

Uchwała Nr 4/2019

Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania

z dnia 18 grudnia 2019 r.

w sprawie wniosku Szefa Krajowej Administracji (dalej: „**Szef KAS**”) z dnia 22 sierpnia 2019 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 2019 r., poz. 900, dalej: „**OP**” lub „**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 przedmiocie określenia zobowiązania w podatku dochodowym od osób fizycznych za 2016 rok, prowadzonego wobec Pani (...), zam. w (...), ul. (...), PESEL (...) (dalej: „**Strona**” lub „**Podatnik**”), Rada do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania (dalej: „**Rada PUO**”), działając na podstawie art. 119m w zw. z art. 119s § 2 Ordynacji podatkowej, podjęła następującą uchwałę, wyrażającą opinię w zgłoszonym zagadnieniu prawnym z uwzględnieniem odpowiedzi na skonkretyzowane we Wniosku pytania, **opisany we Wniosku zespół czynności 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. Niemniej jednak istnieją wątpliwości co do możliwości zastosowania przepisów Działu IIIa Ordynacji podatkowej w aspekcie intertemporalnym w świetle standardów konstytucyjnych.**

UZASADNIENIE

Podejmując uchwałę Rada PUO uwzględniła następujące okoliczności.

I. Stan faktyczny

1. Zespół czynności, którego dotyczy Wniosek, ustalony został w toku kontroli celno-skarbowej prowadzonej wobec Podatnika w zakresie prawidłowości rozliczeń z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych za 2016 rok. W związku z wnioskiem organu prowadzącego kontrolę celno-skarbową Szef KAS przejął ją, zawiesił oraz wszczął na podstawie art. 119g § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej postępowanie podatkowe w sprawie określenia zobowiązania podatkowego za ww. rok podatkowy.
2. Opisując we Wniosku dokonane ustalenia faktyczne Szef KAS wskazał, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że w latach 2015-2016 Strona oraz członkowie jej najbliższej rodziny zrealizowali szereg czynności mających na celu zbycie posiadanych przez nich akcji spółki (...) S.A. (dalej: „(...)”) za pośrednictwem specjalnie powołanych spółek celowych na rzecz zewnętrznego inwestora.
3. W realizacji przedmiotowego zespołu czynności uczestniczyły następujące podmioty:
 - a. Spółka (...) S.A. (dalej: „(...)”) – zewnętrzny inwestor, który zamierzał nabyć akcje spółki (...),
 - b. Podatnik, Pan (...) (małżonek Podatnika) oraz Pan (...) (...) – osoby fizyczne, które w początkowej fazie czynności posiadały łącznie 100% akcji spółki E(...) S.A.(dalej: „**Akcjonariusze**”),

- c. (...)1 sp. z o.o., (...)2 sp. z o.o. oraz (...)3 sp. z o.o. – spółki kapitałowe pełniące role spółek specjalnego przeznaczenia tzw. wehikułów inwestycyjnych, w 100% zależnych od Akcjonariuszy, za pośrednictwem których zrealizowana została sprzedaż akcji spółki (...) S.A.
4. W wyniku zespołu czynności doszło do sprzedaży części akcji spółki (...) S.A. na rzecz nowego inwestora - spółki (...) S.A. Akcjonariusze nie dokonali tej sprzedaży bezpośrednio. W ramach objętego Wnioskiem zespołu czynności dokonano szeregu powiązanych działań, z wykorzystaniem specjalnie w tym celu powołanych spółek.
5. Jak wskazano we Wniosku, chronologia zdarzeń zespołu czynności przedstawia się następująco:
- a. W lipcu 2015 roku utworzona została spółka (...)1 sp. z o.o. (spółka celowa), której kapitał zakładowy wynosił 5 tys. zł, a jej 100% udziałowcami byli (...).
- b. W sierpniu 2015 roku została zawarta umowa zobowiązująca sprzedaży akcji spółki (...). Umowę zawarto pomiędzy (...) S.A. (określoną w umowie jako „Kupująca”), a (...)1 sp. z o.o. (zwaną w tej umowie (...)) oraz (...) (akcjonariuszami posiadającymi odpowiednio 35,10%, 35,10% oraz 29,80% akcji spółki (...)). W umowie wskazano, że wolą Akcjonariuszy jest zbycie docelowo wszystkich akcji w spółce (...), w tym pośrednio poprzez spółki celowe, a wolą (...) jest nabycie wszystkich akcji od Akcjonariuszy lub spółek celowych, w ten sposób, że: w pierwszej transzy Kupująca nabędzie 74,99% akcji (akcje I transzy), a co do pozostałych 25,01% akcji Kupującej przyznane zostanie prawo ich kupna w terminie i na warunkach określonych w umowie.

Na podstawie postanowień tej umowy Akcjonariusze zobowiązali się sprzedać na rzecz (...) 74,99% akcji spółki (...) osobiście lub za pośrednictwem spółki (...)1 sp. z o.o. (...) lub innej spółki celowej ((...) (...)).

- c. We wrześniu 2015 roku utworzone zostały przez Akcjonariuszy dwie kolejne spółki celowe: (...)2 sp. z o.o. (dalej: „(...)2”) i (...) sp. z o.o. (dalej: „(...)3”). Kapitał zakładowy ww. spółek wynosił 5 tys. zł, a 100% udziałowcami byli Akcjonariusze.
- d. W grudniu 2015 r. pomiędzy Stroną, a jej małżonkiem zostały zawarte umowy dotyczące małżeńskiego ustroju majątkowego oraz umowa darowizny pomiędzy majątkami odrębnymi małżonków, których celem było nabycie przez Panią (...) do jej majątku odrębnego większościowego pakietu (51%) akcji spółki (...). Wszystkie z tych umów zostały zawarte w tej samej dacie, tj. **10 grudnia 2015** roku w formie aktów notarialnych i były to:

(i)umowa majątkowa małżeńska oraz umowa o częściowy podział majątku wspólnego, w wyniku zawarcia której małżonkowie ustanowili rozdzielną własność majątkową, a każde z małżonków nabyło na wyłączną własność część akcji spółki (...);

(ii)umowa darowizny, na mocy której Pan (...) darował Pani (...) do jej majątku osobistego część akcji, które nabył na podstawie umowy majątkowej małżeńskiej oraz umowy o częściowy podział majątku, tj. 1.590.192 akcji zwykłych na okaziciela serii A, objętych odcinkiem zbiorowym nr 7, a Pani (...) przyjęła tę darowiznę do majątku odrębnego;

(iii)rozwiązanie umowy majątkowej małżeńskiej, w wyniku czego pomiędzy Panią (...) i Panem (...) powstała wspólność ustawowa.

- e. Po nabyciu 51% akcji spółki (...), w dniu **16 grudnia 2015** roku Pani (...) wniosła posiadane akcje w ramach transakcji wymiany udziałów do spółki celowej (...)².
- f. Następnie w dniu **7 stycznia 2016 roku** Pan (...) i Pan (...) dokonali analogicznych transakcji i wnieśli pozostałe posiadane przez siebie akcje spółki (...) w drodze neutralnej wymiany udziałów do spółki celowej (...)².
- g. W efekcie ww. neutralnych podatkowo operacji wymian udziałów spółka (...)² stała się w styczniu 2016 roku właścicielem 100% akcji spółki (...).
- h. W dniu **13 stycznia 2016 roku** spółka celowa (...)² sprzedała 100% akcji spółki (...) (nabytych w ramach transakcji wymiany udziałów od Akcjonariuszy) na rzecz drugiej spółki specjalnego przeznaczenia – (...)³ za cenę wynoszącą **323.213.000,00 zł**. Jednak zanim spółka (...)² otrzymała środki pieniężne tytułem ceny sprzedaży akcji (...) od kupującego – spółki (...)³, ta ostatnia spółka dokonała zbycia części przedmiotowych akcji na rzecz strategicznego inwestora – (...).
- i. W dniu **15 stycznia 2016 roku** pomiędzy spółką (...)³ (sprzedająca) a spółką (...) (kupująca) została zawarta umowa sprzedaży 74,99% akcji spółki (...) (akcje I transzy) za cenę wynoszącą **235.660.541,05 zł**, w tym: cena bazowa - 129.982.000,00 zł, kwota zatrzymana – 5.000.000,00 zł oraz kwota uzupełniająca – 100.678.541,05 zł. Zgodnie z umową własność akcji I transzy miała przejść na kupującą z chwilą zapłaty na rzecz sprzedającej kwoty bazowej, co miało miejsce 15 stycznia 2016 roku.

j. W oparciu o analizę historii operacji na rachunkach bankowych ustalono natomiast, że spółka (...)2 otrzymała od (...)3 zapłatę tytułem ceny sprzedaży akcji w wysokości 323.213.000 zł w dniach 20 i 21 stycznia 2016 roku, tj.:

(i)20 stycznia 2016 r. - 129.982.000,00 zł;

(ii)21 stycznia 2016r. – 104.982.000,00 zł;

(iii)21 stycznia 2016r. – 88.249.000,00 zł.

Natomiast (...) S.A. przekazała na rzecz (...)3 środki pieniężne tytułem zapłaty ceny za 74,99% akcji spółki (...) w następujących datach i kwotach:

(i)15 stycznia 2016r. – kwotę bazową w wysokości 129.982.000,00 zł;

(ii)6 maja 2016r. – kwotę uzupełniającą w wysokości 100.678.541,05 zł;

(iii)3 marca 2017r. – kwotę zatrzymaną w wysokości 5.000.000 zł.

k. W oparciu o analizę przepływów pieniężnych na rachunkach bankowych ustalono, że w dniach **20-21 stycznia 2016 roku** dokonane zostały operacje polegające na przekazywaniu środków pieniężnych pomiędzy spółkami celowymi i wspólnikami tych spółek (tj. Akcjonariuszami), tak by uprawdopodobnić zapłatę przez spółkę (...)3 ceny nabycia akcji spółki (...) od spółki (...)2. Zastosowany mechanizm obiegu środków pieniężnych polegał na tym, że:

(i)(...)3 sp. z o.o. dysponowała faktycznie kwotą 129.982.000 zł przekazaną w dniu 15 stycznia 2016r. przez (...) S.A. z tytułu zapłaty kwoty bazowej za 74,99% akcji spółki (...);

(ii)(...)3 sp. z o.o. przekazała ww. kwotę 129.982.000 zł na rzecz spółki (...)2 sp. z o.o. jako część ceny za nabyte w dniu 13 stycznia 2016 roku akcje spółki (...) (środki wpłynęły na rachunek tej spółki w dniu 20 stycznia 2016 r.);

(iii)w tej samej dacie, tj. 20 stycznia 2016 roku spółka (...)2 sp. z o.o. zawarła ze współnikami (byłym akcjonariuszom spółki (...)) umowy pożyczek i przekazała kwotę 129.982.000 zł jako środki z tytułu części pożyczek udzielonych współnikom, tj. (...).

(iv)Państwo (...) po otrzymaniu tych środków wnieśli kwotę 104.982.000 zł jako wkład pieniężny do spółki (...)3 sp. z o.o. (w tym wkład Pani (...) – 36.743.700,00 zł; wkład Pana (...) - 36.743.700,00 zł; wkład Pana (...) – 31.494.600,00 zł). Natomiast kwota 25.000.000 zł pozostała na kontach osobistych współników: po 8.750.000,00 zł na koncie Pana (...) i Pani (...) oraz kwota 7.500.000 zł na koncie Pana (...));

(v)Spółka (...)3 sp. z o.o. przekazała otrzymaną tytułem wkładu pieniężnego kwotę 104.982.000 zł jako zapłatę za kupione akcje spółki (...) (środki wpłynęły na rachunek (...)2 sp. z o.o. w dniu 21 stycznia 2016 r.);

(vi)w dniu 21 stycznia 2016 r. Spółka (...)2 sp. z o.o. przekazała otrzymaną kwotę 104.982.000 zł jako wypłatę z tytułu udzielonych wcześniej pożyczek – Pani (...) (kwota 36.743.700,00 zł), Panu (...) (kwota 36.743.700,00 zł) i Panu (...) (kwota 31.494.600,00 zł);

(vii)po otrzymaniu ww. środków w kwocie 104.982.000 zł, w dniu 21 stycznia 2016r. Państwo (...) przekazali je ponownie na rzecz spółki (...)3 sp. z o.o. częściowo jako wkład pieniężny na kapitał (kwota 44.018.000 zł), a częściowo w formie pożyczek na rzecz tej spółki (kwota 60.964.000 zł);

(viii)Po otrzymaniu ww. środków od udziałowców spółka (...) sp. z o.o. przekazała ostatnią transzę zapłaty ceny za nabyte akcje spółki (...) w kwocie 88.249.000,00 zł na rzecz spółki (...)2 sp. z o.o., która po otrzymaniu ostatniej wpłaty tytułem ceny za sprzedane akcje przekazała ją na rzecz wspólników, a wspólnicy otrzymane kwoty przekazali w drodze pożyczek na rzecz spółki (...)3 sp. z o.o.

- I. Po zawarciu umowy sprzedaży akcji spółki (...) S.A. przez spółkę (...)2 sp. z o.o. do (...)3 sp. z o.o. oraz nabyciu od tej ostatniej spółki przez (...) S.A. akcji I transzy (74,99% akcji) podjęto kroki zmierzające do likwidacji (...)2. W dniu 20 stycznia 2016 roku Pani (...) dokonała darowizny części posiadanych udziałów w spółce (...)2 sp. z o.o. na rzecz swojego syna i małżonka. Podjęto również kroki prawne w celu przekształcenia spółki (...)2 sp. z o.o. w spółkę komandytową, a następnie likwidacji spółki osobowej powstałej z jej przekształcenia (w dniu 18 stycznia 2016 roku został złożony wniosek o wyznaczenie biegłego rewidenta do zbadania planu przekształcenia spółki w spółkę komandytową). W efekcie w dniu **12 lutego 2016 roku** nastąpiło przekształcenie spółki (...)2 sp. z o.o. w spółkę komandytową (...)1 Sp. z o.o. sp.k., która w dniu **13 kwietnia 2016 roku** została wykreślona z KRS.

II. Stan prawny

6. Przepisy klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania (tj. Dział IIIa Ordynacji podatkowej) dodane zostały na podstawie ustawy z dnia

13 maja 2016 r. o zmianie ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 846; dalej: „**Ustawa zmieniająca**”).

7. Wniosek dotyczy zespołu czynności, które podejmowane były przez Akcjonariuszy w latach 2015-2016. Z początkiem 2019 roku zmianie uległy przepisy klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania.¹ Biorąc pod uwagę przepisy przejściowe², niniejsza opinia Rady PUO (dalej: „**Opinia**”) bazuje na przepisach Ordynacji podatkowej w brzmieniu obowiązującym do końca 2018 roku, chyba że z treści Opinii wynika inaczej.

8. Zgodnie z art. 119a OP:

§ 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

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.

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 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.

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

Przepis art. 119f § 1 Ordynacji podatkowej wskazywał, że: *W rozumieniu niniejszego działu czynność oznacza także zespół powiązanych ze sobą czynności, dokonanych przez te same bądź różne podmioty.*

12. 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.*
13. Wprowadzone na mocy Ustawy zmieniającej przepisy art. 119a–119f Ordynacji podatkowej zaczęły obowiązywać 15 lipca 2016 r.³

III. Uzasadnienie faktyczne i prawne opinii

14. Odpowiadając na Wniosek Szefa KAS, Rada PUO uznała, że streszczony w części I. niniejszej Opinii zespół czynności 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. Konkluzja taka wynikała z opisaney niżej analizy przesłanek unikania opodatkowania w kontekście przedmiotowego zespołu czynności oraz dzięki weryfikacji przesłanek uniemożliwiających

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 w dniu 14 czerwca 2016 r. (zob. <http://www.dziennikustaw.gov.pl/du/2016/846/1>).

zastosowanie art. 119a Ordynacji podatkowej.

15. Przed przystąpieniem do analizy przesłanek unikania opodatkowania w kontekście przedstawionego we Wniosku zespołu czynności, konieczne jest wskazanie na wnioski wynikające z art. 119f Ordynacji podatkowej. Zgodnie z tym przepisem, przez czynność rozumie się także zespół powiązanych ze sobą czynności, dokonanych przez te same bądź różne podmioty.

16. W przedmiotowej sprawie Podatnik wraz z członkami najbliższej rodziny dokonali szeregu powiązanych ze sobą czynności. Część z tych czynności została dokonana z wykorzystaniem spółek, które w pełni kontrolowali Akcjonariusze, tj. Podatnik i członkowie jego najbliższej rodziny. O wzajemnym powiązaniu dokonanych czynności – oprócz powiązań osobowych oraz kapitałowych zaangażowanych osób i spółek ((...)2 i (...)3) – świadczy również fakt, że w istocie zmierzały one do wykonania zobowiązania do zbycia przez Akcjonariuszy akcji spółki (...) na rzecz (...) wynikającego z umowy zobowiązującej sprzedaży tych papierów wartościowych, których właścicielami w dacie podpisania tej umowy byli Podatnik i pozostali Akcjonariusze. Wzajemne powiązanie tych czynności potwierdza również fakt, że już na etapie zawierania ww. umowy zobowiązującej ujęto w niej możliwość sprzedaży akcji (...) bezpośrednio przez Akcjonariuszy lub też za pośrednictwem innych podmiotów (tj. (...)1 lub „(...) (...)”).⁴

17. O wzajemnym powiązaniu tych czynności świadczy również fakt, że ich podjęcie oraz ich chronologia doprowadziły do skorzystania przez Podatnika i pozostałych Akcjonariuszy z neutralności

⁴ Zob. pkt 11.25 i 11.26 umowy zobowiązującej sprzedaży akcji (...).

podatkowej przewidzianej dla tzw. transakcji wymiany udziałów, podwyższenia bazy kosztowej możliwej do rozpoznania przez (...)2 na moment odpłatnego zbycia akcji (...) na rzecz (...)3 oraz braku opodatkowania po stronie Podatnika i pozostałych Akcjonariuszy również w momencie przekształcenia oraz likwidacji (...)2. W konsekwencji podjętych czynności, w momencie likwidacji spółki osobowej (powstałej z przekształcenia spółki (...)2) po stronie Podatnika i pozostałych Akcjonariuszy nie powstał przychód podlegający opodatkowaniu. Otrzymany przez Akcjonariuszy majątek likwidacyjny, na który składały się tylko wierzytelności z tytułu udzielonych im pożyczek był wyłączony z przychodów Strony w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych. Akcjonariusze nie byli zobligowani do zwrotu pożyczek (zobowiązanie z tytułu pożyczek wygasło w drodze konfuzji).

18. Okoliczności te wskazują, że czynności, które opisano w części I. niniejszej Opinii, powinny – w świetle art. 119f Ordynacji podatkowej – podlegać łącznej ocenie pod kątem zasadności zastosowania art. 119a OP.

19. Analiza przepisu art. 119a §1 Ordynacji podatkowej, w którym zdefiniowano unikanie opodatkowania, wskazuje na następujące przesłanki zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania:

a. przesłanka osiągnięcia korzyści podatkowej;

b. przesłanka działania w celu osiągnięcia korzyści podatkowej;

c. przesłanka sztuczności sposobu działania;

d. przesłanka sprzeczności osiągniętej korzyści podatkowej z celem i przedmiotem przepisu ustawy podatkowej.

20. Odnosząc się do **przesłanki korzyści podatkowej** zauważyć należy, że zgodnie z art. 119e OP korzyścią podatkową jest między innymi niepowstanie zobowiązania podatkowego.
21. Na obecnym etapie analizy za wystarczające należy uznać wskazanie, że korzyścią podatkową w analizowanej sprawie jest niepowstanie zobowiązania podatkowego u Podatnika, pomimo wyzbycia się przez Stronę i pozostałych Akcjonariuszy łącznie władztwa nad 74,99% akcji (...). Akcje te zostały sprzedane przez (...)3 na rzecz (...) w wykonaniu umowy zobowiązującej sprzedaży akcji spółki (...).
22. Nadmienić należy przy tym, że z tytułu odpłatnego zbycia ww. akcji nie doszło do powstania zobowiązania podatkowego również u pozostałych Akcjonariuszy oraz zaangażowanych w zespół czynności spółek (...)2 i (...)3. Analiza przesłanki sprzeczności osiągniętej przez Stronę korzyści podatkowej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej zostanie dokonana w dalszej części niniejszej Opinii.
23. Przechodząc do analizy **przesłanki działania w celu osiągnięcia korzyści podatkowej** na względzie należy mieć uregulowania zawarte w art. 119d OP. 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 OP (który to przepis również wskazuje na czynność).

24. Jednocześnie zauważyć należy, że zgodnie z art. 119c § 1 OP sposób działania uznaje się za sztuczny, jeżeli na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że nie zostałyby zastosowany przez podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej.
25. Zestawienie obu tych przepisów wskazuje, że rozważania dotyczące przesłanki działania w celu osiągnięcia korzyści podatkowej zająć się w pewnym zakresie z analizą sztuczności sposobu działania. Należy bowiem uznać, że przy analizie przesłanki działania w celu osiągnięcia korzyści podatkowej nie chodzi o analizę celów, które potencjalnie mogły kierować postępowaniem podmiotu, którego działania oceniane są z perspektywy zastosowania art. 119a OP, ale o analizę celu konkretnych czynności podjętych przez ten podmiot.
26. Rozważania te korespondują z treścią art. 119a § 2 i 3 Ordynacji podatkowej. Przepisy te wskazują, że w sytuacji uznania, że dana czynność stanowiła unikanie opodatkowania, skutki podatkowe tej czynności określane będą na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki mógłby zaistnieć, gdyby dokonano czynności odpowiedniej. Czynnością odpowiednią jest zaś 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.

27. Powyższe oznacza, że na etapie weryfikacji możliwości zastosowania art. 119a OP zestawieniu (porównaniu) powinny podlegać ewentualnie deklarowane przez podatnika ekonomiczne lub gospodarcze cele podjętej czynności z korzyścią podatkową osiągniętą przez tego podatnika w wyniku tej czynności. 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, że przesłanka działania w celu osiągnięcia korzyści podatkowej została spełniona.⁵
28. Podkreślić jednak należy, że art. 119d OP nie może 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 OP oznaczałby bowiem możliwość zastosowania art. 119a jedynie w przypadku tych sytuacji, w których jedynym celem podatnika była chęć osiągnięcia korzyści podatkowych. Jak jednak wyraźnie wskazuje art. 119a § 5 OP w takiej sytuacji Szef KAS stosując klauzulę przeciwko unikaniu opodatkowania nie jest zobowiązany do poszukiwania czynności odpowiedniej i określania skutków podatkowych na jej podstawie czynności, ale przyjmuje skutki podatkowe na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby czynności w ogóle nie dokonano.
29. 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

⁵ Taki sposób odczytywania art. 119d Ordynacji podatkowej potwierdza również orzecznictwo sądowe – zob. przykładowo wyrok WSA w Warszawie, sygn. III SA/Wa 2354/17.

osiągnięcia, gdyby podatnik od początku dokonał czynności odpowiedniej.

30. Odnosząc powyższe do wniosków płynących z analizy materiału dowodowego, zgromadzonego w ramach rozpatrywanej sprawy, zauważyć należy, że Podatnik przedstawiał kilka celów, które w jego opinii wskazują na uzasadnienie biznesowe podejmowanych przez niego i pozostałych Akcjonariuszy czynności. Strona wskazywała na cele w postaci utworzenia holdingu rodzinnego, dywersyfikację portfela aktywów oraz pozyskanie partnera biznesowego.
31. Warto odnotować, że wskazywane przez Stronę cele ekonomiczne i gospodarcze dokonania czynności, możliwe byłyby również do osiągnięcia np. w ramach czynności odpowiedniej – tj. bezpośredniej sprzedaży przez Akcjonariuszy części akcji (...) na rzecz (...). Zdaniem Rady PUO wskazane przez podatnika cele nie determinują jednoznacznie obranego przez Podatnika i pozostałych Akcjonariuszy sposobu postępowania.
32. Zauważyć bowiem należy, że realizacja deklarowanego przez Podatnika celu w postaci utworzenia holdingu rodzinnego możliwa byłaby zarówno poprzez *(i)* dokonanie czynności odpowiedniej, tj. bezpośrednią sprzedaż akcji (...) przez Akcjonariuszy na rzecz (...) i następnie utworzenie spółki holdingowej, do której Akcjonariusze wnieśliby wkłady pieniężne w postaci środków finansowych uzyskanych od (...), jak również poprzez *(ii)* zrealizowaną przez Akcjonariuszy tzw. wymianę udziałów z (...)2 i sprzedaż przez (...)2 74,99% akcji na rzecz (...). Warto podkreślić, że każdy z tych dwóch sposobów postępowania (a oba te sposoby mogły być implementowane w świetle umowy zobowiązującej sprzedaży akcji spółki (...)) doprowadziłby

szybciej – niż ścieżka obrana przez Akcjonariuszy – do utworzenia holdingu rodzinnego. W tym świetle oraz uwzględniając, że zaaranżowany sposób postępowania oznaczał istotną korzyść podatkową, uznać należy, iż wskazany przez Podatnika cel (tj. utworzenie holdingu rodzinnego) był mało istotny dla dokonania analizowanego zespołu czynności.

33. Uwagi poczynione powyżej wskazują również na możliwość szybszego osiągnięcia przez Podatnika wskazywanego celu w postaci dywersyfikacji portfela aktywów poprzez dokonanie *(i)* czynności odpowiedniej (tj. bezpośrednią sprzedaż akcji (...) przez Akcjonariuszy na rzecz (...) i następnie utworzenie spółki holdingowej, w której doszłoby do takiej dywersyfikacji) lub poprzez *(ii)* zrealizowaną przez Akcjonariuszy tzw. wymianę udziałów z (...)2, sprzedaż przez (...)2 74,99% akcji na rzecz (...) i dywersyfikację aktywów na poziomie (...)2. Również ten cel (tj. dywersyfikacja portfela aktywów) nie może być uznany za cel inny niż mało istotny z perspektywy osiągniętej korzyści podatkowej w kontekście dokonanego przez Stronę zespołu czynności.
34. Także osiągnięcie wskazywanego przez Stronę celu w postaci pozyskania partnera biznesowego nie wymagało dokonywania analizowanego zespołu czynności. Jak bowiem wynika z treści umowy zobowiązującej sprzedaży akcji spółki (...) (którą zawarli z (...) sami Akcjonariusze, w tym Podatnik, a nie – następnie zaangażowane w zespół czynności – spółki (...)2 i (...)3) wolą (...) było nabycie akcji od Akcjonariuszy lub spółek celowych. Z tej perspektywy oraz biorąc pod uwagę odniesioną korzyść podatkową, uznać należy wskazywany przez Podatnika cel dokonania analizowanego zespołu czynności (tj. pozyskanie partnera biznesowego) za mało istotny.

35. W kontekście tych rozważań należy zauważyć, że w wyniku podjętego przez Akcjonariuszy zespołu czynności doszło do niepowodującego powstania zobowiązania podatkowego (u któregokolwiek z zaangażowanych podmiotów) wyzbycia się przez Akcjonariuszy 74,99% akcji (...) na rzecz (...) za kwotę 235.660.541,05 zł. W efekcie tak zaaranżowanego zespołu czynności Podatnik (oraz jakikolwiek inny podmiot zaangażowany w zespół czynności) nie był zobowiązany do zapłaty podatku dochodowego.
36. Uznać bowiem należy, że Podatnik działając rozsądnie i kierując się deklarowanymi celami mógłby szybciej osiągnąć zakładane cele dokonując czynności odpowiedniej (tj. sprzedając akcje bezpośrednio), bądź – co było również dopuszczalne i wykonalne w świetle postanowień umowy zobowiązującej sprzedaży akcji (...) – dokonując sprzedaży akcji przez (...)2.
37. W konsekwencji powyższych ustaleń, zdaniem Rady PUO, zastosowany przez Stronę (i pozostałych Akcjonariuszy) 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 i pozostałych Akcjonariuszy korzyści podatkowej.
38. Przystępując do analizy spełnienia **przesłanki sztuczności sposobu działania** zauważyć należy, że cechy sztuczności zostały wskazane w art.119c OP. 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.

39. Wśród elementów wskazujących na sztuczność wymienionych wprost w art. 119c § 2 OP jako okoliczności mogące przemawiać za sztucznością sposobu dokonania czynności w przedmiotowej sprawie występują:

a. Nieuzasadnione dzielenie operacji (art. 119c § 2 pkt 1 OP) – Podatnik działając wspólnie z pozostałymi Akcjonariuszami doprowadził do podziału operacji odpłatnego zbycia części akcji (...) na rzecz (...) na kilkanaście czynności. Zakładany w umowie zobowiązującej sprzedaży akcji (...) rezultat gospodarczy, tj. sprzedaż w ramach pierwszej transzy 74,99% akcji (...) na rzecz (...), mógł być osiągnięty zgodnie z umową w ramach jednej wielostronnej czynności lub potencjalnie poprzez sprzedaż akcji przez (...)2.

Dokonany podział na szereg czynności, nie znajduje uzasadnienia gospodarczego (jak wskazano powyżej, podnoszone w tym zakresie tłumaczenia Strony należy uznać za nieprzekonywujące). W tym kontekście w opinii Rady PUO należy przyjąć, że rozsądnie działający podmiot (nie działający w celu korzyści podatkowej) dokonał by zbycia akcji w ramach jednej czynności sprzedaży, ewentualnie z użyciem jednego podmiotu pośredniczącego, tj. (...)2, jeżeli zasadnie byłoby w danych okolicznościach zawarcie umowy sprzedaży przez inwestora ze spółką kapitałową i realizowałyby również deklarowane przez Stronę cele. W badanym zespole czynności występuje więc nieuzasadnione dzielenie operacji.

b. Angażowanie podmiotów pośredniczących mimo braku uzasadnienia ekonomicznego lub gospodarczego (art. 119c § 2

pkt 2 OP) – cecha ta również występuje w badanym zespole czynności i przejawia się w nieznajdującym uzasadnienia gospodarczego angażowaniu w operację spółek (...)2 i (...)3. Jak jednak wskazano dotychczas, możliwe jest przyjęcie podejścia, zgodnie z którym zaangażowania w operację spółki (...)2 mogłoby być uzasadnione z perspektywy nabywcy lub Akcjonariuszy.

- c. Elementy wzajemnie się znoszące lub kompensujące (art. 119c § 2 pkt 4 OP) – elementy kompensujące i znoszące występują natomiast przy przekazywaniu środków pomiędzy Akcjonariuszami oraz spółkami (...)2 i (...)3 w końcowym etapie operacji w powiązaniu z przekształceniem i likwidacją spółki osobowej, powstałej z przekształcenia (...)2.

W efekcie cyrkularnego obiegu środków finansowych pomiędzy (...)3, (...)2 i Akcjonariuszami (co również wskazuje na sztuczność przyjętego sposobu działania) w ciągu dwóch dni dokonano obrotu środkami pieniężnymi w taki sposób, że wykorzystując kwotę 129.982.000 zł przekazaną przez (...) na rzecz (...)3, spółka ta dokonała zapłaty za kupione akcje na rzecz spółki (...)2 w wysokości 323.203.000 zł. W rezultacie (...)2 jako pożyczkodawca stała się wierzycielem Akcjonariuszy na łączną kwotę 323.203.000 zł. Po przekształceniu (...)2 i likwidacji powstałej z niej spółki osobowej, zobowiązanie z tytułu tych pożyczek wygasło w drodze konfuzji.

- d. Ryzyko ekonomiczne lub gospodarcze przewyższające spodziewane korzyści inne niż podatkowe w takim stopniu, że należy uznać, że działający rozsądnie podmiot nie wybrałby tego sposobu działania (art. 119c § 2 pkt 5 OP) – rozłożenie operacji

na kilkanaście etapów niewątpliwie powoduje podwyższenie ryzyka przeprowadzenia całej operacji.

40. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 119c § 2 Ordynacji podatkowej, przy ocenie występowania sztuczności wystarczające jest uwzględnienie tylko jednego symptomu sztuczności.
41. W konsekwencji powyższych ustaleń, zdaniem Rady PUO, sposób działania Podatnika i pozostałych Akcjonariuszy był sztuczny.
42. Przechodząc do analizy **przesłanki sprzeczności z celem i przedmiotem przepisu ustawy podatkowej** wskazać można, że przesłanka dokonania czynności sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu podatkowego, w sposób jaki została zapisana w OP tworzy pewien problem interpretacyjny, który mógłby (przy przyjęciu określonego sposobu rozumowania) prowadzić do uznania, że przesłanka ta nigdy nie będzie spełniona.
43. Podatnik, stosując przepis podatkowy, przy dosłownym rozumieniu art. 119a § 1 OP, powinien aby uniknąć zarzutu niedozwolonego unikania opodatkowania – mieć na uwadze zawsze wykładnię celowościową przepisu. Problem polega na tym, że taka konfrontacja wykładni powinna być raczej przedmiotem sporu interpretacyjnego, który ewentualnie może się przekształcić w postępowanie wymiarowe, ale nie w postępowanie „klauzulowe”, albowiem spór interpretacyjny stanowi zwykły skutek stosowania przepisów przez dwa różne podmioty.
44. Kolejny problem, jaki zauważa Rada PUO związany jest z koniecznością wykazania, że czynność jest dokonywana w sprzeczności z przedmiotem przepisu (na gruncie obowiązującego

w 2016 roku art. 119a OP § 1 OP występowała koniunkcja „przedmiotem i celem”). Możliwe jest takie rozumienie „przedmiotu” przepisu, które utożsamiać go będzie w istocie z treścią, czy też zasadniczą częścią treści przepisu. Podatnik dopasowując przepis do zaistniałego stanu faktycznego i następnie go stosując – logicznie rzecz biorąc – nie będzie, co do zasady, działał w sprzeczności z „przedmiotem” przepisu, który zastosował. Gdyby jednak uznać, że możliwe jest działanie niezgodnie z przedmiotem przepisu, który podatnik dopasował do zaistniałego stanu faktycznego (np. ze względu na zastosowanie wykładni rażąco odbiegającej od stosowanych standardów interpretacyjnych), takie działanie powinno także podlegać ocenie w postępowaniu wymiarowym, a nie klauzulowym.

45. Zakładając racjonalność ustawodawcy, należy zatem poszukiwać innego znaczenia działania w sprzeczności z „przedmiotem i celem przepisu”. W pierwszej kolejności należy zauważyć że owa sprzeczność z „przedmiotem i celem” jest spreczna „w danych okolicznościach”. Tym samym można przyjąć, że owa sprzeczność jest warunkowana występowaniem określonych okoliczności, do których należy zaliczyć, biorąc pod uwagę całą treść art. 119a § 1 OP oraz cel, dla którego przepis ten został ustanowiony: sztuczność działania oraz działanie przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej.
46. Takie rozumienie art. 119a § 1 OP, pozwala przyjąć, że przesłanka sprzeczności z przedmiotem i celem jest przesłanką w pewnym stopniu „samospełniająca się” w przypadku gdy zostanie wykazane sztuczne działanie dokonane przede wszystkim w celu osiągnięcia

korzyści podatkowej⁶.

47. Skoro zatem sztuczność i działanie w celu osiągnięcia korzyści warunkuje uznanie działania sprzecznego z przedmiotem i celem przepisu należy przyjąć, że działanie sprzeczne z „przedmiotem i celem” nie dotyczy przepisu, który podatnik zastosował, ale który powinien był zastosować, gdyby nie działał w sposób sztuczny i nie w celu osiągnięcia korzyści podatkowej. Zatem warunkiem jest tu wskazanie przepisu adekwatnego (referencyjnego).
48. Ten referencyjny przepis powinien być odnoszony do przepisu, który powinien odpowiadać czynności odpowiedniej (w rozumieniu art. 119a § 3 OP) lub takiemu stanowi faktycznemu jaki zaistniałby, gdyby czynności nie dokonano (zgodnie z art. 119a § 5 OP).
49. Zgodnie z takim podejściem oraz uwzględniając fakt, że czynnością odpowiednią byłaby bezpośrednia sprzedaż przez Podatnika akcji (...) na rzecz (...), w przedmiotowej sprawie sprzeczność dotyczyłaby przedmiotu i celu kilku przepisów, a mianowicie: art. 17 ust. 1 pkt 6 lit. a i ust. 1ab pkt 1 oraz art. 30b ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych⁷ (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 361 ze zm.; dalej: „**UPDOF**”).
50. Podatnik osiągnąłby bowiem w dacie przeniesienia własności akcji przychód z kapitałów pieniężnych, który mógłby pomniejszyć

⁶ „Zdaniem Sądu więc kluczowe znaczenie ma wykazanie przez Szefa KAS wydającego odmowę wydania opinii zabezpieczającej, że sposób działania podatnika nie zostałby zastosowany przez podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami a zasadniczym celem sztucznego działania podatnika było osiągnięcie korzyści podatkowej przez co jest ona sprzeczna z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej” III SA/Wa 2354/17 - Wyrok WSA w Warszawie

⁷ O ile w tekście Opinii nie wskazano inaczej przywoływane są przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych w wersji obowiązującej na dzień 31 grudnia 2016 r.

o odpowiadający mu koszt nabycia akcji określony na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 38 ww. ustawy. Podatnik finalnie byłby zobligowany do zapłaty 19% podatku dochodowego od tak określonego dochodu. Przy czym należy zaznaczyć przy tym, że Podatnik nie byłby zobowiązany do zapłaty w ciągu roku zaliczki na podatek.

51. Alternatywny sposób odczytywania normy art. 119a § 1 Ordynacji podatkowej w części dotyczącej sprzeczności w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu (który to sposób interpretacji w badanej sprawie nie będzie prowadzić do odmiennych rezultatów niż sposób dotychczas zastosowany) odnosi normatywną przesłankę sprzeczności z przedmiotem i celem przepisu do przepisu, który został zastosowany przez podatnika. Taki sposób interpretacji art. 119a § 1 OP wskazuje, że przepis ten nakazuje ustalenie powstania po stronie podatnika korzyści podatkowej, która jest sprzeczna w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu. W sytuacji, gdy dojdzie do takich ustaleń, konieczne jest określenie skutków podatkowych na podstawie czynności odpowiedniej (tzn. na podstawie przepisów, które powinny były być zastosowane w sytuacji wystąpienia czynności odpowiedniej (art. 119a § 2 i 3 OP) lub na podstawie takiego stanu faktycznego, jaki zaistniałby, gdyby czynności nie dokonano (zgodnie z art. 119a § 5 OP).
52. Poszerzając rozważania z zastosowaniem tego sposobu interpretacji art. 119a § 1 OP w odniesieniu do analizowanego stanu faktycznego zauważyć należy, że Podatnik (oraz pozostali Akcjonariusze) skorzystali z neutralności podatkowej przewidzianej dla tzw. transakcji wymiany udziałów.
53. Transakcja wymiany udziałów w pewnym uproszczeniu jest

operacją, w ramach której spółka A (w badanej sprawie: (...))² nabywa udziały dające większość praw głosu w spółce B (w badanej sprawie: (...)) lub posiadając taką większość w spółce B, nabywa kolejne udziały w jej kapitale zakładowym, wydając w zamian dotychczasowemu wspólnikowi (w badanej sprawie: Akcjonariusze) spółki B własne udziały. Możliwa jest ewentualna dopłata pieniężna, która nie powinna jednak przekroczyć 10% wartości nominalnej wydanych udziałów. W badanej sprawie w ramach transakcji wymiany udziałów Akcjonariusze (...)² zbyli akcje w (...) w zamian za udziały (...)² (bądź patrząc z perspektywy (...))², spółka ta nabyła 100% akcji (...) wydając w zamian Akcjonariuszom swoje udziały w podwyższonym kapitale zakładowym).

54. Transakcja wymiany udziałów została zaimplementowana na grunt ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych z chwilą uzyskania przez Polskę członkostwa w UE (tj. z dniem 1 maja 2004 r.)⁸, co związane jest z faktem, że transakcja wymiany udziałów przewidziana jest w tzw. dyrektywie mergerowej⁹.

55. Z początkiem 2011 r. regulacje odnoszące się do wymiany

⁸ Zob. art. 10 ust. 1 pkt 7, art. 12 ust. 4d oraz art. 16 ust. 1 pkt 8d ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych dodane ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 93, poz. 894 ze zm.).

⁹ Zob. art. 8 Dyrektywy 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. WE L 225 z 20.08.1990 r., s. 6) oraz art. 8 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 SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego (wersja ujednolicona), Dz. Urz. UE L 310 z 25.11.2009 r., s. 34.

udziałów zostały także dodane do unormowań UPDOF¹⁰.

56. Co istotne w kontekście analizowanej sprawy, to fakt, że przepisy tzw. dyrektywy mergerowej nakazują państwom członkowskim UE wprowadzenie odroczenia momentu opodatkowania ewentualnych dochodów (zysków kapitałowych) osiągniętych w związku z transakcją wymiany udziałów. W badanym stanie faktycznym oznaczało to brak opodatkowania przez Podatnika (i pozostałych Akcjonariuszy) na moment wymiany udziałów osiągniętego zysku kapitałowego. Wskazane odroczenie opodatkowania w dyrektywie mergerowej uzależnione jest od spełnienia warunku: dotychczasowy wspólnik (w badanym stanie faktycznym każdy z Akcjonariuszy) nie może przypisać udziałom objętym w ramach analizowanej transakcji wyższej wartości dla celów podatkowych niż wartość przypisana udziałom zbytym w trakcie tej operacji¹¹. Dla analizowanego stanu faktycznego oznaczało to ograniczenie po stronie Podatnika (i każdego z pozostałych Akcjonariuszy) w przypisaniu udziałom nabytym w (...)2 wartości dla celów podatkowych w wysokości równej wartości zbytych akcji (...) (jest to tzw. przypisanie kosztu historycznego).
57. W kontekście analizowanej sprawy oraz podjętego przez Akcjonariuszy zespołu czynności zauważyć należy, że wynikający z przepisów dyrektywy warunek neutralności podatkowej transakcji wymiany udziałów został naruszony na skutek kolejnych po wymianie udziałów czynności podjętych przez Akcjonariuszy –

¹⁰ Zob. art. 23 ust. 1 pkt 38c oraz art. 24 ust. 8a i 8b UPDOF dodane ustawą z dnia 25 listopada 2010 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz. U. Nr 226, poz. 1478 ze zm.).

¹¹ Zob. art. 8 ust. 4 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 SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego (wersja ujednolicona), Dz. Urz. UE L 310 z 25.11.2009 r., s. 34.

w tym zwłaszcza na skutek analizowanych łącznie transakcji sprzedaży akcji (...) przez (...)2 na rzecz (...)3, przekształcenia w spółkę osobową (...)2 i likwidacji powstałej w wyniku tego przekształcenia spółki. W efekcie tak ukształtowanego zespołu czynności, wynikające z przepisów implementujących rozwiązania dyrektywy mergerowej odroczenie opodatkowania zysku kapitałowego osiągniętego przez każdego z Akcjonariuszy na moment wymiany udziałów, które powiązane było z tzw. przypisaniem kosztu historycznego udziałów objętych w (...)2 w wyniku wymiany udziałów, nigdy nie zostanie zrealizowane.

58. Co istotne, efekt ten (tzn. osiągnięcie braku opodatkowania zysków kapitałowych u każdego z Akcjonariuszy) został zrealizowany nie w momencie przeprowadzenia wymiany udziałów, ale z chwilą likwidacji spółki osobowej powstałej z przekształcenia (...)2. Jak bowiem wynika z uregulowań implementujących dyrektywę mergerową oraz z samej treści dyrektywy mergerowej, transakcja wymiany udziałów ma na celu odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego, a nie całkowite uniknięcia obowiązku zapłaty tego podatku. Osiągnięcie rezultatu w postaci ekonomicznego zrealizowania zysku kapitałowego (co miało miejsce na skutek odpłatnego zbycia części akcji (...) na rzecz (...)) przy jednoczesnym naruszeniu zasady odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego po stronie Akcjonariuszy (do czego doprowadzono na skutek przekształcenia w spółkę osobową (...)2 i likwidacji tej spółki osobowej) stanowi potwierdzenie, że w analizowanej sprawie doszło do osiągnięcia przez Podatnika (i każdego z pozostałych Akcjonariuszy) korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej.

59. W konsekwencji poczynionych ustaleń oraz biorąc pod uwagę fakt, że od zawarcia umowy zobowiązującej sprzedaży akcji (...), celem

Akcjonariuszy było zbycie co najmniej części posiadanych akcji (...) na rzecz (...), z chwilą, w której odroczenie opodatkowania zysków kapitałowych, w wyniku zespołu czynności podjętych przez Akcjonariuszy, przerodziło się w brak opodatkowania tego zysku, Szef KAS uprawniony jest do zastosowania względem Podatnika art. 119a § 1 OP w stosunku do tej części akcji (...), które zostały zbyte na rzecz (...).

60. W konsekwencji, z uwagi na fakt, że czynnością odpowiednią byłaby bezpośrednia sprzedaż przez Podatnika akcji (...) na rzecz (...), w przedmiotowej sprawie konsekwencje podatkowe powinny zostać określone z uwzględnieniem art. 17 ust. 1 pkt 6 lit. a i ust. 1ab pkt 1 oraz art. 30b ust. 1 i ust. 2 pkt 4 UPDOF. Oznacza to, że podobnie jak w przypadku wcześniej wskazanej możliwej ścieżki interpretacji art. 119a OP Podatnik osiągnąłby w dacie przeniesienia własności akcji przychód z kapitałów pieniężnych, który mógłby pomniejszyć o odpowiadający mu koszt nabycia akcji określony na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 38 ww. ustawy. Podatnik finalnie byłby zobligowany do zapłaty 19% podatku dochodowego od tak określonego dochodu.
61. Stosownie do treści art. 30b ust. 6 UPDOF, dochody takie Podatnik byłby zobowiązany wykazać po zakończeniu roku podatkowego (równego kalendarzowemu) w zeznaniu podatkowym złożonym w terminie do 30 kwietnia roku następnego (art. 30b ust. 6 i art. 45 ust. 1a UPDOF).
62. Momentem osiągnięcia tej korzyści byłby natomiast najwcześniej koniec roku podatkowego, tj. 31 grudnia 2016 roku. Wtedy bowiem zakończył się rok podatkowy, a Podatnik byłby już zobowiązany lub nie do wykazania odpowiedniego dochodu w związku ze zbyciem w ciągu roku papierów wartościowych (podatkowy stan

faktyczny zostałby zamknięty).

63. W opinii Rady PUO w sprawie nie występują przesłanki uniemożliwiające zastosowanie art. 119a Ordynacji podatkowej, o których mowa w art. 119b tej ustawy.
64. Rada PUO nie dostrzegła, aby w sprawie wystąpił którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 119b § 1 OP. Korzyści odniesione przez każdego z Akcjonariuszy, w tym Podatnika, przekraczają próg *de minimis*, który był uregulowany w art. 119b § 1 pkt 1 OP. Podatnik nie występował o wydanie opinii zabezpieczającej – w efekcie nie została spełniona żadna z przesłanek, o którym mowa w art. 119b § 1 pkt 2 i 3 OP. Analizowany zespół czynności i osiągnięta przez Podatnika korzyść podatkowa dotyczy podatku dochodowego, a nie podatku od towarów i usług – brak spełnienia przesłanki wyłączającej zastosowania art. 119a § 1 OP, o której mowa w art. 119b § 1 pkt 4 Ordynacji podatkowej. Rada PUO nie dostrzega również – zgodnie z zasadą efektywności przeciwdziałania unikaniu opodatkowania wyrażonej w art. 119b § 1 pkt 5 OP – innego przepisu prawa podatkowego, który w sposób bardziej adekwatny / efektywny pozwoliłby na przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania.
65. Rada PUO dostrzega jednak pewne wątpliwości dotyczące zagadnień intertemporalnych stosowania przepisów Ustawy zmieniającej.
66. Rada PUO jest świadoma wątpliwości, jakie może budzić (i budzi, w świetle opinii przedłożonych Radzie PUO przez Podatnika) problematyka intertemporalnych zagadnień związanych ze stosowaniem klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania w

stosunku do czynności podjętych przed wejściem w życie przepisów Ustawy zmieniającej. Okoliczność ta ma istotne znaczenie na tle rozpatrywanej sprawy, gdyż sprzedaż akcji na rzecz (...) nastąpiła w styczniu 2016 r. a likwidacja spółki powstałej z przekształcenia (...)2 miała miejsce w kwietniu 2016 r. W dacie tej w polskim prawodawstwie wewnętrznym nie obowiązywała klauzula ogólna przeciwko unikaniu opodatkowania. Klauzula ta wprowadzona została Ustawą zmieniającą.

67. W tym kontekście przywołać należy art. 7 Ustawy zmieniającej, który wyraźnie wskazuje, że przepisy klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania mają zastosowanie do „korzyści podatkowej uzyskanej po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”. Zgodnie natomiast z art. 9 Ustawy zmieniającej, weszła ona w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia, które nastąpiło w dniu 14 czerwca 2016 r.
68. Brzmienie powołanego przepisu nie stwarza problemów interpretacyjnych. Przepisy art. 119a i 119f OP mają zastosowanie do korzyści podatkowych uzyskanych po dniu 15 lipca 2016 roku.¹²
69. Mając na uwadze okoliczności przedstawione w poprzednich częściach opinii należy uznać, że skutkiem opisanej czynności było osiągnięcie korzyści w postaci nieopodatkowania przez Podatnika zbycia posiadanych akcji. Gdyby Strona dokonała bezpośredniej sprzedaży akcji na rzecz inwestora musiałby zapłacić z tego tytułu

¹² Stanowisko takie zostało również potwierdzone w dotychczasowym orzecznictwie sądowym, gdzie stwierdzono m.in., że : „Powyższe oznacza, że nawet, jeżeli czynności w następstwie których powstała korzyść podatkowa zostały podjęte przed wejściem w życie ustawy zmieniającej OP, ale sama korzyść podatkowa powstała po wejściu w życie ww. ustawy to czynności te mogą być również badane w aspekcie art. 119a i nast. OP” (tak WSA w Warszawie w wyroku z dnia 8 czerwca 2018 r., sygn. akt III SA/Wa 2354/17).

podatek dochodowy od osób fizycznych.

70. Stosownie do treści art. 30b ust. 6 UPDOF, dochody takie Podatnik byłby zobowiązany wykazać dopiero po zakończeniu roku podatkowego (równego kalendarzowemu) w zeznaniu podatkowym złożonym w terminie do 30 kwietnia roku następnego czyli w 2017 r., a zatem korzyść podatkowa została osiągnięta po wejściu w życie Ustawy zmieniającej.
71. Oznacza to, że w sprawie będącej przedmiotem niniejszej Opinii występuje klasyczny przypadek podatku odnoszącego się do otwartego stanu faktycznego. Wszelkie dywagacje o tym, że hipotetyczne zobowiązanie było znane już wcześniej przed konkretyzacją zobowiązania uznać należy za chybione (taka argumentacja jest przedstawiana w stanowisku Strony¹³). Na moment dokonania czynności odpowiedniej możemy określić wyłącznie hipotetyczny jednostkowy przychód i hipotetyczny jednostkowy koszt. W żaden sposób nie jesteśmy zatem w stanie określić hipotetycznej podstawy opodatkowania (bo zgodnie z 30b UPDOF opodatkowaniu podlega suma dochodu). Nie można więc twierdzić, że znane już były wszystkie elementy zobowiązania podatkowego. Wszystkie elementy zobowiązania podatkowego znane były dopiero na koniec roku podatkowego (wtedy nastąpiła konkretyzacja zobowiązania).¹⁴

¹³ Argumentacja Strony polegała na przeprowadzeniu wywodu logiczno-językowego, w którym moment powstania korzyści wiąże z momentem wywołania konsekwencji dotyczącej zobowiązania podatkowego a nie z formalną konkretyzacją zobowiązania. Stwierdzenie te jednak wykracza jednak istotnie poza rezultat wykładni językowej definicji zobowiązania podatkowego.

¹⁴ Rozpatrując art. 7 Ustawy zmieniającej, nie można jednak wykluczyć, że powstanie korzyści podatkowej może potencjalnie zostać rozpoznane przed momentem konkretyzacji zobowiązania podatkowego w przypadkach zamkniętych stanów faktycznych, np. w podatku od czynności cywilnoprawnych czy w podatku dochodowym należnym na podstawie art. 30a UPDOF. Jednak nawet w takich wypadkach należy mieć na uwadze, że pomimo zamkniętego stanu faktycznego podatnik w dalszym ciągu może czynnie wpływać na wysokość zobowiązania

72. Dlatego też „nie powstanie zobowiązania” (które w przedmiotowej sprawie ma miejsce) możemy odnosić wyłącznie do ostatniego dnia roku podatkowego (w zasadzie po jego zakończeniu). Co oznacza, że powstanie korzyści nastąpiło w ostatnim dniu roku podatkowego, czyli że w przedmiotowej sprawie powstanie korzyści powstało po dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej czyli po 15 lipca 2016 r.
73. Na tym tle pojawia się wątpliwość, czy dokonywanie przez nią wykładni art. 7 Ustawy zmieniającej z powoływaniem się na wybrane zasady konstytucyjne, gdy literalne brzmienie tego przepisu nie budzi wątpliwości i w sytuacji gdy Rada nie jest sądem lub organem pełniącym funkcje sądowe, byłoby przekroczeniem jej kompetencji, które wynikają z art. 119m OP.
74. Wskazać również można na spory, jakie powstawały w doktrynie i orzecznictwie, które dotyczyły możliwości sądowej kontroli konstytucyjności przepisów ustaw. Ich podstawą był przepis art. 178 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej, który wprost wskazuje, że sędziowie podlegają Konstytucji oraz ustawom. W przypadku Rady PUO brak jest takiego przepisu, a kompetencje Rady PUO zostały wyraźnie określone treścią art. 119m OP.
75. Warto również zauważyć, że według Trybunału Konstytucyjnego bezpośrednio stosowania Konstytucji (art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej) nie oznacza kompetencji do kontroli konstytucyjności obowiązującego ustawodawstwa przez sądy lub inne organy stosujące prawo. Tryb kontroli konstytucyjnej został

podatkowego np. poprzez zastosowanie przez podatnika zwolnienia, odliczenia od podstawy opodatkowania lub od podatku (jeżeli są przewidziane w przepisach). Tym samym nawet w zamkniętych stanach faktycznych konkretyzacja zobowiązania może nastąpić dopiero w terminie zapłaty podatku, a to oznacza, że dopiero w tym momencie można stwierdzić, że nastąpiło obniżenie zobowiązania podatkowego, jego nie powstanie, lub odroczenie. Rada zauważa przy tym, że dokonanie wykładni art. 7 Ustawy zmieniającej byłoby łatwiejsze, gdyby ustawodawca zdefiniowałby moment powstania korzyści podatkowej.

bowiem wyraźnie uformowany w art. 118 ust. 1 Konstytucji, w którym orzekanie w tych sprawach zastrzeżono do wyłącznej kompetencji Trybunału Konstytucyjnego. W konsekwencji, obalenie domniemania zgodności przepisów prawa powszechnie obowiązującego z Konstytucją może dokonane jedynie wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego¹⁵.

76. Sytuacja, w której w Rada PUO bez wyraźnej podstawy prawnej zaczęłaby dokonywać swoistej kontroli konstytucyjności prawa powszechnie obowiązującego, prowadziłaby do ryzyka związanego z rozproszonym systemem kontroli konstytucyjności.
77. Dodatkowo, należy również podnieść złożoność zagadnień prawnych, które skupiają się w analizowanym przypadku w kontekście przepisu intertemporalnego, tj. art. 7 Ustawy zmieniającej.
78. Zagadnienia te dotyczą między innymi ewentualnego wpływu prawa Unii Europejskiej i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) na losy badanej sprawy. W tym kontekście podnoszone jest bowiem, że w badanych na początku 2019 roku sprawach¹⁶ TSUE orzekł, że organy podatkowe państw członkowskich są obowiązane odmówić prawa do zwolnienia od opodatkowania podatkiem potrącanym u źródła w przypadku, gdy takie zwolnienie jest nadużywane. Choć sprawy te zostały wydane na gruncie innych dyrektyw, niż mająca znaczenia dla niniejszej sprawy dyrektywa mergerowa, w której przewidziano neutralność podatkową dla transakcji wymiany

¹⁵ Zob. orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 22 marca 2000 r., P 12/98, z 31 stycznia 2001 r., P 4/99, 22 listopada 2001 r., K 36/01, z 28 listopada 2001 r., K 36/01, z 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, czy z 10 grudnia 2002 r. P 6/02.

¹⁶ Zob. wyroki TSUE (wielka izba) z 26.02.2019 r., C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, N Luxembourg 1 i in. przeciwko Skatteministeriet, EU:C:2019:134 oraz C-116/16 i C-117/16, Skatteministeriet przeciwko T Danmark i Y Denmark Aps, EU:C:2019:135.

udziałów przy założeniu odroczenia opodatkowania zysków kapitałowych, w literaturze wskazuje się na przełomowe znaczenie tych orzeczeń oraz przywołaną w nich ogólną zasadę prawa Unii Europejskiej nienadużywania prawa UE. Zgodnie z tą zasadą podmioty prawa nie mogą powoływać się na przepisy prawa Unii Europejskiej w sposób noszący znamiona oszustwa lub nadużycia i w sytuacji, gdy są one powoływane nie po to, aby realizować ich cele¹⁷.

79. Złożoność zagadnień koncentrujących się w badanej sprawie w odniesieniu do przepisu intertemporalnego i ewentualnych prób oceny tego przepisu z perspektywy uregulowań konstytucyjnych przejawia się również we wzajemnym przenikaniu się rozmaitych, czasami stojących we wzajemnym konflikcie, zasad wyrażonych w przepisach Konstytucji. Bezspornie oprócz powoływanych w kontekście art. 7 Ustawy nowelizującej zasad wynikających z art. 2 lub art. 217 Konstytucji, ustawa zasadnicza zawiera również zasady odnoszące się do powszechności i równości opodatkowania, Rzeczypospolitej jako dobra wspólnego, zasady poszanowania uczciwej konkurencji lub innych zasad odnoszących się do interesu publicznego. Uwzględniając złożoność tej materii, wydaje się więc właściwe zasygnalizowanie wątpliwości.

80. Kolejnym aspektem wskazującym na złożoność zagadnienia jest fakt, że Opinia Rady PUO w niniejszej sprawie może w praktyce mieć szerszy zakres zastosowania niż sytuacja dotycząca Podatnika i pozostałych Akcjonariuszy. Mechanizm aktualizacji wyceny dla celów podatkowych posiadanych udziałów / akcji poprzez

¹⁷ Zob. M. Lewandowska, A. Stępień, *Trybunał Sprawiedliwości o nadużyciu zwolnienia z podatku u źródła: zaskakujące rozczarowanie czy przewidywalny kierunek interpretacji? Polskie regulacje niezgodne z prawem UE?*, „Przegląd Podatkowy” 2019, nr 8, s. 12 oraz F. Majdowski, *Planowanie podatkowe z wykorzystaniem zagranicznych podmiotów holdingowych – koniec pewnej epoki? Kilka uwag na tle ostatnich wyroków Trybunału Sprawiedliwości w sprawie dyrektyw podatkowych dotyczących tzw. pasywnych płatności*, „Przegląd Podatkowy” 2019, nr 10, s. 29.

dokonanie wymiany udziałów w połączeniu z następczym zbyciem (części) tych udziałów / akcji był stosowanym od lat w polskiej praktyce. Z tego też powodu, głos Rady PUO powinien być głosem wyważonym.

81. Równolegle Rada PUO wskazuje, że choć nie budzi wątpliwości, że na podstawie reguły międzyczasowej klauzula może zostać zastosowana do stanów faktycznych, w których zarówno korzyść podatkowa, jak i czynność abuzywna (czynności) zostały dokonane po dniu wejścia w życie nowelizacji, o tyle powstaje pytanie, czy możliwym jest przyjęcie, że klauzula może być każdorazowo stosowana także do korzyści podatkowych powstałych po nowelizacji, jednak w związku z czynnościami podjętymi przed dniem 16 lipca 2016 roku. Brzmienie przepisu art. 7 Ustawy nowelizującej może prowadzić do powstania stanu niepewności co do stosowania klauzuli w aspekcie intertemporalnym w świetle standardów konstytucyjnych. Wątpliwości te dostrzega również doktryna prawa podatkowego¹⁸. Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego „zasada ochrony zaufania do państwa i do prawa, określana także jako zasada lojalności państwa wobec obywatela, wyraża się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny. Przyjmowane przez ustawodawcę nowe

¹⁸ Por. H. Filipczyk, *Reguła intertemporalna klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania w świetle standardów konstytucyjnych*, „Przegląd Podatkowy” 2016, nr 9, s. 20, oraz K. Turzyński, M. Kolibski, *Reguła intertemporalna klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania w świetle standardów konstytucyjnych – polemika*, „Przegląd Podatkowy” 2016, nr 12, s. 21 i nast.

unormowania nie mogą zaskakiwać ich adresatów, którzy powinni mieć czas na dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji co do dalszego postępowania”¹⁹. I podobnie (...) państwo powinno być lojalne wobec adresatów norm, które stanowi” zaś (...) „w demokratycznym państwie prawnym stanowienie i stosowanie prawa nie może być pułapką dla obywateli”²⁰. Także we wcześniejszych orzeczeniach TK odnosił się do zasad stanowienia prawa podatkowego podkreślając, że nie można im nadawać mocy wstecznej, o ile pogarszają one sytuację podatnika²¹, a ponadto przepisy dotyczące podatków płaconych w rocznej perspektywie czasowej wymagają nie tylko respektowania zasady niedziałania prawa wstecz, lecz także mają być tworzone przy zachowaniu stosownego *vacatio legis* w roku poprzedzającym rok podatkowy²². W ocenie TK nie można w szczególności w przypadku podatków opłacanych za rok podatkowy zaskakiwać zmianą podatku w trakcie trwania roku podatkowego²³. Zmiany takie, chodzi zwłaszcza o zmiany w podatku dochodowym od osób fizycznych, powinny wchodzić w życie przynajmniej na miesiąc przed końcem poprzedniego roku podatkowego²⁴. Znoszenie lub ograniczanie praw podmiotowych przysługujących jednostce nie może być arbitralne; ochrony wymagają także tzw. interesy w toku²⁵. W literaturze podkreśla się, że przy załatwianiu sprawy podatkowej niezbędne jest zidentyfikowanie regulacji prawnej, która znajduje zastosowanie w ustalonym stanie faktycznym, co jest niezbędnym warunkiem jej prawidłowej subsumcji. W pierwszej kolejności należy ustalić moment wejścia w życie ustawy podatkowej, bowiem akt ten znajduje zastosowanie tylko do

¹⁹ Wyrok TK z dnia 7 lutego 2001 r., K 27/00, OTK z. 2/2001, poz. 29.

²⁰ Wyrok TK z dnia 20 stycznia 2009 r., P 40/07, OTK-A z. 1/2009, poz. 4.

²¹ Wyrok TK z dnia 29 marca 1994 r., K/13/93, OTK z. 1994, poz. 6.

²² Por. powołany wyżej Wyrok TK z dnia 29 marca 1994 r.

²³ Ibidem, a także wyrok TK z dnia 15 marca 1995 r., K 1/95, OTK z 1995, poz. 7.

²⁴ Wyrok TK z dnia 28 grudnia 1995 r., K/28/95, OTK z. 3/1995; wyrok TK z dnia 15 lutego 2005 r., K 48/04, OTK-A z. 2/2005, poz. 15.

²⁵ Wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 r., K/26/97, OTK z. 5-6/1997, poz. 64; wyrok TK z dnia 10 lutego 2015 r., P 10/11, OTK z. 2/2015, poz. 13.

zdarzeń, które nastąpiły po tym momencie. W drugiej kolejności ustalenia wymaga to, czy moment, w którym ustawa podatkowa rozpoczyna obowiązywanie, został określony przez ustawodawcę w sposób czyniący zadość zasadom wejścia w życie regulacji prawnej, której przedmiotem jest określanie ciężaru podatkowego. Warunkiem wejścia w życie ustawy podatkowej jest zapewnienie podatnikowi okresu przygotowawczego do nowej regulacji prawnej (odpowiednie *vacatio legis*), określone przez ustawodawcę wprost lub pośrednio, wejście w życie ustawy daje podstawę jej stosowania od tego momentu²⁶. Jeśli zatem skutkiem regulacji prawnej jest zmiana – na niekorzyść podatnika – przesłanek lub sposobu rozliczenia zwolnienia, zmieniona ustawa podatkowa powinna znaleźć zastosowanie do podatników, którzy podjęli już aktywność stanowiącą jedną z przesłanek zwolnienia, tylko pod warunkiem uwzględnienia tej okoliczności. W przeciwnym razie podatnicy ci powinni podlegać regulacji prawnej, która obowiązywała w momencie spełnienia pierwszej z przesłanek zwolnienia z podatku.

82. Podkreślić należy, że kwestii intertemporalnych dotyczy większość wywiedzionych z art. 2 Konstytucji orzeczeń TK odnoszących się do wymagań wiążących ustawodawcę przy określaniu ciężaru podatkowego, a w szczególności zakazu retroaktywnego działania prawa, odpowiedniego *vacatio legis*, ochrony praw nabytych, w tym zwłaszcza ochrony tzw. interesów w toku.

83. W orzecznictwie TK z art. 2 w zw. z art. 217 Konstytucji wyprowadzono zasadę ochrony tzw. interesów w toku²⁷, która

²⁶ Por. T. Nowak, *Konstytucja i Ordynacja podatkowa jako instrumenty zapewnienia bezpieczeństwa prawnego podatnika przy określaniu ciężaru podatkowego*, Warszawa 2019, s. 248-249.

²⁷ Po raz pierwszy w powołanym już wyroku z dnia 25 listopada 1997 r.

odnosi się do sytuacji, w której:

- a. przepisy prawa wyznaczają pewien horyzont czasowy dla realizowania określonych przedsięwzięć (powinien on przekraczać okres roku podatkowego),
- b. przedsięwzięcie ma charakter rozłożony w czasie i nie może się zrealizować w wyniku jednorazowego zdarzenia gospodarczego,
- c. podatnik faktycznie rozpoczął określone przedsięwzięcie w okresie obowiązywania tych przepisów.

84. Jednakże problematyczne wydaje się bezpośrednie stosowanie art. 217, jeśli przepisy wprowadzające nową regulację wprost przewidują jej wsteczne działanie. W niniejszej sprawie przepisy przejściowe zostały zawarte w ustawie zmieniającej i to na niekorzyść podatnika, ale nie uwzględniają one w sposób dostateczny sytuacji podatników, którzy już rozpoczęli (a nawet zakończyli) przedsięwzięcie skutkujące spełnieniem przesłanek zwolnienia. W tej sytuacji bezpośrednie zastosowanie przez organy lub sądy art. 217 Konstytucji wymagałoby pominięcia przez nie ustawy zawierającej przepis przejściowy, która przecież stała się częścią krajowego porządku prawnego, a to wykracza poza ich kognicję i kompetencję. Z tego punktu widzenia najbardziej właściwą drogą byłoby wystąpienie z pytaniem prawnym do TK. Zauważyć należy, że konieczność zaangażowania TK stanowi instrument zapewnienia bezpieczeństwa prawnego podatnika, ale dopiero na etapie postępowania sądowoadministracyjnego.

85. Istnieją wątpliwości, czy dopuszczenie możliwości stosowania klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania do korzyści podatkowych powstałych po nowelizacji, jednak w związku z

czynnościami podjętymi przed 16 lipca 2016 roku de facto nie oznacza prawnej rekwalifikacji na niekorzyść podatnika faktów prawnych (czynności) w zamkniętych już sytuacjach prawnych i nie naraża organów stosujących prawo na zarzut retroaktywnego stosowania nowego prawa.

86. Nie ulega wątpliwości, że formułowanie jakichkolwiek tez czy hipotez w kwestii ewentualnej niekonstytucyjności normy intertemporalnej zawartej w art. 7 ustawy nowelizującej nie należy do kompetencji Rady PUO. Niemniej jednak Rada PUO opiniując zasadność zastosowania przepisu art. 119a OP w indywidualnych sprawach, ma prawo zająć stanowisko w kwestii właściwego rozumienia i stosowania przepisu art. 7 ustawy nowelizującej w kontekście ograniczeń narzuconych przez standardy konstytucyjne. W ocenie Rady PUO dokonane przez ustawodawcę rozstrzygnięcia intertemporalne muszą być zgodne z zasadą ustawowego charakteru podatku (art. 217 Konstytucji RP) oraz z zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP).
87. O retroaktywnym działaniu prawa mówimy wtedy, gdy nowe prawo stosuje się do zdarzeń „zamkniętych w przeszłości”, zakończonych przed wejściem w życie nowych przepisów. Nie można ustanawiać przepisów prawa, które wiązałyby skutki prawne ze zdarzeniami prawnymi mającymi miejsce w przeszłości, a w razie wątpliwości co do czasu obowiązywania ustawy należy przyjmować, co wielokrotnie było wyrażane w orzecznictwie, że każdy przepis normuje przyszłość a nie przeszłość (uchwała NSA z dnia 20 października 1997 r. sygn. akt FPK 11/97, ONSA 1998, nr 1, poz. 10) Z retrospektywnością prawa mamy do czynienia wtedy, gdy przepisy nowego prawa regulują zdarzenia bądź stosunki prawne o charakterze „otwartym”, ciągłym, takie, które nie znalazły jeszcze swojego zakończenia („stosunki w toku”),

które rozpoczęły się, powstały pod rządami dawnego prawa i trwają dalej, po wejściu w życie przepisów nowej ustawy (uchwała NSA z dnia 10 kwietnia 2006 r., I OPS 1/06, ONSAiWSA 2006, nr 3, poz. 71, podobnie wyrok TK z dnia 18 października 2006 r., P 27/05, OTK-A 2006, nr 9, poz. 124). W odniesieniu do retrospektywności i retroakcji trzeba podnieść dwie kwestie budzące wątpliwości. **Pierwsza kwestia** dotyczy możliwości zastosowania klauzul abuzywnych w stosunku do czynności opodatkowanych przed ich wejściem w życie. Mowa o stanach podatkowoprawnych „zamkniętych” i powstałych w dacie, w której nie obowiązywały komentowane przepisy, a które skutkowały powstaniem korzyści i opodatkowaniem dochodu przed wejściem w życie nowych przepisów. Przykładowo przed wejściem w życie klauzul abuzywnych nastąpiła wypłata dochodu (przychodu) od zysków kapitałowych i zastosowano zwolnienie podatkowe w stosunku do tak powstałego zobowiązania podatkowego i, w stosunku do którego upłynął termin zapłaty podatku. W takich wypadkach zastosowanie klauzuli w stosunku do „zamkniętych” stanów podatkowoprawnych oznaczałoby stosowanie prawa wstecz. W konsekwencji należy przyjąć, że przepisy antyabuzywne nie mogą być stosowane do stanów „zamkniętych”, gdyż sprzeciwia się temu zakaz retroakcyjnego stosowania przepisów prawa. Dlatego istnieją wątpliwości, czy przepisy antyabuzywne mogą mieć zastosowanie w stosunku w stosunku do korzyści podatkowych uzyskanych przed 15 lipca 2016 r. **Druga kwestia** dotyczy sytuacji, gdy określone czynności zostały podjęte przed wejściem w życie klauzuli antyabuzywej, ale jednocześnie cyklicznie po wejściu w życie nowelizacji występują sytuacje, które mogą skutkować uzyskaniem korzyści podatkowej. Tak jest przykładowo w sytuacji, gdy określona struktura kapitałowa o charakterze holdingowym została stworzona przed wejściem w życie komentowanych przepisów. Korzyści podatkowe mogą w takim układzie występować cyklicznie (np.

corocznie) w wyniku wypłat dochodów (przychodów) od zysków kapitałowych w formie dywidend.

88. Jak wspomniano wyżej art. 7 ustawy wprowadzającej ogólną klauzulę wskazuje, że ma ona zastosowanie do korzyści podatkowej uzyskanej po dniu wejścia w życie nowelizacji Ordynacji podatkowej, a więc po 15 lipca 2016 r. Jak wynika z analizy procesu ustawodawczego intencją projektodawcy było wprowadzenie przepisów, w wyniku których przy uwzględnieniu retrospektywnego ich stosowania nowe przepisy antyabuzywne obejmą stosunki prawne, które wprawdzie zostały nawiązane pod rządami dawnych przepisów, ale wówczas nie zostały jeszcze zrealizowane wszystkie istotne elementy tych stosunków (tzw. stany „otwarte”). Przepis art. 5 projektu stanowił, że „Przepisy art. 119a-119f ustawy zmienianej w art. 1 mają zastosowanie do czynności dokonanych po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”. Objasniając ów przepis w uzasadnieniu projektu Rząd przedstawił propozycję wykładni autentycznej tego unormowania głosząc, że: „Przepisy o klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania będą miały zastosowanie do czynności dokonanych po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy. Zakres czasowy stosowania ustawy został wyraźnie powiązany z dokonaniem czynności. Dla każdej czynności można ustalić konkretny moment, datę jej dokonania. Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania będzie stosowana do każdej czynności stanowiącej unikanie opodatkowania dokonanej pod rządami ustawy. Istotne będzie, kiedy (przed czy po wejściu w życie niniejszej ustawy) nastąpi moment dokonania czynności. Moment przygotowywania tej czynności nie ma żadnego znaczenia dla stosowania ustawy. Tak samo bez znaczenia jest, czy czynność stanowiąca unikanie opodatkowania została poprzedzona innymi czynnościami i ile tych czynności poprzedzających było”. Z kolei art. 7 ustalał, że ustawa wchodzi w życie po 30 dniach od dnia ogłoszenia. W tym względzie w rządowym projekcie zmian

ordynacji wyjaśniano: „Przewiduje się, że ustawa wejdzie w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia ustawy. W tym czasie podatnik powinien zaprzestać stosować sztuczne działania, które obecnie wykorzystuje do unikania opodatkowania. Celem projektowanych rozwiązań jest przede wszystkim prewencja. Trudno uznać w tej sytuacji istnienie „prawa nabytego” do kontynuowania unikania opodatkowania pod rządami nowej ustawy tylko dlatego, że wcześniej zostały wykreowane sztuczne mechanizmy działania”. Celem projektowanej regulacji intertemporalnej było zatem umożliwienie zastosowania nowych przepisów do stanów „otwartych”, a więc objęcie możliwością oceny nowych przepisów (ogólnej klauzuli) czynności podjętych przed wejściem w życie nowego prawa, a które skutkowały powstaniem korzyści podatkowej po wejściu w życie ogólnej klauzuli z art. 119a OP. Przepis przejściowy (art. 7 Ustawy zmieniającej) dotyczy „cyklicznych” korzyści podatkowych, a więc sytuacji, w których w skutek podjętych czynności zazwyczaj przed wejściem w życie ustawy zmieniającej Ordynację podatkową korzyść podatkowa pojawia się „cyklicznie” tj. np. w każdym roku podatkowym powstaje zobowiązanie podatkowe w obniżonej wysokości (wyrok 8 czerwca 2018r. sygn. III SA/Wa 2354/17). Można mieć wątpliwość, czy art. 7 Ustawy zmieniającej poprzez objęcie oceną działań podatnika podjętych przed wejściem w życie nowego prawa w rezultacie nie skutkowałoby złamaniem zasady zakazu retroakcji. Poszczególne elementy podatkowoprawnego stanu faktycznego składające się na unikanie opodatkowania (poza uzyskaniem korzyści podatkowej) wystąpiłyby przed wejściem w życie nowego prawa, zaś sama korzyść podatkowa po jego wejściu w życie. Przepis intertemporalny odnosi się do korzyści rozpoznanych po wejściu nowego prawa, ale uprzednio należałoby dokonać oceny co do sztuczności (oraz sprzeczności z celem ustawy) czynności podjętych przed wejściem tego prawa. Ocena dokonywana byłaby poprzez pryzmat wzorca nieistniejącego w

dacie dokonywania czynności, a to może budzić kontrowersje z uwagi na zasadę niedziałania prawa wstecz. W konsekwencji wobec niestwierdzenia niekonstytucyjności przedmiotowej normy intertemporalnej może być uzasadnione dokonanie takiej wykładni art. 7 Ustawy zmieniającej, która przy uwzględnieniu wykładni prokonstytucyjnej nadałaby jej sens. Zastosowanie przedmiotowych przepisów o charakterze retrospektywnym powinno skutkować konsekwencjami w stosunku do czynności w toku (wyrok z dnia 17 maja 2019r. sygn. II FSK 1596/17). Oznacza to w szczególności, że nie można wykluczyć interpretacji, zgodnie z którą podatnik mógł zainicjować podatkowopravny stan faktyczny przed wejściem w życie nowego prawa, ale zasadnicze elementy konstrukcji stwierdzenia unikania opodatkowania (sztuczny stan sprzeczny z celem ustawy skutkujący korzyściami podatkowymi) utrzymały się (trwały) pod rządami nowego prawa. Przyjmując taką interpretację, nie zostałyby zrealizowane wszystkie istotne elementy unikania opodatkowania, a które określone są przez art. 119a i nast. OP. W tym wypadku klauzula miałaby zastosowanie retrospektywne, ale w wyłącznie określonym skutku odnoszącym się do podstawowych elementów wynikających z normy antyabuzywnej.

89. Przenosząc powyższe na stan faktyczny sprawy, wskazać należy, że czynności dokonane zostały wyłącznie w celu osiągnięcia korzyści podatkowej polegającej na uniknięciu podatku dochodowego od sprzedaży akcji. Działania podjęte na podstawie przepisów prawa cywilnego i handlowego nosiły znamiona oczywistej sztuczności. Jedynym celem dokonanych operacji było osiągnięcie korzyści podatkowej poprzez wejście w posiadanie daniny należnej państwu (art. 84 Konstytucji RP), a to jak trafnie wskazuje wnioskodawca przypisy klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania służą niwelowaniu skutków takich inicjatyw. Poza sporem wydaje się być też zamiar sprzedaży firmy (...) w sposób

umożliwiający „przejęcie” podatku od uzyskanego z niej dochodu, drogą przetransportowania go bez podatku na konta osobiste właścicieli akcji. Jego realizacja nastąpiła z chwilą założenia pierwszej spółki celowej. To przygotowanie wehikułu umożliwiło zawarcie umowy zobowiązującej z przyszłym nabywcą. Następne działania stanowiły konsekwencje realizowania zamiaru i ostateczne zamknięcie opisanej operacji. Zobowiązanie podatkowe powstaje zawsze w konkretnym dniu, w którym następują określone okoliczności opisane przepisami ustaw podatkowych. Moment powstania zobowiązania podatkowego jest niezwykle ważny dla ustalenia odpowiedzialności podatkowej oraz okresów przedawnienia. To natomiast, jak wygląda ustalenie zobowiązania podatkowego, określa Ordynacja podatkowa w art. 21. W jego świetle zobowiązanie podatkowe (§ 1) powstaje z dniem zaistnienia zdarzenia (1), z którym ustawa podatkowa wiąże powstanie takiego zobowiązania. Zarazem zaś jeżeli przepisy prawa podatkowego nakładają na podatnika obowiązek złożenia deklaracji, a zobowiązanie podatkowe powstaje w sposób określony w § 1 pkt 1, podatek wykazany w deklaracji jest podatkiem do zapłaty. Z przepisu tego wynika wprost, że ustawodawca rozróżnia moment powstania zobowiązania podatkowego od momentu jego zapłaty. Likwidacja majątku spółki komandytowej, czyli innymi słowy moment, gdy byli właściciele akcji osiągnęli dochód z tytułu ich zbycia, była zdarzeniem istotnie kształtującym zobowiązanie podatkowe. Do końca roku kalendarzowego trwa rok gospodarczy umożliwiający dokonywanie dalszego obrotu środkami finansowymi uzyskanymi z dokonywanych transakcji. W roku podatkowym, pokrywającym się z rokiem gospodarczym, każdego dnia może wystąpić zdarzenie wpływające na wysokość zobowiązania podatkowego. Można wyrazić wątpliwości, czy utożsamianie ostatniego dnia roku podatkowego z momentem osiągnięcia korzyści podatkowej jest zasadne. Może bowiem budzić kontrowersje, czy korzyść ta nie

powstała wcześniej i w przypadku braku zeznania i wpłaty nie powinna być skorygowana na korzyść Skarbu Państwa za pomocą klauzuli o unikaniu opodatkowania. W opisywanej sytuacji wskutek ujawnienia w wyniku kontroli braku należnego podatku w początkach 2017 r. można mówić o utracie dochodów Skarbu Państwa. W konkluzji zatem nasuwa się stwierdzenie, że chociaż wskazany przez wnioskodawcę instrument byłby przydatny do zapobieżenia dokonanej „manipulacji”, jednakże problematyczny może być fakt, że instytucja klauzuli wprowadzona została po trzech miesiącach od dokonania ostatniej czynności w przedmiotowej sprawie. Ten zaś argument może mieć istotne znaczenie, jeżeli mamy przyznać rangę zasadzie, że prawo nie działa wstecz. Przeciwna jego interpretacja może się spotkać z ograniczeniami zawartymi w Konstytucji RP oraz w przepisach ustawy z dnia 20 lipca 2000 r o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz. U. 2000 Nr 62 poz. 718; ustawa o aktach). Konstytucja stanowi (art. 88 ust. 1), że warunkiem wejścia w życie ustaw, rozporządzeń oraz aktów prawa miejscowego jest ich ogłoszenie, natomiast zasady i tryb ogłaszania aktów normatywnych powierza ustawie (ust 2). W art. 4 in fine ustawy o aktach ustawodawca normuje minimalne terminy w jakich akty normatywne muszą wchodzić w życie, tworząc dla skrajnych przypadków wskazówkę interpretacyjną, uzależniającą ich na przykład niezwłoczne obowiązywanie od konieczności wykazania ważnego interesu państwa oraz ustalenia, czy zasady demokratycznego państwa prawnego nie stoją temu na przeszkodzie. Znaczenie dla opiniowanego wniosku może mieć natomiast art. 5 powołanej ustawy, który głosi, że przepisy art. 4 nie wyłączają możliwości nadania aktowi normatywnemu wstecznej mocy obowiązującej, jeżeli zasady demokratycznego państwa prawnego nie stoją temu na przeszkodzie. Można wyrażać obiekcje, że w takiej nadzwyczajnej sytuacji powołanie się w motywach aktu normatywnego na ważny interes państwa może nie

być wystarczające. W tych okolicznościach wykazanie przez ustawodawcę, że dla zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania, wobec minionych stanów faktycznych, nie ma przeszkód ze strony zasad demokratycznego państwa prawnego powinno nastąpić w uzasadnieniu do tekstu aktu normatywnego.

90. Ustawa zasadnicza za standard uznaje (art. 31 ust. 2) zasadę równości wszystkich wobec prawa. Z reguły tej należy wywodzić prawo do równouprawnienia, czyli równość wszystkich podmiotów w systemie prawa krajowego. W stosunku publicznoprawnym, jaki powstaje pomiędzy obywatelem a organem państwa, równość szans ma istotne znaczenie z punktu widzenia demokratycznego państwa prawnego, jeżeli ma ono urzeczywistniać zasady sprawiedliwości społecznej. W tym mieścić się będzie też przede wszystkim wyprzedzające stanowienie prawa. W stosunku, o którym tu mówimy, pojawia się, jako oczywistość, różnica interesów. Po prostu z innych źródeł wywodzi się interes publiczny a z innych interes indywidualnego obywatela.
91. O konieczności balansowania tych interesów pamiętał 60 lat temu ustawodawca pisząc w art. 7 Kpa, że załatwiając sprawę w postępowaniu administracyjnym organ zobowiązany jest mieć na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli. Przytoczona norma nie ma swego odpowiednika w Ordynacji podatkowej, chociaż zawarty w niej obowiązek ma rangę konstytucyjną.
92. W świetle standardów konstytucyjnych dopuszczenie retroaktywności czy też retrospekcji prawa podatkowego winno zależeć od tego jak daleko nowe prawo sięga wstecz oraz jakie przesłanki wiedzy o fakcie zmiany prawa oraz treści tej zmiany były dostępne jednostce (podatnikowi) przed ogłoszeniem tej

zmiany (oficjalną publikacją nowego aktu prawnego lub nowelizacji starego). Można argumentować, że ingerencyjny charakter norm prawa podatkowego w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności na straży których stoi przepis art. 2 Konstytucji RP (zasada praworządności, zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa) sprzeciwiają się możliwości zastosowania wobec podatnika klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania w sytuacji nieistnienia normy ją regulującej ani zapowiedzi jej wprowadzenia do obowiązującego prawa w czasie dokonywania przez niego czynności prawnych.

93. Reasumując, w przedmiotowych sprawach istnieją wątpliwości co do możliwości zastosowania przepisów Działu IIIa Ordynacji Podatkowej.