

PRACE NAUKOWE

Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

RESEARCH PAPERS

of Wrocław University of Economics

Nr 346

Finanse publiczne

Redaktorzy naukowi

Jerzy Sokołowski

Michał Sosnowski



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
Wrocław 2014

Redakcja wydawnicza: Barbara Majewska
Redakcja techniczna: Barbara Łopusiewicz
Korekta: K. Halina Kocur
Łamanie: Małgorzata Czupryńska
Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja jest dostępna w Internecie na stronach:
www.ibuk.pl, www.ebscohost.com,
w Dolnośląskiej Bibliotece Cyfrowej www.dbc.wroc.pl,
The Central and Eastern European Online Library www.ceeol.com,
a także w adnotowanej bibliografii zagadnień ekonomicznych BazEkon
http://kangur.uek.krakow.pl/bazy_ae/bazekon/nowy/index.php

Informacje o naborze artykułów i zasadach recenzowania znajdują się
na stronie internetowej Wydawnictwa
www.wydawnictwo.ue.wroc.pl

Kopiowanie i powielanie w jakiegokolwiek formie
wymaga pisemnej zgody Wydawcy

© Copyright by Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
Wrocław 2014

ISSN 1899-3192

ISBN 978-83-7695-477-6

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Druk i oprawa:
EXPOL, P. Rybiński, J. Dąbek, sp.j.
ul. Brzeska 4, 87-800 Włocławek

Spis treści

| | |
|---|-----|
| Wstęp | 9 |
| Agnieszka Deresz, Marian Podstawka: Tendencje zmian dochodów budżetu państwa w latach 2000-2012 | 11 |
| Joanna Działo: Ewolucja ilościowych reguł fiskalnych w Unii Europejskiej w okresie kryzysu gospodarczego | 25 |
| Romana Głowicka-Wołoszyn, Feliks Wysocki: Uwarunkowania społeczno-ekonomiczne samodzielności finansowej gmin województwa wielkopolskiego | 34 |
| Mateusz Halka: Poprawa efektywności zamówień publicznych a sektor MSP | 45 |
| Tomasz Holeccki, Magdalena Syrkiewicz-Światała, Karolina Sobczyk, Katarzyna Lar, Michał Wróblewski: Współpraca samorządu terytorialnego z podmiotami ekonomii społecznej w obszarze ochrony zdrowia | 53 |
| Małgorzata M. Hybka: Transfery i finansowe instrumenty hybrydowe – komponenty agresywnej strategii podatkowej?..... | 62 |
| Agnieszka Jachowicz: Project realization in local self-government units after accession to the European Union | 73 |
| Aleksandra Jurkowska: Czynniki determinujące wycenę kontraktów CDS wystawianych na dług rządowy na świecie i w Polsce | 81 |
| Dorota Kawiorska: Kryzys zadłużenia jako stymulator reform w systemach ochrony zdrowia państw członkowskich Unii Europejskiej..... | 92 |
| Elwira Leśna-Wierszołowicz: Rozwój rynku pracowniczych programów emerytalnych w Polsce | 103 |
| Danuta Mierzwa, Magdalena Matkowska: Transmisja negatywnych zjawisk kryzysu finansowego na gospodarkę Polski..... | 113 |
| Danuta Miłaszewicz: Dążenie do stabilności fiskalnej na przykładzie polskiej gospodarki | 124 |
| Magdalena Miszczuk: Makroekonomiczne uwarunkowania sytuacji finansowej gmin..... | 133 |
| Katarzyna Owsiak: Problem efektywności wydatków jednostek samorządu terytorialnego..... | 142 |
| Monika Pasternak-Malicka: Sytuacja na rynku pracy młodych osób i jej wpływ na podejmowanie pracy nielegalnej..... | 151 |
| Paweł Piątkowski: Wybrane konsekwencje kryzysu zadłużeniowego w Unii Europejskiej w obszarze długu publicznego..... | 166 |

| | |
|---|-----|
| Elwira Pindyk: Podatek od nieruchomości jako źródło dochodów a rozwój gminy | 181 |
| Wojciech Piontek: Opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Zagadnienia teoretyczne i prawne | 192 |
| Adriana Politaj: Wpływ pomocy publicznej na sytuację na rynku pracy w krajach Unii Europejskiej | 204 |
| Halina Rechul: Część oświatowa subwencji ogólnej jako podstawowe źródło finansowania wydatków na oświatę jednostek samorządu terytorialnego w Polsce | 215 |
| Magdalena Rękas: Tax instruments as an element of pro-family policy in France and in Poland | 224 |
| Alicja Sekuła: Analiza dochodów z udziału we wpływach z podatku dochodowego od osób fizycznych w gminach województwa pomorskiego | 235 |
| Przemysław Siudak: Rola specjalnych stref ekonomicznych w przyciąganiu bezpośrednich inwestycji zagranicznych na teren Polski | 246 |
| Michał Sosnowski: Sprawność fiskalna podatków pośrednich | 257 |
| Joanna Spychała: Zadłużenie publiczne i wzrost gospodarczy w unii gospodarczej i walutowej w latach 2006-2013 | 270 |
| Marcin Spychała: Zmiany w strukturze pomocy publicznej udzielanej przedsiębiorstwom po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej | 279 |
| Edyta Sygut: Podatki i opłaty lokalne jako źródła dochodów gmin na przykładzie województwa śląskiego | 289 |
| Maciej Szczepkowski: Zasadność opodatkowania majątku | 299 |
| Tomasz Śmietanka: Budżet gmin Grójec, Koźlenice, Szydłowiec w latach 2003-2012 jako instrument równoważenia rozwoju lokalnego | 312 |
| Radosław Witczak: Ocena nieprawidłowości w zastosowaniu metod szacowania podstawy opodatkowania dochodu w świetle orzeczeń NSA w 2013 r. | 327 |
| Iwona Wojciechowska-Toruńska: Fiscal discipline in a Muslim country – a case of Turkey | 337 |
| Dorota Wyszowska, Marzanna Poniatowicz: Wpływ systemu wyrównywania dochodów na możliwości inwestycyjne gmin w Polsce | 347 |
| Adam Wyszowski: Preferencje podatkowe jako funkcja obciążeń podatkowych | 359 |
| Jolanta Zawora: Sytuacja dochodowa samorządów gminnych w Polsce | 368 |
| Arkadiusz Żabiński: Znaczenie ulg podatkowych w procesie zwiększania wydatków badawczo-rozwojowych przedsiębiorstw | 377 |

Summaries

| | |
|---|----|
| Agnieszka Deresz, Marian Podstawka: Changes in the government budget revenues in 2000-2012 | 24 |
|---|----|

| | |
|--|-----|
| Joanna Działo: Evolution of numerical fiscal rules in the European Union in the period of economic crisis..... | 33 |
| Romana Głowicka-Woloszyn, Feliks Wysocki: Socio-economic background of financial self-sufficiency of Greater Poland communes | 44 |
| Mateusz Halka: Improving the efficiency of public procurement and SME sector..... | 52 |
| Tomasz Holeccki, Magdalena Syrkiewicz-Świtała, Karolina Sobczyk, Katarzyna Lar, Michał Wróblewski: Cooperation of local government with social economy entities in the area of healthcare | 61 |
| Malgorzata M. Hybka: Hybrid transfers and financial instruments – aggressive tax strategy components? | 72 |
| Agnieszka Jachowicz: Realizacja projektów inwestycyjnych przez jednostki samorządu terytorialnego po akcesji do Unii Europejskiej | 80 |
| Aleksandra Jurkowska: The determinants of the sovereign CDS pricing on the global market and in Poland | 91 |
| Dorota Kawiorska: The financial crisis as a stimulator of reforms in the health systems of Member States of the European Union | 102 |
| Elwira Leśna-Wierszolicz: The development of employee pension programs market in Poland | 112 |
| Danuta Mierzwa, Magdalena Matkowska: Transmission of negative phenomena of financial crisis on the Polish economy..... | 123 |
| Danuta Miłaszewicz: Pursuing fiscal sustainability on the example of the Polish economy..... | 132 |
| Magdalena Miszczuk: Macroeconomic conditions of the financial situation of local governments..... | 141 |
| Katarzyna Owsiak: Problem of the effectiveness of expenditure of local governments..... | 150 |
| Monika Pasternak-Malicka: The impact of the labor market on young people and their willingness to take up illegal employment..... | 165 |
| Paweł Piątkowski: Selected consequences of debt crisis in the European Union in the area of public debt | 180 |
| Elwira Pindyk: Property tax as a source of income vs. municipality development | 191 |
| Wojciech Piontek: The fee for municipal waste management. Theoretical and legal issues | 203 |
| Adriana Politaj: State aid for employment vs. a situation on the labour market in the European Union | 214 |
| Halina Rechul: The educational component of the general subsidy as the main source of financial funding that local government units have for educational expenditures | 223 |
| Magdalena Rekas: Instrumenty podatkowe jako element polityki rodzinnej we Francji i Polsce..... | 234 |

| | |
|---|-----|
| Alicja Sekuła: Analysis of revenue from shares in the personal income tax in the municipalities of Pomeranian Voivodeship..... | 245 |
| Przemysław Siudak: The role of special economic zones in attracting direct foreign investments to Poland | 256 |
| Michał Sosnowski: Fiscal efficiency of indirect taxes | 269 |
| Joanna Spychała: Public debt and economic growth in the Economic and Monetary Union in the period 2006-2013 | 278 |
| Marcin Spychała: Changes in the structure of state aid after Poland's accession to the European Union | 288 |
| Edyta Sygut: Local taxes and fees as a source of revenue of communes on the example of the Silesian Voivodeship | 298 |
| Maciej Szczepkowski: Legitimacy of property taxation | 311 |
| Tomasz Śmietanka: The budget of Kożenice, Grojec, Szydłowiec communes in the years 2003-2012 as an instrument of sustainable development on the local level..... | 326 |
| Radosław Witczak: Evaluation of the incorrectness of estimating of tax base in income taxes in the verdicts of Supreme Administrative Court in 2013 | 336 |
| Iwona Wojciechowska-Toruńska: Dyscyplina fiskalna w kraju muzułmańskim – przykład Turcji | 346 |
| Dorota Wyszowska, Marianna Poniawicz: System of revenue equalization and investment possibilities of communities in Poland | 358 |
| Adam Wyszowski: Tax expenditures as a function of burdens of taxation... .. | 367 |
| Jolanta Zawora: The income situation of local governments in Poland..... | 376 |
| Arkadiusz Żabiński: The importance of tax concessions in the process of increasing the research-development expenditure-in enterprises | 389 |

Małgorzata M. Hybka

Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu

e-mail: malgorzata.hybka@ue.poznan.pl

TRANSFERY I FINANSOWE INSTRUMENTY HYBRYDOWE – KOMPONENTY AGRESYWNEJ STRATEGII PODATKOWEJ?

Streszczenie: W opublikowanym przez OECD w 2012 roku raporcie na temat wykorzystywania struktur hybrydowych w celu przenoszenia podstawy opodatkowania korporacji międzynarodowych do rajów podatkowych uznano te struktury za komponent agresywnej strategii podatkowej. Celem artykułu jest określenie możliwości zastosowania transferów hybrydowych i finansowych instrumentów hybrydowych do optymalizacji opodatkowania dochodu tych korporacji. Najpierw zdefiniowano w nim agresywną strategię podatkową, następnie zobrazowano na przykładzie transakcji warunkowego zakupu akcji wykorzystanie do tego celu transferów hybrydowych. Finansowym instrumentem hybrydowym – ich rodzajom i zastosowaniu – poświęcono natomiast ostatnią część artykułu.

Słowa kluczowe: strategia podatkowa, transfery hybrydowe, finansowe instrumenty hybrydowe.

DOI: 10.15611/pn.2014.346.06

1. Wstęp

Najważniejszym motywem prowadzenia działalności gospodarczej, niezależnie od jej przedmiotu i skali, jest maksymalizacja zysku. Podatki przyczyniają się do znacznego jego obniżenia. Dlatego przedsiębiorstwa podejmują różnego rodzaju decyzje i działania zmierzające do optymalizacji opodatkowania. Składają się one na strategię podatkową, przy czym jej podstawowym celem jest minimalizacja zobowiązań podatkowych.

Opracowywanie i implementacja strategii podatkowej przez przedsiębiorstwo stanowi oczywistą odpowiedź na ingerencję państwa w jego działalność. Z drugiej jednak strony stworzone przez prawo podatkowe możliwości stosowania na szeroką skalę przez podmioty gospodarcze instrumentów optymalizacji podatkowej skutkują niższym opodatkowaniem dochodów z zainwestowanego kapitału niż dochodów z pracy, co można uznać za sprzeczne z zasadą sprawiedliwości opodatkowania.

W warunkach wzrostu zapotrzebowania na środki publiczne, np. w konsekwencji prowadzonej przez państwo ekspansywnej polityki fiskalnej, mającej na celu złagodzenie negatywnych skutków kryzysu, podejmowane są różnego rodzaju działania zmierzające do zwiększenia dochodów publicznych. Podnosi się więc stawki podatków oraz ogranicza zakres zwolnień i ulg podatkowych. Władze określają wtedy strategię podatkową przedsiębiorstw mianem agresywnych i podejmują inicjatywy mające na celu ograniczenie skali ich zastosowania. Sytuacja ta ma miejsce także obecnie. Ostatni kryzys finansowy przyczynił się bowiem do znacznego wzrostu długu publicznego wielu państw OECD oraz zmusił je do podjęcia działań, których celem jest zwiększenie dochodów publicznych.

W opublikowanym przez OECD raporcie na temat przenoszenia przez korporacje międzynarodowe podstawy opodatkowania do rajów podatkowych za jeden z elementów agresywnej strategii podatkowej uznano zastosowanie transferów hybrydowych i finansowych instrumentów hybrydowych do celów minimalizacji zobowiązania podatkowego [*Base Erosion and Profit Shifting* 2013, s. 31]. W artykule podjęto próbę wyjaśnienia istoty agresywnych strategii podatkowych korporacji międzynarodowych. Ponadto przedstawiono, w jaki sposób korporacje te wykorzystują transfery hybrydowe i finansowe instrumenty hybrydowe w celu optymalizacji opodatkowania dochodu.

2. Agresywne strategię podatkowe korporacji międzynarodowych

Autorzy podejmujący problematykę strategii podatkowych przedsiębiorstw stosują często ich podział na [Karayan i Swenson 2007, s. 19]:

- Strategie zakładające wykorzystanie arbitrażu podatkowego oraz zwolnień i ulg podatkowych oferowanych w poszczególnych jurysdykcjach podatkowych. Mogą one zakładać na przykład zmianę państwa lokalizacji przedsiębiorstwa lub założenie spółki córki w raju podatkowym (*creation strategies*).
- Strategie zakładające odroczenie terminu płatności podatku lub przesunięcie terminu jego płatności na okres bardziej korzystny dla przedsiębiorstwa, na przykład poprzez zadeklarowanie odpowiednich stawek amortyzacji lub rozliczanie straty podatkowej w latach następujących po danym okresie rozliczeniowym lub latach poprzedzających ten okres (*timing strategies*).
- Strategie zakładające modyfikację przedmiotu działalności i źródeł finansowania, np. strategie uwzględniające korzyści z wyboru leasingu jako źródła finansowania inwestycji (*conversion strategies*).
- Strategie, których celem jest podział podstawy opodatkowania pomiędzy podatników, polegające np. na utworzeniu przedsiębiorstwa posiadającego odpowiednią formę prawną, będącego podwykonawcą usług, w celu zwiększenia kosztów działalności przedsiębiorstwa prowadzonego przez osobę fizyczną (*splitting strategy*).

Korporacje międzynarodowe powszechnie realizują najbardziej korzystną dla siebie strategię podatkową. Niektóre podejmowane przez nie działania znajdują aprobatę władz, inne uznawane są za szkodliwe dla finansów publicznych unikanie opodatkowania. Powszechność formułowania i realizacji strategii podatkowych i ich rosnące wyrafinowanie przyczyniły się do podjęcia przez OECD oraz Unię Europejską szeregu inicjatyw mających na celu przeciwdziałanie wdrażaniu tzw. agresywnej strategii podatkowej. Uznaje się za nią działania przedsiębiorstw służące zmniejszeniu zobowiązań podatkowych poprzez aplikację rozwiązań, co prawda zgodnych z prawem, pozostających jednak w sprzeczności z intencją prawa podatkowego. Działania uznawane są za agresywne, gdy polegają na wykorzystaniu rozbieżności między narodowymi regulacjami podatkowymi i skutkują między innymi podwójnym odliczaniem ulg podatkowych lub podwójnym nieopodatkowaniem. W opublikowanym przez OECD w marcu 2012 roku raporcie wskazano, że działania te koncentrują się przede wszystkim na stosowaniu rozwiązań hybrydowych, do których należą: podmioty hybrydowe, finansowe instrumenty hybrydowe, transfery hybrydowe i podwójna rezydencja podatkowa [*Hybrid Mismatch Arrangements* 2012, s. 7].

Odrębna kwantyfikacja skutków finansowych zjawisk unikania i uchylania się od opodatkowania jest bardzo trudna. Dlatego w większości szacunków sporządzonych przez administracje podatkowe uwzględnia się konsekwencje fiskalne zarówno oszustw podatkowych, jak i agresywnych strategii podatkowych mających na celu uniknięcie opodatkowania. Stosownie do szacunków przeprowadzanych przez Komisję Europejską, w następstwie unikania i uchylania się od opodatkowania roczne dochody publiczne wszystkich państw Unii Europejskiej są niższe o około 1 bilion euro [European Commission 2012, s. 1]. Agresywne strategie podatkowe stosowane są nie tylko przez największe przedsiębiorstwa specjalizujące się w handlu internetowym, jak Amazon, Google czy Apple, lecz także przedsiębiorstwa innych branż, których przykładem może być Starbucks. Dochodzenie prowadzone przez Stały Podkomitet Śledczy (PSI – Permanent Subcommittee on Investigation), wchodzący w skład Senackiej Komisji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Spraw Rządowych (Senate Homeland Security and Government Affairs Committee) w USA, wykazało, że Apple Inc. w latach 2009-2012 przerzucił umowami o podziale kosztów zawartymi ze spółką zależną zlokalizowaną w Irlandii dochód w kwocie 74 mld USD. Kwota ta została opodatkowana w Irlandii stawką podatku wynoszącą zaledwie 2% [*Offshore Profit Shifting* 2013, s. 5]. Podobnie brytyjski oddział przedsiębiorstwa Amazon od dochodu w kwocie 6,5 mld USD uiścił w USA za 2012 rok podatek w wysokości jedynie 3,7 mln USD. Według niektórych szacunków przerzucanie dochodów do rajów podatkowych przez 500 największych amerykańskich przedsiębiorstw pod względem wysokości rocznych przychodów przynosi ubytek dochodów podatku dochodowego od osób prawnych w USA na kwotę około 500 mld USD rocznie [*Apple is not alone* 2013, s. 3].

3. Transfery hybrydowe – możliwości aplikacji w celu optymalizacji opodatkowania dochodu

Systemy podatkowe poszczególnych państw są znacznie zróżnicowane. Fakt ten z jednej strony utrudnia korporacjom międzynarodowym prowadzenie działalności gospodarczej w wielu państwach, z drugiej zaś stwarza możliwość uniknięcia opodatkowania. W państwach, na których terytorium prowadzą działalność przedsiębiorstwa powiązane, wchodzące w skład korporacji międzynarodowej, transfery aktywów mogą być na gruncie prawa podatkowego uznawane za pożyczkę pod zastaw aktywów. Fakt ten może przyczynić się do powstania konfliktu klasyfikacji, a transfer taki określany jest wtedy mianem hybrydowego.

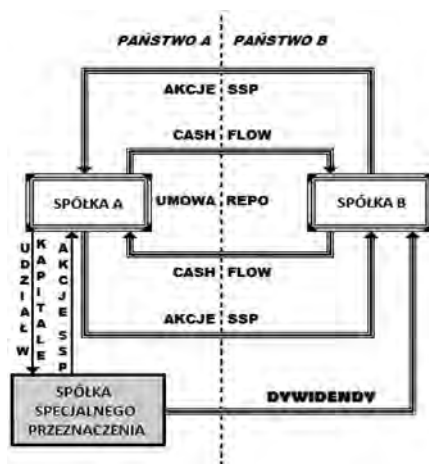
W literaturze z zakresu międzynarodowego planowania podatkowego za transfer hybrydowy jest uznawana w szczególności transakcja warunkowego zakupu – repo (*collateralised loan repo*), w sytuacji gdy w państwie lokalizacji podmiotu otrzymującego finansowanie uznaje się tę transakcję za pożyczkę (kredyt) pod zastaw papierów wartościowych, a w państwie podmiotu udzielającego finansowanie – za zbycie papierów wartościowych.

Przedstawiany konflikt klasyfikacji i jego następstwa ilustruje następujący przykład: amerykańska spółka holdingowa posiada akcje uprzywilejowane spółki zależnej. Dokonuje sprzedaży tych akcji spółce dominującej zlokalizowanej w innym państwie i jednocześnie zobowiązuje się do ich wykupu w określonym terminie i po określonej cenie. W terminie od tej sprzedaży do wykupu akcji dywidenda z tytułu tych akcji jest wypłacana spółce dominującej. Transakcja ta uznawana jest na gruncie amerykańskiego prawa podatkowego za pożyczkę, co wynika ze stosowanej w tym prawie doktryny umożliwiającej organom podatkowym ocenę zawartej transakcji z uwzględnieniem zamiaru stron ją zawierających i celu transakcji, a nie tylko zadeklarowanej jej formy prawnej (zasada wyższości treści nad formą – *substance over the form principle*). Celem transakcji repo jest bowiem w opisywanej sytuacji udzielenie wsparcia finansowego spółce holdingowej na okres przewidziany w umowie. Odpowiednikiem odsetek jest w przypadku tej umowy dywidenda wypłacana spółce dominującej, skorygowana o różnice pomiędzy ceną sprzedaży i wykupu akcji. Jeżeli w państwie lokalizacji spółki dominującej stosowane jest podejście, zgodnie z którym o podatkowej klasyfikacji transakcji decyduje jej forma na gruncie prawa spółek, wówczas transakcja repo jest uznawana za sprzedaż akcji. W przypadku gdy prawo podatkowe przewiduje zwolnienie z opodatkowania dywidend otrzymanych od spółek powiązanych kapitałowo i zysków kapitałowych z tytułu sprzedaży udziałów (akcji) w podmiotach powiązanych kapitałowo (*participation exemption*), przedsiębiorstwa te mogą uzyskać znaczne korzyści podatkowe z przeprowadzenia opisywanych transakcji. Zwolnienie to występuje między innymi w Belgii, na Cyprze, w Hiszpanii czy Holandii, Irlandii, Luksemburgu, Singapurze i Szwajcarii. Przykładowo w Holandii przysługuje ono w przypadku dywidendy otrzymanej przez spółkę dominującą oraz sprzedaży przez nią udziałów (akcji)

w spółce zależnej, jeżeli spółka dominująca posiada udział w kapitale zakładowym spółki zależnej w wysokości co najmniej 5% oraz gdy wynik jednego z następujących testów jest pozytywny:

- testu aktywów (*asset test*),
- testu motywacji (*motive test*),
- testu efektywnej stopy podatkowej (*effective tax rate test*).

O pozytywnym wyniku pierwszego z nich można mówić wtedy, gdy mniej niż 50% aktywów spółki zależnej stanowią nisko opodatkowane inwestycje pasywne, a drugiego – jeśli celem nabycia przez spółkę dominującą udziału w spółce zależnej jest uzyskanie dochodu, który przewyższa dochód, jaki uzyskiwałaby ona z tytułu typowych czynności zarządzania aktywami. Wynik trzeciego jest natomiast pozytywny, gdy efektywna stopa opodatkowania dochodów spółki zależnej jest nie niższa niż 10% [*Holding Regimes 2013*, s. 29].



Rys. 1. Zastosowanie transferu hybrydowego w celu optymalizacji opodatkowania dochodu

Źródło: [*Hybrid Mismatch Arrangements 2012*, s. 10].

Transakcja warunkowego zakupu może być jednak zastosowana także w celu optymalizacji opodatkowania, dzięki uzyskaniu prawa do odliczenia podatku zapłaconego w innym państwie od podatku należnego w danym państwie. Sytuację tę ilustruje rys. 1. Spółka A zakłada w państwie A spółkę specjalnego przeznaczenia i wyposaża ją w kapitał w zamian za akcje. Następnie zawiera transakcję repo ze spółką B. W ramach tej transakcji spółka A sprzedaje akcje spółki specjalnego przeznaczenia spółce B i zobowiązuje się je odkupić w określonym terminie po określonej cenie. W okresie obowiązywania umowy repo spółka specjalnego przeznaczenia uzyskuje z innych tytułów dochód opodatkowany podatkiem dochodowym w państwie A. Spółka B otrzymuje natomiast dywidendy z tytułu posiadania akcji

spółki specjalnego przeznaczenia (które mogą być także zwolnione z opodatkowania). W państwie B transakcja repo uznawana jest za sprzedaż udziałów (akcji). Stosownie do przepisów prawa podatkowego w państwie B spółka B jest uprawniona do odliczenia od należnego podatku dochodowego podatku zapłaconego w roku podatkowym przez jej spółkę zależną (spółkę specjalnego przeznaczenia). W państwie A transakcja traktowana jest jako pożyczka pod zastaw aktywów. Z tego względu spółka A nadal jest uważana za udziałowca spółki specjalnego przeznaczenia, a spółka ta za spółkę zależną spółki A. W państwie A prawo podatkowe może przewidywać prawo do zaliczenia przez spółkę A odsetek od pożyczki (zawartej umowy repo) do kosztów uzyskania przychodów.

4. Istota i zastosowanie finansowych instrumentów hybrydowych

Mianem finansowego instrumentu hybrydowego określany jest instrument łączący cechy co najmniej dwóch kategorii instrumentów finansowych – instrumentów dłużnych i udziałowych. Za motywy ich stosowania uznaje się dążenie do zmniejszenia kosztów transakcji i obniżenia ryzyka finansowego [Ryan 2007, s. 249]. Ponadto instrumenty te stały się popularną formą honorarium dla członków zarządów spółek [Laukkanen 2007, s. 38]. Do instrumentów hybrydowych zalicza się w szczególności [Miller i Oats 2012, s. 272; Bendlinger 2012, s. 488]:

- niektóre kategorie akcji uprzywilejowanych, w tym np. akcje uprzywilejowane zwrotne w australijskim porządku prawnym (*redeemable preference shares*),
- prawa uprzywilejowane (*jouissance rights*), dające możliwość udziału w zysku przedsiębiorstwa bez prawa głosu – występują one przykładowo na gruncie niemieckiego czy austriackiego porządku prawnego (*Genussrechte*),
- pożyczki partycypacyjne (*profit-participating loans*),
- obligacje zamienne na udziały (*convertible bonds*),
- pożyczki z klauzulą podporządkowania (*subordinated loans*),
- udziały w typowych spółkach cichych, np. utworzonych na gruncie austriackiego i niemieckiego porządku prawnego (*typisch stille Gesellschaften*),
- udziały w nietypowych spółkach cichych, np. utworzonych na gruncie austriackiego i niemieckiego porządku prawnego (*atypisch stille Gesellschaften*).

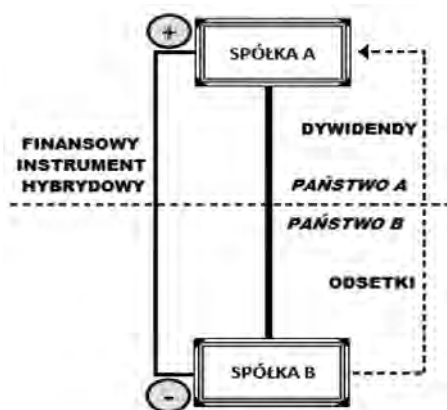
Rozstrzygnąć o tym, czy dany instrument jest w większym stopniu instrumentem dłużnym czy udziałowym, pozwalają na ogół następujące jego cechy [Miller i Oats 2012, s. 272 i 273]:

- termin zapadalności – im dłuższy termin zapadalności, tym bardziej zasadne jest zaklasyfikowanie danego hybrydowego instrumentu finansowego do kategorii instrumentów udziałowych,
- zakres odpowiedzialności za zobowiązania emitenta – im mniejszy zakres odpowiedzialności za zobowiązania podmiotu będącego emitentem instrumentu, tym bardziej zasadne jest jego zaklasyfikowanie do grupy instrumentów dłużnych,
- zmienność stopy zwrotu z instrumentu finansowego – im większa zmienność stopy zwrotu i im silniejszy związek pomiędzy wysokością stopy zwrotu a zy-

skownością emitenta, tym bardziej zasadne jest zaklasyfikowanie tego instrumentu do kategorii instrumentów udziałowych.

Przychód z hybrydowego instrumentu finansowego może być uznawany w jednej jurysdykcji podatkowej za podlegający opodatkowaniu, w drugiej zaś za transparentny podatkowo (niepodlegający opodatkowaniu). Tradycyjne podejście polega na zaklasyfikowaniu przez dane państwo określonego instrumentu finansowego albo do kategorii instrumentów dłużnych, albo udziałowych w oparciu o określone kryteria [Honohan 2003, s. 221]. W przypadku jego zaklasyfikowania do grupy instrumentów dłużnych podatnikowi-emitentowi przysługuje na ogół prawo do zaliczenia odsetek z jego tytułu do kosztów uzyskania przychodów.

Poszczególne państwa dokonują rozgraniczenia instrumentów dłużnych i udziałowych z wykorzystaniem odmiennych podejść i kryteriów. Przykładowo w brytyjskim prawie podatkowym podstawą odróżnienia udziałowych instrumentów finansowych od dłużnych instrumentów finansowych jest forma prawna i rodzaj dochodu uzyskiwanego przez ich właściciela [Schön i in. 2009, s. 70-72]. Jednak lista instrumentów finansowych uznawanych przez prawo podatkowe za instrumenty dłużne obejmuje w tym państwie szereg instrumentów mających cechy instrumentu udziałowego. Dominującą formą instrumentu hybrydowego są akcje uprzywilejowane zwrotne, które uznawane są na ogół za instrument udziałowy. Inaczej jest przykładowo w USA, gdzie w ramach hybrydowych instrumentów finansowych wyróżnia się udziałowe i dłużne komponenty generowanego przez nie dochodu, które następnie podlegają odpowiedniemu opodatkowaniu. W Polsce finansowe instrumenty hybrydowe (np. pożyczki konwertowane na kapitał, partycypacyjne czy wieczyste) są klasyfikowane do kategorii instrumentów dłużnych, a zapłacone od nich odsetki stanowią koszt uzyskania przychodów [Rusek 2012, s. 9].



Rys. 2. Zastosowanie hybrydowego instrumentu finansowego w celu optymalizacji opodatkowania dochodu

Źródło: [BEPS Action 2 2014, s. 19].

W międzynarodowym planowaniu podatkowym hybrydowe instrumenty finansowe są na ogół wykorzystywane w celu uzyskania prawa do zaliczenia odsetek do kosztów uzyskania przychodów podmiotu otrzymującego finansowanie, w sytuacji gdy w państwie podmiotu udzielającego finansowanie odsetki te są zwolnione z opodatkowania [Russo 2007, s. 124]. Optymalny z podatkowego punktu widzenia jest instrument hybrydowy traktowany jako instrument dłużny w państwie emitenta i jako instrument udziałowy w państwie inwestora [Hoor 2010, s. 35]. Sytuację tę pokazuje rys. 2. Spółka B, będąca rezydentem dla celów podatkowych w państwie B, emituje instrument hybrydowy (np. akcje uprzywilejowane), który nabywa spółka A. Państwo B klasyfikuje instrument hybrydowy do grupy instrumentów dłużnych, a wypłacane z jego tytułu odsetki są zaliczane do kosztów uzyskania przychodów, w państwie A instrument ten jest uznawany za instrument udziałowy, a otrzymywane kwoty za dywidendy. Państwo A powinno zostać tak wybrane, aby prawo podatkowe przewidywało w nim zwolnienie z opodatkowania dywidend otrzymanych od spółki powiązanej kapitałowo (*participation exemption*). Przedsiębiorstwo może osiągnąć zbliżone korzyści podatkowe w przypadku, gdy w państwie B, co prawda, instrument hybrydowy jest uznawany za instrument udziałowy, lecz przepisy podatkowe przewidują możliwość odliczania od podstawy opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych dywidend wypłacanych udziałowcom (ma to miejsce przykładowo w Brazylii).

Niektóre państwa OECD wyłączyły ze zwolnienia z opodatkowania dywidendy otrzymane od spółek powiązanych kapitałowo w przypadku, gdy prawo do dywidendy wynika z instrumentu hybrydowego. Wyłączenie to obniża korzyści uzyskiwane z tego narzędzia optymalizacji podatkowej. Nie wszystkie państwa są zainteresowane wprowadzaniem tego typu włączeń. Przykładowo holenderskie organy podatkowe w przeszłości niekiedy odmawiały podatnikom prawa do omawianego zwolnienia i zaliczały finansowe instrumenty hybrydowe, w tym akcje przedsiębiorstw, do kategorii instrumentów dłużnych. Holenderski Sąd Najwyższy orzekł jednak w tych przypadkach zazwyczaj na korzyść podatnika, podważając klasyfikację zastosowaną przez te organy. Przykładowo w wyroku z dnia 7 lutego 2014 roku Holenderski Sąd Najwyższy odniósł się do sytuacji holenderskiej spółki dominującej, która udzieliła pożyczki spółce zależnej zlokalizowanej w Australii, a następnie dokonała konwersji wierzytelności na akcje uprzywilejowane zwrotne tej spółki. Akcje te charakteryzowały się następującymi cechami:

- uprawniały do rocznej skumulowanej stałej kwoty dywidendy,
- były priorytetowe w porównaniu z innymi klasami akcji emitowanych przez spółkę w odniesieniu do wypłaty dywidendy i terminu wykupu,
- przyznawały jedynie ograniczone prawo głosu,
- okres ich wykupu wynosił 10 lat.

Zgodnie z australijskim prawem podatkowym emitentowi tych akcji przysługuje prawo do odliczenia wypłacanych dywidend od przychodów. Przed konwersją spółka holenderska opłacała od otrzymywanych od udzielonej pożyczki odsetek

podatek dochodowy. Po konwersji spółka ta zakwalifikowała omawiane akcje do instrumentów udziałowych, co zostało jednak zakwestionowane przez organy podatkowe. W wydanym wyroku Holenderski Sąd Najwyższy uznał jednak, że dochód z tytułu tych akcji stanowi dywidendę i podlega zwolnieniu z opodatkowania. Treść tego wyroku jest zgodna ze stanowiskiem wyrażonym w 2013 roku przez Holenderskie Ministerstwo Finansów, uznające, że przeciwdziałanie agresywnemu planowaniu podatkowemu nie jest w przypadku finansowych instrumentów hybrydowych zadaniem państwa holenderskiego, lecz państwa przyznającego prawo do odliczenia wypłacanej dywidendy od przychodów podatnika [Gelder van, Niels 2013, s. 145].

Inne podejście stosowane jest przykładowo w Danii. Obowiązujące w tym państwie przepisy podatkowe ograniczają możliwości zastosowania finansowych instrumentów hybrydowych w ramach agresywnych strategii podatkowych. Ustawodawca wykluczył możliwości zaliczania odsetek od kredytów (pożyczek) do kosztów uzyskania przychodów, jeżeli w państwie, w którym zlokalizowany jest podmiot otrzymujący te odsetki, są one zwolnione z opodatkowania. Jednocześnie opodatkował otrzymane odsetki od kredytów (pożyczek), jeżeli płacący może je zaliczyć w innym państwie do kosztów uzyskania przychodów.

Powszechne wdrożenie regulacji obowiązujących w Danii mogłoby przyczynić się do zmniejszenia skali wykorzystywania hybrydowych instrumentów finansowych w celu optymalizacji opodatkowania dochodu i obniżenia ubytku dochodów publicznych, wynikającego z tej optymalizacji w państwach o wysokiej efektywnej stopie opodatkowania dochodów przedsiębiorstw. Poza Danią zbliżone regulacje obowiązują jednak jedynie w nielicznych państwach OECD. Wyjaśnienie niewielkiej ich popularności zawiera artykuł N. Johannesena [2014, s. 46]. Z wyjaśnienia tego wynika, że państwa, które wprowadzą ograniczenia w zakresie zastosowania finansowych instrumentów hybrydowych do optymalizacji opodatkowania dochodu, muszą liczyć się ze znaczną dodatkową stratą dobrobytu, będącą następstwem odpływu kapitału i spadku popytu na pracowników zgłaszanego przez korporacje międzynarodowe.

5. Zakończenie

Uznanie strategii podatkowej danego przedsiębiorstwa za agresywną może budzić wątpliwości. Powszechnie wiadomo bowiem, że cele państwa i podatników nie zawsze są spójne. Dotyczy to w szczególności korporacji międzynarodowych, które prowadzą działalność gospodarczą w wielu państwach. Cechują się one znaczną mobilnością i uzyskują z działalności gospodarczej wysokie zyski. Zastosowanie przez korporacje międzynarodowe transferów hybrydowych i finansowych instrumentów hybrydowych stanowi jedynie jeden z komponentów ich strategii podatkowej. Skutkuje ona znacznym ubytkiem dochodów publicznych w państwach charakteryzujących się wysoką efektywną stopą opodatkowania dochodu.

Wymienione państwa jednostronnie stosują różnego rodzaju środki mające na celu przeciwdziałanie temu ubytkowi. W warunkach międzynarodowej konkurencji podatkowej trudno jest bowiem oczekiwać współpracy w tym zakresie większej liczby jurysdykcji podatkowych, w szczególności rajów podatkowych. Podstawę do wprowadzenia ograniczeń w zakresie stosowania struktur hybrydowych do optymalizacji podatkowej w danym państwie powinien stanowić jednak rachunek ekonomiczny, uwzględniający nie tylko wysokość tego ubytku, lecz także negatywne konsekwencje ekonomiczne dla gospodarki, wynikające z odpływu kapitału i zmniejszenia bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Efektywna stopa podatku dochodowego od osób prawnych obciążająca zagraniczne osoby prawne powinna być bowiem ustalona z uwzględnieniem korzyści uzyskiwanych przez te osoby z użytkowania zasobów państwowych i innych czynników atrakcyjności prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium danego państwa. Podejście to jest zgodne z niektórymi teoriami konkurencji podatkowej, np. z teorią konkurencji uwzględniającej efekt aglomeracji, będącej przedmiotem weryfikacji Centrum Badań i Informacji Międzynarodowej w Paryżu (Centre d'Etudes Prospectives et d'Informations Internationales) [Bénassy-Quéré i in. 2005, s. 18-25].

Literatura

- Apple is not alone*, 2013, Citizens for Tax Justice, Washington.
- Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, Meeting of the OECD Council at Ministerial Level, OECD, Paris.
- Bénassy-Quéré A., Gopalraja N., Trannoy A., 2005, *Concurrence fiscale et facteurs publics*, CEPPII, Paris.
- Bendlinger S., 2012, *Hybride Gestaltungen im internationalen Steuerrecht*, Steuer und Wirtschaft International Nr. 11.
- BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, 2014, OECD, Paris.
- European Commission, Press Release, IP/12/1325, 06/12/2012, Brussels.
- Gelder G. van, Niels B., 2013, *Tax Treatment of Hybrid Finance Instruments*, „Derivatives & Financial Instruments”, July/August.
- Honohan P., 2003, *Taxation of Financial Intermediation: Theory and Practice for Emerging Economies*, The World Bank & Oxford University Press, Washington.
- Holding Regimes, Comparison of Selected Countries*, 2013, Loyens & Loeff, New York.
- Hoor O. R., 2010, *The OECD Model Tax Convention: A Comprehensive Technical Analysis*, Editions Juridiques & Fiscales, Luxembourg.
- Hybrid Mismatch Arrangements – Tax Policy and Compliance Issues*, 2012, OECD, Paris.
- Johannesen N., 2014, *Tax avoidance with cross-border hybrid instruments*, „Journal of Public Economics” no. 112.
- Karayan J.E., Swenson Ch. W., 2007, *Strategic Business Tax Planning*, John Wiley & Sons Inc., New Jersey.
- Laukkanen A., 2007, *Taxation of Investment Derivatives*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam.
- Miller A., Oats L., 2012, *Principles of International Taxation*, Bloomsbury Professional Ltd., Haywards Heath.

- Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code – Part 2 (Apple Inc.)*, 2013, Permanent Subcommittee on Investigations, Washington.
- Rusek J., 2012, *Instrumenty hybrydowe – możliwości wykorzystania na gruncie polskiego prawa podatkowego*, „Prawo i Podatki” nr 3.
- Russo R., 2007, *Fundamentals of International Tax Planning*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam.
- Ryan S.G., 2007, *Financial Instruments and Institutions: Accounting and Disclosure Rules*, John Wiley & Sons Inc., New Jersey.
- Schön W. i in., 2009, *Debt and Equity: What's the Difference? A Comparative View*, Max Plank Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich.

HYBRID TRANSFERS AND FINANCIAL INSTRUMENTS – AGGRESSIVE TAX STRATEGY COMPONENTS?

Summary: According to the OECD report released in 2012 aggressive tax planning strategies of multinational corporations involve the application of hybrid mismatch arrangements. The main aim of this article is to demonstrate how hybrid transfers and hybrid financial instruments are used for tax optimization purposes. The first part of this article defines aggressive tax strategy and the second one illustrates the usage of the collateralised loan repo for the above-mentioned purposes. Hybrid financial instruments and their application are reviewed in the last section.

Keywords: tax strategy, hybrid transfers, hybrid financial instruments