

PRAWO PODATKOWE A PRAWO CYWILNE – ORZECZNICZE PRÓBY ZROZUMIENIA SIĘ

I MAZOWIECKA DEBATA O PODATKACH I PRAWIE

Czy wymiana udziałów ze spółką kapitałową
w organizacji jest neutralna podatkowo ?

wyroki NSA z dnia 22 lipca 2021 r., II FSK 2416/20 oraz II FSK 2417/20

– Lesław Mazur, Thedy & Partners

Warszawa, 4 czerwca 2022 r.

Wstęp

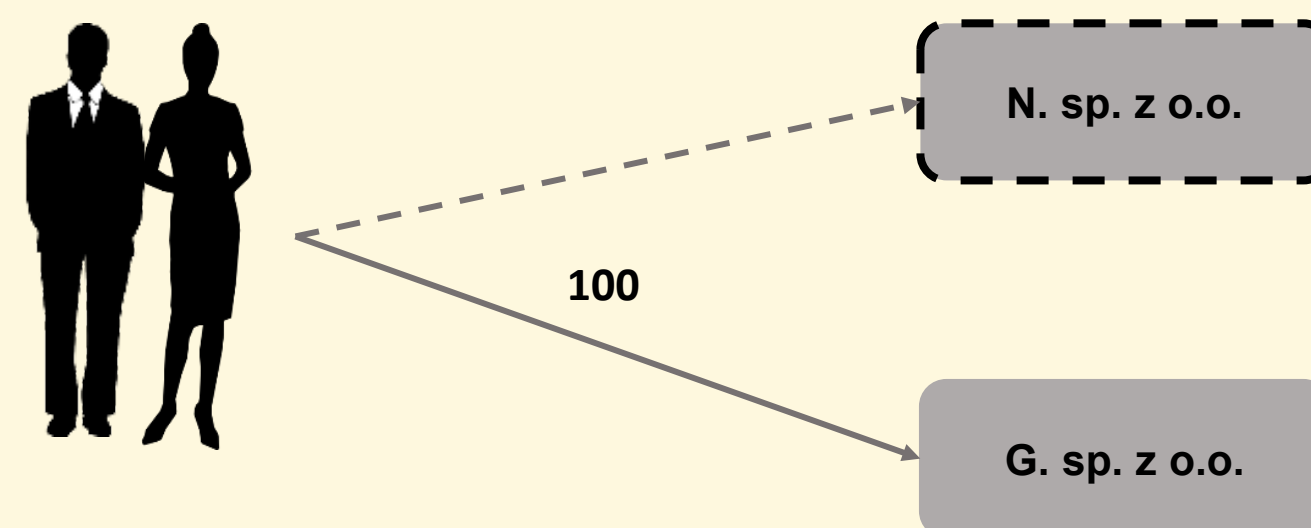
- *gutta cavat lapidem non vi, sed saepe cadendo* czy hipnoza ?

- **Okres do 22 lipca 2021 r.**
 - negatywna linia orzecznicza (dla podatników)
 - wyroki WSA w Bydgoszczy z 5 listopada 2013 r., I SA/Bd 681/13 oraz I SA/Bd 682/13
 - wyrok WSA w Gliwicach z 2 lutego 2016 r., I SA/GI 780/15
 - wyrok NSA z 21 kwietnia 2017 r., II FSK 657/14
 - wyroki NSA z 28 kwietnia 2017 r., II FSK 648/14 i 649/14
 - wyrok NSA z 13 marca 2018 r., II FSK 1426/16
 - wyrok WSA w Białymstoku z 25 lipca 2019 r., I SA/Bk 195/19
 - wyrok WSA w Białymstoku z 18 marca 2020 r., I SA/Bk 700/19
- **Okres od 22 lipca 2021 r.**
 - pozytywna linia orzecznicza (dla podatników)
 - wyrok NSA z 22 lipca 2021 r., II FSK 2416/20 oraz II FSK 2417/20
 - wyrok NSA z 6 kwietnia 2022 r., II FSK 977/20
 - *wyrok WSA we Wrocławiu z 4 grudnia 2013 r., I SA/Wr 1870/13*
- **Kolejna próba kwestionowania w praktyce neutralności podatkowej wymiany udziałów**
- **Wysokość domiarów podatkowych**
- **Brak pytań prejudycjalnych do TSUE pomimo odwołania do Dyrektywy 2009/133/WE**

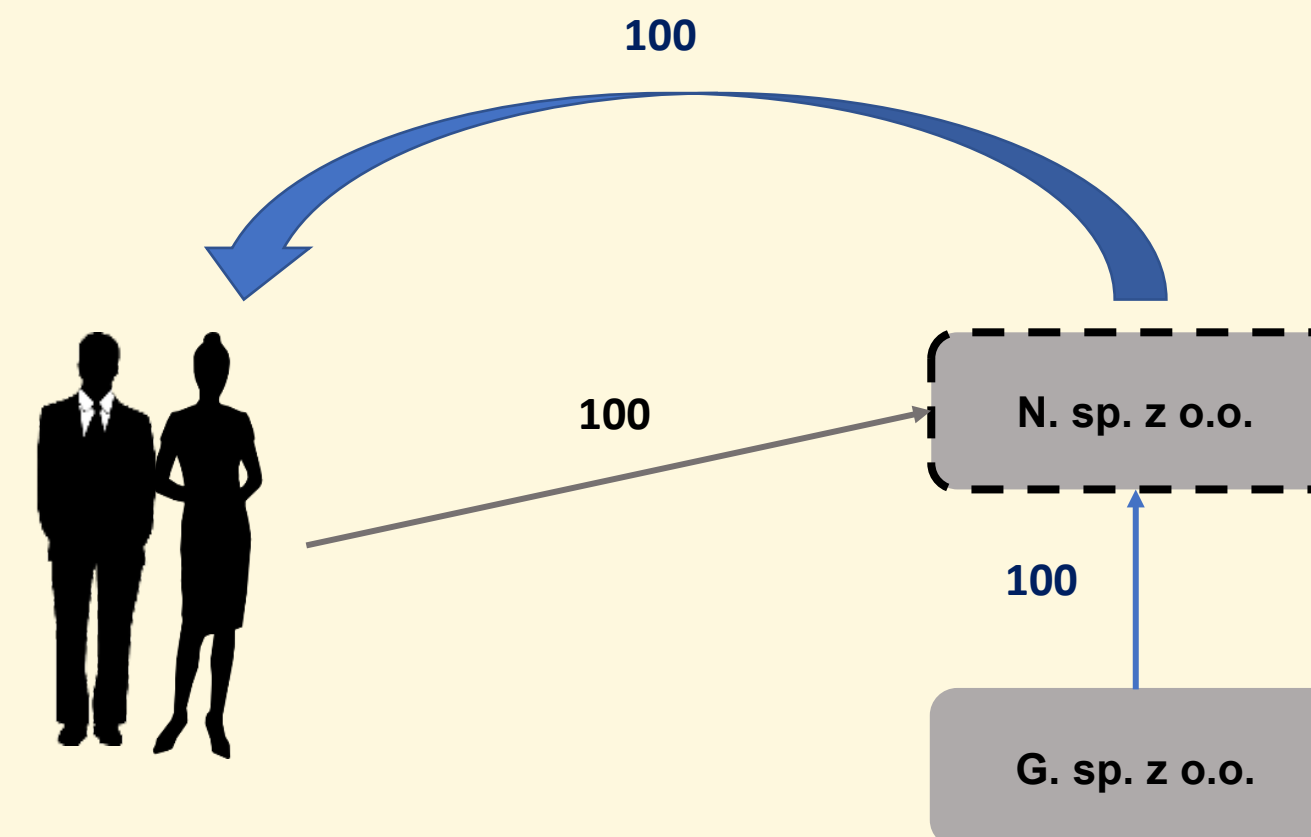
Stan faktyczny

- Zawarcie umowy spółki N. sp. z o.o. (15 IV 2015)
- Objęcie udziałów w N. sp. z o.o. i pokrycie ich wkładem niepieniężnym (udziałami w G. sp. z o.o.)
- Zawarcie umowy przeniesienia udziałów w G. sp. z o.o. między wspólnikiem a N. sp. z o.o.
- Rejestracja N. sp. z o.o. w KRS (27 IV 2015 r.)

STRUKTURA PRZED WYMIANĄ UDZIAŁÓW



STRUKTURA PO WYMIANIE UDZIAŁÓW



Zagadnienie prawne

Czy wniesienie udziałów do spółki kapitałowej w organizacji na pokrycie wkładu korzysta ze zwolnienia przedmiotowego z art. 24 ust. 8a i 8b uPIT (art. 4 ust. 1 w zw. z art. 2 lit. e Dyrektywy 2009/133/WE) ?

Jak określić skutki podatkowe objęcia udziałów w spółce nabywającej przy zawiązaniu tej spółki, a przed jej zarejestrowaniem w KRS w zamian za wkład niepieniężny w postaci udziałów w spółce nabywanej ?

Stanowiska stron

Podatnik:

- Nie zadeklarował ani nie opodatkował „przychodów” za 2015 r. z tytułu objęcia udziałów w N. sp. z o.o. (spółce nabywającej) w zamian za udziały w G. sp. z o.o. (spółce nabywanej)
- Objęcie udziałów w N. sp. z o.o. (w spółce nabywającej) w zamian za wkład niepieniężny w innej postaci niż przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część (w zamian za udziały w G. sp. z o.o.) korzysta ze zwolnienia z art. 24 ust. 8a i 8b uPIT nawet w sytuacji, gdy udziały są wnoszone do spółki kapitałowej w organizacji:
 - w przypadku wymiany udziałów *„do przychodów nie zalicza się wartości udziałów przekazanych wspólnikowi spółki nabywanej”*

Organy podatkowe:

- Uznały, że zwolnienie z art. 24 ust. 8a i 8b uPIT nie ma zastosowania, gdyż:
 - *„na dzień objęcia udziałów spółka N. była spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, a zatem nie była spółką wymienioną w załączniku nr 3 u.p.d.o.f., co do których ma zastosowanie zwolnienie przewidziane w art. 24 ust. 8a u.p.d.o.f.”*
- Określiły zobowiązanie w PIT za 2015 r. od przychodów z kapitałów pieniężnych (art. 17 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 17 ust. 1a pkt 1 UPIT)
 - wysokość przychodu: nominalna wartość udziałów objętych w N. sp. z o.o. – art. 17 ust. 1 pkt 9 uPIT
 - data powstania przychodu: dzień zarejestrowania N. sp. z o.o.) – art. 17 ust. 1a pkt 1 uPIT

Przepisy prawa (1)

Kodeks spółek handlowych z dnia 15 września 2000 r. (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 1030, ze zm.)

Art. 4 [Słowniczek]

§ 1. Użyte w ustawie określenia oznaczają (...)

2) spółka kapitałowa - spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i spółkę akcyjną;

Art. 11 [Spółka w organizacji]

§ 1. Spółki kapitałowe w organizacji (...) mogą we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywane.

§ 2. Do spółki kapitałowej w organizacji w sprawach nieuregulowanych w ustawie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące danego typu spółki po jej wpisie do rejestru.

Art. 12 [Skutki wpisu do rejestru]

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji (...) z chwilą wpisu do rejestru staje się spółką z ograniczoną odpowiedzialnością (...) i uzyskuje osobowość prawną. Z tą chwilą staje się ona podmiotem praw i obowiązków spółki w organizacji.

Art. 16 [Nieważność rozporządzenia udziałem]

Rozporządzenie udziałem albo akcją dokonane przed wpisem spółki kapitałowej do rejestru albo przed zarejestrowaniem podwyższenia kapitału zakładowego jest nieważne.

Art. 161 [Spółka w organizacji]

§ 1. Z chwilą zawarcia umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powstaje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji.

Art. 163 [Wymogi powstania]

Do powstania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wymaga się:

- 1) zawarcia umowy spółki;
- 2) wniesienia przez wspólników wkładów na pokrycie całego kapitału zakładowego, (...);
- 3) powołania zarządu;
- 4) ustanowienia rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej, jeżeli wymaga tego ustawa lub umowa spółki;
- 5) wpisu do rejestru.

Przepisy prawa (2)

Dyrektywa Rady 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego (Dz. Urz. UE z 25 listopada 2009 r. Nr L 310 s. 34 – 46 ze zm.)

- pkt 2 Preambuły Dyrektywy 2009/133/WE: „*Łączenia, podziały, podziały przez wydzielenie, wnoszenie aktywów, wymiana udziałów dotyczące spółek różnych państw członkowskich mogą być niezbędne w celu stworzenia we Wspólnocie warunków właściwych dla rynku wewnętrznego i w celu zapewnienia w ten sposób skutecznego funkcjonowania takiego rynku wewnętrznego. Takie czynności nie powinny być hamowane przez ograniczenia, niekorzystne warunki lub zniekształcenia wynikające w szczególności z przepisów podatkowych państw członkowskich. W tym celu niezbędne jest w odniesieniu do takich czynności zapewnienie reguł podatkowych, które są neutralne z punktu widzenia konkurencji, aby umożliwić przedsiębiorstwom dostosowanie się do wymagań rynku wewnętrznego, zwiększyć ich produktywność i poprawić ich siłę konkurencyjną na poziomie międzynarodowym.*”

- pkt 5 Preambuły Dyrektywy 2009/133/WE: „*Wspólny system podatkowy powinien zapobiegać nakładaniu podatku w związku z łączeniem, podziałami, podziałami przez wydzielenie, wnoszeniem aktywów lub wymianą udziałów, chroniąc jednocześnie interesy finansowe państwa członkowskiego właściwego dla spółki przekazującej lub nabywanej.*”

- art. 2 lit. e) Dyrektywy 2009/133/WE: „*„wymiana udziałów” oznacza czynność, w wyniku której spółka nabywa udziały w kapitale innej spółki, uzyskując w ten sposób większość praw głosu w tej spółce lub posiadając taką większość praw głosu, nabywa dalsze udziały, w zamian za wyemitowanie na rzecz akcjonariuszy tej ostatniej spółki w zamian za ich papiery wartościowe, papierów wartościowych swojej spółki, jak również, jeżeli ma to zastosowanie, wypłatę gotówkową nieprzekraczającą 10 % wartości nominalnej lub, w przypadku braku wartości nominalnej, księgowej wartości nominalnej tych papierów wartościowych; (...).*”;

- art. 3 lit. a) Dyrektywy 2009/133/WE: „*Do celów niniejszej dyrektywy „spółka państwa członkowskiego” oznacza każdą spółkę, która: a) przyjmuje jedną z form wymienionych w załączniku I część A; (...).*”;

- załącznik I Część A lit. u) Dyrektywy 2009/133/WE: „*spółki utworzone według prawa polskiego, określane jako: „spółka akcyjna” oraz „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”;*”;

- art. 8 ust. 1 Dyrektywy 2009/133/WE: „*Przy okazji łączenia, podziału lub wymiany udziałów przydział papierów wartościowych, reprezentujących kapitał spółki przejmującej lub nabywającej, na rzecz akcjonariusza spółki przekazującej lub nabywanej w zamian za papiery wartościowe, reprezentujące kapitał tej ostatniej spółki, nie stanowi sam w sobie podstawy do opodatkowania dochodu, zysków lub zysków kapitałowych tego akcjonariusza.*”

Przepisy prawa (3)

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 361 ze zm.)

Art. 17 ust. 1 pkt 9. Za przychody z kapitałów pieniężnych uważa się (...) nominalną wartość udziałów (akcji) w spółce albo wkładów w spółdzielni, objętych w zamian za wkład niepieniężny

Art. 17 ust. 1a pkt 1. Przychód określony w ust. 1 pkt 9 powstaje w dniu (...) zarejestrowania spółki, (...)

Art. 24 ust. 8a. Jeżeli spółka nabywa od wspólnika innej spółki udziały (akcje) tej innej spółki oraz w zamian za udziały (akcje) tej innej spółki przekazuje jej wspólnikowi własne udziały (akcje) albo w zamian za udziały (akcje) tej innej spółki przekazuje wspólnikowi tej innej spółki własne udziały (akcje) wraz z zapłatą w gotówce w wysokości nie wyższej niż 10% wartości nominalnej własnych udziałów (akcji), a w przypadku braku wartości nominalnej - wartości rynkowej tych udziałów (akcji), oraz jeżeli w wyniku nabycia:

- 1) spółka nabywająca uzyska bezwzględną większość praw głosu w spółce, której udziały (akcje) są nabywane, albo
- 2) spółka nabywająca, posiadająca bezwzględną większość praw głosu w spółce, której udziały (akcje) są nabywane, zwiększa ilość udziałów (akcji) w tej spółce - do przychodów nie zalicza się wartości udziałów (akcji) przekazanych wspólnikowi tej innej spółki oraz wartości udziałów (akcji) nabytych przez spółkę, pod warunkiem że podmioty biorące udział w tej transakcji podlegają w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub innym państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego opodatkowaniu od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągnięcia (wymiana udziałów)

Art. 24 ust. 8b. Przepis ust. 8a stosuje się, jeżeli:

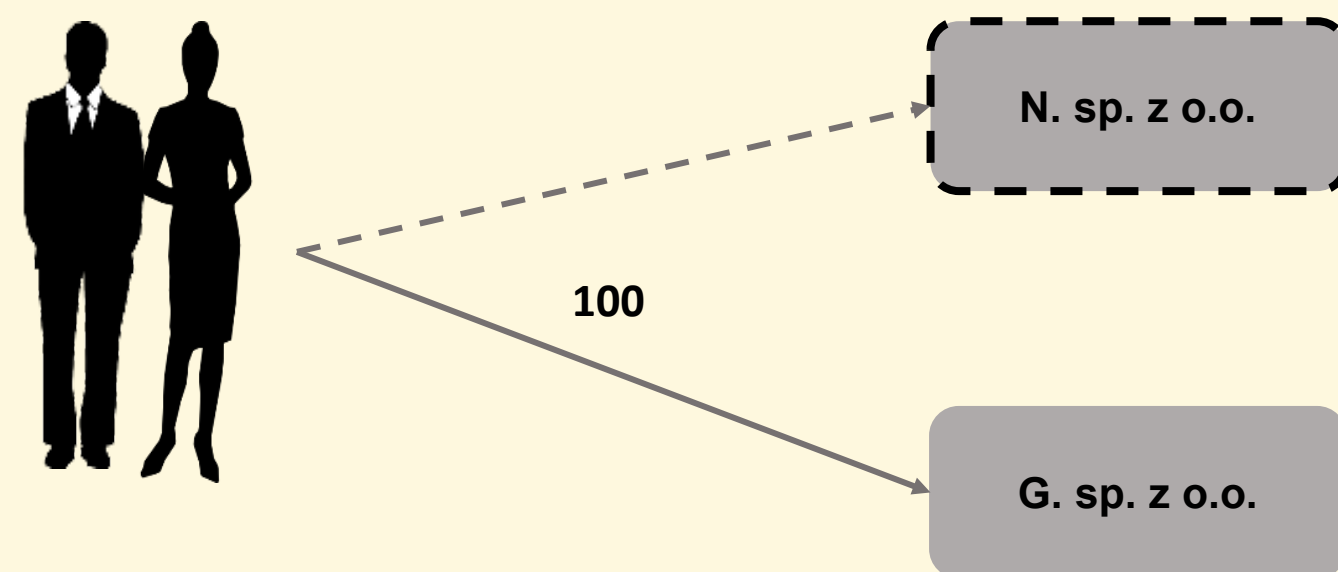
- 1) spółka nabywająca oraz spółka, której udziały (akcje) są nabywane, są podmiotami wymienionymi w [załączniku nr 3](#) do ustawy lub są spółkami podlegającymi opodatkowaniu podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągnięcia, w innym niż państwo członkowskie Unii Europejskiej państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz
- 2) wspólnik jest podatnikiem podatku dochodowego i wnoszone przez niego udziały (akcje) stanowią wkład niepieniężny przeznaczony w całości lub części na podwyższenie kapitału zakładowego spółki nabywającej

Art. 2 pkt 19 ustawy zmieniającej uPIT z dniem 1 stycznia 2014 r.: „19) w załączniku nr 3 do ustawy dodaje się lp. 29 w brzmieniu: 29 Rzeczpospolita Polska spółki utworzone według prawa polskiego, określane jako: "spółka akcyjna", "spółka z ograniczoną odpowiedzialnością".”

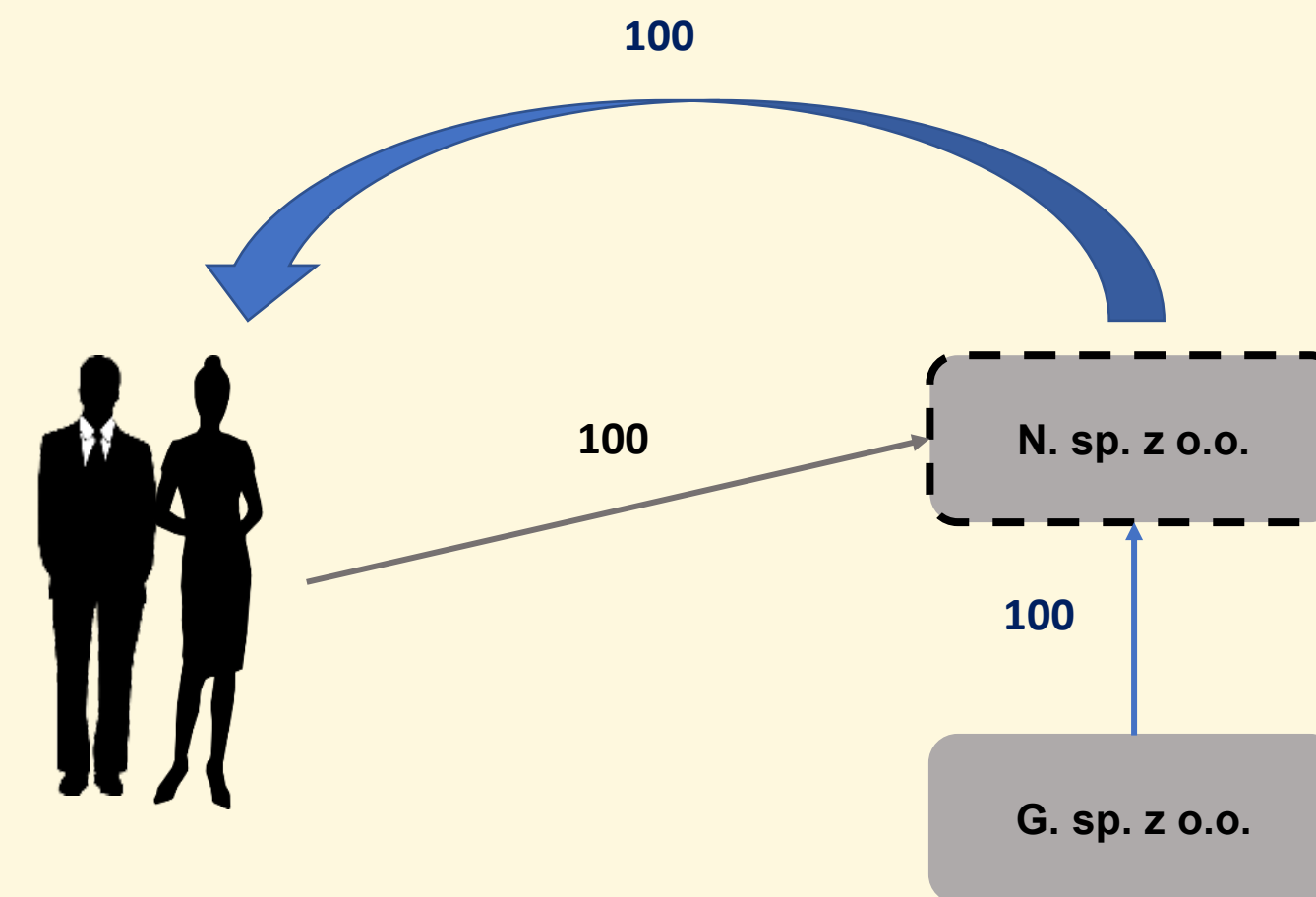
Istota wymiany udziałów

Wymiana udziałów polega na tym, że spółka, której udziały są nabywane (spółka "nabyta") staje się spółką zależną spółki, która te udziały nabywa (spółka "nabywająca"), a wspólnicy spółki nabytej stają się wspólnikami spółki nabywającej.

STRUKTURA PRZED WYMIANĄ UDZIAŁÓW



STRUKTURA PO WYMIANIE UDZIAŁÓW



Wyrok NSA *versus* wyrok WSA w Białymstoku

II FSK 2416/20

„Zakres wyłączenia z przychodu w oparciu o art. 24 ust. 8a u.p.d.o.f. należy ocenić na moment powstania tego przychodu. Nie można wyłączyć "czegoś" z "niczego".”

„Skoro zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 9 w związku z art. 17 ust. 1a pkt 1 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2012 r., poz. 361ze zm.) przychód z tytułu objęcia udziałów w spółce kapitałowej powstał w dniu jej zarejestrowania, to również na ten dzień należy ocenić przesłanki wyłączenia przychodów z tytułu wymiany udziałów określone w art. 24 ust. 8a i ust. 8b tej ustawy.”

„To, co działo się przed powstaniem obowiązku podatkowego nie ma znaczenia, gdyż ustawa podatkowa tego po prostu nie dostrzega.

≠

WSA w Białymstoku I SA/Bk 143/20

*„Skoro art. 24 ust. 8a u.p.d.o.f. dotyczy spółek z o.o. oraz spółek akcyjnych, a więc nie obejmuje spółek "w organizacji", to nie ma znaczenia prawnego argument skarżącego, że dojście do skutku wymiany udziałów należy oceniać na dzień zarejestrowania spółki z o.o., a nie na dzień zawązania spółki z o.o. w organizacji - stosownie do art. 17 ust. 1a pkt 1 u.p.d.o.f. - gdyż z tym dniem powstaje przychód określony w art. 17 ust. 1a pkt 1 u.p.d.o.f. **Okoliczność, że przychód powstaje w momencie zarejestrowania spółki nie zmienia faktu, że wniesienie wkładu nastąpiło do spółki z o.o. w organizacji, a więc do podmiotu nieobjętego uprzywilejowaniem podatkowym określonym w art. 24 ust. 8a u.p.d.o.f.** Nie ma tu też znaczenia, że spółka kapitałowa w organizacji jest spółką istniejącą, bowiem bez wątpienia nie jest ona spółką akcyjną czy spółką z o.o.”*

Trzy niezależne poziomy argumentacyjne NSA (1)

▪ Argumentacja oparta na celu Dyrektywy 2009/133/WE – wykładnia celowościowa

- „Przedstawiony sposób, w jaki implementowano na grunt polskiego prawa w zakresie regulującym opodatkowanie dochodów osób fizycznych Dyrektywę 2009/133/WE, (...) wskazuje na konieczność kierowania się przy stosowaniu art. 24 ust. 8a i ust. 8b u.p.d.o.f. **nie tylko wykładnią językową, ale i celowościową.** Za ugruntowany w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego należy uznać pogląd, do którego przyłącza się Sąd w składzie rozpoznającym sprawę, że art. 24 ust. 8a u.p.d.o.f. ma na celu zapewnienie neutralności podatkowej w przypadku restrukturyzacji spółek i umożliwienie uzyskania przez jedną z nich (nabywającą) pozycji dominującej. (...). Przepisy Dyrektywy 2009/133/WE, a w konsekwencji i regulacje zawarte w art. 24 ust. 8a u.p.d.o.f. mają gwarantować neutralność podatkową, (...). **Neutralność podatkowa jest istotną przesłanką oceny kryteriów i rodzajów przekształceń prawnych spółek, a co więcej - przepisy podatkowe należy interpretować celowościowo - tak, aby zapewnić przedsiębiorstwom dostosowanie się do wymagań rynku wewnętrznego, zwiększenie produktywności i poprawienie ich siły konkurencyjnej.**”

▪ Argumentacja oparta na KSH – wykładnia systemowa zewnętrzna

- Tożsamość podmiotowa spółki kapitałowej w organizacji z dojrzałą spółką kapitałową
- „Skutek przejścia spółki w organizacji w spółkę właściwą nie ma charakteru konwersji czy przekształcenia, ale ma miejsce ciągłość bytu prawnego. **Spółka właściwa zachowuje tożsamość podmiotową ze spółką w organizacji.** Z tego względu w przypadku spółek kapitałowych w organizacji, kodeks spółek handlowych nie wskazuje ich jako odrębnych typów spółek kapitałowych, czy też osobowych.”
- „**Spółki kapitałowe w organizacji nie stanowią odrębnego typu spółek od spółek kapitałowych,** gdyż przepisy ich dotyczące są zawarte w odpowiednich działach kodeksu spółek handlowych poświęconych poszczególnym spółkom kapitałowym. To oznacza, że skoro ustawodawca nie wyodrębnił osobno typu spółka z o.o. w organizacji (jako odrębnego typu spółki prawa handlowego), a jednocześnie w kodeksie spółek handlowych wielokrotnie odnosi się do takiej spółki, to uznaje spółkę w organizacji za stadium odpowiednio spółki z o.o. lub spółki akcyjnej. Należy podkreślić, że gdyby ustawodawca na gruncie kodeksu spółek handlowych przewidział odrębność prawną spółki kapitałowej w organizacji oraz spółki kapitałowej to z pewnością wprowadziłby także przepisy regulujące sukcesję praw i obowiązków w momencie rejestracji w KRS, jednak takie przepisy nie zostały wprowadzone.”

Trzy niezależne poziomy argumentacyjne NSA (2)

- **Argumentacja oparta na uPIT – wykładnia systemowa wewnętrzna**
 - „Zakres wyłączenia z przychodu w oparciu o art. 24 ust. 8a u.p.d.o.f. należy ocenić na moment powstania tego przychodu. **Nie można wyłączyć "czegoś" z "niczego"**. Jeżeli nie ma przychodu, to zdarzenie powodujące wyłączenie z przychodu oczywiście nie wywrze skutku w postaci wyłączenia z przychodu, gdyż nie ma z czego wspomnianego wyłączenia dokonać. Nie budzi wątpliwości, że zgodnie z art. 17 ust. 1a pkt 1 u.p.d.o.f. przychód określony w ust. 1 pkt 9 powstaje w dniu zarejestrowania spółki. (...). **To, co działo się przed powstaniem obowiązku podatkowego nie ma znaczenia, gdyż ustawa podatkowa tego po prostu nie dostrzega.** Ustawa podatkowa interesuje się operacją gospodarczą dopiero z momentem powstania przychodu, gdy istnieje już spółka "definitywna", a nie spółka "w organizacji". W tej sytuacji cały spór o traktowanie spółki w organizacji stałby się nieistotny z punktu widzenia merytorycznego. Przychód powstawał w dniu zarejestrowania spółki albo wpisu do rejestru podwyższenia kapitału zakładowego spółki. (...). Zgodnie z logiką konstrukcji podatku dochodowego wyłączenie z przychodu znajduje zastosowanie wówczas, gdy powstał przychód i określona jest już jego wysokość dochodu (przychodu). Odmienna sytuacja, tj. stosowanie wyłączenia z przychodu niezależnie od tego, czy powstał już przychód i znana jest jego wysokość, byłaby sprzeczna z aksjomatem racjonalnego ustawodawcy.”

Główne problemy

1. Wymiana udziałów jako proces

2. Prawidłowe określenie istoty sprawy:

„Jak trafnie to zdefiniował sąd pierwszej instancji istota sporu w rozpoznawanej sprawie sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy osoba fizyczna może skorzystać ze zwolnienia w podatku dochodowym od osób fizycznych z tytułu wymiany udziałów w 2015r., o którym mowa w art. 24 ust. 8a u.p.d.o.f., w sytuacji gdy spółka, będąca stroną tej wymiany, jest spółką kapitałową w organizacji.” (II FSK 2416/20)

3. Tożsamość podmiotowa spółki kapitałowej w organizacji z dojrzałą spółką kapitałową

4. Wpływ momentu powstania obowiązku podatkowego na stosowanie innych instytucji prawa podatkowego

5. Rola wykładni celowościowej i funkcjonalnej w prawie podatkowym

6. Dyskryminacja w praktyce „tradycjonalistów” względem „postępowców”

7. Czy zagadnienie *passé* ?

Bardzo dziękuję za uwagę!



Centrala w Warszawie:

ul. Moniuszki 1A
00-014 Warszawa

Tel: +48 (22) 629 09 17
biuro@thedy.pl

Oddział w Katowicach:

ul. Dworcowa 4 (Stary Dworzec)
40-012 Katowice

Tel: +48 508 018 322
biuro@thedy.pl