

KWARTALNIK
PRAWA PODATKOWEGO
1/2020





WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

KWARTALNIK PRAWA PODATKOWEGO 1/2020

Rada Naukowa:

Hanna Litwińczuk

Jerzy Małecki

Wiesława Miemieć

Petr Mrkývka

Redakcja:

Włodzimierz Nykiel – Redaktor Naczelny

Michał Wilk – Z-ca Redaktora Naczelnego

Jarosław Neneman – Redaktor statystyczny

Izabela Baran – Redaktor językowy

(język polski)

Mateusz Jaranowski – Sekretarz Redakcji

Wydawca:

Centrum Dokumentacji i Studiów Podatkowych
w Łodzi

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego



Redaktor inicjujący
Katarzyna Smyczek

Skład i łamanie
AGENT PR

Projekt okładki
Jakub Baraniak
Agencja Komunikacji Marketingowej efectoro.pl

© Copyright by Uniwersytet Łódzki – Centrum Dokumentacji i Studiów Podatkowych
Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2020

Printed in Poland

Redakcja
Centrum Dokumentacji i Studiów Podatkowych UŁ
90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12
tel. (42) 635 46 50; e-mail: kpp@uni.lodz.pl

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W.10391.21.0.C Cena zł 43,20 (w tym 8% VAT)
Ark. wyd. 4,1; ark. druk. 4,75

ISSN 1509-877X

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 665 58 63

SPIS TREŚCI

Artykuły

Hanna Majszyk Nowe przepisy dotyczące faktur korygujących <i>in minus</i> – uproszczenie rozliczania VAT dla podatników?	9
Katarzyna Knawa, Konrad Stolarski Hedging of price elements – regulatory and tax considerations	21
Tomasz Stachurski Głosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. I SA/Gd 316/20	45
Ziemowit Kukulski Protokół zmieniający bilateralną umowę podatkową Polski z Holandią w świetle stanowiska Polski wobec Konwencji wielostronnej oraz aktualizacji Konwencji Modelowej OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku z 2017 r.	55



Hanna Majszczyk*

NOWE PRZEPISY DOTYCZĄCE FAKTUR KORYGUJĄCYCH *IN MINUS* – UPROSZCZENIE ROZLICZANIA VAT DLA PODATNIKÓW?

Streszczenie. Główną tezą artykułu jest wskazanie, że wprowadzone z dniem 1 stycznia 2021 r. zmiany w przepisach o podatku od towarów i usług w zakresie obniżenia podstawy opodatkowania i wystawiania faktur korygujących *in minus*, wbrew przyjętym założeniom nie prowadzą do uproszczenia rozliczania podatku od towarów i usług – zwłaszcza po stronie nabywcy towarów i usług.

Nieprecyzyjność niektórych przepisów może prowadzić do zaburzenia pewności prawa i jego spójnej wykładni. Nowe rozwiązania mogą też prowadzić do zaburzenia symetryczności obciążenia podatkiem obu stron transakcji – termin dokonania korekty podstawy opodatkowania przez sprzedawcę nie jest skorelowany z obowiązkiem korekty podatku naliczonego przez nabywcę.

Słowa kluczowe: podatek od towarów i usług, faktura VAT, faktura korygująca *in minus*, odliczenie podatku

* Doradca podatkowy, ekspert Instytutu Odpowiedzialnych Finansów, ekspert Zespołu Doradców Komisji Zdrowia Senatu Rzeczypospolitej Polskiej X kadencji, of counsel w Kancelarii Prawniczej Stolarek i Wspólnicy, e-mail: hanna.majszczyk@wp.pl

Faktura VAT to w systemie podatku od towarów i usług (dalej: podatek VAT) dokument o szczególnym znaczeniu zarówno dla wykonującego czynności podlegające opodatkowaniu tym podatkiem (dalej: sprzedawca), jak i ich odbiorcy (dalej: nabywca). W pierwszym przypadku wystawienie faktury jest obowiązkiem podatnika – dokumentuje jego działania podlegające opodatkowaniu podatkiem VAT. W drugim przypadku dla nabywcy jest, co do zasady, dokumentem, którego otrzymanie warunkuje skorzystanie z podstawowego prawa podatnika VAT, jakim jest prawo do pomniejszenia podatku należnego o podatek naliczony przy nabyciu przez niego towarów i usług. Faktura ma fundamentalne znaczenie dla zachowania zasady neutralności podatku VAT. Dotyczy to również faktur korygujących.

Z początkiem 2021 r. weszły w życie istotne zmiany w zakresie wystawiania przez sprzedawcę faktur korygujących. Są one elementem zmian wprowadzonych w ustawie o podatku od towarów i usług¹ w ramach tzw. pakietu Slim VAT². Szczególnie istotne dla podatników zmiany dotyczą faktur korygujących związanych z obniżeniem podstawy opodatkowania podatkiem VAT lub podatku należnego. Motywem przewodnim dla wprowadzenia tych zmian – jak wynika z uzasadnienia ustawy – było uproszczenie zasad rozliczania podatku VAT przez podatników.

Czy nowe rozwiązania spełniają te założenia?

Nowe regulacje zdejmują wprawdzie z podatnika dokonującego korekty (obniżenia podstawy opodatkowania lub kwoty podatku należnego) obowiązek posiadania potwierdzenia otrzymania faktury korygującej przez nabywcę, ale w zamian wprowadzają inne warunki i procedury dla dokonania korekty.

Zmieniły się również zasady dotyczące obowiązku korekty podatku naliczonego przez nabywcę w związku z obniżeniem podstawy opodatkowania lub kwoty podatku należnego. Nastąpiło całkowite „oderwanie” tego obowiązku od momentu, w którym nabywca otrzyma fakturę korygującą.

¹ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 106 ze zm.), dalej: ustawa VAT.

² Pakiet został wprowadzony Ustawą z dnia 27 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r., poz. 2419), dalej: ustawa zmieniająca.

2. FAKTURY KORYGUJĄCE *IN MINUS*

Przepis art. 29a ust. 10 ustawy VAT wskazuje, że podstawę opodatkowania obniża się o:

- 1) kwoty udzielonych po dokonaniu sprzedaży opustów i obniżek cen;
- 2) wartość zwróconych towarów i opakowań, z zastrzeżeniem pewnych wyjątków określonych ustawą;
- 3) zwróconą nabywcy całość lub część zapłaty otrzymaną przed dokonaniem sprzedaży, jeżeli do niej nie doszło;
- 4) wartość zwróconych kwot dotacji, subwencji i innych dopłat o podobnym charakterze.

Uregulowania powyższe obowiązywały też do końca 2020 r. Zmianie uległy przepisy określające, kiedy, w związku z zaistnieniem powyższych okoliczności, następuje obniżenie podstawy opodatkowania i kwoty podatku należnego.

Obecnie, jak wynika z art. 29a ust. 13 ustawy VAT, w przypadkach, o których mowa wyżej, podatnik obniża podstawę opodatkowania podatkiem VAT (w konsekwencji podatek należny) lub podatek należny niezależnie od potwierdzenia przez nabywcę otrzymania faktury korygującej (jak wynikało to z przepisów obowiązujących do końca 2020 r.³). Obniżenia tego podatnik-sprzedawca dokonuje już w rozliczeniu za okres rozliczeniowy, w którym wystawił fakturę korygującą. Może jednak tego dokonać pod pewnymi warunkami:

- 1) z posiadanej przez podatnika dokumentacji musi wynikać, że uzgodnił on z nabywcą towarów lub usług warunki obniżenia podstawy opodatkowania dla dostawy tych towarów lub usług określone w fakturze korygującej oraz że warunki te zostały spełnione;
- 2) faktura korygująca jest zgodna z posiadaną dokumentacją, co oznacza, że podatnik powinien posiadać dokumenty potwierdzające ziszczenie się warunku dla dokonania korekty.

Wystawienie faktury korygującej *in minus*, zmniejszającej podstawę opodatkowania podatkiem VAT lub kwotę podatku należnego, wymaga zatem wystąpienia kilku przesłanek⁴:

³ W ustawie zmieniającej przewidziano i wprowadzono również przepisy przejściowe, które umożliwiają podatnikom, przy spełnieniu pewnych warunków, stosowanie przepisów obowiązujących przed 2021 r.

⁴ Zasady dotyczące korekty podstawy opodatkowania stosuje się odpowiednio w przypadku stwierdzenia pomyłki podatku na fakturze i wystawienia faktury korygującej do faktury, w której wykazano kwotę podatku wyższą niż należna (art. 29a ust. 14 ustawy VAT).

- uzgodnienia pomiędzy stronami transakcji okoliczności, warunków dokonania korekty *in minus*;
- faktycznego ziszczenia się tych okoliczności (warunków);
- posiadania przez podatnika stosownej dokumentacji, która potwierdza zarówno samo uzgodnienie, jak i faktyczne wystąpienie okoliczności – ziszczenie się warunków uzasadniających dokonanie korekty *in minus*⁵;
- wystawienia faktury korygującej zgodnej z posiadaną dokumentacją; w przypadku gdy w okresie rozliczeniowym, w którym została wystawiona faktura korygująca, podatnik nie posiada stosownej dokumentacji, obniżenia podstawy opodatkowania dokonuje za okres, w którym dokumentację tę uzyskał (art. 29a ust. 13 ustawy VAT).

Obniżenie podstawy opodatkowania i kwoty podatku nie jest już więc zależne od działania nabywcy (potwierdzenia otrzymania przez niego korekty), lecz od działania samego podatnika (sprzedawcy/dostawcy). Nie oznacza to jednak, że dokonanie takiej korekty jest łatwiejsze. W miejsce warunku otrzymania potwierdzenia odbioru faktury korygującej przez nabywcę wprowadzone zostały inne warunki i procedury, których spełnienie upoważnia do dokonania korekty: uzgodnienie z nabywcą okoliczności dla obniżenia podstawy opodatkowania, ziszczenie się warunków dokonania korekty, obowiązek gromadzenia formalnej dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków do obniżenia podstawy opodatkowania.

3. UZGODNIENIE

Nowe regulacje nie precyzują, jak ma wyglądać uzgodnienie pomiędzy sprzedawcą i nabywcą dotyczące warunków obniżenia podstawy opodatkowania. Z przepisów wynika, że obniżenie podstawy opodatkowania następuje, gdy sprzedawca m.in. uzgodnił z nabywcą (usługobiorcą) warunki obniżenia podstawy opodatkowania. Uzgodnienie powinno zatem zawierać warunki, kryteria, przesłanki czy okoliczności do obniżenia kwoty należnej (wynagrodzenia) wynikającej z pierwotnie wystawionej faktury.

⁵ Warunek posiadania takiej dokumentacji nie dotyczy eksportu towarów, wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów, dostawy towarów oraz świadczenia usług, dla których miejsce opodatkowania znajduje się poza granicami kraju, a także sprzedaży energii elektrycznej, gazu czy usług telekomunikacyjnych.

W przepisach nie jest też wskazana forma uzgodnienia – pisemna bądź ustna. Skoro jednak z posiadanej przez sprzedawcę dokumentacji ma wynikać, że takie uzgodnienie zostało dokonane, wydaje się, że powinno zostać zawarte w formie pisemnej, np. w umowie lub innym dokumencie (dopuszczalne jest tu również uzgodnienie w formie elektronicznej). W innym przypadku, tj. przy uzgodnieniu ustnym, i tak wymagane byłoby tworzenie przez sprzedawcę specjalnej dokumentacji potwierdzającej dokonanie takiego uzgodnienia i nie wiadomo, jak wówczas taka dokumentacja miałaby wyglądać. Na możliwość dokonania także ustnych uzgodnień wskazują Objasnienia podatkowe dotyczące Slim VAT⁶. W takim przypadku za najistotniejsze uznaje się zapewnienie odpowiedniej dokumentacji potwierdzającej ustne uzgodnienia. Jednocześnie wskazuje się, że sama notatka z przeprowadzonej rozmowy nie będzie wystarczającym dowodem dokonania uzgodnienia. Rozmowa musi być zapisana na nośniku, co może stanowić poważne utrudnienie. Przy takim podejściu ustne uzgodnienia przestają być już dla wielu podatników atrakcyjne.

4. ZAISTNIENIE OKOLICZNOŚCI DO DOKONANIA KOREKTY

Warunkiem dokonania korekty *in minus* jest nie tylko dokonanie stosownego uzgodnienia pomiędzy stronami transakcji co do okoliczności (warunków) dokonania korekty, ale także faktyczne wystąpienie tych okoliczności (spełnienie warunków). Co do zasady nie jest to wszakże nowy obowiązek. Również przed zmianą przepisów dokonanie korekty faktury *in minus* musiało się przecież wiązać ze ziszczeniem się okoliczności czy też warunków, które dawałyby podstawę dokonania tej korekty – nawet jeżeli nie były objęte formalnym uzgodnieniem. W nowych rozwiązaniach przewiduje się jednak dodatkowo obowiązek posiadania przez podatnika-sprzedawcę dokumentacji potwierdzającej dokonanie uzgodnienia z nabywcą co do okoliczności (warunków) korekty *in minus*.

⁶ Objasnienia podatkowe z dnia 23 kwietnia 2021 r. w zakresie pakietu rozwiązań „Slim VAT” oraz wybranych rozwiązań doprecyzowujących niektóre konstrukcje VAT wprowadzonych Ustawą z dnia 27 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r., poz. 2419).

5. DOKUMENTACJA

Sprzedawca powinien posiadać dokumentację, która potwierdza dokonane z nabywcą uzgodnienia co do okoliczności obniżenia podstawy opodatkowania, a także dokumentację, z której będzie wynikało, że te okoliczności faktycznie wystąpiły. Są to nowe obowiązki dla sprzedawcy, nowe wymagania księgowe.

Obowiązujące przepisy nie wskazują, jak ma wyglądać taka dokumentacja. W przypadku samego uzgodnienia będzie to umowa lub inny dokument. Natomiast dokumentacja potwierdzająca spełnienie warunków czy też zaistnienie okoliczności uzasadniających pomniejszenie podstawy opodatkowania będzie zależeć od treści uzgodnienia i wskazanych w nim okoliczności czy warunków do pomniejszenia podstawy opodatkowania. Dokumentacja ta może być zatem różna, adekwatna do wskazanych w uzgodnieniu okoliczności lub warunków.

6. WYSTAWIENIE FAKTURY KORYGUJĄCEJ

Nowe przepisy mogą budzić pewne wątpliwości odnośnie do momentu, w którym podatnik powinien wystawić fakturę korygującą *in minus*.

Jak wynika z przepisu art. 29a ust. 13 ustawy VAT, obniżenia podstawy opodatkowania dokonuje się z chwilą wystawienia faktury korygującej, która powinna być m.in. zgodna z posiadaną dokumentacją, co wskazywałoby, że faktura taka powinna zostać wystawiona wtedy, gdy podatnik jest w posiadaniu tejże dokumentacji. Z treści wskazanego przepisu wynika jednak, że dopuszcza się sytuacje, w których faktura korygująca *in minus* jest wystawiona pomimo braku stosownej dokumentacji potwierdzającej dokonanie uzgodnienia z nabywcą co do warunków obniżenia podstawy opodatkowania oraz dokumentacji potwierdzającej spełnienie tych warunków. W takim przypadku podatnik ma prawo do obniżenia podstawy opodatkowania/kwoty podatku należnego dopiero w rozliczeniu za okres, w którym będzie już taką dokumentację posiadał.

Taka konstrukcja przepisów nie ułatwia rozliczeń podatnika VAT. Wystawienie faktury korygującej (nawet przy ziszczeniu się okoliczności wynikających z uzgodnienia) nie będzie uprawniało do obniżenia podstawy opodatkowania i kwoty podatku w razie nieposiadania przez sprzedawcę stosownej dokumentacji dotyczącej uzgodnienia i spełnienia się warunków

(okoliczności) do pomniejszenia podstawy opodatkowania. Wówczas moment dokonania korekty przenosi się na okres, w którym niezbędne dokumenty zostaną przez podatnika zgromadzone.

7. KOREKTA PODATKU NALICZONEGO – NOWE OBOWIĄZKI DLA NABYWCY TOWARÓW I USŁUG

Do końca 2020 r. obowiązek nabywcy towarów lub usług pomniejszenia kwoty podatku naliczonego w związku z obniżeniem podstawy opodatkowania lub kwoty podatku należnego przez sprzedawcę był ściśle związany z otrzymaniem przez niego faktury korygującej od sprzedawcy. Były to rozwiązania jednoznaczne, a co za tym idzie – proste w stosowaniu. Wyjątek dotyczył sytuacji związanych z nieodebraniem faktury korygującej przez nabywcę i jednoczesnym posiadaniem przez niego wiedzy o zrealizowaniu transakcji zgodnie z warunkami wynikającymi z korekty, co wynika z art. 86 ust. 19b ustawy VAT w brzmieniu przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Zgodnie z nowymi zasadami (art. 86 ust. 19a ustawy VAT) w przypadku obniżenia podstawy opodatkowania lub stwierdzenia pomyłki w kwocie podatku na fakturze nabywca towarów lub usług jest zobowiązany do zmniejszenia kwoty podatku naliczonego w rozliczeniu za okres, w którym warunki do obniżenia podstawy opodatkowania dla dostawy towarów lub świadczenia usług zostały uzgodnione z dostawcą towarów (lub usługodawcą), jeśli przed upływem tego okresu warunki te zostały spełnione. Jeśli zaś warunki do obniżenia podstawy opodatkowania dla dostawy towarów (lub świadczenia usług) zostały spełnione po upływie okresu rozliczeniowego, w którym warunki te zostały uzgodnione, nabywca zobowiązany jest do pomniejszenia podatku naliczonego w rozliczeniu za okres, w którym warunki do pomniejszenia podstawy opodatkowania zostały spełnione.

Jeżeli podatnik będący nabywcą towarów lub usług nie obniżył wcześniej kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego wynikającego z faktury, której dotyczy pomniejszenie podstawy opodatkowania, a prawo do takiego obniżenia mu przysługuje, nabywca uwzględni zmniejszenie kwoty podatku naliczonego w rozliczeniu za okres, w którym dokonuje obniżenia podatku należnego o kwotę podatku naliczonego. Rozwiązanie to wynika z faktu, że podatnik może obniżyć kwotę

podatku należnego o kwotę podatku naliczonego w jednym z czterech miesięcznych okresów rozliczeniowych.

Terminu korekty podatku naliczonego przez nabywcę nie wyznacza już zatem otrzymanie faktury korygującej, ale spełnienie warunków wynikających z uzgodnienia co do obniżenia podstawy opodatkowania.

Przepis art. 86 ust. 19a ustawy o VAT może jednak budzić wątpliwości w odniesieniu do jego właściwej interpretacji. Stanowi on, że „w przypadku obniżenia podstawy opodatkowania, o którym mowa w art. 29a ust. 13”, nabywca jest zobowiązany do dokonania korekty podatku naliczonego. Przepis art. 29a ust. 13 ustawy o VAT wiąże natomiast obniżenie podstawy opodatkowania przez sprzedawcę z wystawieniem przez niego faktury korygującej, a co więcej – z posiadaniem przez niego właściwej dokumentacji dotyczącej uzgodnienia i ziszczenia się warunków do obniżenia podstawy opodatkowania.

Powstaje zatem wątpliwość, czy nabywca powinien dokonać korekty podatku dopiero po ziszczeniu się wszystkich warunków do obniżenia przez sprzedawcę podstawy opodatkowania.

Przepis art. 86 ust. 19a ustawy VAT jest bez wątpienia wewnętrznie niespójny. Z jednej strony odnosi się do przypadków, w których obniżono podstawę opodatkowania – co zasadniczo wiąże się z wystawieniem faktury korygującej przez sprzedawcę i posiadaniem przez niego stosownej dokumentacji, a z drugiej jednocześnie wskazuje, że nabywca dokonuje korekty podatku naliczonego, co do zasady, już w rozliczeniu za okres, w którym spełnione zostaną warunki do obniżenia podstawy opodatkowania wynikające z uzgodnienia.

Tymczasem okres, w którym dokonano obniżenia podstawy opodatkowania (sprzedawca wystawił fakturę korygującą i posiada stosowną dokumentację potwierdzającą uzgodnienie warunków obniżenia podstawy opodatkowania i ziszczenie się tych warunków), oraz okres, w którym ziszczyły się okoliczności lub warunki wynikające z uzgodnienia dla obniżenia podstawy opodatkowania, nie muszą być przecież tożsame. Dzieje się tak wówczas, gdy sprzedawca wystawi korektę po zakończeniu okresu rozliczeniowego, w którym ziszczyły się warunki do obniżenia podstawy opodatkowania wynikające z uzgodnienia.

Faktury korygujące powinny być, co do zasady, wystawione niezwłocznie po zaistnieniu okoliczności uzasadniających ich wystawienie. Można jednak wyobrazić sobie sytuacje, w których warunki wynikające z uzgodnienia dla dokonania obniżenia podstawy opodatkowania ziszczyły się ostatniego lub przedostatniego dnia miesiąca, a faktura korygująca zostanie

wystawiona przez sprzedawcę np. pierwszego lub drugiego dnia następnego miesiąca. W takim przypadku obowiązek korekty podatku naliczonego przez nabywcę wystąpiłby wcześniej niż obniżenie podstawy opodatkowania i podatku należnego przez sprzedawcę.

Przyjęcie interpretacji, zgodnie z którą nabywca przystępuje do korekty podatku naliczonego dopiero po faktycznym obniżeniu podstawy opodatkowania przez sprzedawcę, wiązałoby się przede wszystkim z nałożeniem na nabywcę ciężarów, których spełnienie wpływa na prawidłową realizację jego ustawowych obowiązków związanych z korektą podatku naliczonego. Dokonanie korekty podatku uzależnione byłoby od posiadania przez nabywcę wiedzy co do zachowania sprzedawcy. Poza tym, czemu miałyby to służyć, skoro druga część omawianego przepisu art. 86 ust. 19a ustawy VAT wyraźnie wiąże obowiązek dokonania korekty podatku naliczonego przez nabywcę wyłącznie ze spełnieniem warunków wynikających z zawartego uzgodnienia. Wstrzymywanie się z korektą do czasu wystawienia faktury korygującej przez sprzedawcę (przy założeniu, że nabywca będzie wiedział, kiedy to nastąpi) mogłoby prowadzić jedynie do powstania zaległości i odsetek w związku z opóźnieniem w dokonaniu korekty podatku naliczonego – w sytuacji gdy faktura korygująca zostanie wystawiona w okresie innym niż spełnienie warunków wynikających z uzgodnienia.

Odwołanie się w przepisie art. 86 ust. 19a ustawy VAT do przypadku obniżenia podstawy opodatkowania, a zatem przypadku, w którym **nastąpiło** obniżenie podstawy opodatkowania, może wskazywać na próbę zachowania korelacji pomiędzy terminem dokonania obniżenia podstawy opodatkowania przez sprzedawcę a terminem, w którym nabywca musi skorygować podatek naliczony. Korelacja taka jednak nie wystąpi, gdy termin wystawienia faktury korygującej i zgromadzenia stosownej dokumentacji przez sprzedawcę nie ma miejsca w okresie, w którym ziszczyły się warunki wynikające z samego uzgodnienia.

Pomimo pewnej niespójności omawianych przepisów to wszakże moment spełnienia warunków do obniżenia podstawy opodatkowania (wynikających z zawartego uzgodnienia) wyznacza moment do dokonania przez nabywcę korekty podatku naliczonego.

Wskazują na to również „Przykłady stosowania nowych zasad rozliczania faktur korygujących *in minus* wraz z omówieniem” zawarte w Objasnieniach podatkowych dotyczących Slim VAT. W przykładach tych wiąże się moment powstania obowiązku dokonania korekty podatku naliczonego ze ziszczeniem się warunków do obniżenia podstawy opodatkowania

wynikających z uzgodnienia, a nie ze spełnienia przez sprzedawcę wszystkich warunków do faktycznego obniżenia podstawy.

Znamienne jest jednak to, że we wszystkich przykładach podanych w Objaśnieniach podatkowych dotyczących Slim VAT sprzedawca wystawił fakturę korygującą dokładnie w miesiącu, w którym ziściły się warunki wynikające z uzgodnienia.

Uwzględniając powyższe, „oderwanie” obowiązku dokonania korekty podatku naliczonego przez nabywcę od otrzymania faktury korygującej od sprzedawcy nie stanowi dla nabywcy uproszczenia w dokonaniu prawidłowej korekty podatku naliczonego. Wiąże się też z ryzykiem nieprawidłowego rozpoznania momentu dokonania korekty podatku naliczonego. Ponadto może się wiązać z koniecznością pomniejszenia przez nabywcę podatku naliczonego, podczas gdy podstawa opodatkowania (wynagrodzenie) w danym okresie (lub w ogóle) nie została przez sprzedawcę obniżona. Sytuacja może okazać się bardziej skomplikowana, gdy pomiędzy stronami transakcji wystąpi spór co do ziszczenia się przesłanek (warunków) obniżenia podstawy opodatkowania i sprzedawca nie będzie wystawiał korekty faktury co do zasady. Przepisy są niespójne, a przez to rodzą wątpliwości w zakresie ich prawidłowej interpretacji i zastosowania.

8. PODSUMOWANIE

Nowe rozwiązania dotyczące zasad pomniejszania podstawy opodatkowania i wystawiania faktur korygujących *in minus* wprawdzie zmieniły w sposób istotny obowiązki obu stron transakcji podlegających opodatkowaniu podatkiem VAT, to jednak nie przyczyniły się znacząco (lub w ogóle) do uproszczenia rozliczenia tego podatku przez podatników w związku z korektą. Pewne uproszczenie dotyczy jedynie sprzedawcy, który może dokonać korekty podstawy opodatkowania i kwoty podatku bez potwierdzenia otrzymania faktury korygującej przez nabywcę. Pozytywny efekt zmian w tym zakresie dla sprzedawcy został jednak nieco zniwelowany w wyniku wprowadzenia innych warunków do dokonania korekty (zawieranie uzgodnień w zakresie obniżenia podstawy opodatkowania z nabywcą, gromadzenie stosownej dokumentacji potwierdzającej zawarte uzgodnienie oraz spełnienie warunków do dokonania korekty). Nowe przepisy niosą też wiele wątpliwości interpretacyjnych odnośnie do momentu wystawienia faktury korygującej.

Ciężar i ryzyko podatkowe związane z korektami podstawy opodatkowania VAT i kwoty podatku należnego *in minus* zdecydowanie zostały

przesunięte w kierunku nabywcy. „Oderwanie” korekty podatku naliczonego przez nabywcę od otrzymania faktury korygującej wymusza bieżące śledzenie wszystkich zapisów umów związanych z ewentualnym obniżeniem podstawy opodatkowania, uzgodnień i okoliczności oraz terminów związanych z realizacją tych umów i uzgodnień. Niesie to za sobą pewne ryzyko właściwego rozpoznania momentu, w którym należy dokonać korekty podatku naliczonego – zwłaszcza przy sporze pomiędzy podatnikami co do ziszczenia się warunków do obniżenia podstawy opodatkowania.

Nowe rozwiązania dotyczące warunków dokonania korekty podstawy opodatkowania lub podatku należnego u sprzedawcy (*in minus*) nie są w pełni skorelowane z rozwiązaniami w zakresie obowiązku pomniejszenia podatku naliczonego przez nabywcę. Może to prowadzić do sytuacji, w których korekta podatku naliczonego przez nabywcę powinna zostać dokonana w okresie wcześniejszym niż zmniejszenie podstawy opodatkowania i kwoty podatku należnego przez sprzedawcę. Niewątpliwie prowadzi to do nadmiernego obciążenia nabywcy ciężarem podatku VAT i rodzi wątpliwości dotyczące zachowania neutralności tego podatku.

Wprowadzone rozwiązania są ponadto niespójne, co przekłada się na pewne wątpliwości w zakresie ich prawidłowej interpretacji.

BIBLIOGRAFIA

- Matarewicz J., *Najważniejsze zmiany w ramach pakietu Slim VAT – próba oceny zaproponowanych rozwiązań*, LEX/el. 2020.
- Rogowska-Rajda B., Tratkiewicz T., *Prawo do odliczania VAT w świetle orzecznictwa TSUE*, Warszawa 2018.

NEW REGULATIONS ON *IN MINUS* CORRECTION INVOICES – SIMPLIFICATION OF VAT SETTLEMENT FOR TAXPAYERS?

Summary. The main thesis of the article is that the changes introduced as of January 1, 2021 in the act on tax on goods and services in terms of lowering the tax base and issuing corrective invoices in minus, contrary to the adopted assumptions, do not simplify the settlement of tax on goods and services – especially on the side of the buyer of goods and services.

The imprecision of some regulations may lead to a disturbance of legal certainty and its consistent interpretation. The new solutions may also lead to a disturbance of the symmetry of the tax burden on both parties to the transaction – the deadline for making the tax base adjustment by the seller is not correlated with the obligation to correct the tax charged by the buyer.

Keywords: value added tax, VAT invoice, corrective invoice in minus, tax deduction

Katarzyna Knawa*
Konrad Stolarski**

HEDGING OF PRICE ELEMENTS – REGULATORY AND TAX CONSIDERATIONS

Summary. Due to the fact that the market price of raw materials has indirect or even direct impact on goods and services' price, hedging of price elements play a key role in a successful business. The purpose of this article is to present available instruments to address or even eliminate raw material price level insecurity, in particular through the acquisition off financial instrument, like derivatives. The purpose of this article is also to present the theoretical tax implications of hedging of price elements, and to analyse cash flows as a price adjustment mechanism.

Keywords: MIFID2, hedging, derivatives, tax, financial supervision

1. INTRODUCTION

It is far from controversy to state that the market price of raw materials has an impact on that of practically all goods and services. The scale of such impact naturally varies, dependent of the character and segment

* Tax advisor, counsel at FinTaxLegal Długosz Stolarski, Radcowie Prawni Spółka Partnerska, e-mail: katarzyna.knawa@fintaxlegal.com

** Attorney-at-law, partner at FintaxLegal Długosz Stolarski, Radcowie Prawni Spółka Partnerska, e-mail: konrad.stolarski@fintaxlegal.com

of business and can be both direct as well as indirect. By way of example a shift in oil barrel price can result in the same not only in relation to the price of products offered by refineries and manufacturers or producers of oil-derivative products, but also in relation to the price of intangibles. This is due to the fact that practically the whole global economy is tied to the availability of oil-related or dependent products or services, one way or the other. Crude oil has therefore practically always been a source of business insecurity, which increased even further along with the volatility triggered by the significant reduction in crude oil prices in the second half of 2014.¹

Due to the 'universal' character of oil, its example is a rather irreplacable paneconomic price tying mechanism. Nevertheless the price of also other raw material is a pricing policy factor in many segments of the economy. The volatility of price of other commodities also influences costs of sales. In case of businesses where tangible raw material resources constitute an essential element for the delivery or production of the end product, the price at which the entrepreneur is able to acquire resources has a direct impact on the scale of profitability of the business as a whole.² For these reasons, such entrepreneurs face obvious financial risks due to their high debt to equity ratio structure and the nature of the trade of raw materials. Such risk furthermore increases in line with other factors, e.g. the volume of the enterprise itself, length of contract or investment, time thereof and also the scale in which an entrepreneur is forced to rely on raw materials. In Poland for instance, during the pre-Euro 2012³ investment boom, the rapid increased market need for steel and other materials and the simultaneous high volatility of their prices caused extreme problems for entrepreneurs and were one of the reasons of a series of bankruptcies of construction companies engaged in the investment process.⁴ On the market of construction

¹ See B. Łamasz, N. Iwaszczuk, O. Ivashchuk, *Selected Methods of Securing the Refining Sector Against Crude Oil Price Fluctuations*, "International Journal of Management and Economics" 2018, no. 54(3), p. 198, <https://doi.org/10.2478/ijme-2018-0020>

² See also H. Moheb-Alizadeh, R. Handfield, *The Impact of Raw Materials Price Volatility on Cost of Goods Sold (COGS) for Product Manufacturing*, "IEEE Transactions on Engineering Management" 2018, vol. 65, iss. 3, p. 1.

³ The 2012 UEFA European Football Championship, commonly referred to as UEFA Euro 2012 was the 14th European Championship for men's national football teams organized by UEFA in Poland and Ukraine.

⁴ On that topic in the context of the construction of highways see J. Kaliński, "Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace" 2013, no. 13, p. 160, <https://doi.org/10.33119/KKESiP.2013.1.6>

projects and most other markets where access and price of raw materials play a key role, the most obvious way to address this risk is to introduce appropriate indemnification or remuneration adjustment clauses in the contract. The downside of this mechanism is however that the possibility of introduction of such provisions is vastly dependent of the bargaining power of the particular contract side and secondly, this does not (at least not fully) address unforeseen circumstances that can affect raw materials pricing (e.g. disruption supplies due to military conflicts or global pandemic like the COVID-19).⁵ For these reasons entrepreneurs in many cases also seek other ways to address or even eliminate raw material price level insecurity. This can be done through efficient product costing and inventory valuation, but also through contracting with third parties, e.g. insurance companies – by purchasing insurance products – or financial institutions through the acquisition of financial instruments, like derivatives. The situation becomes even more complex for group of companies where a specialized entity engages in hedging prices for the other companies to use the benefits of scale, increase negotiating powers or to cut costs of processing through centralization.

In such cases, due diligence is however required, as the legal construction and contractual setup of price risk management instruments may have a direct impact on their regulatory and tax qualification and in consequence on regulatory and tax obligations of the entrepreneur.

2. HEDGING AS A FINANCIAL RISK MANAGEMENT MECHANISM

As a financial risk management strategy, hedging at the firm level can create value to the benefit of shareholders, in the presence of real-world capital market imperfections, such as direct and indirect costs of financial distress, costly external financing, and taxes.⁶ Economic and legal literature also widely points to high investment opportunities for the company as

⁵ See also G.P. Moynihan, M. Ammar Al-Zarrad, *Application of Hedging Principles to Materials Price Risk Mitigation in Construction Projects*, “International Journal of Construction Engineering and Management” 2015, no. 4(5), p. 181.

⁶ A. Butnariu, F.A. Luca, A. Apetrei, *Mitigating Financial Risk by Using Hedging Strategies*, “SEA – Practical Application of Science” 2018, vol. 6, iss. 16, p. 78. On financial distress reduction as a objective of company level hedge contracts see also J. Graham, D. Rogers, *Do Firms Hedge in Response to Tax Incentives?*, “Journal of Finance” 57(2), pp. 815–839, <https://doi.org/10.1111/1540-6261.00443>

exemplary rationale behind hedging.⁷ The market of derivatives provides for entrepreneurs several alternative products aimed at management of raw material price fluctuation, the most popular of which are forward and future contracts. By way of example, a copper cable producer through concluding a future or forward contract with a financial institution on copper (i.e. by hedging against copper price fluctuation) is able to secure his interests and eliminate risks arising from a contract with a contractor on the basis of which he is obliged to deliver a large quantity of products throughout a long period of time, where all of them are agreed at a up front price. Hedging with the use of forwards or futures can be performed as static or dynamic. In the static variation the entrepreneur may up front determine potential losses or profits within the timeline of the execution of the contract, whereas dynamic hedging consists in the securing from ongoing changes in the price of the base instrument, and its objective is to design the portfolio of base instruments and forwards or futures in such a manner so that the changes in the prices of base instruments be compensated by the changes of the prices of the futures.⁸ In all cases however the idea on which a hedge is performed can be explained on the simple rule “let the loss on the transaction of the base instrument reflect the gain on the transaction on the derivative – and *vice versa*.”⁹

3. HEDGING OF PRICE ELEMENTS IN A DELIVERY OR SALES CONTRACT

The most simple and common situation where raw material fluctuation is addressed through the conclusion of a hedge contract is where a producer independently decides to conclude such a contract with a financial institution on its own behalf and at its own will and risk. Contractual freedom allows parties to shape an e.g. delivery contract¹⁰ or a project construction contract (for ease of reference henceforth jointly

⁷ G. Allayannis, E. Ofek, *Exchange Rate Exposure, Hedging, and the Use of Foreign Currency Derivatives*, “Journal of International Money and Finance” 2021, vol. 20, iss. 2, pp. 273–296, [https://doi.org/10.1016/S0261-5606\(00\)00050-4](https://doi.org/10.1016/S0261-5606(00)00050-4)

⁸ R. Węgrzyn, *Kontrakty terminowe i opcje. Arbitraż, wycena, spekulacja, hedging*, Kraków 2019, p. 55. On differences between hedging of forward and future contracts see also M. Bartkowiak, K. Eschaust, *Instrumenty pochodne. Wprowadzenie do inżynierii finansowej*, Poznań 2019, pp. 66–69, 82–87.

⁹ T. Nieborak, *Pochodne instrumenty finansowe. Aspekty prawnopodatkowe*, Warszawa 2004, p. 133.

¹⁰ I.e. a delivery contract within the meaning of art. 605 of the Polish Civil Code.

as “Sales Contract”), where the price element is at least partially tied with the market price of raw materials on which that product is based (be it copper, aluminium or steel) and impose an obligation on either of the parties to the Sales Contract to perform hedging and acquire a particular derivative. What is more, since raw material prices fluctuate through time and the cooperation between a seller and buyer is most often ongoing, reference to the raw material price in the price of the product may be performed through an ex post price adjustment. Such price adjustment associated with the raw material price may be furthermore based on the performance of a hedge contract concluded by either party (i.e. both the seller as well as the buyer) and take the form of e.g. and ex post settlement periodical reconciliation. As however such reconciliation is often performed ex post, i.e. when the products or services have already been delivered, there remains a practical (i.e. legal and tax) problem how exactly should such reconciliation be qualified, settled and taxed. What is more, due to the fact that an element of the product price is ultimately determined ex post and settled through the process of reconciliation reflecting the performance of a hedge contract concluded by one of the parties, there is risk that such settlement may suggest it being a settlement of an autonomous hedge transaction between both parties. Such interpretation and conclusion should however be qualified as extensive and reaching too far. This is in particular due to the fact that it would require making either of the two following assumptions:

- the Sales Contract is itself a financial derivative contract or
- the parties of the Sales Contract entered into a separate oral hedge contract beyond the Sales Contract.

The first assumption is erroneous due to the fact that it is detached from the full context and subject of the contract which is the sale and delivery of a particular products. The hedging mechanisms are therefore contained not in the contract itself but in independent hedge contract. The Sales Contract in this respect only refers to the results of the hedge (performance of the hedge contract) which are to be reflected in the final price of the product through an ex post price adjustment mechanism. Both the first as well as the second assumption are furthermore groundless also due to the fact that they require additionally assuming that the terms of a relatively complex and specialist derivative transaction are left unregulated or regulated orally. This would be against market standards, in particular the standards of the International Swaps and Derivatives

Association (“ISDA”)¹¹ and without any reference to the ISDA derivative contract templates without any reference to the wording, mechanisms and content of the actual hedge contracts concluded by either party to the Sales Contract in the first place.

4. HEDGING OF PRICE ELEMENTS IN A SALES CONTRACT – REGULATORY IMPLICATIONS

In light of the regulatory qualification of the hedging reference mechanisms in the Sales Contracts, provisions of law which should be taken into consideration are contained above all in the Polish act on trade in financial instruments (“TFIL”)¹², which is one of the legal acts transposing the MIFID2¹³ into the Polish legal system. The TFIL regulates the principles, procedures, and conditions for undertaking and conducting operations in the scope of trading in financial instruments, the rights and obligations of entities participating in such trading and supervision performed in this respect by the Polish Commission of Financial Supervision (“KNF”). Then extent in which the actions undertaken by a party to a Sales Contract would therefore involve any form of investment intermediation/brokerage (pl. *działalność maklerska*) such party would be required to apply for and obtain a KNF license for such activity and become a regulated entity.¹⁴

The scope of activity qualified as brokerage is defined in art. 69 of the TFIL and covers:

- receiving and transmitting orders to buy or sell financial instruments;
- the execution of orders referred to in item 1, to the account of the principal;
- purchasing or selling financial instruments on its own account;
- managing portfolios that include one or more financial instruments;

¹¹ See e.g. ISDA Legal Guidelines for Smart Derivatives Contracts: Interest Rate Derivatives of February 11th 2020, available at <https://www.isda.org/a/I7XTE/ISDA-Legal-Guidelines-for-Smart-Derivatives-Contracts-IRDs.pdf>

¹² Polish act of 29 July 2005 on trade in financial instruments (Dz.U. (Polish official journal) 2020, item 89).

¹³ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU.

¹⁴ *Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi*, [in:] *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, eds M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Warszawa 2018, p. 902.

- investment advice;
- offering financial instruments;
- rendering of services in performance of concluded underwriting agreements or conclusion and performance of other contracts of a similar nature, if their subject is financial instruments;
- running alternative systems of trade;
- running organized platforms of trade.

It remains beyond doubt that a hedge contract itself can be qualified as a financial instrument within the meaning of art. 2.1 of the TFIL and respectively art. 4.15) of the MIFID2. For this reason, it is necessary to determine whether it is possible to qualify any of the activities performed by Sales Contract parties in relation to it, as brokerage. The majority of the activities constituting brokerage encompass various forms of intermediation of the broker in the process of the conclusion of a financial instrument agreement by one party with the other. This engagement may be in particular direct, where the broker acts in his capacity close to an attorney executing certain legal actions on behalf of a party, taking the form of e.g.:

- receiving and transmitting orders to buy or sell financial instruments;
 - execution of orders referred to in item 1), to the account of the principal;
 - managing portfolios that include one or more financial instruments;
- or indirect, where the broker assists a party in undertaking his investment decision or provides such party with adequate conditions and environment to make some decision, in particular by:
- investment advice;
 - offering financial instruments.

In all of the aforementioned scenarios, the broker however always legally acts either on behalf of another party or for the benefit thereof. Despite the fact that a Sales Contract may impose an obligation for one of its parties to acquire a particular derivative and perform hedging, there are no grounds to assume that such an obligation establishes any form of intermediary relationship between them. This is naturally as long as the hedge contract remains an independent legal relationship from the Sales Contract and is entered into independently, without the intermediation of the other party.

Even though a party of a Sales Contract enters into hedge contracts on its own behalf, a hypothetical scenario where it could be considered as engaging in brokerage could occur under art. 69.2.3) of the TFIL. The activity of “purchasing or selling financial instruments on its own account” referred to in art. 69.1.3) of the TFIL is defined in detail in art. 74d of the

TFIL as “purchase or sale of financial instruments that can be performed using other operations having equivalent effects, in particular for the purpose of acting as the market maker or in order to execute a client order”. The legal definition differs therefore from that of art. 4.1.6) of the MIFID2, pursuant to which “dealing on own account” means trading against proprietary capital resulting in the conclusion of transactions in one or more financial instruments”. Despite the aforementioned differences in the wording of the definitions, both the TFIL and the MIFID2 clearly make reference to the activity of dealing of financial instruments, i.e. concluding contracts and making purchases with own funds and at own risk of the dealer. It is one of the most traditional trading activities and was developed historically before financial intermediation, fund management or regulated market trade appeared in the form they are known today. Dealing on own account in this respect may be broken down into the simple idea of “buying something on your own behalf at a cheaper price and selling the same thing subsequently at a higher price”.¹⁵ In order therefore for any purchase of financial instruments to be qualified as brokerage it should be performed with the ultimate objective of “selling” to a third party. In case of a derivative financial instrument dealing on own account would amount to a situation where a previously acquired financial instrument is “forwarded” to a third Party. The Sales Contracts could therefore potentially be treated as financial instruments, should they result in one party to the Sales Contract concluding derivative transactions with the other. This is in particular due to the currently wide understanding and definition of derivative contracts in market practice and applicable provisions of law.¹⁶

¹⁵ K. Zacharzewski, *Obrót instrumentami finansowymi w reżimie świadczenia usług maklerskich*, [in:] *System Prawa Handlowego*, vol. 4, ed. M. Stec, Warszawa 2016, p. 1198.

¹⁶ By way of example Section C.6 of Annex I to the of the MIFID2 qualifies as financial instruments: derivative contracts relating to commodities that must be settled in cash or may be settled in cash at the option of one of the parties other than by reason of default or other termination event and Section C.10 of Annex I to the of the MIFID2 derivative contracts relating to climatic variables, freight rates or inflation rates or other official economic statistics that must be settled in cash or may be settled in cash at the option of one of the parties other than by reason of default or other termination event, as well as any other derivative contracts relating to assets, rights, obligations, indices and measures not otherwise mentioned in this Section, which have the characteristics of other derivative financial instruments, having regard to whether, inter alia, they are traded on a regulated market, OTF, or an MTF. The scope of the definition of furthermore to an even broader in the Commission Delegated Regulation (EU) 2017/565 of 25 April 2016 supplementing

When a Sales Contract gives rise to a cash settlement by reference to a commodity (raw materials), this at least *prima facie* may show similarities to the financial instrument definitions of the MIFID2 (especially Section C.6 of Annex I to the of the MIFID2) and the MIFIR. Literal interpretation cannot however be the only one applied to the content of a contract. Art. 65 § 1 of the Polish Civil Code clearly states the principles of interpreting declarations of will in contracts differ in comparison to the principles of interpretation of legal acts, i.e. orders that in relation to the former, primacy be given to the intention of the parties and the purpose of the contract, whereas literal meaning should be analyzed only as the last and final option.¹⁷ It is clear that in the scenario discussed in this article a contracting party enters into a hedge contracts to address its own business and financial needs, i.e. above all in order to minimize the risks associated with the fluctuation of the prices of the raw materials. The very same objective lays behind the hedge contract performance being used as a product price adjustment mechanism in a Sales Contract. Making a partial reference to the product price which in consequence gives rise to a price adjustment, does not however constitute concluding by the parties of the Sales Contract thereby a derivative financial instrument transaction. For these reasons neither the “purchase of”, i.e. entering into a hedge contracts nor the entering into a Sales Contract and its subsequent settlement cannot be qualified as purchasing or selling of financial instruments (dealing) on own account within the meaning of art. 69.2.3) of the TFIL and art. 4.1.6) of the MIFID2.

5. HEDGING OF PRICE ELEMENTS IN A SALES CONTRACT – TAX IMPLICATIONS

5.1. Perception of supply as the source of concern

In order to discuss tax implications of hedging we will use production as an example to illustrate how hedging melts into any business process or contract. The remarks used as this example however will be accurate also

Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council as regards organisational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive (“MIFIR”).

¹⁷ See e.g. judgment of the Polish Supreme Court of June 8th 1999, II CKN 379/98 along with a approbatory comment of Z. Radwański, OSP 2000, no. 6, item 92; R. Trzaskowski, [in:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, ed. J. Gudowski, Gdańsk 2018, Art. 65.

for any other type of supply, further supply of goods or services as long as hedging is part of wider picture and is not intended to be supply of a financial service on a stand alone basis as explained in the first part of this article.

A typical producer in order to deliver goods to its clients will usually need to:

- 1) design the production process;
- 2) hire staff;
- 3) order raw materials;
- 4) produce goods;
- 5) provide transportation if applicable.

It is expected that any costs of these actions will be incorporated into the price for which the goods are sold to the customers. Some of those costs will be of fixed nature, whereas some will depend on the number of products to be delivered. The final price is also expected to secure a profit and thus a mark-up will be usually added by the producer.

It is however also market practice not only to calculate the price on the basis of actual costs but also to make sure that these costs (especially variable costs) remain at a certain level. Hedging in finance (costs accounting) is a “trading strategy that leaves one indifferent to market outcomes”.¹⁸ This strategy can be achieved through different means, including trading financial instruments such as futures, forwards, options, etc. which will either impact an overall financial position of the producer or specific costs borne by them.

In most cases the producers will choose to enter into hedging contracts with financial institutions namely banks with intention to address fluctuation of their production costs.

The reflection of that strategy that will leave them indifferent to market outcome in many cases will be embedded in a fixed price for the products. In some cases however it is up to the client and producer to decide together on the hedging strategy or even to have the client instruct the producer about the actions to undertake in order to secure the best results.

¹⁸ *Hedging*, [in:] *Encyclopedia of Operations Research and Management Science*, eds S.I. Gass, M.C. Fu, Boston 2013, https://doi.org/10.1007/978-1-4419-1153-7_200286

5.2. Cash flows

As mentioned above there is no doubt in terms of hedging cost adjustment treatment in case this is embedded in the price (regardless if the price is fixed or variable). The question however arises in case when there are additional cash flows that are a result of hedging settlement between the producer and their client.

To reflect that impact on the price, specific cash flows must occur. Either from the producer to the client or *vice versa*. The direction of the flow is a consequence of:

- initial price level,
- final price of raw materials used for production and
- the result of the hedging contract performance and outcome.

If the raw material price goes up, the payment flows from the producer to the client to make sure that the products price remains flat despite higher price of the raw material. If the price of raw materials goes down the cash flow is from the client to the producer to again flatten the final price of the product.

6. GENERAL REMARKS

Such cash flows may trigger different qualification from the tax perspective. In this article we focus on value added tax treatment. Below we analyze the following scenarios with the respective argumentation to arrive at the conclusion which of them the best fits a factual and business situation. The reconciliation is thus considered from the VAT perspective as:

- a single supply – a price adjustment mechanism,
- a distinct supply with a further qualification as:
- other service not constituting financial instrument intermediation,
- financial services intermediation (both exempt and taxable as an embedded derivative),
- other cash flows – out of scope of VAT.

The area of concern within the VAT legal framework is whether VAT taxation covers delivery of goods or provision of services within business activity. As per art. 14 section 1 of the Council Directive on the common system of value added tax Directive (“VAT Directive”)¹⁹ ‘supply of goods’ shall mean the transfer of the right to dispose of tangible property as owner. At the

¹⁹ Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, Official Journal of the European Union, L 347/1.

same time, provision of a service is defined as any transaction, which does not constitute a supply of goods (art. 21 section 1 of the VAT Directive).²⁰

This dichotomy, though literally unambiguous, is in practice the source of concern when it comes to the tax nature of the supply.

7. SINGLE VS. MULTIPLE SUPPLY

The first concern with respect to taxation is caused by the fact that certain obligations under Sales Contracts may at the first glance comprise of contractual provisions of delivery of products and hedging. Hence, it is important to verify as a first step whether there is a single supply or one can identify multiple supplies under Sales Contract, i.e. if there is a taxable delivery of goods and a supplementary service covering reconciliation stemming from the hedging. This may suggest that there are in fact two separate supplies which would have a different – possibly dichotomic – qualification under VAT. The first obligation towards the purchaser is to deliver products and this raises no doubts. However, the other part of the supply to the purchasers if considered, identified and treated separately will not meet the definition of supply of goods. For this reason, it must be considered as supply of services (potentially even a financial service).

According to CJEU case-law, “where a transaction comprises a bundle of elements and acts, regard must be had to all the circumstances in which the transaction in question takes place in order to determine whether that operation gives rise, for the purposes of VAT, to two or more distinct supplies or to one single supply.”²¹

The CJEU has held, first, that it follows from the second subparagraph of art. 1(2) of the VAT Directive that every transaction must normally be regarded as distinct and independent and, secondly, that a transaction which comprises of a single supply from an economic point of view should not be artificially split, so as not to distort the functioning of the VAT system.²²

²⁰ B. Terra, T. Kajus, *Commentary to the VAT Directive*, IBFD 2020.

²¹ CJEU judgment of 18 October 2018, *Volkswagen Financial Services (UK) Ltd*, C-153/17, para. 29 and the case-law cited.

²² See the following CJEU judgments: 25 February 1999, *Card Protection Plan Ltd* (CPP), C-349/96 para. 29; 27 October 2005, *Levob Verzekeringen and OV Bank BV*, C-41/04, para. 20; 29 March 2007, *Aktiebolaget NN*, C-111/05, para. 22; 2 December 2010, *Everything Everywhere*, C-276/09, para. 21 and 22.

In contrary, there is a single supply where two or more elements or acts supplied by the taxable person to the customer are so closely linked that they form, objectively, a single, indivisible economic supply, which it would be artificial to split.²³

Therefore, it is crucial to verify if in case of a taxpayer it is possible to identify two separate supplies: (i) the goods and (ii) services or should the whole operation be considered for VAT purposes as a single supply.

The single vs. mixed supply concept is one of the most complex and the purpose of this article is not to provide full background and understanding of this legal and theoretical dilemma in general. However, it is necessary to make some assumptions to further examine this taxation pattern. The comments below will be based on the actual perception of the supply rather than a split into separate phases of the production process. This is due to the fact that even though value added tax has its own approach to look at the reality some problems actually are driven by the fact that VAT is on many occasions too distinct from the reality. Although “Beyond the everyday world... lies the world of VAT; a kind of fiscal theme park in which factual and legal realities are suspended or inverted”²⁴, the real-world perception of a mixed supply shall be then the first stage of the analysis presented below.

8. CASH FLOWS AS A PRICE ADJUSTMENT MECHANISM

Analyzing the scope of the taxpayer’s contractual performance under a Sales Contract there remains no doubt that elements referred to in pt 1)–5) in Section 4.1 above (such as design, hiring of staff, ordering of raw materials, actual production and transportation of the goods to the buyer) of which the production usually comprises, should jointly be qualified under VAT regime as a delivery of a goods. The final result is actually a product and by all means a split of these steps would be considered artificial. This is regardless of the fact that particular elements of the taxpayer contractual performance technically could be split into separate supplies to the maximum extent as raw material processing and provision

²³ See, to that effect, order of 14 April 2016, *Gabarel*, C-555/15, para. 44, and judgment of 4 October 2017, *Federal Express Europe*, C-273/16, para. 37 and 38 and the case-law cited.

²⁴ Lord Justice Sedley’s decision in *Royal & Sun Alliance v C&E commissioners* (Court of Appeal) 2001.

of other services. Such split from a practical and business perspective would be nevertheless difficult to reasonably argue and justify. Neither is justified in the “vat fiscal theme park”. The question however arises if there are any arguments to state that the parties’ intention in case of additional price hedging element was to enter into actually a separate contract, which is simultaneously comprised of a goods delivery and additionally of a delivery of a financial (price hedging) service.

The general obligation that a producer has under Sales Contract is the delivery of products of a certain feature and quality. The purchaser’s obligation is to pay the price, which fluctuates due to raw material’s price changes being an external factor. This can be secured (flattened out) by hedging either by each transaction party. This remains unaltered even if the price change mechanism due to hedging has been introduced in the contract separately. Hedging in such circumstances should be regarded as a price adjustment the goal of which is to make sure that neither of the parties of a contract faces consequences of unforeseen changes of the price of raw materials not a distinct service as a whole.

In light of the above, a pricing adjustment element, even when explicitly regulated in a contract, should not be interpreted as a separate service. Hedging by either party are in fact raw material price risk management and therefore should be considered as part of the supply of goods. As a consequence, all cash flows between the taxpayer and purchasers without any doubt should be considered as a pure pricing calculation element for the purpose of VAT rather than a separate service. In our opinion there are no reasonable arguments standing behind such conclusion given the economic reality of such traction. The test we would like to propose to apply is if the parties entered into a hedging contract if there was no products’ supply agreed. If the test proves negative, there is only one supply of goods under the VAT system.

9. CASH FLOWS AS A PRICE ADJUSTMENT MECHANISM

In many cases there is no producer-client contract but instead corporations (group of companies) enter into multi-party contracts where companies belonging to one group are producers and the other group companies are the clientele. In that scenario it is often further the case that any hedging results are settled centrally i.e. via a group treasury entity (one of the

companies being party to the contract, “Group Treasury Co.”). From the supply point of view where a producer delivers goods to their client such Group Treasury Co. is actually a third party as one should expect any contractual relationship being directly between the producer and the client (including any payments from the client to the producer). It raises the complexity of VAT treatment. Therefore, as being used in practice quite often multi-party contracts should be further explored as the cash flows being the final pricing settlements occur with one of the entities being the party to the contract (i.e. Group Treasury Co.). The question arises with respect to the tax treatment in this scenario for any cash flows that are from the Group Treasury Co. and on of the parties belonging to the other group – parties to the multi-party contract.

The answer to that dilemma is actually explicitly provided for by the wording of art. 73 of VAT Directive and has been interpreted by the CJEU in the C-230/87 *Naturally Yours* ruling.

Article 73 of the VAT Directive establishes the taxable amount for a supply of goods or services. According to this article “the taxable amount shall include everything which constitutes consideration obtained or to be obtained by the supplier, in return for the supply, from the customer or a third party, including subsidies directly linked to the price of the supply”. In other words, everything that is qualified as consideration, which typically is captured by the contractual agreements in place, constitutes the taxable basis.²⁵

Technically then under 73 also any remuneration received also from a third party should be considered as turnover. However, although such approach is in practice commonly accepted for subsidies²⁶ explicitly mentioned *in fine* of art. 73 there is limited jurisprudence in cases where consideration is paid by a commercial third party are considered a taxable basis should they influence the price of products there are doubts for cases other than subsidies.²⁷

To answer this question a thought must be given to the definition of “consideration”. Unfortunately, VAT Directive does not explain further the term, it may seem however that it is a synonym of “taxable amount”, which in turn has been defined in art. 79 of VAT Directive. It excludes from the taxable amount price reduction, discounts and rebates but includes cash

²⁵ CJEU judgment: of 23 November 1988, *Naturally Yours*, C-230/87 and of 29 July 2010, *Astra Zeneca*, C-40/09.

²⁶ CJEU judgment of 6 October 2009, *SPO Landesorganisation Kärnten*, C-267/08.

²⁷ In our example the third party would be i.e. a treasury center belonging to the producer’s group that settles all payables, receivables (including price hedging settlements).

flows obtained or to be obtained by the supplier no matter the source of such payment. Therefore, the mere fact that the payment has been done by a third party only influences the fact that this should impact the taxable amount, both if it leads to a reduction of the price or its increase.

In this place one must consider if the payment can give a rise to a separate supply of service. This is *prima facie* excluded as confirmed by multiple CJEU rulings.²⁸ The mere fact there is a cash flow between two entities does not give a rise that there is a taxable service as there must be a direct link between the cash flow and the underlying service. Hence firstly it is necessary to identify the service which results in the payment, not *vice versa*.

Given the above the cash flows including those settled via Group Treasury Co. should be reflected in the turnover reported by the initial producer and their client that have been involved in the goods supply. Technically, under this scenario in order to meet compliance requirements the producer should report in VAT returns turnover changes (+/-) against actual sales of goods against respective client who was delivered the goods.

This approach should lead to changes in invoicing, VAT reporting, Intrastat and EC sales list. It would definitively lead to reporting the final price of the 'widgets' as amended by any hedging. Any cash flows which do not constitute a service should be out of scope of VAT as respective turnover would be reported by the initial parties which undertook the goods' supply.

10. CASH FLOWS CONSIDERED A DISTINCT SUPPLY – OTHER SERVICE

Although as presented above we are of the opinion that it is clear that settlement should be interpreted under respective tax laws, below, we present possible other scenarios and arguments against such approach to be used in case of a tax inspection.

Despite the above-presented arguments it is hypothetically possible that one can claim that product price reconciliation should be considered as a supply independent from the sale of the products. The main argument in favor of such interpretation is the existence of separate cash flows occurring after the delivery of the product, i.e. the hedging occurs post-delivery. That argumentation should not however change the VAT consequences described

²⁸ Case C-520/10, *Lebara*, joined Cases C-53/09 and C-55/09, *Loyalty Management and Baxi Group*, Case C-270/09, *MacDonald Resorts*.

above. A single supply is where one or more elements are to be regarded as constituting the principal supply, while other elements are to be regarded, by contrast, as one or more ancillary supplies which share the tax qualification of the principal supply. In particular, a supply must be regarded as ancillary to a principal supply if it does not constitute for a client a separate transaction in itself but a means of better enjoying the principal service supplied.²⁹

The assessment if the transactions can be considered a principal and ancillary supply must be based taking into account the economic objective of that transaction and the interests of the recipients thereof.³⁰

Supply of products is a principle supply taxed under VAT as a supply of goods. The product price reconciliation element in contrast allows the purchasers to better enjoy the principal supply. As a result of hedging both parties are in fact secured against raw material price fluctuations. Hedging flattens potential changes of product pricing, which allows for better cost planning. In this regard a hedging transaction as described in this article even if considered a separate service, allows the purchaser to better enjoy the principal supply.

In case where a hedge transaction concluded by the taxpayer is performed by the taxpayer and the cash flow from the purchaser is connected with such a transaction, this fact itself should not be considered as sufficient grounds to qualify as a service rendered by the purchaser to the taxpayer. The cash flows with the purchaser is both factually and contractually connected to the extent that such interpretation would be completely artificial. Thus, a correction invoice or additional invoice reportable should follow.

For any cash flows from the taxpayer to the Group Treasury Co. based on *Astra Zeneca* and *Naturally Yours* judgments quoted above the Group Treasury Co. should be considered a supplier of an agency or goods sales intermediation service. The main benefit of Taxpayer is to be able to sale the Products to multiple clients with a single point of contact. Respective invoices should be issued to document the service.

As far as CIT is concerned this approach brings some limited risks. Any charges from the taxpayer would be considered taxable revenue. In turn charges from the Group Treasury Co. are justified as taxable costs allowing actual producer to earn taxable revenues.

²⁹ CJEU judgment of 18 January 2018, *Stadion Amsterdam*, C-463/16, EU:C:2018:22, para. 23 and the case-law cited.

³⁰ See, to that effect, CJEU judgment of 8 December 2016, *Stock '94*, C-208/15, para. 28 and 29 and the case-law cited.

11. FINANCIAL INSTRUMENTS INTERMEDIATION

This scenario can only be considered once one can determine that the hedging of raw materials price constitutes a separate and a distinct service from the supply of products. In this case VAT consequences of such a separate service should be applied.

Intermediation of financial services forms one of the most complex topics under the VAT regime, dating back to more than 50 years ago. When the first directive on VAT was published³¹, financial services were not even included in its scope. It was only until the VI VAT Directive³², when a major discussion about financial services taxation took place.³³ It was raised many times that financial services are specific and therefore need to follow a specific regime which may be different from a typical supply where there is no doubt which party is the supplier and the client. As a result, VAT was doubted to be the appropriate way of taxation.³⁴ The reasoning was that first of all that in some financial services it is extremely difficult to identify the service provider and the service recipient where cash flows runs both ways. This is different from a typical service or delivery where the cash flow actually constitutes a consideration – the value of taxable activity. Despite those doubts, the main argument for including financial services in the VAT regime was to make sure that VAT is the most common tax without exception.³⁵

The adopted remedy was however to exempt financial services thus hoping the exemption would actually remediate some of the issues or even lower the impact on taxpayers given the difficulties they face (although some disagree stating that the exemption is one of the mysteries of VAT system).³⁶

³¹ First Council Directive 67/227/EEC of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes, Official Journal of the European Communities 1301/67.

³² Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax, OJ L 145/77.

³³ G. Hutchings, *Les opérations financières et bancaires et la taxe sur la valeur ajoutée*, Commission des Communautés Européennes. Collection Études. Série Concurrence – Rapprochement des Législations, no. 22, Bruxelles 1973, <http://aei.pitt.edu/40281/1/A4676.pdf>

³⁴ Ibidem.

³⁵ K. Krawa, *Metodologia interpretacji przepisów ustawy o podatku od towarów i usług dotyczących usług finansowych. Analiza zakresu przedmiotu oraz podmiotu opodatkowania*, "Przegląd Podatkowy" 2018, no. 5, pp. 35–43.

³⁶ Report on the proposal for a Council directive amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, as regards the treatment of insurance and

The exemption however leads to the inability to recover VAT, which may be a considerable cost despite the fact that VAT should be neutral to businesses which as a matter of principle are taxable activities.

In order to tackle this problem, both the VAT Directive introduced a specific provision base on which financial transactions of an incidental (supportive and auxiliary) nature do not hinder full recovery rights. The taxpayer in such cases must not include in his pro-rata (if applicable) turnover on financial transaction which constitute a supporting service (art. 174(2)b of the VAT Directive).

There are then two questions to consider: (i) was the taxpayer obliged to apply pro-rata rather than a direct allocation of input VAT solely linked to a potentially exempt hedging transaction and if the answer to first question was affirmative, then (ii) was the hedging transaction of an incidental nature and thus not giving a rise to pro-rata anyway.

On answering the first question it is evident that the hedging transactions are related to the main business activity of the taxpayer. It would not be possible for the taxpayer to allocate certain input VAT directly, as there is no separate “business line” where hedging is a separate offering. Thus, pro-rata would be potentially the only option for a taxpayer to allocate input VAT to the potentially exempt hedging transactions.

Given the answer to the first question, it is necessary to conclude in response to the second one that based on the argumentation provided for the “price adjustment” scenario the hedging transaction should be qualified as supporting transactions.

12. VAT CONSEQUENCES – BOTH EXEMPT AND TAXABLE FINANCIAL SERVICE

Even the cash flows stemming from hedging are a financial service it should not lead to immediately considering it VAT exempt.³⁷ This is due to the specific exception to the exemption of financial services set forth art. 43 section 16 item 5 of Polish Act on Value Added Tax (“VATA”) (the VAT exemption does not apply to derivatives with embedded commodities

financial services (COM(2007)0747 – C6-0473/2007 – 2007/0267(CNS)), Committee on Economic and Monetary Affairs, p. 20, <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0344+0+DOC+PDF+V0//EN>

³⁷ Interpretation of the fiscal Chamber in Katowice of 26 August 2014, IBPP2/443-499/14/ICz.

price reference with actual delivery). There is no doubt that widgets sales is an actual delivery therefore the exemption should not apply.

Still if this approach is overruled by the tax authorities who would claim that despite art. 43 section 16 item 5 of the VATA the exemption should apply then art. 90 section 6 of the VATA should be observed. Under this provision even in case the taxpayer renders exempt services this should not lead to non-irrecoverable VAT as such turnover should be disregarded for the purpose of calculation of input VAT.

There is no doubt that producer's primary business is not financial intermediation, there is also no separate business line where financial services are rendered. Therefore, the payment stemming from the hedging even if considered a financial service should be qualified as of a supportive nature in the meaning of art. 90 section 6 of the VATA). There are no facts stating to the contrary.

This scenario could however be considered as the last preferred option only in case where producer strongly believes that tax compliance burdens here are easier to fulfil and at the same time there are business obstacles for the clients not to accept other scenarios.

If applied this should be consequently reported for any cash flows stemming from hedging as a separate service either by producer or the group entity which settles the hedging results or particular clients who purchased the widgets.³⁸

13. OUT OF SCOPE OF VAT

If payments resulting from hedging are considered a separate supply one may argue that the cash flows stemming from hedging transactions are considered out of VAT scope. Such approach cannot be justified as the scope of VAT is very wide and includes all activities of sellers, suppliers and producers no matter the outcome of this activity. This is due to the fact that any provision of goods or services by a taxable person acting as such is considered a taxable supply falling under VAT regime.

Hence in order for a certain payment or supply to be considered out of VAT scope it would need to be performed by an entity not within its capacity as a taxpayer. The assessment of acting within the capacity of a taxpayer must however be based on objective factors. Therefore excluding *a priori*

³⁸ P. Barnik, E. Kalita, M. Samborski, *VAT w sektorze usług finansowych i ubezpieczeniowych*, Warszawa 2020.

hedging transactions out of VAT has no legal grounds neither based on the VAT Directive nor the VATA to be justified.

However, such approach – although not correct – is also presented even in some court rulings. For example, there is a single court ruling in Poland of the Voivodeship Administrative Court in Gorzów Wielkopolski³⁹ with very similar conclusions, i.e. where the court in question states that hedging transactions are out of scope of VAT.

The main reasoning behind the judgment was that there is no reciprocity for any cash flows/payments done as a result of a hedge. It was against the fact that the tax authorities were arguing that there is a very broad scope of what constitutes a supply of service in the meaning of the VATA.

14. TAX COMPLIANCE

Tax compliance should be a direct consequence on how a transaction is treated from a tax perspective. We are aware of the fact that the presented theoretical where all the cash flows including hedging price adjustment from/to third party (Group Treasury Co.) approach may not be fully applicable in practice given the different approach presented by tax authorities however the purpose of the article is to present the model solution hence the need of presenting the “ideal” approach. Any cash flows from the client to the producer should be considered an increase in price and any cash flow from the taxpayer to the purchaser should without be considered a refund being the result of the final price adjustment followed by respective correction invoices. The same should apply to any cash flows from/to third party (Group Treasury Co.) and regardless the party settling the flows should be reflected in the taxable turnover of the producer who delivers the goods the price of which fluctuates as a result of hedging cash flows.

15. CONCLUSION

It is very difficult to capture nature of the hedging transactions in case there are part of a goods delivery process and influence the price. It is even more complex in case of multi-party contracts where the cash flows

³⁹ Ruling of the Voivodeship Administrative Court in Gorzów Wielkopolski of 18 June 2013, I SA/Go 268, <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>. The judgment was issued as a result of a tax interpretation. The taxpayer’s interpretation was initially considered incorrect by the tax authorities, what was in turn overruled by the Court in the Judgment.

settlements stemming from the hedging transactions are settled by one of the entities within a group of companies which were not the parties to the initial transaction of the supply of goods. Still from a VAT perspective it is evident those cash flows do not constitute a distinct supply but should be considered an adjustment to the price. The practical difficulty with tax compliance leads however to the conclusion that this option is only viable theoretically. Without changes to the legislation which would clearly define the tax compliance to reflect the price adjustment to the full extent it is not enforceable. Still a theoretical approach is necessary to influence the practice and show the interpretation path to avoid unnecessary distortion of the VAT system that would occur in the incorrect scenario where hedging is considered a distinct supply of financial service that is exempt and thus limiting value of input tax recovery.

BIBLIOGRAPHY

- Allayannis G., Ofek E., *Exchange Rate Exposure, Hedging, and the Use of Foreign Currency Derivatives*, "Journal of International Money and Finance" 2021, vol. 20, iss. 2, [https://doi.org/10.1016/S0261-5606\(00\)00050-4](https://doi.org/10.1016/S0261-5606(00)00050-4)
- Barnik P., Kalita E., Samborski M., *VAT w sektorze usług finansowych i ubezpieczeniowych*, Warszawa 2020.
- Bartkowiak M., Eschaust K., *Instrumenty pochodne. Wprowadzenie do inżynierii finansowej*, Poznań 2019.
- Butnariu A., Luca F.-A., Apetrei A., *Mitigating Financial Risk by Using Hedging Strategies*, "SEA – Practical Application of Science" 2018, vol. 6, iss. 16.
- Graham J., Rogers D., *Do Firms Hedge in Response to Tax Incentives?*, "Journal of Finance" 2002, vol. 57, no. 2, <https://doi.org/10.1111/1540-6261.00443>
- Hedging*, [in:] *Encyclopedia of Operations Research and Management Science*, eds S.I. Gass, M.C. Fu, Boston 2013, https://doi.org/10.1007/978-1-4419-1153-7_200286
- Hutchings G., *Les opérations financières et bancaires et la taxe sur la valeur ajoutée*, Commission des Communautés Européennes. Collection Études. Série Concurrence – Rapprochement des Législations, no. 22, Bruxelles 1973, <http://aei.pitt.edu/40281/1/A4676.pdf>
- Kaliński J., *Autostrady na Euro 2012*, "Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace" 2013, no. 13, <https://doi.org/10.33119/KKESIIP.2013.1.6>
- Knawa K., *Metodologia interpretacji przepisów ustawy o podatku od towarów i usług dotyczących usług finansowych. Analiza zakresu przedmiotu oraz podmiotu opodatkowania*, "Przegląd Podatkowy" 2018, no. 5.
- Łamasz B., Iwaszczuk N., Ivashchuk O., *Selected Methods of Securing the Refining Sector Against Crude Oil Price Fluctuations*, "International Journal of Management and Economics" 2018, no. 54(3), <https://doi.org/10.2478/ijme-2018-0020>

- Moheb-Alizadeh H., Handfield R., *The Impact of Raw Materials Price Volatility on Cost of Goods Sold (COGS) for Product Manufacturing*, “IEEE Transactions on Engineering Management” 2018, vol. 65, iss. 3, <https://doi.org/10.1109/TEM.2018.2796447>
- Moynihan G.P., Ammar Al-Zarrad M., *Application of Hedging Principles to Materials Price Risk Mitigation in Construction Projects*, “International Journal of Construction Engineering and Management” 2015, no. 4(5).
- Nieborak T., *Pochodne instrumenty finansowe. Aspekty prawnopodatkowe*, Warszawa 2004.
- Report on the proposal for a Council directive amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, as regards the treatment of insurance and financial services (COM(2007)0747 – C6-0473/2007 – 2007/0267(CNS)), Committee on Economic and Monetary Affairs, <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0344+0+DOC+PDF+V0//EN>
- Terra B., Kajus T., *Commentary to the VAT Directive*, IBFD 2020.
- Trzaskowski R., [in:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów. Comment on the art. 65*, ed. J. Gudowski, Gdańsk 2018.
- Wajda P., *Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi*, [in:] *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, eds M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Warszawa 2018.
- Węgrzyn R., *Kontrakty terminowe i opcje. Arbitraż, wycena, spekulacja, hedging*, Kraków 2019.
- Zacharzewski K., *Obrót instrumentami finansowymi w reżimie świadczenia usług maklerskich*, [in:] *System Prawa Handlowego*, vol. 4, ed. M. Stec, Warszawa 2016.

TRANSAKcje ZABEZPIECZAJĄCE CENĘ (*HEDGING*) – SKUTKI REGULACYJNE I PODATKOWE

Streszczenie. Zmienność kosztów ponoszonych w procesie wytwarzania towarów lub usług powoduje, że powszechną praktyką jest zawieranie transakcji zabezpieczających (*hedging*), których celem jest utrzymanie rentowności transakcji. Rezultat kontraktów terminowych często bywa przedmiotem rozliczeń pomiędzy sprzedawcą a nabywcą.

Celem artykułu jest przedstawienie konsekwencji rozliczeń z tytułu transakcji zabezpieczających na gruncie przepisów regulacyjnych oraz podatkowych. W szczególności w artykule przeanalizowano to, czy rozliczenia z tytułu *hedgingu* mogą podlegać restrykcjom właściwym dla działalności maklerskiej oraz czy przepływy pieniężne z tego tytułu winny być uznawane za mechanizm korekty ceny, czy też za odrębną transakcję dla celów podatkowych.

Słowa kluczowe: MIFID2, *hedging*, instrumenty pochodne, podatki, nadzór finansowy

GŁOSA DO WYROKU WOJEWÓDZKIEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO W GDAŃSKU Z DNIA 3 LISTOPADA 2020 R., SYGN. I SA/GD 316/20

Streszczenie. Celem glosy jest podjęcie dyskusji z istotnym poglądem sądów administracyjnych dotyczącym rozumienia przesłanki udzielenia ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych, jaką jest interes publiczny. Zgodnie ze stanowiskiem sądu wadliwe obliczenie przez podatnika podatku, spowodowane niejasnością obowiązującego i zmieniającego się prawa podatkowego, może przemawiać za ziszczeniem się tejże przesłanki. Wykorzystując metodę analizy dogmatycznej przepisów prawnych oraz badając orzecznictwo sądów administracyjnych i poglądy doktryny, wskazano zarówno argumenty przemawiające za przyjętym rozumieniem klauzuli generalnej interesu publicznego, jak i pewne niebezpieczeństwa z nim związane. Kwestia ta jest istotna, ponieważ nieokreśloność przesłanki interesu publicznego powinna skłaniać do jej dynamicznego, zmieniającego pojmowania, a zatem także do prowadzenia dyskusji na ten temat w doktrynie i orzecznictwie. W glosie rozważono również zagadnienie możliwości powoływania się przez państwo na upływ wynikającego z przepisów wewnętrznych terminu wygaśnięcia prawa do zwrotu nadpłaty podatku, w sytuacji gdy zgodnie z umową o unikaniu podwójnego opodatkowania podatek był nienależny. W tej sprawie udzielono odpowiedzi negatywnej, gdyż takie działanie wydaje się niezgodne z zasadami prawa międzynarodowego.

Słowa kluczowe: ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych, interes publiczny, międzynarodowe prawo podatkowe, umowy międzynarodowe o unikaniu podwójnego opodatkowania

* Magister, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, e-mail: tomaszstachurski1001@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7602-7643>

1. TEZA ORZECZENIA

„Wadliwe obliczenie przez podatnika podatku, spowodowane niejasnością obowiązującego i zmieniającego się prawa podatkowego (zwłaszcza różnie interpretowanego w judykaturze), a czasem również wprowadzenie go w błąd co do sposobu rozumienia przepisu podatkowego przez organ podatkowy, stanowią okoliczności, które nie mogą być pomijane przy ustalaniu istnienia przesłanki interesu publicznego. [...] W konkretnych okolicznościach faktycznych może dojść do sytuacji, w której w interesie praworządnego państwa, realizującego zasadę sprawiedliwości społecznej będzie leżała eliminacja (lub przynajmniej ograniczenie) przypisanych decyzją administracyjną ciężarów publicznoprawnych”.

1. W sentencji glosowanego orzeczenia wojewódzki sąd administracyjny uchylił decyzję Dyrektora Izby Administracji Skarbowej (dalej: Dyrektor IAS lub organ II instancji, lub organ odwoławczy), utrzymującą w mocy decyzję organu I instancji o odmowie umorzenia zaległości podatkowej w podatku dochodowym od osób fizycznych. Poza słusznym, jak należy uznać, rozstrzygnięciem, w owym wyroku sformułowane zostały ważne *obiter dicta* dotyczące rozumienia przesłanki interesu publicznego, warunkującej udzielenie przez organ podatkowy ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych. Transgraniczny i złożony stan faktyczny skłania również do rozważenia pewnych kwestii, które nie zostały uwypuklone w treści uzasadnienia.

2. Na wstępie należy odnotować, że ze względu na liczne braki w postępowaniu dowodowym stan faktyczny, którego dotyczy glosowane orzeczenie, opisany został w sposób dosyć ogólny. Mianowicie 31 lipca 2019 r. L.B. (dalej: Strona lub Skarżąca, lub Podatniczka) złożyła do Naczelnika Urzędu Skarbowego (dalej: Naczelnik lub organ I instancji) wnioszek o umorzenie zaległości podatkowej wraz z odsetkami w podatku dochodowym od osób fizycznych za rok 2014. Powodem powstania zaległości był brak wykazywania przez Podatniczkę przed polskimi organami podatkowymi (tj. w państwie rezydencji) dochodów zagranicznych za lata 2014–2018. Zgodnie z wyjaśnieniami Strony podatek dochodowy w tym przedziale czasowym, w ślad za instrukcjami udzielonymi przez organy podatkowe, opłacała w Niemczech (tj. w państwie źródła). Zaliczki były pobierane automatycznie przez Niemiecki Urząd Finansowy. W 2017 r.

Naczelnik Urzędu Skarbowego, na podstawie otrzymanej, za pośrednictwem aplikacji WAIPB, od niemieckich organów informacji o wysokości osiągniętego dochodu z zatrudnienia za rok podatkowy 2015, wydał wezwanie do złożenia korekty deklaracji PIT-36 za ten rok. Jednocześnie Strona została ustnie poinformowana, że zgodnie z wiążącą Polskę oraz Niemcy umową międzynarodową o unikaniu podwójnego opodatkowania¹ dochody z zatrudnienia za granicą są w Polsce zwolnione z opodatkowania i należy je rozliczyć metodą wyłączenia z progresją. W czerwcu 2017 r. Strona złożyła korektę zeznania podatkowego za rok 2015, a także, mimo braku wezwania, korektę zeznania za rok 2014, w których rozliczyła dochody zagraniczne zgodnie ze wskazaną wyżej metodą. W 2019 r. na wniosek Podatniczki wydana została interpretacja indywidualna przepisów prawa podatkowego, w której przedstawiono stanowisko, zgodnie z którym dochody uzyskiwane w Niemczech z tytułu emerytury po zmarłym małżonku przez osobę będącą polskim rezydentem podatkowym podlegają opodatkowaniu wyłącznie w Polsce. Po zapoznaniu się z treścią owej interpretacji organ I instancji wezwał Podatniczkę do przedłożenia dokumentów potwierdzających źródło przychodów uzyskiwanych z zagranicy. Strona złożyła korekty zeznań podatkowych za lata 2014–2018, tym razem prawidłowo kwalifikując dochody i rozliczając je zgodnie ze stanowiskiem wynikającym z interpretacji indywidualnej. Tym samym stwierdzono powstanie po stronie Podatniczki znacznej wysokości zaległości podatkowej. Obecnie większość tejże zaległości została uiszczona, a Podatniczka podjęła działania przed niemieckimi organami podatkowymi zmierzające do uzyskania zwrotu nienależnie zapłaconego podatku. Jednakże wskazuje ona, że zgodnie z niemieckim prawem nie istnieje możliwość zwrotu nadpłaty za rok 2014 ze względu na upływ czteroletniego terminu do zgłoszenia wniosku w tej sprawie. Wobec tego, jak podnosi w uzasadnieniu wniosku o umorzenie zaległości wraz z odsetkami oraz, co konsekwentnie podtrzymuje w odwołaniu oraz skardze do wojewódzkiego sądu administracyjnego, została niesprawiedliwie i krzywdząco obciążona podwójnym opodatkowaniem, co jest efektem błędnych instrukcji udzielonych jej przez organy podatkowe.

¹ Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i od majątku, podpisana w Berlinie dnia 14 maja 2003 r. (Dz.U. z 2005 r., Nr 12, poz. 90), dalej: u.p.o.

3. Sąd uznał skargę Podatniczki za zasadną oraz przychylił się do prezentowanej przez nią argumentacji. W tym miejscu należy zauważyć, że wobec licznych nieprawidłowości w przeprowadzonym postępowaniu wyjaśniającym, braków w zebranych materiale dowodowym, a także niewyczerpującej argumentacji przedstawionej przez Dyrektora IAS, *ratio decidendi* glosowanego orzeczenia nie mogło być inne. W judykaturze jednolicie określa się zakres kompetencji sądu administracyjnego w sprawie skargi na decyzje w sprawie przyznania bądź odmowy ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych. Jego rola jako „sądu prawa” ogranicza się do kontroli legalności i prawidłowości przeprowadzonego postępowania podatkowego w tej sprawie oraz poprawności rozumienia norm prawnych przez organy. Kontrola ta wyraża się przede wszystkim w ocenie zebranego materiału dowodowego przez pryzmat norm proceduralnych, a także w badaniu, czy tezy stawiane przez organ znajdują poparcie w tymże materiale. Ocenie sądu podlega ponadto logiczna poprawność i zgodność z prawem wniosków wyciąganych przez organ². Z tych założeń wywodzi się również stanowisko, zgodnie z którym twierdzenie przez sąd administracyjny, że zbadanie przez organ przyczyn powstania zaległości podatkowej ma zasadnicze znaczenie w sprawie, wykracza poza zakres postępowania w sprawie udzielenia ulg³. Jest to pogląd słuszny pod warunkiem, że stan faktyczny i potwierdzający go materiał dowodowy umożliwiają ustalenie ziszczenia się przesłanki udzielenia ulgi. Wobec tego stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie Sąd nie naruszył swego zakresu kompetencji. Zebrane w sprawie dowody nie pozwalają bowiem na ustalenie okoliczności pobierania zaliczek na podatek dochodowy oraz składek na ubezpieczenie społeczne przez niemieckie organy podatkowe, a także złożenia do tychże organów przez Podatniczkę wniosku o zwrot nienależnie pobranego podatku oraz decyzji w tej sprawie. Co więcej, w aktach sprawy brak deklaracji i ich korekt składanych w toku postępowania przez Podatniczkę oraz treści informacji o dochodach przekazanej przez Niemiecki Urząd Finansowy, co uniemożliwia wszechstronną analizę wszystkich istotnych okoliczności sprawy. Nie podano też informacji o dacie zmiany miejsca zamieszkania przez Stronę. Jak słusznie wskazuje Sąd, braki te stanowią naruszenie takich

² Por. m.in. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA): z dnia 15 lipca 2008 r., sygn. II FSK 660/07, LEX nr 485329; z dnia 22 lipca 2010 r., sygn. II FSK 471/09, LEX nr 596469; z dnia 3 października 2012 r., sygn. II FSK 1093/11, LEX nr 1233803; z dnia 21 sierpnia 2015 r., sygn. II FSK 1703/13, LEX nr 1801157.

³ Wyrok NSA z dnia 15 grudnia 2016 r., sygn. II FSK 3497/14, LEX nr 2205447.

norm proceduralnych, jak zasada prawdy obiektywnej (art. 122 Ordynacji podatkowej)⁴, zasada swobodnej oceny dowodów (art. 191 o.p.) oraz obowiązek zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia przez organ całego materiału dowodowego (art. 187 § 1 o.p.). Podkreślić należy także, że materiał dowodowy w przedstawionym kształcie nie uprawnia do oceny wystąpienia przesłanek udzielenia umorzenia zaległości podatkowej. Organy nie przypisały wystarczającego znaczenia okoliczności podwójnego opodatkowania dochodu Strony, która może wskazywać na wystąpienie w sprawie interesu publicznego w udzieleniu umorzenia zaległości podatkowej.

4. Najistotniejsza teza głosowanego orzeczenia odnosi się do rozumienia klauzuli generalnej interesu publicznego. W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku Sąd stwierdził m.in., że wadliwe obliczenie przez podatnika podatku spowodowane niejasnością obowiązującego i zmieniającego się prawa podatkowego, zwłaszcza różnie interpretowanego w judykaturze, stanowi okoliczność, która nie może być pomijana przy ustalaniu istnienia przesłanki interesu publicznego. W konkretnych okolicznościach może bowiem dojść do sytuacji, w której w interesie praworządnego państwa, realizującego zasadę sprawiedliwości społecznej, będzie leżała eliminacja lub przynajmniej ograniczenie przypisanych decyzją administracyjną ciężarów publiczno-prawnych. Stanowisko to wpisuje się w dotychczasową linię orzeczniczą⁵. Koresponduje również z poglądami Naczelnego Sądu Administracyjnego, według których z zasady prowadzenia postępowania podatkowego w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych wynika zakaz przerzucania na podatnika błędów lub uchybień popełnionych przez organy podatkowe w procesie stosowania obowiązujących przepisów prawa⁶. Naruszenie zasady zaufania może być efektem zbyt późnego podjęcia czynności sprawdzających w celu weryfikacji prawidłowości dokonanych przez podatnika rozliczeń

⁴ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1325 ze zm.), dalej: o.p.

⁵ Por. m.in. wyroki NSA: z dnia 2 marca 2016 r., sygn. II FSK 2474/15, LEX nr 2017629; z dnia 26 kwietnia 2018 r., sygn. II FSK 2634/17, LEX nr 2490165; z dnia 9 stycznia 2019 r., sygn. II FSK 2606/18, LEX nr 2653519; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 8 maja 2018 r., sygn. I SA/Gl 1425/17, LEX nr 2493304.

⁶ Por. m.in. wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 czerwca 2004 r., sygn. III SA 394/03, ONSAiWSA 2005, nr 6, poz. 129; wyrok NSA z dnia 28 stycznia 2009 r., sygn. II GSK 689/08, LEX nr 516953; wyrok NSA z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. II FSK 1351/11, LEX nr 1311143; wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2019 r., sygn. III SA/Wa 1433/18, LEX nr 3031939.

i deklaracji⁷. Choć co do tej kwestii nie istnieje pełna jasność, to w przedmiotowej sprawie Sąd słusznie sygnalizuje możliwość wystąpienia takiego uchybienia. Nie wiadomo bowiem, jakiej treści informacje z Niemiec otrzymał organ I instancji oraz dlaczego, mimo przeprowadzenia w 2017 r. czynności sprawdzających, Podatniczka była wzywana do wykazania dochodów z zatrudnienia, a nie ze świadczenia emerytalnego.

Przywołana wyżej teza, choć jest zgodna z ugruntowanym w judykaturze rozumieniem interesu publicznego, wymaga analizy. Przy wykładni przesłanki udzielenia ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych nakazuje bowiem wzięcie pod uwagę nie tylko uchybień poczynionych przez organy stosujące prawo (do czego powołane jest sądownictwo administracyjne na podstawie art. 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁸), lecz także błędów ustawodawcy przejawiających się niejasnym, niezrozumiałym i często zmieniającym się prawem. Moim zdaniem takie postrzeganie klauzuli generalnej interesu publicznego, mimo że w istocie swej jest słuszne, może budzić pewne zastrzeżenia.

Z perspektywy generalnych założeń teorii i filozofii prawa pogląd wyrażony przez Sąd jest niewątpliwie właściwy. Ze standardów państwa prawa oraz konstytucyjnych wartości bezpieczeństwa prawnego, pewności prawa oraz ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa wynika wyraźnie, że prawo poza określonymi wymaganiami treściowymi musi spełniać formalne wymogi precyzyjności, jasności i komunikatywności⁹. Niestety współcześnie dostrzega się, że przepisy prawa podatkowego w coraz mniejszym stopniu realizują te wymagania. Zauważalna jest inflacja oraz zmienność prawa, a także jego coraz większa zawilgość i hermetyczność. Nowe regulacje często są niespójne systemowo oraz niezgodne z zasadami prawa podatkowego. Wobec tego narastają trudności w prawidłowej wykładni prawa podatkowego. Ponadto zauważa się, że wprowadzane zmiany często nie służą wartości, jaką jest interes publiczny, lecz partykularnym interesom politycznym¹⁰. Tak więc odwołując się do zasady demokratycznego

⁷ Wyrok NSA z dnia 9 sierpnia 2017 r., sygn. II FSK 965/17, ONSAiWSA 2019, nr 2, poz. 18.

⁸ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 2325 ze zm.).

⁹ J. Potrzezszcz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Lublin 2015, s. 125–132.

¹⁰ A. Gomułowicz, *Ingerencyjny charakter prawa podatkowego*, [w:] *Współczesne problemy prawa podatkowego – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi*

państwa prawnego (art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej)¹¹, która powinna być jednym z filarów ustroju Rzeczypospolitej Polskiej, należy się zgodzić, że w interesie publicznym leży wyeliminowanie z obrotu prawnego decyzji wydanej na podstawie niezrozumiałych, nieklarownych i rozmaicie interpretowanych przepisów prawnych. Takie działanie sprzyja bowiem budowaniu dobra wspólnego, poczucia sprawiedliwości w społeczeństwie oraz właściwej moralności podatkowej.

Jednakże, wciąż biorąc pod uwagę zasadę demokratycznego państwa prawnego, należy dostrzec zagrożenia, jakie niesie za sobą przywołana wyżej teza. Przyjęcie takiego rozumienia przesłanki interesu publicznego może prowadzić do sytuacji, w której organy podatkowe, uznając określoną normę prawną za niezrozumiałą, dokonywałyby umorzenia zaległości podatkowej wraz z odsetkami w każdej sytuacji ujętej w hipotezie tejże normy, *de facto* derogując ją. Również minister właściwy do spraw finansów publicznych mógłby dokonać oceny zgodności przepisów ustawowych ze standardami demokratycznego państwa prawnego i na tej podstawie, w drodze rozporządzenia, zaniechać w całości lub w części poboru określonego podatku wobec danej grupy podatników do czasu zmiany legislacji¹². W efekcie prowadziłyby to więc do naruszenia zasady podziału władzy i zachwiania relacji pomiędzy władzą ustawodawczą a wykonawczą.

Na gruncie tych rozważań rodzi się pytanie o organ właściwy do dokonywania oceny zgodności przepisów prawa z zasadami wynikającymi z Konstytucji RP. Z poglądu wyrażonego w przedmiotowym orzeczeniu wynika, że organem takim jest organ podatkowy, a w sytuacji dokonania przez niego błędnej oceny – sąd administracyjny. Jest to oczywiście stwierdzenie nieprawdziwe, gdyż zgodnie z art. 188 pkt 1 Konstytucji RP jedynym organem posiadającym kompetencję do takiego działania jest Trybunał Konstytucyjny. Ponadto należy zauważyć, że w praktyce szerokie rozumienie interesu publicznego może być niewłaściwie wykorzystywane przez podatników poprzez nieuzasadnione podnoszenie okoliczności niezrozumienia przepisów i braku zawinienia w błędnym obliczeniu podatku. Poczynienie tych zastrzeżeń wydaje się konieczne, mimo że mogą one zostać uznane za mające walor wyłącznie teoretyczny. Konieczność

Bogumiłowi Brzezińskiemu, t. 1, red. J. Głuchowski, Warszawa 2019, s. 178–180; M. Münich, *Nieostre zwroty ocenne w polskim prawie podatkowym*, Lublin 2017, s. 11–13.

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej: Konstytucja RP.

¹² Por. art. 22 § 1 pkt 1 o.p.

podkreślenia wymogu ostrożności przy powoływaniu się na niejasność stanowiącego prawa jako przesłankę zachodzenia interesu publicznego w udzieleniu ulgi widoczna jest szczególnie w odniesieniu do głosowanego wyroku. W przedstawionym stanie faktycznym, jak podkreśla sam Sąd, nie zachodziły bowiem wątpliwości co do interpretacji przepisów prawnych. Nie zachodziły również zmiany tychże przepisów. Wobec tego w takim stanie prawnym, uzasadniając wystąpienie interesu publicznego w udzieleniu ulgi, nie powinno się podnosić wadliwości prawa, która jest okolicznością wyjątkową.

5. W kontekście stanu faktycznego, w którym zapadło przedmiotowe orzeczenie, interesujące są także kwestie związane z międzynarodowym prawem podatkowym. Jeżeli bowiem zapłata nienależnego podatku wynikała z nieprawidłowego działania niemieckich organów podatkowych, to należy postawić pytanie, czy tamtejsze organy mogą powoływać się na upływ wynikającego z przepisów wewnętrznych terminu wygaśnięcia prawa do zwrotu nadpłaty. Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania nie tworzą praw państwa do opodatkowania – nie nakładają obowiązku podatkowego, lecz tylko ograniczają przysługujące państwom roszczenia podatkowe¹³. Nie zmienia to jednak faktu, że te akty normatywne stanowią szczególną kategorię umów międzynarodowych, wobec czego wydaje się, że mogą być postrzegane jako nakładające na państwa (Umawiające się Strony) wzajemne zobowiązanie do określonego traktowania rezydentów drugiej strony umowy¹⁴. Ponieważ umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania stanowią międzynarodowe porozumienie między państwami, zawarte w formie pisemnej i regulowane przez prawo międzynarodowe, należy również stwierdzić, że ma do nich zastosowanie Konwencja wiedeńska o prawie traktatów (a konkretnie jej art. 2 ust. 1 lit. a)¹⁵. Tak więc strony umowy nie mogą powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nie zobowiązań z niej wynikających (*pacta sunt servanda*) (art. 27 Konwencji

¹³ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo podatkowe*, Warszawa 2020, s. 38.

¹⁴ „Umowa międzynarodowa jest to wspólne oświadczenie podmiotów prawa międzynarodowego, które tworzy prawo, a więc uprawnienia i obowiązki” (W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2017, s. 75).

¹⁵ Konwencja Wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r., Nr 74, poz. 439), dalej: Konwencja wiedeńska o prawie traktatów; por. także H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 142.

wiedeńskiej o prawie traktatów). W świetle poczynionych rozważań uzasadniony i słuszny wydaje się pogląd, zgodnie z którym strona niemiecka nie powinna powoływać się na upływ terminu wygaśnięcia prawa do nadpłaty, gdyż wynika on z prawa wewnętrznego, a opodatkowanie u źródła świadczenia emerytalnego wypłacanego polskiemu rezydentowi stanowi niewykonanie zobowiązania wynikającego z umowy międzynarodowej o unikaniu podwójnego opodatkowania¹⁶. Warto w tym miejscu jedynie nadmienić, iż Model Konwencji OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku¹⁷ przewiduje w art. 25 procedurę wzajemnego porozumiewania się (MAP), która mimo że powinna służyć eliminowaniu niezgodnego z postanowieniami umowy opodatkowania oraz rozwiązywaniu innych problemów związanych z interpretacją lub stosowaniem umowy, nie jest zbyt często wykorzystywana w praktyce. Procedura MAP została przewidziana także w polsko-niemieckiej umowie przeciwko unikaniu podwójnego opodatkowania (w art. 26).

6. Reasumując, głosowane orzeczenie należy ocenić pozytywnie. Zasadne jest rozstrzygnięcie co do istoty sprawy ze względu na liczne braki w postępowaniu dowodowym. Sąd dokonał kontroli w zakresie swoich kompetencji. Co do analizowanych *obiter dicta* dotyczących rozumienia klauzuli generalnej interesu publicznego również należy wyrazić aprobatę dla linii orzeczniczej, w którą wpisuje się przedmiotowy wyrok. Obecnie coraz bardziej konieczne staje się stworzenie przeciwwagi dla niedoskonałego kształtu przepisów prawa podatkowego, która pozwoli na realizację zasad bezpieczeństwa prawnego, zaufania do państwa oraz zasady *in dubio pro tributario*, a także wartości sprawiedliwości i słuszności. Organy podatkowe udzielające ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych oraz sądy administracyjne powinny jednak powoływać się na okoliczność niejasności i niezrozumiałości prawa tylko w wyjątkowych przypadkach, pamiętając o pełnej treści zasady demokratycznego państwa prawnego oraz o granicach własnego zakresu kompetencji. Ten szczególny wymóg ostrożności należy wyeksponować, ponieważ każde stwierdzenie niezrozumiałości przepisów również stanowi odejście od zasady pewności prawa na rzecz zasady słuszności. Samo postępowanie w sprawie udzielenia ulgi w spłacie

¹⁶ Por. art. 18 ust. 1 u.p.o.

¹⁷ *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full version)*, https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1 (dostęp: 8.12.2020).

zobowiązań podatkowych wymaga ważenia wartości zasady terminowego płacenia podatków w pełnej wysokości oraz wyjątku od zasady, jakim jest udzielenie indywidualnej ulgi¹⁸. Wobec tego należy stwierdzić, że właściwe ustalenie treści interesu publicznego w danym wypadku jest zadaniem o dużym stopniu skomplikowania. Prawo jest bowiem sztuką stosowania tego, co dobre i słuszne (*ius est ars boni et aequi*).

BIBLIOGRAFIA

- Gomułowicz A., *Ingerencyjny charakter prawa podatkowego*, [w:] *Współczesne problemy prawa podatkowego – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, t. 1, red. J. Głuchowski, Warszawa 2019.
- Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2017.
- Litwińczuk H., *Międzynarodowe prawo podatkowe*, Warszawa 2020.
- Münnich M., *Nieostre zwroty ocenne w polskim prawie podatkowym*, Lublin 2017.
- Potrzeszcz J., *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Lublin 2015.

GLOSS TO THE JUDGMENT OF THE VOIVODESHIP ADMINISTRATIVE COURT IN GDAŃSK OF 3 NOVEMBER 2020, CASE NO. I SA/GD 316/20

Summary. The purpose of writing this gloss was to weigh the important view of administrative courts regarding the understanding public interest condition for granting relief in the payment of tax liabilities. According to the court's position, a defective calculation of the tax by a taxpayer, caused by the lack of clarity of the binding and changing tax law, may prove that this condition is fulfilled. Using the method of dogmatic analysis of legal provisions and examining the jurisprudence of administrative courts as well as the views of the doctrine, both arguments for the accepted understanding of the general public interest clause and certain related dangers were indicated. This is very important issue, because the indeterminacy of the condition of public interest should lead to its dynamic, changing understanding, and therefore also to discuss it in the doctrine and jurisprudence. This gloss also considers the issue of the possibility for the state to invoke the end of the time limit for the expiry of the right to receive tax overpayment refund which results from internal regulations, in situation where according to the treaty for the avoidance of double taxation the tax was undue. In this case, a negative answer was given, because such action seems to be inconsistent with the principles of international law.

Keywords: reliefs in the payment of tax liabilities, public interest, international tax law, treaties for the avoidance of double taxation

¹⁸ Wyrok NSA z dnia 31 października 2012 r., sygn. II FSK 510/11, LEX nr 1233669.

Ziemowit Kukulski* 

PROTOKÓŁ ZMIENIAJĄCY BILATERALNĄ UMOWĘ PODATKOWĄ POLSKI Z HOLANDIĄ W ŚWIETLE STANOWISKA POLSKI WOBEC KONWENCJI WIELOSTRONNEJ ORAZ AKTUALIZACJI KONWENCJI MODELOWEJ OECD W SPRAWIE PODATKU OD DOCHODU I MAJĄTKU Z 2017 R.

Streszczenie. Artykuł dotyczy zmian wprowadzonych do zawartej w 2002 r. bilateralnej umowy podatkowej Polski z Holandią mocą Protokołu zmieniającego tę umowę podpisanego 29 października 2020 r. Umowa ta nie została objęta postanowieniami Konwencji wielostronnej implementującej środki prawa traktatowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku. W związku z tym wprowadzenie do niej klauzul antyabuzyjnych oraz rozwiązań usprawniających rozwiązywanie sporów musiało nastąpić w drodze dwustronnych negocjacji. Autor analizuje wpływ Konwencji wielostronnej, KM OECD oraz KM ONZ na kształt zaadaptowanych w nim rozwiązań oraz ich znaczenie dla przyszłości polskiej praktyki traktatowej.

Słowa kluczowe: protokół zmieniający, bilateralna umowa podatkowa, Polska, Holandia, Konwencja wielostronna, Konwencja Modelowa OECD, Konwencja Modelowa ONZ, klauzule antyabuzywne

* Doktor habilitowany nauk prawnych, prof. UŁ, Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Centrum Dokumentacji i Studiów Podatkowych, Katedra Prawa Podatkowego, e-mail: zkukulski@wpia.uni.lodz.pl, <https://orcid.org/0000-0003-2843-8170>



© by the author, licensee Łódź University – Łódź University Press, Łódź, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>)

Bilateralna umowa w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatku od dochodu między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Niderlandów (dalej: UPO PL–NL)¹ nie została objęta postanowieniami Konwencji wielostronnej implementującej środki prawa traktatowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszenia zysku (dalej: Konwencja wielostronna lub MLI)². Holandia, odmiennie niż Polska, nie wskazała bowiem UPO PL–NL jako umowy podatkowej objętej postanowieniami Konwencji wielostronnej (ang. *Covered Tax Agreement*)³. Oznacza to, że zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. a pkt ii Konwencji wielostronnej, UPO PL–NL nie zostanie zmieniona za pomocą MLI. Wprowadzenie do UPO PL–NL mechanizmów zapobiegających erozji podstawy opodatkowania i przerzucania zysków w ramach działania nr 15 projektu OECD/G20 BEPS (*Base Erosion Profit Shifting*)⁴ wymagało przeprowadzenia dwustronnych negocjacji. Ich owocem jest podpisany 29 października 2020 r. w Warszawie protokół o zmianie UPO PL–NL (dalej: Protokół)⁵.

Celem artykułu jest porównanie i ocena zmian wprowadzonych do UPO PL–NL przez Protokół ze stanowiskiem Polski wobec Konwencji

¹ Konwencja między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Niderlandów w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu, podpisana w Warszawie dnia 13 lutego 2002 r. (Dz.U. z 2003 r., Nr 216, poz. 2120).

² Konwencja wielostronna implementująca środki prawa traktatowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzona w Paryżu 24 listopada 2016 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 1369); zob. też https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report_9789264241688-en#page1 (dostęp: 3.03.2021).

³ <https://www.mondaq.com/withholding-tax/789832/multilateral-convention-ratified-by-the-netherlands> (dostęp: 3.03.2021).

⁴ <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf> (dostęp: 4.03.2021).

⁵ Protokół między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Niderlandów o zmianie Konwencji między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Niderlandów w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu, podpisanej w Warszawie dnia 13 lutego 2002 r., <https://www.podatki.gov.pl/media/6444/protokol-tekst-polski.pdf> (dostęp: 3.03.2021).

wielostronnej⁶, a także tych, które wynikają z aktualizacji Konwencji Modelowej OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku dokonanej w 2017 r. (dalej: KM OECD)⁷. Tam, gdzie jest to konieczne, uwzględniony zostanie również wpływ Konwencji Modelowej ONZ w sprawie unikania podwójnego opodatkowania między państwami rozwiniętymi a rozwijającymi się⁸ (dalej: KM ONZ) w brzmieniu przyjętym w 2017 r. na UPO PL–NL⁹.

2. STANOWISKO POLSKI WOBEC KONWENCJI WIELOSTRONNEJ

Uregulowania Konwencji wielostronnej można podzielić na dwie grupy. Do pierwszej zaliczają się postanowienia MLI, które stanowią minimalny standard. Są to: art. 6 MLI (preambuła do UPO), art. 7 MLI (zapobieganie nadużyciom traktatów) oraz art. 16 MLI (procedura wzajemnego porozumiewania się)¹⁰; do drugiej zaś: art. 3 MLI (podmioty transparentne podatkowo), art. 4 MLI (podmioty o podwójnej siedzibie), art. 5 MLI (metody unikania podwójnego opodatkowania), art. 8 MLI (transgraniczna wypłata dywidend), art. 9 MLI (klauzula nieruchomościowa), art. 10 MLI (klauzula antyabuzywna dotycząca zakładów położonych na terytoriach trzech jurysdykcji), art. 11 MLI (zastrzeżenie przez umawiające się państwo prawa do opodatkowania osób mających rezydencję podatkową na jego terytorium), art. 12–15 MLI (unikanie statusu zakładu), art. 17 MLI (korekty

⁶ Oświadczenie rządowe z dnia 6 czerwca 2018 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzonej w Paryżu dnia 24 listopada 2016 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 1370).

⁷ *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed version – 2017 and Key Features of Member Countries 2018*, red. A. Cracea, Amsterdam 2018, s. 11; por. <https://www.oecd.org/tax/treaties/oecd-approves-2017-update-model-tax-convention.htm> (dostęp: 3.03.2021) oraz <https://mnetax.com/un-releases-updated-model-tax-treaty-adding-new-technical-service-fees-article-27765> (dostęp: 3.03.2021).

⁸ Por. *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries 2017 Update*, New York 2017, s. XIII–XIV, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf (dostęp: 23.03.2021).

⁹ Szerzej na ten temat zob. Z. Kukulski, *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ w polskiej praktyce traktatowej*, Warszawa 2015, s. 18.

¹⁰ Z. Kukulski, *Antyabuzywne klauzule Konwencji wielostronnej – nowa rzeczywistość bilateralnych umów podatkowych zawartych przez Polskę*, [w:] *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka*, t. 1: *Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, red. J. Głuchowski, Warszawa 2019, s. 239–242.

współzależne) oraz art. 18–26 MLI (arbitraż)¹¹. Nie stanowią one minimalnego standardu MLI, w związku z czym państwa-strony Konwencji wielostronnej mają swobodę przyjęcia lub nieprzyjęcia określonych w nich rozwiązań w ramach systemu zastrzeżeń i notyfikacji.

Polska jest jednym z sygnatariuszy Konwencji wielostronnej i jednocześnie czwartą jurysdykcją podatkową, która złożyła 23 stycznia 2018 r. instrument ratyfikacyjny Depozytariuszowi MLI¹². Oznacza to, że stanowisko Polski w kwestii wdrożenia uregulowań MLI do UPO objętych jej postanowieniami obecnie jest ostateczne. Nie wyklucza to jednak możliwości wycofania przez Polskę w przyszłości zgłoszonych zastrzeżeń, zgodnie z procedurą określoną w art. 28 ust. 9 MLI¹³.

Podpisując Konwencję wielostronną, Polska zgłosiła zastrzeżenia o niestosowaniu w całości następujących postanowień MLI: (1) klauzuli antyabuzywnej dotyczącej zakładów położonych na terytoriach trzecich jurysdykcji (art. 10 MLI), (2) klauzuli antyabuzywnej przeciwdziałającej sztucznemu unikaniu statusu zakładu poprzez umowy typu *commissionaire arrangements* i inne podobne działania (art. 12 MLI), (3) klauzuli antyabuzywnej przeciwdziałającej sztucznemu unikaniu statusu zakładu poprzez wykorzystanie włączeń określonych form działalności z definicji zakładu (art. 13), (4) klauzuli antyabuzywnej przeciwdziałającej sztucznemu unikaniu statusu zakładu poprzez sztuczne dzielenie umów (art. 14 MLI) oraz (5) klauzuli zawierającej definicję osoby ściśle powiązanej z przedsiębiorstwem (art. 15 MLI). Kolejnym obszarem Konwencji wielostronnej, do którego Polska nie przystąpiła, jest część VI MLI dotycząca arbitrażu wszczynanego w przypadku braku porozumienia przez właściwe organy w ramach procedury wzajemnego porozumiewania się (art. 18–26 MLI). Wymienione uregulowania zostaną wprowadzone do bilateralnych umów podatkowych w drodze dwustronnych negocjacji¹⁴.

¹¹ Ibidem, s. 242–245; por. A. Franczak, *Multilateral Convention (MLI) – The Evolution or Revolution*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2018, t. 27, nr 2, s. 9 i n.

¹² <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf> (dostęp: 4.03.2021).

¹³ Por. M. Raińczuk, M. Leconte, *Konwencja Wielostronna – wpływ na umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarte przez Polskę*, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 1, s. 20–21.

¹⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy ratyfikującej Konwencję wielostronną implementującą środki prawa traktatowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszenia zysku, sporządzonej w Paryżu 24 listopada 2016 r., druk sejmowy nr 1776/VIII kadencja, Warszawa, 18 lipca 2017 r., s. 45–47, 56–57, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/39B2431FBC225D03C12581670038E84D/%24File/1776.pdf> (dostęp: 4.03.2021).

Polska wdrożyła minimalne standardy MLI do UPO objętych jej postanowieniami. Jedynie w przypadku art. 16 (procedura wzajemnego porozumiewania się) Polska zastrzegła prawo do niestosowania art. 16 ust. 1 zd. 1 MLI (poprawa rozwiązywania sporów) na tej podstawie, że nie jest w stanie spełnić obecnie minimalnego standardu w tym zakresie¹⁵. Polska zamierza jednak w przyszłości wprowadzić do bilateralnych umów podatkowych system bilateralnych notyfikacji lub inny system konsultacji z właściwym organem drugiej umawiającej się jurysdykcji, co ma się przyczynić do poprawy skuteczności procedury wzajemnego porozumiewania się. W zakresie pozostałych postanowień art. 16 MLI Polska nie złożyła zastrzeżeń i przyjęła wskazane w nim regulacje.

Z kolei w odniesieniu do uregulowań MLI, które nie stanowią minimalnych standardów, Polska złożyła oświadczenie o stosowaniu rozwiązań przewidzianych w MLI do wszystkich UPO objętych MLI oraz dokonała wyboru przewidzianych w tym zakresie opcji. Ich szczegółowe omówienie wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Niektóre z tych kwestii zostaną bliżej zaprezentowane przy okazji oceny zmian wprowadzonych przez Protokół do UPO PL–NL.

Analizując stanowisko Polski wobec Konwencji wielostronnej, bliższego omówienia wymagają dwie kwestie. Pierwsza dotyczy klauzuli zapobiegającej nadużyciu traktatów w ramach stanowiącego minimalny standard art. 7 MLI, druga zaś wyboru przez Polskę opcji C, przewidzianej w niestanowiącym minimalnego standardu art. 5 MLI poświęconym metodom eliminacji podwójnego opodatkowania¹⁶.

Celem art. 7 MLI jest wyposażenie bilateralnych umów podatkowych w klauzule pozwalające na zapobieganie nadużyciu traktatów¹⁷. Konwencja wielostronna pozwala sygnatariuszom i jurysdykcjom podatkowym przystępującym do MLI wybrać jedno z trzech przewidzianych w tym artykule rozwiązań. Są to: (1) klauzula testu celu głównego (ang. *Principal Purpose Test – PPT Rule*) lub (2) uproszczona wersja klauzuli ograniczającej korzyści traktatowe podmiotom nieuprawnionym (ang. *Limitation-on-Benefits-Clause, LOB-Clause*) w połączeniu z klauzulą typu *PPT-Rule*, lub (3) pełna klauzula ograniczająca korzyści traktatowe podmiotom nieuprawnionym,

¹⁵ Ibidem, s. 51.

¹⁶ M. Jamroży, *Metody unikania podwójnego opodatkowania w świetle wielostronnej konwencji implementującej środki traktatowego prawa podatkowego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, t. 107, s. 11–32.

¹⁷ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo podatkowe*, Warszawa 2020, s. 396 i n.

jaka wykształciła się pod wpływem praktyki traktatowej Stanów Zjednoczonych¹⁸. Polska wybrała klauzulę testu celu głównego jako rozwiązanie tymczasowe¹⁹. W przyszłości nasz kraj zamierza wdrożyć do UPO pełną klauzulę ograniczającą korzyści traktatowe podmiotom nieuprawnionym w drodze dwustronnych negocjacji²⁰. Oznacza to, że co do zasady Polska odmówi podatnikom korzyści wynikających z bilateralnej umowy podatkowej, w przypadku gdy ich uzyskanie było jednym z głównych celów utworzenia danej struktury lub zawarcia danej transakcji. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że rozwiązanie wybrane przez Polskę jest normatywnym odzwierciedleniem zasady zawartej od 2003 r. w Komentarzu do KM OECD, zgodnie z którą za sprzeczne z przedmiotem i celem odnoszących postanowień bilateralnej umowy podatkowej uznać należy przyznanie korzyści traktatowych, tj. przede wszystkim ochrony przed podwójnym opodatkowaniem w sensie prawnym dochodu lub majątku, jeżeli głównym celem transakcji lub utworzenia danej struktury było uzyskanie korzyści przewidzianych w danej UPO²¹.

Konwencja wielostronna pozwala jurysdykcjom podatkowym także na wybór jednej z trzech opcji przewidzianych w art. 5 MLI. Przepis ten ma na celu zapobieganie podwójnemu nieopodatkowaniu dochodu (majątku)²². W przedmiocie art. 5 MLI Polska wybrała opcję C zakładającą wprowadzenie metody zwykłego kredytu podatkowego w każdej UPO objętej postanowieniami MLI, w której przed zmianą stosowano metodę zwolnienia z zastrzeżeniem progresji²³. Oczywiście ostateczny skutek w postaci zmiany metody eliminacji podwójnego opodatkowania zależy od stanowiska w tym zakresie drugiego umawiającego się państwa²⁴.

Do tej pory polska praktyka traktatowa w tym względzie była dość spójna. Co do zasady Polska stosowała bowiem metodę zwykłego kredytu

¹⁸ <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/documents/treaty-us%20model-2016.pdf> (dostęp: 31.01.2019).

¹⁹ Uzasadnienie do projektu ustawy ratyfikującej Konwencję wielostronną..., s. 43.

²⁰ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 420.

²¹ *Ibidem*, s. 396.

²² Z. Kukulski, *Art. 6 Konwencji Wielostronnej jako dyrektywa wykładni umów o unikaniu podwójnego opodatkowania*, [w:] *Prawo podatkowe w systemie prawa. Międzygałęziowe związki norm i instytucji prawnych*, red. A. Kaźmierczyk, A. Franczak, Warszawa 2019, s. 510 i n.

²³ M. Jamroży, *Metody unikania podwójnego opodatkowania...*, s. 11–32; H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 379.

²⁴ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 379–380.

podatkowego w odniesieniu do dochodów (przychodów) z dywidend, odsetek i należności licencyjnych, a w pozostałym zakresie – w zależności od partnera traktatowego – metodę zwolnienia z zastrzeżeniem progresji lub metodę zwykłego kredytu podatkowego²⁵. Analiza trendów w polskiej praktyce traktatowej, zwłaszcza z państwami należącymi do Unii Europejskiej, wskazywała wyraźnie preferowanie metody zwolnienia z zastrzeżeniem progresji²⁶. Jest to jedna z najbardziej doniosłych konsekwencji dotyczących niektórych polskich rezydentów podatkowych związanych z wejściem w życie Konwencji wielostronnej²⁷. Całości dopełniają zmiany wprowadzone od 1 stycznia 2021 r. do art. 27g ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych²⁸. Istotnemu ograniczeniu uległa przewidziana w tym przepisie tzw. ulga abolicyjna²⁹.

Reasumując, będąca następstwem wyboru przez Polskę opcji C w ramach art. 5 MLI zmiana w wielu UPO metody zwolnienia z zastrzeżeniem progresji na metodę zwykłego kredytu oraz wprowadzenie kwotowego limitu odliczenia podatku zapłaconego za granicą w ramach tzw. ulgi abolicyjnej oznacza, w moim przekonaniu, istotne pogorszenie sytuacji polskich rezydentów osiągających dochody w państwach, których modyfikacja ta dotyczy³⁰.

3. PROTOKÓŁ ZMIENIAJĄCY UMOWĘ POLSKI Z HOLANDIĄ A MINIMALNE STANDARDY KONWENCJI WIELOSTRONNEJ

Jedną ze zmian wynikających z podpisania Protokołu do UPO PL–NL jest modyfikacja tytułu umowy oraz wprowadzenie preambuły do niej. Zgodnie z jej nowym tytułem UPO PL–NL ma na celu nie tylko eliminowanie

²⁵ Ibidem, s. 379.

²⁶ Z. Kukulski, *Trendy w polskiej praktyce traktatowej po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2015, nr 1, s. 39–62.

²⁷ <https://www.podatki.gov.pl/podatkowa-wspolpraca-miedzynarodowa/konwencja-mli/wyjasnienia-dla-osob-fizycznych/> (dostęp: 4.03.2021).

²⁸ Ustawa z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r., poz. 2123).

²⁹ <https://www.pit.pl/aktualnosci/mf-wyjasnia-przepisy-dotyczace-ulgi-abolicyjnej-beda-dotyczyc-dochodow-za-2021-r-1002852> (dostęp: 4.03.2021); por. H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 383–386.

³⁰ Por. H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 386.

podwójnego opodatkowania w sensie prawnym i ekonomicznym w zakresie podatku od dochodu, ale także zapobieganie uchylaniu się od opodatkowania i unikaniu opodatkowania. Cele te korespondują w pełni z treścią nowej preambuły do umowy. Uchylenie się od opodatkowania lub unikanie opodatkowania, w tym podwójne nieopodatkowanie przy wykorzystaniu umowy, jest równoznaczne z nadużyciem jej postanowień, co stanowić może podstawę do odmowy przyznania podatnikowi korzyści umownych. Za nadużycie umowy preambuła uznaje też przyznanie korzyści umownych pośrednio osobom będącym rezydentami państw trzecich (ang. *treaty shopping*). Uregulowania preambuły do UPO PL–NL odpowiadają brzmieniu art. 6 ust. 1 MLI. Ponadto Polska i Holandia zdecydowały się, zgodnie z art. 6 ust. 3 MLI, włączyć do tekstu preambuły fragment wskazujący na wolę umawiających się państw rozwijania dwustronnych relacji ekonomicznych i wzmacniania współpracy w zakresie spraw podatkowych, jako *ratio legis* umowy³¹. Zmiany te niewątpliwie wpłyną na sposób wykładni postanowień UPO PL–NL³².

Zgodnie ze stanowiskiem Polski wobec Konwencji wielostronnej Protokół nadaje nowe brzmienie art. 29 UPO PL–NL. Przepis ten wprowadza do tej umowy wzorowaną na art. 7 ust. 1 MLI klauzulę testu celu głównego. Zarówno Polska, jak i Holandia mogą na jego podstawie odmówić podatnikom korzyści przewidzianych w UPO PL–NL, tj. ochrony przed podwójnym opodatkowaniem w sensie prawnym i ekonomicznym oraz określonych praw o charakterze proceduralnym przysługujących osobom, których UPO dotyczy, m.in. w ramach procedury wzajemnego porozumiewania się. Klauzula testu celu głównego znajdzie zastosowanie, jeżeli: (1) doszło do utworzenia jakiegokolwiek struktury lub zawarcia jakiegokolwiek transakcji, (2) u podatnika wystąpiła bezpośrednio lub pośrednio w związku z tą strukturą lub transakcją korzyść podatkowa, (3) uzyskanie tychże korzyści było jednym z głównych celów utworzenia danej struktury lub zawarcia określonej transakcji oraz (4) przyznanie korzyści w danych okolicznościach jest sprzeczne z przedmiotem i celem odpowiednich postanowień umowy³³. Jeżeli spełnione zostaną przywołane przesłanki, umawiające się państwa mogą odmówić podatnikowi korzyści przewidzianych w UPO PL–NL w odniesieniu do części dochodu bez względu na inne postanowienia umowy.

³¹ Z. Kukulski, *Art. 6 Konwencji Wielostronnej...*, s. 510–511.

³² *Ibidem*.

³³ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 397.

Ciekawe uregulowanie proceduralne, nieobecne w Konwencji wielostronnej, zawiera art. 29 ust. 2 UPO PL–NL. Dotyczy ono sposobu rozwiązywania ewentualnego sporu między umawiającymi się państwami w przypadku, gdy jedno z nich odmawia podatnikowi korzyści przewidzianych w umowie na podstawie klauzuli testu celu głównego. W takiej sytuacji właściwy organ drugiego umawiającego się państwa, który przyznałby podatnikowi taką korzyść, ma obowiązek traktować tego podatnika jako osobę uprawnioną do korzyści umownych, jeżeli po analizie wszelkich faktów i okoliczności mających znaczenie dla sprawy ustali, że korzyści umowne zostałyby takiemu podatnikowi przyznane w sytuacji braku transakcji lub struktury. Postępowanie w tej sprawie wszczynane jest na wniosek osoby, której odmówiono prawa do korzyści umownych. Przepis art. 29 ust. 2 nakłada na organ umawiającego się państwa obowiązek skontaktowania się z właściwym organem drugiego umawiającego się państwa przed odmową uwzględnienia wniosku złożonego w tej sprawie.

Na mocy Protokołu nowe brzmienie otrzymał art. 26 ust. 5 UPO PL–NL. Przepis ten reguluje postępowanie arbitrażowe w ramach procedury wzajemnego porozumiewania się³⁴. Uregulowania w tym zakresie pojawiły się przy okazji aktualizacji KM OECD w 2008 r. i KM ONZ w 2011 r.³⁵ Postępowanie to przewidziane jest również w art. 16 ust. 1 Konwencji wielostronnej. Arbitraż, o którym mowa, stanowi obecnie najważniejszy mechanizm umożliwiający rozwiązywanie sporów związanych z interpretacją lub stosowaniem bilateralnych umów podatkowych. Uregulowania tego rodzaju należą jednak do rzadkich w polskiej praktyce traktatowej, a UPO PL–NL przed zmianami wynikającymi z podpisania Protokołu była jedną z nielicznych umów, w których arbitraż ten został przewidziany³⁶. Zmiany wprowadzone przez Protokół dostosowują brzmienie UPO PL–NL nie tylko do art. 16 ust. 1 MLI, ale także do aktualnego brzmienia rekomendacji KM OECD i KM ONZ w tym zakresie. Warto zaznaczyć, że postępowanie arbitrażowe regulowane jest też przez przepisy prawa Unii Europejskiej, w tym przez Konwencję arbitrażową w sprawie eliminowania podwójnego opodatkowania w przypadku korekty zysków przedsiębiorstw

³⁴ Ibidem, s. 552–556.

³⁵ Z. Kukulski, *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ...*, s. 161–162.

³⁶ Ibidem, s. 307.

powiązanych³⁷ oraz przez dyrektywę arbitrażową³⁸. Przepisy tej ostatniej implementowano na grunt polskiego prawa wewnętrznego mocą Ustawy z dnia 16 października 2019 r. o rozstrzygnięciu sporów dotyczących podwójnego opodatkowania oraz zawieraniu uprzednich porozumień cenowych³⁹. Szczegółowa analiza regulowanej w tym przepisie problematyki wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

4. PROTOKÓŁ ZMIENIAJĄCY UMOWĘ POLSKI Z HOLANDIĄ A POSTANOWIENIA KONWENCJI WIELOSTRONNEJ NIESTANOWIĄCE MINIMALNYCH STANDARDÓW MLI

Nie wszystkie postanowienia Konwencji wielostronnej niestanowiące minimalnych standardów zostały wdrożone do UPO PL–NL mocą Protokołu zmieniającego. Dotyczy to art. 8 MLI (transakcje wypłat dywidend), art. 10 MLI (klauzula antyabuzywna dotycząca zakładów położonych na terytoriach trzecich jurysdykcji), art. 11 MLI (stosowanie przepisów UPO w celu zastrzeżenia prawa strony do opodatkowania osób mających miejsce zamieszkania lub siedzibę na jej terytorium) oraz art. 17 MLI (korekty współzależne). Z wyjątkiem art. 8 i 11 MLI rozwiązanie to zgodne jest ze stanowiskiem Polski wobec Konwencji wielostronnej, gdyż Polska, o czym była już mowa, zastrzegła sobie prawo do niestosowania art. 10 MLI. Podobne zastrzeżenie zgłoszono do art. 17 MLI, ale tylko w odniesieniu do UPO, które zawierają uregulowania dopuszczające korektę współzależną. Korekta, o której mowa, przewidziana jest w art. 9 ust. 2 UPO PL–NL w jej dotychczasowym brzmieniu⁴⁰.

³⁷ Konwencja nr 90/436/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie eliminowania podwójnego opodatkowania w przypadku korekty zysków przedsiębiorstw powiązanych (Dz. Urz. WE L 225 z dnia 20 sierpnia 1990 r.); zob. A. Biegalski, *Konwencja Arbitrażowa – nowe rozwiązania prawne dla przedsiębiorców powiązanych*, https://sip.lex.pl/#/publication/151054941/biegalski-adam-konwencja-arbitrazowa-nowe-rozwiazania-prawne-dla-przedsiębiorców-powiązanych?keyword=Konwencja%20w%20sprawie%20eliminowania%20podwójnego%20opodatkowania%20w%20przypadku%20korekty%20zysków%20przedsiębiorstw%20powiązanych&unitId=passage_3 (dostęp: 5.03.2021).

³⁸ Dyrektywa Rady (UE) 2017/1852 z dnia 10 października 2017 r. w sprawie mechanizmów rozstrzygnięcia sporów dotyczących podwójnego opodatkowania w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 265/1 z dnia 14 października 2017 r.); zob. H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 556–558.

³⁹ Dz.U. z 2019 r., poz. 2200.

⁴⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy ratyfikującej Konwencję wielostronną..., s. 54–55.

Protokół dostosowuje zakres podmiotowy UPO PL–NL oraz przewidzianą w niej normę rozwiązyującą problem podwójnej rezydencji podatkowej osób niebędących osobami fizycznymi do brzmienia art. 3 ust. 1 i odpowiednio art. 4 ust. 1 MLI. Zaadaptowane rozwiązania zgodne są ze stanowiskiem Polski wobec Konwencji wielostronnej. W UPO PL–NL w art. 1 ust. 2 pojawia się klauzula dotycząca podmiotów transparentnych podatkowo. Zgodnie z jej brzmieniem dochód uzyskany przez lub za pośrednictwem podmiotu lub struktury, które są uznawane w całości lub w części za transparentne podatkowo zgodnie z prawem któregośkolwiek z umawiających się państw, będzie uważany za dochód rezydenta danego państwa, ale tylko w zakresie, w jakim dochód ten dla celów opodatkowania jest traktowany przez to państwo jako dochód rezydenta tego państwa⁴¹. Natomiast kwestia podwójnej rezydencji osób niebędących osobami fizycznymi nie będzie już rozstrzygana, jak dzieje się to do tej pory, na podstawie kryterium miejsca faktycznego zarządu takiej osoby. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 4 ust. 3 UPO PL–NL właściwe organy umawiających się państw powinny podjąć starania zmierzające do rozstrzygnięcia kwestii rezydencji podatkowej osoby innej niż osoba fizyczna w ramach procedury wzajemnego porozumiewania się, uwzględniając miejsce położenia jej faktycznego zarządu, miejsce utworzenia lub inny sposób jej ustanowienia oraz wszelkie inne mające znaczenie kryteria. W razie braku porozumienia osoba nie będzie uprawniona do korzyści wynikających z UPO PL–NL, chyba że w zakresie oraz w sposób, które mogą zostać uzgodnione przez właściwe organy obu umawiających się państw.

Do ważnych zmian wprowadzonych mocą Protokołu należy zaliczyć wprowadzenie do UPO PL–NL klauzuli nieruchomościowej⁴². Rozwiązanie zaadaptowane przez Polskę i Holandię wzorowane jest na art. 9 ust. 4 MLI. Klauzula ta pozwala na opodatkowanie w państwie położenia nieruchomości dochodów z przeniesienia własności udziałów (akcji) w spółkach kapitałowych, spółkach osobowych lub trustach pod warunkiem,

⁴¹ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 86–87; por. *OECD Model Tax Convention...*, s. 55–59.

⁴² Z. Kukulski, *Klauzula nieruchomościowa w bilateralnych umowach podatkowych zawartych przez Polskę jako mechanizm zapobiegający międzynarodowemu unikaniu opodatkowania*, [w:] *Międzynarodowe unikanie opodatkowania. Wybrane zagadnienia*, red. D. Gajewski, Warszawa 2017, s. 144–150; por. P. Baker, T. Liao, *Improper Use of Tax Treaties: The New Commentary on Article 1 and the Amended Article 13(5)*, „Bulletin for International Taxation” 2012, t. 66, nr 11, s. 601–602.

że większa niż określona w danej UPO część majątku takiej spółki (trustu) składa się z majątku nieruchomości (nieruchomości) położonego w danym umawiającym się państwie. Zgodnie z brzmieniem art. 13 ust. 3a UPO PL–NL, dodanego do niej mocą Protokołu zmieniającego, klauzula nieruchomościowa znajdzie zastosowanie, jeżeli w jakimkolwiek momencie w okresie 365 dni poprzedzających przeniesienie własności udziałów (akcji) lub porównywalnych praw ich wartość pochodziła bezpośrednio lub pośrednio w więcej niż 75% z majątku nieruchomości (nieruchomości) położonego na terytorium drugiego umawiającego się państwa. Zwraca uwagę w UPO PL–NL wyższy próg wartości udziałów (akcji) pochodzących z majątku nieruchomości położonego w drugim umawiającym się państwie, po przekroczeniu którego klauzula nieruchomościowa znajdzie zastosowanie. Zarówno w art. 9 ust. 4 KM OECD, jak i w art. 13 ust. 4 KM OECD oraz odpowiednio art. 13 ust. 4 KM ONZ próg ten określony został na 50%. Mimo tej różnicy wprowadzona do UPO PL–NL zmiana zgodna jest ze stanowiskiem Polski wobec Konwencji wielostronnej.

Protokół nie wprowadza istotnych zmian do art. 23 UPO PL–NL regulującego metody eliminacji podwójnego opodatkowania. Oznacza to, że w odniesieniu do polskich rezydentów nadal stosowana będzie – w zależności od rodzaju dochodu – albo metoda zwykłego kredytu podatkowego (art. 23 ust. 5 UPO PL–NL), albo metoda zwolnienia z zastrzeżeniem progresji (art. 23 ust. 6 UPO PL–NL). Odbiega to od stanowiska Polski wobec Konwencji wielostronnej. Nowością w UPO PL–NL jest przewidziana w art. 23 ust. 7 klauzula pozwalająca Holandii na zmianę metody zwolnienia z zastrzeżeniem progresji na metodę zwykłego kredytu podatkowego, co ma zapobiegać podwójnemu nieopodatkowaniu dochodów uzyskiwanych przez rezydentów tego państwa w Polsce, w przypadku gdy nasz kraj zwalnia te dochody z opodatkowania na podstawie umowy lub stosuje do nich przepisy art. 10 ust. 2 (maksymalne stawki podatku u źródła od dywidend) lub art. 11 ust. 2 (stawka podatku u źródła od odsetek). Szkoda, że nie wprowadzono analogicznego rozwiązania, które umożliwiłoby także Polsce zmianę w podobnej sytuacji metody eliminacji unikania podwójnego opodatkowania.

Umowa Polski z Holandią jest pierwszą umową w polskiej praktyce traktatowej, do której wprowadzono niektóre klauzule zapobiegające sztucznemu unikaniu statusu zakładu. Są to: wzorowana na opcji B art. 13 MLI oraz art. 5 ust. 4 KM OECD w wersji z 2017 r. klauzula zapobiegająca sztucznemu unikaniu statusu zakładu poprzez wykorzystanie wyłączenia określonych form

działalności z definicji zakładu oraz klauzula zapobiegająca sztucznemu unikaniu statusu zakładu poprzez umowy typu *commissionaire arrangements* i inne podobne działania, o której mowa w art. 12 MLI oraz art. 5 ust. 5 KM OECD w wersji z 2017 r. Wyjątkiem w omawianym zakresie jest przewidziana w art. 13 MLI klauzula zapobiegająca sztucznemu dzieleniu kontraktów. Warto podkreślić, że klauzula ta nie została także zaadaptowana przez KM OECD i KM ONZ przy okazji aktualizacji obu wzorców w 2017 r. Dlatego można przyjąć, że stanowisko Polski w tym zakresie jest zgodne z punktem widzenia innych państw członkowskich OECD.

Klauzulę zapobiegającą sztucznemu unikaniu statusu zakładu poprzez wykorzystanie wyłączenia określonych form działalności z definicji zakładu przewiduje art. 5 ust. 4 UPO PL–NL w brzmieniu nadanym mocą Protokołu. Przepis ten zawiera tzw. negatywną listę placówek nieuznawanych za zakład. Określenie „zakład” nie obejmuje: (1) użytkowania placówek, które służą wyłącznie do składowania, wystawiania lub dostawy dóbr (towarów) należących do przedsiębiorstwa, (2) utrzymywania zapasów dóbr (towarów) należących do przedsiębiorstwa, wyłącznie w celu składowania, wystawiania lub dostawy, (3) utrzymywania zapasów dóbr (towarów) należących do przedsiębiorstwa wyłącznie w celu przetworzenia przez inne przedsiębiorstwo, (4) utrzymywania stałej placówki wyłącznie w celu zakupu towarów (dóbr) albo zbierania informacji dla przedsiębiorstwa, (5) utrzymywania stałej placówki wyłącznie w celu prowadzenia dla przedsiębiorstwa jakiejkolwiek innej działalności oraz (6) utrzymywania stałej placówki wyłącznie w celu łącznego prowadzenia jakiejkolwiek z wyżej wymienionych form działalności. Warunkiem nieuznania wskazanych placówek za zakład jest przygotowawczy lub pomocniczy charakter prowadzonej w nich przez przedsiębiorstwo działalności. Ponadto w UPO PL–NL w art. 5 ust. 5 pojawia się odpowiednik art. 5 ust. 4.1 KM OECD w wersji z 2017 r., którego zadaniem jest przeciwdziałanie zjawiskom fragmentaryzacji spójnej operacji gospodarczej na kilka mniejszych operacji przez przedsiębiorstwo lub grupę blisko powiązanych z nim przedsiębiorstw w celu udowodnienia, że każda z nich jest zaangażowana jedynie w działalność przygotowawczą lub pomocniczą⁴³. Definicję przedsiębiorstwa lub osoby blisko związanej z przedsiębiorstwem zawiera art. 5 ust. 8 UPO PL–NL. Odpowiada ona zarówno treści art. 15 MLI, jak i art. 5 ust. 8 KM OECD w wersji z 2017 r.

⁴³ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 202.

Z kolei klauzula zapobiegająca sztucznemu unikaniu statusu zakładu poprzez umowy typu *commissionaire arrangements* i innym podobnym działaniom zawarta jest w art. 5 ust. 6 UPO PL–NL w brzmieniu nadanym przez Protokół. Przepis ten dotyczy statusu zależnego przedstawiciela (agenta) jako zakładu. Zakład typu agencyjnego powstaje, jeżeli w drugim umawiającym się państwie działa osoba, która podejmuje tam czynności na rzecz zagranicznego przedsiębiorstwa i która czyniąc tak, zwyczajowo zawiera umowy lub zwyczajowo odgrywa główną rolę w doprowadzeniu do zawarcia umów, które są rutynowo zawierane bez istotnych zmian dokonywanych przez to przedsiębiorstwo. Wymaga się ponadto, by umowy, o których mowa, były zawierane: a) w imieniu przedsiębiorstwa lub w celu przeniesienia własności, lub w celu przyznania prawa do użytkowania majątku posiadanego przez to przedsiębiorstwo, lub w stosunku do którego przedsiębiorstwo posiada prawo do jego użytkowania, lub b) w celu świadczenia usług przez to przedsiębiorstwo. Zakład typu agencyjnego nie powstanie w sytuacji, gdy wskazane czynności ograniczają się do czynności o charakterze przygotowawczym lub pomocniczym, o których mowa w art. 5 ust. 4 UPO PL–NL, a które, gdyby były wykonywane przez stałą placówkę (inną niż stała placówka, do której ma zastosowanie art. 5 ust. 5 UPO PL–NL), nie pozwalałyby na uznanie tej placówki za zakład⁴⁴.

W związku z powyższym przeobrażeniom uległ także przepis regulujący status niezależnego przedstawiciela (obecny art. 5 ust. 7 UPO PL–NL). Zgodnie z jego aktualnym brzmieniem klauzula zapobiegająca sztucznemu unikaniu statusu zakładu poprzez umowy typu *commissionaire arrangements* i innym podobnym działaniom nie znajduje zastosowania w przypadku, gdy przedstawiciel (agent) zagranicznego przedsiębiorstwa działa w zakresie swojej zwykłej działalności jako agent niezależny⁴⁵. Zasada ta doznaje jednak poważnego ograniczenia. Stanowi ono swoiste *novum* w porównaniu z pierwotnym brzmieniem UPO PL–NL. Działalność niezależnego agenta może zostać uznana za zakład, jeżeli osoba ta działa wyłącznie lub prawie wyłącznie w imieniu jednego lub większej liczby przedsiębiorstw, z którymi jest ściśle powiązana. Protokół recypuje zatem na grunt UPO PL–NL aktualne brzmienie rekomendacji KM OECD i odpowiednio KM ONZ w tym zakresie. Warto wspomnieć, że podobne do omawianego

⁴⁴ Ibidem, s. 205–206.

⁴⁵ Ibidem, s. 208–209.

uregulowanie zawarte było w pierwotnych wersjach art. 5 ust. 7 KM ONZ⁴⁶. Rzadko jednak stosowano to rozwiązanie w polskiej praktyce traktatowej⁴⁷.

Reasumując, wprowadzone do UPO PL–NL zmiany dotyczące definicji zakładu potwierdzają stanowisko Polski wobec Konwencji wielostronnej, zgodnie z którym wszelkie modyfikacje przepisów dotyczące opodatkowania zakładu w UPO powinny zostać wprowadzone w drodze dwustronnych negocjacji⁴⁸.

5. POZOSTAŁE ZMIANY UMOWY POLSKI Z HOLANDIĄ

Protokół nadał nowe brzmienie ust. 2–4 art. 7 UPO PL–NL, dostosowując tym samym zasady przypisywania zysków zakładowi do rekomendacji KM OECD z 2010 r. i późniejszych⁴⁹. Tym samym UPO PL–NL jest obok umowy Polski ze Stanami Zjednoczonymi z 2013 r.⁵⁰ drugą umową w polskiej praktyce traktatowej, której uregulowania w tym zakresie odzwierciedlają aktualne podejście OECD do tej problematyki. Zmiana polega na zastosowaniu podejścia do zakładu jako do funkcjonalnie odrębnej jednostki (ang. *Functionally Separate Entity Approach* lub *Authorised OECD Approach*)⁵¹. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 7 ust. 2 UPO PL–NL dla celów rozdzielenia roszczeń podatkowych między umawiające się państwa w odniesieniu do zysków przedsiębiorstw (art. 7 UPO PL–NL) oraz prawidłowego stosowania przewidzianych w umowie metod eliminacji podwójnego opodatkowania (art. 23 UPO PL–NL) zakładowi zagranicznego przedsiębiorstwa można przypisać w każdym z umawiających się państw tylko te zyski, które mógłby on osiągnąć, w szczególności w transakcjach z innymi częściami przedsiębiorstwa, gdyby był samodzielny i niezależnym przedsiębiorstwem zaangażowanym w taką samą lub podobną działalność prowadzoną w takich samych lub podobnych warunkach. W tym

⁴⁶ Z. Kukulski, *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ...*, s. 179.

⁴⁷ Ibidem, s. 326.

⁴⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy ratyfikującej Konwencję wielostronną..., s. 46.

⁴⁹ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 230–231.

⁵⁰ Por. art. 7 Konwencji między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki w sprawie podwójnego opodatkowania oraz zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu, podpisanej w Warszawie 13 lutego 2013 r. (nieratyfikowanej); zob. też Z. Kukulski, *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ...*, s. 332.

⁵¹ Z. Kukulski, *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ...*, s. 230.

celu należy wziąć pod uwagę wykonywane funkcje, zaangażowane środki oraz ryzyko ponoszone przez przedsiębiorstwo poprzez zakład oraz poprzez inne części przedsiębiorstwa. Ustęp 3 art. 7 UPO PL–NL w brzmieniu nadanym mocą Protokołu wprowadza, wzorem KM OECD, obowiązek dokonania korekty odpowiadającej przez drugie umawiające się państwo w zakresie koniecznym dla uniknięcia podwójnego opodatkowania zysków zakładu. Obowiązek ten powstaje w przypadku, gdy to państwo uznaje korektę pierwotną za zgodną z zasadami określonymi w art. 7 ust. 2. W razie rozbieżności umawiające się państwa zobowiązane są do wyeliminowania niezgodnego z UPO podwójnego opodatkowania w drodze procedury wzajemnego porozumiewania się. Ostatni ustęp art. 7 dotyczy relacji tego przepisu do innych postanowień umowy także dotyczących zysków przedsiębiorstw⁵². Odpowiada on treści art. 7 ust. 4 KM OECD⁵³. Zgodnie z jego brzmieniem, jeżeli zyski zakładu obejmują kategorie dochodów, które zostały odrębnie uregulowane w innych artykułach UPO PL–NL, tj. w art. 10 ust. 6 (dywidendy faktycznie związane z działalnością zakładu), art. 11 ust. 6 (odsetki faktycznie związane z zakładem) oraz w art. 12 ust. 5 (należności licencyjne faktycznie związane z zakładem), postanowienia przywołanych przepisów nie będą naruszane przez art. 7 UPO PL–NL.

Protokół wprowadza także definicję uznanego funduszu emerytalnego umawiającego się państwa do UPO PL–NL (ang. *recognized pension fund*). Odpowiada ona brzmieniu art. 3 ust. 1 pkt i KM OECD w wersji z 2017 r.⁵⁴ Określenie to oznacza, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt j UPO PL–NL, podmiot lub strukturę ustanowioną w umawiającym się państwie, która jest uznawana za odrębną osobę zgodnie z prawem tego państwa i która: (1) została utworzona i działa wyłącznie lub prawie wyłącznie w celu administrowania lub dostarczania świadczeń emerytalnych i świadczeń uzupełniających lub związanych ze świadczeniami emerytalnymi na rzecz osób fizycznych i jest uznawana zgodnie z prawem tego państwa lub jednej z jego jednostek terytorialnych lub organów lokalnych za fundusz emerytalny, lub (2) została utworzona i działa wyłącznie lub prawie wyłącznie w celu inwestowania środków na rzecz podmiotów lub struktur, o których mowa w pkt 1. Fundusz taki ma status rezydenta umawiającego się państwa, co oznacza, że jest osobą uprawnioną do korzyści wynikających z UPO PL–NL⁵⁵.

⁵² Ibidem, s. 235.

⁵³ *OECD Model Tax Convention...*, s. 193–195.

⁵⁴ Ibidem, s. 99–102.

⁵⁵ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 90.

Nie jest to jedyna korzyść, jaka wynika z objęcia uznanych funduszy emerytalnych zakresem podmiotowym UPO PL–NL. Zgodnie z art. 10 ust. 2 lit. a UPO PL–NL w brzmieniu nadanym mocą Protokołu stawka podatku u źródła od dywidend wypłacanych uznanemu funduszowi emerytalnemu została zredukowana do 0%, pod warunkiem że ma on status rzeczywistego beneficjenta otrzymanych z tego tytułu płatności. Podobne przywileje podatkowe przyznano uznanemu funduszowi emerytalnemu na gruncie art. 11 ust. 3 pkt f UPO PL–NL w ramach tzw. klauzuli zwalniającej niektóre kategorie odsetek z podatku u źródła oraz w art. 13 ust. 3a UPO PL–NL. Przepis ten wyłącza zastosowanie klauzuli nieruchomościowej do dochodów ze zbycia udziałów (akcji) objętych w zamian za wkład w postaci majątku nieruchomego (nieruchomości) przez uznany fundusz emerytalny umawiającego się państwa. W efekcie wprowadzonych zmian uznane fundusze emerytalne umawiających się państw korzystają z dobrodziejstw tzw. zamierzonego podwójnego nieopodatkowania, gdyż co do zasady są one także zwolnione z podatku dochodowego od osób prawnych w państwie ich utworzenia.

Protokół modyfikuje też postanowienia protokołu końcowego o UPO PL–NL, który został podpisany w tej samej dacie co UPO PL–NL i stanowi jej integralną część. Po postanowieniu IV protokołu końcowego dodano nowe postanowienie V, z którego wynika m.in., że dochód uzyskiwany w związku z (częściową) likwidacją spółki lub nabyciem własnych akcji (udziałów) przez spółkę będzie traktowany dla celów opodatkowania jak dochód z akcji (udziałów). Taki sam sposób kwalifikacji prawnej dotyczy również dochodów uzyskiwanych w związku z wypłatami z tytułu certyfikatów lub jednostek uczestnictwa w funduszu inwestycyjnym. W obu przypadkach zastosowanie znajdują odpowiednie postanowienia art. 10 UPO PL–NL regulujące zasady unikania podwójnego opodatkowania dywidend.

Protokół wprowadza ponadto zmiany do art. 18 UPO PL–NL regulującego zasady rozdzielenia roszczeń podatkowych między umawiające się państwa w odniesieniu do dochodów z emerytur i podobnych świadczeń z ubezpieczenia społecznego. Rozszerza zakres stosowania tego przepisu także na renty kapitałowe, pod pojęciem których, zgodnie z art. 18 ust. 4 UPO PL–NL, rozumie się określoną kwotę wypłacaną okresowo w ustalonych terminach, dożywotnio lub przez wskazany bądź ustalony czas, zgodnie ze zobowiązaniem do dokonywania takich wypłat w zamian za odpowiednie świadczenie pieniężne lub mające wartość pieniężną.

Uregulowania art. 18 UPO PL–NL zarówno przed, jak i po zmianie wynikającej z podpisania Protokołu nie opierały się na rekomendacjach

KM OECD, lecz na art. 18A ust. 2 oraz art. 18B ust. 3 KM ONZ⁵⁶. W odróżnieniu od KM OECD, KM ONZ przyznaje prawo do opodatkowania emerytur, rent i innych podobnych świadczeń wypłacanych ze środków publicznych w ramach publicznego systemu ubezpieczenia społecznego państwu źródła. Rozwiązanie to zastosowano w art. 18 ust. 2 UPO PL–NL, który stanowi, że wypłacone emerytury i renty oraz inne wypłaty realizowane zgodnie z przepisami prawa o ubezpieczeniach społecznych umawiającego się państwa osobie mającej miejsce zamieszkania w drugim umawiającym się państwie mogą być opodatkowane w państwie ich źródła. Użycie zwrotu „mogą być opodatkowane” oznacza, że prawo państwa źródła do ich opodatkowania nie ma charakteru wyłącznego, jak to wynika z rekomendacji KM ONZ. Reakcja państwa rezydencji beneficjenta świadczenia emerytalnego na opodatkowanie emerytur i innych podobnych świadczeń w państwie źródła zależy od przyjętej w umowie metody eliminacji podwójnego opodatkowania, o czym była mowa w pkt 4 niniejszego opracowania. Przyjęte w UPO PL–NL rozwiązanie w zakresie emerytur i innych podobnych świadczeń należy ocenić pozytywnie. Stanowi ono przykład kierunku, w którym powinna pójść polityka traktatowa naszego kraju, jeśli chodzi o opodatkowanie tej kategorii dochodów⁵⁷. Dowodzi wagi, jaką współcześnie przywiązują państwa należące do OECD do zbalansowanego rozdzielenia roszczeń podatkowych w przypadku emerytur, rent i innych podobnych świadczeń.

Ponadto art. 18 ust. 3 precyzuje, kiedy emerytura, renta i inne podobne świadczenie lub renta kapitałowa uważane są za powstające w umawiającym się państwie. KM ONZ nie zawiera żadnych rekomendacji w tym zakresie, pozostawiając umawiającym się państwom swobodę uregulowania tej kwestii w drodze dwustronnych negocjacji. Zgodnie z art. 18 ust. 3 UPO PL–NL wymienione dochody uważa się za powstające w umawiającym się państwie, jeżeli składki lub wypłaty związane z emeryturą, rentą (rentą kapitałową) lub innym podobnym świadczeniem bądź uprawnienia wynikające z tych świadczeń kwalifikują się do ulgi podatkowej w tym państwie. Ponadto przeniesienie emerytury, renty (renty kapitałowej) lub innego podobnego świadczenia z funduszu emerytalnego lub innego podmiotu prowadzącego działalność ubezpieczeniową w umawiającym się państwie do funduszu emerytalnego (innego podmiotu prowadzącego działalność

⁵⁶ Z. Kukulski, *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ...*, s. 216.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 350–351.

ubezpieczeniową) nie ogranicza w żaden sposób praw państwa źródła do opodatkowania tego dochodu. Ponadto, zgodnie z art. 18 ust. 5 UPO PL–NL w brzmieniu nadanym mocą protokołu zmieniającego, art. 18 tej umowy znajduje zastosowanie do ryczałtowej wypłaty w zamian za emeryturę, rentę (rentę kapitałową) lub inne podobne świadczenie.

Protokół modernizuje także UPO PL–NL w zakresie dwóch ważnych form współpracy w sprawach podatkowych, tj. wymiany informacji (art. 27) oraz pomocy w poborze podatków (art. 28)⁵⁸. Treść art. 27 UPO PL–NL wzbogacona została o kolejne ustępy regulujące problematykę ograniczeń w wymianie informacji (art. 27 ust. 3 UPO PL–NL), interesu wewnętrznego państwa proszonego w kontekście obowiązku udzielenia informacji (art. 27 ust. 4 UPO PL–NL) oraz informacji posiadanych przez bank lub inną instytucję finansową (art. 27 ust. 5 UPO PL–NL)⁵⁹. Zmiany te odpowiadają aktualnemu brzmieniu KM OECD w tym zakresie. Podobny zabieg zastosowano też w przypadku art. 28 UPO PL–NL. Przepis ten określa zasady, na jakich umawiające się państwa mogą się zgodzić na udzielenie pomocy w poborze podatku. Warto podkreślić, że zarówno Polska, jak i Holandia są państwami członkowskimi UE, a zatem kwestie współpracy między obu krajami w omawianym zakresie reguluje ponadto Dyrektywa Rady 2010/24/UE z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących podatków, ceł i innych obciążeń⁶⁰ oraz implementująca ją na grunt polski Ustawa z dnia 11 marca 2013 r. o wzajemnej pomocy przy dochodzeniu podatków, należności celnych i innych należności pieniężnych⁶¹. Szczegółowe omówienie tego zagadnienia wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

6. WNIOSKI

Zakres zmian wprowadzonych Protokołem do UPO PL–NL jest duży zarówno w kontekście ilościowym, jak i jakościowym. Ich głównym celem jest przede wszystkim wyposażenie tej umowy w skuteczne mechanizmy zapobiegające erozji podstawy opodatkowania i przerzucania zysków.

⁵⁸ D. Mączyński, *Międzynarodowe prawo podatkowe*, Warszawa 2015, s. 129; por. H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 520 i n.

⁵⁹ H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo...*, s. 525–528; por. *OECD Model Tax Convention...*, s. 508–516.

⁶⁰ Dz. Urz. UE L 84/1 z 31 marca 2010 r.

⁶¹ Dz.U. z 2013 r., poz. 1289 ze zm.

UPO PL–NL odzwierciedla zatem punkt widzenia obu umawiających się państw na rekomendacje zaproponowane przez OECD i G20 w ramach planu BEPS.

Protokół zmieniający UPO PL–NL nie został jeszcze ratyfikowany. Zgodnie z brzmieniem art. 28 Protokołu jego postanowienia wejdą w życie ostatniego dnia trzeciego miesiąca następującego po miesiącu, w którym zostanie otrzymana późniejsza z notyfikacji o spełnieniu przez oba umawiające się państwa konstytucyjnych warunków formalnych wymaganych do jego stosowania. Postanowienia Protokołu będą miały zastosowanie dla lat podatkowych i okresów rozpoczynających się oraz zdarzeń powodujących powstanie opodatkowania mających miejsce w pierwszym dniu lub po pierwszym dniu stycznia roku kalendarzowego następującego po roku, w którym Protokół wejdzie w życie. Może to nastąpić najwcześniej 1 stycznia 2022 r.⁶²

Nie ulega wątpliwości, że wpływ Konwencji wielostronnej oraz KM OECD na kształt rozwiązań zaadaptowanych na grunt tej umowy jest znaczący. Zmiany te co do zasady pokrywają się ze stanowiskiem Polski wobec Konwencji wielostronnej. Dotyczy to zarówno tych uregulowań MLI, które stanowią minimalne standardy, jak i tych, które mają charakter fakultatywny. Można wszakże wskazać nieliczne wyjątki od wskazanej reguły, np. brak zmiany metody eliminacji podwójnego opodatkowania, zgodnie z opcją C art. 5 wybraną przez Polskę, czy wreszcie wprowadzenie do UPO PL–NL – wbrew zastrzeżeniu Polski – większości klauzul antyabuzywnych zapobiegających sztucznemu unikaniu statusu zakładu. Należy jednak pamiętać, że Polska zajęła w tym zakresie stanowisko, zgodnie z którym wprowadzenie do UPO owych klauzul powinno nastąpić w drodze dwustronnych negocjacji. Protokół zmieniający UPO PL–NL potwierdza ten punkt widzenia.

Pozostałe zmiany wprowadzone do UPO PL–NL czerpią głównie z rekomendacji KM OECD w brzmieniu nadanym temu wzorcowi w 2017 r., ale także z wcześniejszych aktualizacji. Dotyczy to w szczególności rewizji postanowień art. 7 UPO PL–NL (zyski przedsiębiorstw), art. 27 UPO PL–NL (wymiana informacji) oraz art. 28 UPO–PL NL (pomoc w poborze podatków). W odróżnieniu od KM OECD wpływ KM ONZ na kształt

⁶² <https://home.kpmg/pl/pl/home/insights/2020/11/tax-alert-protokol-zmieniajacy-umowe-z-krolestwem-niderlandow-w-sprawie-unikania-podwojnego-opodatkowania.html> (dostęp: 7.03.2021).

rozwiązania UPO PL–NL jest niewielki. Jedynym przykładem normy inspirowanej rekomendacjami KM ONZ w tej umowie jest art. 18 regulujący opodatkowanie emerytur, rent, rent kapitałowych oraz świadczeń z ubezpieczenia społecznego, przyznający państwu źródła tych dochodów prawo do ich opodatkowania. Pozostaje mieć nadzieję, że UPO PL–NL po zmianach wyznaczy szlak, którym podąży w przyszłości polska praktyka traktatowa z państwami należącymi do OECD.

BIBLIOGRAFIA

- Baker P., Liao T., *Improper Use of Tax Treaties: The New Commentary on Article 1 and the Amended Article 13(5)*, „Bulletin for International Taxation” 2012, t. 66, nr 11.
- Biegalski A., *Konwencja Arbitrażowa – nowe rozwiązania prawne dla przedsiębiorców powiązanych*, https://sip.lex.pl/#/publication/151054941/biegalski-adam-konwencja-arbitrazowa-nowe-rozwiazania-prawne-dla-przedsiębiorców-powiązanych?keyword=Konwencja%20w%20sprawie%20eliminowania%20podwójnego%20opodatkowania%20w%20przypadku%20korekty%20zysków%20przedsiębiorstw%20powiązanych&unitId=passage_3 (dostęp: 5.03.2021).
- Franczak A., *Multilateral Convention (MLI) – The Evolution or Revolution*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2018, t. 27, nr 2, <https://doi.org/10.17951/sil.2018.27.2.9>
- Jamróży M., *Metody unikania podwójnego opodatkowania w świetle wielostronnej konwencji implementującej środki traktatowego prawa podatkowego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, t. 107.
- Kukulski Z., *Antyabuzyjne klauzule Konwencji wielostronnej – nowa rzeczywistość bilateralnych umów podatkowych zawartych przez Polskę*, [w:] *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka*, t. 1: *Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Bogumiłowi Brzezińskiemu*, red. J. Głuchowski, Warszawa 2019.
- Kukulski Z., *Art. 6 Konwencji Wielostronnej jako dyrektywa wykładni umów o unikaniu podwójnego opodatkowania*, [w:] *Prawo podatkowe w systemie prawa. Międzygałęziowe związki norm i instytucji prawnych*, red. A. Kaźmierczyk, A. Franczak, Warszawa 2019.
- Kukulski Z., *Klauzula nieruchomościowa w bilateralnych umowach podatkowych zawartych przez Polskę jako mechanizm zapobiegający międzynarodowemu unikaniu opodatkowania*, [w:] *Międzynarodowe unikanie opodatkowania. Wybrane zagadnienia*, red. D. Gajewski, Warszawa 2017.
- Kukulski Z., *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ w polskiej praktyce traktatowej*, Warszawa 2015.
- Kukulski Z., *Trendy w polskiej praktyce traktatowej po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2015, nr 1.
- Litwińczuk H., *Międzynarodowe prawo podatkowe*, Warszawa 2020.
- Mączyński D., *Międzynarodowe prawo podatkowe*, Warszawa 2015.
- OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed version – 2017 and Key Features of Member Countries 2018*, red. A. Cracea, Amsterdam 2018.

Raińczuk M., Leconte M., *Konwencja Wielostronna – wpływ na umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarte przez Polskę*, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 1.
United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries 2017 Update, New York 2017, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf (dostęp: 23.03.2020).

AMENDING PROTOCOL TO THE BILATERAL TAX TREATY BETWEEN POLAND AND THE NETHERLANDS IN THE LIGHT OF POLAND’S POSITION TO THE MULTILATERAL CONVENTION AND THE 2017 UPDATE OF THE OECD MODEL CONVENTION ON INCOME AND CAPITAL

Summary. The article deals with the changes introduced to the 2002 bilateral tax treaty between Poland and the Netherlands under the Protocol amending the agreement signed on October 29, 2020. Polish–Dutch tax treaty is not a Covered-Tax-Agreement within the meaning of the provisions of the Multilateral Convention implementing tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting. Therefore, the introduction of anti-abusive clauses and solutions to improve dispute resolution had to be carried out through bilateral negotiations. The author analyzes and evaluates the impact of the MLI, but also the impact of the OECD and UN Models on the shape of the solutions adopted therein and their significance for the future of Polish treaty practice.

Keywords: amending protocol, bilateral tax treaty, Poland, the Netherlands, Multilateral Convention, OECD Model Convention, UN Model Convention, anti-abuse clauses