

Uchwała nr 3/2022

Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania

z 25 marca 2022 r.

w sprawie wniosku Szefa Krajowej Administracji Skarbowej [dalej **Szef KAS**] z (...) października 2021 r. (data wpływu do Rady (...) października 2021 r.) (...) [dalej: **Wniosek**], działającego na podstawie art. 119h § 1 i § 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1540 ze zm.) [dalej: **Ordynacja podatkowa**], o wyrażenie opinii co do zasadności zastosowania art. 119a Ordynacji podatkowej w odniesieniu do zespołu czynności, którego przebieg ustalono w toku postępowania podatkowego w sprawie podatku dochodowego od osób prawnych za 2017 r. prowadzonego wobec S(...) Fundusz Inwestycyjny Zamknięty NIP (...) [dalej: **Strona** lub **Podatnik**], Rada do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania [dalej: **Rada**], działając na podstawie art. 119m w zw. z art. 119s § 2 Ordynacji podatkowej, podjęła następującą uchwałę, wyrażającą opinię w sprawie przedstawionego zagadnienia prawnego, z uwzględnieniem odpowiedzi na skonkretyzowane we Wniosku pytania:

1. opisany we Wniosku zespół czynności określonych jako **Etap 1** spełnia ustawowe kryteria unikania opodatkowania i jednocześnie w przedstawionym stanie faktycznym nie występują przesłanki uniemożliwiające zastosowanie w sprawie art. 119a Ordynacji podatkowej, o których mowa w art. 119b tej ustawy;
2. opisany we Wniosku zespół czynności określonych jako **Etap 2** nie spełnia ustawowych kryteriów unikania opodatkowania.

U Z A S A D N I E N I E

Podjmując uchwałę Rada uwzględniła następujące okoliczności.

I. Stan faktyczny i dotychczasowy przebieg postępowania

1. Zespół czynności, którego dotyczy Wniosek, ustalony został w toku postępowania podatkowego prowadzonego wobec Strony w sprawie określenia wysokości zobowiązania z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych za 2017 r.
2. Pismem z (...) czerwca 2020 r. Naczelnik (...) zwrócił się do Szefa KAS z wnioskiem o przejęcie kontroli celno-skarbowej, prowadzonej wobec Strony w zakresie przestrzegania przepisów prawa podatkowego w podatku dochodowym od osób prawnych za 2017 rok – z uwagi na okoliczność, że w sprawie może być wydana decyzja z zastosowaniem art. 119a Ordynacji podatkowej.
3. Szef KAS postanowieniami z (...) września 2020 r. przejął w całości kontrolę celno-skarbową, zawiesił ww. kontrolę i wszczął wobec Podatnika postępowanie podatkowe w sprawie określenia zobowiązania podatkowego w podatku dochodowym od osób prawnych za 2017 rok. W toku ww. postępowania Szef KAS wystąpił z Wnioskiem
4. Jak wskazał Szef KAS we Wniosku, Strona przeprowadziła szereg czynności dokonanych przy pomocy powiązanych z nią podmiotów. W analizowanej sprawie w opisany we Wniosku zespół czynności zaangażowane były osoby i podmioty kontrolowane przez Panów A.(...) J.(...), J.(...) J.(...) i J.(...) J.(...) [dalej: **Osoby fizyczne**]. Kontrola wynikała m.in. z faktu posiadania udziałów lub akcji w spółkach, pełnienia funkcji zarządczych, działania w charakterze pełnomocnika, prokurenta lub członka rady nadzorczej.

5. Szef KAS podniósł, że w latach 2016-2018 pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez, a następnie także z udziałem podmiotów dokapitalizowanych przez P(...) L.P. z siedzibą na Kajmanach, dokonane zostały chronologicznie następujące działania:
- a. nabycie przez Stronę udziałów w spółce D(...) Sp. z o.o. [dalej: **Spółka z o.o.**],
 - b. zbycie przez Stronę na rzecz Spółki z o.o. akcji L(...) SCSp [dalej: **SCSp**] (komandytariusza spółki operacyjnej J(...) S.A. sp.k. z siedzibą w D(...)) [dalej: **Spółka komandytowa**], uprawnionego do udziału w zysku generowanym przez tę spółkę)
 - c. objęcie przez Stronę obligacji wyemitowanych przez Spółkę z o.o.,
 - d. potrącenie wzajemnych wierzytelności z tytułu sprzedaży akcji i objęcia obligacji,
 - e. sprzedaż przez Stronę udziałów Spółki z o.o. na rzecz J(...) sp. z o.o. sp.k. [dalej: **Holding**]
 - f. zawarcie umowy inwestycyjnej zobowiązującej Z(...) Sp. z o.o. [dalej: **Inwestor**] do przejęcia 1XX% kontroli nad operacyjną Spółką komandytową, co miało nastąpić poprzez nabycie wszystkich udziałów Spółki z o.o.
 - g. nabycie udziałów Spółki z o.o. przez Inwestora, dokapitalizowanie tej spółki oraz zaciągnięcie kredytu bankowego oraz jednoczesna spłata zobowiązań z tytułu obligacji wyemitowanych w 2016 roku przez Spółkę z o.o. na rzecz Strony,
 - h. likwidacja SCSp

- i. połączenie Inwestora (spółka przejmująca) oraz Spółki Sp. z o.o. (spółka przejmowana) i wykreślenie tej ostatniej spółki z KRS.
6. W ocenie Szefa KAS ww. ciąg czynności można podzielić na dwa zasadnicze etapy:
- a. Etap pierwszy [dalej: **Etap 1**], w którym zrealizowane zostały działania wypełniające w swojej początkowej fazie modelowo cechy schematu optymalizacyjnego, opisanego w ostrzeżeniu Ministerstwa Finansów przed optymalizacją podatkową FIZ z wykorzystaniem obligacji nr 001/2017 z 8 maja 2017 r.

Na zespół czynności podlegający ocenie pod kątem możliwości zastosowania art. 119a Ordynacji podatkowej dokonanych w ramach Etapu 1 składają się:

- i. nabycie przez Stronę udziałów w Spółce z o.o.,
 - ii. zbycie na rzecz Spółki z o.o. akcji SCSp,
 - iii. objęcie przez Stronę obligacji wyemitowanych przez Spółkę z o.o.,
 - iv. potrącenie wzajemnych wierzytelności z tytułu sprzedaży akcji i objęcia obligacji.
- b. Etap drugi [dalej: **Etap 2**], w którym w 2017 r. dokonano w istocie nieopodatkowanego przekazania na rzecz Strony wynagrodzenia z tytułu wykupu obligacji, które faktycznie powinno stanowić wynagrodzenie za zbycie udziałów SCSp, kontrolującej Spółkę komandytową.

Na zespół czynności podlegający ocenie pod kątem możliwości zastosowania art. 119a Ordynacji podatkowej dokonanych

w ramach Etapu 2 składają się:

- a. sprzedaż przez Stronę udziałów Spółki z o.o. na rzecz Holdingu
 - b. zawarcie umowy inwestycyjnej zobowiązującej Inwestora do przejęcia 1XX% kontroli nad operacyjną Spółką komandytową, co miało nastąpić poprzez nabycie wszystkich udziałów Spółki z o.o.
 - c. nabycie udziałów Spółki z o.o. przez Inwestora, dokapitalizowanie tej spółki oraz zaciągnięcie kredytu bankowego oraz jednoczesna spłata zobowiązań z tytułu obligacji wyemitowanych w 2016 roku przez Spółkę z o.o. na rzecz Strony,
 - d. likwidacja SCSp
 - e. połączenie Inwestora (spółka przejmująca) oraz Spółki z o.o. (spółka przejmowana) i wykreślenie tej ostatniej spółki z KRS.
7. Odnosząc się do zdarzeń składających się na Etap 1 Szefer KAS uznał, że efektem tych zdarzeń było osiągnięcie korzyści podatkowej polegającej na obniżeniu zobowiązania podatkowego w podatku dochodowym od osób prawnych za rok 2017, poprzez reklasyfikację źródeł dochodów, tj. zmianę z dotychczasowych przychodów z udziału w spółce osobowej, które od 1 stycznia 2017 r. podlegałyby opodatkowaniu na podstawie nowowprowadzanego art. 17 ust. 1 pkt 57 lit. a) ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1888 ze zm.) [dalej: **updop**], na przychody z tytułu odsetek od obligacji, które pozostawały, na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 57 updop, zwolnione przedmiotowo z opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych.

8. Uzyskana w ten sposób korzyść podatkowa była sprzeczna z przedmiotem i celem art. 17 ust. 1 pkt 57 lit. a) updop. Z uwagi na likwidację podmiotowego zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych dla funduszy inwestycyjnych zamkniętych i opodatkowania przychodów (dochodów) z tytułu udziału w spółkach osobowych, dokonanie czynności umożliwiło Funduszowi uniknięcie opodatkowania zysków pochodzących z SCSp, a wygenerowanych przez Spółkę komandytową.
9. Szef KAS stwierdził, że zidentyfikowany zespół czynności został dokonany przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, zastosowany sposób działania miał przy tym sztuczny charakter, a ww. korzyść podatkowa była sprzeczna z przedmiotem i celem przepisów ustawy podatkowej.
10. Zgodnie z Wnioskiem, zdaniem Szefa KAS jako czynność odpowiednią należy przyjąć brak działania Strony, a więc określenie podstawy opodatkowania według stanu sprzed zmiany ww. struktury holdingowej.
11. Odnosząc się do zespołu czynności składających się na Etap 2 Szef KAS wskazał, że ich efektem było przekazanie na rzecz Strony środków pieniężnych z tytułu wykupu obligacji oraz uregulowanie części należności z tego tytułu w drodze potrącenia, co spowodowało brak opodatkowania uzyskanego przychodu przez Podatnika. Zdaniem Szefa KAS środki te stanowiły w istocie wynagrodzenie za zbycie udziałów w SCSp (a pośrednio za przekazanie kontroli nad Spółką komandytową), co powinno podlegać opodatkowaniu na mocy art. 17 ust. 1 pkt 57 lit. f) updop.
12. Składając Wniosek Szef KAS zwrócił się do Rady o wyrażenie opinii w przedmiocie zasadności zastosowania w sprawie art. 119a Ordynacji podatkowej, tj. udzielenie odpowiedzi na pytania:

- a. Czy zespół czynności – przeprowadzony od (...) do (...) grudnia 2016 r. – w zidentyfikowanym stanie faktycznym pozwalał na wygenerowanie korzyści podatkowej, o której mowa w Ostrzeżeniu?
 - b. Czy fakt wyłączenia przez Spółkę z o.o. odsetek z kosztów uzyskania przychodu ma wpływ na ustalenie osiągnięcia korzyści podatkowej przez Stronę w związku z powstaniem po stronie Podatnika dochodu z tytułu płatności tych odsetek, zwolnionego na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 57 lit. a) updop ?
 - c. Czy po stronie Podatnika otrzymanie kwoty w łącznej wysokości 1XX mln (stanowiącej sumę wartości nominalnej obligacji wyemitowanych przez Spółkę z o.o. i objętych przez Stronę w związku z zakupem (...)-(...) grudnia 2016 r. przez Spółkę z o.o. SCSp) częściowo rozliczonej (1X XXX XXX zł), a częściowo otrzymanej (1XX XXX XXX zł) od Spółkę z o.o. tytułem wykupu certyfikatów inwestycyjnych na podstawie umów z (...) i (...) września 2017 r. stanowi przychód (dochód) z tytułu zbycia udziałów w SCSp na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 57 lit. f) updop w związku z realizacją opisanego zespołu czynności?
13. Strona, odnosząc się do Wniosku wskazała, że – w jej ocenie – brak jest podstaw do zastosowania ogólnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania, gdyż nie zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 119a Ordynacji podatkowej, tj.:
- a. Strona nie osiągnęła korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem art. 17 ust. 1 pkt 57 lit a) updop, jako że przepis ten nie miał nigdy zastosowania do jej rozliczeń podatkowych. W okresie posiadania przez Podatnika akcji SCSp do jego rozliczeń miało zastosowanie zwolnienie podmiotowe,

a zatem Strona nigdy nie znalazła się w sytuacji skutkującej powstaniem po jej stronie obowiązku podatkowego z tytułu osiągnięcia dochodów z udziału w SCSp;

- b. Strona nie osiągnęła korzyści podatkowej, gdyż nie miała miejsce sytuacja obniżenia podstawy opodatkowania, o której mowa w Ostrzeżeniu, tj. obniżenie podstawy opodatkowania o kwotę wypłaconych odsetek od obligacji. Ponieważ emitent obligacji,, tj. Spółka z o.o., nie zaliczył do kosztów uzyskania przychodów odsetek od tych obligacji i nie uzyskał korzyści. Ponieważ korzyść podatkowa może być tylko jedna, na co wskazuje art. 199j Ordynacji podatkowej. Skoro, zgodnie z Ostrzeżeniem, korzyścią miał być brak opodatkowania odsetek od obligacji wypłacanych funduszom inwestycyjnym zamkniętym, przy jednoczesnym zaliczaniu równowartości tych odsetek do kosztów uzyskania przychodów, to wyłączenie odsetek od obligacji jako kosztu podatkowego skutkuje brakiem korzyści z danej czynności;
- c. przeprowadzone przez Stronę czynności nie były warunkowane uzyskaniem korzyści podatkowej, a celem jej działania było wyłącznie osiągnięcie celów gospodarczych w postaci nabycia bardziej rentownego, płynnego i korzystniejszego wycenianego instrumentu dłużnego;
- d. czynności Podatnika były ponadto motywowane wolą wyeliminowania wcześniej niekalkulowanego i powstałego nagle ryzyka błędu w rozliczeniu podatkowym w charakterze podatnika rozliczającego dochód spółki transparentnej podatkowo, na które to ryzyka wskazywała Komisja Nadzoru Finansowego w opinii do druku nr 969 Sejmu VIII Kadencji. Strona uzyskała zatem korzyści gospodarcze, ekonomiczne, prawne i regulacyjne;

- e. Inwestor, który nabył od strony udziały w Spółce z o.o. nie był w żaden sposób powiązany z Osobami fizycznymi oraz Stroną;
 - f. gdyby jednak Rada uznała, że w niniejszej sprawie może być zastosowana klauzula ogólna przeciwko unikaniu opodatkowania to należałoby przyjąć, że czynnością odpowiednią nie był brak jakiegokolwiek działania lecz objęcie przez Stronę (...) i (...) grudnia 2016 r. udziałów w Spółce z o.o. w zamian za wkład niepieniężny w postaci akcji SCSp.
14. Rada, pismami z (...) stycznia 2022 r., zwróciła się do Strony i Szefa KAS o wyjaśnienie wątpliwości, które powzięła przy zapoznawaniu się z aktami sprawy.
15. Pismami z (...) i (...) lutego 2022 r. Szef KAS i Strona udzielili odpowiedzi na ww. wezwania.
16. Po ich uzyskaniu, Rada ponownie zwróciła się do Podatnika z wezwaniem do wyjaśnienia kolejnych wątpliwości. Podatnik udzielił odpowiedzi pismem z (...) marca 2022 r.

II. Stan prawny

17. Przepisy klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania, tj. Dział IIIa Ordynacji podatkowej, zostały dodane na podstawie przepisów Ustawy zmieniającej.
18. Wniosek dotyczy Etapu 1, tj. zespołu czynności, które podejmowane były przez Stronę w okresie od (...) do (...) grudnia 2016 r. oraz Etapu 2, który składał się z czynności dokonanych w roku 2017.
19. Z początkiem 2019 roku zmianie uległy przepisy klauzuli

przeciwko unikaniu opodatkowania.¹ Biorąc pod uwagę przepisy przejściowe², niniejsza opinia Rady [dalej: **Opinia**] bazuje na przepisach Ordynacji podatkowej w brzmieniu obowiązującym do końca 2018 roku.

20. Zgodnie z art. 119a Ordynacji podatkowej:

§ 1. Czynność dokonana przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej, nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli sposób działania był sztuczny (unikanie opodatkowania).

§ 2. W sytuacji określonej w § 1 skutki podatkowe czynności określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki mógłby zaistnieć, gdyby dokonano czynności odpowiedniej.

§ 3. Za odpowiednią uznaje się czynność, której podmiot mógłby w danych okolicznościach dokonać, jeżeli działałby rozsądnie i kierował się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej.

§ 4. Jeżeli w toku postępowania strona wskaże czynność odpowiednią, skutki podatkowe określa się na podstawie takiego

¹ Zmiany wprowadzono ustawą z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2193).

² Zgodnie z art. 35 ustawy z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2193): Przepisy art. 3 pkt 18 i art. 119a–119d ustawy zmienianej w art. 3 [tzn. Ordynacji podatkowej – wtrącenie autora], w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, mają zastosowanie do korzyści podatkowej uzyskanej po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy, a w przypadku podatków, które są rozliczane okresowo uzyskanej w okresach rozliczeniowych rozpoczynających się w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy albo po tym dniu.

stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby dokonano tej czynności.

§ 5. Przepisy § 2–4 nie mają zastosowania, jeżeli okoliczności wskazują, że osiągnięcie korzyści podatkowej było jedynym celem dokonania czynności, o której mowa w § 1. W takiej sytuacji skutki podatkowe określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby czynności nie dokonano.

21. Zgodnie z art. 119c § 1 Ordynacji podatkowej: *Sposób działania uznaje się za sztuczny, jeżeli na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że nie zostałyby zastosowane przez podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej.*

22. Zgodnie z treścią art. 119d Ordynacji podatkowej: *Czynność uznaje się za podjętą przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, gdy pozostałe cele ekonomiczne lub gospodarcze czynności, wskazane przez podatnika, należy uznać za mało istotne.*

23. Przepis art. 119e Ordynacji podatkowej wskazywał, że: *Korzyścią podatkową w rozumieniu przepisów niniejszego działu jest:*

1) niepowstanie zobowiązania podatkowego, odsunięcie w czasie powstania zobowiązania podatkowego lub obniżenie jego wysokości albo powstanie lub zawyżenie straty podatkowej;

2) powstanie nadpłaty lub prawa do zwrotu podatku albo podwyższenie kwoty nadpłaty lub zwrotu podatku.

24. Przepis art. 119f § 1 Ordynacji podatkowej stanowił, że: *W rozumieniu niniejszego działu czynność oznacza także zespół*

powiązanych ze sobą czynności, dokonanych przez te same bądź różne podmioty.

25. W art. 7 Ustawy zmieniającej wskazano, że: *Przepisy art. 119a–119f ustawy zmienianej w art. 1 [tj. Ordynacji podatkowej – wtrącenie autora] mają zastosowanie do korzyści podatkowej uzyskanej po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy.*
26. Wprowadzone na mocy Ustawy zmieniającej przepisy art. 119a–119f Ordynacji podatkowej zaczęły obowiązywać 15 lipca 2016 r.³

III. Uzasadnienie faktyczne i prawne opinii

27. Odpowiadając na Wniosek Szefa KAS, Rada uznała, że streszczone w części I. niniejszej Opinii zespoły czynności składających się na Etap 1 spełniają ustawowe kryteria unikania opodatkowania i jednocześnie w przedstawionym stanie faktycznym nie występują przesłanki uniemożliwiające zastosowanie w sprawie art. 119a Ordynacji podatkowej, o których mowa w art. 119b tej ustawy, zaś zespół czynności składających się na Etap 2 nie spełnia ustawowych kryteriów unikania opodatkowania.
28. Jak wynika z art. 119a § 1 Ordynacji podatkowej, zastosowanie klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania jest możliwe wówczas, jeżeli zostaną spełnione łącznie następujące przesłanki:
- a. osiągnięcie korzyści podatkowej,

³ Zgodnie z art. 9 ustawy zmieniającej zmiany w prawie wprowadzone tą ustawą zaczęły, co do zasady, obowiązywać po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia. Ustawa nowelizująca została zaś ogłoszona 14 czerwca 2016 r. (zob. <http://www.dziennikustaw.gov.pl/du/2016/846/1>).

- b. działanie przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej,
- c. sztuczność sposobu działania,
- d. sprzeczność osiągniętej korzyści podatkowej z celem i przedmiotem przepisu ustawy podatkowej.

ETAP 1

Czynność / zespół czynności

- 29. Przed przystąpieniem do oceny możliwości zastosowania art. 119a w niniejszej sprawie niezbędne jest ustalenie jaka czynność potencjalnie miała na celu uniknięcie opodatkowania. Pamiętać przy tym należy, że zgodnie z art. 119f Ordynacji podatkowej przez czynność, której oceny należy dokonać pod kątem możliwości zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania, rozumie się także zespół powiązanych ze sobą czynności, dokonanych przez te same bądź różne podmioty.
- 30. Rada stoi na stanowisku, że Szef KAS w sposób prawidłowy ustalił w niniejszej sprawie czynności, których dokonanie przez Podatnika miało na celu uniknięcie opodatkowania.
- 31. Tym samym, na zespół czynności w ramach Etapu 1 składają się:
 - i. nabycie przez Stronę udziałów w Spółce z o.o.,
 - ii. zbycie na rzecz Spółki z o.o. akcji SCSp,
 - iii. objęcie przez Stronę obligacji wyemitowanych przez

Spółkę z o.o.,

- iv. potrącenie wzajemnych wierzytelności z tytułu sprzedaży akcji i objęcia obligacji.

Korzyść podatkowa

32. Odnosząc się do **przesłanki korzyści podatkowej** zauważyć należy, że zgodnie z art. 119e Ordynacji podatkowej korzyścią podatkową jest między innymi niepowstanie zobowiązania podatkowego.
33. Radzie znane są poglądy przedstawicieli praktyki prawa podatkowego, zgodnie z którymi korzyść podatkowa – będąca skutkiem podatkowym działań podatnika – nie może być rozumiana w ten sposób, że w wyniku działania podatnika nie znajdują zastosowania inne przepisy prawa, tj. przepisy przewidujące większy ciężar podatkowy⁴.
34. Rada nie podziela jednak tego poglądu. W ocenie Rady, korzyść podatkowa może być rozumiana jako niezastosowanie danego przepisu prawa podatkowego. Istotą unikania opodatkowania jest bowiem takie ukształtowanie działań podatnika, aby skutki podatkowe powstały wskutek zastosowania przepisu innego niż ten, który w danych okolicznościach powinien być zastosowany. Innymi słowy, korzyść podatkowa powstaje wskutek działania podatnika, którego efektem może być zarówno zastosowanie przepisu przewidującego korzystne opodatkowanie, jak i niezastosowanie przepisów nakładających na podatnika wyższe ciężary podatkowe.

⁴ A. Ladziński, *Korzyść podatkowa w rozumieniu przepisów o GAAR – analiza problemu na przykładzie opinii Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania*, PP 2022, nr 2, s. 15-25.

35. W niniejszej sprawie, zdaniem Rady, mamy do czynienia z niepowstaniem zobowiązania podatkowego, a więc wystąpieniem korzyści podatkowej.
36. Jak wspomniano powyżej, do końca 2016 r. Strona była, na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 10 updop zwolniona podmiotowo z opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych. W tym bowiem okresie zwolnieniu z podatku podlegały fundusze inwestycyjne działające na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (Dz.U. z 2014 r. poz. 157, ze zm.) [dalej: **ustawa o funduszach inwestycyjnych**].
37. Sytuacja podatkowa funduszy inwestycyjnych uległa zmianie od 1 stycznia 2017 r. na skutek nowelizacji updop, która wspomniane powyżej zwolnienie podmiotowe ograniczyła wyłącznie do funduszy inwestycyjnych otwartych oraz specjalistycznych funduszy inwestycyjnych otwartych, utworzonych na podstawie ustawy o funduszach inwestycyjnych, z wyłączeniem specjalistycznych funduszy inwestycyjnych otwartych stosujących zasady i ograniczenia inwestycyjne określone dla funduszy inwestycyjnych zamkniętych.
38. Jednocześnie, do updop wprowadzona została regulacja art. 17 ust. 1 pkt 57, zgodnie z którym wolne od podatku są dochody (przychody) funduszy inwestycyjnych zamkniętych lub specjalistycznych funduszy inwestycyjnych otwartych stosujących zasady i ograniczenia inwestycyjne określone dla funduszy inwestycyjnych zamkniętych, utworzonych na podstawie ustawy o funduszach inwestycyjnych, z wyłączeniem m.in. dochodów (przychodów) z udziału w spółkach niemających osobowości prawnej lub jednostkach organizacyjnych niemających osobowości

prawnej, mających siedzibę lub zarząd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub w innym państwie, jeżeli zgodnie z przepisami ustawy lub prawa podatkowego państwa, w którym te spółki lub jednostki organizacyjne mają siedzibę lub zarząd, podmioty te nie są traktowane jak osoby prawne i nie podlegają w tym państwie opodatkowaniu od całości swoich dochodów bez względu na miejsce ich osiągnięcia.

39. Tym samym, gdyby nie doszło zbycia akcji SCSp Podatnik, począwszy od (...) stycznia 2017 r., byłby zobowiązany do rozpoznania dochodów z udziału w tej spółce jako podlegających opodatkowaniu updop.
40. W konsekwencji Rada uznała, że poprzez zespół czynności, składających się na Etap 1, Podatnik osiągnął korzyść podatkową w postaci niepowstania zobowiązania podatkowego.
41. Odnosząc się do argumentu Strony, iż w niniejszej sprawie nie może być mowy o powstaniu korzyści podatkowej, gdyż Spółka z o.o. nie uznała odsetek od obligacji za koszt podatkowy, Rada zwraca uwagę, iż korzyść podatkowa, o której mowa w przepisach Ordynacji podatkowej dotyczy tego konkretnego podmiotu, którego prawidłowość rozliczenia podatkowego jest przedmiotem weryfikacji przez Szefa KAS.
42. Korzyść podatkowa odnosi się bowiem do danego zobowiązania podatkowego, które – jak wynika z art. 5 Ordynacji podatkowej – jest wynikającym z obowiązku podatkowego zobowiązaniem podatnika do zapłacenia na rzecz Skarbu Państwa podatku w wysokości, w terminie oraz w miejscu określonych w przepisach prawa podatkowego. Korzyść podatkową należy zatem ocenić przez pryzmat podatnika, który potencjalnie ją osiągnął, a nie

wszystkich stron transakcji. Określenie wysokości zobowiązania podatkowego w postępowaniu dotyczącym unikania opodatkowania nie różni się bowiem w swej istocie od każdej innej decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego, wydawanej na podstawie art. 21 § 3 Ordynacji podatkowej. Szef KAS, uznając, że w danej sprawie podatnik w złożonej deklaracji wykazał wysokość zobowiązania podatkowego w nieprawidłowej wysokości, określa je przy zastosowaniu reguł wynikających z art. 119a i nast. Ordynacji podatkowej. Tak jak przy określaniu „zwykłego” zobowiązania podatkowego definitywne uzyskanie środków finansowych jest uznawane za przychód niezależnie od tego, czy strona wydatkująca te środki zaliczyła ten wydatek do kosztów uzyskania przychodów, tak uznanie, że podatnik uzyskał korzyść podatkową nie jest uzależnione od konsekwencji podatkowych dla innych stron transakcji.

Działanie przede wszystkim w celu uzyskania korzyści podatkowej

43. Przystępując do analizy **przesłanki działania w celu osiągnięcia korzyści podatkowej** wskazać należy na uregulowania zawarte w art. 119d Ordynacji podatkowej. Zgodnie z tym przepisem czynność uznaje się za podjętą przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, gdy pozostałe cele ekonomiczne lub gospodarcze czynności, wskazane przez podatnika, należy uznać za mało istotne. Analiza tego przepisu wskazuje wyraźnie, że istotne jest określenie celu podjęcia czynności, czyli pewnego sposobu postępowania, który oceniany jest z perspektywy możliwości zastosowania art. 119a Ordynacji podatkowej.
44. Przy ocenie, czy czynność została dokonana przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, decydujące znaczenie będzie miała zatem okoliczność, czy ta korzyść podatkowa

znacznie przeważała nad wskazanymi przez Podatnika innymi korzyściami ekonomicznymi lub gospodarczymi, czy przeważała w takim stopniu, że pozostałe cele należało uznać za mało istotne.

45. W efekcie, analizując przesłankę działania w celu osiągnięcia korzyści podatkowej uwagę należy skupić na konkretnych czynnościach podjętych przez podmiot, którego działania są oceniane i dokonać zestawienia (porównania) ewentualnych deklarowanych przez podatnika ekonomicznych lub gospodarczych celów podjętych czynności z korzyścią podatkową osiągniętą przez tego podatnika. W sytuacji, w której w wyniku takiego zestawienia okaże się, że wskazywane przez podatnika cele są mało istotne w porównaniu z osiągniętą korzyścią podatkową, możliwe jest uznanie, iż przesłanka działania w celu osiągnięcia korzyści podatkowej została spełniona.
46. Rada podtrzymuje również swoje uwagi o tym, że art. 119d Ordynacji podatkowej nie powinien być odczytywany jako przepis uniemożliwiający zastosowanie klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania w sytuacji, w której podatnik wskaże na cele, jakie chciał osiągnąć decydując się na rozpoczęcie konkretnych czynności. Taki sposób odczytywania normy art. 119d Ordynacji podatkowej oznaczałby bowiem możliwość zastosowania art. 119a Ordynacji podatkowej jedynie w przypadku tych sytuacji, w których jedynym celem podatnika była chęć osiągnięcia korzyści podatkowych. Jak jednak wyraźnie wskazuje art. 119a § 5 Ordynacji podatkowej w takiej sytuacji Szef KAS stosując klauzulę przeciwko unikaniu opodatkowania nie jest zobowiązany do poszukiwania czynności odpowiedniej i określania na jej podstawie skutków podatkowych, ale przyjmuje skutki podatkowe na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby czynności w ogóle nie dokonano.

47. Powyższe wskazuje więc wyraźnie, że podane przez podatnika cele ekonomiczne lub gospodarcze powinny być odnoszone do kwestionowanych przez Szefa KAS czynności (zespołu czynności). Nie powinny to być więc cele, które możliwe byłyby również do osiągnięcia, gdyby podatnik od początku dokonał czynności odpowiedniej.
48. W dotychczasowym toku postępowania Strona wskazywała na brak przesłanek do uznania, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z unikaniem opodatkowania, gdyż podjęte przez nią czynności nie były dokonane przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej. Podatnik wskazał bowiem, że w toku prowadzonej przez niego działalności konieczne było:
- a. usystematyzowanie i uporządkowanie zarządzania przedsiębiorstwami biznesowymi i aktywami finansowymi,
 - b. skupienie decyzyjności w jednym podmiocie, który by kontrolował różne działalności,
 - c. oddanie w ręce specjalistów decyzyjności w zakresie planowanych inwestycji,
 - d. zapewnienie sukcesji rodzinnej,
 - e. zmniejszenie ryzyka operacyjnego funduszu oraz osób zarządzających funduszem z tytułu odpowiedzialności, począwszy od 1 stycznia 2017 r., za prawidłowość rozliczeń podatkowych oraz zapłatę podatku z tytułu udziału w zysku SCSp,
 - f. ekspansja zagraniczna,

- g. poprawa płynności Strony związanej ze zmianą akcji na obligacje, uzyskanie możliwości czerpania stałych dochodów z tych obligacji, zapewnienie stałego zysku w postaci odsetek od obligacji, posiadanie bardziej zdywersyfikowanych aktywów, możliwość pozyskania inwestora, który te obligacje by wykupił.
49. Strona nie przedstawiła jednak wiarygodnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, co świadczy o tym, że jej działanie było podyktowane przede wszystkim chęcią uniknięcia opodatkowania.
50. Przekonywujące jest stanowisko Szefa KAS, że strategiczne decyzje w zakresie istotnych transakcji, polegających na przeniesieniu kontroli nad Spółką komandytową na podmioty trzecie. To Osoby fizyczne kształtowały w latach 2016 i 2017 portfel aktywów inwestycyjnych Funduszu. Miały one bowiem – na podstawie udzielonych im pełnomocnictw – uprawnienie do zawarcia, zmian, rozwiązania lub odstąpienia od umów, porozumień i oświadczeń woli, negocjowania warunków i podpisywania umów na warunkach i według uznania pełnomocnika. Ich uprawnienia były zatem szerokie. Wprawdzie Osoby fizyczne w złożonych zeznaniach wskazały, że decyzje inwestycyjne były podejmowane przez zarządzające Stroną Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych, ale biorąc pod uwagę charakter funduszu zamkniętego, zawiązane dla celów konkretnych osób fizycznych, można przypuszczać, że rola osób zarządzających TFI sprowadzała się w istocie to formalnego weryfikowania wskazanych przez Osoby fizyczne inwestycji.
51. Co więcej, w odniesieniu do transakcji pomiędzy Spółką z o.o. a Stroną, to jedna z Osób fizycznych miała wyłączną kompetencję do decydowania o wszystkich warunkach tych transakcji, w tym o cenie sprzedaży akcji SCSp na rzecz Spółki z o.o.

52. Odnosząc się do podniesionej w piśmie Strony kwestii ryzyk, na które zwróciła uwagę Komisja Nadzoru Finansowego opiniując nowelizację updop, Rada wskazuje, że w sytuacji, w której na rynku działa szereg wykwalifikowanych podmiotów oferujących usługi prowadzenia ksiąg rachunkowych możliwe wydaje się znalezienie takiego usługobiorcy, który podjąłby się prowadzenia ksiąg Podatnika.
53. W konsekwencji powyższych ustaleń, zdaniem Rady, zastosowany przez Stronę zespół czynności miał przede wszystkim na celu osiągnięcie korzyści podatkowej. Wskazywane przez Podatnika cele ekonomiczne i gospodarcze należy uznać za mało istotne z perspektywy osiągniętej przez Podatnika korzyści podatkowej.
54. Rada zwraca w tym miejscu uwagę, że dokonana przez nią ocena działania Podatnika dotyczy wyłącznie okoliczności tej konkretnej sprawy i nie powinna być automatycznie rozszerzana na wszystkie struktury, w których wykorzystywane były fundusze inwestycyjne zamknięte, także w sytuacji analogicznych jak opisane w Ostrzeżeniu.

Sztuczny sposób działania

55. Zgodnie z art. 119c § 1 Ordynacji podatkowej sposób działania uznaje się za sztuczny, jeżeli na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że nie zostałyby zastosowane przez podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej.
56. Jak już wielokrotnie wskazywała Rada w swoich wcześniejszych opiniach, zestawienie obu tych regulacji wskazuje na ich pewne

zazębianie się z przesłanką sztuczności sposobu działania. Rada podtrzymuje swoje dotychczasowe uwagi w tym zakresie.

57. W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy można również stwierdzić, że okoliczności opisanej transakcji uzasadniają przypuszczenie jej dokonania w realiach sztuczności działania, zdefiniowanej w art. 119c § 1 Ordynacji podatkowej i uszczegółowionej w art. 119c § 2 pkt 2 ww. ustawy, tj. zaangażowaniu podmiotów pośredniczących mimo braku uzasadnienia ekonomicznego lub gospodarczego.
58. W niniejszej sprawie Zgromadzenie Inwestorów Strony (...) grudnia 2016 r. podjęło uchwały dotyczące decyzji inwestycyjnych polegających na:
- a. zawiązaniu przez Stronę jako udziałowca spółki z o.o. w organizacji oraz jej zarejestrowaniu w KRS lub nabyciu przez Stronę udziałów w już istniejącej spółce z o.o.
 - b. sprzedaży akcji SCSp na rzecz spółki z o.o. za cenę określoną przez jedną z Osób fizycznych
 - c. objęciu przez Stronę obligacji wyemitowanych przez spółkę z o.o. w celu rozliczenia ceny zakupu akcji SCSp, a także na zawarcie umowy potrącenia wzajemnych wierzytelności, tj. ceny zakupu i emisji obligacji.

Wszystkie powyższe działania miały zostać dokonane do 31 grudnia 2016 r., a więc do wejścia w życie art. 17 ust. 1 pkt 57 lit. a) updop.

59. W ocenie Rady, nieuzasadnione ekonomicznie i gospodarczo było

zaangażowanie Spółki z o.o. w proces restrukturyzacji spółek zależnych. Podatnik nabył udziały w Spółce z o.o. (...) grudnia 2016 r. i sprzedał je (...) marca 2017 r. (a więc po trzech miesiącach) na rzecz Holdingu – jedyne go inwestora funduszu inwestycyjnego zamkniętego. Na skutek tej transakcji kontrola nad Spółką z o.o., a pośrednio nad SCSp, a więc i nad Spółką kapitałową, została przejęta przez jedyne go inwestora. Spółka z o.o. była więc podmiotem pośredniczącym, zaangażowanym w celu osiągnięcia przez Podatnika korzyści podatkowej.

60. W niniejszej sprawie występują również elementy wzajemnie się znoszące, o których mowa w art. 119c § 2 pkt 4 Ordynacji podatkowej.
61. Udziały w spółce osobowej prawa luksemburskiego (akcje SCSp) najpierw posiadał Holding, który następnie zbył je na rzecz Strony, a ta z kolei na rzecz Spółki z o.o. Finalnie udziały te nabyła spółka powstała z przekształcenia Holdingu. Akcje te „wróciły” zatem do podmiotu, który był pierwotnie ich właścicielem, przy czym transakcje te zostały dokonane krótkim odstępem czasu, tj. od (...) grudnia 2016 r. do (...) marca 2017 r.
62. Przeprowadzone czynności charakteryzują się również ryzykiem ekonomicznego lub gospodarczym przewyższającym spodziewane korzyści inne niż podatkowe w takim stopniu, że należy uznać, że działający rozsądnie podmiot nie wybrałby tego sposobu działania, a zatem spełniają przesłankę z art. 119c § 2 pkt 5 Ordynacji podatkowej.
63. Zgodnie bowiem z informacjami przedstawionymi przez następcę prawnego Spółki z o.o. na dzień objęcia papierów wartościowych przez Stronę Spółka z o.o. nie posiadała możliwości wykupienia

obligacji po upływie dwóch lat. Taka możliwość istniałaby wyłącznie wówczas, gdyby Spółka z o.o. pozyskała inwestora, dokapitalizowanie przez udziałowca lub kredyt. Środki uzyskane z emisji obligacji były bowiem zainwestowane w akcje SCSp. Można było zatem rozsądnie założyć, że Spółka z o.o. nie będzie w stanie wykupić swoich obligacji po upływie umownego terminu.

64. W konsekwencji powyższych ustaleń, zdaniem Rady, sposób działania Podatnika w ramach Etapu 1 był sztuczny.

Sprzeczność z celem i przedmiotem przepisu ustawy podatkowej

65. Przechodząc do analizy **przesłanki sprzeczności z celem i przedmiotem przepisu ustawy podatkowej** wstępnie zaznaczyć należy, że jest to jedyna ze wszystkich przesłanek stosowania klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania, której ustawodawca nie nadał znaczenia za pomocą definicji legalnej. W efekcie, jak już wskazywała Rada w swoich dotychczasowych opiniach, mogą pojawić się pewne problemy interpretacyjne, jakie rodzi ta przesłanka⁵. Nie jest celowe powtarzanie tych uwag w Opinii.

66. Zwrócić jednak należy uwagę, że sprzeczność korzyści podatkowej z przedmiotem i celem przepisu powinna być odniesiona bądź to przepisów, które podatnik zastosował w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, bądź też do tej regulacji, które znalazłyby zastosowanie w danej sytuacji, gdyby podatnik nie podejmował działań nakierowanych na uzyskanie korzyści podatkowej.

67. W niniejszej sprawie, jak wskazano powyżej, Rada stoi na

⁵ Zob. przykładowo pkt. 42 i n. uchwały Nr 3/2019 Rady z dnia 18 grudnia 2019 r. lub pkt. 41 i n. uchwały Nr 1/2021 Rady z 1 marca 2021 r. Uchwały dostępne są na stronie internetowej: <https://www.gov.pl/web/finanse/opinie-rady>.

stanowisku, iż Strona uzyskała korzyść podatkową polegającą na reklasyfikacji źródła przychodów z podlegającego od 1 stycznia 2017 r. opodatkowaniu, na zwolnione z opodatkowania.

68. Biorąc pod uwagę, iż celem wprowadzenia regulacji art. 17 ust. 1 pkt 57 updop, czy też – szerzej rzecz ujmując – zmiany zasad opodatkowania funduszy inwestycyjnych zamkniętych, było uszczelnienie przepisów updop poprzez likwidację możliwości tworzenia struktur elementów budowania struktur planowania podatkowego z wykorzystaniem podmiotów zagranicznych (głównie transparentnych podatkowo), poprzez umiejscawianie tych funduszy w łańcuchu podmiotów prowadzących działalność gospodarczą i transferowanie dochodów z tej działalności, w zdecydowanej części, do funduszu inwestycyjnego zamkniętego⁶.
69. W sytuacji Podatnika kluczowego znaczenia nabiera fakt, iż zespół czynności został podjęty w okresie, w którym znana była już treść art. 17 ust. 1 pkt 57 lit. a) updop, a więc wówczas, gdy Podatnik był świadomy, że zmianie ulegną zasady opodatkowania funduszy inwestycyjnych zamkniętych.
70. W decyzjach inwestycyjnych z (...) grudnia 2016 r. wskazano, że wszystkie działania Podatnika, tj. nabycie udziałów w spółce z o.o., sprzedaż akcji SCSp na rzecz spółki z o.o., objęcie przez Stronę obligacji wyemitowanych przez spółkę z o.o. w celu rozliczenia ceny zakupu akcji SCSp, a także zawarcie umowy potrącenia wzajemnych wierzytelności, tj. ceny zakupu i emisji obligacji, mają być dokonane do 31 grudnia 2016 r., a więc do wejścia w życie

⁶ Por. uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw – druk sejmowy VIII.969

znowelizowanych przepisów updop.

71. Rozważenia wymaga zatem, czy czynność podjęta w okresie *vacatio legis* może skutkować sprzecznością z celem i przedmiotem przepisu, który nie obowiązywał w momencie jej dokonania. Można by zaryzykować twierdzenie, że sprzeczność z celem i przepisem ustawy podatkowej może dotyczyć wyłącznie przepisów, które obowiązują w chwili dokonania czynności. Nie można bowiem unikać zastosowania przepisu, którego zastosowanie jest niemożliwe.
72. Zdaniem Rady odpowiedź na postawione powyżej pytanie dotyczące jest twierdząca. Istotne jest bowiem, że sama korzyść podatkowa (niepowstanie zobowiązania podatkowego) zrealizowała się w okresie, gdy przepis art. 17 ust. 57 pkt 1 lit a) już obowiązywał.
73. Ponadto, Strona podejmując działania składające się na Etap 1 znała już zasady opodatkowania funduszy inwestycyjnych zamkniętych, które miały obowiązywać od 1 stycznia 2017 r. i świadomie tak ukształtowała zespół czynności, aby uniknąć opodatkowania uzyskiwanych przez Podatnika przychodów z SCSp.
74. Zgodzić się należy z Szefem KAS, że za sprzeczne z przedmiotem i celem art. 17 ust. 1 pkt 57 lit. a) updop należy uznać zespół czynności podjęty przez Podatnika w ramach Etapu 1, który w efekcie doprowadził do reklasyfikacji źródła przychodów z podlegającego opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych na zwolniony z takiego opodatkowania.

Ustalenie czynności odpowiedniej

75. Zwracając się z Wnioskiem Szef KAS wskazał, że, w jego ocenie, czynnością odpowiednią byłby brak podjęcia przez Podatnika czynności, które miały miejsce w grudniu 2016 r. W konsekwencji Szef KAS uznał, że dla określenia konsekwencji podatkowych unikania opodatkowania należy przyjąć taki stan, jakby w roku 2017 Strona była właścicielem akcji SCSp.
76. Przed przystąpieniem do analizy czynności odpowiedniej należy rozważyć, czy w stanie prawnym obowiązującym w roku 2017 r. jako czynność odpowiednią można było przyjąć brak dokonania czynności. Zgodnie bowiem z art. 119a § 3 Ordynacji podatkowej za odpowiednią uznaje się czynność, której podmiot mógłby dokonać w danych okolicznościach, jeżeli działałby rozsądnie i kierował się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej.
77. Jak zatem można zauważyć, brzmienie art. 119a § 3 Ordynacji podatkowej obowiązujące w roku 2017 r. nie dawało Szefowi KAS wprost uprawnienia do pominięcia czynności i uznania, że czynność odpowiednia może polegać na zaniechaniu działania. Regulacja taka została bowiem wprowadzona do Ordynacji podatkowej dopiero od 1 stycznia 2019 r.
78. Rozważenia wymaga zatem, czy przy nowelizacji art. 119a § 3 Ordynacji podatkowej mieliśmy do czynienia z tzw. nieprawotwórczą zmianą tekstu prawnego, traktowaną wyłącznie jako zmiana o charakterze interpretacyjnym, usuwającym wątpliwości co do rozumienia przepisu, czy też ze zmianą normatywną, wprowadzającą nowy, nieistniejący wcześniej stan

prawny.

79. Z wyjaśniającym charakterem nowelizacji przepisu mamy do czynienia wówczas, gdy przyjęta nowelizacja ma tylko potwierdzać te ustalenia, które wcześniej były wynikiem zabiegów interpretacyjnych. Przyjęcie przez ustawodawcę takiego doprecyzowującego (wyjaśniającego) charakteru zmiany skutkuje uznaniem, że już przed nowelizacją istniała norma wprowadzająca określony obowiązek bądź uprawnienie, a ingerencja prawodawcy miała jedynie wyjaśnić taką samą, choć nieprecyzyjnie wyrażoną jego wolę⁷.
80. Warto w tym miejscu odnieść się do poglądów Naczelnego Sądu Administracyjnego, który stwierdził: *„Przyjmuje się, że nowelizacja ustawy może być i w praktyce jest uwzględniana przy wykładni przepisów obowiązujących przed jej wejściem w życie oraz że może mieć zarówno normatywny charakter, jak też może być pozbawiona takiego waloru i sprowadzona jedynie do «doprecyzowania» lub «wyjaśnienia» istniejącego stanu prawnego.”* (Wyrok NSA z 29 grudnia 2016 r., sygn. II OSK 866/15). *Pogląd ten jest zasadny, bowiem doprecyzowując przepisy prawodawca nie tylko może potwierdzić uprzednią niejasność tekstu prawnego, ale również określić znaczenie (treść) tego tekstu. Jeżeli nowelizacja jest jedynie konsekwencją rozbieżności interpretacyjnych, to prawodawca przyznaje niejako, że dotychczasowa wykładnia niezgodna z treścią zmienianych przepisów wadliwie ustalała jego rzeczywistą intencję. Tego rodzaju charakter doprecyzowujący zmian prawnych może wynikać wprost z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej (jak w niniejszym przypadku) i wtedy można się zorientować, że jest to wola zarówno organu posiadającego inicjatywę ustawodawczą, jak*

⁷ T. Grzybowski, Wpływ zmian prawa na jego wykładnię, Warszawa 2013, s. 104 - 106 i podane tam orzecznictwo

i parlamentu, który przepisy o tym charakterze uchwała”⁸.

81. Dodanie, od 1 stycznia 2019 r., w art. 119a § 3 regulacji wskazującej na to, że czynnością odpowiednią może być także zaniechanie działania, miało, zdaniem Rady, charakter doprecyzowujący, a nie normatywny. Teza taka znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu projektu nowelizacji updop, w którym czytamy:

„Obecne brzmienie art. 119a § 3 Ordynacji podatkowej może nieprawidłowo sugerować, że czynność odpowiednia polega w każdym wypadku na działaniu. W ocenie projektodawcy, podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu mógłby również - w ramach czynności odpowiedniej - nie podjąć żadnej czynności. Z tego względu proponuje się jedynie redakcyjnie uściślić, że czynność odpowiednia może polegać także na zaniechaniu działania, co jest zgodne z cywilistyczną koncepcją działania (por. np. art. 5 lub 443 Kodeksu cywilnego). Choć osiągnięcie korzyści podatkowej może nie być jedynym celem działania podmiotu, to jednak ocena zachowania podmiotu rozsądnego może prowadzić do wniosku, że w danej sytuacji podmiot ten, działając rozsądnie i kierując się pozostałymi zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej, nie podjąłby żadnego działania”⁹.

82. W konsekwencji Rada podziela stanowisko Szefa KAS, że czynnością odpowiednią w niniejszej sprawie byłoby niepodjęcie

⁸ Por. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 29 grudnia 2016 r., sygn. akt II OSK 866/15

⁹ Por. uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw – druk sejmowy VIII.2860

działań przez Stronę, tj. niewprowadzenie Spółki z o.o. jako właściciela akcji SCSp, lecz pozostawienie ich własności Stronie.

83. Finalnie wskazać należy, że w opinii Rady w sprawie nie występują przesłanki uniemożliwiające zastosowanie do zespołu czynności składających się na Etap 1 art. 119a Ordynacji podatkowej, o których mowa w art. 119b tej ustawy.

ETAP 2

84. Odnosząc się do zespołu czynności składający się na Etap 2 Rada ograniczy się wyłącznie do uzasadnienia swojego stanowiska, pomijając rozważania teoretyczne dotyczące poszczególnych przesłanek unikania opodatkowania, gdyż uwagi przedstawione powyżej znajdują, co oczywiste, zastosowanie także w odniesieniu do tego zespołu czynności.

Czynność / zespół czynności

85. Wystąpienie czynności składających się na Etap 2 jest konsekwencją stanowiska przyjętego w odniesieniu do Etapu 1, tj. pominięciu transakcji zbycia przez Podatnika akcji SCSp na rzecz Spółki z o.o.
86. Szef KAS zasadnie ustalił, że w skład Etapu 2, również tworzącego zespół czynności, wchodzi:
- i. sprzedaż przez Stronę udziałów Spółki z o.o. na rzecz Holdingu
 - ii. zawarcie umowy inwestycyjnej zobowiązującej Inwestora do przejęcia 1XX% kontroli nad operacyjną Spółką

komandytową, co miało nastąpić poprzez nabycie wszystkich udziałów Spółki z o.o.

- iii. nabycie udziałów Spółki z o.o. przez Inwestora, dokapitalizowanie tej spółki oraz zaciągnięcie kredytu bankowego oraz jednoczesna spłata zobowiązań z tytułu obligacji wyemitowanych w 2016 roku przez Spółkę z o.o. na rzecz Strony,
- iv. likwidacja SCSp
- v. połączenie Inwestora (spółka przejmująca) oraz Spółki z o.o. (spółka przejmowana) i wykreślenie tej ostatniej spółki z KRS.

87. Zauważyć należy, że wystąpienie zespołu czynności tworzących Etap 2 jest konsekwencją Etapu 1.

Korzyść podatkowa

88. Podobnie jak w przypadku Etapu 1, korzyść podatkowa w odniesieniu do Etapu 2 polega na niepowstaniu obowiązku podatkowego.

89. Konsekwencją przyjęcia fikcji, że 1 stycznia 2017 r. Strona była w posiadaniu SCSp, a więc że akcje te zostały zbyte po 1 stycznia 2017 r., byłby obowiązek Strony rozpoznania przychodów z ich zbycia i opodatkowania ich na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 57 lit f.) updop.

90. Rada stoi zatem na stanowisku, że w odniesieniu do Etapu 2 mamy do czynienia z wystąpieniem korzyści podatkowej.

Działanie przede wszystkim w celu uzyskania korzyści podatkowej

91. Do rozważenia pozostaje, czy zespół czynności składających się na Etap 2 został przez Stronę podjęty przede wszystkim w celu uzyskania korzyści podatkowej.
92. Rada stoi na stanowisku, że nie można uznać, że działanie Strony było nakierowane przede wszystkim na uzyskanie korzyści podatkowej. Korzyść ta została uzyskana na skutek czynności z Etapu 1. W aktach sprawy brak jest dowodów wskazujących, że sprzedaż udziałów Spółki z o.o. była planowana już w momencie wprowadzenia Spółki z o.o. do struktury spółek podlegających pod fundusz inwestycyjny zamknięty.
93. Umowa inwestycyjna została zawarta we wrześniu 2017 r., a więc prawie 9 miesięcy po zbyciu akcji SCSp na rzecz Spółki z o.o. Trudno zatem zgodzić się ze stanowiskiem Szefa KAS, jakoby działanie Podatnika miało na celu przede wszystkim osiągnięcie korzyści podatkowej.
94. W konsekwencji braku spełnienia przesłanki działania przede wszystkim w celu unikania opodatkowania ocena spełnienia pozostałych przesłanek unikania opodatkowania jest niecelowa.