

MARCIN JAMROŻY

ZARZĄDZANIE PODATKAMI W PROCESIE INKORPORACJI TRANSGRANICZNEJ

WSTĘP

Koncepcja zarządzania zmianą (ang. *change management*) odnosi się do wszelkich zaplanowanych wdrażanych i kontrolowanych zmian w strukturach, procesach i (o ile to możliwe) kulturze systemu socjoekonomicznego. Zarządzanie zmianą zajmuje się m.in. problemami organizacji, zarządzania personelem, kierowania przedsiębiorstwem, jak również komunikacją i informacją¹.

Istotą procesów restrukturyzacyjnych przedsiębiorców jest najczęściej dostosowanie do zmian zachodzących w ich otoczeniu zewnętrznym w celu zwiększenia efektywności organizacji. Z jednej strony procesy restrukturyzacyjne mogą być „narzędziem” użytym do dalszego umocnienia pozycji przedsiębiorcy na rynku regionalnym albo globalnym, a z drugiej – mogą być traktowane jako forma przeciwdziałania marginalizacji na rynku. Wzrost wewnętrzny (endogeniczny) przedsiębiorstwa odbywa się w ramach dotychczasowej jego struktury, w tym w nowo utworzonych jednostkach organizacyjnych o różnym charakterze (np. w oddziałach). Polega on na rozbudowie potencjału przedsiębiorstwa, tworzeniu nowych zdolności produkcyjnych, przerobowych, usługowych i innych dzięki inwestycjom rzeczowym². Natomiast wzrost zewnętrzny (egzogeniczny) przedsiębiorstwa jest alternatywą dla wzrostu wewnętrznego i bazuje przede wszystkim na różnego rodzaju współdziałaniu z innymi jednostkami gospodarczymi – o charakterze luźnym (kooperacje, konsorcja itp.) lub ścisłym (powiązania kapitałowe). Strategia wzrostu zewnętrznego przedsiębiorstwa

¹ Zob. N. Thom, R. Zaugg, *Konzeptionen und neuere Tendenzen der Personal- und Organisationsentwicklung*, [w:] *Handbuch Personal-Management. Zukunftsorientierte Personalarbeit*, red. J. Berthel, H. Groenewald, Landsberg/Lech 1995, s. 4 i n.

² Zob. W. Frąckowiak, M. Lewandowski, *Istota i motywy fuzji i przejęć*, [w:] *Fuzje i przejęcia*, red. W. Frąckowiak, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2009, s. 19.

jest najczęściej źródłem procesów restrukturyzacyjnych, w tym w szczególności połączeń przedsiębiorców. Przeprowadzenie zmian w przedsiębiorstwie w ramach wzrostu wewnętrznego bądź zewnętrznego determinowane jest przede wszystkim cechami sektora działania przedsiębiorstwa, skłonnością firmy do wzrostu zewnętrznego, względami taktycznymi czy rynkową dostępnością do środków produkcji. Przykładowo bardzo silne bariery wejścia pod względem technologicznym, prawnym, koncesyjnym czy też kompetencyjnym łatwo zniwelować, wykorzystując wzrost egzogeniczny w formie przejęcia. Im trudniej na rynku o pozyskanie czynnika ludzkiego do organizacji, nowych technologii itp., tym bardziej przedsiębiorstwo skłania się do wykorzystania wzrostu zewnętrznego³.

Wybór wzrostu zewnętrznego lub wewnętrznego może być uwarunkowany cyklem życia przedsiębiorstwa. W dwóch pierwszych fazach cyklu życia przedsiębiorstwa, czyli powstania i wzrostu, charakteryzujących się systematycznym wzrostem sprzedaży oraz rentowności, kadra kierownicza nastawiona jest na wzrost wewnętrzny. Dopiero w fazie trzeciej – dojrzałości oraz czwartej – schyłkowej wzrost egzogeniczny jest stawiany na pierwszym planie. Przedsiębiorstwo staje się wtedy zwykle czynnym uczestnikiem na rynku przejęć, wykorzystując własne nadwyżki finansowe, doświadczenie kadry oraz wypracowany potencjał intelektualny i produkcyjny⁴.

Często wykorzystywaną formą reorganizacji jest połączenie. Wiąże się ono z fundamentalnymi zmianami w wielu obszarach działalności jednostki. Ze zmianami organizacyjnymi struktury, w tym w wyniku połączeń, wiążą się też aspekty podatkowe. Połączenia, będące procesem interdyscyplinarnym, wymagają odpowiedniego ujęcia w księgach rachunkowych i ewidencjach podatkowych, a także właściwego rozliczenia podatkowego spółek uczestniczących w restrukturyzacji oraz ich udziałowców. Wzrost znaczenia przedsiębiorstw wielonarodowych w gospodarce światowej przyczynia się do powstawania złożonych problemów natury podatkowej.

Udział podatków w kosztach działalności każdego przedsiębiorstwa jest zwykle znaczący, ważne jest więc efektywne nimi zarządzanie, czyli podejmowanie przez podatnika zgodnych z prawem działań dla zapewnienia określonego celu, najczęściej:

- minimalizacji obciążenia podatkowego (w wielkościach absolutnych),
- odsuwania w czasie momentu zapłaty podatku,

³ Zob. P. Szczepankowski, *Fuzje i przejęcia*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000, s. 22 i n.

⁴ Zob. *ibidem*, s. 24.

- ograniczenia ryzyka podatkowego przy zakładanym poziomie obciążenia podatkowego⁵.

Planowanie podatkowe, aby było skuteczne, powinno odbywać się przed zrealizowaniem transakcji, zwykle w oparciu na założeniach i planach przyjętych przez menedżerów lub właścicieli. Wpływ na wysokość obciążeń podatkowych mają w szczególności:

- prawa wyboru, świadomie przyznane przez ustawodawcę, np. wybór jednej z dopuszczonych metod amortyzacji środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych,
- swobody uznaniowe, np. przy ustalaniu wielkości narzutu kosztów pośrednich przy ustalaniu kosztu wytworzenia środka trwałego,
- kształtowanie stanu faktycznego związanego z wyborem różnych wariantów postępowania prowadzących do osiągnięcia tego samego celu gospodarczego⁶.

Celem artykułu jest analiza skutków podatkowych połączenia przez inkorporację w świetle wewnętrznych krajowych oraz międzynarodowych regulacji podatkowych, a następnie wskazanie „potencjału” optymalizacyjnego. Planowanie podatkowe może być skuteczne tylko pod warunkiem, że jest oparte na gruntownej znajomości przepisów podatkowych. Nie stanowią optymalizacji bezprawne próby uchylania się od płacenia podatków. Analiza zostanie dokonana z perspektywy przedsiębiorcy będącego spółką kapitałową mającego siedzibę lub zarząd na terytorium Polski, przy czym w procesie połączenia uczestniczy – jako spółka przejmująca – przedsiębiorca będący rezydentem innego państwa należącego do Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

PODSTAWY PRAWNE

Regulacje dotyczące zasad opodatkowania transakcji restrukturyzacyjnych spółek z siedzibą w różnych państwach członkowskich Unii Europejskiej wynikają z Dyrektywy Rady 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby spółki europejskiej (SE) lub spółdzielni europejskiej (SCE)

⁵ Zob. J. Szlęzak-Matusiewicz, *Zarządzanie podatkami*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2008, s. 20.

⁶ Zob. S. Kudert, M. Jamroży, *Optymalizacja opodatkowania dochodów przedsiębiorców*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego⁷. Za niezbędne uznano zapewnienie reguł podatkowych, neutralnych z punktu widzenia konkurencji oraz przeciwdziałających dyskryminacyjnemu traktowaniu transakcji restrukturyzacyjnych dotyczących różnych państw członkowskich, w porównaniu ze zbliżonymi transakcjami odnoszącymi się do spółek tylko jednego państwa członkowskiego.

Połączenie transgraniczne jest postacią korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Powyższe znalazło potwierdzenie m.in. w wyroku z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie *Sevic Systems AG*⁸, w którym Trybunał Sprawiedliwości WE uznał, że postanowienia traktatowe dotyczące swobody przedsiębiorczości stoją na przeszkodzie temu, aby w państwie członkowskim odmawiano co do zasady wpisu do krajowego rejestru handlowego połączenia przez rozwiązanie spółki bez przeprowadzenia likwidacji i przeniesienie całego jej majątku na inną spółkę, gdy jedna z tych spółek ma siedzibę w innym państwie członkowskim, podczas gdy po spełnieniu pewnych warunków wpis taki jest możliwy, jeżeli obydwie spółki biorące udział w połączeniu mają siedziby w pierwszym państwie członkowskim.

Na gruncie uregulowań unijnych połączenie przez inkorporację stanowi proces, w wyniku którego jedna lub kilka spółek w chwili rozwiązania bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego przenosi wszystkie swoje aktywa i pasywa na inną istniejącą spółkę (spółkę przejmującą), w zamian za wydanie wspólnikom spółki lub spółek przejmowanych papierów wartościowych, udziałów lub akcji spółki przejmującej oraz, jeżeli ma to zastosowanie, wypłatę gotówkową nieprzekraczającą 10% wartości nominalnej lub – w braku wartości nominalnej – księgowej wartości tych papierów wartościowych, udziałów lub akcji⁹.

Regulacje unijne odnoszące się do zasad przeprowadzania transakcji łączenia zawiera Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych. Do polskiego kodeksu spółek handlowych¹⁰ przepisy umożliwiające przeprowadzenie transgranicznej fuzji pomiędzy polskimi spółkami kapitałowymi (komandytowo-akcyjnymi) i spółkami z Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 516¹-516¹⁹ ksh) wprowadziła implementacja ww. Dyrektywy¹¹. Reżim łą-

⁷ Dz.Urz. UE L 310 z 25.11.2009; dalej: Dyrektywa dot. restrukturyzacji. Dyrektywa ta zastąpiła Dyrektywę 90/434/EEC z dnia 23 lipca 1990 r. oraz z Dyrektywę 2005/19/WE z dnia 17 lutego 2005 r. (stanowiącą nowelizację Dyrektywy 90/434/EEC).

⁸ C-411/03.

⁹ Zob. art. 2 ust. 2 pkt b) Dyrektywy 2005/56/WE oraz art. 2 pkt a) (i) Dyrektywy 2009/133/WE.

¹⁰ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, DzU z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 ze zm.; dalej ksh.

¹¹ Ustawa z dnia 25 kwietnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych, DzU z 2008 r., Nr 86, poz. 524.

czenia z udziałem spółek zagranicznych opiera się na regulacjach obowiązujących dla połączeń krajowych (art. 498–516 ksh), przy uwzględnieniu regulacji specyficznych. Spośród unormowań szczególnych, znajdujących zastosowanie w przypadku połączeń transgranicznych i stanowiących *lex specialis* w stosunku do uregulowań zawartych w art. 498–516 ksh, można wymienić w szczególności poszerzenie zakresu planu połączenia transgranicznego (art. 516³ ksh) oraz sprawozdania uzasadniającego takie połączenie (art. 516⁵ ksh), możliwość odstąpienia od badania planu połączenia przez biegłego w razie wyrażenia zgody przez wszystkich wspólników łączących się spółek (art. 516⁶ § 3 ksh), specyficzny reżim ochrony prawnej wierzycieli polskiej spółki uczestniczącej w transgranicznym połączeniu w przypadku, gdy spółką przejmującą lub nowo związaną jest spółka zagraniczna (art. 516¹⁰ ksh), wyłączenie możliwości po dniu połączenia uchylenia albo stwierdzenia nieważności uchwały o połączeniu transgranicznym (art. 516¹⁷ ksh), możliwość wystąpienia do sądu, do którego został wniesiony pozew o uchylenie albo stwierdzenie nieważności uchwały, z wnioskiem o wydanie postanowienia zezwalającego na rejestrację połączenia transgranicznego mimo wniesienia takiego pozwu (art. 516¹⁸ ksh)¹².

OPODATKOWANIE INKORPORACJI

SKUTKI W ZAKRESIE OPODATKOWANIA DOCHODU

Korzyści z implementacji Dyrektywy dot. restrukturyzacji wynikają z neutralności połączeń transgranicznych w zakresie opodatkowania podatkami dochodowymi. Po pierwsze, opodatkowaniu nie podlega różnica między wartością rzeczywistą a wartością przyjętą do celów podatkowych przeniesionych aktywów i pasywów majątkowych spółki przejmowanej. Po drugie, połączenie nie może powodować opodatkowania różnicy między wartością objętych i unicestwionych udziałów u wspólników spółki przejmowanej.

W ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych¹³ wyraźnie wskazano, że neutralność połączenia dotyczy także przypadków, gdy:

- spółka podlegająca w Polsce nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu przejmuje majątek spółek podlegających w państwie członkowskim UE

¹² K. Kohutek, *Komentarz do art. 516¹ Kodeksu spółek handlowych*, [w]: idem, *Komentarz do ustawy z dnia 25 kwietnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych w zakresie zmian do ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*, LEX/el. 2008.

¹³ Zob. art. 10 ust. 5 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, tekst jedn. DzU z 2000 r., Nr 54, poz. 654, dalej upod.

lub w innym państwie należącym do EOG opodatkowaniu od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągania,

- spółka podlegająca w państwie członkowskim UE lub w innym państwie należącym do EOG opodatkowaniu od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągania, przejmując majątek spółki podlegającej w Polsce nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu.

Oznacza to, że dla spółki przejmującej nie stanowi dochodu nadwyżka wartości otrzymanego przez spółkę przejmującą majątku spółki przejmowanej ponad nominalną wartość udziałów (akcji) przyznanych udziałowcom (akcjonariuszom) spółki przejmowanej. Dla zachowania neutralności podatkowej istotna może być ilość udziałów posiadanych przez spółkę przejmującą. Wyjątkowo bowiem w przypadku, gdy spółka przejmująca posiada w kapitale zakładowym spółki przejmowanej udział w wysokości mniejszej niż 10%, powstaje dochód do opodatkowania, który stanowi nadwyżka wartości przejętego majątku odpowiadająca procentowemu udziałowi w kapitale zakładowym spółki przejmowanej nad kosztami uzyskania przychodu (art. 10 ust. 2 pkt 2 updog). Dochód określa się na dzień wykreślenia spółki przejmowanej z rejestru sądowego. Warunkiem przesunięcia w czasie nadwyżek wartości majątku jest kontynuacja wyceny przejętych aktywów i pasywów przez spółkę przejmującą, czyli ujęcie ich w bilansie według wartości podatkowej wynikającej z ewidencji spółki przejmowanej bezpośrednio przed dokonaniem połączenia. Jeżeli ustawodawstwo krajowe daje możliwość wyboru wyceny przejętych aktywów według wartości rynkowej, a podatnik z takiej opcji skorzysta, wtedy wymóg neutralności podatkowej nie ma zastosowania. Zgodnie z art. 16g ust. 9 updog sukcesor prawny jest zobowiązany do kontynuacji wyceny¹⁴.

Z kolei przychodu udziałowca spółki przejmowanej nie stanowi wartość nominalna udziałów (akcji) wydanych przez spółkę przejmującą (art. 12 ust. 4 pkt 12 updog). W przepisach krajowych nie ma w tym zakresie wyraźnego odwołania do połączeń transgranicznych. W przypadku gdy spółka kapitałowa (wspólnik) otrzyma udziały (akcje) w przejmującej spółce zagranicznej, należy przyjąć, iż wykładnia zgodna z celem Dyrektywy dot. restrukturyzacji uzasadnia stosowanie przepisów dotyczących odroczenia opodatkowania także w przypadku transgranicznym. Przepisy polskie nie zawierają też warunku, że opodatkowanie dochodu z późniejszego zbycia objętych udziałów (akcji) następuje w taki sam sposób jak opodatkowanie dochodu ze zbycia unicestwianych udziałów (akcji)¹⁵.

¹⁴ Odpowiednio dotyczy to uwzględnienia dotychczasowej wysokości odpisów amortyzacyjnych oraz stosowanej metody amortyzacji (art. 16h ust. 3 updog).

¹⁵ Szerzej zob. *Podatki bezpośrednie. Prawo polskie a prawo wspólnotowe*, red. H. Litwińczuk, Wydawnictwo Wiedza i Praktyka, Warszawa 2009, s. 116 i n.

Przykład

ALFA spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie przejmuje w drodze inkorporacji spółkę kapitałową BETA będącą rezydentem w Hiszpanii, której jedynym wspólnikiem jest polska spółka akcyjna (GAMMA SA). Spółka przejmująca (ALFA) przydziela GAMMA udziały o wartości nominalnej (odpowiadającej wartości rynkowej) równej 200 000 zł. W związku z inkorporacją dochodzi do unicestwienia udziałów GAMMA posiadanych w spółce przejmowanej (BETA) o wartości 50 000 zł. Gamma objęła je w zamian za wkład pieniężny. Na dzień połączenia przez inkorporację nie powstaje dochód podatkowy dla udziałowca (GAMMA).

W wyniku połączenia przedsiębiorstwo spółki przejmowanej staje się co do zasady zakładem (oddziałem) spółki przejmującej. Zakładem jest stała placówka nieposiadająca podmiotowości prawnej i podatkowej, przez którą wykonywana jest działalność przedsiębiorstwa¹⁶. Jeżeli spółka przejmująca posiada już zagraniczny zakład (np. w formie oddziału) w państwie siedziby spółki przejmowanej, to zwykle na istniejący zakład (oddział) przejdzie majątek spółki przejmowanej.

Zgodnie z art. 6 Dyrektywy dot. restrukturyzacji, jeżeli państwo członkowskie dopuszcza rozliczenie przez spółkę przejmującą strat powstałych w spółce przejmowanej, to prawem takim powinny być objęte także zakłady spółki przejmującej, powstałe w państwie spółki przejmowanej. Polskie prawo podatkowe nie dopuszcza uwzględniania strat przedsiębiorców łączonych lub przejmowanych przy ustalaniu dochodu stanowiącego podstawę opodatkowania (art. 7 ust. 3 pkt 4 updop). Opodatkowanie bezpośrednie należy do kompetencji państw członkowskich, które są jednak zobowiązane wykonywać swoje uprawnienia z poszanowaniem prawa wspólnotowego. Stosując prawo, instytucje wewnętrzne powinny dążyć do zapewnienia efektywności, pierwszeństwa i bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego w stosunku do prawa krajowego oraz dokonywać prowspólnotowej wykładni przepisów krajowych¹⁷. Kwestia transgranicznego pokrywania strat była już wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości WE w kontekście zróżnicowanego traktowania przedsiębiorców krajowych i zagranicznych. Sprzeczne z zasadą swobody przedsiębiorczości jest różnicowanie sytuacji podmiotów, mające wpływ na decyzję, w którym państwie członkowskim przedsiębiorca będzie prowadził działalność¹⁸. Przepisy różnicujące możliwość rozliczenia przez spółkę strat ponoszonych przez zakład tej spółki w zależności od kraju położenia tego zakładu mogą zniechęcać do wy-

¹⁶ Zob. art. 5 ust. 1 Konwencji Modelowej OECD, stanowiącej wzorzec dla zawartych przez Polskę ponad 80 umów o unikaniu podwójnego opodatkowania; dalej KM-OECD. Zob. też art. 4a pkt 11 updop.

¹⁷ Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2008 r., III SA/Wa 263/08.

¹⁸ Zob. wyrok ETS z dnia 28 lutego 2008 r. w sprawie Deutsche Shell, C-293/06.

konywania działalności za pośrednictwem stałego zakładu położonego w innym państwie członkowskim. Taka regulacja stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości¹⁹. W Komunikacie Komisji Rady Parlamentu Europejskiego i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z dnia 19 grudnia 2006 r. – Przepisy podatkowe a straty w sytuacjach transgranicznych²⁰ stwierdzono, że w ramach UE potrzebne są skuteczne systemy umożliwiające odliczanie strat poniesionych za granicą. Ograniczona możliwość odliczania strat poniesionych za granicą jest jedną z najbardziej istotnych przeszkód w transgranicznej działalności przedsiębiorstw i efektywnym funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. Komisja usilnie zachęca te państwa członkowskie, w których nie dopuszcza się do odliczania strat poniesionych przez zakłady w innym państwie członkowskim, do zmian swoich systemów podatkowych w kierunku wspierania swobody przedsiębiorczości gwarantowanej przez Traktat WE.

Warto też nadmienić, że Dyrektywa dot. restrukturyzacji zawiera klauzulę przeciwdziałania nadużyciom, zgodnie z którą państwo członkowskie może odmówić w całości lub częściowo stosowania lub cofnąć korzyści wynikające z Dyrektywy, jeżeli stwierdza, że fuzja ma za zasadniczy cel lub za jeden z zasadniczych celów dokonanie uchylecia się lub uniknięcia opodatkowania. Fakt, że czynności tej nie dokonuje się w uzasadnionych celach gospodarczych, takich jak restrukturyzacja lub racjonalizacja działalności spółek uczestniczących w czynności, może stanowić domniemanie, że zasadniczym celem lub jednym z zasadniczych celów tej czynności jest uchylenie się lub unikanie opodatkowania. Ograniczenie takie znajduje się także w polskiej ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych (art. 10 ust. 4 updop). W wyroku z 20 maja 2010 r. w sprawie *Modehuis A. Zwijnenburg B.V.*²¹ Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż zawarta w Dyrektywie o fuzjach klauzula przeciwdziałania nadużyciom stanowi wyjątek od zasady, że transakcje restrukturyzacji (w tym fuzje) nie powinny pociągać za sobą opodatkowania i nie może być interpretowana rozszerzająco. Celem ustalenia, czy restrukturyzacja zmierza do uchylania się lub unikania opodatkowania, organy państwa członkowskiego nie mogą ograniczyć się do zastosowania z góry przewidzianych ogólnych kryteriów, lecz muszą przeprowadzić całościowe badanie takiej transakcji.

¹⁹ Zob. wyrok ETS z dnia 15 maja 2008 r. w sprawie *Lidl Belgium GmbH Co. KG*, C-414/06.

²⁰ EUR-Lex-52006DC0824-PL.

²¹ C-352/08.

SKUTKI W ZAKRESIE OPODATKOWANIA OBROTU

Przedmiotem podatku od towarów i usług (dalej: VAT), zgodnie z treścią art. 5 ustawy o podatku od towarów i usług²², jest m.in. odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Połączenie nie stanowi ani odpłatnej dostawy towarów ani odpłatnego świadczenia usług, dlatego połączenie przez inkorporację, skutkujące przeniesieniem całego przedsiębiorstwa, pozostaje poza zakresem opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Ponadto przepisów ustawy o VAT¹ nie stosuje się do transakcji zbycia przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa²³. Nie oznacza to jednak, że przeprowadzona restrukturyzacja w formie połączenia nie ma żadnego wpływu na rozliczenie podatku VAT spółek będących stronami transakcji.

W ramach sukcesji podatkowej²⁴ osoba prawna będąca spółką przejmującą obejmuje wszystkie przewidziane w przepisach prawa podatkowego prawa i obowiązki podatkowe spółek kończących swój byt prawny na dzień połączenia (spółki przejmowanej). Brak przepisów wyłączających sukcesję podatkową w przypadku transgranicznego połączenia spółek kapitałowych. Korzystanie z praw przysługujących spółkom kończącym swój byt prawny w wyniku połączenia przysługuje spółce przejmującej od dnia połączenia, o ile w trakcie ich dalszej działalności po transakcji nie wystąpią okoliczności, które warunkują utratę nabytych praw przez poprzednika. Nabyciu praw towarzyszy również przejście wszystkich obowiązków podatkowych dotyczących zobowiązań, od których następcą prawny nie ma możliwości uwolnienia się. W szczególności spółka przejmująca jako sukcesor podatkowy zachowuje prawo do odliczenia podatku naliczonego związanego z zakupami dokonanyymi przez spółkę kończącą swój byt prawny w wyniku połączenia. Stanowisko to znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku WSA w Rzeszowie²⁵, w którym stwierdzono, że spółce przejmującej przysługuje prawo do obniżenia podatku należnego o podatek naliczony wykazany w fakturach VAT wystawionych na spółki przejmowane po dniu połączenia, bez obowiązku korygowania danych nabywcy usługi, towaru. Spółka przejmująca jest uprawniona do otrzymania zwrotu nadwyżki podatku naliczonego nad należnym wnioskowanego przez spółki łączące się lub spółkę przejmowaną. W wyniku inkorporacji na

²² Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (DzU z 2004 r. Nr 54, poz. 553 ze zm.), dalej ustawa o VAT.

²³ Zob. art. 6 pkt 1 ustawy o VAT. Zob. np. interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 19 listopada 2009 r., IPPP3/443-820/09-4/MPe.

²⁴ Zob. art. 93 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. DzU z 2005 r., Nr 8, poz. 60 ze zm.).

²⁵ Wyrok WSA z dnia 10 lutego 2011 r., I SA/Rz 845/10.

spółce przejmującej nie ciąży obowiązek zgłoszenia rejestracyjnego²⁶, jeżeli była ona wcześniej zarejestrowana jako podatnik VAT.

W odniesieniu do połączeń należy wskazać również konsekwencje w zakresie podatku od czynności cywilnoprawnych (dalej PCC)²⁷. Do końca 2008 r. procesy połączeniowe spółek kapitałowych nie były czynnością obojętną z punktu widzenia PCC. Sam proces połączeniowy jako czynność dokonana na podstawie o regulacji ksh nie podlegał opodatkowaniu PCC, ale do czynności podlegających opodatkowaniu zaliczano zmianę umowy spółki, uwzględniającą m.in. podwyższenie kapitału zakładowego spółki przejmującej. W następstwie dostosowania ustawy o PCC do wymogów unijnych zawartych w Dyrektywie Rady nr 2008/7/WE z 12 lutego 2008 r. dotyczącej podatków pośrednich od gromadzonego kapitału²⁸ ustawodawca wyłączył względnie zwolnił z opodatkowania podatkiem PCC umowy spółki i ich zmiany związane z łączeniem spółek kapitałowych²⁹. Oznacza to, że połączenie transgraniczne jest również neutralne pod względem PCC. Potwierdza to m.in. interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 18 stycznia 2011 r.³⁰, który uznał, że proces łączenia jest procesem jednorodnym, choć kilkietapowym, ale pod kątem opodatkowania PCC stanowi jeden proces łączenia spółek, do którego znajduje zastosowanie art. 2 pkt 6 lit. a) ustawy o PCC.

Opodatkowaniu na gruncie ustawy o PCC podlega połączenie spółek osobowych przez zawiązanie spółki kapitałowej lub przejęcie przez spółkę kapitałową spółki osobowej.

PLANOWANIE PODATKOWE INKORPORACJI

Planowanie podatkowe jest częścią planowania strategicznego przedsiębiorstwa. Jego celem może być optymalizacja pod względem podatkowym formy prawnej podatkowej lub struktury prowadzonej działalności, ukierunkowana na obniżenie kosztów podatkowych. Innym celem planowania podatkowego może być minimalizacja ryzyka podatkowego transakcji. W celu zwiększenia efektywności planowania podatkowego należy dokonać prognozy, w szczególności wysokości i rozkładu dochodów oraz kształtowania się taryfy podatkowej w okresie plano-

²⁶ Zob. formularz VAT-R – zgłoszenie rejestracyjne podatnika podatku VAT zamierzającego do wykonywania czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług.

²⁷ Zob. ustawa z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (DzU z 2007 r., Nr 68, poz. 450 ze zm.); dalej ustawa o PCC.

²⁸ Zob. Dyrektywę Rady nr 2008/7/WE z 12 lutego 2008 r., Dz.Urz. UE L 46 z 21 lutego 2008 r.

²⁹ Zob. art. 2 pkt 6, art. 9 pkt 11 ustawy o PCC.

³⁰ IPPB2/436-440/10-2/MZ. Zob. też wyrok WSA w Warszawie z 25 czerwca 2010 r. (SA/Wa 583/10).

wania. Należy zwrócić uwagę, że planowanie podatkowe może prowadzić jedynie do minimalizacji obciążeń podatkowych na dany moment, jednak w ostatecznym rozrachunku spowodować zwiększony poziom obciążenia podatkowego. Dokonywanie optymalizacji w trakcie transakcji jest ograniczone, trzeba uwzględniać zaistniałe okoliczności i czynności. W tym przypadku optymalizacja często sprowadza się wyłącznie do weryfikacji prawidłowości ujęcia poszczególnych zdarzeń dla celów podatkowych bądź uniknięcia następczych błędów.

Planując inkorporację transgraniczną³¹, należy w szczególności wziąć pod uwagę następujące aspekty:

- Rezydencja spółek uczestniczących w połączeniu. Neutralność podatkową warunkuje uczestnictwo spółek, które zgodnie z przepisami podatkowymi państwa członkowskiego są uznawane za posiadające rezydencję podatkową w tym państwie członkowskim oraz, zgodnie z warunkami umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej z krajem trzecim, nie są uznawane za posiadające swoją rezydencję podatkową poza Europejskim Obszarem Gospodarczym.
- Forma prawna spółek uczestniczących w połączeniu. Neutralność podatkową warunkuje uczestnictwo spółek państwa członkowskiego będących podatnikami, w szczególności spółek kapitałowych. Jednak możliwość korzystania z przywilejów wynikających z Dyrektywy dot. restrukturyzacji dotyczy również spółek osobowych traktowanych dla celów podatku dochodowego na równi ze spółkami kapitałowymi. Przyjęty w polskim prawie podatkowym model opodatkowania dochodów z udziału w spółce osobowej (oparty na zasadzie transparencji podatkowej) stanowi tylko jeden z możliwych wariantów do zastosowania. Ustawodawstwa podatkowe takich państw jak przykładowo Bułgaria, Chorwacja, Estonia, Hiszpania, Portugalia, Rosja, Rumunia, Litwa, Ukraina, Węgry przyznają natomiast spółkom osobowym podmiotowość podatkową. Niektóre systemy podatkowe (np. we Francji czy w USA) przyznają prawo wyboru (opcji) sposobu opodatkowania, tj. albo na zasadach obowiązujących spółki kapitałowe albo w oparciu o zasadę „przejrzystości podatkowej”³².
- Wysokość udziałów posiadanych przez spółkę przejmującą w kapitale spółki przejmowanej. Jeżeli udział ten wynosi mniej niż 10%, to zgodnie z polskimi regulacjami powstaje dochód do opodatkowania równy nadwyżce wartości przejętego majątku odpowiadającej procentowemu udziałowi w kapitale zakładowym spółki przejmowanej nad kosztami uzyskania przy-

³¹ Analizy dokonano przede wszystkim z perspektywy przejmowanej spółki kapitałowej będącej rezydentem w Polsce, przy czym w procesie połączenia jako spółka przejmująca uczestniczy spółka będąca rezydentem innego państwa należącego do Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

³² Zob. np. M. Jamróży, *Opodatkowanie spółki osobowej*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 123 i n.

chodu – zwykle odpowiadającym wydatkom na objęcie lub nabycie tych udziałów. Prawo wewnętrzne państwa rezydencji spółki przejmującej może zawierać regulacje korzystniejsze w tym zakresie niż sama Dyrektywa dot. restrukturyzacji.

- Powstanie zakładu zagranicznego. W wyniku połączenia przedsiębiorstwo spółki przejmowanej staje się zwykle zakładem (oddziałem) spółki przejmującej. Opodatkowaniu w państwie położenia zakładu podlegają zyski z przeniesienia własności mienia ruchomego należącego do tego zakładu lub zyski z przeniesienia własności zakładu lub stałej placówki. Jeżeli przyjąć, że przedsiębiorca zagraniczny posiadający nawet zakład w Polsce osiąga zysk z przeniesienia składników majątku ruchomego, które nie należą do tego zakładu, wówczas prawo do opodatkowania tego zysku ma wyłącznie państwo, w którym przedsiębiorca (tu: unijny) ma rezydencję³³. W sytuacji więc gdy majątek przejmowany w wyniku inkorporacji transgranicznej nie stanowiłby majątku zakładu położonego w Polsce, późniejsze zyski ze sprzedaży składników tego majątku zostałyby opodatkowane w państwie rezydencji spółki przejmującej. W takim przypadku ucierpiałby interes fiskalny państwa rezydencji spółki przejmowanej.
- Wycena przejętych składników majątkowych. Zgodnie z aktualnie obowiązującymi regulacjami w Polsce nie jest możliwy tzw. neutralny step-up, mający na celu zwiększenie wartości początkowych składników majątku trwałego przejętych w wyniku inkorporacji. W innych jurysdykcjach podatkowych, np. niemieckiej, możliwy jest wybór wyceny według wartości rynkowej, związany z powstaniem obowiązku podatkowego z tytułu ujawnionych nadwyżek wartości. Ponieważ zakład przedsiębiorcy zagranicznego jest zobowiązany prowadzić oddzielną rachunkowość w języku polskim, zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości³⁴, zapewniającą ustalenie wysokości dochodu, podstawy opodatkowania i należnego podatku³⁵, to dla celów podatkowych w Polsce nie jest możliwe, niezależnie od regulacji w państwie rezydencji spółki przejmującej, przeszacowanie wartości składników majątkowych.
- Rozliczenie strat spółki przejmowanej. Polskie prawo podatkowe nie dopuszcza uwzględniania strat przedsiębiorców przejmowanych przy ustalaniu dochodu stanowiącego podstawę opodatkowania. Oznacza to, że w państwie położenia zakładu mogą być rozliczane w przyszłości jedynie straty poniesione przez spółkę przejmującą działającą poprzez zakład

³³ Zob. w szczególności art. 13 ust. 4 KM-OECD.

³⁴ Ustawa z 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn. DzU z 2002 r., Nr 76, poz. 694 ze zm.), dalej uor.

³⁵ Zob. w szczególności art. 9 ust. 1 updog.

(straty podatkowe zakładu). Jeżeli nie dochodzi do zamknięcia ksiąg spółki przejmowanej³⁶, a w konsekwencji zakończenia roku podatkowego spółki przejmowanej, to spółka przejmująca powinna móc rozliczyć bieżące straty podatkowe (powstałe w trwającym roku podatkowym) spółki przejmowanej³⁷.

- Uzasadnienie biznesowe połączenia. Neutralność podatkowa fuzji może zostać zakwestionowana, jeśli transakcja nie ma uzasadnienia ekonomicznego, a jej głównym (bądź jednym z głównych) celów jest uniknięcie lub uchylene się od opodatkowania. W szczególności przejęcie spółki dochodowej przez spółkę słabszą finansowo wymaga sporządzenia szczegółowego uzasadnienia ekonomicznego, w tym opisanie korzyści biznesowych wynikających z połączonych zasobów majątkowych obydwu spółek. Trzeba też pamiętać, że cel minimalizacji zobowiązań wobec fiskusa powinien być celem pobocznym i nie należy realizować go kosztem niezrealizowania celów głównych firmy.
- Podatki obrotowe. Przeniesienie majątku w ramach inkorporacji transgranicznej nie podlega opodatkowaniu podatkiem od wartości dodanej (VAT). Nie powinno też wystąpić opodatkowanie innym podatkiem od obrotu kapitałowego, takimi jak polski podatek od czynności cywilnoprawnych. Z tych względów, a także z uwagi na sukcesję prawnopodatkową, nie wpływają one w żaden istotny sposób na przedmiotowe decyzje przedsiębiorców.

ZAKOŃCZENIE

W kontekście globalizacji gospodarki krajowej oraz wzrastającej roli przedsiębiorstw wielonarodowych w gospodarce światowej nabierają również znaczenia transgraniczne zdarzenia reorganizacyjne, w tym połączenia. Niezmienny pozostaje obowiązek prawidłowego rozliczenia podatkowego, przy czym połączenia transgraniczne wiążą się z powstaniem złożonych problemów natury podatkowej. Dlatego zarządzanie podatkami w ramach inkorporacji transgranicznej jest jednym z istotnych aspektów w tym procesie. Na podstawie analizy regulacji podatkowych wykazano, że krajowe regulacje podatkowe są zasadniczo neutralne podatkowo dla połączeń spółek kapitałowych będących rezydentami państw należących do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, ponieważ pozwalają na

³⁶ Zob. art. 12 ust. 3 uor.

³⁷ Tak Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji z dnia 12 września 2008 r., IP-PB3-423-901/08-2/ER.

odroczenie opodatkowania dochodów kapitałowych aż do momentu rozporządzenia przeniesionymi składnikami majątkowymi względnie objętymi udziałami (akcjami). Dlatego uwarunkowania podatkowe nie tworzą zasadniczych barier dla przeprowadzania inkorporacji transgranicznej; dotyczy to zarówno podatków od dochodu, jak i od obrotu. Jednocześnie występuje szereg aspektów szczególnych mogących determinować opłacalność podatkową inkorporacji, wskazać tu można problematykę zakładu, wycenę przejętych składników majątkowych, wysokość udziałów (akcji) posiadanych przez spółkę przejmującą, czy możliwość rozliczenia straty podatkowej spółki przejmowanej. Problem warty dalszej dyskusji stanowią też różnice w podejściu bilansowym i podatkowym do procesów połączeniowych.

BIBLIOGRAFIA

- Frąckowiak W., Lewandowski M., *Istota i motywy fuzji i przejęć*, [w:] *Fuzje i przejęcia*, red. W. Frąckowiak, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2009.
- Jamroży M., *Opodatkowanie spółki osobowej*, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Kohutek K., *Komentarz do ustawy z dnia 25 kwietnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych w zakresie zmian do ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*, LEX/el. 2008.
- Kudert S., Jamroży M., *Optymalizacja opodatkowania dochodów przedsiębiorców*, Wolters Kluwer Business, Warszawa 2007.
- Podatki bezpośrednie. Prawo polskie a prawo wspólnotowe*, red. Litwińczuk H., Wydawnictwo Wiedza i Praktyka, Warszawa 2009.
- Skrodzki A., *Skutki podatkowe w zakresie VAT przy połączeniu spółek kapitałowych*, „Monitor Rachunkowości i Finansów” 2004, nr 1.
- Szczepankowski P., *Fuzje i przejęcia*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000.
- Szłęzak-Matusiewicz J., *Zarządzanie podatkami*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2008.
- Thom N., Zaugg R., *Konzeptionen und neuere Tendenzen der Personal- und Organisationsentwicklung*, [w:] *Handbuch Personal-Management. Zukunftsorientierte Personalarbeit*, red. J. Berthel, H. Groenewald, Landsberg/Lech 1995 (19. Nachlieferung).

ORZECZNICTWO

- Wyrok ETS z dnia 13 grudnia 2005 r., C-411/03, sprawa Sevic Systems AG.
- Wyrok ETS z dnia 28 lutego 2008 r., C-293/06, sprawa Deutsche Shell.
- Wyrok ETS z dnia 15 maja 2008 r., C-414/06, sprawa Lidl Belgium GmbH Co. KG.
- Wyrok ETS z dnia 20 maja 2010 r., C-352/08, sprawa Modehuis A. Zwijnenburg B.V.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2008 r., III SA/Wa 263/08.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 czerwca 2010 r., SA/Wa 583/10.
- Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 10 lutego 2011 r., I SA/Rz 845/10.

AKTY PRAWNE

- Dyrektywa Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych Państw Członkowskich, Dz.Urz L 225 z 20.08.1990r.
- Dyrektywa Rady 2005/19/WE z dnia 17 lutego 2005 r. zmieniająca Dyrektywę Rady 90/434/EWG w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych Państw Członkowskich, Dz.Urz. L 58 z 04.03.2005.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych 2005/56/WE z dnia 26 października 2005 r., Dz.Urz. L 310 z 25.11.2005.
- Dyrektywa Rady 2008/7/WE z dnia 12 lutego 2008 r. dotycząca podatków pośrednich od gromadzenia kapitału, Dz.Urz. UE L 46 z 21.02. 2008.
- Dyrektywa Rady 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego, Dz.Urz. L. 310 z 25.11.2009.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, tekst jedn. DzU z 2000 r., Nr 54, poz. 654 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 września 1994r. o rachunkowości, tekst jedn. DzU z 2002r., Nr 76, poz. 694 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, tekst jedn. DzU z 2005 r., Nr 8, poz. 60 ze zm.
- Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych. DzU z 2007 r., Nr 68, poz. 450 ze zm.
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, DzU z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 ze zm.
- Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, DzU z 2004 r., Nr 54, poz. 553 ze zm.
- Ustawa z dnia 25 kwietnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych, DzU z 2008 r., Nr 86, poz. 524

POZOSTAŁE

- Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 12 września 2008r., IP-PB3-423-901/08-2/ER.
- Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 19 listopada 2009r., IPPP3/443-820/09-4/MPe

Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 18 stycznia 2011 r., IPPB2/436-440/10-2/MZ.

Komunikat Komisji Rady Parlamentu Europejskiego i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno – Społecznego z dnia 19 grudnia 2006 r. – Przepisy podatkowe a straty w sytuacjach trans granicznych, EUR-Lex – 52006DC0824 – PL.

OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version, 2010.

TAX MANAGEMENT IN CROSS-BORDER MERGERS

SUMMARY

Tax management is one of the essential aspects of mergers. Mergers of companies that are residents of different Member States are not hampered by disadvantages arising from tax provisions; this applies to income-, capital-, as well as to value added taxation. With respect to mergers, the tax rules are neutral and allow the deferral of the taxation of the capital gains relating to the assets transferred until their actual disposal. When planning a cross-border transaction it is especially necessary to take into consideration the legal form and place of residence of the participating entities, business justification of the transaction, losses of the transferring company and the percentage of a holding in the capital of the company being taken over.