

**Tytuł: PARKIET**

**Data: 30.01.2010**

**Autor: Marek Szczepanik, Paweł Tomczykowski**

## **Jak odroczyć podatek ze sprzedaży akcji**

Podatek ten jest nakładany niezależnie od tego, czy inwestor zamierza reinwestować zyski ze sprzedaży w inne przedsięwzięcie czy przeznaczyć je na prywatne cele

Sprzedaż akcji przez polskiego inwestora indywidualnego jest opodatkowana podatkiem dochodowym według stawki 19 proc. od różnicy między ceną sprzedaży (odpowiadającą cenie rynkowej) a historycznym kosztem ich nabycia, chyba że sprzedawany jest pakiet akcji nabyty na GPW przed 2004 r. Podatek ten jest nakładany niezależnie od tego, czy inwestor zamierza reinwestować zyski ze sprzedaży w inne przedsięwzięcie czy przeznaczyć je na prywatne cele.

Takie podejście jest oczywiście niekorzystne dla inwestora, który chciałby reinwestować całą kwotę zysków ze sprzedaży akcji, nieuszczułoną przez zapłacony podatek.

W praktyce inwestorzy korzystają zatem z szeregu rozwiązań, które pozwalają odroczyć obowiązek podatkowy przy sprzedaży akcji. Najtańszą i najbardziej popularną metodą jest obecnie wykorzystanie w tym celu zagranicznych spółek holdingowych, przy czym ze względu na niskie koszty i bardzo korzystne regulacje podatkowe najczęściej wybierane są spółki z siedzibą na Cyprze (w dalszej kolejności wykorzystywane są spółki luksemburskie i spółki z innych krajów UE).

Sprawa jest bardzo prosta, jeżeli inwestor od początku dokonuje swoich inwestycji za pośrednictwem spółki holdingowej. Temat ogranicza się wówczas w zasadzie do wyboru optymalnej jurysdykcji podatkowej. Znacznie trudniejsze zadanie czeka inwestora i jego doradcę, jeżeli inwestor nie ma spółki holdingowej i jest bezpośrednim właścicielem pakietu akcji o dużej wartości rynkowej i niskim koszcie nabycia (objęcia), a pakiet ten ma być wkrótce sprzedany.

### **Jak zbyć akcje?**

Przed sprzedażą akcji kluczowe jest ich zbycie do spółki kontrolowanej przez inwestora w efektywny podatkowo sposób. Tu toczy się swoista gra między podatnikami a władzami podatkowymi, polegająca na tym, że ci pierwsi z pomocą doradców opracowują efektywne rozwiązania, które przez jakiś czas są akceptowane przez władze podatkowe, a następnie - jak wskazuje doświadczenie - władze podatkowe zmieniają swoje podejście do sprawy. Dlatego w miarę możliwości wskazane jest uzyskanie przez podatnika wiążącej interpretacji, która w dużym stopniu ogranicza ryzyko zmiany podejścia władz podatkowych w przyszłości.

### **Aport z agio**

Jednym z możliwych rozwiązań jest aport akcji do spółki holdingowej w zamian za jej udziały o wartości nominalnej niższej od wartości rynkowej wkładu (różnica trafia na kapitał zapasowy spółki holdingowej, tzw. agio).

Zgodnie z przepisami przychodem podatkowym dla inwestora jest wartość nominalna otrzymanych udziałów w zamian za aport, czyli agio nie powinno być opodatkowane. Kwestie sporne dotyczą jednak tego, czy w wypadku aportu z agio władze podatkowe mogą skorygować przychód do wartości rynkowej przedmiotu wkładu (jak w wypadku sprzedaży poniżej wartości rynkowej), a jeżeli tak, to w jakich okolicznościach mogą dokonać tej korekty?

Niestety nie ma jednolitego orzecznictwa sądowego w tej sprawie. Z jednej strony utrwała się linia orzecznicza, zgodnie z którą władze podatkowe nie mają prawa doszacować podatnikowi przychodu w przypadku aportu, zapoczątkowana przez wyrok NSA z 19 kwietnia 2006 r. (sygn. akt IIFSK558/05, LEX nr 210971), a potwierdzona ostatnio m.in. w wyroku WSA w Bydgoszczy z 7 grudnia 2009 r. (I SA/Bd 699/09). Ciągle jednak zdarzają się wyroki niekorzystne dla podatników, na przykład wyrok

WSA w Poznaniu z 6 października 2009 r. (I SA/Po 401/09).

Jednak nawet w razie uznania, że co do zasady władzom podatkowym przysługuje prawo skorygowania przychodu, inwestor nie jest jeszcze na straconej pozycji. Jeżeli istnieją „uzasadnione przyczyny”, dla których wartość nominalna udziałów wydanych w zamian za aport jest niższa od wartości rynkowej pakietu akcji, doszacowanie przychodu nie powinno mieć miejsca.

Uzasadnioną przyczyną dla wystąpienia agio wydaje się być na przykład aport pakietu akcji do spółki, której wartość jest wyższa od wartości jej kapitału zakładowego. Objęcie przez inwestora udziałów w takiej spółce o wartości nominalnej równej wartości rynkowej wnoszonego pakietu odbyłoby się z pokrzywdzeniem dotychczasowych wspólników tej spółki. Inwestor otrzymałby bowiem nieproporcjonalnie wysoki udział w kapitale spółki w stosunku do istniejących wspólników. Przy okazji powstaje pytanie czy w ogóle wspólnicy zgodziliby się w takiej sytuacji na aport bez agio?

Konkludując, wystąpienie agio w omawianej sytuacji wydaje się uzasadnione względami ekonomicznymi i prawnymi, a zatem przychodem podatkowym dla inwestora powinna być wyłącznie wartość nominalna otrzymanych udziałów.

Co ciekawe, z interpretacji wydanych przez ministra finansów w ostatnich kilku miesiącach wynika, że z reguły nie odnosi się on jednoznacznie do pytania, czy wystąpienie agio stanowi uzasadnioną przyczynę wyłączającą możliwość do-szacowania przychodu.

### **Aport do spółki osobowej**

Innym rozwiązaniem niegdyś powszechnie stosowanym przez podatników był aport akcji do spółki osobowej i ich sprzedaż z poziomu spółki osobowej. Wprawdzie rozwiązanie to w naszej ocenie broni się merytorycznie, ale jest przedmiotem wielu rozbieżnych wyroków wojewódzkich sądów administracyjnych i doczeka się zapewne ostatecznego rozstrzygnięcia przed NSA.

Niezależnie od ostatecznego rozstrzygnięcia tej konkretnej kwestii przed sądem należy podkreślić, iż spółki osobowe stanowią ciągle bardzo interesujący instrument planowania podatkowego.

### **Aport większościowego pakietu**

Nowym rozwiązaniem, które pojawiło się po wejściu Polski do UE, jest skorzystanie z dobrodziejstwa tzw. wymiany udziałów. Zgodnie z aktualnym brzmieniem dyrektywy (2009/133/WE) w sprawie m.in. wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich (dyrektywa), akcjonariusz nie podlega opodatkowaniu z tytułu aportu większościowego pakietu akcji do spółki kapitałowej z UE. Przez większościowy pakiet rozumie się pakiet, z którego akcjonariuszowi przysługuje ponad 50 proc. głosów na WZA Polska wdrożyła powyższą zasadę w odniesieniu do akcjonariuszy będących podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych (art. 12 ust. 4d), natomiast analogicznego przepisu zabrakło w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych.

W konsekwencji, mimo że polskie prawo nie przewiduje zwolnienia dla inwestora - osoby fizycznej dokonującego aportu większościowego pakietu akcji do spółki kapitałowej w państwie UE, w naszej ocenie zwolnienie takie wynika wprost z cytowanej dyrektywy.

Polskie organy podatkowe od początku zajęły jednak stanowisko nieprzychylnie dla podatników. Co ciekawe, ich argumentacja nie opiera się jednak na innej interpretacji dyrektywy, ale na braku możliwości jej stosowania w sposób bezpośredni. Jest to stwierdzenie kontrowersyjne, ponieważ istnieje bogate orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jak również wyroki polskich sądów administracyjnych, które pozwalają na bezpośrednie stosowanie przepisów dyrektyw unijnych. Warunkiem jest tylko to, aby przepis dyrektywy był bezwarunkowy oraz dostatecznie jasny.

Warto zauważyć, iż możliwość bezpośredniego stosowania przepisów dyrektywy i zwolnienia z podatku aportu dokonywanego przez osobę fizyczną potwierdził WSA w Warszawie w wyroku z 27 października 2009 r. (III SA/Wa 603/09). Wyrok nie jest jednak prawomocny.

Mimo że na razie należy liczyć się ze znacznym ryzykiem sporu z władzami podatkowymi, rozwiązanie to wydaje się obiecujące, choć niestety tylko dla inwestorów z większościowymi pakietami akcji.

## **Bez ryzyka sporu?**

Każde z przedstawionych rozwiązań ma swoje zalety, ma też i wady, jeśli ich implementacja nie jest prawidłowo przeprowadzona, mogą one narazić inwestora na ryzyko sporu z organami podatkowymi. Istnieją jednak inne metody umożliwiające osiągnięcie tego samego celu, które nie budzą (przynajmniej na razie) zastrzeżeń władz podatkowych.

Przede wszystkim należy wystrzegać się automatycznego powielania raz przyjętych (zastosowanych) schematów, bo każdy stan faktyczny niesie ze sobą inne uwarunkowania biznesowe. Szczególną ostrożność trzeba zachować nie tylko przy zawieraniu transakcji z podmiotami z krajów, z którymi Polska nie podpisała umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, ale również z podmiotami (na przykład prawa luksemburskiego), które mimo istnienia stosownej umowy nie korzystają z ochrony traktatowej.

W kontekście dokonywanych inwestycji na szeroko definiowanym rynku kapitałowym należy przypomnieć, że opodatkowaniu w Polsce podlegają również tzw. nierezydenci, czyli w uproszczeniu podmioty zagraniczne - od dochodów uzyskiwanych na terytorium Polski. Wątpliwości pojawiają się co do niezdefiniowanego w krajowych ustawach pojęcia „dochodów uzyskiwanych na terytorium Polski”. Zgodnie z dość konsekwentnym stanowiskiem organów podatkowych dochodem uzyskiwanym na terytorium Polski jest na przykład zbycie akcji spółek notowanych na GPW oraz zbycie udziałów/akcji w spółkach, których główny majątek stanowią nieruchomości położone na terytorium Polski. W konsekwencji sprzedaż takich akcji/udziałów przez wehikuly inwestycyjne niekorzystające z ochrony traktatowej nie jest pozbawiona ryzyka opodatkowania w Polsce...

Na koniec wypada zaznaczyć, iż spore możliwości w zakresie planowania podatkowego daje również wykorzystanie faktu, że dokonywanie darowizn między bliskimi członkami rodziny jest od 2007 r. całkowicie zwolnione z podatku od spadków i darowizn.

Marek Szczepanik i Paweł Tomczykowski, autorzy są doradcami podatkowymi z kancelarii Ożóg i Wspólnicy