time of globalization, international holding companies have been shaping the European economy. Tax optimization is an inextricable element of the tax strategies followed by holding companies, which may take various forms – from an aggressive one to tax optimization which is permitted by law. Tax optimization makes use of numerous legal and financial instruments. The legal consequences of application of such instruments are of immense significance not only for holding companies but for the interest of state budgets as well.

**Keywords:** holding company | tax optimization | CCCTB | tax anti avoidance

**Słowa kluczowe:** holding | optymalizacja opodatkowania | CCCTB | przeciwdziałanie unikaniu

Doktor hab. nauk prawnych, profesor Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie, kierownik Centrum Analiz i Studiów Podatkowych SGH; dominik.j.gajewski@gmail.com

### Wprowadzenie

W dobie globalizacji holding stał się ważną instytucją w kształtowaniu rzeczywistości gospodarczej. Fundamentem jego konstrukcji są powiązania kapitałowe, które wywierają istotne skutki prawnopodatkowe. Struktury holdingowe<sup>1</sup> mogą opierać się albo na powiązaniach wewnątrz krajowych, albo międzynarodowych. To rozróżnienie zasadniczo wpływa na konsekwencje podatkowe nie tylko z punktu widzenia interesu samego holdingu, ale i budżetu poszczególnych państw. Każdy holding niezależnie od charakteru powiązań prowadzi swoją strategię podatkową. Istotą strategii jest optymalizowanie opodatkowania, które przyniesie znaczące korzyści finansowe dla struktur holdingowych. Cele strategii podatkowej holdingów osiągnąć są przez wykorzystanie instrumentów

<sup>1</sup> L. Stecki,  *Holding*, Toruń 1999, s. 38–39; *idem*, *Koncern*, Toruń 2001, s. 46–49.

prawnopodatkowych. W zależności od tego, czy jest to holding krajowy, czy międzynarodowy zastosowanie mają różne instrumenty prawnopodatkowe<sup>2</sup>. Rzadko zdarza się, że holding działający transgranicznie może skorzystać z rozwiązania, które jest dedykowane dla holdingów krajowych. Taki stan rzeczy skutkuje różnymi możliwościami w optymalizowaniu strategii podatkowej holdingów krajowych i międzynarodowych (zjawisko pozycjonowania holdingu). Punktem wyjścia dla analizy jest ocena możliwości kształtowania strategii optymalizacji opodatkowania przez holdingi międzynarodowe, które są dominującą formą organizacyjną kreującą gospodarkę europejską i światową. Istotna jest również ocena charakterystyki porównawczej możliwości kreowania strategii optymalizującej opodatkowanie przy udziale dostępnych instrumentów i skutków, które one przynoszą zarówno holdingom międzynarodowym, jak i krajowym.

Instrumenty wykorzystywane przez holdingi międzynarodowe w strategii podatkowej mają charakter prawnopodatkowy. Opierają się na umowach międzynarodowych, prawie unijnym i wewnętrznych ustawodawstwach poszczególnych państw członkowskich. Specyfika instrumentów jest zróżnicowana i może dotyczyć zarówno rozwiązań całkowicie unikających opodatkowania, jak i konstrukcji zapobiegających podwójnemu opodatkowaniu. Każdy efekt poszczególnych rozwiązań ma istotny, ale inny wpływ na całokształt strategii optymalizującej opodatkowanie całego holdingu<sup>3</sup>.

Niemożliwe jest wymienienie w sposób wyczerpujący wszystkich instrumentów wykorzystywanych przez holdingi międzynarodowe, gdyż specyfika ich powstawania jest tak dynamiczna, że nawet poszczególne ustawodawstwa nie są w stanie nadążyć w ich sankcjonowaniu.

Zróżnicowanie i kontrowersyjny charakter instrumentów często wynika z pejoratywnego ujęcia optymalizacji opodatkowania. Jurysdykcje poszczególnych państw członkowskich różnie definiują to zjawisko, ma to więc bezpośrednie przełożenie na instrumenty optymalizujące opodatkowanie. Trzeba bowiem pamiętać, że zjawisko optymalizowania opodatkowania to nie tylko unikanie opodatkowania, ale również przeciwdziałanie zagrożeniu zaistnienia podwójnego lub nawet wielokrotnego opodatkowania<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> S.M. Haug, *The United States Policy of Stringent Anti-Treaty Shopping Provisions: A Comparative Analysis*, „Vanderbilt University of Transnational Law” 1996, nr 29, s. 204–211; W.H. Diamond, D.B. Diamond, *Tax Havens of the World*, New York 1986, s. 69–70; K. Vogel, *Changes to the OECD Model Treaty and Commentary Since 1992*, „Bulletin of International Fiscal Documentation” 1997, nr 12, s. 532; S. van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties*, Amsterdam 1998, s. 121.

<sup>3</sup> S.M. Haug, *The United States Policy*, *op. cit.*; OECD Committee on Fiscal Affairs, *Triangular Cases [w:] Model Tax Convention*, OECD, April 2003, R(11)-3, § 2.

<sup>4</sup> A. Townsend Jr., *The Organisation for Economic Co-operation and Development's Coercive Efforts to Control Tax Competition*, „Fordham International Law Journal” 2001, nr 22, s. 224–225.

Brak holdingowego prawa podatkowego sprzyja powstawaniu inicjatyw wprowadzających uregulowania systemowe dotyczące opodatkowania holdingów działających transgranicznie. Są one przedmiotem licznych dyskusji i kontrowersji, jednak mogą mieć przełomowe znaczenie zarówno dla samych holdingów, jak i państw członkowskich zainteresowanych wprowadzeniem tych regulacji.

Decydujące znaczenie dla międzynarodowego prawa holdingowego ma ocena wpływu wybranych instrumentów prawnopodatkowych na strategię optymalizowania opodatkowania holdingów międzynarodowych. Warto więc dokonywać twórczego przeanalizowania kontrowersji pojawiających się w opracowaniach naukowych przy wykorzystywaniu instrumentów w strategii podatkowej holdingów międzynarodowych oraz ich stosowaniu w praktyce. Należy również pokusić się o usystematyzowanie istniejącego materiału dotyczącego optymalizowania opodatkowania holdingów działających transgranicznie. Służyć temu może także sformułowanie ocen i wniosków, które będą pomocne w usunięciu szkodliwych rozwiązań, pozwalających na wadliwe wykorzystywanie instrumentów w optymalizowaniu opodatkowania holdingów międzynarodowych oraz postulowaniu pożądanych zmian legislacyjnych.

Analiza wad i zalet funkcjonujących instrumentów optymalizacji podatkowej ma istotny wpływ zarówno na interesy fiskalne państw Unii Europejskiej, jak i na zainteresowane holdingi międzynarodowe.

Warto więc zastanowić się, czy międzynarodowe i europejskie prawo podatkowe daje holdingom międzynarodowym swobodę w dowolnym kształtowaniu ich transgranicznej strategii podatkowej. Niewątpliwie ta swoboda przejawia się w sposobie prowadzenia przez holdingi międzynarodowe strategii podatkowej, a w tym swobodnym i dowolnym wykorzystywaniu instrumentów optymalizujących opodatkowanie.

Ważną kwestią jest również ustalenie, czy holdingi międzynarodowe są w uprzywilejowanej pozycji w zakresie kształtowania optymalizacji podatkowej w stosunku do innych podmiotów, w szczególności holdingów krajowych niemających transgranicznych powiązań kapitałowych. Pomocne temu zjawisku jest stosowanie szerokiej gamy instrumentów prawnopodatkowych, które są dostępne tylko dla podmiotów charakteryzujących się połączeniami transgranicznymi. Ich specyfika jest kluczowa, bowiem mogą opierać się nie tylko na umowach międzynarodowych, ale i prawie unijnym wspieranym rozwiązaniami wewnątrz krajowymi.

Należy sądzić, że w wielu przypadkach rola instrumentów kształtujących optymalizację opodatkowania holdingów międzynarodowych jest kontrowersyjna. Charakteryzuje się nie tylko zaletami, ale także licznymi wadami, które niosą za sobą zagrożenia. Wykorzystanie instrumentów często wiąże się z zagrożeniem w postaci niemożności przewidzenia tego, jakie skutki będą one powodowały. Przez proces doboru i konfiguracji odpowiednich narzędzi holdin-

gi kreują swoją strategię podatkową. Stąd wpływ instrumentów i ich świadomy oraz precyzyjny dobór są strategiczne nie tylko dla samego holdingu, ale i dla państw członkowskich Unii Europejskiej.

Trzeba również zastanowić się, czy nowe, proponowane przez Komisję Europejską rozwiązania podatkowe w formie projektu dyrektywy dotyczącej wspólnej skonsolidowanej korporacyjnej podstawy opodatkowania (CCCTB) są wystarczająco korzystne (skuteczne, precyzyjne) dla holdingów międzynarodowych, by były konkurencyjne dla regulacji obecnie obowiązujących. Analizując koncepcję dyrektywy CCCTB i dostrzegając liczne wady w wykorzystaniu jej przez holdingi międzynarodowe, należy się zastanowić, czy nie może ona sprzyjać w głównej mierze polityce fiskalnej państw Unii Europejskiej, a nie holdingom międzynarodowym. Z tego powodu może ona być kontestowana przez same holdingi.

### **Instrumenty prawnopodatkowe a strategia optymalizacji holdingów międzynarodowych**

Specyfika stosowanych przez holdingi międzynarodowe instrumentów jest często bardzo trudna do jednoznacznego określenia ze względu na ich różnorodność i kontrowersyjność. W głównej mierze związane jest to z odmiennym traktowaniem instrumentów przez poszczególne jurysdykcje podatkowe i sprawdza się do oceny tego, czy są to instrumenty legalne, czy służą do nielegalnego unikania opodatkowania. Specyfika niektórych instrumentów, szczególnie opierających się na skomplikowanych konstrukcjach finansowych, sprawia, że trudno jednoznacznie określić granicę ich legalności. Skutki tego stanu dla strategii optymalizacyjnej holdingów mogą być skrajnie różne. Związane jest to ze świadomością holdingów wykorzystujących takie narzędzia podatkowe, które z jednej strony – mogą generować znaczne oszczędności finansowe, z drugiej zaś – stwarzać duże ryzyko sankcji prawnych<sup>5</sup>. Niewątpliwie taki charakter instrumentów ma podstawowe znaczenie nie tylko dla kształtowania przez holdingi strategii podatkowej, ale również na tworzenie jej wizerunku. To dobór instrumentów powoduje, czy strategia holdingu będzie postrzegana jako legalna forma optymalizowania opodatkowania, czy szkodliwe planowanie podatkowe. Wizerunek strategii podatkowej jest niewątpliwie istotny, bo wpływa on nie tylko na reakcje organów skarbowych, ale pośrednio kształtuje sytuację finansową holdingu<sup>6</sup>.

Kreowanie międzynarodowej strategii podatkowej holdingów jest również związane z filozofią doboru konkretnych instrumentów, którego dokonuje się na

<sup>5</sup> T. Lipowski, *Pojęcie unikania opodatkowania w stosunkach międzynarodowych*, „Glosa” 2002, nr 9, s. 34.

<sup>6</sup> *Idem*, *Raje podatkowe a unikanie opodatkowania*, Warszawa 2004, s. 182–186.

podstawie analizy sposobów i celów optymalizacji opodatkowania. Przez dobór trzeba również rozumieć proces konfiguracji instrumentów. W związku z tym, że instrumenty mają bardzo różny wymiar oddziaływania, począwszy od legalnego unikania przez redukcję podwójnego (a nawet wielokrotnego) opodatkowania, a kończąc na prewencyjnych działaniach minimalizujących ryzyko, ich łączenie w ramach jednej strategii może mieć decydujące znaczenie. To od holdingów zależy, czy tak zróżnicowane instrumenty będą wykorzystywane łącznie, czy strategia optymalizowania będzie opierała się na jednej ich kategorii. W zależności od obranej konfiguracji inne będą konsekwencje dla strategii podatkowej holdingów. Niewątpliwie aspekt ten musi być brany pod uwagę przy opracowywaniu kompleksowej międzynarodowej strategii optymalizującej opodatkowanie.

Istotną refleksją związaną ze strategią optymalizacji opartą na instrumentach jest jej ocena dokonywana przez państwa (i ich organy skarbowe), na terenie których mają miejsce rozliczenia transgraniczne holdingów. Strategia oparta na pojedynczych instrumentach optymalizujących opodatkowanie będzie najczęściej postrzegana jako transparentna i niebudząca większych wątpliwości. Zdecydowanie więcej kontrowersji wywoływać może międzynarodowa strategia podatkowa holdingów, która wdraża kilka instrumentów jednocześnie, szczególnie jeżeli mają one skomplikowany konstrukcyjnie charakter. W takich sytuacjach powstaje zjawisko kumulacji działania instrumentów na płaszczyźnie kilku państw, ale w ramach jednego holdingu. Takie działanie często skutkuje powstaniem zjawiska erozji dochodu do opodatkowania ze względu na to, że przeradza się w proces unikania opodatkowania trudny do zlokalizowania przez zainteresowane organy skarbowe.

Duże znaczenie dla oceny możliwości kształtowania międzynarodowej strategii optymalizującej opodatkowanie holdingów mają również rozwiązania występujące w ustawodawstwach niektórych państw Unii Europejskiej<sup>7</sup>. Dlatego za szkodliwe zarówno dla holdingów, jak i budżetów państw Unii Europejskiej trzeba uznać dyskryminowanie holdingów międzynarodowych we wprowadzaniu podatkowych regulacji tylko dla holdingów krajowych. Tylko niektóre państwa (Austria, Dania, Francja, Holandia, Włochy)<sup>8</sup> zdecydowały się (różne przesłanki) zaproponować regulacje podatkowe uwzględniające powiązania transgraniczne holdingów. Z całą stanowczością trzeba jednak stwierdzić, że mają one charakter incydentalny i uwzględniają tylko nieliczne obszary działal-

<sup>7</sup> H. Litwińczuk, *Opodatkowanie koncernów. Rozwiązania w państwach Unii Europejskiej*, „Przegląd Podatkowy” 1995, nr 3, s. 18–23; M. Scheuchzer, *Konzerbesteuerung in der Europäischen Union*, Bielefeld 1994, s. 57.

<sup>8</sup> G. Te Spenke, P. Lier, *Taxation in the Netherlands*, Netherlands 1992, s. 89; F. Lefebvre, *France – Business Law, Taxation, Social Law*, Paris 1995, s. 69; J.A. Kay, M.A. King, *The British Tax System*, Oxford 2001, s. 168; B.M. Pedersen, *Joint Taxation: A Unique Way of Reducing Corporate Tax*, „Bulletin of International Fiscal Documentation” 1994, nr 11, s. 577.

ności transgranicznej holdingów. To uprawnia do wniosku, że możliwości optymalizowania opodatkowania holdingów międzynarodowych na gruncie poszczególnych ustawodawstw są o wiele skromniejsze niż holdingów krajowych. Daje to pewnego rodzaju uprzywilejowanie dla holdingów krajowych funkcjonujących w danym państwie. Jednak to uprzywilejowanie ma charakter pozorny i powierzchowny, ponieważ holding międzynarodowy może wyodrębnić dla celów podatkowych strukturę krajową na potrzeby doraźnego wykorzystania krajowych rozwiązań podatkowych dedykowanych tylko holdingom krajowym.

Główną przesłanką, która przyświeca państwom w niewprowadzaniu do swoich ustawodawstw rozwiązań podatkowych dedykowanych holdingom międzynarodowym, jest obawa przed utratą wpływów budżetowych przez transferowanie dochodów do państw o niższych stawkach podatkowych<sup>9</sup>. Doświadczenia grupy państw, które wprowadziły rozwiązania dla struktur międzynarodowych, pokazały, że nie są one wykorzystywane przez holdingi do szkodliwego planowania podatkowego. Holdingi międzynarodowe mają do dyspozycji tak szeroki wachlarz innych instrumentów służących im do unikania opodatkowania, że rozwiązania wewnątrz krajowe nie są dla nich wystarczająco atrakcyjne. Natomiast coraz więcej państw w dobie kryzysu, dostrzegając tę tendencję, uświadamia sobie, że działalność holdingów międzynarodowych na ich terytorium może przynieść więcej korzyści finansowych (ożywienie gospodarcze) niż potencjalne zagrożenie transferowania dochodu do innej jurysdykcji podatkowej. Konsekwencją tego jest zauważalna tendencja do powstawania nowych rozwiązań podatkowych w ramach wewnętrznych ustawodawstw państw Unii Europejskiej (np. Austria, Włochy).

Na szczególną uwagę zasługują rozwiązania austriackie. Ich wprowadzenie jest również konsekwencją dostosowania się do trendów forsowanych w orzecznictwie europejskim. Szczególnie odnosi się to do stanowiska, że obecne rozwiązania podatkowe dotyczą tylko holdingów krajowych i są niezgodne z zasadą swobody przepływu kapitału<sup>10</sup>, ponieważ dyskryminują holdingi międzynarodowe<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> P. Andersen, *Denmark* [w:] *The Taxation of Companies in Europe*, IBFD, Amsterdam 2000, s. 169; Deloitte & Touche, *Cross-Border Tax Consolidation*, Copenhagen 1994, s. 19; P.J. Boekhorst, *Netherlands* [w:] *Taxation of Companies in Europe*, IBFD, Amsterdam 2000, s. 130b; H. Litwińczuk, *Opodatkowanie*, *op. cit.*, s. 18–23; G.M. Michielse, *Changes in the Deductibility of Interest*, „European Taxation” 1997, nr 8, s. 287; C. Romano,  *Holding Company Regimes in Europe: A Comparative Survey*, „European Taxation” 1999, nr 6, s. 265–267.

<sup>10</sup> Artykuł 56 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, tekst uwzględniający zmiany wprowadzone traktatem z Nicei (Dz. Urz. UE C 325 z 20 grudnia 2002 r., s. 1).

<sup>11</sup> G. Mayr, W. Wiesner, *Die österreichische Gruppenbesteuerung im Lichte von Marks & Spencer, OyAA und CCCTB* [w:] P. Quantschnigg, W. Wiesner, G. Mayr, *Steuern im Gemeinschaftsrecht*, Wien 2008, s. 153.

W austriackim ustawodawstwie opodatkowanie holdingów opiera się na teorii mieszanej, która przewiduje, że nie powstaje nowy podmiot podatkowy do celów konsolidacji, ponieważ spółki wchodzące w skład struktur obliczają swój dochód samodzielnie.

Nowy system opodatkowania holdingów uregulowany jest w ustawie<sup>12</sup>, która przewiduje możliwość podatkowej konsolidacji zysków i strat wśród krajowych i zagranicznych członków struktury holdingowej.

Głównym założeniem konsolidacji podatkowej jest obowiązek samodzielnego obliczania swojej podstawy opodatkowania przez każdego członka grupy indywidualnie. Dochód (strata) spółki, która znajduje się na końcu struktury kapitałowej, jest przypisywany do bezpośredniego (następnego) podmiotu nadrzędnego, który posiada wystarczający – by zrekompensować stratę – dochód<sup>13</sup>.

Tak więc podstawa opodatkowania tego członka grupy zostaje przekazana „w górę” struktury, do następnego poziomu, aż w końcu osiągnie dochód do opodatkowania w spółce dominującej holdingu. Na poziomie spółki dominującej wszystkie dochody i straty spółek zależnych są konsolidowane i opodatkowane. Żaden podatek nie jest pobierany na poziomie poszczególnej spółki zależnej<sup>14</sup>.

Jest to nowatorskie rozwiązanie zaproponowane przez austriackiego ustawodawcę, spełniające unijne standardy, a przede wszystkim godzące interesy zarówno budżetowe, jak i samych zainteresowanych holdingów międzynarodowych.

Negatywnemu zjawisku planowania podatkowego, a z drugiej strony – oczekiwaniom holdingów międzynarodowych nie jest w stanie sprostać obowiązujący system międzynarodowego opodatkowania holdingowego w Unii Europejskiej, a w zasadzie jego brak, gdyż obecnie można mówić tylko o mało zharmonizowanych 28 systemach krajowych. Problem ten staje się szczególnie poważny w perspektywie wzrastającej konkurencji ze strony gospodarki Chin, Indii, Brazylii i w dalszym ciągu USA.

<sup>12</sup> Artykuł 9 Bundesgesetz vom 7. Juli 1988 über die Besteuerung des Einkommens von Körperschaften (Körperschaftsteuergesetz 1988 – KStG 1988) StF: BGBl. Nr 401/1988 (NR: GP XVII RV 622 AB 674 S. 70. BR: AB 3548 S. 505.); dalej: KStG.

<sup>13</sup> A. Melcon, *Análisis contable del régimen de declaración consolidada de los grupos de sociedades*, Madrid 1989, s. 14–15; S. Grotherr, *Die konsolidierte Konzernbesteuerung von spanischen Aktiengesellschaften*, „Internationales Steuerrecht” 1995, nr 1, s. 18.

<sup>14</sup> M. Jann, J. Schuch, G. Toifl, *Austria – corporate Taxation sec. 8*, Country Analyses IBFD (accessed 25 June 2012), *passim*; R. Reindl, A. Walter, *Umgründungen und Gruppenbesteuerung unter besonderer Berücksichtigung der Firmenwertabschreibung* [w:] N. Fraberger, A. Baumann, M. Plott, M. Waitz-Ramsauer, *Handbuch Konzernsteuerrecht*, Wien 2008, s. 611.

Dokonując analizy przepisów w poszczególnych państwach Unii dotyczących opodatkowania holdingów krajowych i międzynarodowych w kontekście orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>15</sup>, jednoznacznie należy stwierdzić, że również w zakresie rozliczania strat transgranicznych pozostają one w sprzeczności ze swobodą działalności gospodarczej<sup>16</sup>. Można z tego wyciągnąć wniosek, że konieczne jest dokonanie odpowiednich zmian w przepisach dotyczących opodatkowania holdingów w ten sposób, aby regulacje podatkowe mogły obejmować również spółki mające siedzibę w innych państwach Unii Europejskiej i w konsekwencji odliczać nierozliczone straty poniesione przez ich podmioty zależne w innych państwach Unii Europejskiej. Dzisiejszy stan jest bowiem niezgodny z treścią art. 43 i 48 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE).

Dość kontrowersyjnym narzędziem stosowanym w optymalizacji opodatkowania holdingów są raje podatkowe, jednak w kontekście międzynarodowej strategii holdingowej wykorzystywanie ich należy ocenić *per saldo* jako zjawisko pozytywne. Stanowią one wprawdzie platformę do wykorzystywania instrumentów unikania opodatkowania i przyczyniają się w ten sposób do zmniejszania wpływów budżetowych, jednak jest to ujęcie jednostronne. Państwa Unii Europejskiej podejmują próby zmierzające do przekształcenia dotychczasowych rajów podatkowych w jurysdykcje podatkowe niestosujące szkodliwej konkurencji podatkowej, chociaż nie jest to stanowisko do końca konsekwentne. Wiele państw wysokorozwiniętych toleruje, a nawet zachęca poszczególne państwa do stosowania przywilejów podatkowych. Można nawet stwierdzić, że wiele państw wysoko rozwiniętych daje „ciche” przyzwolenie na korzystanie z rajów podatkowych znajdujących się w sferze ich wpływów politycznych i gospodarczych, bowiem ich kontrolowana działalność prowadzi często do ożywienia gospodarczego całego regionu, co mogło mieć istotne znaczenie szczególnie w dobie kryzysu.

Analizując praktykę funkcjonowania międzynarodowych holdingów w Unii Europejskiej, trzeba jednak pamiętać o tym, że raju podatkowego nie należy postrzegać (tylko) przez pryzmat terytorialności, ale jako platformę do wykorzystywania innych narzędzi podatkowych<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Wyrok TS z 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-446/03 *Markse & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspektor of Taxes)*, pkt 32–35, <http://curia.europa.eu/>.

<sup>16</sup> G. Frotscher, *Internationales Steuerrecht*, München 2005, s. 21; F. Haase, *Internationales und Europäisches Steuerrecht*, Hamburg–München–Landsberg–Berlin 2007, s. 5; P. Selera, *Międzynarodowe a unijne prawo podatkowe w kontekście opodatkowania zysków przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 140–141.

<sup>17</sup> D. Gajewski, M. Schulz, *Analiza sytuacji podatkowo-prawnej holdingów krajowych i międzynarodowych działających na obszarze państw Unii Europejskiej w latach 2000–2009*, Warszawa–Wiedeń 2010, s. 112–115.



Różne formy wykorzystywania rajów podatkowych znacznie urozmaicają wachlarz rozwiązań w zakresie ich strategii podatkowej, jednak szczególną formą preferowaną przez holdingi jest spółka holdingowa, która jest dedykowana wyłącznie holdingom międzynarodowym. Unikatowość tej formuły wynika z tego, że w połączeniu z innymi instrumentami optymalizującymi opodatkowanie powstaje konstrukcja na tyle skomplikowana, że unikanie opodatkowania staje się niezmiernie trudne do wykrycia<sup>18</sup>. Jest to istotny argument dla holdingów, żeby wykorzystywać raje podatkowe w planowaniu międzynarodowej strategii opodatkowania. Warto jednocześnie zauważyć, że konstrukcja spółki holdingowej jest z pozytywnym rezultatem wykorzystywana przez holdingi również na gruncie państw niebędących rajami podatkowymi.

Szczególną rolę w kształtowaniu strategii optymalizowania opodatkowania holdingów pełnią instrumenty hybrydowe. W związku z tym, że powstają one na bazie instrumentów pochodnych, charakteryzują się zaawansowanymi technologiami podatkowymi, które wyprzedzają schematy w poszczególnych ustawodawstwach podatkowych<sup>19</sup>. Jest to jeden z najskuteczniejszych instrumentów służących do unikania opodatkowania. Instrumenty hybrydowe najczęściej wykorzystywane są z innymi narzędziami (np. *thin capitalization*, *treaty shopping*), co pozwala tworzyć bardzo skomplikowane konstrukcje, które mogą ulegać ciągłym modyfikacjom. Zjawisko ewoluowania instrumentów hybrydowych jest tak dynamiczne, że zarówno jurysdykcje poszczególnych państw, jak i ustawodawstwo europejskie nie jest w stanie nadążyć z jego sankcjonowaniem. Reakcje poszczególnych państw są najczęściej spóźnione w stosunku do kreatywnej strategii podatkowej holdingów międzynarodowych. U podstaw tego zjawiska leży zarówno kreatywność podatkowa holdingów międzynarodowych, różnorodność ustawodawstw podatkowych poszczególnych państw, jak i procesy zachodzące w globalnej gospodarce.

W ramach strategii optymalizacji opodatkowania holdingów międzynarodowych obserwuje się nowe zjawisko, które określam mianem inżynierii podatkowej. Jej istota sprowadza się do konstruowania międzynarodowej strategii podatkowej opartej na zastosowaniu skomplikowanych, ale nowatorskich

<sup>18</sup> D. Endres, C. Schreiber, A. Dorfmueller, *Holding Companies are Key International Tax Planning Tool*, „International Tax Review” 2006, nr 1, s. 46; A.S. Ginsberg, *Tax Havens*, New York 1991, s. 3; H.L. Merten, *Steueroasen. Handbuch für flexible Steuerzahler*, Düsseldorf–Berlin 2001, s. 305–308; B. Grossfeld, *Comparative Law: Geography and Law*, „Michigan Law Review” 1984, no. 82, s. 1518.

<sup>19</sup> J.A. Duncan, *General Report on Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions* [w:] *Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions*, *Cahiers de droit fiscal international*, t. LXXXVa, The Hague–London–Boston 2000, s. 22–23; J. Fiszer, *Jaka jest istota tzw. podmiotów i instrumentów hybrydowych w prawie podatkowym*, „Gazeta Prawna” 2009, nr 24, s. 21–23.

instrumentów, które mają różne zastosowanie (i różne skutki) w zależności od jurysdykcji podatkowej państwa. Inżynieria podatkowa polega również na modyfikowaniu rozwiązań podatkowych w zależności od miejsca zastosowania (państwa) w ten sposób, żeby osiągnąć jak największe korzyści (oszczędności) podatkowe. Innym obliczem inżynierii podatkowej jest konfigurowanie strategii przez łączenie istniejących (tradycyjnych) instrumentów z konstrukcjami podatkowymi o charakterze hybrydowym. Specyfika tego procesu odnosi się do działań na gruncie kilku zróżnicowanych ustawodawstw podatkowych. Im większa liczba zaangażowanych jurysdykcji podatkowych, które są znacznie zróżnicowane, tym większe są możliwości skutecznego wykorzystywania inżynierii podatkowej. Ważnym założeniem inżynierii podatkowej jest tworzenie indywidualnej strategii podatkowej dostosowanej do konkretnego holdingu międzynarodowego przy zastosowaniu (skonfigurowaniu) najbardziej odpowiednich instrumentów. Celem jest wypracowanie jak najkorzystniejszych oszczędności podatkowych zmierzających do legalnego unikania opodatkowania. Dlatego inżynieria podatkowa jest stosowana z dużym powodzeniem przez holdingi międzynarodowe działające nie tylko na gruncie Unii Europejskiej, ale również przy wykorzystaniu rajów podatkowych (również inteligentnych rajów podatkowych). Z dużym powodzeniem w procesie inżynierii podatkowej stosowane są instrumenty hybrydowe, które doskonale wpisują się w specyfikę takiego działania. Niewątpliwie procesom takim sprzyja także brak harmonizacji regulacji odnoszących się do opodatkowania holdingów międzynarodowych.

Ważnym czynnikiem oddziałującym na politykę optymalizowania opodatkowania holdingów międzynarodowych jest zjawisko harmonizacji ustawodawstw podatkowych. Nie bez znaczenia dla tego procesu jest fakt, że Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską nie reguluje bezpośrednio kwestii odnoszących się do opodatkowania holdingów międzynarodowych, ponieważ problematyka ta znajduje się w gestii państw członkowskich. Jednak państwa powinny pamiętać o tym, że to uprawnienie musi być stosowane z poszanowaniem prawa unijnego, w szczególności regulacji dotyczących rynku wewnętrznego i jego podstawowych swobód oraz zakazu dyskryminacji<sup>20</sup>.

Analizując problematykę związaną z opodatkowaniem holdingów, można stwierdzić, że proces harmonizacji holdingowego prawa podatkowego ma miejsce, jednak w niedostatecznym zakresie i niewystarczającym tempie. Mimo że prawo unijne reguluje część problematyki dotyczącej opodatkowania holdingów, w dalszym ciągu na gruncie ustawodawstw krajowych występują pewne sprzeczności z podstawowymi swobodami, szczególnie dotyczy to

<sup>20</sup> M. Devereux, R. Griffith, *Taxes and Location of Production: Evidence from a Panel of US Multinationals*, „Journal of Public Economics” 1998, nr 68, s. 52; P. Selera, *Międzynarodowe a unijne prawo, op. cit.*, s. 184–191.

dyskryminacji podatkowej holdingów międzynarodowych. Działalności holdingów międzynarodowych nie mogą utrudniać ani ograniczać przeszkody podatkowe utrwalające lub tworzące granice i podziały w Unii Europejskiej.

Harmonizacja analizowanych regulacji jest procesem niezwykle ważnym merytorycznie, jeżeli jest skutecznie realizowana. Efekt udanej harmonizacji ma znaczenie nie tylko dla holdingów międzynarodowych optymalizujących opodatkowanie, ale również dla państw walczących ze zjawiskiem szkodliwej konkurencji podatkowej.

Harmonizacja może w znacznym stopniu przyczynić się do przeciwdziałania skutkom instrumentów hybrydowych wykorzystywanych przez holdingi międzynarodowe w celu bezprawnego unikania opodatkowania. Skuteczna harmonizacja powinna mieć również wpływ na redukcję szkodliwej konkurencji podatkowej występującej w ramach państw członkowskich<sup>21</sup>.

Proces harmonizacji podatkowego prawa holdingowego jest znacznie utrudniany ze względu na to, że problematyka ta ma charakter interdyscyplinarny, oscylujący między prawem unijnym, wewnątrz krajowymi ustawodawstwami oraz wpływem międzynarodowych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.

Perspektywicznie zjawisko harmonizacji może mieć kluczowe znaczenie dla trwałego ukształtowania holdingowego prawa podatkowego, jednak obecnie poziom harmonizacji jest w fazie początkowej. Nie można również liczyć na to, że problematykę tę rozwiąże orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, ponieważ jego rola jest jedynie pomocnicza i wspierająca. Niewątpliwie jednak proces harmonizacji prawa holdingowego musi opierać się na zasadach Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

Jednym z ważniejszych instrumentów pozwalającym holdingom międzynarodowym prowadzić skuteczną strategię optymalizacji opodatkowania są umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Redukcja podwójnego (a nawet wielokrotnego) opodatkowania stanowi istotny element w całościowej strategii oszczędności podatkowych holdingu.

Problem unikania opodatkowania łączy się z międzynarodowymi transakcjami i umowami. Krzyżowanie się systemów wewnątrz krajowych oraz istnienie rosnącej sieci dwustronnych konwencji podatkowych sprzyja wzrostowi możliwości unikania podatków<sup>22</sup>. Globalizacja rynków finansowych, obni-

<sup>21</sup> A. Razin, E. Sadka, *International Tax Competition and Gains from Tax Harmonization*, „Economic Letters” 1991, nr 37, s. 69–70; J.R. Hines Jr., *The Case Against Deferral: A Deferential Reconsideration*, „Journal of National Taxation” 1999, nr 52, s. 385; M.J. Graetz, *Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies*, „Brooklyn Journal of International Law” 2001, nr 26, s. 1363.

<sup>22</sup> B. Jackson, *Thin Capitalization International*, „International Bureau of Fiscal Documentation – European Taxation” 1990, t. 30, nr 11; OECD, *Transfer Pricing*

żanie barier w międzynarodowym handlu i inwestycjach oraz pojawianie się przemysłnych konstrukcji finansowych również służą rozwojowi takich możliwości.

Inną, bardzo istotną funkcją umów międzynarodowych jest wykorzystywanie ich do stosowania innych instrumentów optymalizujących opodatkowanie. Dzisiaj największym zagrożeniem dla budżetów państw jest polityka optymalizująca opodatkowanie na gruncie systemu istniejących umów o podwójnym opodatkowaniu przy równoczesnym wykorzystaniu wyrafinowanych rozwiązań hybrydowych bazujących na ustawodawstwach kilku państw.

Znajomość wewnętrznych przepisów podatkowych różnych państw oraz umiejętność ich powiązania z regulacjami umów o podwójnym opodatkowaniu umożliwia tworzenie struktur holdingowych, w których transfer środków finansowych między podmiotami odbywa się w zasadzie bez podatku<sup>23</sup>.

Chociaż umowy co do zasady zawierane są na podstawie Modelowej konwencji OECD, ich postanowienia zawierają niejednokrotnie istotne różnice. Fakt zróżnicowania umów z jednej strony jest utrudnieniem w skutecznym stosowaniu przez podatników i organy podatkowe przepisów prawa podatkowego, z drugiej zaś – ta cecha skutkuje tym, że są one podstawowym narzędziem dla dokonywania optymalizacji podatkowej przez holdingi międzynarodowe.

Zapobieżenie podwójnemu (lub wielokrotnemu) opodatkowaniu w ramach holdingu mającego swe siedziby w różnych państwach stwarza poważne trudności. Napotyka problem suwerenności podatkowej poszczególnych państw i wymaga koordynacji systemów podatkowych oraz działań administracji podatkowych w skali ponadpaństwowej. Jak trudny jest to proces, niech świadczy choćby powolna harmonizacja systemów podatkowych członków Unii Europejskiej, będącej przecież najdalej posuniętą we współczesnym świecie formą integracji suwerennych państw.

Istotną rolę w kształtowaniu optymalizacji opodatkowania mają również zjawiska *thin capitalization* oraz *treaty shopping*<sup>24</sup>. Ich analiza wykazuje, że nie

---

*Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrators*, „International Tax Notes” 1994, nr 9, s. 155.

<sup>23</sup> J.L. Lienard, *How Can the Taxpayers Be Protected from International Double Taxation, a New OECD Model Convention*, „OECD Observer” 1997, nr 89, s. 34–35; V. Thuronyi, *International Tax Cooperation and a Multilateral Treaty*, „Brooklyn Journal of International Law” 2001, nr 26, s. 1655.

<sup>24</sup> P. Baker, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, London 1994, s. 90–104; Komentarz Modelowej konwencji OECD do pkt 7–12 oraz J. Banach, *Polskie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania*, Warszawa 2002, s. 86–87; H. Becker, *Treaty Shopping. Treaty Override*, „European Taxation” 1988, nr 12, s. 383–385; M. Zdyb, *Nadużywanie przepisów umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz zjawisko treaty shopping (1)*, „Przegląd Podatkowy” 2007, nr 6, s. 13–17.

ma dzisiaj skutecznych i pewnych rozwiązań, które zagwarantują uniemożliwienie wykorzystania tych instrumentów do szkodliwego unikania opodatkowania. Trzeba bowiem zauważyć, że ustawodawstwa podatkowe przygotowane są najczęściej na przeciwdziałanie skutkom powyższych instrumentów, które są stosowane pojedynczo (samodzielnie). W sytuacji, kiedy holding międzynarodowy wprowadza do swojej polityki kilka z tych instrumentów łącznie na płaszczyźnie kilku państw o różnych ustawodawstwach podatkowych, przeciwdziałanie ich negatywnym konsekwencjom jest nieskuteczne.

Równie ważną rolę w polityce optymalizowania opodatkowania holdingów międzynarodowych stanowią instrumenty przeciwdziałające *thin capitalization* oraz *treaty shopping*. Ich dogłębna analiza przez zainteresowane holdin-gi skutkuje tym, że możliwe jest wypracowanie konstrukcji pozwalających na zgrabne i skuteczne omijanie narzędzi zabezpieczających.

Sądzić należy, że w znacznej części państw Unii Europejskiej prawodawcy nie nadążają z tworzeniem regulacji antyabuzyjnych ze względu na tak szybką dynamikę rozwoju technologii optymalizacji opodatkowania.

Dokonywane analizy wskazują istnienie możliwości obniżania holdingom międzynarodowym kosztów za pomocą legalnego kształtowania obciążeń podatkowych, które jest dozwolone przez prawo podatkowe (krajowe, unijne i międzynarodowe), a niekiedy nawet pożądane przez prawodawcę. Chodzi więc o optymalizację ciężarów podatkowych holdingów międzynarodowych. Jeżeli obowiązujący porządek prawny stwarza podatnikowi możliwość wyboru do osiągnięcia zamierzonego celu gospodarczego kilku legalnych konstrukcji, z których każda będzie miała inny wymiar podatkowy, to wybór najkorzystniejszego podatkowo rozwiązania nie może być traktowany jako obejście prawa. Holding ma prawo do ułożenia stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie ma żadnej podstawy prawnej, która nakazywałaby przyjąć zasadę, że strony powinny uregulować swoje stosunki cywilnoprawne w sposób najbardziej korzystny dla fiskusa.

## **Optymalizacja podatkowa a polityka Unii Europejskiej**

Dzisiaj poważny niepokój mogą budzić duże możliwości holdingów w optymalizowaniu opodatkowania (zarówno legalne i nielegalne), jednak wkrótce może się okazać, że jeszcze większym zagrożeniem będzie strategia holdingów tak konstruowana, iż dostrzeżenie w jej ramach istnienia nielegalnego unikania opodatkowania będzie wręcz niemożliwe.

Nie jest możliwe wymienienie pełnej gamy instrumentów, które pozwolą na skuteczne unikanie opodatkowania transakcji międzynarodowych. Istotne jest jednak wskazanie, że jest to problem poważny zarówno dla państw, jak i hol-

dingów uczciwie konkurujących w globalnej gospodarce. Natomiast zmiany tego stanu rzeczy są konieczne, a niniejsze refleksje powinny służyć jako głos w szerszej dyskusji.

Często holdingi międzynarodowe spotykają się z zarzutem, że ich tworzenie służy w głównej mierze unikaniu opodatkowania przez optymalizację, a nie realizację celów gospodarczych, które stanowią jedynie „przykrywkę”. Nie można jednak napiętnować holdingów, które szukają legalnej formuły optymalizowania opodatkowania, podatek nie jest bowiem wartością daną, ale można na niego wpływać i kształtować, oddziaływać na zmniejszenie lub zwiększenie obciążenia podatkowego. To prawodawca powinien zapewnić taki system podatkowy pozbawiony luk i wadliwych rozwiązań, który nie będzie pozwalał w majestacie prawa szkodliwie unikać opodatkowania.

Jednocześnie nie da się zahamować tendencji tworzenia się nowych instrumentów optymalizujących opodatkowanie holdingów, proces ten bowiem jest nierozzerwalnie związany z globalną gospodarką, której częścią są transgraniczne powiązania holdingowe.

Dostrzegając liczne zagrożenia unikania opodatkowania holdingów międzynarodowych, sądzić należy, że konieczna jest inicjatywa, która wprowadzi na gruncie prawa unijnego rozwiązania podatkowe kompleksowo regulujące działalność transgraniczną holdingów.

Niewątpliwie takie oczekiwania miała spełniać koncepcja przedstawiona w formie projektu dyrektywy w sprawie wspólnej skonsolidowanej korporacyjnej podstawy opodatkowania (*Common Consolidated Corporate Tax Base*; dalej: dyrektywa, dyrektywa CCCTB). Zawarto w niej wiele problemów, z którymi borykają się same holdingi i państwa członkowskie<sup>25</sup>. Sądzić należy, że koncepcja CCCTB w dużej mierze przewiduje możliwość przeciwdziałania negatywnym skutkom różnic między systemami opodatkowania holdingowego oraz podatkowym przeszkodom w działalności transgranicznej holdingów w ramach rynku wewnętrznego. Jednak szczegółowe rozwiązania zaproponowane w projekcie dyrektywy CCCTB obarczone są wieloma wadami i ułomnościami, które umożliwiają holdingom międzynarodowym z łatwością omijanie jej i w dalszym ciągu tworzenie strategii szkodliwego planowania podatkowego przy udziale wymienionych instrumentów.

Mimo znacznej liczby istniejących niedoskonałości i luk, które trzeba dopracować, należy stwierdzić, że projekt dyrektywy CCCTB co do idei i podstawowych założeń jest konkurencyjny wobec innych obecnie pojawiających

<sup>25</sup> N. Herzig, *Tax Harmonization in Europe: Methods of Consolidation* [w:] *Common Consolidated Corporate Tax Base*, M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer (red.), Wien 2008, s. 551; M. Supera-Markowska, *Wspólna skonsolidowana podstawa opodatkowania jako koncepcja harmonizacji opodatkowania korporacyjnego w UE*, Warszawa 2010, s. 84–88.

się koncepcji i kierunków harmonizacji opodatkowania holdingowego w Unii Europejskiej, a także krajowych systemów opodatkowania holdingowego.

Nawet jeżeli nie uda się przyjąć koncepcji CCCTB (co jest bardzo prawdopodobne ze względu na fakt, że już sześć państw Unii Europejskiej kontestuje ten projekt, m.in. Polska), będzie ona istotnym wkładem w dyskusję nad kompleksowym uregulowaniem statusu podatkowego holdingów międzynarodowych i może przyczynić się do przyspieszenia procesu harmonizacji ustawodawstw dotyczących holdingowego prawa podatkowego.

Możliwość skutecznego jej wprowadzenia, nawet po postulowanych zmianach, jest uzależniona od wielu czynników, także politycznych, które nie zawsze muszą iść w parze z ideą harmonizacji opodatkowania holdingowego.

Wyzwanie przed twórcami CCCTB jest duże, ponieważ potrzebne jest wypracowanie kompromisu dla opodatkowania holdingów międzynarodowych, które dzisiaj opierają się na prawie unijnym, regulacjach wewnątrz krajowych i międzynarodowych umowach. Warto przy tym pamiętać, że system prawa unijnego dość połowicznie (a na pewno nie kompleksowo) reguluje opodatkowanie holdingów, co w dużej mierze skutkuje możliwościami unikania opodatkowania.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, stwierdzić należy, że konieczne jest dalsze prowadzenie prac nad koncepcją CCCTB. Jej założenia i obecny stan zaawansowania są optymalnie wytyczoną drogą reformowania międzynarodowego prawa holdingowego, które może osiągnąć „rozsądny” kompromis między zainteresowanymi holdingami i państwami członkowskimi<sup>26</sup>. Ponadto koncepcja wspólnej skonsolidowanej korporacyjnej podstawy opodatkowania ma szansę – po gruntownej przebudowie pierwotnych założeń – być ważnym wkładem w harmonizowanie unijnego podatkowego prawa holdingowego. Czas, jaki jest konieczny na wypracowanie nowej, kompromisowej koncepcji podatkowej (odnoszącej się do opodatkowania holdingów międzynarodowych), jest zbyt długi, żeby można było utrzymywać tak niebezpieczny (szczególnie dla państw członkowskich) stan prawny dotyczący holdingowych rozliczeń transgranicznych.

Zreformowanie koncepcji CCCTB ma poważne szanse zniwelować różnice w możliwościach optymalizowania opodatkowania między holdingami krajowymi i holdingami międzynarodowymi. Ponadto w znacznym stopniu może przyczynić się do redukcji swobody w kreowaniu polityki optymalizacji opodatkowania holdingów międzynarodowych.

Przy zmianach dokonywanych w koncepcji wspólnej skonsolidowanej korporacyjnej podstawy opodatkowania szczególną uwagę trzeba poświęcić po-

<sup>26</sup> D. Enders, A. Estreicher, W. Scheffler, Ch. Spengel, *The Determination of Corporate Taxable Income in the EU Member States*, Frankfurt 2007, s. 84–88; Ch. Spengel, *The Common Consolidated Corporate Tax Base, prepared for the Tax Conference*, „Corporation Tax: Battling with the Boundaries” z 28–29 czerwca 2007 r., s. 6.

szerzeniu katalogu podmiotowego. Nie powinna ona być dostępna tylko dla podmiotów prowadzących działalność transgraniczną z uwagi na związane z takim uregulowaniem ryzyko:

- naruszenia zasady równej konkurencji,
- zmiany sytuacji podatkowej przekształcanego przedsiębiorstwa tylko z uwagi na wystąpienie bądź brak transgranicznego charakteru jego działalności,
- potencjalnego wpływu regulacji podatkowych na decyzje przedsiębiorców w zakresie ich restrukturyzacji.

Wspólna skonsolidowana korporacyjna podstawa opodatkowania powinna być podstawą obligatoryjną, a jedynie z uwagi na czysto pragmatyczne przesłanki (polityczna możliwość wprowadzenia koncepcji) można dopuścić jej początkowe przyjęcie jako konstrukcji fakultatywnej pod warunkiem zmiany jej docelowego charakteru na obligatoryjny. Charakter fakultatywności był określany jako jedna z najważniejszych wad dotychczasowego projektu dyrektywy CCCTB.

Postulat precyzyjności powinien być przestrzegany przy określaniu wszystkich elementów koncepcji, zarówno w sferze stosowanej terminologii, jak i rozwiązań szczegółowych. Należy zwrócić uwagę na respektowanie postulatu jednolitości koncepcji, w związku z którym nie powinno być w niej wielu alternatywnych rozwiązań.

Koncepcja wspólnej skonsolidowanej korporacyjnej podstawy opodatkowania powinna spełniać przesłanki atrakcyjnego systemu podatkowego, jej wprowadzenie ma bowiem służyć osiągnięciu pozytywnego skutku w zakresie wspierania działalności europejskich holdingów, a w konsekwencji ma wpłynąć na rozwój silnej gospodarki europejskiej. Mogłaby ona również wpływać na zjawiska konkurencji podatkowej w Unii Europejskiej, uproszczenia, przejrzystości, spójności i logiczności systemu.

Innym istotnym spostrzeżeniem dotyczącym procesu harmonizacji w ramach poszczególnych ustawodawstw jest postulat, by obejmował on nie tylko regulacje dotyczące holdingów międzynarodowych, ale również holdingów krajowych. Pozwoli to w istotny sposób uniemożliwić nielegalne planowanie podatkowe przez międzynarodowe struktury holdingowe. Warto również postulować, by nowe regulacje podatkowego prawa holdingowego były powoływane w myśl jednolitego i zharmonizowanego systemu podatkowego, bowiem tylko takie działanie umożliwi skuteczne przeciwdziałanie nieuczciwemu i szkodliwemu unikaniu opodatkowania.

Niebagatelne znaczenie ma też postulat, który warto skierować do państw członkowskich, tworzenia nowych konstrukcji podatkowych dedykowanych wyłącznie holdingom międzynarodowym, które mogłyby tworzyć spójny system z koncepcjami opodatkowania holdingów krajowych. W wypadku zaś



państwa, które już ma takie rozwiązania, warto wnioskować o przeprowadzenie reformy z uwzględnieniem istniejących nowych trendów inżynierii podatkowej.

Dokonując reform, nie można zapomnieć o tym, by system opodatkowania holdingów (zarówno międzynarodowych, jak i krajowych) był zgodny z podstawowymi wolnościami europejskimi.

Mając powyższe wnioski na uwadze, można pokusić się o stwierdzenie, że instrumenty stosowane przez holdingi międzynarodowe zarówno na poziomie europejskim (międzynarodowym), jak i wewnątrz krajowym umożliwiają swobodne kreowanie polityki optymalizacji opodatkowania, mimo że są one często postrzegane negatywnie. Oczywiście taka kompleksowa ocena nie wyklucza formułowania jednoznacznych, cząstkowych ocen i wniosków w odniesieniu do poszczególnych rozwiązań (instrumentów) i praktyki ich stosowania. Analiza wad i zalet wykorzystywania instrumentów przez holdingi uwydatnia ich kontrowersyjny charakter. Przewaga pozytywnych lub negatywnych cech poszczególnych instrumentów uzasadnia uproszczenie i generalizację końcowego wniosku o konieczności ich stosowania w strategii holdingów lub o ich szkodliwości, co skłania do podejmowania wysiłków, by im przeciwdziałać.

## Wnioski

Wydaje się więc uzasadnione stwierdzenie, że międzynarodowe i unijne prawo podatkowe daje holdingom międzynarodowym swobodę w dowolnym kształtowaniu ich transgranicznej strategii podatkowej. Niewątpliwie ta swoboda przejawia się w doborze z szerokiej gamy instrumentów, które pozwalają holdingom międzynarodowym na optymalizowanie swojej strategii podatkowej generującej znaczne oszczędności. Stwierdzenie to znajduje uzasadnienie w analizie instrumentów prawnopodatkowych, które dedykowane są tylko holdingom dokonującym transgranicznych rozliczeń.

Sądzę również, że można zgodzić się z tezą, iż holdingi międzynarodowe są w uprzywilejowanej pozycji w zakresie kształtowania (planowania) optymalizacji podatkowej niż inne podmioty, w szczególności holdingi krajowe niemające transgranicznych powiązań kapitałowych. Pomocne temu zjawisku jest stosowanie szerokiej gamy instrumentów prawnopodatkowych, które są dostępne tylko dla podmiotów charakteryzujących się połączeniami transgranicznymi. Ich specyfika jest kluczowa, bowiem mogą opierać się nie tylko na umowach międzynarodowych, ale i prawie unijnym wspieranym rozwiązaniami wewnątrz krajowymi.

Dodatkowo trzeba zauważyć, że w wielu przypadkach rola instrumentów kształtujących optymalizację opodatkowania holdingów międzynarodowych jest kontrowersyjna. Charakteryzuje się nie tylko zaletami, ale także licznymi wadami, które niosą za sobą zagrożenia. Wykorzystanie instrumentów często

wiąże się z zagrożeniem w postaci niemożności przewidzenia tego, jakie skutki będą one wywoływały. Przez proces doboru i konfiguracji odpowiednich narzędzi holdingi kreują swoją politykę podatkową. Stąd wpływ instrumentów i ich świadomy oraz precyzyjny dobór jest strategiczny nie tylko dla samego holdingu, ale i dla państw członkowskich.

Trzeba zauważyć, że to holdingi międzynarodowe mają możliwość korzystania z licznych instrumentów prawnopodatkowych, które generują oszczędności podatkowe. Ponadto na korzyść holdingów międzynarodowych w stosunku do holdingów krajowych przemawia możliwość wyboru umiejscowienia prowadzenia swojej działalności. Jest to konsekwencją istniejącej zależności miejsca prowadzenia działalności w stosunku do skutków podatkowych wynikających z danego wewnętrznego ustawodawstwa krajowego oraz istniejących na tym gruncie konkretnych rozwiązań optymalizujących opodatkowanie. Decyzja dotycząca wyboru miejsca prowadzenia działalności gospodarczej jest bezpośrednio związana z wyborem formy prawnej, a co za tym idzie i możliwościami podatkowymi. Niewątpliwie będzie miała również znaczenie wielkość podmiotu podatkowego, inny bowiem potencjał planowania podatkowego będzie miał duży holding wielonarodowy, a inny – holding, który ma powiązania w ramach tylko dwóch państw. Aspekt optymalizacji opodatkowania ma decydujące znaczenie przy rozbudowywaniu przez holding struktur, w szczególności zagranicznych. Wybór miejsca realizacji przedsięwzięcia gospodarczego, podobnie jak wybór jego formy prawnej należy do strategicznych decyzji holdingu. W związku z tym, że decyzja taka wywołuje zwykle skutki podatkowe długoterminowe, a jej zmiana wiąże się ze znacznymi nakładami finansowymi, to podjęcie decyzji o wyborze strategii podatkowej musi poprzedzać starannie przeprowadzony proces decyzyjny, w którym aspekt podatkowy powinien mieć kluczowe znaczenie.

Zaobserwować można również zjawisko rozbudowywania (przebudowywania) struktur krajowych na transgraniczne głównie ze względu na możliwość optymalizowania opodatkowania. Oczywiście takie przekształcenia powodują zwiększenie kosztów działalności, ale są one rekompensowane przez zyski wynikające z oszczędności podatkowych.

Istotnym argumentem przemawiającym za uprzywilejowaną pozycją holdingów międzynarodowych jest również możliwość wydzielenia z międzynarodowych struktur holdingowych struktur krajowych samodzielnych podatkowo, szczególnie na gruncie tych ustawodawstw wewnętrznych, gdzie ten proces jest możliwy i opłacalny podatkowo. Takich procesów podatkowo-organizacyjnych nie może natomiast dokonywać holding krajowy.

Zdecydowana większość istniejących instrumentów prawnopodatkowych stanowi rozwiązania dedykowane tylko holdingom międzynarodowym. Ten fakt przesądza o tym, że możliwości optymalizowania opodatkowania holdingów międzynarodowych są o wiele większe i korzystniejsze niż opcje prze-

znaczone dla struktur krajowych. Tak więc przewaga holdingów międzynarodowych wynika z możliwości wykorzystywania połączeń transgranicznych w połączeniu z różnorodnością ustawodawstw, a co za tym idzie – i rozwiązań podatkowych.

Na podstawie licznych analiz można również stwierdzić, że nowe proponowane rozwiązania podatkowe dotyczące wspólnej korporacyjnej skonsolidowanej podstawy opodatkowania nie są wystarczająco atrakcyjne (skuteczne, precyzyjne) dla holdingów międzynarodowych, by były konkurencyjne dla regulacji obecnie obowiązujących.

Analizowany projekt dyrektywy CCCTB nie jest koncepcją atrakcyjną i budzącą większe zainteresowanie wśród holdingów. Przewaga zagrożeń i wad powoduje, że zalety tej koncepcji przestają być w kręgu zainteresowań holdingów. Poza tym podobne efekty, jakie oferuje wspólna skonsolidowana korporacyjna podstawa opodatkowania, mogą one osiągnąć przy wykorzystaniu już sprawdzonych metod i instrumentów. Innym poważnym problemem dla tej koncepcji są już istniejące umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, które będą stanowiły poważne zagrożenie dla koncepcji CCCTB bądź innego rozwiązania tego typu.

Sądzić więc należy, że koncepcja CCCTB nie jest kompromisem między oczekiwaniami samych zainteresowanych holdingów a państwami członkowskim biorącymi udział w jej opracowywaniu. Przede wszystkim połowicznie zabezpiecza ona interesy państw członkowskich przed szkodliwą optymalizacją podatkową holdingów i nieuczciwą konkurencją podatkową państw trzecich. Nie uwzględnia jednak w pełni oczekiwań holdingów działających transgranicznie, a przede wszystkim pozostawia im „furtkę” do omijania tych rozwiązań.

Zderzenie się koncepcji wspólnej skonsolidowanej korporacyjnej podstawy opodatkowania z obecnie istniejącymi możliwościami optymalizującymi opodatkowanie holdingów międzynarodowych obnaża nieatrakcyjność nowych rozwiązań. Chociaż konstrukcja CCCTB uwzględnia wiele (większość) celów harmonizacji systemu opodatkowania holdingów, luki, które ma, i założenie jej fakultatywności, niweczą w dużej mierze trud włożony w przygotowanie tej koncepcji.

Biorąc powyższe oceny i rozważania pod uwagę, warto się zastanowić nad rozwiązaniem, by projekt dyrektywy CCCTB stał się podstawą do gruntownych zmian w tej koncepcji. Mimo licznych kontrowersyjnych i wadliwych rozwiązań szczególnych, założenia i obecny stan zaawansowania CCCTB są najbardziej optymalnie wytyczoną drogą reformowania międzynarodowego prawa holdingowego, dzięki której można osiągnąć „rozsądny” kompromis między zainteresowanymi holdingami a państwami członkowskimi. Ponadto koncepcja CCCTB ma szansę być znaczącym wkładem w harmonizowanie europejskiego podatkowego prawa holdingowego. Czas, jaki jest konieczny na wypracowanie nowej, kompromisowej koncepcji podatkowej (odnoszącej

się do opodatkowania holdingów międzynarodowych), jest zbyt długi, żeby można było utrzymywać tak niebezpieczny (szczególnie dla państw członkowskich) stan prawny dotyczący holdingowych rozliczeń transgranicznych.

Gruntowne zreformowanie koncepcji CCCTB ma poważne szanse zniwelować różnice w możliwościach optymalizowania opodatkowania pomiędzy holdingami krajowymi i holdingami międzynarodowymi. Ponadto w znacznym stopniu może przyczynić się do redukcji swobody w kreowaniu polityki optymalizacji opodatkowania holdingów międzynarodowych.

Przy zmianach dokonywanych w koncepcji CCCTB szczególną uwagę trzeba poświęcić poszerzeniu katalogu podmiotowego. Wspólna skonsolidowana korporacyjna podstawa opodatkowania nie powinna być dostępna tylko dla podmiotów prowadzących działalność transgraniczną, z uwagi na związane z takim uregulowaniem ryzyko:

- naruszenia zasady równej konkurencji,
- zmiany sytuacji podatkowej przekształcanego przedsiębiorstwa tylko z uwagi na wystąpienie bądź brak transgranicznego charakteru jego działalności,
- potencjalnego wpływu regulacji podatkowych na decyzje przedsiębiorców w zakresie ich restrukturyzacji.

Wspólna skonsolidowana korporacyjna podstawa opodatkowania powinna być podstawą obligatoryjną, a jedynie z uwagi na czysto pragmatyczne przesłanki (polityczna możliwość wprowadzenia koncepcji) można dopuścić jej początkowe przyjęcie jako konstrukcji fakultatywnej, pod warunkiem zmiany jej docelowego charakteru na obligatoryjny.

Postulat precyzyjności powinien być przestrzegany przy określaniu wszystkich elementów koncepcji, zarówno w sferze stosowanej terminologii, jak i rozwiązań szczegółowych.

Należy zwrócić uwagę na respektowanie postulatu jednolitości koncepcji, w związku z którym nie powinno być w niej wielu alternatywnych rozwiązań.

Koncepcja CCCTB powinna spełniać przesłanki atrakcyjnego systemu podatkowego. Jej wprowadzenie ma bowiem służyć osiągnięciu pozytywnego skutku w zakresie wspierania działalności europejskich holdingów, a w konsekwencji ma wpłynąć na rozwój silnej gospodarki europejskiej. Mogłaby również wpływać na zjawiska konkurencji podatkowej w Unii Europejskiej, uproszczenia, przejrzystości, spójności i logiczności systemu.

Kolejny postulat, który wynika z analizy materiału, dotyczy procesu harmonizacji w ramach poszczególnych ustawodawstw, który obejmować powinien nie tylko regulacje dotyczące holdingów międzynarodowych, ale również holdingów krajowych. Pozwoli to w znaczny sposób uniemożliwić nielegalne planowanie podatkowe przez międzynarodowe struktury holdingowe. Warto też postulować, by nowe regulacje podatkowego prawa holdingowego były

także powoływane w myśl jednolitego i zharmonizowanego systemu podatkowego, bowiem tylko takie działanie umożliwi skuteczne przeciwdziałanie nieuczciwemu i szkodliwemu unikaniu opodatkowania.

Niebagatelne znaczenie ma również postulat kierowany do państw członkowskich o tworzenie nowych konstrukcji podatkowych dedykowanych wyłącznie holdingom międzynarodowym, które mogłyby tworzyć spójny system z koncepcjami opodatkowania holdingów krajowych. A do państw, które już mają takie rozwiązania, warto wnioskować o przeprowadzenie reformy z uwzględnieniem istniejących nowych trendów inżynierii podatkowej.

Dokonując reform, nie można zapomnieć, aby system opodatkowania holdingów (zarówno międzynarodowych, jak i krajowych) był zgodny z podstawowymi wolnościami europejskimi.

Państwa członkowskie Unii Europejskiej powinny jednocześnie zadbać o tworzenie wewnętrznego, jednolitego, wielopłaszczyznowego systemu przeciwdziałania międzynarodowemu unikaniu opodatkowania. Widać bowiem, że obecnie niezbędne jest stworzenie rozwiązań, które skutecznie będą się przeciwstawiały strategii optymalizacji podatkowej holdingów wymierzonej w ściśle określone ustawodawstwa państw członkowskich.

Państwa członkowskie powinny opracować strategię, która będzie oparta na trzech zasadniczych filarach, kompatybilnych i komplementarnych ze sobą<sup>27</sup>.

Pierwszym filarem, który należałoby uznać za priorytetowy, jest powołanie wyspecjalizowanej struktury, mającej charakter platformy intelektualnej i dedykowanej szeroko rozumianej problematyce międzynarodowego holdingowego prawa podatkowego (w tym również problematyce międzynarodowego unikania opodatkowania).

Niestety nikt obecnie nie jest w stanie precyzyjnie ocenić, jaki rozmiar, a przede wszystkim jakie wszystkie kierunki (konkretne instrumenty) wykorzystywane są do unikania opodatkowania przez międzynarodowe holdingi w poszczególnych państwach. Dopiero ściśle sprofilowane struktury muszą to określić, przez swoją wielopłaszczyznową działalność.

Zakres działania tych struktur powinien być dość szeroki i obejmować m.in.: analizę mechanizmów i instrumentów optymalizujących opodatkowanie; rozpoznawanie tendencji panujących w polityce podatkowej holdingów; wsparcie i kierunkowanie organów skarbowych przy prowadzonej przez nie działalności w wymiarze kontroli międzynarodowych holdingów; monitorowanie regulacji holdingowo-podatkowych wprowadzanych w innych państwach członkowskich. Tylko na podstawie takiej wiedzy można stworzyć szczelny (na ile jest to możliwe) system prawnopodatkowy przeciwdziałający unikaniu międzynarodowego opodatkowania.

<sup>27</sup> D. Gajewski, *Tarcza podatkowa dla Polski*, „INFOS. Zagadnienia Społeczno-gospodarcze” 2014, nr 22(182), s. 4.

Sądzić również należy, że kompetencje merytoryczne takich struktur powinny być stosunkowo szerokie, chociażby ze względu na kwestie związane z międzynarodowymi bankowymi strukturami holdingowymi, które prowadzą wyjątkowo wysublimowaną politykę unikania opodatkowania.

Dopiero drugim filarem strategii podatkowej państwa przeciwdziałającej międzynarodowemu unikaniu opodatkowania powinny być wyspecjalizowane struktury kontrolne dedykowane holdingom międzynarodowym. Oczywiście należy wyznaczyć profil podmiotowy takiego holdingu (np. przez wysokość osiąganego obrotu w ramach całej struktury). Wyspecjalizowany organ kontrolny powinien w sposób ścisły współpracować z jednostką będącą platformą intelektualną, a także bazować na zgromadzonej w niej wiedzy.

Przy tworzeniu struktur, o których wyżej mowa, warto posiłkować się amerykańskimi doświadczeniami. Stworzone tam struktury wypracowały przez lata doświadczeń sprawdzone mechanizmy i schematy przeciwdziałania międzynarodowemu unikaniu opodatkowania.

Niebagatelne znaczenie ma również schemat doboru i szkolenia kadry osobowej zaangażowanej w procedury kontrolne. Schematy powinny również zostać dostosowane do specyfiki pracy i badanej materii. Te aspekty są kluczowe dla skuteczności w kontrolowaniu międzynarodowych holdingów.

Wreszcie trzecim filarem strategii podatkowej państwa przeciwdziałającej międzynarodowemu unikaniu opodatkowania powinny być prace legislacyjne. Zarówno te odnoszące się do tworzenia nowego holdingowego prawa podatkowego, jak również uściślające istniejące regulacje podatkowe – w ten sposób, by uwzględniały najnowsze tendencje i kierunki polityki międzynarodowego unikania opodatkowania.

Prace legislacyjne powinny opierać się na wnioskach i przy wykorzystaniu doświadczenia powołanych struktur. Przyjęcie odwrotnej kolejności spowoduje, że w ramach prac legislacyjnych zostanie pominięte wiele problemów, a proponowane nowe rozwiązania mogą okazać się niekompletne, a nawet w ogóle nieuwzględniające mechanizmów i rozwiązań obecnie stosowanych przez holdingi międzynarodowe.

Proponowane rozwiązania dedykowane holdingom międzynarodowym powinny z jednej strony uwzględniać specyfikę ich transgranicznej działalności, z drugiej zaś strony muszą być szczelne oraz precyzyjne. Należy pamiętać, by proponowane rozwiązania były dostatecznie rygorystyczne w stosunku do holdingów stosujących agresywną optymalizację.