

Rozdział I. Pojęcie optymalizacji podatkowej

1. Wprowadzenie

Geneza terminu optymalizacja podatkowa jest wytworem języka potocznego używanego przez doradców podatkowych oferującym swoim klientom różnego rodzaju sposoby obniżenia podstawy opodatkowania¹. Pojęcie to jest używane w obrocie gospodarczym w sposób intuicyjny, bez pogłębionej analizy jego istotnych elementów podmiotowo-przedmiotowych². Bardzo często można spotkać się z następującymi stwierdzeniami: „optymalizacja podatkowa polega na wykorzystaniu spółek z rajów podatkowych do obniżenia dochodu w państwie rezydencji podatnika” lub „optymalizacja podatkowa to wykorzystanie luk prawnych w celu uzyskania nieuzasadnionych korzyści podatkowych”. **Optymalizacja podatkowa jest więc kojarzona z wieloma zjawiskami (transfer kapitału do rajów podatkowych czy uzyskiwanie nienależnych korzyści podatkowych), które mają jednoznacznie negatywny wydźwięk i jednocześnie w rzeczywistości nie mają nic wspólnego z optymalizacją podatkową.**

Przykładowo, optymalizacja podatkowa w aspekcie transgranicznym jest niesłusznie kojarzona tylko i wyłącznie z dążeniem do akumulacji zysków w krajach o niewielkim poziomie obciążeń podatkowych³. Takie podejście do optymalizacji podatkowej prowadzi do falsyfikacji tego problemu w doktrynie prawa podatkowego.

Przykład Nr 1

Alfa sp. z o.o. planuje poszerzenie swojej dotychczasowej floty samochodowej. Prowadzone są negocjacje z niemieckim kontrahentem Beta GmbH. Tabor samochodowy ma zostać pozyskany na podstawie umowy leasingu. Intencją stron jest, aby raty leasingowe nie były obciążone w Polsce podatkiem u źródła. W przypadku przekazania samochodów na podstawie leasingu operacyjnego płatność na rzecz Beta GmbH będzie obciążona 5% podatkiem u źródła w Polsce w świetle posta-

¹ A. Lodziński, Prawne granice optymalizacji podatkowej, PP 2008, Nr 6, s. 18.

² *Ibidem*.

³ K. Gruziel, Istota i założenia optymalizacji podatkowej – wybrane aspekty, Zeszyty Naukowe SGGW – Ekonomia i Org. Gosp. Żywnościowej 2009, Nr 77, s. 182–183.

nowień umowy polsko-niemieckiej o unikaniu podwójnego opodatkowania. Jeżeli jednak strony zdecydują się na zawarcie umowy leasingu finansowego, to wówczas płatność na rzecz niemieckiego kontrahenta nie powinna podlegać polskiemu podatkowi u źródła. Część odsetkowa raty leasingowej zostanie uznana za zyski przedsiębiorstwa (art. 7 ZPOU RFN) lub odsetki wypłacane w związku ze sprzedażą na kredyt wyposażenia przemysłowego (art. 11 ZPOU RFN)⁴.

Źródło: opracowanie własne.

Na podstawie niniejszego przykładu można stwierdzić, że optymalizacja podatkowa w aspekcie międzynarodowym nie powinna być utożsamiana z lokowaniem zysku w krajach o niskim poziomie obciążeń fiskalnych. Optymalizacja podatkowa w znaczeniu transgranicznym, to wykorzystanie postanowień poszczególnych UPO oraz wewnętrznego ustawodawstwa podatkowego wybranych państw w celu wyboru najefektywniejszego wariantu transakcji/inwestycji (przykład Nr 1).

Optymalizacja podatkowa jest również często utożsamiana z dążeniem do uzyskania nienależnych korzyści podatkowych. Tymczasem optymalizacja podatkowa to przede wszystkim wybór zgodnego z prawem sposobu osiągnięcia określonego rezultatu ekonomicznego, przy założeniu minimalizacji towarzyszących temu obciążeń podatkowych⁵. Istnieją opinie, że jest to wykorzystanie różnorodności dopuszczalnych prawnie form organizacji obrotu gospodarczego, dla których ustawodawca podatkowy ustanowił odrębne zasady opodatkowania⁶. Ponadto wskazuje się, że jest to taki sposób uregulowania wzajemnych relacji prywatnoprawnych, który będzie się wiązać z redukcją ciężaru podatkowego, ale doprowadzi też do zamierzonego pierwotnie celu ekonomicznego⁷. Dokonanie optymalizacji podatkowej jest poprzedzone intensywnym planowaniem działań pod kątem osiągnięcia z góry założonego efektu w postaci oszczędności podatkowej⁸. Podatnik decydujący się na powiązanie określonych procesów biznesowych z jednoczesnym dokonaniem optymalizacji podatkowej dąży do maksymalizacji zysku po opodatkowaniu poprzez minimalizację obciążeń podatkowych⁹. Jest to zatem zespół działań mających na celu kształtowanie wysokości oraz rozkład ciężarów podatkowych w najkorzystniejszy z możliwych dla podatnika sposobów¹⁰. Przepisy podatkowe stanowią jeden z istotnych czynników mających wpływ na strategię biznesową przedsię-

⁴ J. Jankowski, Leasing ruchomości jest objęty podatkiem u źródła, PIP 2014, Nr 10, s. 20.

⁵ S. Kudert, M. Jamroży, Optymalizacja opodatkowania dochodów przedsiębiorstw, Warszawa 2013, s. 24.

⁶ K. Wójtowicz-Janicka, Optymalizacja podatkowa, s. 16.

⁷ *Ibidem*.

⁸ A. Ladziński, Prawne granice, s. 19.

⁹ K. Wójtowicz-Janicka, Optymalizacja podatkowa, s. 16.

¹⁰ K. Gruzziel, Istota i założenia, s. 185.

1. Wprowadzenie

biorstwa. Dokonanie określonej transakcji czy rozpoczęcie działalności w określonym segmencie gospodarki jest poprzedzone szczegółową analizą przepisów prawa podatkowego w celu określenia najbardziej optymalnego podatkowo scenariusza.

Czasami optymalizacja podatkowa jest definiowana jako działania prowadzące do minimalizacji obciążeń podatkowych poprzez taki wybór czynności prawnych oraz taki dobór instrumentów polityki podatkowej, który zapewnia obniżenie łącznych obciążeń podatkowych, a tym samym maksymalizację zysków netto¹¹. Znajomość przepisów podatkowych, i związana z tym możliwość kreowania efektywnych podatkowo stanów faktycznych, pozwala podatnikom manewrować wysokością zobowiązania podatkowego¹². Przedsiębiorcy mogą legalnie płacić niższe podatki, wykorzystując możliwości, jakie dają przepisy podatkowe. Korzystanie z optymalizacji podatkowej pozwala obniżyć obciążenia podatkowe, a co za tym idzie, prowadzi do poprawy wyniku finansowego netto. Kluczowe jest w tym przypadku opracowanie odpowiedniej analizy oraz stworzenie na jej podstawie strategii podatkowej, która pozwoli w legalny sposób minimalizować obciążenia wobec budżetu państwa.

Podatki wywierają istotny wpływ na politykę finansową oraz inwestycyjną przedsiębiorstwa¹³. W procesie podejmowania decyzji nie można pomijać skutków podatkowych, gdyż zazwyczaj każdy z rozważanych wariantów wiąże się z różnymi konsekwencjami podatkowymi¹⁴. Zróżnicowana podstawa opodatkowania, w zależności od wyboru konkretnego projektu inwestycyjnego, ma wpływ na rentowność inwestycji. Nieuwzględnienie konsekwencji podatkowych w procesach decyzyjnych może skutkować podjęciem decyzji gospodarczej cechującej się brakiem jakiegokolwiek efektywności podatkowej (przykład Nr 2)¹⁵.

Przykład Nr 2¹⁶

Wspólnik X posiada wierzycelność wobec spółki Alfa sp. z o.o. Planowana jest konwersja wierzycelności na kapitał zakładowy. Możliwe są w tym zakresie dwa warianty. W pierwszym wariantcie X wnosi do Alfa sp. z o.o. wkład niepieniężny w postaci wierzycelności. W wyniku konfuzji zobowiązanie spółki wobec wspólnika wygasa. Powyższe rozwiązanie cechuje się brakiem efektywności podatkowej, ponieważ X jako podmiot wnoszący aport rozpoznaje z tego tytułu przychód (art. 12 ust. 1 pkt 7 PDOPrU). Objęcie dodatkowych udziałów przez X w zamian za aport wierzycelności generuje przychód podatkowy. W drugim wariantcie X zobowiązuje

¹¹ M. Dymek, *Optymalizacja podatkowa czyli jak oszczędzić na podatku dochodowym od osób prawnych*, Gdańsk 2006, s. 11.

¹² M. Jamroży, S. Kudert, *Optymalizacja opodatkowania*, s. 23 i 24.

¹³ D. Gajewski, *Istota optymalizacji podatkowej – wybrane zagadnienia*, Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych 2014, Nr 11, s. 9.

¹⁴ M. Jamroży, S. Kudert, *Optymalizacja opodatkowania*, s. 54.

¹⁵ *Ibidem*, s. 54.

¹⁶ Według stanu prawnego na 31.12.2014 r.

wnieść do Alfa sp. z o.o. wkład pieniężny w wysokości odpowiadającej wartości wierzytelności. Następnie wierzytelność Alfa sp. z o.o. o pokrycie udziałów zostaje potrącona z wierzytelnością X wobec Alfa. Wzajemne potrącenie wierzytelności jest neutralne podatkowo. Drugie rozwiązanie gwarantuje ten sam rezultat ekonomiczny, jednakże nie wiąże się z powstaniem obowiązku podatkowego.

Źródło: K. Wójtowicz-Janicka, Optymalizacja podatkowa w Polsce, w: Ł. Mazur (red.), Optymalizacja podatkowa, s. 198–199.

1.1. Optymalizacja podatkowa a oszczędzanie podatkowe

Oszczędzanie podatkowe (ang. *tax saving*) polega na obniżeniu podatku poprzez powstrzymanie się od dokonywania określonych działań, z którymi łączy się powstanie obowiązku podatkowego¹⁷. W takiej sytuacji działanie podatnika pozostaje poza hipotezą normy podatkowej, co powoduje brak urzeczywistnienia się podatkowego stanu faktycznego¹⁸. Trafnie zatem oszczędzanie podatkowe jest określane jako „powstrzymanie się”¹⁹. Jest to świadome zarządzanie posiadanymi zasobami finansowymi, które w aspekcie podatkowym oznacza dokonywanie wyborów skutkujących zmniejszeniem wysokości podatku²⁰. Zachowanie podatnika musi być przy tym zgodne z obowiązującym prawem²¹.

Oszczędzanie podatkowe niewątpliwie wpływa na zmniejszanie dochodów budżetowych państwa, jednakże nie jest tego powodu oceniane negatywnie przez ustawodawcę²². Organ podatkowy nie może zmusić podatnika do zwiększenia dochodu w celu zapłacenia większego podatku²³. Podatnik może zaniechać działalności będącej przedmiotem opodatkowania. Oszczędzanie podatkowe nie jest popularne wśród podatników ze względu na ograniczenia w postaci możliwości korzystania z określonych kategorii dóbr i usług²⁴. Dużo większym zainteresowaniem podatników cieszy się optymalizacja podatkowa, ponieważ jest ona zaprzeczeniem oszczędzania podatkowego. Podatnik dokonuje redukcji poziomu obciążeń fiskalnych dzięki swojej aktywności, a nie

¹⁷ P.M. Gaudernet, J. Molinier, *Finanse*, s. 585.

¹⁸ D. Gajewski, *Istota optymalizacji*, s. 10.

¹⁹ A. Klonowska, *Ekonomiczne skutki ucieczki przed podatkiem*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie* 2008, Nr 778, s. 213.

²⁰ M. Zabska, *Optymalizacja podatkowa*, s. 262.

²¹ *Ibidem*.

²² A. Klonowska, *Ekonomiczne skutki*, s. 213.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

1. Wprowadzenie

pasywności i coraz to nowym ograniczeniem²⁵. Optymalizacja podatkowa, podobnie jak oszczędzanie podatkowe, stanowi legalną formę obniżania podatków, jednakże w przeciwieństwie do oszczędzania podatkowego jest to aktywna forma działania podatnika²⁶. Niektórzy przedstawiciele doktryny uznają termin „oszczędzanie podatkowe” za niewłaściwy, ponieważ na skutek takich zachowań nie powstaje obowiązek podatkowy, a co za tym idzie, nie można mówić o oszczędnościach podatkowych²⁷. Wskazują, iż takie zachowania podatników należy uznać za przykład abstynencji podatkowej²⁸, natomiast oszczędzanie podatkowe to działanie podatnika za pomocą legalnych środków mających na celu zmniejszenie opodatkowania²⁹. Należy przy tym zauważyć, iż powyższa klasyfikacja była poprawna w latach 90. XX wieku, gdy wśród form oporu podatkowego nie wyróżniano optymalizacji podatkowej czy planowania podatkowego. Wówczas jedyną reprezentatywną klasyfikacją był podział na dwie podstawowe kategorie w postaci unikania opodatkowania oraz uchylania się od opodatkowania³⁰. Na przestrzeni lat poglądy doktryny ewoluowały i obecnie nie budzi już większych wątpliwości, iż odmian ucieczki od podatków (oporu podatkowego) jest znacznie więcej niż dwa. Aktualnie można mówić o co najmniej pięciu rodzajach zachowań podatników: oszczędzaniu podatkowym, planowaniu podatkowym (optymalizacji podatkowej), unikaniu opodatkowania, uchylaniu się od opodatkowania oraz obejściu prawa podatkowego³¹.

1.2. Optymalizacja podatkowa a uchylanie się od opodatkowania

Optymalizacja podatkowa, której celem jest minimalizacja wysokości płaconego podatku w ramach i granicach obowiązujących przepisów jest działaniem legalnym³². Uchylanie się od opodatkowania (ang. *tax evasion*) to ograniczanie lub eliminacja obciążenia podatkowego z naruszeniem obowiązującego prawa³³. Działanie to polega na niepłaceniu należnych podatków poprzez ukrywanie przed administracją podatkową stanów faktycznych podlegających opodatkowaniu³⁴. Podatnik nie uiszcza ciężaru podatkowego przy wykorzy-

²⁵ A. Klonowska, *Ekonomiczne skutki*, s. 213.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ B. Brzeziński, *Wstęp do nauki prawa podatkowego*, Toruń 2003, s. 87.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ R. Zelwiański, *Obejście prawa podatkowego*. Komentarz do wyroku TK z 11 maja 2004 r., sygn. akt K 4/03, PP 2004, Nr 9, s. 38.

³⁰ M. Rudnicki, L. Blak, *Wewnątrzkrajowe środki walki z unikaniem opodatkowania – zarys problemu*, MoPod 2007, Nr 8, s. 21.

³¹ D. Gajewski, *Istota optymalizacji*, s. 10.

³² A. Ladziński, *Prawne granice*, s. 21.

³³ B. Brzeziński, *Wstęp do nauki prawa podatkowego*, s. 91.

³⁴ *Ibidem*.

staniu instrumentów prawnie zakazanych sprowadzających się w istocie do niewykazania do opodatkowania czynności prawnych lub stanów faktycznych, z którym ustawa podatkowa wiąże powstanie obowiązku podatkowego³⁵. Działanie to może przybierać formę bierną (nieujawnianie organowi podatkowemu stanu faktycznego lub prawnego podlegającego opodatkowaniu) lub czynną (aktywne działania podatnika zmierzające do zaniżenia płaconych podatków)³⁶. Bezprawne odliczanie od dochodu ulg podatkowych czy niewykazywanie dochodu podlegającego opodatkowaniu jest sprzeczne z powszechnie obowiązującymi normami prawa podatkowego, co w konsekwencji prowadzi do traktowania tego zjawiska jako przestępstwa (defraudacji podatkowej), za które przewidziana jest odpowiedzialność karna³⁷. Czasami wyróżnia się oszustwo podatkowe jako kategorię szczególną uchylania się od opodatkowania – bezpośrednie i umyślne naruszenie prawa podatkowego polegające na podstępny uchylaniu się od wymiaru lub uiszczenia całości lub części podatku³⁸. Uchylanie się od opodatkowania jest z reguły mniej lub bardziej zakamuflowanym oszustwem podatkowym, choć z zasady nadawane są mu pozory legalizmu³⁹. Należy jednoznacznie podkreślić, iż jest to działanie sprzeczne z prawem, polegające na wprowadzeniu organu podatkowego w błąd i w efekcie nielegalnym eliminowaniu lub zmniejszeniu ciężaru podatkowego⁴⁰. Bezprawne uchylanie się od opodatkowania może być również efektem braku świadomości podatnika co do istnienia zobowiązania podatkowego (tzw. brak dyscypliny budżetowej)⁴¹. W konsekwencji, niewypelnienie obowiązków sprawozdawczych względem organów podatkowych to działanie zarówno świadome, jak i nieświadome – wynikające z braku informacji o istnieniu zobowiązania podatkowego⁴².

W optymalizacji podatkowej podatnik korzysta z wszelkich możliwości i uprawnień, jakie dają mu przepisy prawa, aby obniżyć wysokość zobowiązania podatkowego do maksymalnie najniższego poziomu, jednocześnie nie wychodząc poza przepisy prawa⁴³. Wszelkie czynności prawne, które czynią zadość prawu cywilnemu i mają

³⁵ T. Klimczak, Obejście ustawy – zagrożenie realizacją zasady pewności opodatkowania, MoPod 2000, Nr 4, s. 12 i n. oraz A. Bernal, Zjawisko uchylania się od podatków dochodowych i metody jego ograniczenia, Warszawa 2008, s. 46.

³⁶ D. Koreń, Kształtowanie obciążeń podatkowych w stosunkach międzynarodowych, MoPod 2014, Nr 8, s. 12.

³⁷ A. Melezini, Optymalizacja podatkowa w przedsiębiorstwie jako element wychodzenia z kryzysu gospodarczego, PiP 2012, Nr 3, s. 1–2.

³⁸ P. Pietrasz, Opodatkowanie dochodów nieujawnionych, Warszawa 2007, s. 48.

³⁹ W. Modzelewski, Wyludzenie zwrotów oraz uchylanie się od opodatkowania podatkiem od towarów i usług – przyczyny i skala zjawiska, Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych 2013, Nr 7, s. 8.

⁴⁰ J. Wyciśłok, Optymalizacja podatkowa. Legalne zmniejszanie obciążeń podatkowych, Warszawa 2013, s. 8.

⁴¹ R. Sowiński, Uchylanie się od opodatkowania, Poznań 2009, s. 14.

⁴² R. Sowiński, Uchylanie się, s. 15.

⁴³ A. Ladziński, P. Mardas, T. Nowak, M. Tkaczyk, Granice swobodnego kształtowania przez podatników wysokości ich zobowiązań podatkowych, PP 2008, Nr 12, s. 17.

1. Wprowadzenie

związek z prowadzoną działalnością, a których wypadkową są korzyści podatkowe, stanowią legalną optymalizację podatkową zgodną z obowiązującym prawem⁴⁴. Celem optymalizacji podatkowej jest niedopuszczenie do konkretyzacji zobowiązania podatkowego, natomiast uchylanie się od opodatkowania stanowi ucieczkę od podatku, który już powstał z mocy prawa i nie został zapłacony⁴⁵. Celem działania podatnika nie jest ochrona przed powstaniem zobowiązania podatkowego, lecz dążenie do niewykonania już powstałego zobowiązania podatkowego⁴⁶. Istotą optymalizacji podatkowej jest natomiast dążenie do nieziszczenia się stanu faktycznego podlegającego opodatkowaniu⁴⁷.

Optymalizacja podatkowa uchylbia wyłącznie duchowi prawa podatkowego (tj. sensowi i celowi ustawy podatkowej), natomiast uchylanie się od podatku jest „bezpośrednim” złamaniem ustawy podatkowej stanowiącym działanie *contra legem*⁴⁸. Działanie podatnika w postaci optymalizacji podatkowej ma zawsze charakter jawny w przeciwieństwie do uchylania się od podatku, które zawsze cechuje się tajemnicą i skrytością działań podatnika⁴⁹. Kryterium odróżniającym uchylanie się od opodatkowania od optymalizacji podatkowej jest karalność takiego działania⁵⁰. Prawo karne skarbowe penalizuje m.in. uchylanie się od opodatkowania przez nieujawnianie podmiotu lub przedmiotu opodatkowania (art. 54 KKS), nierzetelne prowadzenie ksiąg (art. 61 KKS), niewystawianie faktur i rachunków, jak i wystawianie ich w sposób nierzetelny oraz posługiwanie się takim dokumentem czy też wyłudzenie zwrotu podatku VAT (art. 76 KKS)⁵¹. Sankcje zawarte w KKS stanowią jednoznaczny wyraz stanowiska ustawodawcy wobec problemu uchylania się od opodatkowania, które jest uznawane za zjawisko społecznie niepożądane. Optymalizacja podatkowa stanowi natomiast działanie podatnika ukierunkowane na redukcję ciężarów fiskalnych w ramach i granicach obowiązujących przepisów, które co prawda nie spotyka się z przychylną reakcją administracji skarbowej, lecz jest przez nią akceptowane⁵². Uchylanie się od opodatkowania wydaje się być działaniem w granicach obowiązującego prawa, jednakże z uwagi na fikcyjny (pozorny) charakter dokonywanych

⁴⁴ A. Melezini, Optymalizacja podatkowa jako skuteczna forma remedium na kryzys finansowy, w: E. Ruśkowski, I. Zaverucha (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe w Europie Centralnej i Wschodniej w warunkach kryzysu finansowego*, Białystok 2010, s. 445.

⁴⁵ P. Pietrasz, *Opodatkowanie dochodów*, s. 48.

⁴⁶ A. Klonowska, *Ekonomiczne skutki*, s. 215.

⁴⁷ P. Selera, *Międzynarodowe a unijne prawo*, s. 115.

⁴⁸ P. Pietrasz, *Opodatkowanie dochodów*, s. 48.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ A. Klonowska, *Ekonomiczne skutki*, s. 215.

⁵¹ K. Wójtowicz-Janicka, *Optymalizacja podatkowa*, s. 20.

⁵² B. Brzeziński, *Wykładnia prawa – tzw. obejście ustawy podatkowej*. Glosa do wyroku NSA z 31.1.2002 r. (sygn. akt I SA/Gd 771/01), *MoPod* 2002, Nr 6, s. 50.

czynności cywilnoprawnych, jest to działanie o charakterze nielegalnym⁵³. Optymalizacja podatkowa i uchylanie się od podatkowania to dwa różniące się od siebie zasadniczo pojęcia⁵⁴. Różnice między tymi pojęciami dobrze ilustruje mechanizm nieopodatkowanej sprzedaży udziałów za pośrednictwem spółki cypryjskiej w stanie prawnym obowiązującym do 31.12.2012 r. (przykład Nr 3).

Przykład Nr 3

Polski rezydent podatkowy X posiada udziały w spółce produkcyjnej Alfa sp. z o.o. X planuje dokonać sprzedaży posiadanych udziałów. Zgodnie z przepisami PDOFiZU sprzedaż udziałów jest opodatkowana podatkiem dochodowym w wysokości 19%. W celu uniknięcia podatku, X dokonuje darowizny posiadanych udziałów na rzecz cypryjskiej spółki Cyp. Co (odpowiednika polskiej sp. z o.o.). Zgodnie z postanowieniami polsko-cypryjskiej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania⁵⁵, powyższe przysporzenie na rzecz Cyp. Co należy potraktować jako zysk przedsiębiorstwa (art. 7 ZPOU Cypr) podlegający opodatkowaniu jedynie na Cyprze⁵⁶. Cyp. Co dokonuje sprzedaży posiadanych udziałów na rzecz podmiotu trzeciego. Dochód z powyższej transakcji nie podlega opodatkowaniu zarówno w Polsce, jak i na Cyprze. X pełniący funkcję dyrektora zarządzającego Cyp. Co otrzymuje wynagrodzenie, które faktycznie stanowi dochód ze sprzedaży udziałów Alfa sp. z o.o. Wynagrodzenie polskich rezydentów z tytułu pełnienia funkcji zarządczych w spółkach cypryjskich również nie podlegało opodatkowaniu w Polsce i na Cyprze⁵⁷. Ponadto, X jest również faktycznym (ukrytym) udziałowcem Cyp. Co. Oznacza to, iż w cypryjskim rejestrze spółek figuruje jedynie powiernik-nominalny udziałowiec, natomiast faktyczny udziałowiec nie jest widoczny.

Źródło: opracowanie własne.

Na gruncie powyższego stanu faktycznego (przykład Nr 3) wątpliwości może budzić rzeczywisty charakter wynagrodzenia X z tytułu pełnienia funkcji dyrektora zarządzającego. X ukrywa pod pozornym wynagrodzeniem członka zarządu faktyczną wypłatę dywidendy z zysków Cyp. Co osiągniętych ze sprzedaży udziałów Alfa. Darowizna na rzecz Cyp. Co będzie neutralna podatkowo dla X jedynie pod warunkiem, iż nie będzie on otrzymywał z tego tytułu żadnych świadczeń zwrotnych. Działanie X wypełnia zna-

⁵³ R. Nawrot, Wynagrodzenia dyrektorskie ze spółek maltańskich, unikanie czy uchylanie się od opodatkowania, KPP 2015, Nr 3, s. 52.

⁵⁴ J. Wycisłok, Optymalizacja podatkowa, s. 7.

⁵⁵ W stanie prawnym obowiązującym do 31.12.2012 r.

⁵⁶ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 22.4.2013 r., Nr IPPB5/423-96/13-4/AJ, <https://sip.mf.gov.pl/>.

⁵⁷ L. Łazuch, Zostań dyrektorem i zaoszczędź na PIT, Rzeczp. z 1.12.2011 r.

1. Wprowadzenie

miona uchylania się od opodatkowania, ponieważ wiąże się z nieujawnieniem przedmiotu lub podstawy opodatkowania⁵⁸. Pozorne czynności prawne ukrywające rzeczywisty charakter czynności w sposób pozwalający na uzyskanie „nienależnych” korzyści podatkowych (neutralność podatkowa darowizny czy nieopodatkowanie faktycznej wypłaty dywidendy) należy zaliczyć do kategorii uchylania się od opodatkowania⁵⁹. Uchylanie się od opodatkowania to zatem sytuacja, w której podatnik nie wykonuje zobowiązania podatkowego lub bezprawnie uzyskuje „nienależne” korzyści podatkowe⁶⁰.

Należy również wspomnieć o unikaniu opodatkowania oraz uchylaniu się od opodatkowania w kontekście międzynarodowym. Międzynarodowe unikanie opodatkowania to uzyskanie przy pomocy legalnych metod redukcji wysokości zobowiązania podatkowego, które wynika z przepływu (lub jego braku) przez granice podatkowe osób i kapitału⁶¹. Uchylanie się od opodatkowania w aspekcie międzynarodowym to przede wszystkim ukrywanie dochodu i majątku w rajach podatkowych przed organami podatkowymi państwa rezydencji⁶². Władze podatkowe nie są w stanie kontrolować aktywów swoich rezydentów ulokowanych w rajach podatkowych, ponieważ państwa te zazwyczaj nie przekazują innym krajom informacji o obrotach i dochodach realizowanych przez nierezydentów⁶³. Brak transparentności oraz nieujawnianie informacji o rachunkach bankowych zlokalizowanych w rajach podatkowych sprzyja lokowaniu środków pieniężnych w bankach usytuowanych w tych państwach⁶⁴. Korzystanie z przywilejów rajów podatkowych jest możliwe bez konieczności fizycznej obecności zarządu, personelu, inwestorów w jurysdykcji, w której zarejestrowane jest przedsiębiorstwo⁶⁵. Centra usług finansowych odgrywają znaczącą rolę w gospodarce rajów podatkowych, o czym świadczy dobitnie duża liczba i skala instytucji finansowych zajmujących się świadczeniem usług finansowych wobec nierezydentów⁶⁶. Postępująca globalizacja, ekspansja korporacji transnarodowych, liberalizacja przepływów kapitałowych oraz przenoszenie części dzia-

⁵⁸ Zgodnie z art. 54 § 1 KKS podatnik, który uchylając się od opodatkowania, nie ujawnia właściwemu organowi przedmiotu lub podstawy opodatkowania lub nie składa deklaracji, przez co naraża podatek na uszczuplenie, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności, albo obu tym karom łącznie.

⁵⁹ R. Sowiński, Uchylanie się, s. 19.

⁶⁰ R. Sowiński, Uchylanie się, s. 15.

⁶¹ T. Lipowski, Rajy podatkowe. Charakterystyka i sposoby wykorzystywania, Gdańsk 2002, s. 37.

⁶² L. Oręziak, Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej: implikacje dla Polski, Warszawa 2007, s. 92.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ K. Tetlak, Międzynarodowe aspekty opodatkowania dochodu, w: H. Litwińczuk (red.), Prawo podatkowe przedsiębiorców Warszawa 2013, s. 410.

⁶⁵ I. Kuchciak, Wykorzystanie rajów podatkowych w celu zwiększenia wartości przedsiębiorstwa, Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania 2008, Nr 6, s. 355.

⁶⁶ P. Wiśniewski, Charakterystyka centrów finansowych offshore – tzw. rajów podatkowych, Studia BAS 2012, Nr 3(31), s. 187.

łałości gospodarczej za granicę niewątpliwie ułatwiają ukrywanie dochodów w ramach podatkowych⁶⁷. Założenie instytucji bankowej w raję pozwala na wytransferowanie części dochodu ze spółek operacyjnych zlokalizowanych w jurysdykcjach podatkowych o wysokim poziomie obciążeń fiskalnych (przykład Nr 4). Organy podatkowe nie są w stanie zazwyczaj określić dalszej historii kapitału, który trafia do raję podatkowego.

Przykład Nr 4

Alfa sp. z o.o. otrzymuje kredyt od banku OpusTrust Global znajdującego się na Kajmanach. Odsetki od pożyczki jako koszt uzyskania przychodu pomniejszają podstawę opodatkowania spółki operacyjnej, natomiast dochód odsetkowy nie jest w ogóle opodatkowany w raję podatkowym. Właścicielami banku OpusTrust Global są udziałowcy spółki Alfa sp. z o.o., którzy nie zgłosili tego faktu polskiemu organom podatkowym, licząc na możliwość ukrycia części swoich dochodów na Kajmanach.

Źródło: opracowanie własne.

Na bazie dotychczasowych rozważań należy jednoznacznie stwierdzić, że uchylania się od opodatkowania nie należy utożsamiać z optymalizacją podatkową, która stanowi legalne działanie podatnika zorientowane na ponoszenie jak najmniejszych obciążeń podatkowych⁶⁸. Do zachowań podatników opisanych w przykładach Nr 3 i 4 znajdują zastosowanie przepisy OrdPU, które określają skutki czynności pozornych na gruncie prawa podatkowego oraz KKS, dotyczące sankcji karnych za nielegalne unikanie podatków⁶⁹. Zupełnie inaczej wygląda natomiast sytuacja w odniesieniu do działań podatnika opisanych w przykładach Nr 1 i 2, które stanowią legalną i dozwoloną optymalizację podatkową.

1.3. Optymalizacja podatkowa a unikanie opodatkowania

Optymalizacja podatkowa i unikanie opodatkowania (ang. *tax avoidance*) są terminami używanymi zamiennie. Unikanie opodatkowania jest pojęciem zbliżonym do optymalizacji podatkowej, jednakże zakres znaczeniowy obu tych pojęć nie jest tożsamy. W doktrynie wyróżnia się dwie podstawowe formy oporu podatkowego⁷⁰:

⁶⁷ P. Folfas, Przenoszenie działalności gospodarczej do rajów podatkowych jako strategia zarządzania finansami korporacji transnarodowych: motywy, formy, korzyści i zagrożenia, Bank i Kredyt 2008, Nr 12, s. 20.

⁶⁸ D. Gaca, Odpowiedzialność karna skarbowa za przestępstwo oszustwa podatkowego, MoPod 2010, Nr 9, s. 30.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ A. Gomułowicz, J. Malecki, Podatki i prawo podatkowe, Warszawa 2006, s. 263–264.

1. Wprowadzenie

- 1) unikanie opodatkowania polegające na zmniejszaniu poziomu obciążeń podatkowych w ramach i granicach obowiązujących przepisów,
- 2) uchylanie się od opodatkowania polegające na minimalizacji obciążeń podatkowych poprzez podejmowanie działań zakazanych przez prawo podatkowe.

Wykorzystanie odmienności opodatkowania poszczególnych instytucji prawa prywatnego w celu redukcji ciężarów podatkowych w graniach obowiązującego prawa jest cechą odróżniającą unikanie od uchylania się od opodatkowania⁷¹. W przypadku unikania opodatkowania podatnik dokonuje czynności zgodnej z prawem, zaś uchylenie się od opodatkowania wiąże się z naruszeniem obowiązujących norm prawnych. Innymi słowy, unikanie opodatkowania jest legalnym sposobem redukcji wysokości zobowiązania podatkowego stanowiącym przeciwieństwo oszustw podatkowych i uchylania się od płacenia podatków. Polega ono bowiem na stosowaniu się do przepisów podatkowych oraz dopełnianiu wszelkich obowiązków sprawozdawczych względem administracji skarbowej⁷². Podatnik przekazuje organom podatkowym wszelkie dane niezbędne dla ustalenia bądź określenia swego zobowiązania podatkowego, jednakże z uwagi na formę lub treść czynności podatnika, osiąga on pewne niespodziewane czy niemile widziane przez organy podatkowe oszczędności podatkowe⁷³. Zachowanie podatnika nie jest uznawane przez prawo za podlegające opodatkowaniu, ale prowadzi do rezultatów, o których można powiedzieć z dużym prawdopodobieństwem, że ich opodatkowanie leżało także w zamiarach ustawodawcy⁷⁴. Aby uniknąć podatku, podatnik podejmuje czynności, które nie podlegając opodatkowaniu (np. połączenie przez przejęcie czy wymiana udziałów), prowadzą do sytuacji, których rezultatem jest minimalizacja wysokości zobowiązania podatkowego⁷⁵. Działania podatnika następują w ramach istniejących przepisów, ale są niezgodne z duchem prawa⁷⁶. Podatnik wyeliminowuje bowiem ciężar opodatkowania lub znacząco ogranicza w stosunku do poziomu uznawanego za adekwatny do danej sytuacji rozpatrywanej z ekonomicznego a nie formalnoprawnego punktu widzenia⁷⁷. Podejmowane działania często nie są bowiem racjonalne i ich sensu próżno szukać w sferze pozapodatkowej⁷⁸.

⁷¹ B. Brzeziński, Wstęp do, s. 87.

⁷² A. Zalasinski, Klauzule ograniczenia korzyści z umów o unikaniu podwójnego opodatkowania a prawo WE, Europejski Przegląd Sądowy 2008, Nr 1, s. 19.

⁷³ A. Bartosiewicz, „Agresywna optymalizacja podatkowa” a odpowiedzialność karna skarbowa, PP 2017, Nr 9, s. 30.

⁷⁴ B. Brzeziński, Wstęp do, s. 87.

⁷⁵ B. Brzeziński, Wstęp do, s. 88.

⁷⁶ D. Gajewski, Istota optymalizacji, s. 11.

⁷⁷ A. Olesińska, Klauzula ogólna przeciwko unikaniu opodatkowania, Toruń 2013, s. 17.

⁷⁸ P. Powierza, Koncepcja masy manewrowej, czyli sztuka operowania przychodem i kosztem podatkowym w czasie, MoPod 2007, Nr 11, s. 14 i n.

W procesie unikania opodatkowania podatnicy wykorzystują niejasne przepisy oraz luki w uregulowaniach normatywnych⁷⁹, jednakże unikanie opodatkowania nadal pozostaje działaniem w pełni skutecznym i niewadliwym na gruncie prawa cywilnego, nie nosząc znamion pozorności czy też działania z zamiarem obejścia prawa⁸⁰. W doktrynie mówi się często o „pozornej legalności” unikania opodatkowania, ponieważ jest to postępowanie zgodne z treścią przepisów prawa podatkowego oraz wiążące się z ujawnieniem przez podatnika okoliczności relewantnych dla określenia wysokości zobowiązania podatkowego⁸¹. Podkreśla się, że jest to działanie *praeter legem*, niepozostające w sprzeczności z obowiązującym prawem, ale też przezeń nieprzewidziane⁸². Prawo nie zachęca do podejmowania działań mających na celu unikanie opodatkowania, jednocześnie nie wprowadzając w tym zakresie żadnych imperatywnych zakazów. Trafnie tę koncepcję podsumowuje B. Brzeziński, uznając za unikanie opodatkowania następujące zachowanie podatnika:

- 1) podatnik tak układa bieg swoich spraw, aby minimalizować obciążenie podatkowe,
- 2) postępowanie to nie jest sprzeczne z prawem,
- 3) administracja podatkowa nie aprobejuje działania podatnika uznając osiągnięte przez niego korzyści podatkowe za bezzasadne, ale jednocześnie
- 4) administracja podatkowa nie jest w stanie (bądź z jakis względów nie chce) pozbawić podatnika wspomnianych korzyści⁸³.

W doktrynie można również spotkać się z definicją unikania opodatkowania w wąskim i szerokim rozumieniu⁸⁴. Unikanie opodatkowania w szerokim rozumieniu oznacza każdą próbę podjętą za pomocą legalnych środków w kierunku uniknięcia lub zmniejszenia opodatkowania, które powstałoby bez tego działania, natomiast w wąskim rozumieniu unikanie opodatkowania to niedopuszczalne obniżenie obciążenia podatkowego ze względu na obowiązującą klauzulę ogólną obejścia prawa podatkowego (tzw. pośrednie łamanie prawa podatkowego)⁸⁵. **Prezentowane koncepcje „pozornej legalności unikania opodatkowania” czy też „działania na granicy prawa (pośrednie łamanie prawa podatkowego)” mają istotne znaczenie poznawcze, jednakże nie mają znaczenia prawnego. Na gruncie prawa podatkowego zachowanie podatnika**

⁷⁹ M. Kalinowski, M. Pakulska, Perspektywy funkcjonowania w polskim prawie podatkowym klauzul generalnych służących zwalczaniu unikania opodatkowania, MoPod 2005, Nr 5, s. 24.

⁸⁰ M. Gordon, Obejście prawa czy unikanie opodatkowania, uwagi terminologiczne, Toruński Rocznik Podatkowy 2013, s. 176.

⁸¹ A. Zalasiniński, Nadużycie swobody przedsiębiorczości a unikanie opodatkowania – glosa do wyroku ETS z 12.09.2006 r. w sprawie C-196/04 Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd przeciwko Commissioners of Inland Revenue, EPS 2007, Nr 1, s. 44.

⁸² P. Selera, Międzynarodowe a unijne, s. 115.

⁸³ B. Brzeziński, Wykładnia prawa, s. 51.

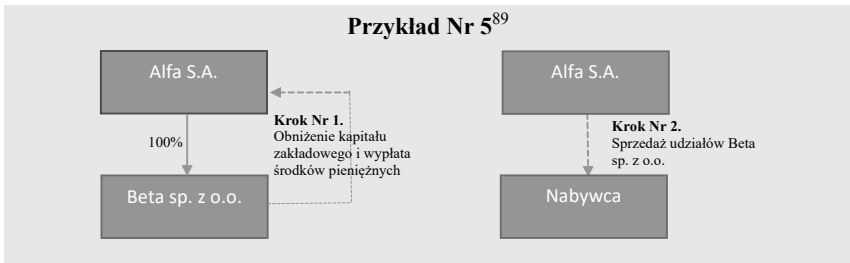
⁸⁴ R. Iniewski, A. Nikończuk, Świadomy Podatnik. Przewodnik, Warszawa 2011, s. 15.

⁸⁵ K. Radzikowski, Planowanie podatkowe a obejście prawa, w: L. Ziółek (red.), Międzynarodowe planowanie podatkowe, Warszawa 2007, s. 195–196.

1. Wprowadzenie

może być bowiem działaniem legalnym, podlegającym ochronie prawnej bądź działaniem nielegalnym⁸⁶. Konsekwencją zakwestionowania poprawności podatkowej kwalifikacji czynów podatnika będą bowiem wyłącznie odsetki od zaległości podatkowej, a nie sankcje karne⁸⁷. Podatnik nie ukrywa przed organami podatkowymi swojej działalności, lecz wręcz domaga się uznania jej legalności⁸⁸.

Należy zauważyć, że optymalizacja podatkowa to przede wszystkim wybór jednej z kilku możliwych transakcji, która będzie najkorzystniejsza podatkowo oraz pozwoli na realizację zamierzonego celu gospodarczego. Unikanie opodatkowania to natomiast kształtowanie stosunków cywilnoprawnych, których zasadniczym celem jest osiągnięcie korzyści podatkowej, a nie realizacja określonego celu gospodarczego. Głównym motywem dokonania transakcji jest obniżenie wysokości zobowiązania podatkowego, natomiast pozostałe przesłanki mają w zasadzie znaczenie marginalne i drugorzędne (przykład Nr 5).



Źródło: *M. Kondej*, Optymalizacja podatkowa z wykorzystaniem instytucji obniżenia kapitału zakładowego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością poprzez zmniejszenie wartości nominalnej jej udziałów, PPEiS 2012, Nr 1.

Spółka Alfa S.A. posiada 100% udziałów w kapitale spółki Beta sp. z o.o. Kapitał zakładowy sp. z o.o. wynosi 1 mln zł, natomiast spółka akcyjna posiada 10 udziałów, każdy o wartości nominalnej 100 tys. zł (objęte w zamian za wkład gotówkowy wysokości 1 mln zł). Spółka akcyjna dąży do wykreowania dodatkowej straty podatkowej w celu neutralizacji osiągniętych dochodów. Następuje obniżenie kapitału zakładowego sp. z o.o. i wypłata środków pieniężnych na rzecz spółki akcyjnej będącej udziałowcem (**krok Nr 1**). Spółka akcyjna posiada nadal 10 udziałów, jednakże o znacząco obniżonej wartości nominalnej. Kapitał zakładowy spółki Beta wynosi 5 tys. zł, a wartość nominalna każdego z udziałów to 500 zł. Zostaje dokonana sprzedaż udziałów w spółce z o.o.

⁸⁶ *W. Modzelewski* (red.), Wstęp do nauki polskiego prawa podatkowego, Warszawa 2008, s. 62.

⁸⁷ *R. Sowiński*, Uchylenie się, s. 16.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Według stanu prawnego na 31.12.2017 r.

po cenie odpowiadającej aktualnej wartości nominalnej z kosztem uzyskania przychodów w wysokości z momentu obejmowania udziałów (**krok Nr 2**). W ten sposób spółka akcyjna ponosi znaczącą stratę podatkową.

Komentarz podatkowy do kroku Nr 1: Katalog dochodów z udziału w zyskach osób prawnych określony w art. 10 PDOPrU ma charakter otwarty. W konsekwencji, środki otrzymane przez wspólnika z tytułu obniżenia wartości nominalnej udziału, należy uznać za dochód z udziału w zyskach osób prawnych⁹⁰. W takiej sytuacji dochód powstały na skutek obniżenia wielkości nominalnej udziałów może być zwolniony z opodatkowania na podstawie art. 22 ust. 4 PDOPrU pod warunkiem, iż:

- 1) wypłacającym dywidendę oraz inne przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych jest spółka będąca podatnikiem podatku dochodowego, mająca siedzibę lub zarząd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (spółka Beta sp. z o.o.);
- 2) uzyskującym dochody (przychody) z dywidend oraz inne przychody z tytułu udziału w zyskach osób prawnych jest spółka podlegająca w Rzeczypospolitej Polskiej lub w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim Unii Europejskiej lub w innym państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, opodatkowaniu podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągnięcia (spółka Alfa S.A.);
- 3) spółka uzyskująca przychód (spółka Alfa S.A.) posiada bezpośrednio nie mniej niż 10% udziałów (akcji) w kapitale spółki wypłacającej zysk (spółka Beta sp. z o.o.);
- 4) spółka uzyskująca przychód (spółka Alfa S.A.) nie korzysta ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na źródło ich osiągnięcia.

Komentarz podatkowy do kroku Nr 2: Obniżenie wartości nominalnej udziałów pozwala na zwrot środków pieniężnych do spółki Alfa, jednakże nie powinno to powodować obniżenia podatkowego kosztu nabycia udziałów⁹¹. Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 8 PDOPrU wszystkie wydatki poniesione na objęcie lub nabycie udziałów stanowią w momencie odpłatnego zbycia tych udziałów koszt uzyskania przychodu. W ustawie podatkowej brak jest przepisu, który pozwalałaby modyfikować tak ustalony koszt uzyskania przychodu w przypadku zmiany wielkości poniesionych wydatków⁹². W sytuacji obniżenia nominalnej wartości udziałów po ich objęciu nie ma podstawy do obniżania kosztu uzyskania przychodu z tytułu objęcia udziałów⁹³.

⁹⁰ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 10.6.2015 r., Nr ILPB4/4510-1-106/15-2/ŁM, <https://sip.mf.gov.pl/>.

⁹¹ M. Kondej, Optymalizacja podatkowa z wykorzystaniem instytucji obniżenia kapitału zakładowego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością poprzez zmniejszenie wartości nominalnej jej udziałów, PP EiS 2012, Nr 1, s. 17.

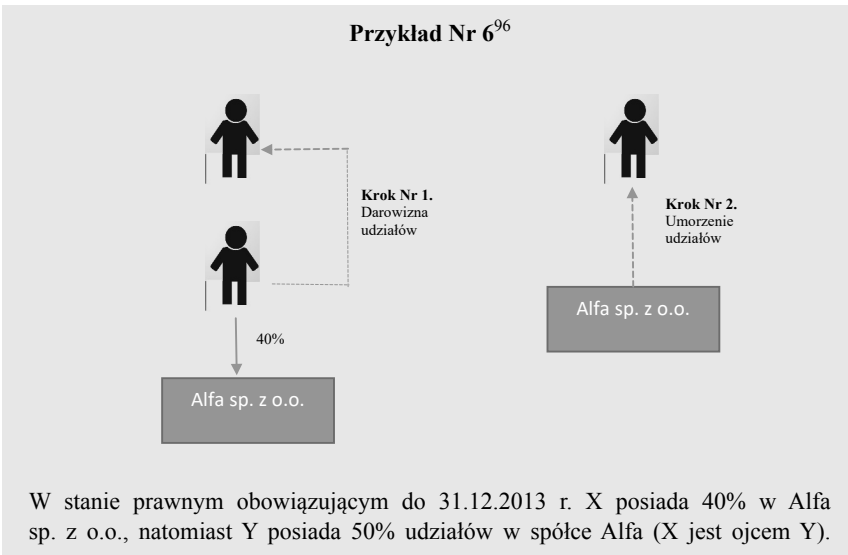
⁹² *Ibidem*.

⁹³ Wyrok WSA w Krakowie z 6.7.2011 r., I Sa/Kr 753/11, Legalis oraz z 29.11.2011 r., I Sa/Kr 1464/11, Legalis.

1. Wprowadzenie

Można stwierdzić, że transakcja z przykładu Nr 5 nie zostałaby dokonana, gdyby nie wiązała się ze znaczącymi korzyściami podatkowymi. Zupełnie inaczej jest w przypadku optymalizacji podatkowej, gdzie determinanta w postaci redukcji wysokości ciężaru fiskalnego jest tylko jednym z czynników decydujących o sposobie realizacji określonego celu gospodarczego. Cechą odróżniającą optymalizację podatkową od unikania opodatkowania powinien być cel dokonania transakcji. W przypadku unikania opodatkowania określona czynność prawna dokonywana jest wyłącznie w celu obniżenia poziomu opodatkowania, która stanowi jedyny motyw ekonomiczny dokonania transakcji⁹⁴. W odniesieniu do optymalizacji podatkowej korzyści podatkowe jedynie wyznaczają sposób przeprowadzenia określonego przedsięwzięcia, natomiast nie decydują w żadnej mierze o jego istocie. Zachowanie podatnika spełnia wówczas zazwyczaj następujące przesłanki:

- 1) podatnik do osiągnięcia zamierzonego celu gospodarczego wybiera nietypowe środki,
- 2) dana czynność prawna poza realizacją celu gospodarczego służy również obniżeniu opodatkowania,
- 3) w stosunku do pojedynczych czynności prawnych trudno odnaleźć jakiegokolwiek cele pozapodatkowe (przykład Nr 6)⁹⁵.



W stanie prawnym obowiązującym do 31.12.2013 r. X posiada 40% w Alfa sp. z o.o., natomiast Y posiada 50% udziałów w spółce Alfa (X jest ojcem Y).

⁹⁴ P. Powierza, *Koncepcja masy*, s. 16.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Według stanu prawnego na 31.12.2013 r.