

AGNIESZKA SOBIECH

STANOWISKO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI W SPRAWIE PRZEPISÓW O NIEDOSTATECZNEJ KAPITALIZACJI

I. ZJAWISKO NIEDOSTATECZNEJ KAPITALIZACJI I SPOSOBY JEGO OGRANICZANIA

Sposoby przeciwdziałania zjawisku niedostatecznej kapitalizacji stanowią ważną część międzynarodowego prawa podatkowego. Próby stworzenia skutecznych metod walki z finansowaniem przedsiębiorstw przy pomocy kapitału pochodzącego z pożyczek od udziałowców spółek są czynione od trzydziestu lat. Po raz pierwszy szczególne regulacje wprowadzono w życie w Kanadzie na początku lat siedemdziesiątych. Dziś większość państw-członków OECD zamieściła w swych systemach prawnych różnorodne konstrukcje prawne mające prowadzić do ograniczonego stosowania niedostatecznej kapitalizacji. Z problematyką niedokapitalizowania działalności spółki spotykamy się w literaturze różnych państw.

Pojęcie niedostatecznej kapitalizacji w najszerszym ujęciu oznacza sytuację, w której spółka kapitałowa lub inna osoba prawna finansowana jest z kapitału obcego pochodzącego z pożyczek i kredytów (zwanego również kapitałem wierzycielskim) udzielanych przez jej udziałowców (akcjonariuszy) w stopniu znacznie przekraczającym finansowanie kapitałami własnymi (w szczególności kapitałem zakładowym), w związku z czym kapitał zakładowy ograniczony zostaje do minimum określonego w ustawie¹. Taki rodzaj niedokapitalizowania spółki nazywany jest niedokapitalizowaniem nominalnym lub formalnym, w odróżnieniu od sytuacji niedokapitalizowania materialnego², kiedy to spółka nie posiada odpowiednich środków do realizowania swej działalności³.

W węższym znaczeniu niedostateczna kapitalizacja (a raczej: ukryta kapitalizacja) oznacza, iż wartość zadłużenia spółki z tytułu pożyczek (kredytów) pochodzących od udziałowców (akcjonariuszy) spółki przekracza przyjęty w danym ustawodawstwie wskaźnik (*debt to equity ratio*), który wyznacza bezpieczną granicę zadłużenia spółki w odniesieniu do wartości kapitału zakładowego.

¹ Z. Kukulski, *Unormowania w zakresie ograniczenia niedostatecznej kapitalizacji w państwach OECD*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2000, nr 3-4, s. 18 i n.; R. Ciolek, *Niedostateczna kapitalizacja*, „Przegląd Podatkowy” 1999, nr 3, s. 1.

² M. Mieciński, *Niedokapitalizowanie spółki z o.o. a wysokość kapitału zakładowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 6 s. 14-22.

³ K. Oplustil, *Pożyczki od wspólników udzielane spółkom kapitałowym*, Kraków 2001, s. 38-39; Z. Kukulski, *Unormowania...*, s. 10-11.

Ze względu na to, że finansowanie wierzycielskie jest w wielu sytuacjach korzystniejsze zarówno dla spółki, jak i udziałowca (wspólnika), z punktu widzenia podatkowego⁴ może powodować uszczuplenie źródła podatkowego i rodzić niekorzystne sytuacje dla budżetu państwa. Dzieje się tak zwłaszcza w przypadku, gdy spółka ma siedzibę w innym państwie niż jej udziałowiec (akcjonariusz) – wtedy poprzez zwiększenie kosztów uzyskania przychodów spółki dochodzi do uszczuplenia dochodów budżetu z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych w państwie jej siedziby, a zyski spółki ukryte pod postacią odsetek zostają przekazane udziałowcom (akcjonariuszom) do państwa ich siedziby. Finansowanie poprzez zaciągnięcie długu jest wykorzystywane przede wszystkim w celu przeniesienia zysku z krajów o wysokich stawkach podatkowych do tych, w których przychody z tytułu odsetek opodatkowane są korzystniej lub do tzw. rajów podatkowych⁵.

Zasady ograniczające niedostateczną kapitalizację w różnych krajach przybierają odmienne formy. Różnice dotyczą przede wszystkim zakresu przedmiotowego, podmiotowego, sposobu regulacji prawnej, metod ograniczania korzyści podatkowych. Zasadniczo możemy wyróżnić pięć najczęściej spotykanych typów rozwiązań w podejściu do problematyki niedostatecznej kapitalizacji⁶: 1) podejście obiektywne, oparte na wskaźniku wartości zadłużenia do wartości kapitału własnego spółki (*objective approach, fixed ratio approach*), 2) podejście subiektywne oparte na ujęciu ocennym występowania niedostatecznej kapitalizacji (*subjective approach*), 3) podejście oparte na zastosowaniu regulacji dotyczących opodatkowania ukrytej dystrybucji dochodów, 4) brak regulacji ograniczających zjawisko niedostatecznej kapitalizacji, 5) całkowity zakaz zaliczania odsetek od pożyczek do kosztów uzyskania przychodów.

Zasadniczo finansowanie długiem działalności spółki jest powszechnie przyjętą praktyką, jednak władze podatkowe próbują zniechęcić do stosowania tego typu dokapitalizowania działalności spółki, zwalniając od podatku dywidendy wypłacane przez podmioty powiązane lub przez nieuznanie odsetek od pożyczek udzielanych przez takie podmioty za koszt uzyskania przychodu⁷. Tego typu rozwiązania stosuje się zwykle wobec podmiotów międzynarodowych, nie lokalnych, co powoduje dyskryminację tych pierwszych. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) w ostatnim czasie w znacznym stopniu zmniejsza możliwość stosowania reguł ograniczających niedostateczną kapitalizację w takim kształcie, w jakim istnieją w krajach Unii Europejskiej⁸. Co prawda, nie wszystkie systemy prawne odnoszą się przy konstruowaniu zasad ograniczających

⁴ Przede wszystkim z uwagi na możliwość zaliczania odsetek wypłacanych spółce-matce do kosztów uzyskania przychodu – w przeciwieństwie do dywidendy, która takim kosztem być nie może.

⁵ A. Jasmon, J. M. Shaikh, *Tax Strategies to Discourage thin Capitalization*, „Journal of International Taxation” 2003, April, s. 36.

⁶ B. Brzeziński, R. Hayder, *Niedostateczna kapitalizacja w prawie podatkowym*, „Monitor Podatkowy” 1998, nr 2, s. 34 i n.; G. Richardson, D. Hanlon, L. Nethercott, *Thin Capitalization Rules: An Anglo-American Comparison*, „The International Tax Journal” 1998, nr 2, s. 36; R. A. Sommerhalder, *Approaches to thin Capitalization*, „European Taxation” 1996, nr 3, s. 82-95; A. Collado, F. Rey, *Thin Capitalization Regulations in a Comparative Framework*, „European Taxation” 1993, nr 4, s. 109-119.

⁷ Ibidem.

⁸ A. Cordewerner, *Company Taxation, Cross-border Financing and thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on Lanhorst-Hohorst GmbH*, „European Taxation” 2003, April, s. 102 i n.

niedostateczną kapitalizację do kryterium rezydencji, tak jak omawiane poniżej przepisy niemieckie, ale zasadniczo pożyczki udzielane przez spółki-matki mające swe siedziby w innych krajach traktowane są surowiej niż te, które udzielane są przez podmioty powiązane posiadające siedzibę w tym samym państwie⁹. Polskie przepisy odnoszące się do niedostatecznej kapitalizacji, oparte na podejściu obiektywnym, odpowiadają rozwiązaniom przyjętym przez znaczną część państw Unii w dotychczasowym ich kształcie. Jednak z chwilą wejścia do Unii orzeczenia ETS będą miały bezpośrednie zastosowanie w polskim porządku prawnym i z tego względu także polski ustawodawca będzie zmuszony do ich nowelizacji.

II. ROLA ETS W KSZTAŁTOWANIU PODATKÓW BEZPOŚREDNICH W PAŃSTWACH NALEŻĄCYCH DO UNII EUROPEJSKIEJ

Podstawowym zadaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jest zapewnienie jednolitego stosowania prawa wspólnotowego we wszystkich państwach członkowskich. Jedną z istotniejszych kwestii, które znalazły rozwiązanie w jego orzecznictwie, było określenie sposobu rozstrzygania konfliktów między normami prawa krajowego i prawa wspólnotowego. ETS uznał, iż żadne przepisy prawa krajowego nie mogą przeważać nad prawem wywodzącym się z Traktatu¹⁰. Najwięcej orzeczeń ETS w sprawach podatkowych poświęconych jest problemom wynikającym z harmonizacji podatku od wartości dodanej (VAT). W zakresie tego podatku osiągnięto już daleko idące ujednolicenie systemów podatkowych poszczególnych państw. W tym kontekście orzecznictwo dotyczące podatków bezpośrednich jest znacznie skromniejsze. Taki stan rzeczy wynika z faktu, że prawo Wspólnoty w tym zakresie ograniczało się do dwóch dyrektyw. Pierwszą była dyrektywa Rady nr 90/434 EEC z 23 lipca 1990 r. o wspólnym systemie podatkowym dla fuzji, podziałów, wniesienia majątku i zamiany udziałów w odniesieniu do spółek-matek i spółek-córek różnych państw członkowskich, drugą – dyrektywa Rady nr 90/435 EEC z 23 lipca 1990 r. o wspólnym systemie podatkowym w odniesieniu do spółek-matek i spółek-córek różnych państw członkowskich. Jednak 3 czerwca 2003 r. (zatem już po wydaniu orzeczenia w omawianej poniżej sprawie) Komisja Europejska uchwaliła dwie kolejne dyrektywy – dyrektywę 2003/49/EC o wspólnym systemie opodatkowania dotyczącym płatności odsetkowych i opłat licencyjnych dokonanych między spółkami powiązаныmi pochodzącymi z różnych państw członkowskich oraz dyrektywę 2003/48/EC o opodatkowaniu dochodów z oszczędności w formie płatności odsetkowych.

Wydane dotychczas orzeczenia odnoszące się do podatków bezpośrednich dotyczą nie tyle problemów interpretacyjnych związanych z dyrektywami, co naruszeń fundamentalnych wolności zagwarantowanych w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską¹¹ (zwanego dalej Traktatem).

⁹ G. Green, J. Levy, *The End of Thin – Capitalization Rules as we Know them...*, „International Tax Review” 2002, December, s. 25.

¹⁰ *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, pod red. J. Barcza, Warszawa 2002, s. 230.

¹¹ Traktat ustanawiający Unię Europejską z 25 marca 1957 r. w wersji skonsolidowanej.

Skoro nadrzędnym celem państw członkowskich jest stworzenie wspólnego rynku wewnętrznego i zapewnienie takich samych warunków prowadzenia działalności we wszystkich krajach należących do Wspólnoty, państwa te zobowiązane są zapewnić równe traktowanie także na gruncie prawa podatkowego w celu ochrony wolności przepływu dóbr, usług, osób i kapitału. Zakaz dyskryminacji podatkowej jest czołową zasadą systemu podatków bezpośrednich i znaczna część spraw rozstrzyganych przez Trybunał dotyczy naruszenia tej podstawowej reguły¹².

III. STANOWISKO ETS WOBEC AKTUALNIE FUNKCJONUJĄCYCH ZASAD OGRANICZAJĄCYCH NIEDOSTATECZNĄ KAPITALIZACJĘ

Najistotniejszym spośród orzeczeń ETS odnoszących się bezpośrednio lub pośrednio do reguł niedostatecznej kapitalizacji jest wyrok z 12 grudnia 2002 r. w sprawie Lankhorst-Hohorst GmbH przeciwko niemieckim organom podatkowym (C-324/00)¹³. Sprawa ta stała się przedmiotem szczególnego zainteresowania, gdyż Trybunał stanął na stanowisku, że niemieckie reguły ograniczające niedostateczną kapitalizację są niezgodne z art. 43 Traktatu, który stanowi, iż „ograniczenia swobody prowadzenia działalności przez obywateli jednego z państw członkowskich na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane na podstawie niniejszych przepisów...”. Swoboda prowadzenia działalności obejmuje prawo prowadzenia działalności na własny rachunek, jak również prawo do zakładania przedsiębiorstw i kierowania nimi, zwłaszcza spółek w rozumieniu art. 48, zgodnie z przepisami stanowionymi dla własnych obywateli przez państwo członkowskie, w którym działalność jest podejmowana, z zastrzeżeniem przepisów rozdziału dotyczących kapitału. Negatywna ocena obecnie obowiązujących reguł oznacza konieczność ich zmiany przez znaczną część państw należących do Unii¹⁴ oraz w bliższej perspektywie zwiększenie ilości spraw sądowych. Fakt ten nie jest również bez znaczenia dla podatników rezydujących w krajach spoza Unii Europejskiej, powiązanych kapitałowo z przedsiębiorcami unijnymi, dla których eliminacja reguł ograniczających niedostateczną kapitalizację oznaczać może obniżenie kosztów związanych z przekazywaniem kapitału.

Orzeczenie to zapadło na gruncie następującego stanu faktycznego. Lankhorst-Hohorst, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Niemczech, zawarła umowę pożyczki ze spółką-babką LT BV, posiadającą siedzibę w Holandii, która była jedynym udziałowcem spółki Lankhorst-Hohorst BV także z siedzibą w Holandii (spółki-matki, będącej jedynym wspólnikiem spółki Lankhorst-Hohorst). Pożyczka umożliwiła spółce znacz-

¹² L. Hinnekens, *Zakaz dyskryminacji w Europejskim prawie podatkowym: Czy można pokolorować kameleona?*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 1999, nr 1, s. 63-66.

¹³ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 12 grudnia 2002 r. – publikowane na stronie internetowej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: www.curia.eu.int/en/index.htm.

¹⁴ A. Rainer, O. Thoemmes, E. Tomsett, *Court Uphold the Freedom-to-Provide-Services Principle*, „International Tax Review” 2003, December/January; *UK Defends its Corporate Tax System Against Application of European Law*, „International Tax Review”, May 2003.

na redukcję zadłużenia wobec innych podmiotów. Niemieckie organy podatkowe stwierdziły, że spółka była niedostatecznie kapitalizowana, a wypłatę odsetek, które zgodnie z umową wynosiły 4,5% w skali rocznej, należy traktować jako ukrytą dywidendę i w związku z tym opodatkować stawką 30%. Spółka-babka nie mogła również skorzystać z kredytu podatkowego przysługującego wyłącznie spółkom-rezydentom. Zgodnie z art. 8a(1) KStG¹⁵, odsetki płacone przez spółkę będącą rezydentem z tytułu pożyczki spółce powiązanej nie będącej rezydentem są traktowane jak wypłata dywidendy, podczas gdy w sytuacji, kiedy spółka powiązana jest również rezydentem niemieckim, otrzymuje kredyt podatkowy, a wypłacane odsetki są traktowane jak koszt uzyskania przychodu, a nie jak dywidenda.

W swym odwołaniu spółka Lankhorst-Hohorst argumentowała, że różnice w traktowaniu podmiotów powiązanych w zależności od miejsca ich siedziby są niezgodne z art. 43 Traktatu, a regulacja podatkowa kształtująca reguły niedostatecznej kapitalizacji stanowi dyskryminację podmiotów nie będących rezydentami.

Różnica w traktowaniu rezydentów i nierezydentów przejawia się wyłącznie na gruncie prawa podatkowego. Niemieckie prawo prywatne pozostawia kwestię sposobu finansowania spółki swobodnej decyzji wspólników do momentu, gdy spełnione są wymagania dotyczące minimalnej wysokości kapitału zakładowego. Początkowo niemiecki system podatkowy radził sobie z zagrożeniami wynikającymi z niedostatecznej kapitalizacji przy pomocy ogólnych norm dotyczących zapobiegania obchodzeniu prawa podatkowego, co było przedmiotem krytyki ze strony sądów. Z tego względu wprowadzono regulacje szczególne¹⁶.

Zasada niedyskryminacji ze względu na obywatelstwo jest jedną z podstawowych zasad określonych w art. 12 Traktatu. Państwa członkowskie zobowiązane są do równego traktowania obywateli własnych oraz obywateli innych państw członkowskich. Zakaz dyskryminacji przedsiębiorców rozciąga się na obszar prawa podatkowego. W swych wcześniejszych rozstrzygnięciach Trybunał opowiadał się za unikaniem dyskryminacji na gruncie narodowości i za przyznaniem nierezydentom ulg podatkowych przysługujących rezydentom (sprawy: Wielockx C-80/94 i Asscher C-107/94). Zakaz ten nie ma jednak charakteru absolutnego. Wyjątkiem od powyższej reguły jest aprobowana w orzecznictwie ETS „zasada szczególnie uzasadnionej przyczyny”, zgodnie z którą należy uznać, iż ochrona dostatecznie ważnych wartości może usprawiedliwiać w wyjątkowych sytuacjach stosowanie dyskryminacji¹⁷. Państwo wprowadzające regulacje dyskryminujące nierezydentów powinno uzasadnić w sposób wyczerpujący powody odmiennego traktowania, tym bardziej, gdy chodzi o krajowe ograniczenia swobód traktatowych¹⁸.

¹⁵ Körperschaftsteuergesetz (niemiecka ustawa o podatku dochodowym) w wersji obowiązującej od 1996 do 1998 r.

¹⁶ A. Cordewerner, *Company Taxation...*, s. 107.

¹⁷ B. Brzeziński, M. Kalinowski, *Europejskie prawo podatkowe w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Gdańsk 2001, s. 26.

¹⁸ T. T. Koncewicz, *Zasada wolności gospodarczej w Układzie Europejskim*, „Glosa” 2003, nr 7, s. 33.

Trybunał wypowiadał się wielokrotnie co do ograniczeń wolności gwarantowanych przez Traktat, jednak uzasadnienia tych orzeczeń były bardzo lakoniczne, trudno więc o konkretyzację sytuacji dopuszczających przekroczenie norm zapewniających podstawowe wolności. ETS podkreśla, że okoliczności usprawiedliwiające naruszenie wolności wynikających z Traktatu to: realizacja usprawiedliwionych celów związanych z interesem Wspólnoty¹⁹, niewykraczanie ponad konieczność (unikanie nieproporcjonalnego i niedopuszczalnego wkrócenia w prawa podmiotów), nienaruszanie istoty prawa podstawowego²⁰. W swym dotychczasowym orzecznictwie Trybunał przyjmował, że dyskryminacja była usprawiedliwiona w sytuacji, gdy miała na celu zapobieganie unikaniu opodatkowania²¹, zapewnienie efektywności systemu podatkowego²² oraz zapewnienie spójności systemu podatkowego²³.

Władze niemieckie usprawiedliwiały istnienie szczególnych zasad wobec nierezydentów w regulach ograniczających niedostateczną kapitalizację interesem publicznym, polegającym na ochronie bazy podatkowej przed jej erozją powodującą znaczną redukcję przychodów budżetowych oraz ochronie spójności systemu podatkowego. Należy podkreślić, że podstawowym celem, dla którego wprowadzano reguły ograniczające niedostateczną kapitalizację w poszczególnych krajach, była właśnie ochrona bazy podatkowej i zapewnienie spójności przepisów podatkowych. Udzielenie przywileju w postaci kredytu podatkowego podmiotom, które nie płacą podatku dochodowego w tym państwie, mogłoby doprowadzić do znacznego ograniczenia dochodów budżetowych. Trybunał powtórzył wcześniej prezentowane stanowisko w sprawach *Bachmann* oraz *Commission v. Belgium*²⁴, iż spójność systemu podatkowego może być usprawiedliwieniem dla reguł ograniczających podstawowe wolności traktatowe w przypadku, gdy odpowiedzialność za zapłacenie podatku oraz kredyt podatkowy dotyczą tej samej osoby.

Innym argumentem podnoszonym w obronie reguł w ich dotychczasowym kształcie, który również nie znalazł uznania w opinii Trybunału, było twierdzenie, iż art. 8a KstG służy zapobieganiu zmniejszeniu się podstawy opodatkowania podatników podatku dochodowego od osób prawnych w sytuacji, gdy spółka nie może uzyskać pożyczki od innego podmiotu niż powiązany. Zdaniem Trybunału, regulacja ta nie ma na celu zapobiegania wszystkim pozornym umowom stworzonym na potrzeby regulacji niemieckich, aby zapewnić korzyści podatkowe, ale dotyczy głównie sytuacji, w których spółka-matka posiada siedzibę poza Niemcami.

Trybunał zignorował argument, że reguły określone w art. 8a KstG nie naruszają art. 43 Układu, ponieważ wiele innych państw posiada podobne reguły w swych systemach prawnych. Władze niemieckie broniły także swego stanowiska twierdząc, że w rozpoznawanej sprawie nie zachodzi dyskry-

¹⁹ A. Körner, *The ECJ's Lanhorst-Hohorst Judgment – Incompatibility of Thin Capitalization Rules with European Law and Further Consequences*, „International Tax Review” 2003, vol. 31, nr 4, s. 164.

²⁰ N. Vinter, E. Werlauff, *The Need for Fresh Thinking About Tax Rules on Thin Capitalization*, „EC Tax Review” 2003, nr 2, s. 100; S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000, s. 203.

²¹ Sprawa *Imperial Chemical Industries* C-264/96.

²² Sprawa *Futura Participations and Singer* C-250/95.

²³ Sprawa *Bachman* C-204/90.

²⁴ Sprawa *Commission v. Belgium* C-300/90.

minacja ze względu na narodowość lub siedzibę, ale wyłącznie w oparciu o kryterium, czy udziałowiec uprawniony jest do korzystania z przywileju w postaci kredytu podatkowego.

Komentatorzy orzeczenia wydanego w sprawie Lankhorst-Hohorst podkreślają, że poza wolnością zakładania przedsiębiorstw można dopatrzeć się w regulach ograniczających niedostateczną kapitalizację naruszenia innych wolności traktatowych – przede wszystkim zasady swobody przepływu kapitału, na której oparte jest inwestowanie w udziały obcych podmiotów zależnych. Zasada ta odnosić się będzie także do dostarczania zagranicznemu podmiotowi powiązanemu kapitału dłużnego²⁵.

Problem dyskryminacji podatkowej znajduje swoje rozwiązanie w umowach międzynarodowych o zapobieganiu podwójnemu opodatkowaniu opartych na Konwencji Modelowej OECD (zwanej dalej Konwencją) w sprawie podatku od dochodu i majątku. Przy rozstrzyganiu sprawy Lankhorst-Hohorst Trybunał pominął kwestie związane z zakazem dyskryminacji wynikającym z umowy dwustronnej o unikaniu podwójnego opodatkowania, koncentrując się wyłącznie na ocenie przepisów krajowych. Z art. 25 Konwencji wynika zakaz stosowania praktyk dyskryminacyjnych przez państwa-strony umowy, jednak z ust. 4 tegoż artykułu wynika, że zakaz ten nie odnosi się do sytuacji, gdy zastosowanie znajduje art. 9 ust. 1, art. 11 ust. 7 lub art. 12 ust. 6 Konwencji, czyli w przypadku dokonywania transakcji przez podmioty powiązane, zastosowania przepisów dotyczących odsetek lub należności licencyjnych. Należy zatem podkreślić, że – zgodnie z Konwencją – dopuszczalne jest odmienne traktowanie odsetek od udzielonych pożyczek w zależności od tego, gdzie pożyczkobiorca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę²⁶. Wobec stanowiska ETS w stosunku do niemieckich przepisów krajowych w sprawie niedostatecznej kapitalizacji należy przyjąć, że rozwiązania proponowane przez OECD²⁷, które dotąd stanowiły wzorzec dla poszczególnych państw przy wprowadzaniu przepisów zapobiegających przerzucaniu dochodów, także pozostają w sprzeczności z Traktatem. W przypadku, gdy – tak jak w polskim systemie prawnym – normy zawarte w ratyfikowanej umowie międzynarodowej są bezpośrednio stosowane i stanowią *lex specialis* wobec norm wynikających z ustawy podatkowej dla oceny sposobu traktowania rezydentów i nierezydentów, należałoby brać pod uwagę wszystkie dotyczące ich przepisy. Wobec stanowiska ETS (prezentowanego w orzeczeniu z 27 lutego 1962 r.²⁸), że postanowienia pierwotnego i wtórnego prawa europejskiego mają pierwszeństwo przed regulacjami umów międzynarodowych, których stronami są państwa członkowskie, nie znajdują zastosowania postanowienia umowy międzynarodowej naruszające pierwotne prawo europejskie.²⁹ Konieczna byłaby zatem zmiana Konwencji Modelowej OECD i opartych na niej umów międzynarodowych. Opinia ETS w sprawie treści

²⁵ A. Cordewerner, *Company Taxation...*, s. 104.

²⁶ J. Banach, *Polskie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania*, Warszawa 2002, s. 394-395.

²⁷ *Niedostateczna kapitalizacja*, Raport OECD, Paryż 1987, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2000, nr 3-4, s. 105

²⁸ Orzeczenie ETS 10/61.

²⁹ W. Wiza, *Unikanie podwójnego opodatkowania na obszarze Unii Europejskiej. Wpływ prawa wspólnotowego na umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania*, „Monitor Podatkowy” 2001, nr 4, s. 41.

obowiązujących umów międzynarodowych niewątpliwie ułatwiłaby opracowanie nowego sposobu rozwiązania problemu unikania podwójnego opodatkowania przez podmioty powiązane funkcjonujące na obszarze Unii Europejskiej.

IV. OCENA POLSKICH REGUŁ OGRANICZAJĄCYCH NIEDOSTATECZNĄ KAPITALIZACJĘ PRZEZ PRYZMAT ORZECZNICTWA ETS

Polskie reguły ograniczające niedostateczną kapitalizację wprowadzone zostały z początkiem 1999 r., a zawarte są w art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 oraz w art. 16 ust. 6 i 7 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Pierwotnie przepisy o niedostatecznej kapitalizacji nie rozróżniały sytuacji prawnej podmiotów, które podlegają ograniczonemu lub nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu, regulując jednocześnie możliwość odliczania odsetek udzielonych przez polskich pożyczkodawców. Od 1 stycznia 2001 r. do końca 2002 r. limitów w odliczaniu odsetek nie stosowano do procentów od pożyczek (kredytów) udzielonych przez płatników podatku dochodowego od osób prawnych mających w Polsce nieograniczony obowiązek podatkowy, którzy nie korzystają z ulg i zwolnień w podatku dochodowym od osób prawnych. Obecnie, od 1 stycznia 2003 r., ograniczeń w finansowaniu działalności spółek kapitałem pochodzącym z pożyczek nie stosuje się do podatników podlegających nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu, czyli tych, których siedziba lub zarząd znajduje się w Polsce. Jedynym wyjątkiem, kiedy podatnik podlegający nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu będzie podlegał regułom ograniczającym niedostateczną kapitalizację, jest sytuacja, w której podatnik osiąga dochód z działalności gospodarczej prowadzonej na terenie specjalnej strefy ekonomicznej. Podkreślenia wymaga fakt, że polskie przepisy ograniczające niedostateczną kapitalizację uzależniają możliwość zaliczenia lub niezaliczenia odsetek od uzyskanych pożyczek do kosztów uzyskania przychodu przede wszystkim od tego:

- 1) gdzie podmiot finansujący spółkę posiada swoją siedzibę lub organy zarządzające (czy podlega ograniczonemu czy nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu),
- 2) jaki jest stopień powiązania kapitałowego, a ściślej – jaka ilość udziałów (akcji) spółki-dłużnika znajduje się w rękach pożyczkodawcy³⁰,

³⁰ Zgodnie z art. 16 ust 1 pkt 60 i 61 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nie uważa się za koszty uzyskania przychodów: a) odsetek od pożyczek (kredytów) udzielonych spółce przez jej udziałowca (akcjonariusza) posiadającego nie mniej niż 25% udziałów (akcji) tej spółki albo udziałowców (akcjonariuszy) posiadających łącznie nie mniej niż 25% udziałów (akcji) tej spółki, jeżeli wartość zadłużenia spółki wobec udziałowców (akcjonariuszy) tej spółki posiadających co najmniej 25% udziałów (akcji) i wobec innych podmiotów posiadających co najmniej 25% udziałów w kapitale takiego udziałowca (akcjonariusza) osiągnie łącznie trzykrotność wartości kapitału zakładowego spółki – w części, w jakiej pożyczka (kredyt) przekracza tę wartość zadłużenia, określoną na dzień zapłaty odsetek; b) odsetek od pożyczek (kredytów) udzielonych przez spółkę innej spółce, jeżeli w obu tych podmiotach ten sam udziałowiec (akcjonariusz) posiada nie mniej niż po 25% udziałów (akcji), a wartość zadłużenia spółki otrzymującej pożyczkę (kredyt) wobec udziałowców (akcjonariuszy) tej spółki posiadających co najmniej 25% jej udziałów (akcji) i wobec innych podmiotów posiadających co najmniej 25% udziałów w kapitale tych udziałowców (akcjonariuszy) oraz wobec spółki udzielającej pożyczki (kredytu) osiągnie łącznie trzykrotność wartości kapitału zakładowego spółki – w części, w jakiej pożyczka (kredyt) przekracza tę wartość zadłużenia, określoną na dzień zapłaty odsetek.

- 3) czy stosunek kapitału zakładowego do wysokości zadłużenia wobec udziałowców (akcjonariuszy) nie przekracza dopuszczalnego poziomu 1:3.

Skoro rozróżnienie sytuacji podatników odbywa się w oparciu o kryterium ich siedziby, należy stwierdzić, że polska regulacja w obecnym kształcie (biorąc pod uwagę również treść umów międzynarodowych opartych na Konwencji Modelowej OECD) także dyskryminuje podmioty powiązane ze spółkami zagranicznymi i wobec tego jest niezgodna z art. 43 Traktatu. Poprzez ograniczenie przepisów o niedostatecznej kapitalizacji do tych pożyczkodawców (kredytodawców), którzy nie podlegają nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Polsce, ustawodawca spowodował, że traktowanie zagranicznych podmiotów jest mniej korzystne w porównaniu do stanu prawnego obowiązującego na początku 1999 r.

V. PODSUMOWANIE

Orzeczenie ETS w sprawie Lankhorst-Hohorst spowodować może lawinę podobnych procesów, tym bardziej, że problematyka dyskryminacji podatników nie będących rezydentami pojawia się także w kontekście bilateralnych umów zawieranych pomiędzy państwami należącymi do Unii Europejskiej. Umowy o zapobieganiu podwójnemu opodatkowaniu zawierają postanowienia, zgodnie z którymi odmowa zaliczenia odsetek do kosztów uzyskania przychodów, w przypadku gdy pożyczkodawcą jest podmiot posiadający swą siedzibę w innym kraju, nie jest traktowana jako naruszenie zasady niedyskryminacji. W przypadku gdy państwa-strony umowy są członkami Unii Europejskiej, pojawia się problem zgodności (*compatibility*) podstawowych postanowień Traktatu Europejskiego oraz postanowień szczególnych umów międzynarodowych³¹ i w związku z tym konieczność ich renegotjacji w takim kierunku, aby zapewnić równe traktowanie wszystkich podmiotów posiadających siedzibę w Unii.

Jako sposoby rozwiązania problemów wynikających z orzeczenia ETS na gruncie poszczególnych porządków krajowych w literaturze³² podaje się:

- rozszerzenie zasad ograniczających niedostateczną kapitalizację także na podmioty krajowe, choć rozwiązanie to nie gwarantuje usunięcia przeszkód na drodze realizacji swobody zakładania przedsiębiorstw w postaci podwójnego opodatkowania i dodatkowo zwiększa zakres umów podlegających kontroli ze strony organów skarbowych,
- powrót do ograniczenia niedostatecznej kapitalizacji poprzez ogólne normy prawa podatkowego zapobiegające obejściu prawa,
- tworzenie reguł opartych na podejściu subiektywnym, neutralnych z punktu widzenia narodowości stron umowy, które pozwoliłyby na odróżnienie transakcji dokonywanych wyłącznie w celu zmniejszenia podstawy opodatkowania lub uniknięcia podatku od tych, które są do-

³¹ B. Gouthière, *Thin Capitalization Rules and the Non-Discrimination Principle*, „European Taxation” 2002, April, s. 163.

konywane z racjonalnych przyczyn związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, takich jak restrukturyzacja lub racjonalizacja,

- zmianę Traktatu Europejskiego w taki sposób, by dyskryminacja stała się dopuszczalna,
- wyłączenie transakcji dokonywanych przez podmioty posiadające swą siedzibę w Unii spod reguł ograniczających niedostateczną kapitalizację,
- likwidację podatku dochodowego od osób prawnych i zwiększenie stawek VAT.

Niektórzy komentatorzy wyrażają pogląd, że ze względu na fakt, iż w sprawie Lankhorst-Hohorst orzeczenie ETS zapadło na gruncie określonego stanu faktycznego, należy poczekać na kolejne orzeczenia, które ukażą w sposób bardziej precyzyjny, w jakim zakresie należy zmodyfikować obecnie obowiązujące reguły i ułatwić implementację prawa wspólnotowego³³. Oczekiwać można również ze strony Komisji Europejskiej wskazówek co do sposobu dostosowania reguł ograniczających niedostateczną kapitalizację. Jedną z propozycji Komisji jest „formuła podziału globalnych zysków”, jako alternatywna metoda opodatkowania. Zgodnie z tym systemem, zyski podlegające opodatkowaniu międzynarodowych podmiotów powiązanych byłyby obliczane w skali światowej i następnie przekazywane do poszczególnych państw na podstawie opracowanej formuły odzwierciedlającej działalność podmiotów międzynarodowych w każdym państwie (biorąc pod uwagę wielkość zatrudnienia lub sprzedaż całkowitą przedsiębiorstwa), a następnie każde z państw miałoby prawo do opodatkowania tak określonej części zysku zgodnie ze stawkami obowiązującymi w jego systemie podatkowym. W ten sposób rozwiązano by problem niedostatecznej kapitalizacji³⁴.

Rozstrzygnięcie w sprawie Lankhorst-Hohorst może odnosić się również do instytucji cen transferowych, która stosowana jest w odniesieniu do transakcji dokonywanych z podmiotami nie będącymi rezydentami i wobec tego jej stosowanie może być postrzegane jako naruszenie zasady swobodnego przepływu kapitału.

THE POSITION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON UNDERCAPITALIZATION REGULATIONS

S u m m a r y

On December 12, 2002 the European Court of Justice delivered a verdict in Lankhorst-Hohorst GmbH case (Case C-324/00). The ECJ held that the German thin capitalization rules are incompatible with the freedom of establishment principle provided for in the founding

³² K. Eicker, *The European Court of Justice Ruling in Lankhorst-Hohorst Concluded that German Thin Capitalization Rules Are Incompatible with EC Law*, „Intertax” 2003, vol. 31, nr 3, s. 124; N. Vinter, E. Werlauff, *The Need for Fresh Thinking...*, s. 105.

³³ D. Gutman, L. Hinnekens, *The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment*, „EC Tax Review” 2003, nr 2, s. 96.

³⁴ A. Jasmon, J. M. Shaikh, op. cit.; A. Haufler, *Taxation in a Global Economy*, Cambridge 2001, s. 141.

treaty of the European Community. The Lankhorst-Hohorst case revolved around tax ramifications of the interest that a German company was paying as a consequence of a loan incurred from its Dutch parent company. The ECJ claims that the freedom of establishment, set out in clause 43 of the EC Treaty is infringed upon if a German subsidiary of a non-German parent company is taxed more than it would be if the parent company was German. The ECJ rejects all arguments supporting the German thin capitalization rules, including those regarding fiscal cohesion of the income tax system, reduction in tax revenue, risk of tax evasion and efficiency of fiscal supervision.

The ECJ's decision may have serious implications for several countries in the European Union and EU applicant countries because these rules may now be challenged insofar as they are based on the distinction between domestic and cross-border cases.