

Polska konstrukcja rozbieżności bazującej na instrumencie finansowym i jej wpływ na stosowanie przepisów dotyczących importowanej rozbieżności

Sebastian Trzcina

Doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie
ORCID: 0000-0001-6412-1985, e-mail: sebastian.trzcina@student.uj.edu.pl.

1. Wprowadzenie

Od 1 stycznia 2021 r. w Polsce zaczęły obowiązywać nowe przepisy mające na celu neutralizację skutków wykorzystywania rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych. Przepisy te zostały wprowadzone w ramach implementacji prawa unijnego.

Struktura wprowadzonych przepisów w niektórych aspektach różni się od rozwiązań unijnych (np. w przypadku rozumienia hybrydowego instrumentu finansowego). Może to prowadzić do ukształtowania się odmiennego zakresu stosowania polskich i zagranicznych mechanizmów. Różnice te będą mogły mieć znaczący wpływ na posługiwanie się regulami dotyczącymi importowanej rozbieżności w Polsce, w szczególności ze względu na zasady wyłączające ich stosowanie w sytuacjach, w których znajdują zastosowanie przepisy antyhybrydowe innych jurysdykcji.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie wprowadzonych zmian w zakresie rozbieżności wynikającej z kwalifikacji struktur hybrydowych dotyczących instrumentów finansowych, a także analiza różnic pomiędzy polskimi przepisami a prawem unijnym. Ponadto przybliżone zostaną potencjalne skutki takich różnic w przypadku stosowania mechanizmów dotyczących importowanych rozbieżności.

2. Rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych

Rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych wynikają z odmiennej klasyfikacji płatności (w tym płatności wynikających z instrumentów finansowych) lub podmiotów. Rozbieżności te ujawniają się w przypadku interakcji pomiędzy systemami prawnymi dwóch różnych jurysdykcji¹ i mają na celu osiągnięcie efektu długotrwałego odroczenia płatności podatku lub podwójnego nieopodatkowania danej płatności² (w tym – podwójnego odliczenia, lub odliczenia bez opodatkowania³). Przedmiotowy efekt wynika z wykorzystania niekompatybilności istniejących pomiędzy regulacjami prawnymi dwóch różnych państw⁴.

Aby przeciwdziałać wymienionym skutkom podatkowym, wprowadzono odpowiednie przepisy na szczeblu unijnym, prowadzące do odmówienia odliczenia płatności przez jedną z dwóch jurysdykcji objętych rozbieżnością hybrydową⁵.

3. Podstawy prawne

3.1. Dyrektywa ATA/ATA2

Przepisy mające na celu przeciwdziałanie skutkom hybrydyzacji zostały uwzględnione w dyrektywie Rady (UE) 2016/1164 z 12.07.2016 r.⁶, która skupiała się na tematyce dotyczącej w szczególności uzgodnień zawieranych w ramach Unii Europejskiej⁷. Natomiast w przepisach zmieniających wspomnianą dyrektywę – zawartych w dyrektywie Rady (UE) 2017/952 z 29.05.2017 r.⁸ rozszerzono dotychczas stosowane mechanizmy o konstrukcje dotyczące rozbieżności hybrydowych importowanych z państw trzecich⁹ (dalej: dyrektywa ATA/ATA2).

¹ Preambuła do dyrektywy ATA/ATA2, pkt 13.

² J. Koronkiewicz, *Aktywność UE w odpowiedzi na projekt BEPS* [w:] B. Brzeziński, K. Lasiński-Sulecki, W. Morawski i in., *Nowe narzędzia kontrolne, dokumentacyjne i informatyczne w prawie podatkowym*, LEX 2018.

³ A. Dmowski, *Skutki implementacji dyrektywy ATAD do polskiego systemu prawnego*, „Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2019, nr 8, s. 20.

⁴ F. Majdowski, *Regulacje przeciwko hybrydyzacji na przykładzie unijnych dyrektyw przeciwko unikaniu opodatkowania – międzynarodowa harmonizacja podatków czy „tylko” próba eliminacji pewnego zjawiska?*, „Monitor Podatkowy” 2020, nr 4, s. 23.

⁵ Preambuła do dyrektywy ATA/ATA2, pkt 13.

⁶ Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z 12.07.2016 r. (Dz.Urz. UE L 193, s. 1).

⁷ O. Popa, *Recent Measures to Counter Hybrid Mismatch Arrangements at the EU Level*, „European Taxation” 2017, t. 57, nr 9, s. 401.

⁸ Dyrektywa Rady (UE) 2017/952 z 29.05.2017 r. (Dz.Urz. UE L 144, s. 1).

⁹ I. Radocea, *Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Hybrid Mismatches in Romania*, „European Taxation” 2020, t. 60, nr 10, s. 469.

3.2. Termin implementacji dyrektywy ATA/ATA2 w Polsce

Dyrektywa ATA/ATA2 w art. 11 ust. 5a określiła termin dla państw członkowskich do wprowadzenia (tj. przyjęcia i opublikowania) do lokalnych porządków prawnych przepisów antyhybrydowych do dnia 31 grudnia 2019 r., natomiast do ich stosowania – począwszy od dnia 1 stycznia 2020 r. (w zakresie art. 9a dyrektywy ATA/ATA2 termin ten został wydłużony).

Polski ustawodawca nie wywiązał się z tego obowiązku nałożonego wspomnianą dyrektywą. W efekcie można rozważyć, czy w takim przypadku dochodzi do zaistnienia jej bezpośredniego skutku, który jest rozumiany jako minimalna gwarancja dla podmiotów dotkniętych brakiem implementacji dyrektywy¹⁰.

Niemniej brak wdrożenia dyrektywy w wymiarze wertykalnym może chronić obywatela (osoby fizyczne i osoby prawne), natomiast państwo członkowskie, które nie dochowało obowiązku implementacji w określonym terminie, nie może się powoływać na ten fakt¹¹.

Przenosząc te rozważania na grunt przepisów antyhybrydowych, stwierdzić należy, że przepisy te nakładają niekorzystne rozwiązania dla podatnika (tj. nakładają obowiązek rozpoznania przychodu/odmawiają prawa do rozpoznania kosztu uzyskania przychodu). Z tego względu bezpośredni efekt dyrektywy będzie ograniczony.

3.3. Polskie przepisy

Polski ustawodawca wprowadził ustawą z 28.05.2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku od towarów i usług, ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw¹² przepisy mające na celu przeciwdziałanie rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych, stanowiące implementację dyrektywy ATA/ATA2.

W ramach tej implementacji określono, kiedy dochodzi do powstania rozbieżności hybrydowych, oraz wskazano, w jakich sytuacjach zastosowanie znajdują przepisy limitujące możliwość rozpoznawania kosztów uzyskania przychodów.

Na potrzeby rozważań zawartych w niniejszym artykule analizie zostaną poddane dwa szczegółowe typy rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych: tj. rozbieżność wynikająca z hybrydowego instrumentu finansowego oraz importowana rozbieżność.

¹⁰ M. Domańska, *Implementacja dyrektyw unijnych przez sądy krajowe* [w:] *Implementacja dyrektyw unijnych przez sądy krajowe*, LEX 2014.

¹¹ Wyrok TSUE z 8.10.1987 r., C-80/86, postępowanie karne przeciwko Kolpinghuis Nijmegen BV, EU:C:1987:431, akapit 10.

¹² Ustawa z 28.05.2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku od towarów i usług, ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1106).

4. Polskie przepisy dotyczące rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych, wynikającej z hybrydowego instrumentu finansowego

4.1. Płatność w ramach uzgodnienia strukturalnego lub pomiędzy podmiotami powiązаныmi

Na wstępie należy wskazać, że warunkiem uznania danego świadczenia za podlegające polskim przepisom antyhybrydowym jest dokonanie go przez podmioty powiązane lub w ramach uzgodnienia strukturalnego. Taki wymóg został ustanowiony w art. 16p ust. 1 pkt 2 oraz art. 16a ust. 1 pkt 1 ustawy z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych¹³ (dalej: u.p.d.o.p.). Bez spełnienia tego kryterium nie dojdzie do zastosowania wspomnianych przepisów.

Definicja podmiotu powiązanego wprowadzona na potrzeby art. 16n i n. u.p.d.o.p. odsyła do art. 24a ust. 2 pkt 4 u.p.d.o.p. (regulacje dotyczące zagranicznej jednostki kontrolowanej). W tym zakresie przepisy określają jednak wyższy próg udziałowy – na poziomie 50%. Co więcej, za podmioty powiązane uznają one także spółki wchodzące w skład grupy kapitałowej sporządzającej skonsolidowane sprawozdania finansowe.

Przepisy antyhybrydowe, jak wskazano wyżej, znajdują swoje zastosowanie, jeżeli płatność jest dokonana w ramach uzgodnienia strukturalnego. Sama definicja przedmiotowego uzgodnienia została zawarta w art. 16n ust. 1 pkt 21 u.p.d.o.p. Na gruncie tej definicji uzgodnienie strukturalne oznacza uzgodnienie:

- 1) wykorzystujące rozbieżność w kwalifikacji struktur hybrydowych w przypadku, gdy rozbieżność ta została uwzględniona w warunkach uzgodnienia;
- 2) mające na celu doprowadzenie do powstania rozbieżności hybrydowych, chyba że nie można było rozsądnie oczekiwać, że podatnik lub podmiot powiązany byłiby świadomi jej powstania, przy czym żaden z tych podmiotów nie osiągnął również korzyści podatkowej (związanej z tą rozbieżnością).

Przytoczyć tu należy spostrzeżenie, że zakres uzgodnienia strukturalnego jest szeroki i może powodować, że przepisy antyhybrydowe obejmą nawet podmioty, które nie są świadome wystąpienia omawianych rozbieżności. Takie wnioski można wywieść z faktu wprowadzenia obiektywnego kryterium w sformułowaniu „można było rozsądnie oczekiwać”¹⁴.

¹³ Ustawa z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1406 ze zm.).

¹⁴ K. Dziadosz, M. Kondej, *Implementacja dyrektywy ATA2 w zakresie przeciwdziałania powstawaniu rozbieżności hybrydowych*, „Przegląd Podatkowy” 2020, nr 4, s. 42.

4.2. Hybrydowy instrument finansowy

W art. 16n ust. 1 pkt 2 u.d.p.o.d. hybrydowy instrument finansowy jest zdefiniowany jako instrument finansowy odmiennie kwalifikowany dla celów podatkowych w jurysdykcjach płatnika oraz odbiorcy płatności.

Dodatkowo, w ramach art. 16n ust. 1 pkt 4 u.d.p.o.d., za instrument finansowy uznano instrument stanowiący podstawę osiągania zysku z tytułu finansowania dłużnego lub kapitałowego. Ponadto ustanowiono wymóg, aby powyższy zysk podlegał opodatkowaniu jako dochód z tytułu wierzytelności, udziału w zyskach lub instrumentów pochodnych na podstawie przepisów państwa odbiorcy lub państwa płatnika.

Użycie funktora „lub” w stosunku do przepisów właściwych dla kwalifikacji zysku sugeruje, że dla celów identyfikacji instrumentu hybrydowego w rozumieniu polskich przepisów antyhybrydowych wystarczające jest, aby tylko jedna z dwóch wyżej określonych jurysdykcji uznała, że przedmiotowy dochód pochodzi ze wskazanych kategorii.

Co więcej, można zaznaczyć, że sam instrument hybrydowy swoim zakresem obejmuje również hybrydową transakcję (zdefiniowaną w art. 16n ust. 1 pkt 1 u.d.p.o.d.) – rozumianą jako uzgodnienie w sprawie przeniesienia instrumentu finansowego, w przypadku którego ten sam dochód/przychód bazowy (wynikający z tego instrumentu) jest rozpoznawany przez więcej niż jedną stronę uzgodnienia.

4.3. Rozbieżność w kwalifikacji struktur hybrydowych w zakresie hybrydowego instrumentu finansowego w świetle polskich przepisów

Dla celów analizy dotyczącej powstania rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych, wynikającej z hybrydowego instrumentu finansowego, w pierwszej kolejności należy omówić konstrukcję odliczenia bez opodatkowania, o której mowa w art. 16n ust. 1 pkt 6 u.d.p.o.d.

Zgodnie z powyższym przepisem do odliczenia bez opodatkowania dochodzi, gdy dane świadczenie nie jest uwzględniane w dochodach (tj. w podstawie opodatkowania) w państwie odbiorcy. Takie odliczenie ma również miejsce, w przypadku gdy świadczenie jest objęte ulgą podatkową ze względu na sam charakter tego świadczenia (ulga podatkowa rozumiana jest jako zwolnienie z podatku, obniżenie stawki podatkowej, zwrot podatku lub kredyt podatkowy inny niż z tytułu podatków pobieranych u źródła).

Analizowana rozbieżność powstaje w przypadku świadczenia z tytułu hybrydowego instrumentu finansowego, które skutkuje odliczeniem bez opodatkowania ze względu na różnice w charakterze tego instrumentu lub świadczenia. Co więcej,

powstanie rozbieżności zachodzi, gdy świadczenie nie powoduje powstania dochodu (przychodu) w państwie odbiorcy w rozsądnym terminie.

Należy podkreślić, że przedmiotowe różnice muszą dotyczyć kwalifikacji instrumentu lub świadczenia. Jednakże przepisy antyhybrydowe nie będą miały zastosowania, gdy brak opodatkowania będzie wynikał ze statusu odbiorcy (lub jego charakteru)¹⁵ lub kontekstu samego posiadania instrumentu finansowego¹⁶. W tym zakresie można posłużyć się przykładami zawartymi w Raporcie OECD, jako że sama dyrektywa ATA2 w pkt 28 preambuły wskazuje, że państwa członkowskie, wdrażając wspomnianą dyrektywę, powinny wykorzystywać wyjaśnienia i przykłady zawarte we wspomnianym raporcie, jako źródło interpretacji, w zakresie, w jakim są one zgodne z przepisami tej dyrektywy i prawem unijnym¹⁷.

W pierwszym przypadku Raport OECD przytacza przykład, w którym odsetki są wypłacane do funduszu państwowego (*sovereign wealth fund*). W takiej sytuacji nie dojdzie do powstania rozbieżności z uwagi na fakt, że odbiorca jest podmiotem zwolnionym z opodatkowania od całości swoich dochodów¹⁸.

Natomiast w zakresie kontekstu posiadania instrumentu finansowego Raport OECD posługuje się przykładem świadczenia wypłaconego na zwolnione z opodatkowania osobiste konto oszczędnościowe odbiorcy. Na bazie takiego stanu faktycznego nie dojdzie do powstania rozbieżności, ponieważ brak opodatkowania wynika z okoliczności dotyczących kontekstu posiadania instrumentu finansowego¹⁹. Zatem w takim przypadku zastosowane zwolnienie nie jest związane z charakterem instrumentu finansowego.

Należy przy tym zwrócić uwagę, odnosząc się do Raportu OECD, że specyfika relacji łączącej strony transakcji może prowadzić do tego, że relacja taka będzie traktowana jako jeden z elementów samego instrumentu finansowego. Przykładem w tym zakresie są płatności transgraniczne pomiędzy podmiotami powiązаныmi²⁰.

Skutkiem zastosowania przepisów antyhybrydowych w tym zakresie będzie odmówienie polskiemu podmiotowi prawa do zaliczenia transgranicznej płatności wynikającej z instrumentu hybrydowego do kosztów uzyskania przychodu.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Action 2: 2015 Final Report, OECD, Paryż 2015, s. 204.

¹⁷ F. Majdowski, *op. cit.*, s. 24.

¹⁸ *Ibidem*, s. 197–198.

¹⁹ *Ibidem*, s. 203–204.

²⁰ *Ibidem*, s. 42, 175–176.

5. Różnice pomiędzy polskimi przepisami a postanowieniami dyrektywy ATA/ATA2 w zakresie rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych wynikających z instrumentu finansowego

Dyrektywa ATA/ATA2 w definicji odliczenia bez ujęcia w dochodzie, zawartej w art. 2 pkt 9 (w polskiej ustawie termin ten został zastąpiony przez zwrot „odliczenie bez opodatkowania”), posługuje się terminem „płatność”, natomiast w art. 16n pkt 6 u.p.o.d.p. jest mowa o „świadczeniu”, które jest pojęciem szerszym. W ten sposób polskie przepisy antyhybrydowe ulegały rozszerzeniu względem rozwiązań dyrektywy ATA/ATA2.

Ponadto należy wskazać, że na gruncie analizowanej rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych dyrektywa ATA/ATA2 ograniczyła się tylko do zdefiniowania instrumentu finansowego. Natomiast polski ustawodawca, obok wspomnianej definicji instrumentu finansowego, wprowadził również definicję hybrydowego instrumentu finansowego. W ramach tej konstrukcji w art. 16n ust. 1 pkt 2 u.o.p.d.p.d. ujęto dodatkowy wymóg, aby ten instrument był inaczej kwalifikowany dla celów podatkowych w państwie odbiorcy i państwie płatnika (kwestia ta zostanie poddana szerszej analizie w dalszej części artykułu).

Ponadto dyrektywa ATA/ATA2 w art. 9 ust. 4 wymienia szereg wyłączeń dotyczących stosowania przepisów antyhybrydowych w zakresie rozbieżności wynikającej z instrumentu finansowego (wyłączenia te ograniczają zakres sytuacji, w których znajdują zastosowanie omawiane mechanizmy antyhybrydowe). Niemniej należy zwrócić uwagę, że transpozycja tych wyłączeń przez państwa członkowskie jest fakultatywna.

6. Problem rozumienia kwestii kwalifikacji dla celów podatkowych a dyrektywa ATA/ATA2 i jej implementacja w innych państwach członkowskich

W ramach polskiej implementacji dyrektywy ATA/ATA2, jak już wyżej wspomniano, w definicji hybrydowego instrumentu finansowego posłużono się wymogiem, aby taki instrument był inaczej kwalifikowany dla celów podatkowych w państwie odbiorcy świadczenia i w państwie płatnika.

Powyższy wymóg różni się od konstrukcji zawartej w dyrektywie ATA/ATA2, która, choć w treści samych przepisów nie precyzuje tej kwestii, to w swojej preambule zawiera jednoznaczne stwierdzenie, że rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych wynikają z odmiennej kwalifikacji prawnej płatności²¹. Ponadto

²¹ Preambuła do dyrektywy ATA/ATA2, pkt 13.

odnosząc się do pierwotnego brzmienia dyrektywy ATA/ATA2 w zakresie definicji rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych (art. 2 pkt 9), należy stwierdzić, że definicja ta wprost zawiera stwierdzenie: „różnice w klasyfikacji prawnej instrumentu finansowego”. Także doktryna w tym względzie odnosi się do charakteru prawnego lub kwalifikacji prawnej danego instrumentu²².

Dodatkowo inne jurysdykcje zazwyczaj bezpośrednio nawiązują do konstrukcji wskazanej przez dyrektywę ATA/ATA2, odnoszącej się również do charakteru prawnej kwalifikacji instrumentów finansowych. Między innymi w Rumunii²³ i Luksemburgu²⁴ wprowadzono przepisy stanowiące, że płatność w ramach instrumentu finansowego powoduje zastosowanie przepisów antyhybrydowych w przypadku, gdy rozbieżność wynika z różnic w kwalifikacji prawnej instrumentu finansowego.

Zatem w analizowanym przypadku dochodzi do wykorzystania dwóch sformułowań: różnic w kwalifikacji prawnej (na gruncie dyrektywy ATA/ATA2 i niektórych jurysdykcji państw członkowskich) oraz różnic w kwalifikacji podatkowej. Wskazać należy, że powyższe sformułowania nie są zbieżne i mają inny zakres przedmiotowy. Różnice w kwalifikacji prawnej wydają się ukierunkowane na ujęcie efektu hybrydyzacji poprzez kwalifikację prawną danego instrumentu jako instrumentu dłużnego/instrumentu o charakterze udziałowym (co może również zawierać się w polskiej konstrukcji).

Natomiast bazowanie na pojęciu „różnice w kwalifikacji podatkowej” może doprowadzić do rozszerzenia zakresu przypadków, w których dojdzie do powstania rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych. W ramach takiego sformułowania analizowane przepisy mogą objąć także płatności podlegające tylko odmiennym zasadom opodatkowania. W związku z powyższym na gruncie polskiej implementacji można dojść do wniosku, że o hybrydowym charakterze danego instrumentu świadczy sam fakt występowania różnic w jego opodatkowaniu.

²² P. Piantavigna, *Tax Competition and Tax Coordination in Aggressive Tax Planning: A False Dichotomy*, „World Tax Journal” 2017, t. 9, s. 508; O. Popa, *Recent Measures to Counter Hybrid Mismatch Arrangements at the EU Level*, „European Taxation” 2017, t. 57, nr 9, s. 4.

²³ I. Radocea, *Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Hybrid Mismatches in Romania*, „European Taxation” 2020, t. 60, nr 10, Journal Articles & Papers IBFD/elektronicznie.

²⁴ J-L. Fisch, A. Budzin-Dang, *The Implementation of ATAD into Luxembourg Law*, „Finance and Capital Markets” 2019, t. 2, nr 3, Journal Articles & Papers IBFD/elektronicznie.

7. Minimalny standard dyrektywy ATA/ATA2 a polskie przepisy stanowiące jej implementację i ich wykładnia

W tym miejscu należy rozważyć, czy wskazane wyżej różnice mieszczą się w tzw. minimalnym standardzie dyrektywy, ujętym w art. 3 dyrektywy ATA/ATA2. Zgodnie ze wskazanym przepisem nie wyklucza się stosowania przepisów krajowych służących zapewnieniu wyższego poziomu ochrony baz podatkowych. Polski ustawodawca nie jest więc pod tym względem ograniczony postanowieniami tej dyrektywy i jest uprawniony do wprowadzenia rozwiązań zapewniających większą ochronę²⁵.

W świetle takiej konstrukcji wydaje się, że polski ustawodawca ma możliwość modyfikowania przepisów dyrektywy ATA/ATA2 w celu rozszerzenia ich stosowania – jak w przypadku użycia słowa „świadczenie” w miejsce „płatność”. Również ze względu na brzmienie przepisu art. 9 ust. 4 dyrektywy ATA/ATA2 ustawodawca mógł zrezygnować z wdrożenia pewnych wyłączeń ujętych w tym przepisie bez naruszania minimalnego standardu dyrektywy.

Niemniej w przypadku przyjęcia konstrukcji hybrydowego instrumentu finansowego jako instrumentu odmiennie kwalifikowanego dla celów podatkowych nie jest jednoznaczne, czy polski ustawodawca chciał skorzystać z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 3 dyrektywy ATA/ATA2. Wynika to w szczególności z tego, że art. 16n ust. 1 pkt 2 u.p.o.d.p. rozpatrywany łącznie z art. 16p ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.o.d.p. nie jest jasny i zawiera nieprecyzyjne twierdzenia wymagające dalszej wykładni – np. kwalifikacja do celów podatkowych lub różnice w charakterze. Dodatkowo w samym uzasadnieniu ustawy implementującej przepisy antyhybrydowe nie przedstawiono intencji rozszerzenia ich zakresu.

Ponadto szerokie rozumienie różnic w kwalifikacji do celów podatkowych danego instrumentu mogłoby zbyt dalece odbiec od celów dyrektywy ATA/ATA2, które są ukierunkowane na zwalczanie struktur wykorzystujących odmienności w kwalifikacji prawnej danego instrumentu finansowego lub podmiotu²⁶. W tym względzie należy przytoczyć poglądy prezentowane w orzecznictwie sądów administracyjnych mówiące, że organy podatkowe oraz sądy administracyjne powinny interpretować prawo krajowe w sposób przyjazny prawu unijnemu (wykładnia pronounijna)²⁷. Taki rodzaj wykładni jest potwierdzony w doktrynie europejskiej oraz orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS). W tym zakresie można powołać się

²⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 26.03.2019 r., II FSK 1176/17, LEX nr 2692333.

²⁶ Preambuła do dyrektywy ATA/ATA 2, pkt 13.

²⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 26.11.2019 r., I SA/Lu 341/19, LEX nr 3014215.

na przykład z orzecznictwa ETS²⁸, stanowiący, że przepis krajowy, który powstał w wyniku ostatecznie zharmonizowanej dziedziny regulacji należy oceniać w kontekście działań harmonizacyjnych. Dodatkowo w doktrynie niemieckiej wskazuje się, że w razie wątpliwości przepis prawa krajowego należy interpretować zgodnie z prawem unijnym²⁹.

Powyższe prowadzi do wniosku, że w ramach interpretacji art. 16n ust. 1 pkt 2 oraz art. 16p ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.o.d.p. można argumentować, że wskazane przepisy ustanawiają stosowanie wdrożonych mechanizmów (skutkujące odmówieniem możliwości skorzystania z prawa do rozpoznania określonych kategorii kosztów podatkowych) w przypadku, gdy do powstania rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych dochodzi, gdy rozbieżności te wynikają z odmiennej kwalifikacji prawnej do celów podatkowych danego instrumentu finansowego (skutkującej powstaniem odliczenia bez opodatkowania).

Niemniej obecnie, ze względu na brak praktyki w zakresie stosowania przepisów antyhybrydowych w Polsce, nie jest przesądzone, jaką linię interpretacyjną przyjmą organy podatkowe oraz sądy administracyjne.

8. Praktyczny przykład rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych dotyczących instrumentu finansowego

Przykładem analizowanych rozbieżności mogą być płatności wynikające z instrumentu finansowego, który jest odmiennie kwalifikowany w państwie płatnika oraz w państwie odbiorcy, np. gdy w państwie płatnika instrument jest uznawany za instrument dłużny (uprawniający do rozpoznania kosztu w związku z taką płatnością), a w państwie odbiorcy – jako instrument kapitałowy (z którego dochód podlega zwolnieniu).

Takim instrumentem będzie na przykład pożyczka z udziałem w zyskach (*profit participation loan*) stanowiąca szczególną formę finansowania. W przeciwieństwie do tradycyjnych pożyczek, pożyczki z udziałem w zyskach obejmują odsetki, które są (częściowo) powiązane z wynikami pożyczkobiorcy. W ramach takiego instrumentu dłużnik jest zazwyczaj uprawniony do odliczenia płatności jako odsetek (np. w Niemczech)³⁰. Przy czym pożyczkodawca, w ramach innych jurysdykcji, może

²⁸ Wyrok ETS z 8.03.2017 r., C-14/16, *Société Euro Park Service* przeciwko *Ministre des Finances et des Comptes publics*, EU:C:2017:177.

²⁹ C. Kahlenberg, *Seminar D: Hybrid instruments and entities*, „ISr” 2019, s. 639.

³⁰ C. Kahlenberg, *Germany – The Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments*, „European Taxation” 2015, t. 55, s. 266.

potraktować otrzymywane płatności jako zwrot z kapitału³¹. Ma to miejsce w szczególności w sytuacjach, w których przedmiotowa pożyczka uprawnia wierzyciela do udziału w podziale majątku likwidacyjnego dłużnika³² lub pożyczkodawca ponosi dodatkowe ryzyko związane z działalnością operacyjną pożyczkobiorcy (kiedy istnienie obowiązku spłaty pożyczki jest zależne w dużej mierze od powodzenia lub niepowodzenia jego działalności)³³.

Analogiczną konstrukcją, traktowaną jako hybrydowy instrument finansowy, mogą być obligacje z udziałem w zyskach (*profit sharing bonds*). Przykładem w tym zakresie są niemieckie *Gewinnobligationen*³⁴.

Innym instrumentem, który może skutkować powstaniem rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych, są umarzalne akcje uprzywilejowane (*redeemable preference shares*). Tego typu konstrukcja ma podwójną naturę i łączy pewne cechy instrumentu dłużnego oraz instrumentu o charakterze udziałowym³⁵. Podobne cechy mogą mieć również akcje nieme (*non-voting shares*)³⁶.

9. Importowana rozbieżność

9.1. Konstrukcja importowanej rozbieżności w polskich przepisach

W ramach polskich przepisów ustawodawca przyjął w art. 16q u.o.p.d.p. (stanowiącym implementację art. 9 ust. 3 dyrektywy ATA/ATA2), że podatnik nie jest uprawniony do zaliczenia w koszty uzyskania przychodów wydatków służących pośrednio lub bezpośrednio finansowaniu rozbieżności hybrydowych (tzw. importowana rozbieżność).

³¹ J. Bundgaard, *Cross-Border Tax Arbitrage Using Inbound Hybrid Financial Instruments Curbed in Denmark by Unilateral Reclassification of Debt into Equity*, „Bulletin for International Taxation” 2008, t. 62, s. 39.

³² C. Kahlenberg, A. Kopec, *Hybrid Mismatch Arrangements – A Myth or a Problem That Still Exists?: An analysis of the tax treatment of financial instruments in EU Member States, and the disclosure of actual political responses to aggressive tax planning by the OECD and the European Union*, „World Tax Journal” 2016, t. 8, s. 45.

³³ H. Pijl, *Interest from Hybrid Debts in Tax Treaties*, „Bulletin for International Taxation” 2011, t. 65, s. 486.

³⁴ B. Michel, *Austria v. Germany (Case C-648/15): The ECJ and Its New Tax Treaty Arbitration Hat*, „European Taxation” 2018, t. 58, s. 5.

³⁵ R. Tomazela Santos, *The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations*, „Bulletin for International Taxation” 2018, t. 72, s. 517.

³⁶ J. Bundgaard, *Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 2*, „European Taxation” 2010, t. 50, s. 492.

Wyjątkiem jest sytuacja, gdy jedno z państw, których dotyczy rozbieżność, zastosuje przepisy antyhybrydowe (równoważne do tych, które są uwzględnione w polskich przepisach), lub takie przepisy zostaną zastosowane przez inną jurysdykcję, objętą serią transakcji, które finalnie prowadzą do finansowania takiej rozbieżności. W opisywanym stanie faktycznym nie dojdzie do zastosowania polskich przepisów.

Taka konstrukcja dotycząca wyłączenia stosowania przepisów antyhybrydowych jest zgodna ze sformułowaniami przepisu dotyczącego importowanej rozbieżności, który został zawarty w dyrektywie ATA/ATA2 (tj. art. 9 ust. 3 dyrektywy ATA/ATA2).

Na gruncie przepisów wprowadzonych w innych jurysdykcjach wskazuje się, że importowane rozbieżności można rozumieć jako sytuacje, w których wynik rozbieżności dotyczących państw trzecich jest przenoszony pod jurysdykcję państwa członkowskiego poprzez zastosowanie instrumentu niehybrydowego. Prowadzi to do możliwości odliczenia płatności w państwie członkowskim w ramach instrumentu niehybrydowego, który jest wykorzystywany do finansowania wydatków związanych z rozbieżnością w kwalifikacji struktur hybrydowych poza Unią³⁷.

Niemniej w zakresie przepisów dotyczących importowanej rozbieżności należy zwrócić uwagę na dwie kwestie. Pierwsza z nich to fakt, że na podstawie tych przepisów odmawia się zaliczenia w koszty uzyskania przychodów wydatków, które nawet pośrednio służą finansowaniu rozbieżności hybrydowych w innych państwach (w ramach serii transakcji). Skutkiem takiej konstrukcji, aby móc ocenić, czy dany koszt podatkowy jest możliwy do rozpoznania, konieczne będzie poznanie przez podatnika struktury transakcji prowadzonych przez odbiorcę dokonywanych przez niego płatności³⁸.

Jako że przepisy nie określają „głębokości” pośredniego finansowania rozbieżności, podatnik powinien znać zasady wszystkich płatności wykonywanych w ramach serii transakcji, w której dochodzi do przepływu środków służących finalnie do wykorzystania efektów konstrukcji hybrydowych (jeżeli wykorzystane środki pierwotnie pochodziły z płatności przeprowadzonej przez polski podmiot).

Natomiast drugą kwestią będzie konieczność weryfikacji, czy dla danej konstrukcji, mogącej skutkować powstaniem rozbieżności, inne jurysdykcje zastosowały środki równoważne do polskich mechanizmów, mające na celu neutralizację negatywnych efektów struktur hybrydowych. Może to okazać się trudnym zadaniem z uwagi na fakt, że w innych państwach zakres przepisów antyhybrydowych może różnić się od polskich rozwiązań (tj. nie zawsze przepisy w innych jurysdykcjach

³⁷ E. Lebas, *Recent Amendments to EU, Luxembourg and US Tax Laws, and Their Implications for US Holding and Financing Branch Structures*, „Bulletin for International Taxation” 2019, t. 73, Journal Articles & Papers IBFD/elektronicznie.

³⁸ K. Dziadosz, M. Kondej, *op. cit.*, s. 47.

będą równorzędne do wprowadzonych w Polsce mechanizmów, w szczególności w zakresie opcjonalnych wyłączeń z art. 9 ust. 4 dyrektywy ATA/ATA2, które nie zostały uwzględnione w polskiej implementacji).

9.2. Praktyczny przykład importowanej rozbieżności

Brazylijska konstrukcja odsetek od udziału kapitałowego netto (*interest on net equity*) może stanowić przykład hybrydowego instrumentu funkcjonującego w ramach jurysdykcji państw trzecich.

Gdy na bazie takiego instrumentu spółka brazylijska dokonuje płatności zagranicznych, w Brazylii płatności te mogą zostać zakwalifikowane jako płatności odsetkowe i w rezultacie podlegać odliczeniu. Natomiast w państwie odbiorcy płatności te mogą zostać uznane za zyski z udziału kapitałowego i tym samym zostać zwolnione z opodatkowania, np. na zasadzie zwolnienia partycypacyjnego (*participation exemption*)³⁹. Przykładem jurysdykcji w ten sposób kwalifikującej zyski z *interest on net equity* była Hiszpania, gdzie przedmiotowe płatności kwalifikowano jako dywidendę⁴⁰.

W przypadku gdyby polska spółka dokonywała płatności odsetkowych do brazylijskiego podmiotu, a następnie te płatności byłyby wykorzystywane w celu dokonywania wypłat na podstawie *interest on net equity* do spółki hiszpańskiej, mogłoby dojść do zastosowania polskich przepisów antyhybrydowych. W efekcie polski podmiot nie byłby uprawniony do rozpoznania kosztów uzyskania przychodów.

10. Wnioski

Problemy dotyczące rozumienia hybrydowego instrumentu finansowego w polskich przepisach mogą mieć dwojakie konsekwencje. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że może dojść do niepewności w zakresie interpretacji, kiedy ma miejsce powstanie rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych wynikającej z hybrydowego instrumentu finansowego. Wydaje się, że w tym przypadku istnieją argumenty za wąskim rozumieniem, ograniczającym występowanie rozbieżności do stanów faktycznych, gdzie brak opodatkowania instrumentu podyktowany jest charakterem prawnym danego świadczenia – np. jako świadczenie

³⁹ R. Tomazela Santos, *The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations*, „Bulletin for International Taxation” 2018, t. 72, nr 8, s. 515.

⁴⁰ M. Laguna, *Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain*, „Intertax” 2016, s. 452.

o charakterze dłużnym lub udziałowym (co wynika z dyrektywy ATA/ATA2 oraz poglądów wyrażonych przez doktrynę europejską, które mogą stanowić wskazówki interpretacyjne).

Niemniej literalne brzmienie polskich przepisów może prowadzić do odmiennych wniosków, że sformułowanie „różnice w kwalifikacji podatkowej” rozszerza zakres stosowania mechanizmów antyhybrydowych również na instrumenty, które są opodatkowane według odmiennych zasad w dwóch różnych jurysdykcjach (i nie spełniają kryterium różnej kwalifikacji prawnej). Jednak takie rozumienie analizowanych przepisów może być sprzeczne z celami dyrektywy, a sama konstrukcja wprowadzonych mechanizmów oraz wyrażone intencje polskiego ustawodawcy nie wskazują na zamiar ich rozszerzenia, takie rozszerzenie zaś nie mieściłoby się w zakresie art. 3 dyrektywy ATA/ATA2.

Powyższe rozumienie rozszerzające zakres stosowania przepisów antyhybrydowych (jeśli zostanie zaadaptowane przez organy podatkowe) będzie prowadziło do trudności związanych ze stosowaniem mechanizmów w zakresie importowanej rozbieżności, ponieważ wspomniane przepisy w odniesieniu do rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych dotyczących instrumentów finansowych różnią się od norm ujętych w ramach dyrektywy ATA/ATA2. Dodatkowo, biorąc pod uwagę brak wprowadzenia wyłączeń z art. 9 ust. 4 dyrektywy ATA/ATA2 oraz przyjęcie w art. 16n ust. 1 pkt 2 u.d.p.o.d.p. terminu „świadczenie” w miejsce „płatności”, skutkować może brakiem stosowania lokalnych mechanizmów z innych państw członkowskich w stosunku do płatności uznawanych w Polsce za dokonane w ramach konstrukcji hybrydowych.

Doprowadzi to do zaburzenia celowości dyrektywy ATA/ATA2, która z założenia miała odnosić się do importowania efektów hybrydowych z państw trzecich⁴¹. Taki wniosek wynika z faktu, że na bazie zaimplementowanych przepisów i ich odmienności wobec norm unijnych może dojść do zastosowania polskich mechanizmów w stosunku do finansowania struktur istniejących wyłącznie w państwach członkowskich.

Streszczenie

W Polsce od 2021 r. zaczęły obowiązywać przepisy mające na celu przeciwdziałanie skutkom rozbieżności hybrydowych. Przepisy te stanowią implementację dyrektywy ATA/ATA2. W niniejszym artykule zwrócono uwagę na różnice pomiędzy polskimi i unijnymi mechanizmami w zakresie rozumienia rozbieżności wynikającej z hybrydowego instrumentu finansowego. Różnice te wynikają m.in. z wprowadzonego sformułowania „różnice

⁴¹ T. Balco, *ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive*, „European Taxation” 2017, t. 57, s. 127.

w kwalifikacji podatkowej”, którego nie ma we wspomnianej dyrektywie. Taka konstrukcja może prowadzić do niepewności interpretacyjnej, w jakich przypadkach na gruncie polskich regulacji dojdzie do stosowania przepisów antyhybrydowych. Może to mieć także skutki w obszarze stosowania regulacji dotyczących importowanych rozbieżności, rozszerzając je na sytuacje finansowania rozbieżności istniejących tylko w ramach państw członkowskich Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: dyrektywa ATA/ATA2, rozbieżności hybrydowe, instrument finansowy, hybrydowy instrument finansowy, importowana rozbieżność

Polish construction of mismatches based on financial instrument and its impact on application of rules concerning imported mismatches

Abstract

In Poland, from 2021, regulations aimed at counteracting the effects of hybrid mismatches come into force. These provisions are considered as implementation of ATA/ATA2 directive. Nevertheless, this article highlights the differences between Polish and EU mechanisms – in terms of understanding the mismatches, resulting from a hybrid financial instrument. The difference in question results from the wording introduced – differences in qualification for tax purposes, which was not included in the directive itself. Such a construction may lead to interpretation uncertainty – in which cases, on the basis of Polish regulations, the anti-hybrid provisions will be applied. The above may also have consequences in the area of applying the regulations on imported mismatches, extending them to situations of financing mismatches existing only within the Member States of the European Union.

Key words: ATA/ATA2 directive, hybrid mismatches, financial instrument, hybrid financial instrument, imported mismatch

