

Aleksander Łożykowski

Kolegium Zarządzania i Finansów
Szkoła Główna Handlowa

Unijny model ograniczeń w zaliczaniu kosztów finansowania zewnętrznego do kosztów uzyskania przychodów w świetle polskich przepisów o niedostatecznej kapitalizacji

Streszczenie

W artykule zaprezentowano główne założenia ograniczeń możliwości potrącania odsetek, wynikające z dyrektywy przeciwko unikaniu opodatkowania, która wdraża na poziomie Unii Europejskiej niektóre wytyczne OECD w zakresie projektu *Base Erosion and Profit Shifting*. Autor podejmuje próbę odpowiedzi na pytanie, czy polskie regulacje w zakresie niedostatecznej kapitalizacji są równie skuteczne co rozwiązania zaproponowane w modelu unijnym.

Słowa kluczowe: niedostateczna kapitalizacja, BEPS, *earnings stripping*, dyrektywa 2016/1164.
Kody klasyfikacji JEL: H260, K330, K340

1. Wprowadzenie

Państwa członkowskie Unii Europejskiej uzgodniły dnia 21 czerwca 2016 r. ostateczny tekst dyrektywy ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, mającym bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego¹ (dyrektywa). Dyrektywa została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 19 lipca 2016 r. i weszła w życie 8 sierpnia 2016 r. Założenia dyrektywy pozostają w ścisłym związku z działaniami podjętymi przez grupę G20 i Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), która w październiku 2015 r. przedstawiła finalne założenia wytycznych w ramach planu przeciwdziałania zjawisku erozji podstawy opodatkowania oraz przenoszeniu zysków (Base Erosion and Profit Shifting Project – BEPS). BEPS i dyrektywa dotyczą strategii podatkowych realizowanych głównie przez międzynarodowe grupy kapitałowe, które wykorzystują luki i niezgodności w regulacjach podatkowych w celu sztucznego przenoszenia zysków do jurysdykcji o niskich stópach podatkowych². W konsekwencji poruszają one wiele problemów związanych z przeciwdziałaniem unikaniu opodatkowania, jednak ramy niniejszego artykułu zostały zawężone do zagadnienia ograniczania możliwości zaliczania odsetek do kosztów uzyskania przychodów przez spółki kapitałowe.

W artykule zostaną przedstawione główne założenia unijnego modelu ograniczeń potrącalności odsetek. Artykuł ma na celu także podjęcie próby oceny, czy obowiązujące w Polsce regulacje przeciwdziałające niedostatecznej kapitalizacji są równie skuteczne, co unijne przepisy ograniczające możliwość odliczania odsetek. Ocena ta ma także doniosłe znaczenie legislacyjne. Stosownie do art. 11 ust. 6 dyrektywy, w razie uznania, że polskie przepisy są równie skuteczne co unijne, Polska będzie mogła stosować aktualnie obowiązujące przepisy dotyczące niedostatecznej kapitalizacji do końca pierwszego pełnego roku podatkowego następującego po dacie opublikowania na urzędowej stronie internetowej porozumienia między członkami OECD w sprawie standardu minimalnego w odniesieniu do działania 4, dotyczącego przeciwdziałania erozji bazy podatkowej i przenoszeniu zysków, ale najpóźniej do

¹ Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, Dz. Urz. UE L 193/1 z 19.07.2016.

² M. Jamroży, *Opodatkowanie dochodów transgranicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 25–27.

dnia 1 stycznia 2024 r. Skuteczność polskich zasad ukierunkowanych na zapobieganie ryzykom erozji bazy podatkowej i przenoszenia zysków w zakresie niedostatecznej kapitalizacji będzie także przedmiotem opinii Komisji Europejskiej. Niezależna dyskusja akademicka nad oceną skuteczności polskich regulacji w świetle nowych regulacji unijnych i zaleceń OECD jest więc obecnie konieczna i niezwykle pożądana.

2. Dyrektywa wdrażająca BEPS

Dyrektywa jest głównym ogniwem przyjętego na początku 2016 r. przez Komisję Europejską pakietu środków skierowanych przeciwko unikaniu opodatkowania³, który jest częścią szerszego planu Komisji Europejskiej na rzecz sprawiedliwego i skutecznego systemu opodatkowania przedsiębiorstw w Unii Europejskiej⁴. Podstawowym celem unijnego pakietu środków jest zapewnienie, aby przedsiębiorstwa płaciły podatki tam, gdzie rzeczywiście osiągają dochody. Działania Unii Europejskiej w zakresie przeciwdziałania unikaniu opodatkowania są w znacznej mierze oparte na wytycznych OECD w sprawie przeciwdziałania erozji bazy opodatkowania i przenoszeniu zysków. W preambule dyrektywy zostało wprost wskazane, że jej celem jest wdrożenie najlepszych rozwiązań przedstawionych w sprawozdaniach końcowych BEPS. Bezpośrednie odesłanie w dyrektywie do osiągnięć OECD oraz przenoszenie fragmentów wytycznych wprost do dyrektywy, pozwala twierdzić, że w razie wątpliwości interpretacyjnych, normy zapisane w dyrektywie powinno się odczytywać w zgodzie z zaleceniami OECD. Wpływa to na proces implementacji dyrektywy oraz stosowanie krajowych przepisów wdrażających dyrektywę, co oznacza, że przyjęte na podstawie dyrektywy regulacje krajowe również należy interpretować w świetle wytycznych OECD, a kraje członkowskie Unii Europejskiej, nawet te niebędące równocześnie członkami OECD⁵, muszą uwzględnić zalecenia tej organizacji, implementując postanowienia dyrektywy. W konsekwencji, również skuteczność dotychczas stosowanych krajowych środków mających na celu

³ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady – Pakiet środków przeciwdziałających unikaniu opodatkowania: kolejne kroki na drodze do zapewnienia skutecznego opodatkowania i zwiększenia przejrzystości podatkowej w UE, COM (2016) 23 final, s. 10.

⁴ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action, COM (2015) 302 final.

⁵ Cypr, Litwa, Malta, Bułgaria, Rumunia i Chorwacja.

przeciwdziałanie niedostatecznej kapitalizacji powinna być oceniana w kontekście konkluzji OECD zaprezentowanych w projekcie BEPS.

W pewnym zakresie dyrektywa wychodzi jednak poza ramy wytycznych OECD, przyjmując dodatkowe środki przeciwdziałające unikaniu opodatkowania. Zarówno dyrektywa, jak i wytyczne OECD poruszają kwestie możliwości odliczania odsetek, kontrolowanych spółek zagranicznych oraz zasad przeciwdziałających rozbieżnościom w kwalifikacji struktur hybrydowych. Dyrektywa wychodzi natomiast poza ramy wytycznych OECD, wprowadzając ogólną klauzulę przeciwko unikaniu opodatkowania oraz *exit taxation*, czyli opodatkowanie niezrealizowanych zysków kapitałowych w przypadku przeniesienia aktywów, rezydencji podatkowej lub stałego zakładu⁶.

3. Unijny model ograniczeń potrącalności odsetek

3.1. Droga ku dyrektywie

Zarządzanie długiem stanowi jedno z głównych narzędzi umożliwiających obniżanie zobowiązań podatkowych w międzynarodowych grupach kapitałowych. Finansowanie spółek metodą zrotną pozwala na międzynarodowy transfer zysków z kraju o wyższym opodatkowaniu do kraju, gdzie obciążenia podatkowe są niższe⁷. Spółki obciążone długiem zmniejszają swoje zobowiązania podatkowe poprzez zaliczenie do kosztów uzyskania przychodów odsetek zapłaconych podmiotom powiązanym lub podmiotom trzecim. Taka struktura finansowania międzynarodowych grup kapitałowych nie jest sprzeczna z prawem, natomiast spotyka się z uzasadnioną krytyką (większości) władz podatkowych, które tracą potencjalne wpływy fiskalne⁸.

⁶ W pierwotnym projekcie tekstu dyrektywy, Komisja Europejska proponowała także przyjęcie klauzuli *switch-over*, która jednak nie została uwzględniona w ostatecznym tekście dyrektywy, z uwagi na obiekcie kilku państw członkowskich, w tym Polski.

⁷ Zasadniczo wzrost stawek podatkowych wpływa na wzrost zadłużenia spółek, szczególnie długu wewnątrzgrupowego. Dowód empiryczny przedstawili np. Desai, Foley i Hines (*A multinational perspective on capital structure choice and internal capital markets*, „Journal of Finance” 2004, 59, s. 2451–2487) czy Huizinga, Laeven i Nicodème (*Capital structure and international debt shifting*, „Journal of Financial Economics” 2008, vol. 88, s. 80–118).

⁸ Jak słusznie zauważa Parlament Europejski w swojej rezolucji z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie interpretacji prawa podatkowego i innych środków o podobnym charakterze lub skutkach (2015/2066 (INI)), pkt L-N, stanowisko niektórych państw członkowskich w sprawie unikania opodatkowania nie

W celu ochrony swoich dochodów budżetowych wiele jurysdykcji, począwszy od Kanady w latach 70. XX w., wprowadziło różne ograniczenia w możliwości zaliczenia kosztów finansowania zewnętrznego do kosztów uzyskania przychodów. Można wyróżnić dwa główne nurty regulacji skierowanych przeciwko nadmiernej potrącalności odsetek. Starsze rozwiązania dotyczyły problemu pośrednio, ustanawiając zazwyczaj pewien poziom dopuszczalnej relacji kapitału własnego i zadłużenia w spółkach kapitałowych. Regulacje te przyjęło się nazywać regulacjami mającymi na celu przeciwdziałanie niedostatecznej kapitalizacji (ang. *safe haven rules*). Ostatnio coraz większą popularność zyskuje podejście bezpośrednie, w ramach którego przewiduje się zazwyczaj limit potrącalności odsetek ustalany jako procent zysków przedsiębiorstwa w danym okresie. W tym wypadku pod uwagę bierze się najczęściej wszelkie koszty finansowania zewnętrznego, a nie tylko otrzymane od podmiotów powiązanych. To drugie podejście nazywane jest często *earnings stripping rule*, ponieważ koncentruje się bardziej na ograniczaniu możliwości zmniejszania dochodu do opodatkowania niż na strukturze finansowania spółki⁹. Duży wpływ na kształt przyjmowanych regulacji miała OECD, która od lat 80. XX w. nieustannie poszukuje najlepszych rozwiązań w tym zakresie. Po raz pierwszy jednak zalecenia OECD zostaną za pomocą dyrektywy wdrożone w skoordynowany sposób w całej Unii Europejskiej. Krajowe rozwiązania przyjęte na podstawie dyrektywy nie będą jednak (niestety) jednolite, bowiem dyrektywa, podobnie jak wytyczne OECD, określa jedynie wspólny minimalny standard przepisów, pozostawiając bardziej zainteresowanym państwom członkowskim możliwość ustanowienia wyższego poziomu ochrony¹⁰.

jest spójne, bowiem z jednej strony narzekają na erozję bazy opodatkowania, a z drugiej strony wciąż stosują rozwiązania prawne umożliwiające unikanie opodatkowania.

⁹ S. Webber, *Thin capitalization and interest deduction regulations*, Copenhagen Research Group on International Taxation – CORIT, Discussion paper nr 8, 2010, s. 5.

¹⁰ Opodatkowanie dochodów osób prawnych nie jest zharmonizowane w Unii Europejskiej. Co więcej, podatek ten jest ważnym elementem konkurencji podatkowej między państwami członkowskimi. Nie dziwi więc, że osiągnięcie kompromisu co do tekstu dyrektywy było bardzo trudne i jedynym możliwym rozwiązaniem było przyjęcie minimalnego standardu. Nie ulega wątpliwości także, że skoordynowanie przepisów dotyczących potrącalności odsetek będzie miało wpływ na kształt konkurencji podatkowej pomiędzy państwami. Władze podatkowe konkurują bowiem ze sobą przede wszystkim poprzez efektywną stopę opodatkowania, na którą składa się nie tylko wysokość stawek podatkowych, lecz także całościowy kształt przepisów podatkowych obowiązujących w danym państwie, w tym ograniczeń potrącalności odsetek. Możliwe jest więc, że w konsekwencji implementacji dyrektywy zwiększy się konkurencja podatkowa w innych obszarach podatku od dochodów osób prawnych, w tym poprzez nominalną stawkę podatkową. Jak wykazali Haufler i Runkel, skoordynowane zaostrożenie regulacji dotyczących niedostatecznej kapitalizacji może w pewnych warunkach skutkować

3.2. Stały wskaźnik

Zgodnie z zaleceniami OECD, przyjęta w dyrektywie metoda ograniczania możliwości zaliczania odsetek do kosztów podatkowych opiera się na stałym wskaźniku (ang. *fixed ratio*). Podatnik może zaliczyć nadwyżkę kosztów finansowania zewnętrznego do kosztów uzyskania przychodów w okresie rozliczeniowym, w którym koszty te zostały poniesione, jedynie do wysokości określonej przez stały wskaźnik równy 30% wyniku finansowego podatnika przed uwzględnieniem odsetek, opodatkowania i amortyzacji (EBITDA). Punktem odniesienia w ograniczaniu możliwości odliczenia odsetek jest więc EBITDA, który jest obliczany przez dodanie do dochodu podlegającego opodatkowaniu skorygowanych o podatek kwot z tytułu nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego, a także skorygowanych o podatek kwot z tytułu amortyzacji. Dochodu zwolnionego z podatku nie uwzględnia się w EBITDA podatnika, ponieważ dochód ten nie powinien wpływać na zwiększenie limitu potrącalności odsetek. Państwa członkowskie są jednak uprawnione do zaostrzenia ustalonego wskaźnika. W punkcie 6 preambuły dyrektywy wprost wskazano na możliwość przyjęcia jako wartości referencyjnej wskaźnika EBIT, który powinien być obliczany przez dodanie do dochodu podlegającego opodatkowaniu skorygowanych o podatek kwot z tytułu nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego. Nic nie stoi na przeszkodzie, by państwa członkowskie przewidziały także inny wskaźnik, o ile jego wartość będzie równa lub niższa od EBITDA. Można przypuszczać, że polski ustawodawca wskaże właśnie na zysk operacyjny jako odpowiednią wartość odniesienia, tak jak to uczynił, wprowadzając w 2015 r. tzw. alternatywną metodę obliczania limitu odsetek. Państwa członkowskie mają także prawo do obniżenia określonego w dyrektywie wskaźnika procentowego (30%), kierując się jednak rekomendacjami OECD w tym zakresie. Zgodnie z zaleceniami OECD, państwa mogą ustalić ten wskaźnik w przedziale 10–30%, biorąc pod uwagę różne czynniki prawne i faktyczne wpływające na konieczność przyjęcia wyższej lub niższej wartości. Na przyjęcie niższej wartości wskaźnika powinno wpływać na przykład jednocześnie przyjęcie wskaźnika grupowego, zezwolenie na wykorzystanie w przyszłych okresach

intensyfikacją konkurencji podatkowej poprzez stawki podatkowe, niemniej jednak powinno przynieść korzyści dla państw o symetrycznej sytuacji gospodarczej. W sytuacji dużych rozbieżności między państwami, na wspólnym zaostrzeniu regulacji mogą stracić państwa o szerszej podstawie opodatkowania (zob. A. Haufler, M. Runkel, *Multinationals' capital structures, thin capitalization rules, and corporate tax competition*, European Tax Policy Forum, Revised Version, June 2008, s. 4).

niewykorzystanego limitu odsetek lub możliwość zaliczenia do kosztów odsetek niezaliczonych do kosztów w poprzednich okresach rozliczeniowych¹¹. Ciekawym rozwiązaniem jest uzależnienie wysokości wskaźnika od wielkości grupy kapitałowej, do której należy podatnik. Za erozję bazy opodatkowania odpowiedzialne są głównie duże międzynarodowe grupy kapitałowe, dlatego uzasadnione jest, aby dla tych największych grup wskaźnik określić na niższym poziomie. Państwa członkowskie mogą wprowadzić również dodatkowe rozwiązania, mające na celu ograniczenie możliwości odliczania odsetek obok przyjętego w dyrektywie wskaźnika opartego na EBITDA, o ile te inne rozwiązania skutkować będą obniżeniem limitu potrącalności odsetek.

3.3. Pojęcie nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego

Pojęcie kosztów finansowania zewnętrznego oraz nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego zostały w dyrektywie zdefiniowane. Koszty finansowania zewnętrznego zostały określone szeroko jako wydatki z tytułu odsetek od wszystkich form zadłużenia, inne koszty ekonomiczne równoważne odsetkom oraz wydatki poniesione w związku z pozyskiwaniem finansowania, które mogą stanowić koszty uzyskania przychodów zgodnie z prawem krajowym. Definicja kosztów finansowania zewnętrznego zawiera także otwarty, przykładowy katalog takich kosztów¹². W polskiej ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych¹³, na potrzeby przepisów o niedostatecznej kapitalizacji, mowa jest nie o kosztach finansowania zewnętrznego,

¹¹ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project – Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4: 2015 Final Report, s. 54.

¹² Wskazano w nim na płatności w ramach pożyczki partycypacyjnej, odsetki kalkulatoryjne z tytułu takich instrumentów, jak obligacje zamienne i zerokuponowe, kwoty w ramach alternatywnych uzgodnień dotyczących finansowania, takich jak finansowanie typu islamskiego, element odsetkowy finansowania w przypadku płatności z tytułu leasingu finansowego, odsetki skapitalizowane ujęte w wartości bilansowej danego składnika aktywów, lub amortyzacja skapitalizowanych odsetek, kwoty określane przez odniesienie do zwrotu z finansowania w ramach zasad dotyczących ustalania cen transferowych, w stosownych przypadkach, kwoty odsetek nominalnych w ramach instrumentów pochodnych lub uzgodnień dotyczących zabezpieczenia związanych z finansowaniem zewnętrznym, z którego korzysta dany podmiot, określone zyski i straty z tytułu różnic kursowych wynikające z zaciągniętych pożyczek i instrumentów związanych z pozyskiwaniem finansowania, opłaty gwarancyjne związane z uzgodnieniami dotyczącymi finansowania, opłaty związane z uzgodnieniami i podobne koszty związane z zaciąganiem pożyczek.

¹³ Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych z dnia 15 lutego 1992 r., (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 851 z późn. zm.).

ale o odsetkach od pożyczek. Przez odsetki od pożyczek na gruncie polskich przepisów rozumie się wszelkie poniesione na rzecz pożyczkodawcy koszty związane z uzyskaniem i korzystaniem z pożyczki (odsetki, opłaty, prowizje, premie), a także opłaty z tytułu opóźnionej zapłaty zobowiązań. Przez pożyczkę rozumie się natomiast każdą umowę, w której dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą ilość pieniędzy. W polskiej ustawie wprost wskazano przy tym, że przez pożyczkę rozumie się także kredyt, emisję papierów wartościowych o charakterze dłużnym, depozyt nieprawidłowy lub lokatę, a nie uważa się za pożyczkę pochodnych instrumentów finansowych. Jak widać, definicja kosztów finansowania zewnętrznego, wynikająca z dyrektywy, jest szersza od określonej w polskiej ustawie definicji odsetek od pożyczek. Koszty finansowania zewnętrznego odnoszą się bowiem do wszystkich form zadłużenia, a nie tylko do pożyczek, nawet tak szeroko zdefiniowanych jak w polskiej ustawie. Poprzez koszty ekonomicznie równoważne odsetkom należy rozumieć wszystkie inne płatności, które można utożsamiać z wynagrodzeniem za udostępnianie obcego kapitału. Przykłady takich kosztów zostały podane zarówno w dyrektywie, jak i wytycznych OECD. Obszerny katalog przykładowych kosztów finansowania zewnętrznego, obejmujący także mniej powszechne metody finansowania, takie jak finansowanie typu islamskiego czy pożyczki partycypacyjne, wskazuje na intencje unijnego prawodawcy do jak najszerzego ujęcia tych kosztów. Co ważne, można przypuszczać, że odmiennie niż jest to aktualnie oceniane na gruncie polskiej definicji odsetek od pożyczek, za koszty finansowania zewnętrznego uznane zostaną także odsetki lub płatności ekwiwalentne w ramach umów *cash pooling*, czy też płatności w ramach instrumentów pochodnych związanych z finansowaniem zewnętrznym (np. *interest rate swaps*). Poza zakresem kosztów finansowania zewnętrznego pozostają płatności związane z finansowaniem wewnętrznym oraz wydatki, których poniesienie uzasadnione jest innymi czynnikami niż wynagrodzenie za udostępnienie kapitału¹⁴.

¹⁴ Na przykład, wątpliwości może rodzić, jaki charakter mają koszty poniesione w związku z zakupem instrumentów pochodnych, mających na celu zabezpieczenie przed zmianą kursu walut. Każdy przypadek powinien być rozpatrywany osobno w zależności od sytuacji podatnika. Jeśli podatnik pozyskuje finansowanie w obcej walucie i nie jest narażony na ryzyko walutowe z uwagi na charakter prowadzonej przez niego działalności (na przykład działa tylko na rodzimym rynku), można uznać, że koszty poniesione w związku z zabezpieczeniem przed ryzykiem walutowym pozostają w związku z pozyskiwaniem finansowania w obcej walucie, a przez to powinny być zaliczone do kosztów finansowania zewnętrznego. Gdy podatnik może uzasadnić poniesienie kosztów zabezpieczenia przed zmianą kursów walut prowadzoną przez niego działalnością (na przykład podatnik importuje znaczną część

Dla celów obliczania limitu odsetek znaczenie ma tylko wartość netto kosztów finansowania zewnętrznego. Zgodnie z dyrektywą, nadwyżka kosztów finansowania zewnętrznego oznacza kwotę, o którą podlegające odliczeniu koszty finansowania zewnętrznego ponoszone przez podatnika przewyższają podlegające opodatkowaniu przychody z odsetek i inne równoważne ekonomicznie, podlegające opodatkowaniu przychody. Przychody z odsetek i inne równoważne ekonomicznie, podlegające opodatkowaniu przychody powinny stanowić lustrzane odbicie definicji kosztów finansowania zewnętrznego. Ujęcie netto kosztów finansowania zewnętrznego jest szczególnie istotne dla grup kapitałowych, bowiem pozwala na zaciąganie długu przez jednostkę mającą lepszą pozycję negocjacyjną, która następnie udziela wtórnej pożyczki innym spółkom wewnątrz grupy. W tym wypadku bowiem liczy się tylko wynik netto i spółka pozyskująca finansowanie od stron trzecich dla całej grupy kapitałowej nie jest narażona na ograniczenia potrącalności odsetek.

Nadwyżka kosztów finansowania zewnętrznego podlega odliczeniu w tym roku podatkowym, w którym koszty te zostały poniesione. Zgodnie z art. 4 ust. 6 dyrektywy, państwo członkowskie może jednak zezwolić na trzy rozwiązania łągodzące tę zasadę:

- 1) przeniesienie na przyszłe okresy, bez ograniczeń czasowych, nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego, której nie można odliczyć w danym roku podatkowym (opcja A),
- 2) przeniesienie na przyszłe okresy, bez ograniczeń czasowych (opcja A), i przeniesienie na poprzednie okresy – na okres nieprzekraczający trzech lat (opcja B) – nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego, której nie można odliczyć w danym roku podatkowym,
- 3) przeniesienie na przyszłe okresy, bez ograniczeń czasowych, nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego (opcja A) i na okres nieprzekraczający pięciu lat – niewykorzystanej wartości odsetek, które nie mogą zostać odliczone w danym roku podatkowym (opcja C).

Przepis ten nie jest fortunnie sformułowany, bowiem wskazuje, że państwo członkowskie może przyjąć następujące rozwiązania: opcję A lub opcje A i B lub opcje A i C, co zgodnie z zasadami logiki prawniczej oznacza, że państwo może zastosować jedną, dwie lub wszystkie trzy opcje naraz. Wydaje się jednak, że intencją prawodawcy było zastosowanie alternatywy rozłącznej, co oznacza, że możliwe

materiałów z zagranicy), dana część lub całość tych kosztów nie będzie podpadała pod definicję kosztów finansowania zewnętrznego.

rozwiązania to tylko opcja A albo tylko opcje A i B albo tylko opcje A i C¹⁵. Wniosek ten wypływa, po pierwsze, z konstrukcji przepisu, a po drugie, z argumentacji celowościowej. Gdyby intencją prawodawcy było zezwolenie na stosowanie jednej, dwóch lub trzech opcji naraz, to przepis wskazywałby wprost, że państwo członkowskie może wybrać każdą z opcji, A, B, lub C razem lub osobno. Struktura tego przepisu nawiązuje do konstrukcji zaleceń OECD w tym zakresie, które zostały sformułowane niemal identycznie. Zalecenia OECD nie są jednak aktem prawnym, dlatego przy wdrażaniu ich do *acquis communautaire*, warto zmodyfikować ich treść, tak aby spełniały założenia prawidłowej legislacji. Zezwolenie na przenoszenie odsetek niezaliczonych do kosztów lub niewykorzystanego limitu odsetek na przyszłe lub poprzednie okresy rozliczeniowe, nie jest w świetle rekomendacji OECD konieczne, jakkolwiek niesie za sobą istotne korzyści, ale i niebezpieczeństwa. Przepisy zezwalające na przenoszenie do innych okresów rozliczeniowych niedozwolonych uprzednio odsetek oraz niewykorzystanego limitu odsetek przyczyniają się do łagodzenia niekorzystnych skutków zmienności w czasie EBITDA podatników. EBITDA jest kategorią trudną do przewidzenia, nawet w krótkim okresie, zależną od wielu czynników, wewnętrznych i zewnętrznych oraz podlegającą silnym wahaniom. Celem ograniczeń w zaliczaniu odsetek do kosztów uzyskania przychodów jest zapobieganie erozji bazy opodatkowania i transferowi zysków, a nie karanie przedsiębiorstw za gorszy wynik finansowy w danym roku podatkowym, stąd zezwolenie na zaliczenie do innych okresów niewykorzystanego limitu lub niezaliczonych wcześniej odsetek jest najczęściej pożądane. Korzyści z możliwości przenoszenia odsetek niezaliczonych uprzednio do kosztów na inne okresy są także widoczne, gdy przedsiębiorstwo ponosi znaczne koszty finansowania w danym okresie, natomiast oczekiwany zwrot następuje w kolejnych okresach. Możliwość przenoszenia niezaliczonych odsetek eliminuje także zagrożenie podwójnego opodatkowania, jeśli niezaliczone do kosztów odsetki, zostaną jednocześnie opodatkowane w innym państwie członkowskim¹⁶. Władze podatkowe powinny o tym pamiętać, bowiem w punkcie 5 preambuły dyrektywy zapisano, że przepisy dyrektywy powinny również zapobiegać tworzeniu nowych przeszkód dla rynku, takich jak podwójne opodatkowanie. Z drugiej strony, zezwolenie na jednoczesne stosowanie wszystkich opcji A, B i C może skutkować zakumulowaniem przez podatników zbyt znacznych limitów odliczania odsetek,

¹⁵ S. Bhogal, *The EU Anti-Tax-Avoidance Directive*, Tax Notes International, 5 września 2016r., s. 882.

¹⁶ OECD/G20, *Base...*, op.cit, s. 68.

co może doprowadzić do pokusy zwiększania zadłużenia spółki lub zmniejszania jej EBITDA. Najmniej zagrożeń niesie za sobą w tym kontekście opcja A, natomiast opcje B i C mogą w większym stopniu przyczynić się do nasilenia erozji bazy opodatkowania i transferu zysków. W konsekwencji, należy uznać jak wyżej, że państwa członkowskie powinny wdrożyć do krajowych systemów jedynie opcję A lub opcję A wraz z opcją B albo C. Warto zauważyć, że państwa członkowskie mogą ograniczyć czas, w którym możliwe jest przenoszenie niezaliczonych odsetek i niewykorzystanego limitu lub zastosować inne limity, np. kwotowe lub procentowe. Z prawa do przenoszenia niezaliczonych odsetek lub limitów na przyszłe okresy nie powinni co do zasady korzystać następcy prawni spółek, w razie dokonywania przekształceń własnościowych, ponieważ zwiększa to ryzyko erozji bazy opodatkowania i transferu zysków. W celu uniknięcia wątpliwości, krajowy ustawodawca powinien jednak wprost wykluczyć taką możliwość.

3.4. Zakres podmiotowy

Podatnikiem na gruncie dyrektywy jest każdy podmiot podlegający opodatkowaniu podatkiem od dochodów osób prawnych, w tym stałe zakłady podmiotów zagranicznych. Państwa członkowskie mogą uznać za podatnika do celów obliczania limitu odsetek także inne podmioty, jak na przykład polskie podatkowe grupy kapitałowe. W takiej sytuacji nadwyżka kosztów finansowania zewnętrznego i wskaźnik EBITDA mogą być obliczane na poziomie podatkowej grupy kapitałowej, z uwzględnieniem wyników wszystkich członków tej grupy. Uważam, że wdrażając postanowienia dyrektywy, polski ustawodawca powinien zezwolić na traktowanie podatkowej grupy kapitałowej jako jednego podatnika dla celów obliczania limitu odsetek. Obecnie, wobec braku wyraźnego wyłączenia stosowania przepisów o niedostatecznej kapitalizacji wobec spółek tworzących podatkową grupę kapitałową, w interpretacji organów podatkowych oraz orzecznictwie¹⁷ przeważa stanowisko, zgodnie z którym przepisy te mają zastosowanie także do spółek wchodzących w skład podatkowej grupy kapitałowej. Zastosowanie ograniczeń możliwości odliczenia odsetek w spółkach tworzących podatkową grupę kapitałową może prowadzić do podważenia zasady neutralności podatkowej transakcji dokonywanych w ramach tej

¹⁷ Np. wyrok NSA z dnia 8 października 2014 r II FSK 2633/12 lub wyrok WSA w Gliwicach z dnia 23 lutego 2016 r. I SA/Gl 962/15.

grupy podatkowej. Ponadto w skład podatkowej grupy kapitałowej nie mogą wchodzić podmioty zagraniczne, stąd ryzyko transferu zysków za granicę jest niewielkie.

3.5. Wyłączenia z ograniczeń potrącalności odsetek

Dyrektywa daje państwom członkowskim możliwość wprowadzenia dwóch bardzo istotnych wyjątków od stosowania zasad ograniczania możliwości zaliczania odsetek do kosztów. Po pierwsze, państwa członkowskie mogą przewidzieć pewien próg *de minimis*, do którego podatnicy będą mogli zaliczać odsetki do kosztów uzyskania przychodów bez żadnych ograniczeń (ang. *safe harbour*). Zgodnie z dyrektywą, podatnik może zostać uprawniony do odliczenia nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego do maksymalnej kwoty 3 mln EUR, ale liczonej dla całej grupy. Głównym adresem działań mających na celu ograniczenie erozji bazy opodatkowania i transferu zysków są duże międzynarodowe korporacje, stąd próg został ustalony na dość wysokim poziomie, aby zminimalizować negatywny wpływ przyjętych ograniczeń na małe i średnie przedsiębiorstwa (SME). Na przykład, w Wielkiej Brytanii szacuje się, że próg *de minimis* ustalony na poziomie 1 mln GBP oznaczać może wyłączenie ograniczeń w limitacji odsetek w stosunku do około 90% firm brytyjskich¹⁸. Z kolei Buslei i Simmler przeprowadzili badania empiryczne na niemieckich spółkach po wprowadzeniu w Niemczech progu *de minimis*¹⁹. Jak można było przypuszczać, spółki nieznacznie przekraczające dozwolony próg silnie zareagowały na wprowadzenie nowych przepisów i podzieliły swoje aktywa lub zmniejszyły stosunek długu do kapitału własnego, aby zmieścić się w ustanowionym progu *de minimis*. Efekt ten polski ustawodawca powinien wziąć pod uwagę, decydując się na wprowadzenie takiego progu.

Po drugie, państwa członkowskie mogą także wyłączyć z zakresu działania przepisów dotyczących niedostatecznej kapitalizacji podmioty niezależne, czyli takie, które nie wchodzi w skład skonsolidowanej grupy do celów rachunkowości finansowej i nie posiadają przedsiębiorstw powiązanych ani stałych zakładów. Skonsolidowana

¹⁸ HM Revenue & Customs i HM Treasury, *Tax deductibility of corporate interest expense: consultation (October 2015)*, <https://www.gov.uk/government/consultations/tax-deductibility-of-corporate-interest-expense/tax-deductibility-of-corporate-interest-expense-consultation>.

¹⁹ H. Buslei, M. Simmler, *The Impact of Introducing an Interest Barrier Evidence from the German Corporation Tax Reform 2008*, Discussion paper 1215, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung, 2012, s. 1–29.

grupa do celów rachunkowości finansowej obejmuje wszystkie podmioty, które są w pełni uwzględniane w skonsolidowanym sprawozdaniu finansowym sporządzanym zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości lub międzynarodowymi standardami sprawozdawczości finansowej. Dyrektywa wprowadza własną definicję przedsiębiorstwa powiązanego, uznając za przedsiębiorstwa powiązane zarówno podmioty, w których podatnik posiada bezpośrednio lub pośrednio określone zaangażowanie kapitałowe, jak i udziałowców posiadających takie zaangażowanie kapitałowe w podatniku, a także wszystkie inne podmioty, w których wcześniej wymienione podmioty posiadają odpowiednie zaangażowanie kapitałowe. Definicja podmiotu powiązanego musi być maksymalnie szeroka, aby nie dopuścić do obejścia ograniczeń w zaliczaniu odsetek do kosztów uzyskania przychodów. Krąg podmiotów powiązanych określony w dyrektywie jest szerszy niż w polskich przepisach dotyczących niedostatecznej kapitalizacji.

Państwa członkowskie uprawnione są do wyłączenia z zakresu stosowania zasad, dotyczących potrącalności odsetek, kosztów poniesionych na „stare” pożyczki, gdzie stosowne umowy zostały zawarte przed 17 czerwca 2016 r. i nie poczyniono żadnych zmian w umowach (zasada praw nabytych). Zgodnie z punktem 8 preambuły, w przypadku późniejszej modyfikacji umowy pożyczki zasada praw nabytych dotycząca „starych” pożyczek nie miałaby zastosowania do zwiększenia kwoty pożyczki lub przedłużenia terminu jej spłaty, ale byłaby tylko ograniczona do pierwotnych warunków pożyczki.

Podobne wyłączenie z ograniczeń państwa mogą zastosować wobec kosztów poniesionych na pożyczki wykorzystywane do sfinansowania tzw. projektów partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP), o ile spełniają one warunki określone w dyrektywie. W przypadku wyłączeń dotyczących starych pożyczek i projektów PPP, dyrektywa posługuje się niezdefiniowanym pojęciem „pożyczki”. Na zdefiniowane w dyrektywie koszty finansowania zewnętrznego składają się nie tylko koszty wynikające z pożyczek, lecz także z innych form finansowania, wymienionych zresztą przykładowo w art. 2 pkt 1 dyrektywy. Nie wydaje się jednak, by dyrektywa na potrzeby powyższych wyłączeń różnicowała charakter wydatków w zależności od tego, czy zostały one poniesione na pożyczki, czy inne formy finansowania, jak na przykład obligacje czy leasing finansowy. W każdym razie wprowadzenie tych wyłączeń jest dla państw członkowskich opcjonalne, więc mogą one i powinny sprecyzować pojęcie pożyczki w przyjętych rozwiązaniach krajowych.

Dyrektywa pozostawiła krajom członkowskim także prawo wyboru, czy zasady potrącalności odsetek będą miały zastosowanie do przedsiębiorstw finansowych.

Państwa członkowskie mają w tym zakresie pełną dowolność, mogą bowiem w pełni wyłączyć przedsiębiorstwa finansowe spod ograniczeń dotyczących odliczalności odsetek, mogą stosować te ograniczenia w całości, części lub przewidzieć zupełnie inne rozwiązania szczególne. Jak wskazuje preambuła dyrektywy, ogólnie uznaje się, że zasady dotyczące ograniczenia potrącalności odsetek powinno się stosować także wobec przedsiębiorstw finansowych, jednak z uwagi na szczególną sytuację tych przedsiębiorstw i brak konsensusu co do restrykcji wobec tych podmiotów, dyrektywa pozostawia na razie państwom członkowskim dowolność w wyborze odpowiednich środków. Nad przyjęciem najlepszych rozwiązań odnośnie do instytucji finansowych i ubezpieczycieli pracuje OECD, która w połowie 2016 r. przedstawiła materiały do dyskusji publicznej²⁰. Można przypuszczać, że Polska utrzyma wyłączenie instytucji kredytowych i niektórych instytucji finansowych spod ograniczeń potrącalności odsetek, tak jak to zrobiła, wprowadzając tzw. alternatywną metodę ograniczeń do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych w 2015 r.

3.6. Wskaźniki grupowe

Dyrektywa przewiduje możliwość wprowadzenia jednego z dwóch wskaźników, obliczanych na poziomie całej grupy kapitałowej, co może znacząco złagodzić negatywne konsekwencje oparcia podstawowego limitu potrącalności odsetek na stałym wskaźniku. Pierwszy wskaźnik grupowy oblicza się poprzez wyznaczenie stosunku kapitału własnego do aktywów ogółem dla całej grupy kapitałowej i dla danego podmiotu indywidualnego. Jeśli wskaźnik obliczony dla podmiotu wynosi co najmniej 98% tego samego wskaźnika obliczonego na poziomie grupy, to podmiot może odliczyć nadwyżkę kosztów finansowania zewnętrznego w pełnej wysokości (ang. *equity escape rule*). Rozwiązanie to pozwala spółkom, które są mniej zadłużone niż cała grupa kapitałowa, na pominięcie rygoru limitu obliczanego na poziomie danej spółki. Konstrukcja tego wskaźnika przypomina rozwiązanie stosowane od 2008 r. w Niemczech²¹. Wskazuje się jednak, że w niemieckiej praktyce reguła ta ma znikome zastosowanie wśród grup kapitałowych, głównie z uwagi na komplikacje

²⁰ OECD, Public discussion draft: BEPS action 4 approaches to address BEPS involving interest in the banking and insurance sectors, 28 lipca 2016 r.

²¹ W. Tischbirek, *Germany: Interest Barrier, Loss of Losses and Other Delicacies*, Euromoney Handbooks, Chapter 14, 2008, s. 81–86.

związane z ustalaniem wskaźnika na poziomie grupowym²². Sama OECD świadoma jest praktycznych problemów, jakie niesie za sobą wdrożenie zasady grupowej. Z uwagi na różnice w regułach rachunkowości i odmienności prawa podatkowego różnych krajów, ustalenie właściwych wartości dla konkretnych kategorii może nastęrczać trudności, a weryfikacja danych przez władze podatkowe może okazać się niewykonalna.

Drugi możliwy wskaźnik grupowy ustala się w dwóch etapach. Najpierw oblicza się wskaźnik dla grupy kapitałowej poprzez podzielenie²³ nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego ponoszonych przez całą grupę kapitałową wobec stron trzecich przez EBITDA dla całej grupy, a następnie otrzymany wynik mnoży się przez EBITDA danego podatnika. Podatnik może zaliczyć odsetki do wysokości otrzymanego w ten sposób limitu grupowego, o ile limit ten jest wyższy, niż ustalony poprzez wskaźnik 30% EBITDA podatnika. Idea przyjęcia takiego rozwiązania wydaje się słuszna. Poziom zadłużenia grup kapitałowych jest przecież bardzo zróżnicowany i zależy od wielu czynników wewnętrznych i zewnętrznych. Niekiedy cały sektor charakteryzuje się znacznie wyższą dźwignią finansową niż przeciętna²⁴. W takim przypadku grupa kapitałowa mogłaby zostać pozbawiona prawa do potrącenia części kosztów finansowania zewnętrznego pozyskanego od stron trzecich, mimo że nie przyczynia się to do erozji bazy opodatkowania i transferu zysków. Podobnie jednak jak w przypadku wskaźnika opartego na relacji kapitałów własnych i aktywów grupy, wydaje się, że skorzystanie w praktyce z dobrodziejstwa tej reguły będzie bardzo utrudnione. Można odnieść wrażenie, że wprowadzenie możliwości przyjęcia tego wskaźnika grupowego w dyrektywie zostało przewidziane bardziej na przyszłość, w tej chwili bowiem nie ma konsensusu wśród państw członkowskich co do jednolitego wprowadzenia tego rozwiązania, a OECD wciąż stara się wypracować najlepsze rozwiązanie w tym zakresie²⁵. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, by państwa członkowskie nowelizowały rozwiązania krajowe w ramach dozwolonych

²² OECD, Comments received on Public Discussion draft BEPS action 4: interest deductions and other financial payments, Part 1, 11 lutego 2015, s. 467.

²³ Polska wersja dyrektywy zawiera błąd w tłumaczeniu, oczywiście jest bowiem, że chodzi o iloraz kosztów finansowania zewnętrznego i EBITDA na poziomie grupy, a nie iloczyn (mnożenie). Tak też stanowią inne wersje językowe dyrektywy.

²⁴ Wyższym długiem charakteryzują się na przykład sektor bankowy, energetyczny, a niższym sektor sprzedaży detalicznej, farmaceutyczny czy transportowy. Szczegółowe analizy można znaleźć na stronie A. Damodarana: http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/New_Home_Page/datafile/dbtfund.htm.

²⁵ OECD, BEPS action 4 – discussion draft on elements of the design and operation of the group ratio rule, lipiec 2016.

przez dyrektywę granic w późniejszym okresie. Słusznie zauważają respondenci biorący udział w konsultacjach OECD, że jednym z podstawowych wymogów, aby wskaźnik grupowy mógł zostać w praktyce zastosowany, jest zgodne zezwolenie we wszystkich krajach członkowskich na stosowanie danych finansowych bezpośrednio ze skonsolidowanego sprawozdania finansowego, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek dostosowań²⁶. Warto także w tym miejscu zwrócić uwagę, że OECD w wytycznych końcowych w ramach działania 4 projektu BEPS zauważyła, że nadmierna potrącalność odsetek może mieć miejsce także w przypadku zagranicznych inwestycji grup kapitałowych, co można zilustrować przykładem 1.

Przykład 1

Grupę kapitałową tworzą dwie spółki – spółka matka prowadząca działalność w kraju, gdzie stawka podatku od osób prawnych wynosi 30%, oraz spółka córka prowadząca działalność w kraju, gdzie stawka podatku od osób prawnych wynosi 10%. Spółka córka postanowiła zainwestować w prowadzoną przez siebie działalność dodatkowy 1 mln PLN. W tym celu zaciągnęła w banku kredyt w wysokości 1 mln PLN z oprocentowaniem równym 10%. Spółka córka uzyskała 200 tys. PLN zwrotu z inwestycji, z czego po odliczeniu odsetek otrzymała dochód przed opodatkowaniem 100 tys. PLN oraz 90 tys. PLN po opodatkowaniu wg stawki. Zakładając brak ograniczeń w zakresie odliczania odsetek, grupa kapitałowa mogłaby zaplanować finansowanie inwestycji w odmienny sposób. Gdyby to spółka matka zaciągnęła kredyt na tych samych warunkach i pozyskaną kwotę przekazała spółce córce jako wkład wspólnika, spółka córka musiałaby opodatkować cały dochód z inwestycji w wysokości 200 tys. PLN, z czego po opodatkowaniu otrzymałaby 180 tys. PLN. Zakładając, że spółka matka uzyskuje dochód z innej działalności i mogłaby zaliczyć do kosztów uzyskania przychodu odsetki od zaciągniętego kredytu, pomniejszyłaby swoje zobowiązania podatkowe o 30 tys. PLN. W perspektywie całej grupy kapitałowej, w wyniku podjętej przez spółkę córkę inwestycji, grupa kapitałowa z jednej strony osiągnęłaby zysk 200 tys. PLN oraz zaoszczędziła 30 tys. PLN na podatku w kraju spółki matki, a z drugiej strony poniosłaby koszt odsetek 100 tys. PLN oraz podatku w kraju spółki córki 20 tys. PLN. Ostateczny zysk po opodatkowaniu wyniósłby w tej sytuacji dla całej grupy kapitałowej 110 tys. PLN, w przeciwieństwie do osiągniętego wcześniej zysku 90 tys. PLN. Kraj rezydencji spółki matki doznał w tym przypadku erozji bazy opodatkowania na rzecz kraju rezydencji spółki córki.

Limit potrącalności odsetek odnosi się do kosztów finansowania zewnętrznego uzyskanego także od osób trzecich, stąd skutecznie ogranicza możliwości transferu

²⁶ OECD, Comments received on Public BEPS action 4 – discussion draft on elements of the design and operation of the group ratio rule, 25 sierpnia 2016.

zysków przedstawionego w przykładzie powyżej. Wprowadzenie wskaźnika grupowego może jednak zneutralizować ten skutek, co można zilustrować przedstawionym niżej przykładem 2.

Przykład 2

Przyjmijmy, że podobnie jak w Przykładzie 1, w grupie kapitałowej spółki zależne nie zaciągają kredytów, ale czyni to spółka matka, która następnie wnosi pozyskane środki w formie wkładów do spółek zależnych, aby zminimalizować swój dochód do opodatkowania. Przyjmując, że spółka matka osiągnęła EBITDA na poziomie 20 mln PLN, a wysokość odsetek od kredytów wyniosła 18 mln PLN, w braku wskaźnika grupowego spółka matka mogłaby zaliczyć do kosztów uzyskania przychodów jedynie 6 mln PLN odsetek. Jednak na poziomie całej grupy EBITDA wynosi 30 mln PLN (20 mln PLN spółki matki + 10 mln PLN spółek zależnych), natomiast koszty finansowania zewnętrznego od osób trzecich kreowane są jedynie przez spółkę matkę i wynoszą 18 mln PLN. W przypadku przyjęcia przez kraj rezydencji spółki matki możliwości odliczania odsetek do wysokości określonej przez omawiany wskaźnik grupowy, który w tym przykładzie wyniósłby 60%, spółka matka mogłaby zaliczyć do kosztów 12 mln PLN, zamiast 6 mln PLN odsetek.

4. Analiza skuteczności wybranych ograniczeń potrącalności odsetek

4.1. Przegląd badań

Kierując się systematyką przedstawioną przez OECD, można wyróżnić przynajmniej sześć różnych typów regulacji mających na celu przeciwdziałanie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysków z wykorzystaniem odsetek i płatności ekwiwalentnych, polegających na²⁷:

- 1) ocenie poziomu odsetek lub zadłużenia zgodnie z zasadą ceny rynkowej (ang. *arm's length*),
- 2) zastosowaniu podatku u źródła od wypłacanych odsetek,
- 3) ograniczeniu możliwości potrącania określonej części odsetek, bez względu na kształt i odbiorcę płatności,

²⁷ OECD, BEPS..., op. cit., s. 19.

- 4) ograniczeniu możliwości potrącania określonej ilości odsetek w odniesieniu do ustalonego stałego wskaźnika, takiego jak wskaźnik zadłużenia kapitału własnego, udziału odsetek w zyskach, udziału odsetek w aktywach i innych,
- 5) ograniczeniach związanych z odniesieniem pozycji danej spółki do całej grupy kapitałowej,
- 6) innych szczególnych ograniczeniach potrącalności odsetek wynikających z określonych transakcji.

Władze podatkowe najczęściej stosują kombinację różnych typów regulacji, nie ograniczając się tylko do jednej z przedstawionych wyżej metod. W praktyce najczęściej stosowanym rozwiązaniem jest ograniczanie możliwości odliczania odsetek na podstawie relacji kapitałów własnych do zadłużenia podatnika, jednak w ostatnim czasie można zaobserwować zwrot w kierunku limitów opartych na danych finansowych, w szczególności EBITDA podatnika²⁸. Dotychczas, w ślad za Niemcami, niektóre kraje (m.in. Hiszpania, Portugalia, Włochy, Finlandia, Grecja) wprowadziły już ograniczenia oparte na EBITDA²⁹. Niektóre kraje stosują kombinację tych dwóch podejść, np. Francja, Dania oraz Polska³⁰. Zmianę podejścia rekomenduje także OECD w raporcie końcowym, uznając, że metoda oparta na EBITDA jest skuteczniejsza w przeciwdziałaniu erozji bazy opodatkowania i przenoszeniu zysków niż metody oparte na relacji długu i kapitału własnego spółki³¹. Za skoordynowanym przyjęciem ograniczeń opartych na EBITDA opowiedziały się ostatecznie wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej, przyjmując dyrektywę. Zasadniczo dyskusja koncentruje się więc nad oceną, które z tych dwóch rozwiązań jest lepszym narzędziem dla władz podatkowych w przeciwdziałaniu erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysków. Podjęte do tej pory badania nie dają zdecydowanej odpowiedzi na to pytanie, choć wskazują przeważnie na wyższość rozwiązań opartych na wyniku finansowym (EBITDA). Jak wynika z modelu Mardana³², dla władz podatkowych maksymalizujących wpływy podatkowe, ograniczenia potrącalności odsetek oparte na EBITDA są skuteczniejsze przede wszystkim dlatego,

²⁸ C. Bachmann, A. Lahmann, C. Schuler, *The Impact of Thin-Capitalization and Earnings Stripping Rules in the EU-15 on the Tax Shield*, European Financial Management Association Annual Meeting, Amsterdam 2015, s. 7.

²⁹ Ibidem, s. 16.

³⁰ European Commission, *Tax reforms in EU Member States – 2015 Report*, Taxation Papers nr 58, s. 48.

³¹ OECD, BEPS..., op.cit., s. 21.

³² M. Mardan, *The Effects of Thin Capitalization Rules when Firms are Financially Constrained*, 8th Norwegian-German Seminar on Public Economics, CESifo, Munich, 8–9 listopada 2013, s. 4–15.

że oddziałują w większym stopniu w najbardziej produktywne spółki. Dotyczy to przede wszystkim krajów wschodnioeuropejskich (w tym Polski), w których dostęp do kapitału obcego jest bardziej ograniczony niż w krajach zachodnich³³. Podobny rezultat uzyskali w swoim modelu Gresik, Schindler i Schjelderup, z którego jednoznacznie wynika, że optymalnym rozwiązaniem dla jurysdykcji podatkowej jest wprowadzenie ograniczeń opartych na wyniku finansowym przedsiębiorstwa, natomiast rozwiązania oparte na relacji długu i kapitałów własnych lub rozwiązania mieszane są mniej efektywne³⁴. W późniejszej pracy Mardan przedstawia mniej klarowne konkluzje, wysnuwając wniosek, że korzyści z wprowadzenia ograniczeń potrącalności odsetek opartych na relacji kapitału własnego i długu mogą być jednak większe, jeśli grupy kapitałowe nie mają możliwości manipulowania cenami transferowymi³⁵. Gdy jednak grupy kapitałowe prowadzą agresywną politykę manipulowania cenami transferowymi, korzyści z wprowadzenia regulacji opartych na EBITDA podatnika mogą być większe³⁶.

Można stwierdzić, że w praktyce ograniczenia związane ze stosunkiem zadłużenia do kapitałów własnych nie zapobiegają dostatecznie transferowi zysków za granicę, bowiem grupy kapitałowe w łatwy sposób mogą dostosować wysokość kapitału własnego do pożądanej wielkości długu. Badania wskazują, że względnie restrykcyjny stosunek długu do kapitałów własnych równy 1,5:1, obowiązujący w USA, okazał się nieskuteczny w zapobieganiu przenoszeniu zysków z wykorzystaniem odsetek przez amerykańskie spółki kontrolowane³⁷. Podobnie, badania na kanadyjskich spółkach wykazały, że tylko mały odsetek spółek (7,1%) przekroczył relację długu do kapitałów własnych w wysokości 2:1³⁸. Jeśli zasadniczo grupy kapitałowe mogą dostosować stosunek kapitałów własnych do zadłużenia i jednocześnie kontynuować transfer zysków do krajów o niższym opodatkowaniu, to bezpośrednia limitacja odsetek na podstawie wyniku finansowego wydaje się być rozwiązaniem

³³ Ibidem.

³⁴ T.A. Gresik, D. Schindler, G. Schjelderup, *Immobilizing Corporate Income Shifting: Should It Be Safe to Strip in the Harbour?*, CESifo Working Paper Series no. 5609, listopad 2015, s. 29–30.

³⁵ M. Mardan, *Why Countries Differ in Thin Capitalization Rules: The Role of Financial Development*, CESifo Working Paper Series no. 5295, kwiecień 2015, s. 23–24.

³⁶ Z. Kalamov, *Safe haven vs. earnings stripping rules: A prisoner's dilemma?*, mimeo, ZBW, Leibniz 2015, s. 1–21.

³⁷ S. Webber, *Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey*, Tax Notes International vol. 60, no. 9, 29 listopada 2010, s. 740.

³⁸ J. Farrar, A. Mawani, *Debt-Equity Limitations in Thin Capitalization Rules: Canadian Evidence*, CAAA 2008 Annual Conference Paper, s. 24.

korzystniejszym. Arbitralnie ustalony stosunek zadłużenia w spółce pomija także znaczące różnice w zapotrzebowaniu na kapitał obcy w różnych sektorach gospodarki. Podobne zastrzeżenie może być poczynione co prawda w stosunku do limitów opartych na wyniku finansowym, co jednak może zostać złagodzone poprzez odpowiednie wskaźniki grupowe.

Badania empiryczne przeprowadzone przez Dreßler i Scheuring³⁹ wskazały, że po zastąpieniu w 2008 r. niemieckich regulacji bazujących na relacji kapitału własnego i długu przez ograniczenia oparte na formule 30% EBITDA, wskaźnik ogólnego zadłużenia badanych spółek spadł. Niepokojące jest jednak to, że nowe regulacje wpłynęły w większym stopniu na ograniczenie długu pozyskiwanego od osób trzecich, a nie wewnątrz grup kapitałowych, co nie jest zgodne z celem wprowadzanych regulacji.

Dane dostarczone przez PwC w trakcie prac nad projektem BEPS obrazują zasięg oddziaływania przewidzianych w dyrektywie i rekomendowanych przez OECD ograniczeń potrącalności odsetek w zależności od tego, na jakim poziomie EBITDA zostanie ustalony limit odliczeń⁴⁰. Badanie PwC przeprowadzone zostało na międzynarodowych i krajowych spółkach publicznych, z wyłączeniem tych z ujemnym EBITDA, dla lat 2009–2013. Przy średnich wartościach w tym okresie dla limitu równego 30% EBITDA, 81% spółek lokalnych i 87% korporacji międzynarodowych nie powinno zasadniczo podpadać pod ograniczenia w potrącalności odsetek. Dla limitu równego 10% EBITDA odpowiednio 55% i 62% spółek nie powinno mieć problemu z odliczeniem w całości odsetek od przychodu. Jak widać, ograniczenia oparte na EBITDA wpływają w większym stopniu na spółki krajowe niż na grupy międzynarodowe, pomimo że to właśnie podmioty międzynarodowe są odpowiedzialne za przerzucanie zysków za granicę za pomocą odsetek. Na podstawie danych przedstawionych przez PwC można także potwierdzić tezę, że ograniczenia potrącalności odsetek dotkną w różnym stopniu poszczególne sektory gospodarki. Najbardziej mogą ucierpieć sektory związane z energią oraz dostarczaniem mediów, gdzie z natury tej działalności dźwignia finansowa jest dość duża. Z tego względu szczególnie istotne jest, aby wyłączyć projekty partnerstwa publiczno-prywatnego z ograniczeń odliczalności odsetek.

³⁹ D. Dreßler, U. Scheuring, *Empirical Evaluation of Interest Barrier Effects*, ZEW Discussion Paper no. 12-046, 2015, s. 19–28.

⁴⁰ OECD, BEPS... op. cit., s. 88–89 oraz OECD, Comments received on Public Discussion draft BEPS action 4: interest deductions..., op. cit., s. 178–199.

4.2. Badania własne w zakresie polskich spółek kapitałowych

4.2.1. Badanie poziomu wskaźnika pokrycia odsetek

Podobne do powyższych wnioski można wyciągnąć na podstawie badania poziomu wskaźnika pokrycia odsetek dla polskich spółek kapitałowych. Z uwagi na określone w dyrektywie definicje nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego oraz EBITDA, wskaźnik pokrycia odsetek jest przybliżeniem zasięgu oddziaływania ograniczeń, niemniej jednak pozwala uchwycić pewne zależności. Wskaźnik pokrycia odsetek można obliczać poprzez podzielenie EBITDA albo EBIT spółki przez zapłacone odsetki w danym okresie rozliczeniowym. Przyjmując limit potrącalności odsetek według wskaźnika 30% EBITDA albo EBIT, można zasadniczo stwierdzić, że spółki mające wskaźnik pokrycia odsetek równy lub wyższy niż 10/3, powinny zmieścić się w limicie potrącalności odsetek. Dane finansowe niezbędne do obliczeń zebrałem, wykorzystując bazę danych „Amadeus” wydawaną przez Bureau Van Dijk, biorąc pod uwagę dostępne wyniki finansowe 13 291 polskich spółek kapitałowych z nieujemnym EBITDA w latach 2012–2014 oraz wyodrębniając wyniki dla 2602 spółek, które posiadały zagranicznego udziałowca, dysponującego ponad 50% udziałów (akcji) w polskiej spółce. Wyniki obliczeń przedstawiono w tabeli 1.

Tabela 1. Udział spółek ze wskaźnikiem pokrycia odsetek opartym na EBITDA lub EBIT o wartości co najmniej 10/3 (w %)

Lata	Udział spółek ze wskaźnikiem pokrycia odsetek (EBITDA/zapłacone odsetki) o wartości co najmniej 10/3		Udział spółek ze wskaźnikiem pokrycia odsetek (EBIT/zapłacone odsetki) o wartości co najmniej 10/3	
	Spółki kapitałowe	Spółki kapitałowe z zagranicznym udziałowcem	Spółki kapitałowe	Spółki kapitałowe z zagranicznym udziałowcem
2014	84,99	88,82	69,69	79,71
2013	82,93	87,16	66,51	75,75
2012	78,85	82,86	62,06	70,10
Średnia	82,26	86,28	66,08	75,19

Źródło: opracowanie własne.

Jak widać, wynik badań dla polskich spółek kapitałowych zbliżony jest do ogólnych rezultatów otrzymanych przez PwC. W przybliżeniu średnio co najmniej 82% polskich spółek miałoby możliwość zaliczenia wszystkich zapłaconych odsetek do

kosztów uzyskania przychodów, jeśli limit potrącalności zostałby ustalony według wskaźnika 30% EBITDA lub 66%, jeśli limit potrącalności zostałby skorelowany z 30% EBIT. Równie ważnym wnioskiem wynikającym z porównania wskaźnika pokrycia odsetek obliczanego na podstawie EBITDA i wskaźnika pokrycia odsetek obliczanego na podstawie EBIT jest to, że przy przyjęciu za wartość referencyjną dla wskaźnika potrącalności odsetek EBIT zamiast EBITDA, liczba spółek, które nie przekraczają limitu, znacznie się zmniejsza (średnio 16 p.p. w latach 2012–2014). Innymi słowy, prawie dwa razy więcej spółek mogłoby doznać ograniczeń, jeśli limit opierałby się na EBIT zamiast EBITDA. Spośród państw członkowskich UE limit oparty na EBIT funkcjonuje już na przykład w Danii, ale odpowiedni wskaźnik ustalony został tam na poziomie 80% EBIT. Polskie przepisy, mające na celu ograniczenie możliwości odliczania odsetek w tzw. wersji alternatywnej, zezwalają na odliczanie odsetek do wysokości 50% zysku operacyjnego, który jest zbliżony do EBIT. Wydaje się więc, że pozostawienie przez polskiego ustawodawcę zysku operacyjnego jako wartości referencyjnej, nawet przy maksymalnym dozwolonym wskaźniku 30%, mogłoby być dość rygorystyczne.

Wyodrębnienie kategorii polskich spółek kapitałowych, w których ponad 50% udziałów albo akcji posiada podmiot zagraniczny, pozwala ocenić, w jakim stopniu ograniczenia potrącalności odsetek mogą wpływać na spółki, które są w głównej mierze odpowiedzialne za przenoszenie zysków za granicę. W badanych latach ograniczenia potrącalności odsetek nie dotknęłyby średnio około 86% polskich spółek kapitałowych z zagranicznym udziałowcem, biorąc pod uwagę EBITDA i 75%, opierając się na EBIT. Oznacza to niestety, że spółki z kapitałem zagranicznym są bardziej odporne na unijne ograniczenia niż spółki należące do podmiotów krajowych. W tym kontekście warto przypomnieć, że dyrektywa przewiduje możliwość wyłączenia spółek niezależnych spod ograniczeń potrącalności odsetek przewidzianych w dyrektywie, co w świetle przedstawionych badań może być uzasadnione. Skorzystanie przez państwo członkowskie z tej opcji nie przekreśla jednak możliwości wprowadzenia innych lub pozostawienia obecnie obowiązujących regulacji w stosunku do spółek niezależnych.

Na podstawie otrzymanych wyników można zaobserwować także, że zakres oddziaływania ograniczeń jest znacznie zmienny w czasie. W przypadku ograniczeń opartych na EBITDA w 2012 r. około 79% polskich spółek nie doznałoby ograniczeń, natomiast już w 2014 aż o 6 p.p. więcej. W przypadku ograniczeń opartych na EBIT różnica ta jest jeszcze większa. Uzależnione jest to przede wszystkim od wyników finansowych przedsiębiorstw w poszczególnych latach, ale także od

dostępności i oprocentowania kapitału obcego. Z uwagi na zmienność wyników na przestrzeni lat konieczne jest, aby polskie spółki miały możliwość przenoszenia niezaliczonych odsetek lub niewykorzystanej wartości odsetek na poprzedzające lub następujące okresy rozliczeniowe, przy czym horyzont ten powinien być na pewno dłuższy niż trzy lata.

4.2.2. Badanie preferencji wyboru metody alternatywnej

Począwszy od 2015 r. polskie spółki kapitałowe mogą wybrać alternatywną metodę ograniczeń potrącalności odsetek opartą na EBIT spółki oraz wartości podatkowej aktywów, zamiast ogólnej reguły opartej na stosunku kapitału własnego do zadłużenia wobec podmiotów powiązanych. Jak wynika z danych przekazanych przez Ministerstwo Finansów na cele niniejszego artykułu, w zeznaniach CIT-8 za 2015 r. (koniec roku podatkowego), 1543 podatników wybrało alternatywną metodę ograniczeń potrącalności odsetek, z czego 997 podatników nie zaliczyło do kosztów uzyskania przychodów w danym roku podatkowym odsetek od pożyczek na łączną kwotę 101 mln PLN. Biorąc pod uwagę, że w tym samym okresie liczba podatników, którzy w zeznaniu podatkowym wykazali przychód lub koszty uzyskania przychodów, lub dochód, lub stratę większą od zera, wynosiła 456 190⁴¹, udział podatników preferujących metodę alternatywną stanowi jedynie 0,34% tych podatników. Spośród spółek, które zdecydowały się na rozliczenie według alternatywnej metody, aż 65% spółek doznało ograniczeń w potrącalności odsetek. Możliwość wyboru alternatywnej metody potrącalności odsetek podatnicy otrzymali dopiero od 1 stycznia 2015 r., więc trudno jednoznacznie przesądzać, czy tak mała liczba podatników decydujących się na alternatywną metodę wynika z braku wiedzy podatników o nowej możliwości rozliczeń lub braku poczynienia stosownych kalkulacji, czy też wynika z faktu, że zasadniczo ograniczenia te są oceniane jako bardziej surowe i niekorzystne. Należy przypuszczać, że wielu, szczególnie mniejszych podatników, nie korzysta w ogóle lub korzysta w nieznacznym stopniu z finansowania poprzez pożyczki od podmiotów powiązanych, w związku z czym problematyka wyboru określonej metody ograniczeń potrącalności odsetek pozostaje poza ich zainteresowaniem. Nie ulega wątpliwości jednak, że metoda alternatywna nie cieszy się większym powodzeniem. Patrząc na ten problem od drugiej strony, można stwierdzić, że prawie wszyscy podatnicy podatku

⁴¹ MF, *Informacja dotycząca rozliczenia podatku dochodowego od osób prawnych za 2015 rok*, <http://www.finanse.mf.gov.pl/documents/766655/5758903/Informacja>

dochodowego od osób prawnych uważają wybór ograniczeń opartych na wyniku finansowym i wartości podatkowej aktywów jako mniej korzystny niż wybór ograniczeń opartych na relacji kapitału własnego do długu wobec podmiotów powiązanych lub wybór ten jest dla nich obojętny.

5. Skuteczność polskich regulacji na tle unijnego modelu

Skuteczność ograniczeń potrącalności odsetek należy oceniać pod względem spełniania celów dyrektywy, którymi są przede wszystkim zapobieganie unikaniu opodatkowania, przenoszeniu zysków i erozji bazy opodatkowania. Skuteczniejsze są więc te rozwiązania, które powodują, że spółkom trudniej uniknąć zapłaty podatku w kraju, gdzie osiągnięto realny zysk. Na podstawie zaprezentowanych w poprzednich rozdziałach badań można stwierdzić, że zasadniczo ograniczenia potrącalności odsetek, które oparte są na wyniku finansowym podatnika, powinny być bardziej skuteczne w zapobieganiu erozji bazy opodatkowania i przenoszeniu zysków niż regulacje oparte na stosunku kapitału własnego do długu. Wiele zależy jednak od szczegółowych rozwiązań w zakresie jednej i drugiej metody ograniczenia potrącalności odsetek, dlatego należy rozważyć, czy ogólne wnioski płynące z porównania tych dwóch metod ograniczeń potrącalności odsetek odnoszą się także do porównania polskich regulacji dotyczących niedostatecznej kapitalizacji z ograniczeniami przyjętymi w modelu unijnym.

Polskie regulacje opierają się głównie na stosunku długu do kapitału własnego. Przed 2015 r. nie powodowała ograniczeń w potrącalności odsetek relacja kapitału zakładowego spółki do jej zadłużenia wobec podmiotów powiązanych nieprzekraczająca stosunku 3:1. Od 2015 r. żadne ograniczenia nie wystąpią, jeśli zadłużenie wobec podmiotów powiązanych nie przekracza wysokości kapitału własnego spółki. Zadłużenie wobec stron trzecich nie ma więc na gruncie polskich przepisów o niedostatecznej kapitalizacji znaczenia, o ile spółka nie zdecyduje się na alternatywną formę ograniczeń. Wpisując się w światowe trendy, polski ustawodawca wprowadził bowiem w 2015 r. możliwość wyboru przez podatnika odmiennych zasad potrącania odsetek, opartych na zysku operacyjnym oraz wartości podatkowej aktywów spółki⁴². Pomimo jednak wprowadzenia do polskiego porządku prawnego metody

⁴² Powiązanie ograniczeń w odliczaniu odsetek z EBIT jest podejściem rekomendowanym przez OECD, natomiast odwoływanie się do wartości aktywów nie zyskało pełnej aprobaty.

alternatywnej, spółki nie zdecydują się na stosowanie tej metody, o ile metoda podstawowa, oparta na stosunku kapitału własnego do zadłużenia wobec podmiotów powiązanych, będzie dla nich korzystniejsza⁴³. Dlatego ocena skuteczności polskich przepisów musi być oparta przede wszystkim na metodzie podstawowej, a metoda alternatywna nie ma w tym zakresie większego znaczenia.

Trudności może natomiast przysparzać precyzyjne wyznaczenie norm dyrektywy, z którymi należy polskie regulacje porównywać. Dyrektywa określa bowiem tylko minimalny standard przepisów i państwa członkowskie mogą przyjmować swobodnie różne rozwiązania, zwiększające ochronę swoich baz opodatkowania. Dyrektywa zawiera ponadto wiele rozwiązań dyspozytywnych, które państwa członkowskie mogą, ale nie muszą przyjmować, przez co w zasadzie ciężko jest nawet precyzyjnie określić jej minimalny standard. Teoretycznie, minimalny standard ochrony wyznaczony jest przez przepisy bezwzględnie wiążące, ale wraz z zastosowaniem wszystkich rozwiązań dyspozytywnych przewidzianych w dyrektywie, które zmniejszają siłę oddziaływania ograniczeń potrącalności odsetek. Minimalnym standardem będzie więc ograniczenie potrącalności odsetek oparte na 30% EBITDA, ale z zezwoleniem na traktowanie grup podatkowych jako jednego podatnika, progiem *de minimis* 3 mln EUR, z wyłączeniem podmiotów niezależnych, projektów partnerstwa publiczno-prawnego oraz pożyczek zawartych przed 17 czerwca 2016 r., a także z możliwością przenoszenia nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego na przyszłe okresy bez limitów czasowych oraz z możliwością przenoszenia na okres nieprzekraczający pięciu lat niewykorzystanej wartości odsetek albo nadwyżki kosztów finansowania zewnętrznego w tył o trzy lata i w końcu także z możliwością zastosowania jednego ze wskaźników grupowych. Z założenia, wymienione wyżej rozwiązania dyspozytywne mają służyć łagodzeniu negatywnych skutków przyjętego modelu, ale w praktyce mogą zwiększać ryzyko unikania opodatkowania. Nie należy spodziewać się, aby polski ustawodawca przyjął najniższe standardy wynikające z dyrektywy, mimo to jednak samo porównanie skuteczności powinno opierać się na minimalnym standardzie. Należy pamiętać także, że na przepisy mające na celu przeciwdziałanie erozji bazy opodatkowania i przenoszeniu zysków z wykorzystaniem finansowania dłużnego składają się nie tylko przepisy bezpośrednio limitujące odliczalność odsetek, lecz także inne ogólne regulacje, na przykład dotyczące cen transferowych czy ustanawiające ogólną klauzulę

⁴³ Badanie w tym zakresie zostało przedstawione w rozdziale 4.2.2 artykułu.

przeciwko unikaniu opodatkowania. Podstawowe znaczenie mają wszakże przepisy bezpośrednio odnoszące się do kwestii potrącalności odsetek.

Biorąc pod uwagę poczynione wyżej uwagi, można stwierdzić, że analiza skuteczności ograniczeń potrącalności odsetek opiera się na porównaniu modelu podstawowego wynikającego z polskich regulacji z minimalnym standardem zakreślonym w dyrektywie, a więc w konsekwencji wpisuje się dobrze w szerszą debatę nad porównaniem efektywności ograniczeń opartych na relacji kapitału własnego do zadłużenia oraz ograniczeń opartych bezpośrednio na wyniku finansowym podatnika. W tym kontekście, na podstawie przedstawionych wyżej analiz teoretycznych i empirycznych, można uznać, że polskie regulacje oparte na stosunku długu do kapitału własnego są mniej skuteczne w realizacji celów dyrektywy niż bezpośrednio ograniczenia oparte na EBITDA. Rozwiązania dyspozytywne przewidziane w dyrektywie co prawda mogą znacznie osłabić zasięg oddziaływania ograniczeń potrącalności odsetek, lecz skuteczność tych ograniczeń należy badać przede wszystkim pod względem efektywności w zapobieganiu unikaniu opodatkowania przez międzynarodowe grupy kapitałowe, a nie pod względem samego zasięgu ich oddziaływania. Możliwe jest bowiem, że w przypadku wdrożenia do polskiego porządku prawnego minimalnego standardu ze wszystkimi rozwiązaniami łagodzącymi, podstawa opodatkowania skurczy się. Nie przekreśla to jednak wyższej skuteczności minimalnego standardu, bowiem w większym stopniu adresuje on źródło problemu. W przepisach mających na celu ograniczanie możliwości zaliczenia odsetek do kosztów uzyskania przychodów nie chodzi przecież o to, aby zwiększać wpływy fiskalne państw kosztem obniżenia opłacalności realnych inwestycji w gospodarce⁴⁴, ale by zapobiegać erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysków za granicę.

Władze Unii Europejskiej świadome są trudności w porównaniu skuteczności krajowych regulacji z ograniczeniami wynikającymi z dyrektywy *ex ante*, dlatego na mocy art. 10 ust. 1 Komisja została zobowiązana do oceny wdrożenia postanowień dyrektywy, w szczególności skutków ograniczeń potrącalności odsetek, do dnia 9 sierpnia 2020 r. i do zaproponowania na tej podstawie ewentualnych korekt. Ocena *ex post* będzie niezwykle interesująca, bowiem pozwoli na ostateczną weryfikację skuteczności poszczególnych ograniczeń w potrącalności odsetek. Ważne jest jednak, by przyjąć właściwe miary skuteczności. Moim zdaniem, dobrą miarą skuteczności wdrażanych regulacji będzie zmiana relacji wskaźnika pokrycia

⁴⁴ Brak możliwości zaliczenia do kosztów podatkowych kosztów finansowania zewnętrznego, nawet w pewnej części, minimalizuje efekt tarczy podatkowej i wpływa przez to na wzrost kosztów inwestycji.

aktywów kapitałem własnym na poziomie pojedynczej spółki do wskaźnika ustalanego na poziomie całej grupy kapitałowej, do której należy dana spółka. Równoważnie można wykorzystać relację wskaźników zadłużenia kapitału własnego lub też wskaźników pokrycia odsetek dla pojedynczej spółki i całej grupy. Zbliżenie się wartości wymienionych wskaźników obliczanych dla pojedynczych spółek do poziomu wyznaczonego przez ten sam wskaźnik obliczany dla całej grupy kapitałowej po wprowadzeniu nowych ograniczeń potrącalności odsetek powinno wskazywać na wyższą skuteczność nowych ograniczeń.

6. Podsumowanie

Dyrektywa wprowadza do polskiego porządku prawnego nowy standard regulacji, mający na celu ograniczenie potrącalności odsetek, oparty na stałym wskaźniku zależnym od EBITDA podatnika. Założenia dyrektywy pozostają zasadniczo w zgodzie z wytycznymi przedstawionymi przez OECD w ramach projektu BEPS. Dyrektywa zawiera przepisy bezwzględnie obowiązujące oraz dyspozytywne, które razem tworzą minimalny standard ochrony krajowych baz podatkowych przed unikaniem opodatkowania z wykorzystaniem międzynarodowego transferu kosztów finansowania zewnętrznego. Dość duża dowolność w zakresie implementacji postanowień dyrektywy może jednak prowadzić do utrzymania braku spójności krajowych regulacji. Polskie regulacje ograniczające możliwość zaliczania odsetek do kosztów podatkowych oparte są zasadniczo na relacji kapitału własnego do zadłużenia wobec podmiotów powiązanych z podatnikiem. Ocena, czy polskie regulacje są równie skuteczne co rozwiązania przewidziane w dyrektywie, wpisuje się więc w szerszą debatę nad porównaniem skuteczności ograniczeń opartych na wyniku finansowym (ang. *earnings stripping rules*) z ograniczeniami opartymi na relacji zadłużenia do kapitału własnego podatnika (ang. *safe haven rule*). Badania wykazały słabą skuteczność regulacji bazujących na stosunku zadłużenia do kapitału własnego, przede wszystkim ze względu na łatwość w manipulowaniu tym wskaźnikiem przez duże międzynarodowe grupy kapitałowe. Ograniczenia uzależnione od wyniku finansowego podatnika co prawda oddziałują na niewielki odsetek firm, ale lepiej przeciwdziałają unikaniu opodatkowania przez duże podmioty międzynarodowe, a to jest podstawową miarą skuteczności tych regulacji. Jak wykazano także, polskie spółki kapitałowe, mając taką możliwość, w gruncie rzeczy nie rozliczają się według metody alternatywnej opartej na zysku operacyjnym i aktywach. Zasadniczo więc

nie wydaje się uzasadnione, aby Polska mogła skorzystać z możliwości przesunięcia terminu transpozycji przepisów dyrektywy dotyczących ograniczeń potrącalności odsetek. W praktyce jednak ostateczna decyzja polityczna w tym zakresie będzie należała do Komisji Europejskiej, która dokona oceny skuteczności polskich regulacji, po przedstawieniu przez Polskę wszystkich informacji niezbędnych do oceny skuteczności krajowych zasad, ukierunkowanych na zapobieganie ryzykom erozji bazy podatkowej i przenoszenia zysków. Dyrektywa stanowi krok naprzód nie tylko w walce z unikaniem opodatkowania, lecz także w harmonizacji podatków bezpośrednich w Unii Europejskiej. Rozwiązania zaproponowane w modelu unijnym nie są jednak wystarczające dla rozwiązania problemu erozji bazy opodatkowania i transferu zysków, dlatego dyrektywę należy traktować jedynie jako przystanek na drodze do wdrożenia bardziej radykalnych rozwiązań. Obecny kształt podatku dochodowego od osób prawnych nie nadąża bowiem za zmianami, które zaszły w globalnej gospodarce w ostatnim wieku. Potrzebna jest skoordynowana przebudowa samej koncepcji tego podatku, przy zastrzeżeniu, że międzynarodowe grupy kapitałowe to w sensie ekonomicznym jeden podmiot, a generowane przez nie zyski powstają dzięki popytowi, który je kreuje.

Bibliografia

Akty prawne, orzeczenia i dokumenty rządowych organizacji międzynarodowych

1. Communication from the Commission to the EP and the Council – A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action, COM (2015) 302 final.
2. Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, Dz. Urz. UE L 193/1 z 19.07.2016.
3. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady – Pakiet środków przeciwdziałających unikaniu opodatkowania: kolejne kroki na drodze do zapewnienia skutecznego opodatkowania i zwiększenia przejrzystości podatkowej w UE, COM (2016) 23 final.
4. OECD, BEPS action 4 – discussion draft on elements of the design and operation of the group ratio rule, lipiec 2016.

5. OECD, Comments received on Public BEPS action 4 – discussion draft on elements of the design and operation of the group ratio rule, 25 sierpnia 2016 r.
6. OECD, Comments received on Public Discussion draft BEPS action 4: interest deductions and other financial payments, Part 1, 11 lutego 2015.
7. OECD, Public discussion draft: BEPS action 4 approaches to address BEPS involving interest in the banking and insurance sectors, 28 lipca 2016 r.
8. OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project – Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, action 4: 2015 Final Report.
9. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie interpretacji prawa podatkowego i innych środków o podobnym charakterze lub skutkach, 2015/2066 (INI).
10. Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych z dnia 15 lutego 1992 r., tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 851 z późn. zm.
11. Wyrok NSA z dnia 8 października 2014 r II FSK 2633/12.
12. Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 23 lutego 2016 r. I SA/Gl 962/15.

Publikacje książkowe i artykuły

1. Bachmann C., Lahmann A., Schuler C., *The Impact of Thin-Capitalization and Earnings Stripping Rules in the EU-15 on the Tax Shield*, European Financial Management Association Annual Meeting, Amsterdam 2015.
2. Bhogal S., *The EU Anti-Tax-Avoidance Directive*, Tax Notes International, 5 września 2016.
3. Buslei H., Simmler M., *The Impact of Introducing an Interest Barrier Evidence from the German Corporation Tax Reform 2008*, Discussion paper 1215, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung 2012.
4. Damodaran A., *Debt Fundamentals by Sector (US)*, http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/New_Home_Page/datafile/dbtfund.htm
5. Desai M.A., Foley C.F., Hines J.R., *A multinational perspective on capital structure choice and internal capital markets*, „Journal of Finance” 2004, 59.
6. Dreßler D., Scheuering U., *Empirical Evaluation of Interest Barrier Effects*, ZEW Discussion Paper no. 12–046, 2015.
7. European Commission, *Tax reforms in EU Member States – 2015 Report*, Taxation Papers nr 58.
8. Farrar J., Mawani A., *Debt-Equity Limitations in Thin Capitalization Rules: Canadian Evidence*, CAAA 2008 Annual Conference Paper.

9. Gresik T.A., Schindler D., Schjelderup G., *Immobilizing Corporate Income Shifting: Should It Be Safe to Strip in the Harbour?*, CESifo Working Paper Series no. 5609, listopad 2015.
10. Haufler A., Runkel M., *Multinationals' capital structures, thin capitalization rules, and corporate tax competition*, European Tax Policy Forum, Revised Version, czerwiec 2008.
11. HM Revenue & Customs i HM Treasury, *Tax deductibility of corporate interest expense: consultation (October 2015)*, <https://www.gov.uk/government/consultations/tax-deductibility-of-corporate-interest-expense/tax-deductibility-of-corporate-interest-expense-consultation>
12. Huizinga H., Laeven L., Nicodème G., *Capital structure and international debt shifting*, „Journal of Financial Economics” 2008, vol. 88, Elsevier, Amsterdam 2008.
13. Jamróży M., *Opodatkowanie dochodów transgranicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
14. Kalamov Z., *Safe haven vs. earnings stripping rules: A prisoner's dilemma?*, mimeo, ZBW, Leibniz 2015.
15. Mardan M., *The Effects of Thin Capitalization Rules when Firms are Financially Constrained*, 8th Norwegian-German Seminar on Public Economics, CESifo, Munich, 8–9 listopada 2013.
16. Mardan M., *Why Countries Differ in Thin Capitalization Rules: The Role of Financial Development*, CESifo Working Paper Series no. 5295, kwiecień 2015.
17. MF, *Informacja dotycząca rozliczenia podatku dochodowego od osób prawnych za 2015 rok*, dostęp: <http://www.finanse.mf.gov.pl/documents/766655/5758903/Informacja>.
18. Tischbirek W., *Germany: Interest Barrier, Loss of Losses and Other Delicacies*, Euro-money Handbooks, Chapter 14, 2008.
19. Webber S., *Thin capitalization and interest deduction regulations*, Copenhagen Research Group on International Taxation – CORIT, Discussion paper no. 8, 2010.
20. Webber S., *Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey*, Tax Notes International, vol. 60, no. 9, 29 listopada 2010.

EU Model Limiting Deductibility of the Cost of Interest from External Financing in the Light of Polish Regulations on Thin Capitalization

Summary

The paper outlines the main premises for limiting deductible interest expenses, which result from the Directive laying down rules against tax avoidance, a vehicle to implement some OECD guidelines under the *Base Erosion and Profit Shifting* project in the European Union. The author seeks to answer the question whether Polish regulations concerning thin capitalization are equally effective as solutions proposed in the EU model.

Keywords: thin capitalization, BEPS, *earnings stripping*, Directive 2016/1164
