

Opodatkowanie CIT od 1 stycznia 2018 r. – korekty systemowe czy kryzys konstrukcji? (wybrane zagadnienia)

Dr Tomasz Grzybowski

Institut Prawa SGH

Centrum Analiz i Studiów Podatkowych SGH

Artykuł przedstawia bieżące zmiany w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych, które weszły w życie 1 stycznia 2018 r. Zamiarem autora była rekonstrukcja generalnego kierunku wdrażanych reform, jak też ocena ich realizacji w znowelizowanych regulacjach. W tym zakresie przedstawiono pewne kluczowe dla konstrukcji podatku dochodowego zmiany, jak rozdzielenie źródeł przychodów (wyodrębnienie źródła przychodów w postaci zysków kapitałowych), wprowadzenie limitów w zakresie kosztów dotyczących usług niematerialnych, nowych zasad rozliczania w kosztach uzyskania przychodów wierzytelności nieściągalnych, czy wprowadzenie minimalnego podatku dochodowego od wartości obiektów komercyjnych. Zasadnicza teza opracowania wskazuje na to, że prawodawcy nie udało się w pełni zrealizować deklarowanych celów (zwłaszcza w zakresie uszczelnienia systemu opodatkowania dochodów), jako że część nowych regulacji może nasuwać wątpliwości z perspektywy konstytucyjnej, jak i unijnej.

Słowa kluczowe: podatek dochodowy od osób prawnych, system podatkowy, teoria opodatkowania, polityka fiskalna

1. Wprowadzenie

Prawodawca nieustannie usiłuje dogonić i „skolonizować”¹ rozpadającą rzeczywistość społeczną. Cel wydaje się nieuchwytny, dziś zresztą bardziej niż kiedykolwiek przedtem. Prawna kategoryzacja rzeczywistości okazuje się niedopasowana do potrzeb praktycznych, a prawnicy zmuszeni są do mniej lub bardziej sztucznego „wtłaczania” nowych obiektów do zastanych

kategorii². Symptomatyczne jest przy tym, że problem ten przenosi się niczym w efekcie domina na coraz szerszą sferę aktywności ludzkiej. W samym sercu owych przemian znajduje się zaś

² T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a obraz świata*, w: G. Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992, s. 161. Na tle podatkowym interesującego przykładu dostarcza m.in. lektura niedawnego wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie obrotu kryptowalutą (*bitcoin*), który można uznać za doskonałą ilustrację zagadnienia otwartej tekstowości regulacji podatkowo-prawnych (por. wyrok NSA z 6.03.2018 r., II FSK 488/16, CBOSA). Na gruncie unijnych regulacji z zakresu VAT por. z kolei wyrok TSUE w sprawie C-264/14 *David Hedqvist*.

¹ J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. II, Frankfurt am Main, 1981, s. 222.

system podatkowy, jeżeli uwzględnić słynne powiedzenie Benjamina Franklina, że „na tym świecie pewne są tylko śmierć i podatki”.

Z ekonomicznego punktu widzenia, rysującym się na tym tle problemem jest naturalnie kwestia względnych granic opodatkowania, ujęta w pewnym przybliżeniu w hipotezie Laffera i wobec tego odnalezienie Archimedesowego punktu równowagi pomiędzy polityczną (ideologiczną) wizją państwa i wiążącymi się z nią potrzebami budżetowymi³, a podmiotowym prawem własności i ujawniającą się na jego tle psychologiczną, kulturową i ekonomiczną skłonnością do ucieczki przed podatkami⁴, tak w formach *prima facie* prawnie dozwolonych (unikanie opodatkowania), jak i jednoznacznie nielegalnych (uchylanie się od opodatkowania)⁵. Rewersem tego zagadnienia jest problem regulacyjny (prawny), tj. wyważenie pomiędzy potrzebą adaptacji rozwiązań prawnych do zmian zachodzących w otoczeniu społeczno-gospodarczym a dbałością o jakość i koherencję stanowionego prawa, które mają zapewnić efektywność fiskalną, przy jednoczesnej ochronie źródeł wpływów budżetowych, zgodnie z klasyczną regułą edynburską (ang. *leave them as you find them*)⁶.

³ Zob. P. Felis, *Wybrane współczesne społeczno-ekonomiczne uwarunkowania reformy systemu podatkowego*, w: H. Dzwonkowski, J. Kulicki (red.), *Dylematy reformy systemu podatkowego w Polsce*, Warszawa 2016, s. 119–129.

⁴ Próbę połączenia tych perspektyw można odnaleźć np. w opracowaniu A. Alstadsæter, N. Johannesena i G. Zucmana, *Tax Evasion and Inequality*, <http://www.nber.org/papers/w23772> (dostęp na dzień 4.05.2018 r.). W literaturze krajowej por. zwłaszcza D. Gajewski (red.), *Międzynarodowe unikanie opodatkowania. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2017; M. Kudła, *Ekonomiczne problemy kosztów opodatkowania i nielegalnego unikania podatków*, Warszawa 2004, s. 124–144.

⁵ Na temat różnic pomiędzy tymi pojęciami por. np. D. Gajewski, *Granica pomiędzy unikaniem a uchylaniem się od opodatkowania na gruncie działalności holdingów międzynarodowych*, *Monitor Prawa Celnego i Podatkowego* 2014/3, *passim*; M. Kurzac, *Unikanie opodatkowania a uchylanie się od opodatkowania – o kryteriach rozróżniających*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 2017/25, s. 11–22.

⁶ A. Gomułowicz, D. Mączyński, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2016, s. 66.

Przypadek Polski nie jest w tym względzie wyjątkiem i również tu nierozwiązanym problemem pozostaje potrzeba znalezienia równowagi pomiędzy efektywnością mechanizmów rynkowych, a sprawiedliwością podziału produktu i dochodu wytworzonego przez rynek⁷. Dobrą ilustracją tych zmagają się niedawne zmiany w ustawie z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych⁸. Ich głównym źródłem jest ustawa z dnia 27 października 2017 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne⁹.

Mamy na tym tle do czynienia z gordyjskim wręcz spletem zagadnień ze świata ekonomii, prawa, filozofii i polityki, odpowiadającym twierdzeniu Thomasa Piketty’ego, że „podatek nie jest kwestią techniczną: jest przede wszystkim kwestią wybitnie polityczną i filozoficzną”¹⁰. Nie ulega zatem wątpliwości, że każda z ww. metodologii wzięta z osobna jawi się jako do pewnego stopnia zubożona, jeśli chodzi o zdolność opisu wspomnianych wyżej zjawisk¹¹.

⁷ M. Sosnowski, *Wpływ zmian w konstrukcji podatku dochodowego od osób fizycznych na obciążenia fiskalne przedsiębiorstw*, w L. Patrzalek (red.), *Finanse – nowe wyzwania teorii i praktyki. Finanse publiczne*, Wrocław 2011, s. 444–445.

⁸ T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2343 z późn. zm., dalej ustawa CIT.

⁹ Dz.U. z 2017 r., poz. 2175, dalej nowela bądź ustawa nowelizująca.

¹⁰ T. Piketty, *Kapitał w XXI wieku*, przeł. A. Bilik, Warszawa 2015, s. 612. Podobnie A. Gomułowicz, *Zasada sprawiedliwości podatkowej w polskim systemie podatkowym*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 1989/3, s. 54–56.

¹¹ Warto dodać, że na poziomie meta-teoretycznym poszczególne perspektywy ulegają dalszemu rozwarstwieniu. Przykładowo w sporze o istotę polityki fiskalnej rozpatrywanym jako problem teorii i filozofii prawa ścierają się odmienne koncepcje racjonalności (instrumentalnej oferowanej przez M. Webera v. komunikacyjnej przedstawionej przez J. Habermasa i rozwijanej przez H. Arendt, czy J.M. Buchanana), które prowadzą do różnych odpowiedzi na pytanie o możliwość i metody wpływania oraz sterowania rzeczywistością społeczną za pomocą normy podatkowej (por. M. Zirk-Sadowski, *Polityka fiskalna a polityka prawa*, *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica* 2015/75, s. 7–21).

Nowelizacja ustawy stanowić ma kolejny krok w kierunku odbudowania dochodów podatkowych, w szczególności dochodów z podatku CIT. Można mieć jednak pewne zastrzeżenia co do tego, czy cel ten udało się ustawodawcy zrealizować.

Dostrzegając te ograniczenia poniżej przyjęto optykę w zasadniczej mierze prawniczą, inne pła s z c z y z n y rozważań jedynie sygnalizując. Już tylko jednak prawniczy ogląd tytułowej problematyki pozwala dostrzec liczne dylematy, z którymi mierzył się prawodawca wprowadzając z dniem 1 stycznia 2018 r. zmiany w ustawie CIT, a które co do zasady (są wyjątki) stosuje się od 1 stycznia 2018 r., bądź od nowego roku podatkowego gdy jest inny, niż kalendarzowy i rozpoczął się przed ww. datą a zakończy po 31 grudnia 2017 r. (art. 4 ust. 1–2 noweli).

Zasadniczym celem zmian, wprost deklarowanym przez prawodawcę, „jest uszczelnienie systemu podatku dochodowego od osób prawnych, tak aby zapewnić powiązanie wysokości płacowego przez duże przedsiębiorstwa, w szczególności przedsiębiorstwa międzynarodowe, podatku z faktycznym miejscem uzyskiwania przez nie dochodu. Nowelizacja ustawy stanowić ma kolejny krok w kierunku odbudowania dochodów podatkowych, w szczególności dochodów z podatku CIT¹². Można mieć jednak pewne zastrzeżenia co do tego, czy cel ten udało się ustawodawcy zrealizować. Część nowych regulacji spotkała się z chłodnym przyjęciem, zarówno przez doktrynę prawa podatkowego, jak i przez praktyków, którzy nie negując przyświecających nowelizacji zamierzeń, podają w wątpliwość ich realizację, związaną m.in. z pośpiechem

¹² Druk sejm. VIII.1878.

legislacyjnym towarzyszącym wskazanym zmianom.

Poniżej omówiono wybrane zagadnienia dotyczące ww. ustawy nowelizującej, ze szczególnym uwzględnieniem tych, które mogą nasuwać wątpliwości z perspektywy dominującej, jak się wydaje, idei opodatkowania (czystego) dochodu w jej rozmaitych wariacjach (ang. *income tax*)¹³, tj. wypracowanej w określonym przedziale czasowym nadwyżki ekonomicznej nad kosztami jej uzyskania i zabezpieczenia źródła, jako fundamentu przedmiotowej konstrukcji podatkowej¹⁴. Ujawniające się w licznych modyfikacjach ustawy CIT, swego rodzaju oderwanie prawnego pojęcia dochodu od jego podłoża ekonomicznego, stwarza bowiem zagrożenie, że podatek stanie się kontrintuicyjny, niezrozumiały dla adresata, co może przełożyć się z jednej strony na obiektywną efektywność (stosowania, przestrzegania), z drugiej zaś tworzy pole do nadużyć.

2. Wyodrębnienie źródła przychodów w postaci zysków kapitałowych

Ujawniające się w licznych modyfikacjach ustawy CIT, swego rodzaju oderwanie prawnego pojęcia dochodu od jego podłoża ekonomicznego, stwarza bowiem zagrożenie, że podatek stanie się kontrintuicyjny, niezrozumiały dla adresata, co może przełożyć się z jednej strony na obiektywną efektywność (stosowania, przestrzegania), z drugiej zaś tworzy pole do nadużyć.

W pierwszym rzędzie należy zwrócić uwagę na najbardziej widoczną i zapowiadaną zmianę. W stanie prawnym obowiązującym do 31 grudnia 2017 r. mieliśmy bowiem do czynienia na gruncie podatku dochodowego od osób prawnych z jednolitym (kumulowanym) dochodem podatkowym. Prawodawca zdecydował się w tym zakresie

¹³ Szerzej o wariantach koncepcji czystego przyrostu majątkowego w ujęciu historycznym por. G. Matysek, *Założenia modelowe opodatkowania dochodów*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska 2009/2, s. 56 i n.

¹⁴ H. Litwińczuk, *Podatki dochodowe*, w: L. Etel (red.), *System prawa finansowego*, t. 3, Warszawa 2010, s. 182.

na zasadniczą zmianę systemową¹⁵, poprzez wyodrębnienie w ustawie CIT źródła przychodów w postaci zysków kapitałowych oraz rozdzielenie dochodów uzyskiwanych z tego źródła od pozostałych dochodów podatnika (art. 7 ust. 1–2 i art. 7b ustawy CIT). W ramach takiego (kapitałowego) przychodu należy wydzielić sześć grup przychodów:

- 1) przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych;
- 2) przychody z tytułu wniesienia wkładu niepieniężnego do spółki kapitałowej i SKA lub innej osoby prawnej;
- 3) inne niż w pkt 1–2 przychody z udziału (akcji) w osobie prawnej lub spółce kapitałowej lub SKA w tym ze zbycia udziałów oraz wymiany udziałów;
- 4) przychody ze zbycia ogółu praw i obowiązków w spółce niebędącej osobą prawną;
- 5) przychody ze zbycia wierzytelności uprzednio nabytych przez podatnika oraz wierzytelności wynikających z przychodów zaliczanych do zysków kapitałowych;
- 6) przychody z praw majątkowych, z papierów wartościowych i pochodnych instrumentów finansowych, z tytułu uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych lub instytucjach wspólnego inwestowania, z najmu, dzierżawy lub innej umowy o podobnych charakterze dotyczącej ww. praw, ze zbycia ww. praw.

Konsekwencją wskazanej zmiany jest oddzielne obliczanie wysokości dochodów z tych dwóch źródeł i brak możliwości kompensowania strat z kapitałów pieniężnych z dochodami z innej działalności gospodarczej. Innymi słowy, nie będzie co do zasady możliwe rozliczenie pomiędzy

¹⁵ M. Thedy, M. Opoka, *Rozdzielenie źródeł przychodów w podatku dochodowym od osób prawnych*, Przegląd Podatkowy 2018/2, s. 21.

Prawodawca zdecydował się w tym zakresie na zasadniczą zmianę systemową, poprzez wyodrębnienie w ustawie CIT źródła przychodów w postaci zysków kapitałowych oraz rozdzielenie dochodów uzyskiwanych z tego źródła od pozostałych dochodów podatnika (art. 7 ust. 1–2 i art. 7b ustawy CIT).

tymi źródłami kosztów uzyskania przychodów; straty w źródle zyski kapitałowe nie zmniejszą podatku z pozostałych obszarów działalności podatnika i odwrotnie¹⁶. Wyjątek od wskazanej zasady alokacji przychodów dotyczy zgodnie z art. 7b ust. 2 ustawy CIT jedynie ubezpieczycieli, banków i innych instytucji finansowych¹⁷; ich przychody będą zaliczane do jednego źródła z zastrzeżeniem:

- dywidend, nadwyżek bilansowych w spółdzielniach oraz otrzymanych przez uczestników funduszy inwestycyjnych lub instytucji wspólnego inwestowania dochodów tego funduszu lub tej instytucji, w przypadku gdy statut przewiduje wypłacanie tych dochodów bez odkupywania jednostek uczestnictwa albo wykupowania certyfikatów inwestycyjnych,
- równowartości zysku osoby prawnej oraz spółki komandytowo-akcyjnej lub zagranicznej spółki, która nie mając osobowości prawnej, traktowana jest jak osoba prawna i w państwie rezydencji jest opodatkowana od całości swoich dochodów, przeznaczonego na podwyż-

Konsekwencją wskazanej zmiany jest oddzielne obliczanie wysokości dochodów z tych dwóch źródeł i brak możliwości kompensowania strat z kapitałów pieniężnych z dochodami z innej działalności gospodarczej.

¹⁶ R. Kowalski, *Zmiany w podatkach dochodowych 2017/2018*, Warszawa 2018, rozdz. 4.2.

¹⁷ W odniesieniu do tych pierwszych, lokowanie przez nie środków finansowych w papiery wartościowe pozostaje w bezpośrednim związku z prowadzoną działalnością ubezpieczeniową, gdyż w działalności tej konieczne jest zabezpieczanie środków finansowych na realizację zobowiązań wynikających z umów ubezpieczenia, z kolei banki i inne instytucje finansowe stanowią podmioty, dla których obrót prawami majątkowymi stanowi typowy przedmiot działalności. Udział przychodów niefinansowych jest tu marginalny.

szenie jej kapitału zakładowego, równowartości nadwyżki bilansowej spółdzielni przeznaczonej na podwyższenie funduszu udziałowego oraz równowartości kwot przekazanych na ten kapitał (fundusz) z innych kapitałów (funduszy) takiej osoby prawnej lub spółki.

W rezultacie, jak wyjaśnił sam projektodawca, co do zasady „jeżeli podatnik – w następstwie prowadzonej działalności i przeprowadzanych operacji gospodarczych – osiągać będzie w roku podatkowym zarówno dochody z «zysków kapitałowych», jak i dochody z pozostałej działalności, to wówczas przedmiotem opodatkowania podatkiem dochodowym (19% stawką podatku) będzie łączny dochód uzyskany z obu tych źródeł. Jeżeli jednak – w następstwie prowadzonej działalności i przeprowadzanych operacji gospodarczych – podatnik uzyska dochód tylko z jednego z tych źródeł, a w drugim z tych źródeł poniesie stratę, to wówczas opodatkowaniu podatkiem dochodowym podlegać będzie uzyskany z jednego źródła dochód, bez pomniejszania go o stratę poniesioną w drugim źródle przychodów. O wysokość takiej straty poniesionej w roku podatkowym w danym źródle dochodów (przychodów) podatnik będzie jednak mógł obniżyć swój dochód osiągnięty z tego źródła dochodów (przychodów) w najbliższych kolejno po sobie następujących pięciu latach podatkowych, z tym że wysokość takiego obniżenia w którymkolwiek z tych lat nie będzie mogła (jak dotychczas – T.G.) przekroczyć 50% kwoty tej straty. Analogiczne odliczenie straty tylko w danym źródle dochodów, poprzez obniżenie dochodu uzyskanego z tego źródła w kolejnych 5 latach podatkowych, będzie dotyczyć także sytuacji, w której – w roku podatkowym – podatnik poniesie stratę w obu źródłach przychodów, tj. stratę w źródle przychodów (dochodów) zdefiniowanym jako «zyski kapitałowe» i stratę «w źródle»

Jeżeli podatnik uzyska dochód tylko z jednego z tych źródeł, a w drugim z tych źródeł poniesie stratę, to wówczas opodatkowaniu podatkiem dochodowym podlegać będzie uzyskany z jednego źródła dochód, bez pomniejszania go o stratę poniesioną w drugim źródle przychodów.

jakim będą przychody uzyskiwane z pozostałych źródeł przychodów”¹⁸. W analogicznej sytuacji znajdują się w obecnej chwili wspólnicy spółki osobowej (transparentnej podatkowo), będący podatnikami CIT (art. 5 ust. 1a ustawy CIT).

Warto przy tym dodać, że odliczenie straty poniesionej przed wejściem w życie znowelizowanych przepisów podlega dotychczasowym zasadom, tzn. strata może być odliczona od dochodu z obu źródeł (art. 6 ustawy nowelizującej)¹⁹. Ponadto w zakresie przychodu i kosztu uzyskania przychodu związanych z transakcjami restrukturyzacyjnymi, prawodawca przyjął regułę, że do obu tych kategorii stosowane są regulacje obowiązujące w tym samym czasie. Koszty kwalifikuje się więc według stanu prawnego z daty uzyskania przychodu związanego łączeniem lub podziałem spółek, tj. z zastosowaniem dotychczasowych regulacji, gdy przychód wystąpił przed 1 stycznia 2018 r., bądź nowych, gdy miał miejsce po tej dacie (art. 8 ww. ustawy). Z drugiej strony zmiana ma też efekt retrospektywny, ponieważ pozostałe koszty poniesione a nierozliczone przed jej wejściem w życie podlegają kwalifikacji (przypisaniu do źródła) na nowych zasadach (art. 9 noweli)²⁰.

Z teoretycznego punktu widzenia omawiana regulacja stanowi istotny wyłom w przy-

¹⁸ Druk sejm. VIII.1878.

¹⁹ W ten sposób prawodawca rozwiązał przejściowy problem niedopasowania systemu rozliczania strat w nowym (odliczenie stosownie do źródła przychodu) i starym stanie prawnym (pomniejszenie ogólnego dochodu).

²⁰ Jak wskazał projektodawca, „przepis ma na celu jednoznaczne przesądzenie, że wyodrębnienie źródeł przychodów w CIT stosuje się także do kosztów poniesionych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy” (druk sejm. VIII.1878).

Zmiana ma też efekt retrospektywny, ponieważ pozostałe koszty poniesione a nierozliczone przed jej wejściem w życie podlegają kwalifikacji (przypisaniu do źródła) na nowych zasadach.

owanej dotychczas zasadzie unitarności podatku dochodowego od osób prawnych, wprowadzając nieznanne dotąd polskiemu systemowi podatkowemu rozdzielenie przychodów z działalności gospodarczej²¹. Przypomnieć w tym miejscu należy, że modelowo wyróżnić można:

- podatek dochodowy typu cedularnego (analitycznego),
- podatek dochodowy typu unitarnego (syntetycznego, globalnego),
- podatek dochodowy typu mieszanego.

Opodatkowanie cedularne polega na stosowaniu odrębnych zasad opodatkowania dla poszczególnych źródeł dochodów uzyskiwanych przez podatnika. W zależności od rodzaju źródła dochodu występują wówczas różne reguły w zakresie ustalania podstawy opodatkowania, czy też różne stawki podatkowe. Cedularne podejście do opodatkowania dochodu zapewnia lepsze dostosowanie elementów konstrukcyjnych podatku do charakteru poszczególnych źródeł dochodu, dzięki czemu podatek dochodowy w obrębie poszczególnych ceduł charakteryzuje się potencjalnie większą efektywnością. Podstawową wadą opodatkowania cedularnego jest jednak to, iż nie zapewnia ono sprawiedliwego rozdziału obciążeń finansowych z uwagi na nieuwzględnienie całokształtu sytuacji finansowej podatnika, a więc niedopasowanie do jego zdolności płatniczych, wynikających z łącznej sumy wszystkich jego dochodów. Unitarny podatek dochodowy obejmuje *à rebours* całość dochodów podatnika niezależnie od źródeł, z których dochody te zostały osiągnięte i w związku z tym podobnie asymetrycznie w relacji do ww. kształtują się tu wady i zalety tej koncepcji. Wskazuje się w szczególności, że brak jakiegokolwiek zróżnicowania w zasadach opodatkowania dochodów może powodować, iż system unitarnego opodatkowania dochodów może być postrzegany jako niesprawiedliwy (zważywszy już tylko na wspomniane

²¹ Osobne źródła przychodów są znane podatkowi dochodowemu od osób fizycznych, ale i w tym przypadku rozliczenie przychodów przedsiębiorcy nie ulega dalszemu rozwarstwieniu.

w niniejszym opracowaniu nadużycia, nie bez racji wskazywane przez prawodawcę). Wreszcie model mieszany łączy w sobie cechy obu ww. modeli. Ostateczny całkowity poziom obciążenia z tytułu podatku dochodowego w modelu mieszanym jest zależny nie tylko od tego, z jakiego źródła dochód pochodzi, ale również od łącznej wielkości dochodów podatnika uzyskanych w danym okresie rozliczeniowym z różnych źródeł (por. wyżej uwagi odnośnie do konstrukcji art. 7b ust. 1 ustawy CIT). Wprowadzenie elementów cedularności w podatkach unitarnych niewątpliwie ułatwia realizację polityki podatkowej, umożliwiając stosowanie instrumentów szczególnych, bardziej adekwatnych i lepiej przystosowanych do konstrukcji konkretnego źródła przychodów, tj. z uwzględnieniem specyfiki tych źródeł. Dzięki wyodrębnieniu poszczególnych kategorii dochodów składających się na dochód ogólny podatnika staje się możliwe np. wprowadzenie szczególnego rodzaju potrąceń, czy też wprowadzanie całkowicie odrębnych, bardziej korzystnych zasad opodatkowania, mających na celu popieranie rozwoju określonych rodzajów działalności lub też dyskryminację poszczególnych źródeł, np. przez wprowadzenie zakazu potrącania strat z tych źródeł od dochodów z innych źródeł, czy też od dochodu globalnego²².

Zmiana dotycząca wyodrębnienia źródła przychodów z zysków kapitałowych stanowi więc zwrot ku modelowi mieszanemu (globalnemu z elementami cedularnymi), przy czym biorąc pod uwagę jego założenia teoretyczne trafne wydaje się spostrzeżenie, że uzasadnienie wprowadzonej zmiany przedstawione w projekcie noweli nie do końca oddaje jej istotę²³. Jak wskazano, „jednym z częstych mechanizmów optymalizacyjnych stosowanych przez podatników podatku dochodowego od osób prawnych jest (sztuczne) kreowanie straty w operacjach gospodarczych dokonywanych z użyciem posiadanego majątku i obniżanie o wysokość takiej straty dochodów wygenerowanych w następstwie prowadzenia podstawowej działalności (działalności

²² G. Matysek, *Założenia modelowe...*, s. 58–60 i 63.

²³ M. Thedy, M. Opoka, *Rozdzielenie źródeł...*, s. 22–23.

Deklarowany przez prawodawcę zamiast uszczelnienia systemu odbywa się wobec tego w art. 7b ustawy CIT przede wszystkim poprzez swego rodzaju normatywną kwalifikację operacji gospodarczych z perspektywy podatkowej.

operacyjnej)²⁴. Nie negując funkcjonalnego związku omawianej regulacji z ww. celem trzeba jednak odnotować, że organy podatkowe dysponują już całym wachlarzem środków zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa w ww. zakresie, obejmującym zwłaszcza:

- szczegółowe klauzule antyabuzyjne dotyczące aportów rzeczowych, fuzji, podziałów oraz wymiany udziałów (art. 12 ust. 13–14 ustawy CIT), jak też dywidend (art. 22c ustawy CIT),
- ogólną klauzulę dot. unikania opodatkowania²⁵ (art. 119a i nast. O.p.²⁶),
- regulacje w zakresie cen transferowych (art. 11 ustawy CIT).

Deklarowany przez prawodawcę zamiast uszczelnienia systemu odbywa się wobec tego w art. 7b ustawy CIT przede wszystkim poprzez swego rodzaju normatywną kwalifikację operacji gospodarczych z perspektywy podatkowej, która pozwala na odstąpienie od badania celów poszczególnych transakcji, przeprowadzania w tym względzie stosownego postępowania, czy wreszcie obrony przyjętego stanowiska przed sądem. Nastąpiło więc swoiste przesunięcie ciężaru uszczelnienia wpływów budżetowych z aparatu skarbowego na podatników – zamiast oceny konkretnego stanu faktycznego w indywidualnej sprawie przez organ

Ekonomiczny ciężar reformy (jej celów) ponosi więc w istocie podatnik, którego efektywne obciążenie podatkowe w określonych okolicznościach może wzrosnąć, pomimo braku zmiany stawki podatkowej.

podatkowy pod kątem regulacji podatkowych, mamy jego „sztywną”, ustawową kwalifikację. Przy tym tylko do pewnego stopnia redakcja ww. unormowania rekompensuje ten stan rzeczy czytelną (bezsponą) relacją podatnika z fiskusem.

Ekonomiczny ciężar reformy (jej celów) ponosi więc w istocie podatnik, którego efektywne obciążenie podatkowe w określonych okolicznościach może wzrosnąć, pomimo braku zmiany stawki podatkowej. Przyjęte rozwiązanie dziedziczy bowiem wady cedularności opodatkowania dochodów, tzn. może prowadzić do sytuacji, w której podatnik pomimo generalnie negatywnej sytuacji ekonomicznej zmuszony będzie do zapłaty podatku. Wdrażana zmiana może w szczególności dotknąć podatników uzyskujących przychody z obu źródeł ze względu na charakter prowadzonej działalności. Przykłady mogą tu stanowić branże:

- deweloperska, gdzie sprzedaż może się odbywać bezpośrednio poprzez zbywanie aktywów, bądź np. poprzez sprzedaż udziałów spółkach celowych tworzonych w celu realizacji poszczególnych projektów,
- informatyczna, gdzie sprzedawane są niejednokrotnie powiązane ze sobą usługi doradcze, jak również prawa autorskie lub pokrewne prawa majątkowe (np. spółka będzie udzielać licencji na program komputerowy, a niezależnie od tego usługi dotyczące jego utrzymania/serwisu)²⁷.

Jeżeli oba sposoby prowadzenia działalności będą przynosiły rozbieżne wyniki, to mimo to wykluczona zostanie możliwość ich kompensowania. Podmioty takie znajdują się więc w gorszej sytuacji względem tych, których działalność podstawowa mieści się w jednym źródle przychodów.

²⁴ Druk sejm. VIII.1878.

²⁵ W ostatnim czasie zagadnienia z nią związane omówiono w monografii pod red. D. Gajewskiego, *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania*, Warszawa 2018.

²⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 800, ze zm.).

²⁷ Prawodawca uwzględnił, jak się wydaje, tylko taką okoliczność, gdy prawa i powiązane z nimi usługi są zbywane w pakiecie (por. art. 7b. ust. 1 pkt 6 lit. a ustawy CIT).

Oznacza powyższe daleko idącą ingerencję w konstytucyjną swobodę działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji), jako że ustawa podatkowa może wymuszać, bądź ograniczać pewne działania rynkowe.

Oznacza powyższe daleko idącą ingerencję w konstytucyjną swobodę działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji), jako że ustawa podatkowa może wymuszać, bądź ograniczać pewne działania rynkowe.

Jako przykład potencjalnej konsekwencji omawianych unormowań wskazuje się „zaha-

nowanie” sprzedaży aktywów, nawet u podatników usiłujących w ten sposób poprawić swoją negatywną sytuację ekonomiczną (np. poprzez sprzedaż udziałów w spółce zależnej), a przez to ujemny wpływ na pozyskiwanie kapitału, choćby na zabezpieczenie źródła przychodów o charakterze *stricte* operacyjnym. W kontekście podmiotów zależnych ma to tym większe znaczenie, że jednocześnie ograniczono zakres tzw. *participation exemption*, tj. zwolnienia dotyczącego przychodów związanych z posiadaniem udziałów w spółkach zależnych, wyłączając

z niego np. likwidację oraz przymusowe umorzenie udziałów (art. 22 ust. 4 ustawy CIT)²⁸. Odpowiednio jednak odnieść można powyższe również do innych metod pozyskiwania kapitału, jak np. z tytułu należności licencyjnych, czy sprzedaży *know-how*. Przykładowo spółka chcąc zbyć patent na potrzeby

uzyskania środków do prowadzonej działalności operacyjnej, pomimo ich wykorzystania na tę działalność (wynagrodzenia, zakup towarów etc.), nie może dochodu ze sprzedaży patentu pomniejszyć o stratę z działalności gospodarczej. Pomimo straty z podstawowej działalności spółka musiałaby zapłacić podatek od zbycia patentu²⁹. Z kolei w kontekście inwestycyjnym zbliżony efekt mrozący może przynieść

²⁸ M. Thedy, M. Opoka, *Rozdzielenie źródeł...*, s. 23–24.

²⁹ R. Kowalski, *Zmiany w podatkach...*, rozdz. 4.2.

włączenie do przychodów kapitałowych zysku przeznaczanego na podwyższenie kapitału zakładowego spółki, równowartości nadwyżki bilansowej spółdzielni przeznaczanej na podwyższenie funduszu udziałowego oraz równowartości kwot przekazanych na ten kapitał (fundusz) z innych kapitałów (funduszy) takiej osoby prawnej lub spółki, która to zmiana nie bez ironii została określona mianem „podatku od zdrowego rozsądku, zapobiegliwości, bezpieczeństwa finansów spółki i jej udziałowców lub akcjonariuszy”³⁰.

Co ważne, obowiązek przyporządkowania przychodów do źródła zyski kapitałowe dotyczy prawie każdego podatnika, bez względu na profil jego działalności. Pamiętać muszą o tym zwłaszcza ci podatnicy, którzy na co dzień zajmują się innego rodzaju działalnością, a zyski kapitałowe mają

zysków kapitałowych zaliczonych do pierwszej grupy, czyli przychodów z udziału w zyskach osób prawnych, prawodawca przewidział 19% podatek dochodowy, bez względu na to, czy mamy do czynienia np. z tzw. małym podatnikiem (art. 22 ust. 1 ustawy CIT).

Wszystko to wskazuje na potrzebę rozważenia zgodności omawianego rozwiązania z zasadą proporcjonalności (szerzej omawianą poniżej w ramach zagadnienia rozliczania strat z wierzytelności nieściągalnych)³¹. Jak bowiem zauważono, na podatnika przerzucony został organizacyjny i ekonomiczny ciężar uszczelnienia systemu opodatkowania dochodów poprzez takie zrefor-

³⁰ A. Czernik, *Źródła, algorytmy i meandry architektury czyli zmiany w CIT 2018*, „Doradca Podatkowy” 2018, nr 1, s. 12.

³¹ M. Thedy, M. Opoka, *Rozdzielenie źródeł...*, s. 26.

Obowiązek przyporządkowania przychodów do źródła zyski kapitałowe dotyczy prawie każdego podatnika, bez względu na profil jego działalności.

Dla przychodów z zysków kapitałowych zaliczonych do pierwszej grupy, czyli przychodów z udziału w zyskach osób prawnych, prawodawca przewidział 19% podatek dochodowy, bez względu na to, czy mamy do czynienia np. z tzw. małym podatnikiem.

Na podatnika
przerzucony został
organizacyjny i ekono-
miczny ciężar uszczelnie-
nia systemu opodatko-
wania dochodów.

mowanie systemu rozliczenio-
wego, aby ułatwić on weryfi-
kację dokonywanych przez
niego operacji gospodar-
czych z perspektywy po-
datkowej, czego zresztą
prawodawca nie ukrywa.
Arsenał klauzul antyabu-
zywnych staje się tu w pewnym

zakresie jeżeli nie zbęd-
ny, to w każdym razie co najwy-
żej akcesoryjny. Jakkolwiek
więc z aprobatą odnieść
się należy do poszuki-
wania przez ustawo-
dawcę kapitałowych
źródeł wpływów bud-
żetowych, jako że od-
powiada to jak się wy-
daje postulatowi spra-
wiedliwości pionowej
systemu podatkowego,
to jednak wątpliwości budzi
zakres tej pośredniej ingeren-
cji w wybór form i metod prowadzenia
działalności gospodarczej przez przedsiębiorców
(korporacyjnych zwłaszcza). Nie można ponadto
tracić z pola widzenia kwestii międzynarodowej
konkurencji podatkowej, jako że nie jest tak, by
omawiane rozwiązanie było powszechnie stosowa-
ne w innych państwach³².

3. Limity w zakresie kosztów dotyczących usług niematerialnych

Korelatem zmian w zakresie regulacji dotyczą-
cych źródeł przychodów, są w szczególności
nowe unormowania dotyczące limitów kosz-
towych w zakresie tzw. usług niematerialnych.
W punkcie wyjścia należy w tym kontekście za-

³² M. Thedy, M. Opoka, *Rozdzielenie źródeł...*, s. 23. Autorzy podają przykład Irlandii w Europie wskazując zarazem na to, że większość naszych sąsiadów pozostała przy konstrukcji unitarnej podatku dochodowego.

uważyć, że omawiane w tej części zmiany stano-
wią element szerszej reformy związanej z imple-
mentacją dyrektywy Rady (UE) 2016/1164 z dnia
12 lipca 2016 r. ustanawiającej przepisy mające
na celu przeciwdziałanie praktykom unikania
opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ
na funkcjonowanie rynku wewnętrznego³³ (ang.
ATAD – *Anti-Tax Avoidance Directive*), zoriento-
wanej na zwalczanie zjawiska znanego jako ero-
zja bazy podatkowej i przenoszenie zys-

sków (ang. BEPS – *Base Erosion Profit Shifting*)³⁴. Cel ten ma
zostać osiągnięty poprzez
wdrożenie przez wszyst-
kie państwa człon-
kowskie UE do swo-
ich ustawodawstw
podatkowych najbar-
dziej powszechnych
rozwiązań (instytucji)
prawnych przeciwdzia-
łających agresywnej op-
tymalizacji podatkowej. Do
rozwiązań tych, przewidzianych
dyrektywą, należą:

- ograniczenie możliwości odliczania odsetek,
- opodatkowanie niezrealizowanych zysków kapitałowych w przypadku przeniesienia aktywów, rezydencji podatkowej lub stałego zakładu (ang. *exit taxation*),
- przepisy ogólne przeciw unikaniu opodatkowania (ang. GAAR – *General Anti-Avoidance Rule*),
- zasady dotyczące kontrolowanych spółek zagranicznych (ang. CFC – *Controlled Foreign Company*), oraz
- zasady przeciwdziałające rozbieżnościom w kwalifikacji struktur hybrydowych.

Jednocześnie przepisy wdrażanej dyrektywy Rady (UE) 2016/1164 mają charakter regulacji *de minimis*, tzn. wyznaczają jedynie ogólny, mi-

³³ Dz. Urz. UE L poz. 193, s. 1.

³⁴ Tematykę międzynarodowego unikania opodatkowania przedstawia monografia D. Gajewskiego, *Holding International Taxation in the European Union*, Warszawa 2017.

Unormowania dotyczące kosztów usług niematerialnych stanowią autorski pomysł polskiego resortu finansów.

nimalny poziom ochrony przed agresywnym planowaniem podatkowym na rynku wewnętrznym. Konsekwencją powyższego jest możliwość przyjęcia na gruncie krajowym surowszych warunków czy bardziej restrykcyjnych kryteriów przeciwdziałania praktykom unikania opodatkowania, niż przewidziane w treści dyrektywy. Z tej możliwości prawodawca zdecydował się skorzystać. O ile bowiem w szczególności modyfikacja przepisów dotyczących tzw. niedostatecznej (cienkiej) kapitalizacji (ang. *thin cap*), tj. przepisów przeciwdziałających nadmiernemu finansowaniu podatników długiem (art. 15c i art. 15ca ustawy CIT w zw. z art. 7 ustawy nowelizującej) jest typowym instrumentem wymianym przez dyrektywę ATAD, o tyle unormowania dotyczące kosztów usług niematerialnych stanowią autorski pomysł polskiego resortu finansów.

Wprowadzenie regulacji (art. 15e ustawy CIT) limitującej wysokość kosztów uzyskania przychodów związanych z umowami o usługi niematerialne (np. umowy licencyjne, usługi doradcze, zarządzania i kontroli) prawodawca uzasadnia tym, że „są one idealnym narzędziem do kreowania «tarczy podatkowej» (sztucznego, nieuzasadnionego ekonomicznie, generowania kosztów uzyskania przychodów). Z jednej bowiem strony ich przenoszenie do innych podmiotów ma aspekt czysto formalny, z drugiej istnieją obiektywne trudności z ustaleniem rynkowej wartości takiego prawa (np. znaku towarowego – T.G.). Możliwość taka odnosi się również do określonych rodzajów usług niematerialnych, w tym m.in. usług doradczych, zarządzania i kontroli. Usługi te charakteryzują się brakiem faktycznej możliwości powiązania ich ceny z «produk-

tem», który w zamian za tę cenę jest otrzymywany. Usługi takie są często świadczone przez podmioty zagraniczne na rzecz ich polskich spółek-córek, przy czym sposób wynagradzania zagranicznych centrali za ich świadczenia ustalany jest jako procent zaangażowanego w polską spółkę kapitału (określany w odniesieniu do wysokości przychodów spółki-córki)³⁵.

Dodany art. 15e ustawy CIT przewiduje w tym zakresie ograniczenie do wysokości 5%

EBITDA³⁶ możliwych do zaliczenia

w roku podatkowym kosztów uzyskania przychodów, dotyczących wydatków ponoszonych bezpośrednio lub pośrednio na rzecz podmiotów powiązanych, o których mowa w art. 11 ustawy lub podmiotów mających miejsce zamieszkania, siedzibę lub zarząd na terytorium lub w kraju wymienionym w przepisach wydanych na podstawie

art. 9a ust. 6 ustawy, a wynikających z:

- 1) usług doradczych, badania rynku, usług reklamowych, zarządzania i kontroli, przetwarzania danych, ubezpieczeń, gwarancji i poręczeń oraz świadczeń o podobnym charakterze,
- 2) wszelkiego rodzaju opłat i należności za korzystanie lub prawo do korzystania³⁷ z praw lub wartości, o których mowa w art. 16b ust. 1 pkt 4–7,
- 3) przeniesienia ryzyka niewypłacalności dłużnika z tytułu pożyczek, innych niż

³⁵ Druk sejm. VIII.1878.

³⁶ Ang. *earnings before interest, taxes, depreciation and amortization* – wskaźnik stosowany w analizie finansowej przedsiębiorstw, oznaczający zysk operacyjny przed dokonaniem potrąceń podatkowych, odsetkowych od zaciągniętych zobowiązań, jak też amortyzacyjnych.

³⁷ W tym drugim przypadku chodzi o objęcie zakresem zastosowania art. 15e ustawy CIT sytuacji, w której nabywca licencji ponosi opłaty licencyjne faktycznie nie wykorzystując nabytego prawa w prowadzonej działalności (niezależnie od przyczyny).

udzielonych przez banki i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, w tym w ramach zobowiązań wynikających z pochodnych instrumentów finansowych oraz świadczeń o podobnym charakterze (ust. 1).

Omawiane ograniczenie ma więc charakter przedmiotowo-podmiotowy. Ma ono zastosowanie:

- do ww. usług i praw wskazanych w ustawie,
- świadczonych, bezpośrednio lub pośrednio, przez podmioty powiązane z podatnikiem lub podmioty mające miejsce zamieszkania albo posiadające siedzibę lub zarząd w kraju lub na terytorium stosującym szkodliwą konkurencję podatkową (tzw. raje podatkowe).

Aktualna lista tych państw i terytoriów zawarta jest w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 17 maja 2017 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych³⁸.

Przy tym za koszty poniesione pośrednio na rzecz kwalifikowanych podmiotów uważa się koszty poniesione na rzecz podmiotu niepowiązanego z podatnikiem, jeżeli rzeczywistym właścicielem należności z tytułów usług i praw podlegających limitowaniu lub ich części jest podmiot powiązany z podatnikiem lub podmiot mający miejsce zamieszkania, siedzibę lub zarząd na terytorium lub w kraju wymienionym w ww. rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów³⁹. Ogra-

niczenie ma zastosowanie również do wspólników spółek transparentnych podatkowo (ust. 6). Należy je przy tym stosować w trakcie roku podatkowego przy wyliczaniu wysokości zaliczek na podatek.

Lista usług wymienionych w ust. 1 pkt 1 art. 15e ustawy CIT ma charakter otwarty. Zdaniem Ministerstwa Finansów wykładnia tego przepisu nie powinna jednak abstrahować od podziału usług wynikającego z PKWiU⁴⁰. Przykładowo więc omawianą regulacją objęte będą usługi doradztwa związane z zarządzaniem wskazane w sekcji M w dziale 70 w kategorii 70.22.1 PKWiU, czy usługi reklamowe sklasyfikowane w sekcji M, dziale 73 PKWiU (klasa 73.1). Pomocna okazuje się też wykładnia systemowa, np. w odniesieniu do usług ubezpieczeń i reasekuracji, których normatywny wzorzec zawierają Kodeks cywilny (art. 805 i nast.), a także ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁴¹.

Niezależnie od powyższego zakresem zastosowania ww. przepisu objęte też zostały świadczenia o podobnym charakterze. Ogólna charakterystyka usług (świadczeń) o podobnym charakterze do wymienionych wprost w ustawie o CIT została przedstawiona m.in. w wyroku NSA z 5.07.2016 r.⁴², na tle zbliżonego katalogu z art. 21 ust. 1 pkt 2a ustawy CIT dotyczącego podatku u źródła. W grupie tej według NSA mieszczą się świadczenia posiadające cechy charakterystyczne dla świadczeń wprost wymienionych w ustawie, ale posiadające również elementy charakterystyczne dla świadczeń innych od skonkretyzowanych w tym przepisie. Decydujące jest tu, aby elementy charakterystyczne dla świadczeń wprost wymienionych w ustawie przeważały nad cechami charakterystycznymi dla świad-

³⁸ Dz.U. poz. 997.

³⁹ Komunikat MF z 24.04.2018 r.: https://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/wiadomosci/komunikaty/-/asset_publisher/6Wwm/content/koszty-uzyskania-przychodow-zwiazanych-z-nabyciem-niektorych-rodzajow-uslug-i-praw?redirect=https%3A%2F%2Fwww.mf.gov.pl%2Fministerstwo-finansow%2Fwiadomosci%2Fkomunikaty%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_6Wwm%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_6Wwm_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_6Wwm_keywords%3D%26_101_INSTANCE_6Wwm_delta%3D20%26_101_INSTANCE_6Wwm_

`c u r % 3 D 1 % 2 6 _ 1 0 1 _ I N S T A N C E _ 6 W w m _ andOperator%3Dtrue#p_p_id_101_INSTANCE_6Wwm_` (dostęp: 4.05.2018 r.).

⁴⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz.U. poz. 1676, ze zm.).

⁴¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., późn. zm.

⁴² II FSK 2369/15, CBOSA.

czeń wprost niewymienionych. Pozostając przy ww. przykładzie usług doradczych należałoby tu według ww. komunikatu MF wymienić np. usługi w zakresie *public relations*, czy *lobbingu*. Z kolei w odniesieniu do usług badania rynku można jako podobne potraktować usługi badania opinii publicznej.

Zgodnie z wyjaśnieniami MF, w katalogu usług objętych zakresem zastosowania art. 15e ust. 1 pkt 1 ustawy CIT nie zostały wymienione m.in. usługi prawne (sklasyfikowane w sekcji M, w dziale 69 PKWiU), usługi księgowo- (sklasyfikowane w sekcji M, w dziale 69 PKWiU), w tym audytu finansowego oraz usługi rekrutacji pracowników i pozyskiwania personelu (sklasyfikowane w sekcji N, w dziale 78 PKWiU). Przy tym zdaniem resortu:

- czynności doradztwa podatkowego powinny być w swych skutkach podatkowych traktowane w tożsamy sposób jak pozostałe usługi prawne,
- kategoria usług księgowych nie obejmuje usług przetwarzania danych, sklasyfikowanych w poz. 63.11.11.0 PKWiU,
- pozyskiwanie zawodników, nabywanie praw do wizerunku zawodnika, to świadczenia o charakterze podobnym do rekrutacji pracowników i pozyskiwania personelu⁴³.

Podpowiedzi w zakresie usług niewchodzących w zakres zastosowania ww. przepisu dostarcza również orzecznictwo na gruncie ww. art. 21 ust. 1 pkt 2a ustawy CIT⁴⁴. Przykładowo usługi wdrożenia systemu informatycznego nie są usługami o charakterze organizacyjnym lub doradczym. Są usługami o charakterze technicznym, które jednak nie są też świadczeniami o po-

⁴³ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 28.04.2009 r., I SA/Bd 125/09, CBOSA.

⁴⁴ Szereg przykładów podaje R. Kowalski, *Zmiany w podatkach...*, rozdz. 4.6.

dobnym charakterze do innych wymienionych w art. 21 ust. 1 pkt 2a ustawy CIT⁴⁵. Podobnie rzecz się ma z usługami dotyczącymi utrzymania i konserwacji oprogramowania⁴⁶.

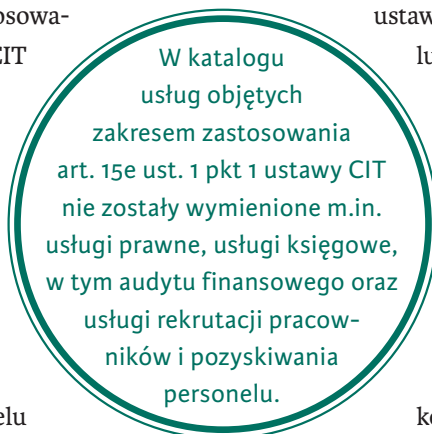
W zakresie kosztów opłat i należności za korzystanie z praw i wartości o charakterze niematerialnym (art. 15e ust. 1 pkt 2 ustawy CIT) ustawa wprost odsyła do ust. 1 pkt 4–7 art. 16b ustawy. Wskazano tam autorskie lub pokrewne prawa majątkowe, licencje, prawa określone w ustawie z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej⁴⁷, tj. w szczególności prawo do wynalazku (patent), znaku ochronnego na znak towarowy, prawo ochronne na wzór użytkowy, prawa z rejestracji wzoru przemysłowego, prawa do oznaczenia geograficznego, prawo z rejestracji topografii układu scalonego, wartość stanowiącą równowartość uzyskanych informacji związanych z wiedzą w dziedzinie przemysłowej, handlowej, naukowej lub organizacyjnej (*know-how*). Prawo do korzystania z określonej rzeczy lub prawa jest istotą umowy licencyjnej (sublicencyjnej)⁴⁸, umowy najmu (art. 659–679 kc), dzierżawy (art. 693–709 kc) czy umowy leasingu (art. 709[1]–709[18] kc). Z uwagi na fakt, iż ograniczenie dotyczy (wszelkiego rodzaju) opłat i należności za korzystanie lub prawo do korzystania z praw i wartości, o których mowa w art. 16b ust. 1 pkt 4–7 ustawy o CIT, ograniczeniom z art. 15e ustawy CIT nie będą podlegały koszty (opłaty i należności)

⁴⁵ Wyrok WSA w Warszawie z 25.11.2016 r., III SA/Wa 2968/16, CBOSA.

⁴⁶ Wyroku WSA w Warszawie z 27.03.2015 r., III SA/Wa 1758/14, CBOSA.

⁴⁷ Dz.U. z 2017 r., poz. 776.

⁴⁸ Umowa licencyjna (licencja) jest umową nazwaną uregulowaną w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 880 z późn zm.) w jej art. 41 ust. 2 oraz w ww. ustawie Prawo własności przemysłowej w jej art. 66 ust. 2 oraz art. 76–81 (w zakresie wynalazku), jak też w art. 163 (w zakresie znaku towarowego).



za przeniesienie praw wymienionych w art. 16b ust. 1 pkt 4–7 ustawy CIT.

Przepis art. 15e ust. 1 pkt 3 ustawy CIT dotyczy wyłącznie umów/instrumentów przenoszących ryzyko niewypłacalności dłużnika z tytułu udzielonych mu pożyczek (innych niż udzielonych przez banki i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe), w tym w ramach zobowiązań wynikających z pochodnych instrumentów finansowych oraz świadczeń o podobnym charakterze (np. swapów ryzyka kredytowego). Przepis ten nie będzie zatem dotyczył kosztów przeniesienia ryzyka nastąpienia innych zdarzeń niż niewypłacalność dłużnika, jak również kosztów przeniesienia ryzyka niewypłacalności dłużnika związanego z innymi niż pożyczki zobowiązaniami (wierzytelnościami) np. handlowymi. Przykładem zobowiązania wykraczającego poza zakres omawianego punktu jest udzielenie przez bank gwarancji związanej z zabezpieczeniem zwrotu zaliczki uiszczonej wykonawcy robót budowlanych, czy też prawidłowym ich wykonaniem. Ponadto *expressis verbis* nie dotyczy on kosztów przeniesienia ryzyka niespłacalności dłużników z tytułu pożyczek udzielonych przez banki i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Wyrażenie „innych niż udzielonych przez banki i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe” odnosi się jednoznacznie do statusu podmiotu udzielającego pożyczkę, a nie podmiotu, na który przenoszone jest ryzyko niewypłacalności dłużnika. Jeżeli zatem bank poprzez udzielenie poręczenia przejmuje część ryzyka związanego z udzieleniem pożyczki przez podmiot inny niż bank lub SKOK ograniczenie z art. 15e ust. 1 pkt 3 ustawy o CIT znajdzie zastosowanie. Zawarte z kolei w pkt 3 art. 15e ust. 1 *in fine* ustawy o CIT wyrażenie „oraz świadczeń o podobnym charakterze” odnosi się do innych świadczeń/umów/instrumentów finansowych, których skutkiem jest przeniesienie ryzyka niewypłacalności dłużnika z tytułu pożyczek (innych niż udzielone przez banki i SKOK-i), przykładowo do swapu całkowitego dochodu (ang. *total return swap*, TRS).

Niezależnie od powyższego omawiane ograniczenia z mocy ustawy nie znajdą zastosowa-

nia m.in. do usług, opłat i należności zaliczanych do kosztów uzyskania przychodów bezpośrednio związanych z wytworzeniem towaru lub usługi (art. 15e ust. 11 pkt 1 ustawy CIT). Koszt taki, to według Ministerstwa Finansów koszt usługi lub prawa w jakimkolwiek stopniu „inkorporowanych” w produkcie, towarze lub usłudze, tzn. taki, który wpływa na finalną cenę danego towaru lub usługi, jako (zazwyczaj) jeden z wielu wydatków niezbędnych do poniesienia w procesie produkcji, dystrybucji danego dobra lub świadczenia określonej usługi. Konieczność doszukiwania się związku kosztu z produktem, towarem i usługą eliminuje (podobnie jak w przypadku kosztów bezpośrednio związanych z przychodami) z zakresu omawianego wyłączenia koszty ogólnie służące działalności podatnika, ponoszone bez związku z konkretnym towarem lub usługą. W komunikacie resortu finansów wskazano przy tym następujące przykłady wchodzące w zakres ww. wyłączenia:

- nabycie licencji do zdjęć wykorzystanych w albumach, kalendarzach, książkach,
- nabycie licencji na potrzeby świadczenia umowy dystrybucyjnej,
- nabycie prawa do korzystania z wizerunku postaci z filmów animowanych bądź fabularnych poprzez ich zamieszczenie na własnym produkcie,
- nabycie praw do wykorzystania utworu muzycznego w przygotowanym dla klienta spocie reklamowym,
- nabycie przez agencję reklamową usługi (outsourcing) wykorzystanej do kampanii reklamowej realizowanej na rzecz jej klienta,
- nabycie przez firmę doradczą usługi doradczej od podmiotu powiązanego, wykorzystanej na potrzeby usługi świadczonej przez tę firmę.

Spod zakresu zastosowania ograniczenia ustanowionego w ust. 1 art. 15e ustawy CIT wyłączo-
no również:

- usługi refakturowane przez podatnika; chodzi o usługi nabyte we własnym imieniu, lecz na rachunek innego podmiotu

Limit 5% EBITDA znajdzie zastosowanie do kosztów ww. usług, opłat i należności, których suma przekracza w roku podatkowym kwotę 3 mln zł.

powiązanego. Wyłączenie dotyczy w szczególności sytuacji, w której podmiot powiązany nabywa usługę od innego podmiotu powiązanego, a potem refakturuje ją dalej na inne podmioty z grupy (np. zakup usługi przez centrum usług wspólnych od podmiotu powiązanego i dalsza refaktura na centra regionalne),

- usługi ubezpieczenia świadczonych przez krajowe lub zagraniczne zakłady ubezpieczeń lub zakłady reasekuracji,
- usługi gwarancji i poręczeń udzielonych przez bank krajowy, instytucję kredytową, SKOK-i, Krajową Spółdzielczą Kasę Oszczędnościowo-Kredytową albo przez krajowe lub zagraniczne zakłady ubezpieczeń, lub zakłady reasekuracji,
- usługi/prawa świadczone w ramach podatkowej grupy kapitałowej (PGK),
- usługi, opłaty i należności, w stosunku do których sposób kalkulacji wynagrodzenia wskazany jest w decyzji w sprawie uznania prawidłowości wyboru i stosowania metody ustalania ceny transakcyjnej pomiędzy podmiotami powiązanymi (tzw. uprzednie porozumienia cenowe, ang. *APA – Advance Pricing Agreement*).

Wskazany limit 5% EBITDA znajdzie zastosowanie do kosztów ww. usług, opłat i należności, których suma przekracza w roku podatkowym kwotę 3 mln zł (ust. 12)⁴⁹. Poniżej tego progu wydatki na wszelkie ww. usługi, opłaty i należności nie będą podlegać limitom kosztowym. Próg ten

⁴⁹ Jeżeli natomiast rok podatkowy podatnika jest dłuższy lub krótszy niż 12 miesięcy, kwotą progu, od którego oblicza się limit kosztów „kwalifikowanych” usług i praw, oblicza się mnożąc kwotę 250 tys. zł przez liczbę miesięcy roku podatkowego podatnika.

Ustawodawcy zdroworozsądkowo nie interesują tu w szczególności powiązania pomiędzy małymi podatnikami, lecz agresywna optymalizacja prowadzona na dużą skalę, co należy ocenić pozytywnie.

stanowić ma więc swoistą „kwotę wolną”; ustawodawcy zdroworozsądkowo nie interesują tu w szczególności powiązania pomiędzy małymi podatnikami, lecz agresywna optymalizacja prowadzona na dużą skalę, co należy ocenić pozytywnie. Stosownie do wyjaśnień Ministerstwa Finansów limit ten odnosi się do łącznej wysokości wydatków ponoszonych w ramach wszystkich trzech grup kosztów (kumulacja przedmiotowa). W celu jego obliczenia należy zatem zsumować wysokość kosztów usług i praw ponoszonych z poszczególnych tytułów wymienionych w pkt 1–3 ust. 1 art. 15e ustawy CIT. Przy kalkulacji nie uwzględnia się przychodów nie-

podlegających opodatkowaniu albo wolnych od CIT, jak również dotyczących ich kosztów uzyskania przychodów. Ponadto, sumę kosztów uzyskania przychodów oraz kwotę odsetek oblicza się bez uwzględnienia pomniejszych wynikających ze stosowania omawianego ograniczenia, jak również z ograniczenia w zaliczaniu do kosztów uzyskania przychodów nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego (art. 15c ust. 1 ustawy o CIT)⁵⁰. W przypadku podatkowej grupy kapitałowej omawiany limit odnosi się do poszczególnych spółek tworzących podatkową grupę kapitałową, a nie samej grupy jako podatnika CIT.

⁵⁰ Podatkowe EBITDA oblicza się więc co do zasady wg następującego wzoru:

$$\text{Limit} = 5\% \times [(\text{Psuma} - \text{Podsetki}) - (\text{Ksuma} - \text{Amortyzacja} - \text{Odsetki})] + \text{kwota progu}$$

gdzie:

Psuma – suma przychodów ze wszystkich źródeł przychodów

Podsetki – przychody z tytułu odsetek

Ksuma – suma kosztów uzyskania przychodów.

Amortyzacja – odpisy amortyzacyjne, o których mowa w art. 16a – 16m ustawy o CIT

Odsetki – koszty odsetkowe.

Nieco odmienny algorytm obowiązuje nierezydentów prowadzących działalność poprzez zakład oraz odnośnie do instytucji finansowych, banków i SKOK-ów (art. 15e ust. 2 i 8 ustawy CIT).

Kwotę kosztów uzyskania przychodów podlegającą wyłączeniu na podstawie art. 15e ustawy o CIT uwzględnia się w danym źródle przychodów proporcjonalnie do wysokości kosztów „kwalifikowanych” poniesionych w ramach danego źródła przychodów, zważywszy na omówione wyżej rozdzielenie źródeł przychodów (ust. 7). Z kolei kwota kosztów, o których mowa w art. 15e ust. 1, nieodliczona w danym roku podatkowym podlegać będzie odliczeniu w kolejnych 5 latach podatkowych, na zasadach i w ramach obowiązujących w danym roku limitów wynikających z zastosowania art. 15e ust. 9.

Kwota kosztów, o których mowa w art. 15e ust. 1, nieodliczona w danym roku podatkowym podlegać będzie odliczeniu w kolejnych 5 latach podatkowych, na zasadach i w ramach obowiązujących w danym roku limitów wynikających z zastosowania art. 15e ust. 9.

Reguły powyższe, zgodnie z przywołanym komunikatem Ministerstwa Finansów znajdują w świetle art. 4 ustawy nowelizującej zastosowanie niezależnie od daty zawarcia umowy (nabycia usługi lub prawa), o ile koszty podatkowe z niej wynikające rozpoznawane są przez podatnika od 1 stycznia 2018 r.

Jakkolwiek prezentowane tu rozwiązania nie są przyjazne podatnikom, to uzasadnienie dla wskazanej zmiany należy za przekonujące. Warty odnotowania jest przy tym fakt, że prawodawca zadbał o jego stosowną realizację, szczegółowo regulując zasady odliczenia kosztów podatkowych we wskazanym zakresie, a ponadto ograniczając je wyraźnie do agresywnej, znaczącej budżetowo optymalizacji podatkowej, kierując się regułą *common sense*.

Akcesoryjnie odnotować w tym miejscu należy, że w ramach limitów dot. kosztowego ujęcia wartości niematerialnych i prawnych, w reakcji na orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące niezarejestrowanych znaków towarowych, prawodawca ograniczył też w art. 16b ust. 1 ustawy CIT zakres amortyzacji wartości niematerialnych i prawnych. Mianowicie wykluczono możliwość ich amortyzacji w związku z „pierwotnym” nabyciem (na skutek decyzji o objęciu znaku prawem ochronnym)⁵¹

⁵¹ Zgodnie z tezą, że „nabyciem» w rozumieniu tego przepisu będzie też uzyskanie przez podatnika prawa ochronne-

i wprowadzono zastrzeżenie, że amortyzacji podlegają, tylko takie wartości niematerialne i prawne, które zostały „nabyte od innego podmiotu” (nabycie wtórne). Zmiana ta została wprowadzona niejako „w pakiecie” dotyczącym m.in. kosztowego rozliczenia usług niematerialnych.

Jakkolwiek prezentowane tu rozwiązania nie są przyjazne podatnikom, to uzasadnienie dla wskazanej zmiany należy za przekonujące. Warty odnotowania jest przy tym fakt, że prawodawca zadbał o jego stosowną realizację, szczegółowo regulując zasady odliczenia kosztów podatkowych we wskazanym zakresie⁵²,

a ponadto ograniczając je wyraźnie do agresywnej, znaczącej budżetowo optymalizacji podatkowej, kierując się regułą *common sense*. Podatnikom pozostawiono „bezpieczną przystań” w postaci progu 3 mln zł, poniżej którego ograniczenie nie znajduje zastosowania. Wydaje się zatem, że tym razem ustawodawcy udało się odnaleźć punkt

względnej równowagi między dążeniem do uszczelnienia systemu podatkowego, a realiami gospodarki wolnorynkowej.

go na wzór użytkowy i znak towarowy oraz prawa z rejestracji wzoru przemysłowego w drodze konstytucyjnej decyzji Urzędu Patentowego” (por. np. wyrok NSA z 6.04.2017 r., II FSK 996/15, CBOSA oraz powołane tam orzeczenia).

⁵² Jako mankament wskazuje się (ponownie) m.in. brak przepisu, który pozwoliłby na niestosowanie limitowania kosztów z tego powodu, że poniesione wydatki związane z nabyciem usług niematerialnych służą wytworzeniu lub nabyciu środka trwałego albo nabyciu wartości niematerialnej i prawnej.

4. Minimalny podatek dochodowy od wartości obiektów komercyjnych

Tego samego nie można powiedzieć o innej wprowadzonej nowelą z 27 października 2017 r., nieznaną dotąd konstrukcji podatkowej, która wzbudzała kontrowersje interpretacyjne jeszcze zanim weszła w życie⁵³. Chodzi o tzw. minimalny podatek dochodowy w odniesieniu do podatników posiadających nieruchomości komercyjne (art. 24b–24c ustawy CIT). Przedmiotem opodatkowania jest tu, przynajmniej formalnie, przychód z tytułu własności niektórych środków trwałych położonych na terytorium RP. Podatek odniesiono do wartości majątku podatnika, a ponosi on jego ciężar finansowy tylko wtedy, gdy nie osiągnie odpowiedniego dochodu opodatkowanego podatkiem dochodowym. Przedmiot opodatkowania stanowią:

- budynki handlowo-usługowe sklasyfikowane w Klasyfikacji Środków Trwałych⁵⁴ (por. art. 16i ust. 2 pkt 3 ustawy CIT) jako centrum handlowe, dom towarowy, samodzielny sklep i butik, pozostały handlowo-usługowy,
- budynki biurowe sklasyfikowane w KŚT jako budynek biurowy.

Podatek dochodowy od wartości obiektów komercyjnych zrelatywizowany został do wartości początkowej ww. środków trwałych i obliczany jest według stawki miesięcznej w wysokości

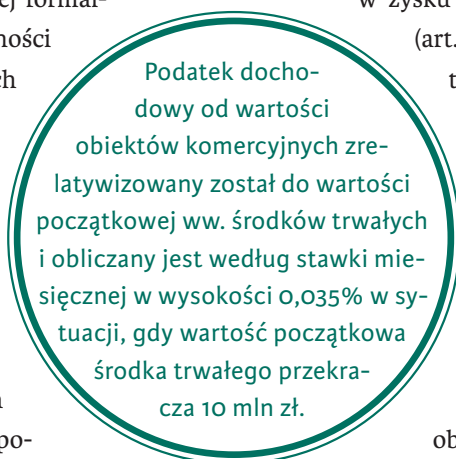
⁵³ Zob. wyjaśnienia MF dot. możliwości odliczania wskazanego podatku od zaliczki pomimo braku jego zapłaty: https://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/wiadomosci/komunikaty/-/asset_publisher/6Wwm/content/id/6221877 (dostęp na dzień 4.05.2018 r.).

⁵⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 października 2016 r. w sprawie Klasyfikacji Środków Trwałych (KŚT) (Dz.U. poz. 1864).

0,035% w sytuacji, gdy wartość początkowa środka trwałego przekracza 10 mln zł (art. 24b ust. 1 i 3 ustawy CIT). Podatnik będący współwłaścicielem budynku wraz z podmiotami niepowiązanymi wyznacza wartość początkową wyłącznie „w swojej części”, zgodnie z zasadami identyfikacji wartości początkowej środka trwałego na potrzeby CIT (art. 16g ust. 8 ustawy CIT). Podobnie jest wówczas, gdy budynek stanowi środek trwały będący własnością lub współwłasnością spółki niebędącej osobą prawną (w takiej sytuacji decydujące znaczenie ma to, jaki jest udział w zysku poszczególnych wspólników) (art. 24b ust. 4–5 ustawy CIT). Na-

tomiast przypadku gdy środek trwały stanowi współwłasność podatnika i podmiotu z nim powiązanego, uwzględnia się całkowitą wartość początkową tego środka trwałego, zatem porównuje z limitem 10 mln zł cały obiekt, a dopiero przy obliczaniu podatku uwzględnia się wynikającą z prowadzonej ewi-

dencji wartość początkową środka trwałego ustaloną według udziału we współwłasności (ust. 6–7). Status podatnika uzyska również podmiot niebędący wprawdzie właścicielem budynku objętego daniną minimalną, lecz dokonujący odpisów amortyzacyjnych od jego wartości początkowej (*leasing finansowy* – ust. 12). Zasadniczo w każdym miesiącu podatnik powinien wyznaczyć wartość początkową nieruchomości, odjąć od tej kwoty 10 mln zł i od różnicy obliczyć podatek w wysokości 0,035% (ust. 3). Podatek minimalny podatnicy są przy tym obowiązani wpłacać za każdy miesiąc, odliczając go od zaliczek na podatek dochodowy niezależnie od tego, czy wpłacają zaliczki miesięczne, czy kwartalne. Te ostatnie nie zwalniają ich z comiesięcznej zapłaty podatku minimalnego, przy czym odliczeniu od zaliczki podlega w takiej sytuacji podatek obliczony za miesiące przypadające na dany kwartał (ust. 8–9). Jednak podatnicy mogą nie wpłacać podatku, jeżeli jest on niższy od kwoty



zaliczki na podatek dochodowy za dany miesiąc (ust. 10). W takiej sytuacji jego ciężar ekonomiczny zawiera się w zaliczce. Ponadto finalnie podatek ten należy odnieść do rocznego wyniku podatkowego (ust. 11). Podatek minimalny nie jest należny w przypadku niedokonywania odpisów amortyzacyjnych, ale tylko z uwagi na zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej (np. całkowite zamortyzowanie nie wpływa na zastosowanie podatku minimalnego), jak również w odniesieniu do środków trwałych będących budynkami biurowymi, wykorzystywanymi wyłącznie lub w głównym stopniu na własne potrzeby podatnika (ust. 2).

Jak wywiedziono w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, „wprowadzenie proponowanego rozwiązania podyktowane jest tym, iż w wielu przypadkach podatnicy nie wykazują dochodów do opodatkowania lub wykazują dochody w kwocie nieadekwatnej do skali i rodzaju prowadzonej działalności. Oznaczać to może wykorzystywanie przez podatnika działań optymalizacyjnych. Z punktu widzenia budżetu państwa sytuacja taka jest nieakceptowalna i wiąże się z podjęciem działań mających na celu zminimalizowanie takich możliwości”⁵⁵. U podstaw tej nowej konstrukcji leży więc założenie, że przedsiębiorca powinien zapłacić jakiś minimalny podatek dochodowy, gdy wykorzystuje majątek o dużej wartości. Ustawodawca przyjmuje w tym zakresie pewną fikcję prawną, że sam fakt bycia właścicielem i wykorzystywania w prowadzonej działalności majątku o określonej wartości i rodzaju generuje dochód podatkowy.

Z prawnego punktu widzenia nie ma wątpliwości wśród komentatorów, że przedmiot opodatkowania w istocie niewiele ma tu wspólnego z dochodem (przychodem) i bliższy jest majątk-

owym konstrukcjom podatkowym, skoro wysokość podatku zrelatywizowana została do wartości początkowej enumeratywnie wskazanych w ustawie środków trwałych⁵⁶. Natomiast z perspektywy ekonomicznej podatek ten nawiązuje

do koncepcji opodatkowania tzw. zysków normatywnych, która z kolei odwołuje się do zasady ekwiwalencji⁵⁷. Mianowicie aby uniknąć sytuacji, że przedsiębiorstwo nie płaci żadnych danin z tytułu korzystania z infrastruktury finansowanej z pieniędzy publicznych (w tym unikając opodatkowania), postuluje się w tej propozycji teoretycznej wprowadzenie w ramach podatku dochodowego

tzw. części ekwiwalentnej. Miałaby ona zostać odniesiona do przyjętej stopy zwrotu z kapitału i jako rodzaj zapłaty za korzystanie z szeroko rozumianej infrastruktury państwowej miałyby być niezależna od aktualnej koniunktury przedsiębiorstwa (przypominałaby stały koszt działalności). Opodatkowanie funkcjonujące na tej zasadzie jako wymierną podstawę traktuje więc wartość kapitału wykorzystywanego przez przedsiębiorcę. W pozostałym zakresie (części nieekwiwalentnej) podatek zachowałby swój *stricte* dochodowy charakter (bazujący na rachunku księgowym)⁵⁸.

„Filozofia” wprowadzonej w ww. zakresie zmiany wydaje się tym samym godna uwagi i interesująca z teoretycznego punktu widzenia. Niemniej niezależnie od przyjętej optyki, nieodparcie na-

Z prawnego punktu widzenia przedmiot opodatkowania w istocie niewiele ma wspólnego z dochodem (przychodem) i bliższy jest majątkowym konstrukcjom podatkowym. Natomiast z perspektywy ekonomicznej podatek ten nawiązuje do koncepcji opodatkowania tzw. zysków normatywnych.

⁵⁵ Druk sejm. VIII.1878.

⁵⁶ P. Banasik, A. Kałużny, W. Morawski, *Minimalny podatek dochodowy od wartości obiektów komercyjnych – wybrane problemy*, Przegląd Podatkowy 2018/2, s. 33 i 35; R. Kowalski, *Zmiany w podatkach...*, rozdz. 2.10.

⁵⁷ Zasadę ekwiwalencji można w największym uproszczeniu sprowadzić do twierdzenia, że podatek jest ceną (zapłatą) za korzyści, jakie obywatelom daje państwo jako celowy związek powołany do realizacji wspólnych zadań (A. Gomułowicz, D. Mączyński, *Podatki...*, s. 91).

⁵⁸ M. Dobija (red.), *Teoria pomiaru kapitału i zysku*, Kraków 2010, s. 165 i n.

suwa się tu wątpliwość co do spójności ww. konstrukcji podatkowej z zasadą opodatkowania dochodu, na której wszak ufundowany

został również podatek korporacyjny (CIT). W istocie unormowania w zakresie minimalnego podatku od nieruchomości komercyjnych do pewnego stopnia rozsadzają w tym względzie architekturę ustawy podatkowej, mamy tu bowiem do czynienia ze swoistą zmianą (częstkową wprawdzie) zmianą

Unormowania w zakresie minimalnego podatku od nieruchomości komercyjnych do pewnego stopnia rozsadzają w tym względzie architekturę ustawy podatkowej, mamy tu bowiem do czynienia ze swoistą zmianą logiki systemu podatkowego.

logiki systemu podatkowego. Mianowicie, w odniesieniu do omawianego podatku danina o charakterze majątkowym przestaje pełnić, jak się to tradycyjnie przyjmuje rolę w przeważającej mierze uzupełniającą, „domykającą” system podatkowy⁵⁹, lecz staje się niejako normatywnym (by nie powiedzieć, że sztucznym) komponentem dochodu podatkowego.

Nie jest to jednak największym problemem wprowadzonego rozwiązania. Zasadnicze zastrzeżenia natury konstytucyjnej budzi bowiem zarówno metoda, jak i sposób określenia podstawy opodatkowania. W grę wydają się tu wchodzić w szczególności następujące wzorce oceny konstytucyjności przedmiotowej regulacji: zasada wyłączności ustawy przy określaniu zasadniczych elementów podatku (art. 217 Konstytucji) oraz zasada poprawnej legislacji (art. 2 Konstytucji). Trafnie sygnalizuje się przede wszystkim w piśmiennictwie⁶⁰, że przedmiot opodatkowania musi wynikać z ustawy⁶¹, podczas gdy w niniejszym przypadku spotykamy się z odesłaniem do rozporządzenia w sprawie KŚT. Poza tym krytycznie spojrzeć też należy na realizację zasa-

⁵⁹ A. Hanusz, w: A. Hanusz (red.), *Źródła finansowania samorządu terytorialnego*, Warszawa 2015, s. 59.

⁶⁰ P. Banasik, A. Kałużny, W. Morawski, *Minimalny podatek dochodowy...*, s. 37.

⁶¹ Omówienie tej zasady zob. zwłaszcza wyrok TK z 6 marca 2002 r., P 7/00, OTK 13/2A/2002.

dy określoności danin publicznych w kontekście podatku minimalnego⁶². Zgodzić się wypada z głosami, które wskazują z jednej strony na rozbieżność definicji budynku wynikającej z KŚT oraz stosowanej na potrzeby podatku od nieruchomości, a z drugiej na objęcie podatkiem minimalnym niedoprecyzowanej kategorii „pozostałych budynków handlowo-usługowych” (art. 24b ust. 1 pkt 1 lit. d ustawy CIT). Ponadto nie jest wiadome, jak odnieść się do budynków o mieszanym charakterze, mieszkalno-usługowym⁶³. Nie jest także jasny zakres wyłączeń od podatku minimalnego, a zwłaszcza kategoria środków trwałych wykorzystywanych „w głównym stopniu na własne potrzeby podatnika” (ust. 2 pkt 2 *in fine*)⁶⁴; brak wskazówek interpretacyjnych w zakresie tej ocennej przesłanki. Wreszcie co najmniej kłopotliwa może okazać się w praktyce ustawowa podstawa opodatkowania, począwszy od kwestii ustalania wartości początkowej środka trwałego (zwłaszcza w systemowym kontekście pokrewnej regulacji podatku od nieruchomości – por. art. 16g ustawy CIT oraz art. 4 ust. 1 pkt 3 u.p.o.l.⁶⁵), a skończywszy na jej odniesieniu wyłącznie do „dużych” środków trwałych, tj. z pominięciem tych podatników, którzy wprawdzie posiadają majątek znacznej wartości, lecz rozproszony w mniejszych nieruchomościach (nierówność traktowania właścicieli nieruchomości o różnej charakterystyce budowlanej)⁶⁶. Luka w unormowaniu dotyczy też kwestii korekty *in plus* po-

Zasadnicze zastrzeżenia natury konstytucyjnej budzi bowiem zarówno metoda, jak i sposób określenia podstawy opodatkowania.

⁶² Wyjaśnienie treści tej zasady por. np. wyrok TK z 13 grudnia 2017 r., SK 48/15, OTK 2/A/2018.

⁶³ A. Czernik, *Źródła, algorytmy...*, s. 9.

⁶⁴ P. Banasik, A. Kałużny, W. Morawski, *Minimalny podatek dochodowy...*, s. 34–35.

⁶⁵ Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1785, ze zm.).

⁶⁶ R. Kowalski wprost wskazuje w tym kontekście, że „brak sumowania wartości poszczególnych środków trwałych może być kluczem do wyłączenia stosowania takiego podatku. (...) Rozwiązaniem może być wydzielenie części nieruchomości i wprowadzenie ich do ewidencji środków trwałych i wartości

datku po zakończeniu roku podatkowego (ust. 11 art. 24b ustawy CIT odnosi się literalnie do „uiszczonego i nieodliczonego w roku podatkowym podatku”⁶⁷).

Na zakończenie warto odnotować, że część problemów związanych z konstrukcją podatku minimalnego dostrzega również Ministerstwo Finansów, ponieważ w porozumieniu z Komisją Europejską planuje jego modyfikację poprzez:

- opodatkowanie tylko tych budynków (ich części), które są oddane do odpłatnego używania na podstawie umowy najmu, dzierżawy, leasingu itp. Budynki niewynajęte (lub ich części) nie będą podlegać opodatkowaniu; to korzystne dla podatników rozwiązanie miałyby zastosowanie także do podatku minimalnego zapłaconego w 2018 r.,
- zmianę sposobu stosowania progu 10 mln zł wartości budynku, do którego podatek minimalny nie ma zastosowania poprzez odejście od stosowania tego progu w odniesieniu do każdego budynku. Próg ten będzie przysługiwał podatnikowi niezależnie od liczby posiadanych budynków (jedna kwota wolna dla podatnika a nie na każdy budynek),
- objęcie minimalnym podatkiem wszystkich budynków z jednoczesnym wprowadzeniem wyłączenia dla budynków mieszkalnych oddanych do używania w ramach programów rządowych i samorządowych dotyczących budownictwa społecznego (w zakresie dopuszczalnym przepisami o pomocy publicznej),
- wprowadzenie możliwości wystąpienia podatnika do organu podatkowego z wnioskiem o zwrot nadpłaconego podatku mi-

niematerialnych i prawnych” (tegoż, *Zmiany w podatkach...*, rozdz. 2.10).

⁶⁷ Co zapewne, jak wskazują cyt. wyżej autorzy, nie przeszkodzi organom podatkowym domagać się dopłacenia podatku od nieruchomości komercyjnych, który nie został wcześniej uiszczony z powodu wysokich zaliczek na podatek dochodowy (P. Banasik, A. Kałużny, W. Morawski, *Minimalny podatek dochodowy...*, s. 38; R. Kowalski, *Zmiany w podatkach...*, rozdz. 2.10).

nimalnego (ponad kwotę CIT lub PIT). Podatek minimalny zostanie zwrócony po potwierdzeniu przez organ podatkowy, że warunki transakcji z podmiotami powiązаныmi odpowiadają warunkom

rynkowym, a tym samym prawidłowości dokonanego rozliczenia w podatku dochodowym. Zmiana ta również znajdzie zastosowanie do podatku minimalnego zapłaconego w 2018 r.,

- wprowadzenie szczególnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania dotyczącej podatku minimalnego. Klauzula miałaby zastosowanie do transferów dokonanych wyłącznie w celu uniknięcia opodatkowania podatkiem minimalnym. Takie transfery nie byłyby uznawane przez organy podatkowe dla celów opodatkowania podatkiem minimalnym⁶⁸.

5. Rozliczanie w kosztach uzyskania przychodów wierzytelności nieściągalnych

Na zakończenie warto pochylić się nad nowymi regulacjami dot. wierzytelności nieściągalnych. W stanie prawnym obowiązującym od 1 stycznia 2018 r. możliwość zaliczania do kosztów uzyskania przychodów wierzytelności nieściągalnych ograniczono podmiotowo do banków i spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych (SKOK), z wyłączeniem instytucji pożyczkowych, w rozumieniu art. 5 pkt 2a ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim⁶⁹. W obecnym brzmieniu art. 16 ust. 1 pkt 25 lit. b ustawy CIT nie

⁶⁸ Komunikat MF z 16.04.2018 r.: https://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/wiadomosci/komunikaty/-/asset_publisher/6Wwm/content/id/6350707 (dostęp na dzień 4.05.2018 r.).

⁶⁹ T.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1528.



Część problemów związanych z konstrukcją podatku minimalnego dostrzega również Ministerstwo Finansów, ponieważ w porozumieniu z Komisją Europejską planuje jego modyfikację.

stanowi już o możliwości odliczenia wierzytelności odpisanych jako nieściągalne „udzielonych przez jednostki organizacyjne uprawnione, na podstawie odrębnych ustaw regulujących zasady ich funkcjonowania, do udzielania kredytów (pożyczek)”, lecz o kredytach (pożyczkach) udzielonych „przez jednostkę organizacyjną, której działalność podlega nadzorowi państwowego organu nadzoru nad rynkiem finansowym, uprawnioną do udzielania kredytów (pożyczek) na podstawie odrębnych ustaw regulujących zasady jej funkcjonowania”. Powyższy przepis w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2017 r. podlegał korzystnej dla sektora pożyczkowego interpretacji sądów administracyjnych, które uznawały, że „profesjonalizacja tego rynku i postawienie dodatkowych wymagań, zastrzeżonych surową sankcją karną, nie uzasadnia zróżnicowania pozycji instytucji pożyczkowych w stosunku do takich podmiotów jak banki czy

Od 1 stycznia 2018 r. możliwość zaliczania do kosztów uzyskania przychodów wierzytelności nieściągalnych ograniczono podmiotowo do banków i spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych (SKOK), z wyłączeniem instytucji pożyczkowych.

Prawodawca dopuścił możliwość zaliczania do kosztów uzyskania przychodów tylko wierzytelności nieściągalnych odpisanych przez banki oraz kasy oszczędnościowo-kredytowe, jako podlegające nadzorowi Komisji Nadzoru Finansowego.

kasy oszczędnościowo-kredytowe, z punktu widzenia realizacji ich prawa do uwzględnienia w ramach kosztów uzyskania przychodów wierzytelności, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 25 lit. b” ustawy CIT⁷⁰. Przy obecnej jego redakcji stało się jasne, że prawodawca dopuścił możliwość zaliczania do kosztów uzyskania przychodów tylko wierzytelności nieściągalnych odpisanych przez banki oraz kasy oszczędnościowo-kredytowe,

⁷⁰ Zob. nieprawomocny wyrok WSA w Warszawie z 13.02.2018 r., III SA/Wa 952/17. Por. także nieprawomocne wyroki: WSA w Białymstoku z 6.06.2017 r., I SA/Bk 238/17 oraz WSA w Poznaniu z 10.05.2017 r., I SA/Po 1544/16 (CBO-SA).

jako podlegające nadzorowi Komisji Nadzoru Finansowego⁷¹. Takie mu nadzorowi na zasadach określonych odpowiednio w ustawie Prawo bankowe, ustawie o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, jak też ustawie o nadzorze nad rynkiem finansowym⁷², nie podlegają natomiast firmy pożyczkowe, nawet gdy mają status instytucji pożyczkowej. Prawodawca ograniczył się tu do ustanowienia regulowanego charakteru tej ostatnio wymienionej działalności, poprzez obowiązek wpisu do rejestru instytucji pożyczkowych prowadzonego przez KNF (por. rozdz. 5a ustawy o kredycie konsumenckim).

Wniosek powyższy, odnośnie do zakresu zmian wprowadzonych w ustawie CIT, pośrednio potwierdza lektura uzasadnienia projektu noweli z dnia 27 października 2017 r.⁷³, w którym szczegółowo omówiono nowe zasady uwzględniania w podstawie opodatkowania banków i kas oszczędnościowo-kredytowych wskazanych strat kredytowych (pożyczkowych), jak też odpisów aktualizujących na wierzytelności o prawdopodobnej nieściągalności⁷⁴. W uzasadnieniu projektu nie wspomniano w tym kontekście słowem o firmach pożyczkowych, nie uzasadniając też w żaden sposób ich wykluczenia z kręgu podatników uprawnionych do rozliczania w kosztach uzyskania przychodów strat z tytułu wierzytelności nieściągalnych.

Skutkiem powyższych zmian jest wprowadzenie istotnego wyłomu w zasadzie neutralności podatkowej udzielenia kredytu lub pożyczki. Co

⁷¹ Por. odpowiednio art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2017, r., poz. 1876 z późn. zm.) oraz art. 60 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2065, ze zm.).

⁷² Ustawa dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 621, ze zm.).

⁷³ Druk sejm. VIII.1878.

⁷⁴ Reguły intertemporalne w odniesieniu do tych ostatnich (m.in.) określa art. 12 ustawy nowelizującej.

do zasady udzielenie pożyczki nie wiąże się z prawem do rozpoznania poniesionego wydatku (wyłączonego kapitału pożyczki) jako kosztu podatkowego. Analogicznie jej późniejsza spłata nie stanowi przychodu (z zastrzeżeniem odsetek). Wobec tego w sytuacji spłaty pożyczki przez pożyczkobiorcę przyjęte rozwiązanie nie spowoduje problemów w rozliczeniu podatkowym (neutralność podatkowa pożyczki zostanie zachowana). Jednak w przypadku braku spłaty pożyczki przez dłużnika instytucja pożyczkowa ponosi, podobnie jak bank czy SKOK, ekonomiczną stratę, która jednak w jej przypadku nie znajdzie odzwierciedlenia w rachunku podatkowym. Innymi słowy, skutek podatkowy po stronie pożyczkodawcy jest w tej sytuacji taki sam zarówno w przypadku otrzymania spłaty części kapitałowej pożyczki, jak i w przypadku braku spłaty, tzn. kwota pożyczki wypłacona pożyczkobiorcy nie stanie się nigdy kosztem podatkowym, ani w momencie udzielenia pożyczki i jej wypłaty pożyczkobiorcy, ani w momencie gdy okaże się ona nieściągalna. Prowadzi to do odmiennego opodatkowania instytucji pożyczkowych względem banków i SKOK-ów, u których utrzymana została w pełnym zakresie zasada neutralności podatkowej kredytu (pożyczki) i zarazem do dalszego uprzywilejowania (wzmocnienia pozycji rynkowej) tych ostatnich, jeżeli spojrzeć na opisywane zmiany kompleksowo (por. także ww. art. 7b ust. 2, art. 15e ust. 1 pkt 3 ustawy CIT). O ile bowiem banki oraz kasy

W uzasadnieniu projektu nie wspomniano słowem o firmach pożyczkowych, nie uzasadniając też w żaden sposób ich wykluczenia z kręgu podatników uprawnionych do rozliczania w kosztach uzyskania przychodów strat z tytułu wierzytelności nieściągalnych. Skutkiem powyższych zmian jest wprowadzenie istotnego wyłomu w zasadzie neutralności podatkowej udzielenia kredytu lub pożyczki.

Prowadzi to do odmiennego opodatkowania instytucji pożyczkowych względem banków i SKOK-ów, u których utrzymana została w pełnym zakresie zasada neutralności podatkowej kredytu (pożyczki) i zarazem do dalszego uprzywilejowania (wzmocnienia pozycji rynkowej) tych ostatnich, jeżeli spojrzeć na opisywane zmiany kompleksowo (por. także ww. art. 7b ust. 2, art. 15e ust. 1 pkt 3 ustawy CIT).

oszczędnościowo-kredytowe rozpoznają w kosztach uzyskania przychodu stratę z tytułu nieściągalnej wierzytelności, a tym samym wydatek ten z uwagi na jego ekonomiczny efekt (wobec braku spłaty) znajdzie odzwierciedlenie w rozliczeniu podatkowym, o tyle w przypadku instytucji sektora pożyczkowego ekonomiczna strata nie znajdzie przełożenia na to rozliczenie. Wyłom dotyczy więc aspektu negatywnego zasady neutralności pożyczki (kredytu).

Prima facie więc, już niejako *a re- rum natura* wydaje się powyższe przeczyć idei podatku dochodowego, który powinien obciążać podmioty osiągające zyski. Mamy tu do czynienia z sygnalizowanym na wstępie rozziwem pomiędzy ekonomiczną, a prawną podstawą opodatkowania. Instytucje pożyczkowe stawiane są bowiem w sytuacji, gdy pomimo, że ponoszą

definitywnie ekonomiczny ciężar pożyczki (kredytu), zobligowane są do rozliczenia podatku dochodowego z pominięciem straty w tym zakresie poniesionej. Jak tymczasem podkreślił Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z 11 czerwca 2012 r.⁷⁵, nieuwzględnienie

Instytucje pożyczkowe stawiane są bowiem w sytuacji, gdy pomimo, że ponoszą definitywnie ekonomiczny ciężar pożyczki (kredytu), zobligowane są do rozliczenia podatku dochodowego z pominięciem straty w tym zakresie poniesionej.

⁷⁵ Sygn. akt I FPS 3/11, ONSAiWSA 2012/5/76.

w rachunku podatkowym całości straty (w ujęciu ekonomicznym) powstałej w związku z niezrealizowaną wierzytelnością, prowadzi do „wykreowania błędnej podstawy opodatkowania w podatkach dochodowych, a to wskutek naruszenia podstawowej dla tych podatków zasady opodatkowania dochodu jako różnicy pomiędzy przychodami a kosztami ich uzyskania”.

Sytuację powyższą, niezależnie od wspomnianej kwestii istoty konstrukcji podatku dochodowego, można rozważać w dwóch płaszczyznach:

- prawnopodatkowej krajowego systemu prawnego, a w tym zakresie dozwolonej swobody prawodawcy w kształtowaniu obciążeń podatkowych oraz ich dywersyfikacji w odniesieniu do poszczególnych podmiotów rynku finansowego z uwzględnieniem różnic je dzielących,
- zobowiązań Polski jako państwa członkowskiego UE i wobec tego z uwzględnieniem unijnego systemu prawnego, w tym zwłaszcza w kontekście swobód traktatowych i zasad prawa ten system kształtujących⁷⁶.

Jak się wydaje, przyjęte w ustawie CIT rozwiązanie nasuwa wątpliwości w szczególności z perspektywy wymienionej wyżej w drugiej kolejności. Na ocenę tę składają się w szczególności następujące komponenty (perspektywy argumentacyjne):

- traktatowe swobody przedsiębiorczości i przepływu kapitału, a w tym kontekście
- unijna zasada proporcjonalności,
- zasady udzielania pomocy publicznej.

Jak chodzi o pierwsze dwie kwestie to zauważyć należy, że podatki bezpośrednie nie zostały jak dotąd poddane kompleksowej harmonizacji w Unii Europejskiej. Państwa członkowskie dysponują w ww. zakresie istotną autonomią

⁷⁶ Pominąć można natomiast szerszy kontekst międzynarodowy suwerenności jurysdykcyjnej Państwa w sferze podatkowej, już choćby z tego względu, że stanowisko ETPCz wykazuje w tym względzie daleko posuniętą wstrzeźliwość (por. np. decyzję Trybunału z 14.11.2017 r. w sprawie *P. Plaisier et. al. przeciwko Holandii*, skarga nr 46184/16).

w tej części krajowych systemów podatkowych. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wynika jednak, że państwa członkowskie powinny korzystać z posiadanej autonomii podatkowej w sposób, który gwarantuje poszanowanie swobód rynku wewnętrznego UE. Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie forsuje stanowisko, w świetle którego owa autonomia nie jest nieograniczona i powinna być realizowana z poszanowaniem prawa unijnego⁷⁷. Jest to przejaw tzw. integracji negatywnej, wyrażającej się w takim ukształtowaniu regulacji krajowych, nawet w obszarach formalnie pozostających poza harmonizacją (w zakresie autonomii prawodawczej państw członkowskich), aby zapewnić jak najszerszy dostęp rynków krajowych⁷⁸. W tym zakresie Trybunał odwołuje się do uznawanej za podstawową dla systemu prawa UE i bardzo wcześniej „odkrytej” w orzecznictwie zasady proporcjonalności⁷⁹, obecnie wprost unormowanej w art. 5 ust. 1 i 4 Traktatu o Unii Europejskiej⁸⁰. Test proporcjonalności wynikający z judykatury Trybunału, z teoretycznego punktu widzenia skonceptualizowanej m.in. w doktrynie R. Alexy’ego⁸¹, a dotyczący również (podatkowych) ograniczeń swobód rynku wewnętrznego⁸², zakłada w szczególności, że określone działanie na rzecz osiągnięcia wytyczonego celu może być uznane za odpowiednie (właściwe), jeżeli faktycznie jest w stanie sprostać dążeniu do zrealizowania go w sposób spójny i systematyczny. Działanie powinno też być niezbędne (ko-

⁷⁷ Por. np. wyroki w sprawach: C-279/93 *Schumacker* (pkt 21, 26), C-80/94 *Wielockx* (pkt 16).

⁷⁸ T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, New York 2007, s. 193.

⁷⁹ Zob. wyrok w sprawie C-8/55 *Fédération Charbonnière de Belgique*; szerzej por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym*, *Studia Europejskie* 2006/1, s. 60–65.

⁸⁰ Dz.U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/30, ze zm.

⁸¹ R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, „Ratio Juris” 2000, vol. 13, no. 3, p. 297–298.

⁸² R. Lipniewicz, *Zasada proporcjonalności a podatkowe ograniczenia swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 2015/4, s. 98–101.

nieczne), a jest tak, jeśli spośród wielu działań właściwych do osiągnięcia danego celu jest tym, które jest najmniej obciążające dla danego interesu lub danego dobra⁸³. O nieodpowiednim ograniczeniu swobody przepływu można zatem mówić w sytuacji, gdy krajowe środki – mimo swego wkładu w realizację celu leżącego w interesie ogółu – prowadziłyby do nieproporcjonalnie dużej ingerencji w swobodę przepływu⁸⁴. W rezultacie ograniczenie swobód rynku wewnętrznego wymaga od państwa członkowskiego

Prawodawca krajowy w żaden sposób nie uzasadnił zróżnicowania pozycji podatkowej banków i SKOK-ów z jednej strony, a z drugiej profesjonalnych instytucji sektora pożyczkowego.

szczegółowego uzasadnienia, że zastosowany środek prawny (bądź faktyczny) jest rzeczywiście niezbędny do osiągnięcia założonego celu (celów) oraz że niemożliwe jest zastosowanie mniej dolegliwych dla adresatów narzędzi.

Na tym tle omawiane wyżej rozwiązanie przyjęte w prawie polskim może nasuwać poważne zastrzeżenia co do zgodności z ww. zasadą proporcjonalności, już tylko z tego względu, że prawodawca krajowy w żaden sposób nie uzasadnił zróżnicowania pozycji podatkowej banków i SKOK-ów z jednej strony, a z drugiej profesjonalnych instytucji sektora pożyczkowego. Można jedynie domniemywać, czy uzasadnieniem dla takiej dywersyfikacji rachunku podatkowego jest stopień regulacji działalności tych podmiotów, tym niemniej trudno dopatrzeć się w tej okoliczności warunku wystarczającego dla tak znacznego ograniczenia możliwości kształtowania podstawy opodatkowania przez podmioty rynku finansowego inne, aniżeli banki i kasy oszczędnościowo-kredytowe.

⁸³ Na tle podatków zharmonizowanych TSUE podkreśla m.in., że nawet jeśli przepisy ustanowione przez państwa członkowskie na podstawie dyrektywy podatkowej zmierzają do możliwie skutecznej ochrony praw budżetu państwa, to nie powinny one jednak wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia tego celu (zob. np. wyrok w sprawie C-384/04 *Federation of Technological Industries i in.*, pkt 30).

⁸⁴ Zob. np. wyrok w sprawie C-169/08 *Regione Sardegna*, pkt 42 oraz powołane tam orzecznictwo.

Wypada odnotować w tym kontekście, że ze wstępnych wyliczeń wynika, iż wskutek wprowadzenia zmian od 1 stycznia 2018 r. do ustawy CIT efektywna stopa podatkowa instytucji pożyczkowych działających w sposób zgodny z przepisami może sięgać 40%. Można

Wskutek wprowadzenia zmian od 1 stycznia 2018 r. do ustawy CIT efektywna stopa podatkowa instytucji pożyczkowych działających w sposób zgodny z przepisami może sięgać 40%.

prognozować, że przełoży się to na niższy poziom zwrotu z inwestycji oczekiwanych przez podmioty międzynarodowe prowadzące taką działalność w Polsce oraz zysk inwestorów; może też wpłynąć na koszty finansowania dłużnego i tym samym na dostępność źródeł tegoż finansowania dla przedsiębiorców. Dostrzegalny jest więc przy tym potencjalny negatywny efekt ekonomiczny wprowadzonych zmian w pożyczkowym sektorze gospodarki.

Z drugiej strony wskazać trzeba na ogólnoeuropejski trend polegający na tym, że prawo podatkowe większości państw traktuje nieściągalne wierzytelności w sposób analogiczny w przypadku wierzytelności bankowych i wierzytelności z pożyczek udzielonych przez instytucje profesjonalnie zajmujące się udzielaniem pożyczek konsumentom. Wśród krajów UE w przypadku instytucji pożyczkowych spełniających krajowe wymogi, możliwe jest zaliczenie do kosztów podatkowych zarówno rezerw celowych/odpisów aktualizujących wartość wierzytelności pożyczkowych oraz odpisanych jako nieściągalne wierzytelności pożyczkowych (lub ich uwzględnienie w rachunku podatkowym w inny sposób). Spośród krajów UE tylko Polska i Litwa nie przewidziały w swoich systemach podatkowych uregulowań pozwalających na potrącenie w kosztach nieściągalnych wierzytelności przez firmy pożyczkowe.

Ten kontrast regulacyjny może, wobec braku podania uzasadnienia dla wspomnianych zmian, zostać odczytany jako nieproporcjonalne ograniczenie swobód rynku wewnętrznego, w szczególności zaś swobody przedsiębiorczości wynikają-

cej z art. 49 i nast. Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁸⁵ (TFUE). Jakkolwiek bowiem Trybunał Sprawiedliwości wskazuje na swobodę w kształtowaniu konstrukcji podatku dochodowego w państwach członkowskich i na tym tle jako jedną z przyczyn ograniczenia ww. zasady wymienia zachowanie efektywności i spójności systemu podatkowego⁸⁶, to jednak, jak wskazano, powinno to być uzasadnione, jako że zakazana jest w tym zakresie jakkolwiek bezpośrednia bądź pośrednia (niejawna) dyskryminacja, w szczególności na gruncie narodowym. Swobody rynku wewnętrznego normatywnie zostały bowiem oparte na zasadzie niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową. W analizowanym przypadku dyskryminację rozważać wprawdzie należy przede wszystkim w odniesieniu do poszczególnych uczestników wewnątrz sektora usług finansowych, co jednak nie zmienia faktu, że omawiane regulacje mogą powodować trudności o charakterze transgranicznym, o których była mowa wyżej. Tzn.

mogą stanowić barierę dla podmiotów sektora pożyczkowego w ramach wspólnego rynku, niespełniających wymogów regulacyjnych określonych w szczególności w polskim prawie bankowym, a w rezultacie również swego rodzaju tamę dla potencjalnych inwestorów, w tym zagranicznych.

To ostatnie spostrzeżenie prowadzi z kolei do wniosku, że polskie unormowania dotyczące straty z tytułu wierzytelności nieściągalnych mogą też godzić pośrednio w swobodę przepływu kapitału.

⁸⁵ Dz.U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/2, ze zm.

⁸⁶ Zob. np. wyrok w sprawie C-250/95 *Futura Participations and Singer*, pkt 31 i 33.

obodę przepływu kapitału, wyrażoną w art. 63 ust. 1 TFUE. Jak bowiem wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, z ograniczeniem swobody przepływu kapitału mamy do czynienia m.in. wówczas, gdy krajowe regulacje zniechęcają bądź mogą zniechęcać osoby niebędące rezydentami do dokonania inwestycji w danym państwie członkowskim⁸⁷. Wypada przy tym pamiętać, że także w przypadku ograniczenia swobody przepływu kapitału wymagane jest od państwa członkowskiego poszanowanie, poza przesłankami

z art. 65 TFUE, wspomnianego wyżej testu proporcjonalności⁸⁸. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że w niniejszym przypadku nie znajdzie zastosowania traktatowa klauzula stałości (art. 64 ust. 1 TFUE) dotycząca ograniczeń kapitału istniejących w państwie członkowskim do 31 grudnia 1993 r. (tzw. *grandfathering clause*).

Z uwagami powyższym koresponduje spostrzeżenie, że działanie polskiego prawodawcy może być postrzegane jako niedozwolona pomoc publiczna, w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zakłcająca mechanizm konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami, również integralnie związany z koncepcją wspólnego rynku. Poza dyskusją jest, że zróżnicowanie traktowania poszczególnych uczestników polskiego rynku finansowe-

⁸⁷ Por. np. wyrok w sprawie C-326/12 *van Caster*, pkt 25 oraz powołane tam orzecznictwo.

⁸⁸ Por. np. wyrok w sprawie C-112/14 *Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej v. Komisja*, pkt 23 oraz wskazane tam orzeczenia.

Spośród krajów UE tylko Polska i Litwa nie przewidziały w swoich systemach podatkowych uregulowań pozwalających na potrącenie w kosztach nieściągalnych wierzytelności przez firmy pożyczkowe. Ten kontrast regulacyjny może, wobec braku podania uzasadnienia dla wspomnianych zmian, zostać odczytany jako nieproporcjonalne ograniczenie swobód rynku wewnętrznego, w szczególności zaś swobody przedsiębiorczości.

Polskie unormowania dotyczące straty z tytułu wierzytelności nieściągalnych mogą też godzić pośrednio w swobodę przepływu kapitału.

Działanie polskiego prawodawcy może być postrzegane jako niedozwolona pomoc publiczna, w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej

go nie znajduje oparcia tak w ogólnych (automatycznych), jak i fakultatywnych wyłączeniach od zakazu udzielania pomocy publicznej w wymiarze unijnym (art. 107 ust. 2–3 Traktatu). Nie ulega też wątpliwości, że zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej, różnego rodzaju przywileje podatkowe, zarówno te *sensu stricto* (ulgi, zwolnienia), jak i te ukryte w konstrukcji podatku, należy kwalifikować jako pomoc publiczną⁸⁹. Istnieje zatem ryzyko, że podatkowe uprzywilejowanie banków i kas oszczędnościowo-kredytowych w stosunku do pozostałych uczestników sektora pożyczkowego, w szczególności zaś instytucji pożyczkowych, może zostać zakwalifikowane jako pośredni (pasywny) transfer środków publicznych, który obniża koszty funkcjonowania traktowanego preferencyjnie przedsiębiorstwa⁹⁰. W tożsamej sytuacji ekonomicznej ww. podmioty będą bowiem uprawnione do preferencyjnego względem innych firm pożyczkowych kształtowania podstawy opodatkowania. Można mieć zasadnicze wątpliwości co do tego, czy w przypadku braku umożliwienia bankom i SKOK-om opisanego wyżej kształtowania rachunku podatkowego podmioty te przeszłyby tzw. test prywatnego inwestora, tj. takiego, który w ww. okolicznościach podjąłby się działań przynoszących korzyść przedsiębiorcy⁹¹. Konstrukcja podatkowa ma więc we wskazanym zakresie charakter selektywny, tj. nie wszystkie podmioty zainteresowane otrzymaniem wspomnianego wsparcia w je otrzymają, przy czym jest tu obojętne, czy selektywność ta ma charakter podmiotowy lub przedmiotowy⁹².

⁸⁹ Ninth Survey on State Aid in the European Union, COM (2001) 403 final, Brussels 2001, s. 94, poz. 196.2 ([http://aei.pitt.edu/39125/1/COM_\(2001\)_403.pdf](http://aei.pitt.edu/39125/1/COM_(2001)_403.pdf), dostęp: 4.05.2018 r.).

⁹⁰ M. Spychała, *Pomoc publiczna w warunkach gospodarki rynkowej*, Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach 2013/139, s. 241, 244.

⁹¹ Por. np. wyrok w sprawie 234/84 *Belgia v. Komisja*.

⁹² M. Spychała, *Pomoc publiczna...*, s. 240.

O tym natomiast, że preferencje podatkowe są obecnie przedmiotem szczególnej uwagi Komisji Europejskiej⁹³ pod kątem potencjalnych naruszeń regulacji traktatowych w zakresie pomocy publicznej, przekonują sztandarowe sprawy zawisłe w Trybunale Sprawiedliwości, tj. *Apple Sales International* i *Apple Operations Europe v. Komisja* (T-892/16) oraz *Irlandia v. Komisja* (T-778/16)⁹⁴. W pewnej symetrii do ww. uwag odnoszących się do potencjalnego naruszenia zasady proporcjonalności poprzez niedozwolone ograniczenie swobody przedsiębiorczości pozostaje więc w omawianym kontekście wniosek

o wprowadzeniu bariery wejścia na rynek m.in. dla zagranicznych firm pożyczkowych, jako niekorzystających z ww. form wsparcia, jako że nadrzędnym celem przepisów o pomocy publicznej jest ochrona konkurencji na jednolitym rynku europejskim i międzynarodowej wymiany gospodarczej (szeroko pojętego handlu) w tym obszarze.

W związku z powyższymi spostrzeżeniami należałoby *de lege ferenda* postulować rozważenie zmian w ustawie CIT, odnoszących się do wierzytelności nieściągalnych odpisywanych przez instytucje pożyczkowe, jak też do odpisów aktualizujących. Nie budzi wątpliwości dyskryminujący charakter pozbawienia *a limine* możliwości rozpoznawania w kosztach uzyskania przychodów wierzytelności nieściągalnych przez innych, aniżeli ww. (banki, SKOK-i) uczestników rynku finansowego, zajmujących się profesjonal-

⁹³ Tj. organu odgrywającego w europejskim systemie pomocy publicznej kluczową rolę regulacyjno-nadzorczą (I. Postruła, A. Werner, *Pomoc publiczna*, Warszawa 2006, s. 90).

⁹⁴ Według doniesień prasowych pomimo tego, że rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości spodziewane jest na jesieni br., *Apple* już rozpoczęło wpłacanie na specjalne konto blisko 13 mld euro zaległych podatków, która to kwota ma wpływać w ratach, a płatność ma być sfinalizowana we wrześniu bieżącego roku, a więc w przybliżeniu w terminie wydania wyroku przez TSUE (<http://www.rp.pl/Telekomunikacja-i-IT/304269878-Apple-jednak-zaplaci-Irlandii-13-mld-euro-zaległych-podatków.html>, dostęp na dzień 4.05.2018 r.).

nie udzielaniem kredytów oraz pożyczek, zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami prawa. Kwestią otwartą pozostaje natomiast, wobec różnic dzielących banki i SKOK-i z jednej strony, a instytucje pożyczkowe z drugiej, zarówno jak chodzi o stopień regulacji ich działalności, progi kapitałowe działalności, jak też zakres nadzoru⁹⁵, stopień ujednoczenia tych regulacji względem obecnie obowiązujących w odniesieniu do banków i kas oszczędnościowo-kredytowych. Z pewnością dostrzegalne są tu immanentne dla systemu podatkowego kwestie takie, jak napięcie pomiędzy zasadami ochrony prawa własności i powszechności opodatkowania (art. 64 ust. 1–2 oraz art. 84 Konstytucji). Niemniej każda danina publiczna stanowi formę ingerencji w sferę własności lub innych praw majątkowych i łączy się nieuchronnie z ingerencją w prawa majątkowe jednostki⁹⁶.

Jednocześnie przeniesienie, choćby odpowiednie, uwag poczynionych wyżej z perspektywy unijnej, na grunt rodzimej ogólnej klauzuli proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji)⁹⁷, może okazać się problematyczne. Oderwanie przedmiotowej regulacji od kontekstu swobód traktatowych powoduje bowiem zmianę optyki na taką, w której kontekst ekonomiczny przestaje odgrywać tak istotną rolę w porównaniu z oceną prawopodatkowej sytuacji instytucji pożyczkowych z jednej strony oraz banków i SKOK-ów z drugiej. Tym niemniej wydaje się, że także na tle krajowych regulacji ustrojowych omawiana kwestia

⁹⁵ Por. zwłaszcza ww. art. 131 pr. bankowego, art. 60 ustawy o SKOK, rozdz. 5a ustawy o kredycie konsumenckim.

⁹⁶ Zob. np. wyroki TK z: 11.12.2001 r., SK 16/00, OTK ZU 257/8/2001; 14.09.2001 r., SK 11/00, OTK ZU 166/6/2001; 30.01.2001 r., K 17/00, OTK ZU 4/1/2001.

⁹⁷ W grę nie wchodzi tu natomiast co do zasady art. 64 ust. 3 Konstytucji, jako wzorzec oceny konstytucyjności omawianej regulacji. Jak wywodzi się w orzecznictwie, obciążenie obowiązkiem podatkowym nie stanowi samo w sobie ograniczenia konstytucyjnych praw podmiotowych, o których mowa w art. 64 ust. 3 Konstytucji. Na poziomie konstytucyjnym przesądzone bowiem, że jedną z granic konstytucyjnego prawa własności jest obowiązek podatkowy w rozumieniu art. 84 Konstytucji (por. wyrok TK z 13.10.2008 r., K 16/07, OTK ZU 8/A/2008).

wymaga dodatkowego namysłu. Z jednej bowiem strony przyjęta formuła kosztowa w odniesieniu do wierzytelności nieściągalnych podlega ocenie z perspektywy jurysdykcji podatkowej Państwa (art. 217 Konstytucji). Trybunał Konstytucyjny, w przeciwieństwie do Trybunału Sprawiedliwości UE⁹⁸, stosunkowo rzadko zaś i nie bez kontrowersji (również wewnątrz składu orzekającego) ingeruje w materialnoprawną treść konstrukcji podatkowej⁹⁹. Z drugiej strony, pomimo że orzecznictwo zasadniczo koncentruje się na spełnieniu w ww. zakresie pewnych formalnych warunków brzegowych, wyznaczanych m.in. przez zasadę równości wobec prawa (art. 32 ust. 1, art. 64 ust. 2 Konstytucji)¹⁰⁰, czy przez wspomnianą zasadę proporcjonalności, to zwłaszcza ta ostatnia pojmowana jest właśnie jako zakaz nadmiernej ingerencji w konstytucyjne prawa podmiotowe (w tym prawo własności), w szczególności poprzez niewłaściwe określenie zasad, reguł oraz okoliczności, w których obowiązek ten jest realizowany¹⁰¹.

Wydaje się, że także na tle krajowych regulacji ustrojowych omawiana kwestia wymaga dodatkowego namysłu.

6. Zamiast konkluzji meandry polityki fiskalnej

Jak spostrzega się w doktrynie, „projektowanie racjonalnego systemu podatkowego wymaga od jego konstruktorów nie tylko dostosowania go do potrzeb gospodarki rynkowej, ale także przyjęcia konkretnych propozycji podatkowych sprzyjających rozwojowi gospodarstwu kraju i jego międzynarodowej konkurencji. Nie ma wątpliwości, że jest to zadanie skomplikowane. Tradycyjnie

⁹⁸ R. Lipiewicz, *Zasada proporcjonalności...*, s. 99 i n.

⁹⁹ Przykład może tu stanowić niedawne orzeczenie w sprawie kwoty zmniejszającej podatek w PIT (por. wyrok z 28.10.2015 r., K 21/14, OTK 152/9A/2015).

¹⁰⁰ Zob. np. wyrok TK z 8.10.2013, SK 40/12, OTK 97/7A/2013.

¹⁰¹ Zob. np. wyroki TK: z 22.05.2007 r., SK 36/06, OTK 50/6A/2007; z 19.06.2012 r., P 41/10, OTK 65/6A/2012.

bowiem wskazuje się na konflikt między efektywnością ekonomiczną a sprawiedliwością podatkową¹⁰².

Odpowiednio więc system opodatkowania przedsiębiorstw, którego element stanowi podatek CIT, powinien spełniać w możliwie jak największym stopniu sprzeczne oczekiwania przedsiębiorców i państwa; powinien być skonstruowany w taki sposób, aby zapewnić stabilne dochody budżetowi państwa, ale też nie naruszać zdolności ekonomicznej przedsiębiorstw do dalszej kontynuacji działalności¹⁰³.

Na poziomie podatku dochodowego od osób prawnych opisane wyżej wybiórczo¹⁰⁴ zmiany

¹⁰² P. Felis, *Wybrane współczesne...*, s. 150.

¹⁰³ I. Górowski, *Sprawiedliwe opodatkowanie dochodów przedsiębiorstw jako determinant wzrostu gospodarczego*, Czasopisma Uniwersytetu Rzeszowskiego: Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy, Zeszyt nr 26, Rzeszów 2012, s. 25. Autor trafnie spostrzega przy tym, że „rozumowanie prowadzone wyłącznie na płaszczyźnie niski podatek/wysoki podatek jest fałszywe. W istocie równie ważne są wszelkie elementy konstrukcyjne podatku, a w szczególności przedmiot opodatkowania. Zmiany w definicji dochodu mogą być dla podatników równie lub bardziej dotkliwe, jak wzrost stóp podatkowych. Podobnie, niesprawiedliwe i nieracjonalne z punktu widzenia podatnika okoliczności powodujące powstanie obowiązku podatkowego mogą się przyczynić do unikania lub uchylania się od opodatkowania. Wyłączenie określonej grupy kosztów, na przykład szeroko rozumianych «kosztów reprezentacji» czy też kosztów związanych z użytkowaniem samochodów osobowych z podstawy opodatkowania w przypadku podatnika, który ze względu na specyfikę działalności musi użytkować samochody osobowe, wywołuje poczucie niesprawiedliwości. Z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej podatek jest postrzegany jako jeden z jej kosztów, więc jego wysokość musi mieć realny związek z ekonomiką działalności przedsiębiorstwa” (s. 23).

¹⁰⁴ Pominięto m.in. kwestie związane implementacją dyrektywy ATAD, jak regulacje dot. zagranicznych spółek kontrolowanych (por. np. B. Kuźniacki, *Wątpliwości związane z implementacją dyrektywy ATA. Nowe przepisy o CFC, spółki z rajów podatkowych oraz swoboda przepływu kapitału*,

System opodatkowania przedsiębiorstw, którego element stanowi podatek CIT, powinien spełniać w możliwie jak największym stopniu sprzeczne oczekiwania przedsiębiorców i państwa; powinien być skonstruowany w taki sposób, aby zapewnić stabilne dochody budżetowi państwa, ale też nie naruszać zdolności ekonomicznej przedsiębiorstw do dalszej kontynuacji działalności.

w zasadniczej mierze idą jednak tak daleko, że zasadne staje się postawienie pytania, czy aby mamy wciąż do czynienia z tą samą, co do istoty, konstrukcją podatkową, którą wprowadzono w 1992 r.¹⁰⁵ To niełatwe pytanie o moment rozwoju idei opodatkowania dochodów, z którym mierzy się krajowy ustawodawca, związane z akcentowaną przez wspomnianego wyżej Piketty’ego tendencją do koncentracji kapitału i do tego, że „przedsiębiorca nieuchronnie stara się przekształcić w rentiera i coraz silniej domino-

wać nad tymi, którzy posiadają tylko własną pracę”¹⁰⁶, ma zresztą wymiar uniwersalny. Świadczą o tym choćby inicjatywy podejmowane w ramach Unii Europejskiej. Poza wspomnianą wyżej dyrektywą ATAD należy tu odnotować wysiłki dotyczące ustanowienia skonsolidowanej podstawy opodatkowania, podobnie jak dyrektywa zmierzająca – poprzez dwuetapową harmonizację podatku CIT – do zapobiegania wykorzystywaniu przez międzynarodowe korporacje luk prawnych do erozji bazy podatkowej i korzystnego podatkowo

Przegląd Podatkowy 2018/3, s. 12–27), czy problematykę podawania do publicznej wiadomości danych podatkowych dotyczących PGK oraz podatników, u których wartość przychodów przekroczyła 50 mln euro (art. 27b ustawy CIT, wprowadzony na mocy ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. poz. 2369), tj. kwestię publicznej (społecznej) kontroli największych przedsiębiorców.

¹⁰⁵ *Notabene* bołączka ta nie jest też obca wyjątkowo eklektycznej już obecnie ustawie z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 200).

¹⁰⁶ T. Piketty, *Kapitał...*, s. 723.

Zmiany idą tak daleko, że zasadne staje się postawienie pytania, czy aby mamy wciąż do czynienia z tą samą, co do istoty, konstrukcją podatkową, którą wprowadzono w 1992 r.

transferu zysków tak, aby podatki były płacone w miejscu, gdzie są generowane zyski i wytwarzana jest wartość¹⁰⁷. Wkładając przysłowiowy „kij w mrowisko” przedstawiciel doktryny zauważa jednak, że działania te służą tylko „impregnowaniu paradygmatu”¹⁰⁸, który znajduje się w kryzysie i żartobliwie kwituje, że „podobnie przed heliocentrycznym przewrotem kopernikańskim Ptolemejski system astronomiczny był ratowany przed upadkiem pod naporem anomalii przez postępującą jego komplikację – wprowadzanie nowych elementów: tzw. ekwantów, gdy okazało się, że dotychczasowe deferenty i epicykle są niewystarczające do wyjaśnienia naocznie obserwowanych zjawisk”¹⁰⁹.

Niezależnie od oceny poszczególnych rozwiązań omówionych w niniejszym artykule, kierunek reform obowiązujących od

Niezależnie od oceny poszczególnych rozwiązań omówionych w niniejszym artykule, kierunek reform obowiązujących od 1 stycznia 2018 r. jest czytelny – jego motto stanowi stara zasada, którą z ujmującą dezynwolturą uchwycił Joseph Stiglitz: „sięgać tam, gdzie są pieniądze”.

¹⁰⁷ 15 marca 2018 r. Parlament Europejski przyjął projekt dwóch dyrektyw: wspólnej podstawy opodatkowania osób prawnych (ang. CCTB – *Common Corporate Tax Base*) oraz wspólnej skonsolidowanej podstawy opodatkowania osób prawnych (ang. CCCTB – *Common Consolidated Corporate Tax Base*). Rezolucje zostaną teraz przekazane Radzie UE i Komisji w celu ich rozpatrzenia i nadania dalszego biegu (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20180315+TOC+DOC+XML+Vo//PL&language=PL>, dostęp na dzień: 4.05.2018 r.). Pierwsza z dyrektyw zakłada przyjęcie jednolitych reguł kalkulacji podstawy opodatkowania i transgranicznego rozliczania strat (CCTB), druga ma dotyczyć reguł konsolidacji dochodu (wyniku w grupie) i jego rozdziału między poszczególne państwa członkowskie według przewidzianego klucza (CCCTB). Projekty przewidują stosowanie przepisów od 1 stycznia 2020 r. Wskazuje się jednak, że nie jest to termin realny.

¹⁰⁸ Jako alternatywę wskazuje koncepcję zbiorczo określaną mianem DBCT (ang. *Destination-Based Corporation Tax*), zakładającą opodatkowanie dochodu podatkiem korporacyjnym w państwie sprzedaży (tam, gdzie znajduje się finalny odbiorca), przy kalkulacji dochodu, jako różnicy pomiędzy przychodami, a kosztami ich uzyskania w danej jurysdykcji.

¹⁰⁹ H. Filipczyk, „Zmiana paradygmatu” albo zmierzch podatku dochodowego od osób prawnych, <http://torun-pl.academia.edu/HannaFilipczyk> (dostęp: 4.05.2018 r.).

1 stycznia 2018 r. jest czytelny – jego motto stanowi stara zasada, którą z ujmującą dezynwolturą uchwycił Joseph Stiglitz: „sięgać tam, gdzie są pieniądze”¹¹⁰. Cel przyświecający zmianom jest przy tym szczytny i *prima facie* zgodny z tezą, artykułowaną już przez autora *Badań nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*¹¹¹ pod postacią zasady *ability-to-pay* (zdolności płatniczej). Z tej niewątpliwie wartości

perspektywy wyłania się też wpływ socjalnej myśli podatkowej A. Wagnera, który postulował silniejsze opodatkowanie tzw. dochodów fundowanych (kapitałowych), aniżeli niefundowanych (z wynagrodzeń za pracę, bądź takich, które dziś nazwalibyśmy operacyjnymi)¹¹²; postulat ten wyraża przekonanie, że „bogaci powinni

ponosić większe podatki niż myślą, podczas gdy ubodzy powinni myśleć, że płacą więcej niż się to dzieje w rzeczywistości”¹¹³. Z aksjologicznego punktu widzenia sprawiedliwość podatkowa mając więc ma, wedle intencji prawodawcy – jeżeli ją właściwie odczytuję – należne jej miejsce jednego z gwarantów sprawiedliwości ogólnej¹¹⁴.

To przesłanie omawianych wyżej zmian potwierdza dodatkowo poluzowanie tych rygorów podatkowych, które odczują zwłaszcza mniejsi podatnicy, wyrażające się m.in.:

- w podniesieniu limitu odliczenia dla środków trwałych mniejszej wartości z 3500 zł do 10 000 zł, który dotyczy składników

¹¹⁰ J.E. Stiglitz, *Cena nierówności. W jaki sposób dzisiejsze podziały społeczne zagrażają naszej przyszłości?*, Warszawa 2015, s. 358.

¹¹¹ A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 2017 (przedruk PWN).

¹¹² Z. Fedorowicz, *Historia podatków do końca XIX wieku – ze szczególnym uwzględnieniem Polski*, w: C. Kosikowski (red.), *Encyklopedia podatkowa*, Warszawa 1998, s. B/71.

¹¹³ Adolf Wagner, cyt. za A. Gomułowicz, *Zasada sprawiedliwości...*, s. 61.

¹¹⁴ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 405 i n.

majątku przyjętych do używania po dniu 31 grudnia 2017 r. (art. 16d ust. 1 ustawy CIT w zw. z art. 11 ustawy noweli-
zującej), czy

- zwolnieniu z obowiązku regulowania zaliczek na podatek dochodowy o małej wysokości (art. 25 ust. 18 ustawy CIT).

Jest to kontynuacja wcześniej zapoczątkowanych zmian, takich jak np. wprowadzenie w 2017 r. obniżonej (15%) stawki podatkowej dla małych podatników i rozpoczynających działalność. Nie można więc odmówić prawodawcy konsekwencji, czy też pewnej wizji podatku korporacyjnego.

Rzecz w tym, by idee te wcielać w życie w sposób przemyślany (przedyskutowany, najlepiej w formie szeroko zakrojonego dialogu instytucjonalnego, zawodowego etc.), słowem, by – parafrazując mistrza Kotarbińskiego – robota była dobra. Pojmowana w ww. sposób sprawiedliwość podatkowa i wiążący się z nią zamiysł uszczelnienia systemu podatkowego nie powinien więc przesłaniać prawodawcy konieczności zapewnienia spójności i czytelności konstrukcji podatkowej, jako zasadniczej determinanty jej efektywności fiskalnej i zarazem czynnika legitymizującego władztwo podatkowe państwa, tzn. zapewniającego właściwy odbiór społeczny wprowadzanych zmian w szerokim sensie

(rynkowym, zawodowym, naukowym etc.). Tym istotniejsze ma to zaś znaczenie w podatkach dochodowych, które w znacznie

większym stopniu zniekształcają rynek pracy i kapitałowy niż podatki pośrednie (w proporcji do wprowadzanego klina podatkowego)¹¹⁵. Rozdźwięk pomiędzy teoretyczną koncepcją podatku dochodowego a rozwiązaniami prawnymi jest niepożądany i szkodliwy, a jego symptomy sygnalizują możliwość rewizji podstaw

koncepcji.

Z tej perspektywy ocena zmian wprowadzonych nowelą z 27 października 2017 r. nie może być więc jednoznaczna. W szczególności podzielać zaproponowany przez ustawodawcę generalny kierunek reform, przynajmniej co do niektórych wdrażanych zmian można mieć wątpliwości, czy będą stanowić skuteczne narzędzie realizacji założonych przez prawodawcę celów, czy też wręcz przeciwnie, odczytane zostaną jako dyskryminujące, co z pewnością przełożyłoby się na ich efektywność. Pamiętać należy, że nie tylko konstrukcja podatku zapewnia jego efektywność, lecz „równie ważne są warunki zewnętrzne, stanowiące środowisko, w którym funkcjonuje dany podatek oraz polityka prowadzona przez administrację”¹¹⁶, tzn. działanie podatku, a nie tylko jego normatywne założenia.

¹¹⁵ P. Felis, *Wybrane współczesne...*, s. 141.

¹¹⁶ M. Kudła, *Ekonomiczne problemy...*, s. 248.

Ocena zmian wprowadzonych nowelą z 27 października 2017 r. nie może być jednoznaczna. Podzielając zaproponowany przez ustawodawcę generalny kierunek reform, przynajmniej co do niektórych wdrażanych zmian można mieć wątpliwości, czy będą stanowić skuteczne narzędzie realizacji założonych przez prawodawcę celów, czy też wręcz przeciwnie, odczytane zostaną jako dyskryminujące, co z pewnością przełożyłoby się na ich efektywność.

Corporate Income Tax in 2018 – systemic changes or paradigm crisis? (selected issues)

The aim of the article is to appoint general idea of the serious amendment made to CIT act, which have entered into force since 1st January 2018 and moreover to evaluate its normative realization. In this respect some crucial changes have been elaborated, such as the extraction of the capital gains as the separate source of income, minimal income tax concerning commercial buildings or disallowance of tax deductions for expenses linked to so called bad debts. Author's main thesis is that the recent amendment does not fully comply with its goals, since taken measures raise doubts from both domestic (constitutional) and international (i.e. EU) perspective.

Keywords: corporate income tax, tax system, theory of taxation, tax policy

Bibliografia

- Alexy R., *On the Structure of Legal Principles*, Ratio Juris 2000, vol. 13, no. 3
- Alstadsæter A., Johannesen N., Zucman G., *Tax Evasion and Inequality*, <http://www.nber.org/papers/w23772> (dostęp: 4.05.2018 r.)
- Banasik P., Kałużny A., Morawski W., *Minimalny podatek dochodowy od wartości obiektów komercyjnych – wybrane problemy*, Przegląd Podatkowy 2018/2
- Czernik A., Źródła, algorytmy i meandry architektury czyli zmiany w CIT 2018, Doradca Podatkowy 2018/1
- Dobija M. (red.), *Teoria pomiaru kapitału i zysku*, Kraków 2010
- Fedorowicz Z., *Historia podatków do końca XIX wieku – ze szczególnym uwzględnieniem Polski*, w: C. Kosikowski (red.), *Encyklopedia podatkowa*, Warszawa 1998, s. B/71
- Felis P., *Wybrane współczesne społeczno-ekonomiczne uwarunkowania reformy systemu podatkowego*, w: H. Dzwonkowski, J. Kulicki (red.), *Dylematy reformy systemu podatkowego w Polsce*, Warszawa 2016
- Filipczyk H., „Zmiana paradygmatu” albo zmierzch podatku dochodowego od osób prawnych, <http://torun-pl.academia.edu/HannaFilipczyk> (dostęp: 4.05.2018 r.)
- Gajewski D., *Granica pomiędzy unikaniem a uchylaniem się od opodatkowania na gruncie działalności holdingów międzynarodowych*, Monitor Prawa Celnego i Podatkowego 2014/3
- Gajewski D., *Holding International Taxation in the European Union*, Warszawa 2017
- Gajewski D. (red.), *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania*, Warszawa 2018
- Gajewski D. (red.), *Międzynarodowe unikanie opodatkowania. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2017
- Gizbert-Studnicki T., *Język prawny a obraz świata* (w:) G. Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992
- Gomułowicz A., *Zasada sprawiedliwości podatkowej w polskim systemie podatkowym*, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny 1989/3
- Gomułowicz A., Mączyński D., *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2016
- Górowski I., *Sprawiedliwe opodatkowanie dochodów przedsiębiorstw jako determinanta wzrostu gospodarczego*, Czasopisma Uniwersytetu Rzeszowskiego: Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy, Zeszyt nr 26, Rzeszów 2012
- Habermas J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. II, Frankfurt am Main, 1981
- Kowalski R., *Zmiany w podatkach dochodowych 2017/2018*, Warszawa 2018
- Kudła M., *Ekonomiczne problemy kosztów opodatkowania i nielegalnego unikania podatków*, Warszawa 2004
- Kurzac M., *Unikanie opodatkowania a uchylanie się od opodatkowania – o kryteriach rozróżniających*, Studia Prawno-Ekonomiczne 2017/25
- Kuźniacki B., *Wątpliwości związane z implementacją dyrektywy ATA. Nowe przepisy o CFC, spółki z rajów podatkowych oraz swoboda przepływu kapitału*, Przegląd Podatkowy 2018/3
- Lipniewicz R., *Zasada proporcjonalności a podatkowe ograniczenia swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 2015/4
- Litwińczuk H., *Podatki dochodowe*, w: L. Etel (red.), *System prawa finansowego*, t. 3, Warszawa 2010
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Rozwój zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym*, Studia Europejskie 2006/1
- Matysek G., *Założenia modelowe opodatkowania dochodów*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska 2009/2
- Piketty T., *Kapitał w XXI wieku*, przeł. A. Bilik, Warszawa 2015
- Postuła I., Werner A., *Pomoc publiczna*, Warszawa 2006
- Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2009
- Smith A., *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 2017 (przedruk PWN)
- Sosnowski M., *Wpływ zmian w konstrukcji podatku dochodowego od osób fizycznych na obciążenia fiskalne przedsiębiorstw*, w: L. Patrzalek (red.), *Finanse – nowe wyzwania teorii i praktyki. Finanse publiczne*, Wrocław 2011

Spychała M., *Pomoc publiczna w warunkach gospodarki rynkowej*, Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach 2013/139

Stiglitz J. E., *Cena nierówności. W jaki sposób dzisiejsze podziały społeczne zagrażają naszej przyszłości?*, przeł. R. Mitoraj, Warszawa 2015

Thedy M., Opoka M., *Rozdzielenie źródeł przychodów w podatku dochodowym od osób prawnych*, Przegląd Podatkowy 2018/2

Tridimas T., *The General Principles of EU Law*, New York 2007

Zirk-Sadowski M., *Polityka fiskalna a polityka prawa*, Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica 2015/75



Centrum Analiz i Studiów Podatkowych
Centre for Analysis and Studies of Taxation

· WYDAWCA ·

CENTRUM ANALIZ I STUDIÓW PODATKOWYCH · Warszawa 02-554 · Al. Niepodległości 162
DOMINIK J. GAJEWSKI (redaktor naczelny) · GRZEGORZ GOŁĘBIEWSKI (sekretarz redakcji)

· KONTAKT ·

analizystudiacasp@gmail.com · www.sgh.waw.pl/casp