

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Instytut Nauk Prawno Administracyjnych
Katedra Prawa Finansowego

mgr Filip Aleksander Majdowski

**Status prawno-podatkowy
kontrolowanej jednostki zagranicznej
w podatku dochodowym.**

Autoreferat rozprawy doktorskiej

Promotor: prof. dr hab. Witold Modzelewski

Recenzenci: prof. dr hab. Jan Głuchowski
prof. dr hab. Dominik Gajewski

Warszawa 2019

Spis treści

1. Uzasadnienie wyboru problematyki badawczej i zakresu badań	2
2. Przedmiot pracy i cele badawcze	4
3. Dobór próby do analizy komparatystycznej.....	6
4. Tezy rozprawy doktorskiej i metody badawcze	7
5. Struktura pracy	8
6. Wnioski oraz postulaty <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>	8

1. Uzasadnienie wyboru problematyki badawczej i zakresu badań

Podstawową zasadą polskiego systemu podatku dochodowego jest przyjęcie założenia, że zagraniczna spółka nie podlega opodatkowaniu w Polsce. Taka jednostka, jako niemająca siedziby ani zarządu w Polsce, podlega opodatkowaniu w Polsce wyłącznie w zakresie uzyskanego dochodu o źródle w Polsce w ramach tzw. zasady ograniczonego obowiązku podatkowego w rozumieniu art. 3 ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Zagraniczne spółki są zasadniczo rozpoznawane przez polskie przepisy ustaw o podatkach dochodowych jako odrębne podmioty od osób je kontrolujących. Zyski uzyskiwane przez takie zagraniczne spółki podlegają opodatkowaniu w Polsce dopiero, jeżeli zostaną rozdystrybuowane do udziałowców będących polskimi rezydentami podatkowymi w formie dywidendy albo zysków likwidacyjnych. Z uwagi na powyższą fundamentalną architekturę przepisów podatkowych opierających się na dwóch wyżej wymienionych założeniach, czyli statusie nierezydenta podatkowego oraz zasadzie odrębności podatkowej zagranicznej jednostki od polskich osób ją kontrolujących, podatnicy mogą uniknąć lub przynajmniej odroczyć opodatkowanie w Polsce poprzez ustanowienie za granicą kontrolowanej spółki, którą wyposażą we właściwe (mobilne) źródła przychodów, przenosząc do takiej jednostki nie tyle faktyczną działalność gospodarczą, ile „lokując” w niej zyski (spółki CFC). Tak długo jak taka zagraniczna spółka nie wypłaci gromadzonego przez siebie dochodu w formie dywidendy bądź podatnik nie wyzbędzie się w niej udziału, tak długo podatek w Polsce nie stanie się należny. Oprócz czynnika czasu, zagadnienie odroczenia opodatkowania staje się jeszcze bardziej ewidentne, gdy podatek należny w państwie rezydencji podatkowej spółki CFC jest równy zero lub niewysoki. Analogicznie jak w przypadku polskiego systemu podatkowego, jest powszechną cechą systemów podatkowych innych państw, iż zagraniczny dochód zagranicznej jednostki nie podlega opodatkowaniu w państwie rezydencji podatkowej udziałowców, nawet jeżeli zagraniczna spółka jest założona oraz kontrolowana przez takiego podatnika w pełni (100-proc.). Powyższe zjawisko przybrało na sile wraz ze zliberalizowaniem przepisów dotyczących ograniczeń w zakresie przepływu kapitału, czemu równoległe towarzyszyło tworzenie w drugiej połowie XX-go wieku przez różne państwa na świecie preferencyjnych reżimów podatkowych, co całościowo jest postrzegane wręcz jako jedno z największych fenomenów w międzynarodowych relacjach gospodarczych.

Z zamiarem ograniczenia zjawiska unikania opodatkowania przy wykorzystaniu konstrukcji spółki CFC Polska wprowadziła od początku 2015 r. do obydwu ustaw o podatkach dochodowych rozwiązanie legislacyjne w postaci regulacji zagranicznej spółki kontrolowanej (ang. *controlled foreign companies* - CFC). Przedmiotowe regulacje to instrument podatkowy stosowany powszechnie przez rozwinięte i rozwijające się państwa jako remedium mające na

celu zapobieżenie unikania opodatkowania poprzez wykorzystanie zagranicznych spółek położonych w państwach o niskim poziomie opodatkowania, przede wszystkim w rajach podatkowych oraz innych państwach oferujących preferencyjne reżimy podatkowe. Polskie regulacje CFC nakazują, po spełnieniu określonych, zobiektywizowanych, materialnych przesłanek między innymi co do charakteru zagranicznej spółki, kontroli względem niej sprawowanej przez podatnika, czyli polską osobę kontrolującą, oraz kategorii dochodów przez tę spółkę uzyskiwanych, z uwzględnieniem poziomu opodatkowania takiego dochodu w państwie położenia spółki CFC, przypisać przypadającą na takiego podatnika część przedmiotowego dochodu i opodatkować go „w jego rękach” pomimo braku rzeczywistego otrzymania tegoż dochodu, przykładowo w formie dywidendy. Innymi słowy, przepisy te zatrzymują podatek w Polsce, który jest obliczany od dochodu z transakcji które zostały „zablokowane” w zagranicznej spółce albo inaczej rzecz ujmując, neutralizują sztuczną alokację źródeł przychodów do spółki zagranicznej. Jednocześnie, przepisy te pozwalają zwalczać ucieczkę dochodu bez potrzeby konfrontowania się ze złożonością regulacji cen transferowych.

Regulacje CFC są konieczne dla państw eksportujących kapitał oraz nieposiadających efektywnych regulacji dotyczących kontroli przepływu kapitału. Jednocześnie są odpowiedzią na niewydolne przepisy nakierowane na ochronę podstawy opodatkowania danego państwa występującego w roli państwa źródła, przykładowo regulacji wyłączających z kosztów podatkowych wydatki na płatności dokonywane do zagranicznych jednostek położonych w rajach podatkowych lub państwach przewidujących preferencyjne reżimy podatkowe oraz podatnych na manipulację regulacji cen transferowych. Unikanie opodatkowania przy wykorzystaniu struktury spółki CFC jest wynikiem liberalizacji systemów gospodarczych państw, a zatem postępującej globalizacji gospodarki. Erozja dotychczasowych barier handlowych i inwestycyjnych w połączeniu z rozwojem nowych technologii ułatwiła proceder unikania opodatkowania w relacjach międzynarodowych. Międzynarodowy wymiar zjawiska unikania opodatkowania jest znacznie szerszy, bogatszy w odniesieniu do występowania zjawiska unikania opodatkowania w środowisku wewnątrz krajowym. W przypadku braku regulacji CFC podatnicy mogliby unikać krajowego opodatkowania od zagranicznego dochodu, ale również opodatkowania krajowego dochodu poprzez ulokowanie pośredniczącej jednostki w państwie o niskim poziomie opodatkowania celem gromadzenia dochodu przez taką jednostkę w miejsce pozyskiwania tegoż dochodu bezpośrednio przez podatnika.

Obecnie pojawiła się głęboka świadomość, że unikanie opodatkowania przybrało charakter międzynarodowy, a zjawisko to nie jest jedynie udziałem kapitału zagranicznego inwestującego w państwach, w których prowadzona jest rzeczywista działalność gospodarcza (państwach źródła), ale również „lokalnych” podatników dla których państwa te są krajami macierzystymi. Unikanie opodatkowania występuje w formie międzynarodowych struktur optymalizacyjnych i w związku z tym, że nastąpiła globalizacja zjawiska unikania opodatkowania, konieczne jest transgraniczne podejście do zwalczania tegoż zjawiska. Regulacje CFC są odpowiedzią na takie zjawisko w części, w jakiej dotyczą unikania opodatkowania przy wykorzystaniu konstrukcji zagranicznej spółki kontrolowanej. Legislacja w formie reżimu CFC jest jedną z dostępnych form dla ustawodawcy w zwalczaniu nieuprawnionej ucieczki od opodatkowania, ale ze znacznym potencjałem w świetle obowiązującej w Polsce unijnej swobody przedsiębiorczości oraz swobody przepływu kapitału, czyli możliwości zakładania przez polskich podatników zagranicznych jednostek. Nie jest to rozwiązanie jedyne, ale takie które powinno stanowić element szerszego przeorientowania państwa na zwalczanie optymalizacji podatkowych w aspekcie transgranicznym.

Polskie regulacje CFC wykazują cechy instytucji prawnej w sensie w jakim regulacje te składają się nie tylko z norm, ale tworzą pewną całość cechującą się dostatecznym poziomem funkcjonalności, będąc przy tym tworem po części ustawodawcy, a po części także

jurysprudencji. Podstawą nowatorstwa w myśleniu prawniczym jest nie tylko budowanie nowych koncepcji bez oglądania się na dotychczas aprobowane, ale także wykazywanie słabości i niedostatków tych ostatnich. W tym duchu materia dysertacji jest określenie kluczowych wad konstrukcyjnych tak rozumianej instytucji prawnej oraz zbadanie dopuszczalnych granic stosowania regulacji CFC w świetle polskiego prawa konstytucyjnego, a także unijnego i międzynarodowego prawa podatkowego, gdzie zdecydowanie podstawową rolę prawotwórczą należy przypisać orzecznictwu Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE). Zamierzeniem autora jest również udzielenie odpowiedzi na pytanie badawcze w przedmiocie tego czy polski ustawodawca powinien zmodyfikować polskie regulacje CFC w zakresie techniki definiowania dochodu CFC odwołując się w tym zakresie do doświadczenia innych państw, obejmującego w przypadku niniejszej dysertacji doświadczenie Wielkiej Brytanii oraz Stanów Zjednoczonych. Autor podziela pogląd, że jest rzeczą pouczającą patrzeć na systemy podatkowe innych państw. Taka komparatystyka pokazuje, że lokalny sposób rozwiązywania problemów nie jest wyłączny. Wspólnym mianownikiem dla ww. obszarów badawczych jest przedłożenie postulatów koniecznych zmian do polskiego reżimu CFC celem jego uszczelnienia, tak by polski system podatkowy był efektywnie chroniony w świetle postępującej globalizacji procesów gospodarczych.

Pracy można postawić jeszcze dwa dodatkowe uzasadnienia, tj. podsumowanie efektów pierwszych trzech lat obowiązywania polskich regulacji CFC, uwzględniające wypowiedzi polskich władz podatkowych oraz sądów administracyjnych, a także uporządkowanie rozumienia przedmiotowych regulacji, zważywszy na okoliczność, iż zagadnienie reżimu CFC jest tylko pozornie znane, o czym przykładowo świadczyć może nieustające, momentami bardzo powierzchowne, poddawanie w wątpliwość zgodności regulacji CFC z postanowieniami umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.

2. Przedmiot pracy i cele badawcze

Dysertacja obejmuje trzy pola badawcze, co uzasadnione jest tym, że konstrukcja spółki CFC funkcjonuje na styku kilku warstw prawnych, jak prawo krajowe, prawo unijne oraz międzynarodowe prawo podatkowe.

Pierwszą materia badawczą niniejszej pracy jest identyfikacja kluczowych deficytów regulacyjnych polskich regulacji CFC z uwzględnieniem dotychczasowego dorobku interpretacyjnego organów podatkowych oraz dorobku orzeczniczego sądów administracyjnych. Analiza w tym zakresie skutkować będzie ujawnieniem dwudziestu pięciu podstawowych wad konstrukcyjnych polskich regulacji CFC.

Drugim obszarem zainteresowania niniejszej dysertacji jest odniesienie regulacji CFC do wymogów płynących z polskiego prawa konstytucyjnego, prawa podatkowego Unii Europejskiej, a także międzynarodowego prawa podatkowego w formie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Poszukiwanie sensu ustawy podatkowej powinno być każdorazowo zorientowane na osiągnięcie jej zgodności z Konstytucją. Ponadto podkreślenia wymaga potrzeba szczególnego uwzględnienia wytycznych co do regulacji CFC płynących z orzecznictwa TSUE, czego najlepszym przykładem są brytyjskie regulacje CFC, które były przedmiotem orzekania tegoż Sądu w 2006 r., co finalnie doprowadziło do gruntownej reformy całego reżimu. Nie można w tym miejscu nie wspomnieć, że przemodelowany w 2013 r. brytyjski reżim CFC stał się przedmiotem ponownego zainteresowania UE, gdy w listopadzie 2017 r. Komisja Europejska wszczęła postępowanie z zakresu niedozwolonej pomocy publicznej przeciwko Wielkiej Brytanii w przedmiocie tzw. wyłączenia dla zysków kwalifikowanej pożyczki utrzymując, że rozwiązanie to miałoby stanowić formę przywileju podatkowego dla wybranych brytyjskich podatników posiadających spółki CFC. I tak, chociaż w 2006 r. brytyjskie regulacje zostały uznane za zbyt restrykcyjne (szerokie w oddziaływaniu),

by być zgodne z traktatową swobodą przedsiębiorczości, tak z kolei w 2017 r. zostały ponownie „postawione w stan oskarżenia” za bycie zbyt liberalnymi (wąskimi w oddziaływaniu) w rozumieniu unijnych przepisów dotyczących niedozwolonej pomocy publicznej. Ten ostatni wątek nie jest dalej w pracy rozwijany, ale został przytoczony celem podkreślenia, iż skonstruowanie reżimu CFC zgodnego z prawem unijnym jest *conditio sine qua non* skutecznego zapewnienia stabilności prawa podatkowego w tak delikatnej materii jaką jest opodatkowanie działalności transgranicznej.

Normy prawa podatkowego UE tworzą swoiście rozumiany obszar *Pax Europea*, gdzie stosowanie regulacji CFC ma ograniczony charakter jedynie do przypadków, w których spółka stanowi „wyłącznie sztuczną strukturę” w nomenklaturze TSUE lub nie spełnia przesłanki „istotnej rzeczywistej działalności gospodarczej” w rozumieniu Dyrektywy przeciwko unikaniu opodatkowania (Dyrektywy ATA). Wąska i zdaniem autora nieuprawniona wykładnia tych terminów może skutecznie ograniczyć uprawnienie państw członkowskich do zwalczania międzynarodowych struktur unikania opodatkowania, które wykorzystują jako jeden z elementów składowych podmiot korzystający z preferencyjnego reżimu podatkowego w innym państwie członkowskim. Ten drugi obszar niniejszej pracy uwzględnia również rozważania autora na temat zgodności regulacji CFC z międzynarodowym prawem podatkowym w formie bilateralnych umów podatkowych oraz dotychczasowy dorobek OECD, która poświęcała uwagę instytucji CFC co najmniej od 1987 r. w kontekście dopuszczalności stosowania regulacji CFC do przypadków, gdy państwo rezydencji podatkowej spółki CFC oraz państwo rezydencji podatkowej osoby kontrolującej (podatnika) łączy umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania wzorowana na Modelowej Konwencji OECD.

Trzecim obszarem analizy niniejszej pracy jest komparatystyczne spojrzenie na instytucję prawną regulacji CFC poprzez odniesienie się do ustawodawstwa obowiązującego w Wielkiej Brytanii oraz Stanach Zjednoczonych w sferze mechanizmu określania dochodu podlegającego opodatkowaniu na mocy regulacji CFC (dochodu CFC). Autor nie dokona pełnego zaprezentowania reżimów CFC obowiązujących w tych państwach z uwagi na ograniczenia rozmiarowe niniejszej pracy. Aczkolwiek *omnis comparatio claudicat*, przede wszystkim z uwagi na zmienność prawa podatkowego, jego skomplikowanie oraz heterogeniczność pojęć, w aspekcie komparatystycznym zostaną zaprezentowane najistotniejsze elementy konstrukcyjne tych obcych regulacji, które potencjalnie mogą stanowić źródło inspiracji dla polskiego ustawodawcy w aspekcie definiowania dochodu CFC. Nie można pomijać faktu, że kolejne państwa wprowadzające regulacje CFC korzystały z doświadczenia państw, które wprowadziły takie regulacje wcześniej. I tak, przykładowo ustawodawstwo brytyjskie czerpało z ustawodawstwa japońskiego, ustawodawstwo japońskie bazowało na „starszych” rozwiązaniach niemieckich, podczas gdzie w skrajnym przykładzie niemieckich regulacji CFC podnosi się wręcz, iż stanowiły one wierne przetłumaczenie na język niemiecki właśnie amerykańskich regulacji CFC, które były pierwszymi tego typu regulacjami na świecie. Ze wszech miar istotnym aspektem jest również fakt, że regulacje CFC, jako instrument oddziałujący na podatników aktywnych transgranicznie, nie powinny hamować zagranicznej ekspansji podatników prowadzących rzeczywistą działalność gospodarczą poprzez zbyt restrykcyjne postanowienia, co mogłoby czynić taką działalność bardziej kosztowną (mniej atrakcyjną). To ponownie uzasadnia komparatystyczną analizę lustrzanej legislacji w innych państwach, tak aby nie dyskryminować własnych przedsiębiorców stwarzając im gorsze warunki konkurencji *vis-à-vis* zagraniczni przedsiębiorcy z tych innych państw.

Finalnie praca badawcza przeprowadzona w trzech przytoczonych obszarach prowadzi do przedstawienia postulatów modyfikacji oraz modernizacji polskiego reżimu CFC z uwzględnieniem wniosków płynących z analizy komparatystycznej wykonanej odnośnie do brytyjskiego oraz amerykańskiego reżimu CFC na tle modelu definiowania dochodu CFC oraz

w pozostałych obszarach oddziaływania tegoż reżimu z uwzględnieniem najnowszych wytycznych OECD z Projektu *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) z 2015 r., gdzie jednym z punktów działania tej organizacji było wypracowanie wskazówek na tle skonstruowania efektywnych regulacji CFC dla państw pragnących doszczelnić taki reżim albo wprowadzić go nie popełniając przy tym błędów państw-poprzedników. Postulaty zawarte w ostatnim rozdziale niniejszej dysertacji obejmować będą rekomendacje o charakterze *de lege lata* oraz *de lege ferenda* w łącznej liczbie czterdziestu dwóch postulatów.

Autor postawił pracy doktorskiej dodatkowy cel, którym jest demystyfikacja różnych teorii i nieporozumień, które narosły wokół konstrukcji oraz stosowania regulacji CFC, zarówno jeżeli chodzi o cel takiego unormowania, jak i dopuszczalność jego stosowania w świetle wymogów polskiej Konstytucji, obostrzeń wynikających z prawa unijnego oraz międzynarodowego prawa podatkowego. Większość z wymienionych zagadnień uległa internacjonalizacji, tak jak zaobserwować można ogólny proces internacjonalizacji (globalizacji) prawa podatkowego. Pomimo że regulacje CFC są elementem prawa wewnętrznego państw stosujących taki reżim (środkiem jednostronnym), to z uwagi na fakt, że przepisy te oddziałują na relacje transgraniczne, a ponadto towarzyszy temu zagadnieniu nieustające zainteresowanie przedstawicieli nauki międzynarodowego prawa podatkowego, to jest to jeden z najczęściej komentowanych aspektów prawa krajowego w piśmiennictwie dotyczącym europejskiego oraz międzynarodowego prawa podatkowego¹. Chociaż więc do wysnuwania konkluzji z analizy komparatystycznej wybranych elementów systemów podatkowych poszczególnych państw należy podchodzić z dużą rezerwą, gdyż ich rzetelne porównanie wymaga zbadania nie tylko konkretnego elementu tegoż systemu, ale również jego umiejscowienia w całym systemie podatkowym danego państwa (tj. poszukiwania głębszego sensu struktury normatywnej), to regulacje CFC w zakresie treści, chociaż niekoniecznie w aspekcie egzekwowania, nadają się jak mało który element wewnętrznego prawa podatkowego do komparatystycznej analizy z uwagi na fakt, że mają one we wszystkich państwach fundamentalnie ten sam cel, strukturę oraz efekt. Skutkiem internacjonalizacji regulacji CFC oraz przedkładania licznych opracowań porównawczych tych reżimów, jest cyrkulacja pomiędzy państwami poglądów oraz ocen dotyczących regulacji CFC, czego skrajnym przejawem, niekoniecznie negatywnym, jest powoływanie się na autorytet interpretacyjny sądów jednych państw celem dokonania rozstrzygnięcia przez sądy innych państw, co przykładowo miało miejsce na tle oceny dopuszczalności regulacji CFC w świetle dwustronnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Innym, niejako towarzyszącym, aspektem zjawiska internacjonalizacji regulacji CFC jest pojawienie się rosnącej literatury poświęconej takim regulacjom bez wyraźnej afiliacji z porządkiem prawnym konkretnego państwa. To piśmiennictwo zawiera komentarze na temat skuteczności reżimów CFC *in abstracto* czy też dopuszczalności ich stosowania w świetle prawa unijnego lub umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.

Praca zawiera analizę polskich przepisów ustaw o podatkach dochodowych w części dotyczącej regulacji CFC oraz wybranych zagadnień z brytyjskich i amerykańskich przepisów poświęconych tamtejszym reżimom CFC według stanu obowiązującego na dzień 1 stycznia 2018 r.

3. Dobór próby do analizy komparatystycznej

Autor nie utrzymuje, że państwa wybrane do analizy komparatystycznej, czyli Wielka Brytania oraz Stany Zjednoczone, posługują się najlepszymi rozwiązaniami w zakresie

¹ Aktualnie OECD rozważa wykorzystanie mechanizmu CFC celem wdrożenia globalnie koncepcji tzw. minimalnego podatku - OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note*, 2019

regulacji CFC ani nawet, że jest to próba najbardziej reprezentatywna co do elementów porównawczych. Dobór tych państw jest natomiast motywowany faktem, iż Stany Zjednoczone były pierwszym państwem na świecie, które wprowadziło reżim CFC (1962 r.), stanowiący do chwili obecnej najbardziej rozbudowaną tego typu regulację na świecie oraz źródło inspiracji dla pozostałych państw implementujących regulacje CFC, podczas gdy Wielka Brytania była ostatnim państwem, które dokonało gruntownego przebudowania swojego reżimu CFC (2013 r.), odchodząc od założeń w istocie swojej rzeczy opartych na propozycji amerykańskiej, a proponując w miejsce tego całkowicie nowe koncepcyjnie rozwiązanie mające swoje źródło w regulacji cen transferowych. Polska relatywnie późno dołączyła do grona państw, które także wprowadziły regulacje CFC (2015 r.), dzięki czemu mogła rozważyć zarówno chronologicznie pierwsze doświadczenie amerykańskie, jak i czasowo ostatni eksperyment brytyjski. Ponadto przesłanką sanującą ograniczony charakter próby limitowanej tylko do dwóch obcych porządków prawnych jest fakt, że reżimy CFC innych państw są w znacznym stopniu wariacją rozwiązania amerykańskiego, które w tej relacji ma charakter rozwiązania wyjściowego.

4. Tezy rozprawy doktorskiej i metody badawcze

W pracy zweryfikowano oraz potwierdzono trafność następujących, sformułowanych w niej, tez badawczych:

- I. Podstawowa teza badawcza niniejszej rozprawy osadza się na stwierdzeniu, iż istnieje istotny deficyt regulacyjny w ramach aktualnie obowiązujących polskich regulacji CFC. Konstrukcja tych przepisów nie zapewnia skutecznego mechanizmu przeciwdziałającego unikaniu opodatkowania przy wykorzystaniu konstrukcji spółki CFC z uwagi na liczne defekty konstrukcyjne oraz luki prawne. Autor zidentyfikował dwadzieścia pięć takich podstawowych defektów i luk.
- II. Drugą tezę do wykazania w rozprawie było twierdzenie, że polska Ustawa Zasadnicza oraz umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska, nie wprowadzają zasadniczo ograniczeń w zakresie konstrukcji regulacji CFC. Autor miał na celu wykazanie, że zasada sprawiedliwości podatkowej stosowana abstrakcyjnie jako miara standardu konstytucyjności, czytana zarówno w wymiarze materialnym, jak i proceduralnym, nie stanowi ograniczenia w stosowaniu regulacji CFC w wersji przewidzianej przez obowiązujące w Polsce prawo podatkowe. Jeśli chodzi o umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, identyczna konkluzja dotycząca braku ogólnego konfliktu między regulacjami CFC a tymi traktatami opiera się na licznych argumentach wypływających z literalnej interpretacji poszczególnych postanowień tych konwencji, co znajduje poparcie w oficjalnym stanowisku OECD zawartym w komentarzu do Konwencji Modelowej OECD.
- III. Dodatkowo, autor postawił tezę, że jeszcze przed wprowadzeniem Dyrektywy przeciwko unikaniu opodatkowania (Dyrektywy ATA) państwa członkowskie UE miały szerszy margines swobody w stosowaniu regulacji CFC w sytuacjach wewnątrzspółnotowych, tj. gdy spółki CFC były zlokalizowane w innych państwach członkowskich oferujących preferencyjne reżimy podatkowe. Na podstawie pogłębionej analizy orzecznictwa TSUE, w szczególności wyroku w sprawie *Cadbury Schweppes*, autor argumentował, że walka z nadużyciami podatkowymi w UE nie jest ograniczona do przypadków, w których spółki CFC stanowią wyłącznie sztuczne struktury, czyli nieistniejące podmioty w praktyce. W przeciwieństwie do powszechnego poglądu podzielanego przez opinię publiczną, przedmiotowe wyroki dawały podstawę prawną do stosowania bardziej proporcjonalnego (a nie zero-jedynkowego) podejścia w regulacjach CFC.

- IV. Powiązaną tezę do udowodnienia było twierdzenie, iż polskie ustawodawstwo CFC nie powinno iść śladem brytyjskich przepisów CFC odnośnie do sposobu określania dochodu podlegającego opodatkowaniu u podatnika (dochodu CFC), pozostając w tym zakresie oparte na mechanizmie pierwotnie wypracowanym w ramach amerykańskich regulacji CFC, przy czym rekomendowanym byłoby wdrożenie modelu amerykańskiego (tzw. podejścia transakcyjnego) w pełni, które jest rozwiązaniem zdecydowanie bardziej precyzyjnym, a co za tym idzie bardziej proporcjonalnym do zamierzonego celu.

W pracy doktorskiej zastosowano następujące metody badawcze - metodę dogmatycznoprawną, metodę teoretycznoprawną, metodę porównawczą, metodę historycznoprawną oraz metodę empiryczną.

5. Struktura pracy

Rozprawa doktorska została podzielona na dziewięć rozdziałów, kumulatywnie przedstawiających problematykę prawnopodatkową konstrukcji spółki CFC w podatku dochodowym. Rozdział pierwszy pracy poświęcony został sprecyzowaniu przedmiotu pracy, zakresu badań oraz stawianych tez, a także wymienieniu zastosowanych metod badawczych. Drugi rozdział przedstawia koncepcję spółki CFC w ogólności, obejmując opis zjawiska unikania opodatkowania przy wykorzystaniu takiej konstrukcji oraz regulacji CFC jako rozwiązania legislacyjnego przeciwdziałającego temu zjawisku. Trzeci rozdział został poświęcony omówieniu polskich regulacji CFC, ich konstrukcji z uwzględnieniem dotychczasowej linii interpretacyjnej polskich władz podatkowych oraz orzecznictwa sądowno-administracyjnego wraz z wykazaniem podstawowych wad konstrukcyjnych tych przepisów na gruncie stanu prawnego obowiązującego od dnia 1 stycznia 2018 r. Czwarty rozdział bada ewentualne ograniczenia w zakresie opodatkowania na podstawie regulacji CFC płynące z polskiej Konstytucji. Rozdział piąty oraz szósty weryfikują ewentualne ograniczenia konstrukcyjne względem reżimu CFC wynikające odpowiednio z unijnego prawa podatkowego, tak pierwotnego jak wtórnego, oraz międzynarodowego prawa podatkowego w postaci umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Rozdziałowi siódmemu postawiono za cel przybliżenie mechaniki funkcjonowania brytyjskiego reżimu CFC ze szczególną emfazą położoną na sposób określania dochodu CFC. Analogicznie ósmy rozdział omawia amerykański reżim CFC celem zidentyfikowania mechanizmu określania dochodu CFC. Ostatecznie rozdział dziewiąty stanowi sprawozdanie poprzednich rozdziałów pracy w kontekście oceny skuteczności legislacyjnej reżimów CFC dwóch badanych obcych porządków prawnych oraz zawiera szereg postulatów i wniosków *de lege lata* i *de lege ferenda* modernizacji polskich regulacji CFC celem zapewnienia im skuteczności w zwalczaniu zjawiska unikania opodatkowania. W podsumowaniu autor odnosi wyniki przeprowadzonej analizy do postawionych w dysertacji tez badawczych.

6. Wnioski oraz postulaty *de lege lata* i *de lege ferenda*

Analiza aktualnych postanowień polskich regulacji CFC potwierdza podstawową tezę badawczą, mianowicie, że regulacje te w aktualnym kształcie wykazują istotny deficyt regulacyjny, który nie pozwala na skuteczne zwalczanie unikania opodatkowania przy wykorzystaniu konstrukcji spółki CFC i może narażać budżet państwa na wymierne straty z tytułu obniżonych wpływów podatkowych. Efektem zbadania polskich regulacji CFC było zidentyfikowanie dwudziestu pięciu podstawowych luk prawnych oraz nieprawidłowości w konstrukcji polskiego reżimu CFC, które obejmują praktycznie wszystkie aspekty jego

funkcjonowania, poczynając od zagadnień związanych z określeniem podmiotu, przedmiotu oraz podstawy opodatkowania, a kończąc na mechanizmach unikania podwójnego opodatkowania. Z listy wad polskich regulacji CFC na szczególną uwagę zasługuje przede wszystkim zbyt ekspansywny i nieproporcjonalny mechanizm definiowania dochodu CFC, a także ogólna łatwość obchodzenia tych regulacji poprzez zaangażowanie zagranicznego podmiotu przyjmującego formę prawną inną niż spółka zagraniczna w rozumieniu polskich ustaw podatkowych, gdzie na pierwszą pozycję wysuwa się forma prawna zagranicznego trustu lub zagranicznej fundacji prawa prywatnego.

Autor sformułował tezę, że polska Ustawa Zasadnicza nie wprowadza obostrzeń w stosowaniu regulacji CFC. Standard sprawiedliwości opodatkowania zastosowany *in abstracto* jako miernik wzorca konstytucyjności, odczytywany zarówno w wymiarze materialnym jak i proceduralnym, nie stanowi *per saldo* ograniczenia w stosowaniu regulacji CFC w wersji przewidzianej przez aktualne polskie ustawy podatkowe. W sferze prawa konstytucyjnego istotnymi z perspektywy regulacji CFC są przede wszystkim zasada powszechności i zasada równości opodatkowania. Na tle pierwszej z zasad należy wręcz uznać, że jest ona naruszana nie z tytułu ewentualnego zastosowania regulacji CFC, ale przez sytuację zbyt wąskiego zakresu przedmiotowego polskich regulacji CFC jako nieuwzględniających do końca 2018 r. innych form prawnych, w których może działać zagraniczny podmiot, jak trust czy fundacja prawa prywatnego. Odnośnie do zasady równości opodatkowania, dotychczasowe orzecznictwo Trybunału sugeruje, że dobór cech dystynktywnych, pozwalających zróżnicować sytuację prawnopodatkową podatników, leży w gestii ustawodawcy kierującego się założeniami określonej polityki podatkowej. W przypadku polskich regulacji CFC tymi cechami dystynktywnymi uzasadniającymi odmienne traktowanie podatników kontrolujących wybrane zagraniczne podmioty względem podatników kontrolujących polskie spółki oraz pozostałe zagraniczne podmioty są trzy kryteria, czyli państwo rezydencji podatkowej spółki CFC, kategorie przychodów uzyskiwane przez spółkę CFC oraz poziom ich opodatkowania. Zbiór tych przesłanek ma swoje uzasadnienie w konstrukcji podatku dochodowego oraz zjawisku, któremu regulacje CFC starają się zapobiegać. Co więcej, opodatkowanie na podstawie regulacji CFC nie powinno również zostać uznane za naruszające konstytucyjnie chronioną indywidualną zdolność płatniczą (podatkową), gdzie taką zwiększoną zdolność wywodzić wypada z tytułu kontroli sprawowanej względem zagranicznego podmiotu, w którym „umiejscowiony” został dochód podatkowy.

Analogiczną tezę badawczą autor przedłożył względem interakcji regulacji CFC oraz postanowień umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, starając się udowodnić, iż aktualny kształt polskich umów podatkowych wzorowanych na Modelowej Konwencji OECD oraz Modelowej Konwencji ONZ nie wyklucza zastosowania regulacji CFC. Za taką konkluzją przemawiają liczne argumenty oparte na wykładni literalnej poszczególnych przepisów tych konwencji, wsparte oficjalnym stanowiskiem OECD zawartym w towarzyszącym Komentarzu, a wskazujące na to, że opodatkowanie na podstawie regulacji CFC jest podmiotowo-przedmiotowo odrębne od przypadków podwójnego opodatkowania regulowanych przez umowy podatkowe. W szczególności obowiązek podatkowy wynikający z regulacji CFC nie spoczywa na spółce CFC (a na osobie kontrolującej) oraz nie dotyczy dochodu spółki CFC (a dochodu osoby kontrolującej). Wniosek taki popiera również ogólny argument natury systemowej zakładający, że celem tych modeli nie jest eliminacja ekonomicznego podwójnego opodatkowania *per se*, a jedynie takiego opodatkowania, gdy jest ono zakazane wprost, jak przykładowo na tle regulacji cen transferowych. Tezę autora o braku potrzeby wyłączenia stosowania regulacji CFC w relacjach traktatowych potwierdza dodatkowo dominująca praktyka sądownicza innych państw, czego przypieczętowaniem było wprowadzenie do Modelowej Konwencji OECD tzw. klauzuli zabezpieczającej (ang. *saving clause*), która ma w swoim założeniu wyeliminować wszelkie wątpliwości na tle dopuszczalności stosowania

regulacji CFC również wówczas, gdy państwo osoby kontrolującej łączy z państwem rezydencji podatkowej spółki CFC umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania. Z drugiej strony do naruszenia przez regulacje CFC postanowień umów podatkowych może dojść w sytuacji, gdy te pierwsze obejmują przypadki zagranicznych zakładów, traktując je tak jak „klasyczne” spółki CFC, a umowa przewiduje metodę wyłączenia od opodatkowania jako metodę eliminacji podwójnego opodatkowania. Ta ostatnia sytuacja zachodzi na styku polskich regulacji CFC oraz niektórych polskich traktatów podatkowych, gdzie podstawowym rozwiązaniem tego konfliktu postulowanym przez autora jest zmiana metody eliminacji podwójnego opodatkowania w tych umowach na metodę kredytu podatkowego.

W kontekście unijnego prawa podatkowego wyznaczającego granice krajowych regulacji CFC w zgodzie z prawem pierwotnym w postaci fundamentalnych swobód rynku wewnętrznego oraz prawem wtórnym w postaci Dyrektywy ATA, autor postawił tezę o potrzebie modyfikacji legislacyjno-interpretacyjnej klauzuli pozwalającej na uwolnienie się od opodatkowania na podstawie regulacji CFC. W polskim stanie prawnym klauzula ta do końca 2017 r. miała formę klauzuli „rzeczywistej działalności gospodarczej”, podczas gdy od początku 2018 r. przyjęła zmienione brzmienie na klauzulę „istotnej rzeczywistej działalności gospodarczej”. Ogólnie rzecz ujmując ramy wykładnicze tej klauzuli, znajdujące umocowanie bezpośrednio w tekście przywołanej dyrektywy oraz mającej *genesis* w doktrynie wyłącznie sztucznej struktury (ang. *wholly artificial arrangement*) wypracowanej orzecznictwo przez TSUE, są najważniejszym zagadnieniem na styku europejskiego prawa podatkowego z krajowymi reżimami CFC. Poczynając od wyroku Trybunału w sprawie *Cadbury Schweppes* z 2006 r. uprawnienie państw członkowskich do posługiwania się regulacjami CFC w relacjach wewnątrzunijnych zostało ograniczone do skrajnych przypadków, gdy spółka CFC nie posiadała żadnego substratu majątkowo-osobowego, tworząc jedynie pozór samodzielnego podmiotu oraz będąc w rzeczywistości „podmiotem na papierze” (wyłącznie sztuczną strukturą). Tak wąskie nakreślenie uprawnień państw członkowskich do odwoływania się do regulacji CFC zyskało nawet pejoratywne określenie „efektu luksemburskiego”. Poprzez pogłębioną analizę przywołanego rozstrzygnięcia autor starał się wykazać, że zawężone odczytywanie prawa państw członkowskich, o którym mowa powyżej, nie znajduje jednak głębszego uzasadnienia w tezach tego wyroku. To z kolei powinno pozwolić tym państwom na bardziej restrykcyjne stosowanie regulacji CFC w przypadkach wewnątrzunijnych, czyli umożliwić zakwestionowanie struktur unikania opodatkowania zakładających posługiwanie się podmiotami „niesztywnymi”, gdy przykładowo spółka CFC istnieje, ale jej działalność lub kompetencje personelu nie są proporcjonalne do uzyskiwanego dochodu podatkowego lub ten ostatni nie wykazuje łączności z państwem członkowskim, w którym spółka CFC jest położona. Istotnym jest, że taka interpretacja regulacji CFC znalazła następnie wyraz w Dyrektywie ATA, która zamiast odwołać się do ustabilizowanej linii orzecznictwa TSUE, a więc klauzuli rzeczywistej działalności gospodarczej jako stanowiącej zaprzeczenie wyłącznie sztucznej struktury, posługuje się klauzulą istotnej działalności gospodarczej. Ta ostatnia klauzula jako przejaw integracji pozytywnej (działania państw członkowskich) powinna wziąć prym względem integracji negatywnej (działania orzecznictwa Trybunału), a w rezultacie pozwolić państwom członkowskim na większe pole manewru w zwalczaniu różnego rodzaju schematów unikania opodatkowania wykorzystujących preferencyjne reżimy podatkowe działające w innych państwach członkowskich, przede wszystkim odnośnie do prowadzonej w tych państwach działalności holdingowej oraz finansowej. Te dwa typy działalności w szczególności powodują erozję podstawy opodatkowania, gdyż przy obecnie dostępnych środkach komunikacji na odległość można ją prowadzić transgranicznie bez nadmiernego wykorzystywania fizycznej infrastruktury (substratu majątkowego, powierzchni) oraz znacznej liczby pracowników. Wymóg, by spółka zagraniczna prowadziła istotną działalność gospodarczą w rozumieniu Dyrektywy ATA albo istotną rzeczywistą działalność gospodarczą

w rozumieniu polskich ustaw podatkowych powinien pozwolić na pogłębioną weryfikację proporcjonalności pomiędzy „substancją” spółki CFC oraz typem prowadzonej przez nią działalności gospodarczej a wielkością deklarowanego dochodu podatkowego. Prawidłowe odkodowanie klauzuli istotnej rzeczywistej działalności gospodarczej jako kryterium kwalitatywno-kwantytatywnego powinno pozwolić na efektywne zwalczanie unikania opodatkowania wykorzystującego spółki CFC usytuowane w innych państwach członkowskich posiadających preferencyjne reżimy podatkowe oraz na uchronienie się od zarzutu działania *ultra vires* poprzez wyjście poza ramy nakreślone przez orzecznictwo TSUE oraz Dyrektywę ATA.

Pogłębiona analiza myśli brytyjskiej oraz amerykańskiej, które legły u podstaw ustrukturyzowania tamtejszych reżimów CFC potwierdza doniesienia, że nie należy ulegać modom w definiowaniu mechanizmu służącego określeniu dochodu CFC. Rozwiązanie brytyjskie sprawiające wrażenie *a prima facie* podejścia właściwego z perspektywy normatywnej, czyli podjęcia próby legislacyjnego naszkicowania sytuacji, kiedy dochodzi do wytransferowania dochodu jest zbyt podatne na subiektywizację i nadmiernie skomplikowane. Zdecydowanie lepszy rezultat osiągnąć można pozostając w kręgu pierwowzoru amerykańskiego posługującego się podejściem mechanicznym, zawężonym do wybranych kategorii dochodu, które należy jednak suplementować, tam gdzie jest to możliwe, klauzulą nakazującą badanie stopnia przyczyniania się spółki CFC do powstania zadeklarowanego dochodu podatkowego, co jak wskazano powyżej w obszarze *Pax Europea* nie może wykroczać poza klauzulę istotnej działalności gospodarczej sankcjonowaną przez Dyrektywę ATA. Autor starał się wykazać, że powyższe rozłożenie akcentów w mechanizmie definiowania dochodu CFC jest kluczowe. Ograniczenie regulacji CFC jedynie do drugiego z wyżej wymienionych elementów, czyli klauzuli istotnej (rzeczywistej) działalności gospodarczej, pozbawiłoby ten instrument prawny skuteczności. Nadto rozwiązanie zakładające posługiwanie się przez regulacje CFC podejściem transakcyjnym będzie bardziej precyzyjne, a co za tym idzie bardziej proporcjonalne do zamierzonego celu. Trzeba odnotować, że w przeszłości państwa konstruując regulacje CFC bardziej skupiały się na położeniu zagranicznych jednostek w rajach podatkowych albo kategoriach dochodu uzyskiwanego przez spółkę CFC. W szczególności to drugie rozwiązanie przywiązywało wielką wagę do rozróżnienia pomiędzy dochodem aktywnym a pasywnym. Wydaje się, iż w drugiej dekadzie XXI w. paradygmat ten uległ zmianie, czego przejawem są rekomendacje OECD w ramach projektu BEPS, by nacisk weryfikacyjny był przykładany do analizy „substancji” spółek w grupie podmiotów powiązanych, w tym przykładowo na potrzeby przypisania dochodu z wartości niematerialnych i prawnych w ramach regulacji cen transferowych (Raport OECD BEPS nr 8-10), jak i „substancji” spółek CFC w ramach regulacji CFC (Raport OECD BEPS nr 3). Innym ważnym, chociaż pobocznym, aspektem egzegezy dwóch obcych porządków prawnych jest pokazanie, że te obce reżimy CFC są obciążone licznymi mechanizmami łagodzącymi ich pierwotną surowość, co zdaje się być wyrazem wpływu wywieranego przez określone grupy podatników na ustawodawstwa w Wielkiej Brytanii oraz w Stanach Zjednoczonych, niż przejawem spójnej i zamierzonej polityki podatkowej w zakresie opodatkowania zagranicznego dochodu uzyskiwanego przez podatników poprzez prowadzenie działalności gospodarczej w formule zagranicznych spółek kontrolowanych.

Polskie regulacje CFC wzmocnione w sposób opisany powyżej nie pozwolą jednak osiągnąć maksimum skutku prewencyjnego przewidzianego dla tego typu ustawodawstwa, jeżeli również inne obszary tychże regulacji nie zostaną wzmocnione, tak w aspekcie podmiotowym jak i przedmiotowym, czemu służyć miało przedłożenie przez autora opisanych w ostatnim rozdziale dysertacji czterdziestu-dwóch postulatów *de lege lata* i *de lege ferenda* odnoszących się m.in. do definicji podatnika, definicji zagranicznej jednostki, przesłanek kontroli czy też mechanizmów eliminacji podwójnego opodatkowania. Autor odrzuca tezę

a priori, że system podatkowy, *ergo* także regulacje CFC, powinien być prosty, a najlepiej odwołując się do języka popularnonaukowego, że powinien podlegać „nieustającemu upraszczaniu”. Nieuchronne jest zjawisko odwrotne, czyli postępujące komplikowanie prawa podatkowego w związku z rozwojem oraz zwiększeniem ilości konstrukcji prawnych. Na tym tle, rozbudowa regulacji CFC jest nieunikniona, jeżeli chce się im zapewnić skuteczność oraz wewnętrzną spójność, a także mając na uwadze fakt, iż oddziałują one na podatników, którzy niejednokrotnie działają transgranicznie na styku zróżnicowanych systemów prawnych wielu państw.

Podsumowując, taki stan rzeczy stanowił ewidentne zaproszenie do przedłożenia zmian „uszczelniających” polski reżim CFC, tak by nie był on przedmiotem zainteresowania wyłącznie teoretyków prawa podatkowego a również podatników. Znaczna część zmian zaproponowanych przez autora w niniejszej dysertacji, ukończonej w połowie 2018 r., została następnie zaimplementowana do polskiego porządku prawnego począwszy od dnia 1 stycznia 2019 r.²

² Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018 poz. 2193); Opis tych zmian zob. F. Majdowski, B. Kuźniacki, *Nowelizacja polskich regulacji CFC – przegląd kluczowych zmian obowiązujących od 1.01.2019 r.*, „Przegląd Podatkowy”, 2019, nr 2