

Małgorzata Magdalena Hybka\*

## MOŻLIWOŚCI ZAPOBIEGANIA AGRESYWNEMU PLANOWANIU FINANSOWEMU

### Wprowadzenie

Zjawisko unikania opodatkowania znane jest zarówno podatnikom jak i organom podatkowym od stuleci. W warunkach wysokich deficytów budżetowych i znacznego zadłużenia niektórych państw OECD ich władze intensyfikują próby ograniczenia jego skali. Z raportów OECD wynika, że duży ubytek dochodów publicznych jest w szczególności następstwem stosowania przez korporacje międzynarodowe wybranych instrumentów planowania podatkowego. W celu opracowania skutecznych metod przeciwdziałania temu ubytkowi państwa członkowskie OECD powołały specjalną platformę wymiany informacji poświęconą tzw. agresywnemu planowaniu podatkowemu (*aggressive tax planning*). W ramach tej platformy do końca 2014 r. zostało zidentyfikowanych około 400 schematów tego planowania. Znaczna część z nich wykorzystuje w celu uniknięcia opodatkowania tzw. struktury hybrydowe (*hybrid mismatch arrangements*). Ich stosowanie przez przedsiębiorstwa międzynarodowe jest bezpośrednim następstwem różnic we wdrożonych w państwach OECD klasyfikacjach określonych podmiotów, transferów aktywów pomiędzy tymi podmiotami i instrumentów finansowych. W rezultacie tych różnic przedsiębiorstwa mogą zaniżyć zobowiązania podatkowe poprzez dwukrotne odliczenie ulg podatkowych z tego samego tytułu lub deklaratywnie wydatku jako koszt uzyskania przychodu w jednym państwie, w sytuacji gdy wydatek ten nie jest kwalifikowany jako dochód w państwie podmiotu uzyskującego z jego tytułu przychody.

Niniejszy artykuł jest poświęcony problematyce agresywnego planowania podatkowego. W treści artykułu wyjaśniono to pojęcie oraz wskazano jego skutki i skalę. Opracowanie przedstawia również wybrane instrumenty i schematy agresywnego planowania podatkowego. W ostatniej części zostały scharakteryzowane środki stosowane przez państwa OECD w celu przeciwdziałania opisywanemu zjawisku.

---

\* Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, Wydział Ekonomii.

## 1. Agresywne planowanie podatkowe – definicja, instrumenty i skala

Agresywne planowanie podatkowe stanowi od kilku lat przedmiot zainteresowania zarówno Unii Europejskiej jak i OECD. Definiuje się je jako wykorzystywanie technicznych aspektów systemu podatkowego lub rozbieżności pomiędzy dwoma lub większą liczbą systemów podatkowych w celu zmniejszenia zobowiązania podatkowego<sup>1</sup>. W opublikowanym przez OECD raporcie poświęconym przerzucaniu dochodów do rajów podatkowych zostały wskazane potencjalne instrumenty agresywnego planowania podatkowego, do których należą<sup>2</sup>:

- zakład przedsiębiorstwa zlokalizowany w jurysdykcji stosującej szkodliwą konkurencję podatkową (*low tax-branch of a foreign company*) – może być on wykorzystany w celu udzielania pożyczek, sprzedaży licencji, patentów lub świadczenia usług na rzecz siedziby przedsiębiorstwa w państwie nakładającym relatywnie wysokie stawki podatkowe. Utworzenie zakładu w rajach podatkowych może być skutecznym instrumentem unikania opodatkowania, gdy w państwie lokalizacji siedziby dochód zakładu jest zwolniony z opodatkowania albo na gruncie krajowego prawa podatkowego, albo na podstawie zawartej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania pomiędzy państwem lokalizacji siedziby i zakładu,
- podmiot hybrydowy (*hybrid entity*) – jest on uznawany na gruncie prawa podatkowego jednego państwa za podatnika podatku dochodowego od osób prawnych, a na gruncie innego za podatnika podatku dochodowego od osób fizycznych,
- finansowy instrument hybrydowy (*hybrid financial instrument*) – łączący cechy zarówno instrumentów udziałowych jak i dłużnych, klasyfikowany z tego względu przez niektóre państwa dla celów podatkowych jako instrument udziałowy, a przez inne – jako dłużny,
- spółka pośrednicząca (*conduit company*) – pozwalająca na obniżenie zobowiązania podatkowego dzięki korzyściom wynikającym z umów o unikaniu opodatkowania, zlokalizowana jest ona w państwie, które zawarło na stosunkowo korzystnych zasadach umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania z państwem, nakładającym relatywnie wysokie stawki podatkowe, a będącym państwem pochodzenia dochodów podatnika, mającego rezydencję dla celów podatkowych w jurysdykcji stosującej szkodliwą konkurencję podatkową,

<sup>1</sup> Zalecenie Komisji z dnia 6 grudnia 2012r. w sprawie agresywnego planowania podatkowego, 2012/772/UE, Komisja Europejska, Bruksela 2012, s. 2.

<sup>2</sup> *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris 2013, s. 40–41.

- instrument pochodny (*derivative*) – może on zostać wykorzystany np. w zastępstwie za wypłatę odsetek (np. kontrakty wymiany płatności odsetkowych) i umożliwić uniknięcie opodatkowania dochodów odsetkowych u źródła; uniknięcie opodatkowania jest możliwe, jeżeli dochody z tytułu tego instrumentu nie są kwalifikowane jako dochody z tytułu odsetek lub są zwolnione z opodatkowania na gruncie prawa krajowego czy umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. W grupie tego typu instrumentów wymieniane są również transfery hybrydowe (*hybrid transfers*) – kwalifikowane w zależności od państwa jako transfer aktywów lub pożyczka pod zastaw aktywów, podmioty posiadające podwójną rezydencję podatkową (*dual residence entities*) – uznawane za rezydenta dla celów podatkowych w dwóch państwach i korzystające z preferencji podatkowych z tego samego tytułu w obydwu krajach oraz zasady rozliczania strat w czasie (*loss relief*) – ryzyko wykorzystywania tego instrumentu w celu unikania opodatkowania jest szczególnie wysokie w wypadku państw, które nie wprowadziły ograniczeń rozliczania straty w sytuacji fuzji i przejęć przedsiębiorstw<sup>3</sup>.

Stosownie do raportu OECD istnieje kilka metod pomiaru skali przerzucania dochodów do państw oferujących preferencyjne zasady opodatkowania<sup>4</sup>. Może być ona mierzona na podstawie danych statystycznych odnoszących się do wartości i struktury bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Przykładowo, biorąc pod uwagę dane za rok 2010 uwzględnione w raporcie, wskazuje się, że skumulowany udział bezpośrednich inwestycji zagranicznych takich rajów podatkowych jak Wyspy Barbados, Bermudy czy Brytyjskie Wyspy Dziewicze w bezpośrednich inwestycjach zagranicznych na świecie był wyższy niż w wypadku Niemiec. Brytyjskie Wyspy Dziewicze były drugim co do wielkości inwestorem w Chinach, Wyspy Bermudy – trzecim co do wielkości inwestorem w Chile, a Mauritius jednym z największych inwestorów w Indiach.

O unikaniu opodatkowania świadczyć mogą w szczególności inwestycje w jednostki specjalnego przeznaczenia realizowane w poszczególnych państwach oferujących przedsiębiorcom preferencyjne zasady opodatkowania. Do jednostek tych zaliczane są przykładowo finansowe spółki zależne, spółki pośredniczące czy spółki holdingowe. Ułatwiają one finansowanie inwestycji przedsiębiorstw międzynarodowych zarówno ze źródeł zewnętrznych jak i wewnętrznych lub też służą takim celom jak sprzedaż lokalna, administracja regionalna albo zarządzanie ryzykiem. Z ogólnej kwoty bezpośrednich inwestycji zagranicznych zrealizowanych w Holandii w 2011 r. w kwocie 3207 mld USD, aż 81,9% stanowiły inwestycje w jednostki

<sup>3</sup> *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, Paris 2012, s. 7; *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing, Paris 2011, s. 30.

<sup>4</sup> *Update Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris 2013, s. 15–16.

specjalnego przeznaczenia. Podobna sytuacja ma miejsce w wypadku Luksemburga. Z kwoty 2129 mld USD inwestycji napływających w 2011 r. do tego państwa, odsetek inwestycji w jednostki specjalnego przeznaczenia wynosił 93,5%. Udział ten dla innych państw europejskich nie przekracza na ogół 50%. Przykładowo, dla Austrii odsetek ten sięgał zaledwie 39,1%.

Skala omawianego zjawiska może być oceniana także z wykorzystaniem efektywnej stopy opodatkowania przedsiębiorstw międzynarodowych prowadzących działalność w różnych jurysdykcjach. W analizach poświęconych zjawisku unikania opodatkowania stopy te są obliczane najczęściej przy zastosowaniu danych historycznych na poziomie przedsiębiorstw lub danych pochodzących z deklaracji podatkowych. Zróżnicowanie tej stopy według państw pochodzenia dochodu amerykańskich przedsiębiorstw zagranicznych przedstawione zostało przykładowo w jednym z raportów GAO (Government Accountability Office)<sup>5</sup>. Autorzy raportu uwzględnili 17 jurysdykcji, w wypadku których udział wskaźnika aktywności gospodarczej (wykorzystującego takie zmienne jak wartość sprzedaży, wartość dodana, wartość aktywów, liczba pracowników, wysokość wynagrodzeń i wysokość dochodu przed opodatkowaniem), obliczonego dla amerykańskich przedsiębiorstw zagranicznych prowadzących działalność w tych jurysdykcjach w wartości tego wskaźnika obliczonego dla wszystkich amerykańskich przedsiębiorstw zagranicznych, jest nie niższy niż 3%. W tej grupie jurysdykcji najniższe efektywne stopy opodatkowania występują na Bermudach, Wyspach Karaibskich, w Irlandii, Singapurze, Szwajcarii i Chinach, najwyższe natomiast – we Włoszech, Japonii, Meksyku, Kanadzie, Brazylii, Niemczech i Francji.

W raporcie określono zależność pomiędzy tymi stopami a udziałem takich zmiennych jak sprzedaż, wartość dodana, wartość aktywów, liczba pracowników, wysokość wynagrodzeń i wysokość dochodu przed opodatkowaniem dla przedsiębiorstw zlokalizowanych w tych jurysdykcjach w odpowiednich wartościach dla wszystkich amerykańskich przedsiębiorstw zagranicznych. Dla wszystkich jurysdykcji o najniższych efektywnych stopach opodatkowania, z wyjątkiem Chin, udział ten w wypadku wysokości dochodu przed opodatkowaniem jest zdecydowanie wyższy niż pozostałych zmiennych. Dla jurysdykcji nakładających wysokie efektywne stopy opodatkowania sytuacja jest odwrotna (wyjątek stanowi jedynie Japonia). Fakt ten może świadczyć o występowaniu zjawiska przerzucania dochodu.

W literaturze przedmiotu prezentowane są zróżnicowane szacunki ubytku dochodów publicznych w następstwie zjawiska unikania opodatkowania przez

<sup>5</sup> *US Multinational Corporations. Effective Tax Rates are Correlated with where Income is Reported*, Government Accountability Office, Washington 2008, s. 21.

przedsiębiorstwa międzynarodowe. Wskazuje się przykładowo, że ubytek ten przekracza kwotę 100 mld USD rocznie<sup>6</sup>. Według szacunków *Joint Committee on Taxation* w rezultacie zjawiska unikania opodatkowania przez amerykańskie przedsiębiorstwa budżet federalny w USA utracił w 2014 r. kwotę 83,4 mld USD. Ponadto przewiduje się, że w latach 2014–2018 kwota ubytku dochodów publicznych w rezultacie zjawiska unikania opodatkowania sięgnie w tym państwie 418 mld USD<sup>7</sup>. Według G. Zucmana przerzucanie dochodów do rajów podatkowych przyczynia się do obniżania dochodów z podatku dochodowego od osób prawnych w USA aż o 20%<sup>8</sup>. Szacunki ubytku dochodów publicznych w następstwie omawianego zjawiska zawiera także publikacja K.A. Clausing<sup>9</sup>. Autorka ocenia ten ubytek na 13,4–29,5% dochodów z podatku dochodowego od osób prawnych, w zależności od zastosowanej metody szacunku.

## 2. Wybrane schematy agresywnego planowania podatkowego

Schematy agresywnego planowania podatkowego są wykorzystywane przez przedsiębiorstwa międzynarodowe zarówno w celu minimalizacji zobowiązania podatkowego w państwie rezydencji podatkowej udziałowca (np. rezydencji podatkowej spółki matki), jak i minimalizacji podatku pobieranego u źródła w państwie lokalizacji spółki córki (np. od dochodów kapitałowych) oraz minimalizacji zobowiązania podatkowego w państwie lokalizacji zależnej spółki operacyjnej poprzez przerzucanie jej dochodu, zawyżanie kwoty wydatków uznawanych za koszt uzyskania przychodu lub kwoty ulg podatkowych.

W celu minimalizacji zobowiązań podatkowych w państwie lokalizacji udziałowca stosowane są najczęściej struktury hybrydowe, w tym w szczególności podmioty hybrydowe i instrumenty hybrydowe. Autorzy zajmujący się problematyką agresywnego planowania podatkowego wskazują na istnienie dwóch grup podmiotów hybrydowych – klasycznych i odwróconych. Pierwsze są podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych w państwie swojej rezydencji podatkowej, w państwie rezydencji

<sup>6</sup> J.G. Gravelle, *Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*, Congressional Research Service, Washington 2015, s. 24.

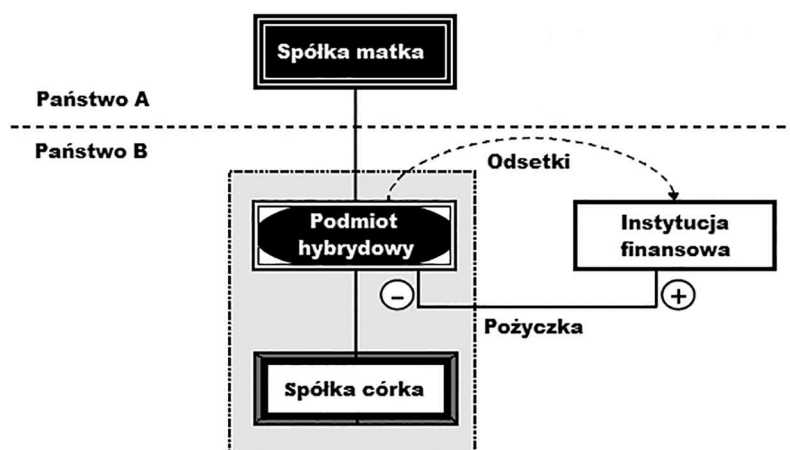
<sup>7</sup> *Estimates of Federal Tax Expenditures for Fiscal Years 2014–2018*, Joint Committee on Taxation, Washington 2014, s. 26.

<sup>8</sup> G. Zucman, *Taxing across Borders: Tracking Personal Wealth and Corporate Profits*, "Journal of Economic Perspectives" 2014, Vol. 28, No. 4, s. 130.

<sup>9</sup> K.A. Clausing, *The Revenue Effects of Multinational Firm Income Shifting*, "Tax Notes" 2011, March, s. 1584.

podatkowej udziałowców traktowane są jako podmiot nieposiadający osobowości prawnej<sup>10</sup>. Drugie – są traktowane jako transparentne podatkowo w państwie ich lokalizacji, a posiadają status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych w państwie rezydencji podatkowej udziałowców. Podmioty hybrydowe wykorzystywane są na ogół w dwóch celach: podwójnego odliczenia danego wydatku jako koszt uzyskania przychodu w państwie lokalizacji podmiotu hybrydowego i państwie lokalizacji przedsiębiorstwa powiązanego oraz odliczenia wydatku jako koszt uzyskania przychodu w państwie lokalizacji podmiotu hybrydowego, jeżeli przychód z jego tytułu nie podlega opodatkowaniu w państwie lokalizacji przedsiębiorstwa go uzyskującego.

**Rysunek 1. Schemat agresywnego planowania podatkowego z wykorzystaniem podmiotu hybrydowego**



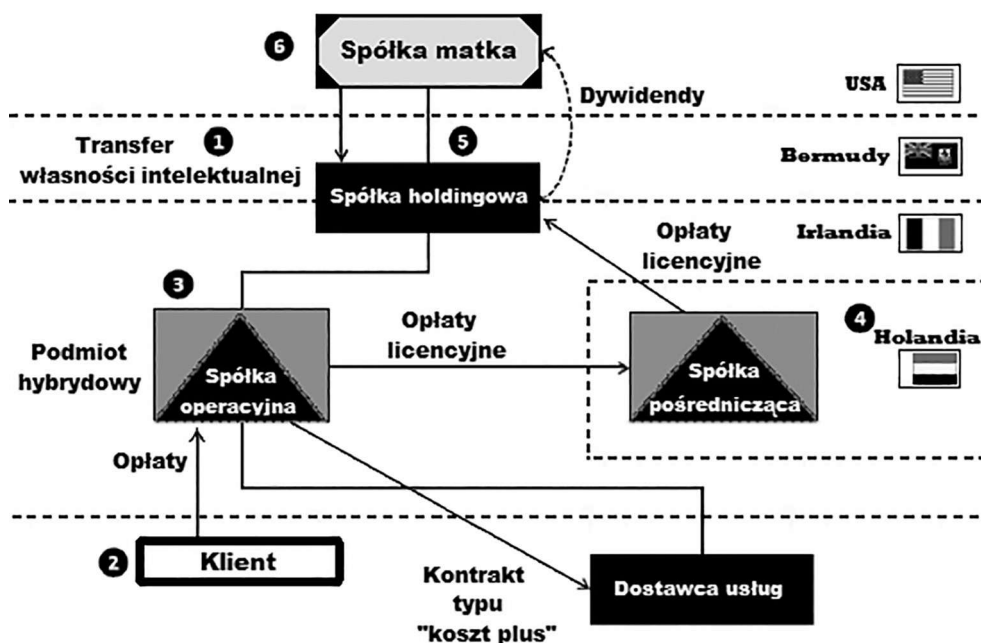
Źródło: *Public Discussion Draft, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Law)*, OECD Publishing, Paris 2014, s. 44.

Pierwsza z tych sytuacji została zaprezentowana na rysunku 1. Na schemacie spółka matka posiada 100% udziałów w podmiocie hybrydowym zlokalizowanym w innym państwie. Klasyczny podmiot hybrydowy zaciąga pożyczkę w instytucji finansowej. Odsetki od tej pożyczki mogą zostać odliczone jako koszt uzyskania przychodu w państwie lokalizacji podmiotu hybrydowego. Jednocześnie uprawnienie do ich odliczenia przysługuje spółce matce, podmiot hybrydowy w państwie jej lokalizacji jest uznawany bowiem za jej zakład niemający osobowości prawnej.

<sup>10</sup> R. Russo, *Fundamentals of International Tax Planning*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam 2007, s. 134.

Schematy agresywnego planowania podatkowego mogą przybierać bardziej skomplikowaną postać i wykorzystywać większą liczbę instrumentów tego planowania. Sytuację tę ilustruje rysunek 2. Schemat ten wykorzystywany był w celu unikania opodatkowania między innymi przez takie przedsiębiorstwa jak: Google, Microsoft, Facebook, Apple. W proceder zaangażowane są dwa przedsiębiorstwa prowadzące działalność (zarejestrowane) na terenie Irlandii – spółka operacyjna i spółka holdingowa oraz spółka matka spółki holdingowej prowadząca działalność w USA i spółka pośrednicząca będąca rezydentem podatkowym Holandii.

Rysunek 2. Schemat agresywnego planowania podatkowego określany mianem „podwójnej irlandzko-holenderskiej kanapki”



Źródło: C. Fuest, Ch. Spengel, K. Finke, J.H. Heckemeyer, H. Nusser, *Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform*, "World Tax Journal" 2013, October, s. 310.

W strukturze następuje rozdział terytorialny sprzedaży na sprzedaż dokonywaną w USA, przynoszącą nieznaczne przychody, i sprzedaż poza granicami kraju, przynoszącą wysokie przychody. Należy także dodać, że stosownie do irlandzkiego prawa podatkowego spółka holdingowa, wchodząca w skład struktury, posiada rezydencję podatkową na Bermudach, jest tam bowiem zlokalizowany jej zarząd. Spółka ta posiada większość udziałów w spółce operacyjnej i spółce pośredniczącej. Według amerykańskiego prawa podatkowego spółka holdingowa, ze względu na miejsce jej

rejestracji w Irlandii, uznawana jest za rezydenta podatkowego tego państwa. Utworzenie takiej struktury wymaga transferu praw własności intelektualnej przez spółkę matkę na rzecz spółki holdingowej. W tym celu spółka holdingowa zawiera umowę o podziale kosztów przewidującą modyfikację i ulepszenie własności intelektualnej, przeniesienie własności intelektualnej nie wiąże się więc z opłatami licencyjnymi. Spółka operacyjna w Irlandii wykorzystuje własność intelektualną, uzyskując wysokie dochody. W wypadku takiej struktury jak utworzona przez Google Inc., spółka ta świadczy usługi reklamowe i pośredniczy w transakcjach z klientami spoza USA. Usługi dostawy produktów czy marketingowe świadczone są przez przedsiębiorstwa określone na rysunku 2 jako dostawcy usług w poszczególnych państwach, z których pochodzą klienci. Przedsiębiorstwa te zawarły ze spółką operacyjną kontrakty typu koszt plus. Ich dochody są więc nieznaczne. Dochody spółki operacyjnej podlegają opodatkowaniu w Irlandii. Są one jednak niewielkie ze względu na uiszczane wysokie opłaty licencyjne. Jednocześnie należy podkreślić, że przepisy w zakresie cen transferowych zostały wprowadzone w Irlandii dopiero w 2010 r. Opłaty licencyjne są opłacane na rzecz spółki pośredniczącej w Holandii, która sublicencjonuje własność intelektualną. Są one zwolnione w Irlandii z opodatkowania na gruncie Dyrektywy Rady 2003/49/WE. Spółka pośrednicząca natomiast uiszcza stosunkowo wysokie opłaty licencyjne na rzecz spółki holdingowej. Opłaty te nie podlegają opodatkowaniu na gruncie holenderskiego prawa podatkowego.

### 3. Instrumenty przeciwdziałania agresywnemu planowaniu podatkowemu

W państwach OECD są stosowane zróżnicowane rozwiązania legislacyjne służące ograniczaniu zjawiska agresywnego planowania podatkowego. Najbardziej rozpowszechnionym i najdokładniej analizowanym w polskiej literaturze z zakresu prawa podatkowego rozwiązaniem tego typu są regulacje w zakresie cen transferowych (*transfer pricing regulations*). Ich celem jest przeciwdziałanie przeliczaniu dochodów pomiędzy podmiotami powiązаныmi. Mają one stosunkowo długą historię. Ich pierwowzorem były regulacje Amerykańskiego Kodeksu Podatkowego (sekcja 45), które weszły w życie w 1928 r.<sup>11</sup>, rozpowszechnione zostały natomiast po opracowaniu przez OECD wytycznych w zakresie cen transferowych w 1979 r. Od tego czasu

<sup>11</sup> *Internal Revenue Code*, <http://www.irs.gov>, dostęp 12.03.2015.



były one wielokrotnie modyfikowane i uzupełniane, w tym ostatnio w 2010 r.<sup>12</sup>. Regulacje odnoszące się do problematyki cen transferowych zawiera również Konwencja Modelowa OECD. W jej treści uwzględniono podstawową zasadę odnoszącą się do cen transferowych, czyli zasadę *arm's length*, której istota polega na zaleceniu wyceny transferu pomiędzy podmiotami powiązаныmi z uwzględnieniem warunków handlowych i finansowych obowiązujących na wolnym rynku<sup>13</sup>.

Mniej popularnym instrumentem zapobiegania zjawisku unikania opodatkowania jest kontrolowana spółka zagraniczna (*controlled foreign corporation*). Jej istota polega na doliczeniu do dochodów udziałowca w państwie jego rezydencji podatkowej oraz objęciu opodatkowaniem dochodów spółki zlokalizowanej w innym państwie. Opodatkowanie to ma miejsce także wtedy, gdy dochód nie podlega wypłaceniu w formie dywidendy. Jej zadaniem jest przeciwdziałanie zjawisku zatrzymywania dochodów w rajach podatkowych. Instytucja kontrolowanej spółki zagranicznej jest na świecie stosunkowo rozpowszechniona. Nadal jednak nie wdrożyły jej takie państwa jak: Belgia, Bułgaria, Chile, Kolumbia, Cypr, Czechy, Ekwador, Gibraltar, Hongkong, Indie, Irlandia, Luksemburg, Malezja, Rumunia, Rosja, Arabia Saudyjska, Singapur, Słowacja, Szwajcaria, Tajwan, Tajlandia, Ukraina czy Wietnam<sup>14</sup>. W poszczególnych państwach, które zastosowały tę instytucję stosowane są odmienne podejścia do konstrukcji kontrolowanej spółki zagranicznej. Różnice pomiędzy nimi dotyczą w szczególności definicji kontroli, kategorii dochodów spółki podlegających opodatkowaniu czy zwolnień podatkowych.

W USA, gdzie instytucja ta została wdrożona w 1962 r., odnosi się ona zarówno do udziałowców posiadających osobowość prawną, jak i osób fizycznych. Stosuje się w tym państwie podejście transakcyjne (*transactional approach*). Polega ono na opodatkowaniu wyłącznie dochodów określonej kategorii, w tym w szczególności dochodów pasywnych. Dochody te zostały enumeratywnie wymienione w dziale F (w sekcji 952) Kodeksu podatkowego. Podobna sytuacja dotyczy Niemiec, które wprowadziły tę instytucję jako pierwsze państwo europejskie w 1972 r. Regulacje w zakresie kontrolowanej spółki zagranicznej odnoszą się zarówno do osób fizycznych jak i prawnych, a opodatkowaniu podlegają wyłącznie określone kategorie dochodów, należące do dochodów niewymienionych enumeratywnie w grupie dochodów zwolnionych z opodatkowania.

<sup>12</sup> OECD *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris 2010, s. 17–375.

<sup>13</sup> P. Wiśniewski, W. Komer, *Ceny transferowe. Analiza regulacji normatywnych, przykłady rozwiązań praktycznych*, Difin, Warszawa 2012, s. 25–26.

<sup>14</sup> *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, Deloitte, London 2014, s. 71.

Alternatywę stanowi podejście podmiotowe (*entity approach*), w wypadku którego instytucja kontrolowanej spółki zagranicznej dotyczy określonych podmiotów, na ogół prowadzących działalność w zdefiniowanym prawem podatkowym zakresie. Przy zastosowaniu przez dane państwo tego podejścia wdrożone regulacje w zakresie kontrolowanej spółki zagranicznej przewidują bardzo często zwolnienie dla podmiotów prowadzących rzeczywistą działalność gospodarczą w państwie ich lokalizacji<sup>15</sup>. Wiele państw opracowało listy rajów podatkowych lub krajów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową i opodatkowało dochody kontrolowanych spółek zagranicznych, w sytuacji gdy spółki te są zlokalizowane w jurysdykcjach wymienionych na liście (*locational approach*)<sup>16</sup>. Inne państwa opodatkowują dochody kontrolowanych spółek zagranicznych wtedy, gdy w państwie lokalizacji spółki na jej dochody nakładana jest efektywna stopa opodatkowania zdecydowanie niższa niż ta, która obciążałaby dochód tej spółki, jeśli byłaby ona rezydentem podatkowym tego samego państwa, co udziałowiec (akcjonariusz).

**Tabela 1. Rok wprowadzenia klauzuli generalnej przeciwdziałającej unikaniu opodatkowania w wybranych państwach**

Państwo	Rok wprowadzenia
Australia	1915
Holandia	1924
Francja	1941
Niemcy	1977
Szwecja	1981
Singapur, Kanada, Brazylia	1988
Irlandia	1989
Włochy	1997
Państwa Afryki Południowej	2006
Chiny, Indonezja	2008
Wielka Brytania	2013

Źródło: GAAR Rising. *Mapping Tax Enforcement's Evolution*, Ernst & Young, <http://www.ey.com>, dostęp 12.03.2015.

W celu przeciwdziałania zjawisku unikania opodatkowania stosowane są także klauzule antyabuzywne, w tym przede wszystkim klauzula generalna (GAAR – General Anti-Avoidance Rules). Pierwszym państwem, które wprowadziło taką klauzulę do swojego prawa podatkowego była Australia (tabela 1). Ze względu na znaczący ubytek

<sup>15</sup> B.J. Arnold, M.J. McIntyre, *International Tax Primer*, Kluwer law International, The Hague 2002, s. 94.

<sup>16</sup> J. Prebble, *The Taxation of Controlled Foreign Corporation*, Institute of Policy Studies, Victoria University, Wellington 1987, s. 28.

dochodów publicznych w następstwie agresywnego planowania podatkowego, we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej, jest zalecane również przez Komisję Europejską wdrożenie tej klauzuli w następującej treści: „Nie uwzględnia się sztucznego uzgodnienia lub szeregu uzgodnień, które przyjęto w zasadniczym celu uniknięcia opodatkowania i które prowadzą do osiągnięcia korzyści podatkowej. Krajowe organy rozpatrują te ustalenia do celów podatkowych poprzez odniesienie się do ich istoty ekonomicznej”<sup>17</sup>. Wprowadzenie ogólnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania do polskiego prawa podatkowego zostało przewidziane także w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw z dnia 29 kwietnia 2013 r.<sup>18</sup>. Należy przy tym dodać, że klauzula ta obowiązywała w Polsce już w 2003 r. Została jednak uchylona, Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 11 maja 2004 r. orzekł bowiem jej niezgodność z przepisami Konstytucji RP.

W grupie instrumentów przeciwdziałania zjawisku unikania opodatkowania wymienia się także przepisy odnoszące się do niedostatecznej kapitalizacji. Niedostateczna kapitalizacja ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorstwo ma niski poziom kapitału własnego w stosunku do zobowiązań. Występująca na gruncie przepisów podatkowych wielu państw możliwość potrącenia od przychodów jako koszt jego uzyskania odsetek od zaciągniętych zobowiązań może skłaniać do wykorzystywania tego rozwiązania w celu przerzucania dochodu do rajów podatkowych. Regulacje dotyczące niedostatecznej kapitalizacji ograniczają prawo do odliczenia odsetek wypłaconych przez spółkę swoim udziałowcom niebędącym rezydentami tego samego państwa, w sytuacji gdy zadłużenie spółki jest nadmierne. W celu określenia, czy zadłużenie jest nadmierne bierze się pod uwagę stosunek zobowiązań spółki do jej kapitału własnego. Na ogół za dopuszczalny próg uznaje się ten stosunek w wysokości 3:1<sup>19</sup>.

## Podsumowanie

Zjawisko nadmiernego wykorzystywania instrumentów planowania podatkowego przez korporacje międzynarodowe w celu obniżania zobowiązań podatkowych spotyka się z krytyką władz państw członkowskich OECD i Unii Europejskiej stosunkowo od niedawna. Należy przy tym dodać, że wiele schematów tzw. agresywnego

<sup>17</sup> Zalecenie Komisji z dnia 6 grudnia 2012 r., op.cit., s. 5.

<sup>18</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw z dnia 29 kwietnia 2013 roku, <http://www.sejm.gov.pl>, dostęp 12.02.2014.

<sup>19</sup> K. Holmes, *Regulacje zapobiegające unikaniu opodatkowania*, w: *Wprowadzenie do międzynarodowego prawa podatkowego*, red. H. Hamaekers et al., LexisNexis, Warszawa 2006, s. 290.

planowania podatkowego stosowanych jest od dziesięcioleci. Dotyczy to w szczególności rozwiązań hybrydowych, wdrażanych powszechnie w celach optymalizacji opodatkowania już w latach 70. XX w. przez spółki z kapitałem amerykańskim.

Podjęcie przez państwa, które nie stosują szkodliwej konkurencji podatkowej, prób ograniczenia skali omawianego zjawiska jest w pełni uzasadnione. Planowanie podatkowe z wykorzystaniem takich struktur jak opisana w artykule podwójna irlandzko-holenderska kanapka przynosi ubytek dochodów publicznych sięgający rocznie w wypadku niektórych państw nawet kwoty kilkudziesięciu miliardów USD. Wdrażane w tym celu środki przez państwa OECD mogą jednak niekiedy budzić wątpliwości. Dotyczą one w szczególności ukształtowania konstrukcji i zdefiniowania okoliczności oraz zakresu zastosowania tych środków. Najbardziej kontrowersyjnym instrumentem są klauzule antyabuzywne, w tym klauzula generalna obejścia prawa podatkowego. Jej aplikacja wymaga wyraźnego zarysowania granicy pomiędzy agresywnym planowaniem podatkowym a akceptowaną przez władze optymalizacją podatkową. Brak spełnienia tego warunku może skutkować pozostawieniem zbyt dużego marginesu interpretacyjnego dla organów podatkowych i prowadzić do łamania zasady równości podatkowej.

## Bibliografia

- Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris 2013.
- Arnold B.J., McIntyre M.J., *International Tax Primer*, Kluwer law International, The Hague 2002.
- Clausing K.A., *The Revenue Effects of Multinational Firm Income Shifting*, "Tax Notes" 2011, March.
- Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing, Paris 2011.
- Dyrektywa Rady 2003/49/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych Państw Członkowskich, Dziennik Urzędowy L 157, 26/06/2003.
- Estimates of Federal Tax Expenditures for Fiscal Years 2014–2018*, Joint Committee on Taxation, Washington 2014.
- Fuest C., Spengel Ch., Finke K., Heckemeyer J.H., Nusser H., *Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform*, "World Tax Journal" 2013, October.
- GAAR Rising. *Mapping Tax Enforcement's Evolution*, Ernst & Young, <http://www.ey.com>, dostęp 12.03.2015.

- Gravelle J.G., *Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*, Congressional Research Service, Washington 2015.
- Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, Deloitte, London 2014.
- Holmes K., *Regulacje zapobiegające unikaniu opodatkowania*, w: *Wprowadzenie do międzynarodowego prawa podatkowego*, red. H. Hamaekers i in., LexisNexis, Warszawa 2006.
- Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, Paris 2012.
- Internal Revenue Code*, <http://www.irs.gov>, dostęp 12.03.2015.
- Prebble J., *The Taxation of Controlled Foreign Corporation*, Institute of Policy Studies, Victoria University, Wellington 1987.
- Projekt ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw z dnia 29 kwietnia 2013 roku, <http://www.sejm.gov.pl>, dostęp 12.02.2014.
- Public Discussion Draft, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Law)*, OECD Publishing, Paris 2014.
- Russo R., *Fundamentals of International Tax Planning*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam 2007.
- Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris 2010.
- Update Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris 2013.
- US Multinational Corporations. Effective Tax Rates are Correlated with where Income is Reported*, Government Accountability Office, Washington 2008.
- Wiśniewski P., Komer W., *Ceny transferowe. Analiza regulacji normatywnych, przykłady rozwiązań praktycznych*, Difin, Warszawa 2012.
- Zalecenie Komisji z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie agresywnego planowania podatkowego, 2012/772/UE, Komisja Europejska, Bruksela.
- Zucman G., *Taxing across Borders: Tracking Personal Wealth and Corporate Profits*, "Journal of Economic Perspective" 2014, Vol. 28, No. 4.

## Aggressive Tax Planning and Possibilities of Prevention

Tax planning strategies are growing more and more sophisticated over time. For many OECD member states, these strategies applied by multinational corporations result in an immense loss of tax revenue. Therefore counteracting aggressive tax planning has become a priority of tax policy for both the OECD and the European Union. The aim of this article is to analyze selected aggressive tax planning schemes. It also presents definition of aggressive tax planning, reviews its instruments and scale. Moreover it indicates and describes the means to combat aggressive tax

planning, such as transfer pricing regulations, institution of controlled foreign corporation, general anti avoidance rules and thin capitalization provisions.

**Keywords:** tax avoidance, tax planning, tax havens

## **La planification fiscale agressive et les possibilités de sa prévention**

Les stratégies de la planification fiscale sont de plus en plus sophistiquées au fil du temps. Pour de nombreux États membres de l'OCDE, ces stratégies appliquées par les sociétés planification fiscale agressive est devenue une priorité de la politique fiscale à la fois pour l'OCDE et l'UE. Le but de cet article est d'analyser les systèmes sélectionnés de la planification fiscale agressive. L'article présente également la définition de la planification fiscale agressive, examine ses instruments et son ampleur. En outre, il indique et décrit les moyens de lutter contre cette planification, tels que la réglementation dans le domaine des prix de transfert, la société étrangère contrôlée, la sous-capitalisation et la clause générale de contourner la loi fiscale.

**Mots-clés:** l'évasion fiscale, la planification fiscale, les paradis fiscaux

## **Агрессивное налоговое планирование и возможности его пресечения**

Стратегии налогового планирования со временем становятся более и более сложными. Применяемые транснациональными корпорациями, приводят к огромным потерям в налоговых доходах многих стран ОЭСР. По этой причине, противодействие агрессивному налоговому планированию стало важным приоритетом налоговой политики как ОЭСР, так и Европейского союза. Основной целью этой статьи является анализ избранных агрессивных схем налогового планирования. Представлены понятие, инструменты и масштаб агрессивного налогового планирования. Кроме того, указаны и описаны инструменты борьбы с агрессивным налоговым планированием, такие как правила трансфертного ценообразования, контролируемая иностранная компания, общие правила против избежания налогов и правила тонкой капитализации.

**Ключевые слова:** уклонение от уплаты налогов, налоговое планирование, налоговые убежища