

Rödl & Partner

Echo



Data: 07.11.2021

Dotyczy: [Rzeczpospolita](#)

CZY OPŁATY ZWIĄZANE Z INSTRUMENTAMI FINANSOWYMI PODLEGAJĄ PODATKOWI U ŹRÓDŁA

Jak uniknąć niepewności w odniesieniu do poboru podatku od płatności z tytułu instrumentów pochodnych? W większości przypadków pozyskanie certyfikatu rezydencji pozwoli na ograniczenie ryzyka sporu z organem podatkowym.

Pochodne instrumenty finansowe to bardzo szerokie pojęcie, które obejmuje całe spektrum produktów finansowych. W tym określeniu mieszczą się opcje sprzedaży i zakupu, kontrakty typu futures i forward, znane polskim przedsiębiorcom i chętnie stosowane w celu zabezpieczenia przed ryzykiem walutowym.

Pojęcie to obejmuje również bardziej zaawansowane instrumenty o enigmatycznych nazwach m.in.: SWAP-y walutowe, FRA, IRS, CIRS, CDS i CFD, a także wiele innych. Przeważnie celem strony nabywającej taki instrument jest zabezpieczenie przed określonym ryzykiem, np. niepewnością co do kształtowania się kursów walutowych, stóp procentowych, wartości metali i innych surowców czy wypłacalności dłużnika. W praktyce można zabezpieczyć się przed prawie każdą niepewnością, przy czym w przypadku ryzyka powszechnego stosuje się produkty standardowe. Równolegle istnieje rynek instrumentów dostosowanych do oczekiwań nabywców – szytych na miarę. W obu przypadkach druga strona transakcji w zamian za wynagrodzenie przejmuje na siebie konsekwencje spadku lub wzrostu czynników ryzyka.

Oczywiście istnieje możliwość wykorzystania instrumentów pochodnych w celach czysto spekulacyjnych. Wówczas mamy do czynienia z zakładem między stronami kontraktu co do kształtowania się kursów walutowych czy stóp procentowych (w zależności od produktu finansowego).

WYPŁATY DLA NIEREZYDENTÓW

O ile standardowe opcje i kontrakty są oferowane przez polskie instytucje (np. banki), o tyle w przypadku skomplikowanych produktów szytych na miarę, umowy zawiera się zwykle z podmiotami zagranicznymi. Ponieważ przejęcie ryzyka wiąże się z obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia, pojawia się płatność należności na rzecz nierezydentów polskich i związana z nią kwestia rozważenia poboru podatku u źródła (WHT) przez polskich przedsiębiorców korzystających z tych instrumentów pochodnych.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia zagadnienia WHT ma zbadanie następujących cech transakcji:

1. Czy dochody kontrahenta zagranicznego można uznać za osiągnięte na terytorium Polski?
2. Czy zapłata za usługi kontrahenta stanowi przychód z odsetek?

3. Czy usługi kontrahenta można uznać za gwarancję, poręczenie bądź usługi / świadczenie o podobnym charakterze?

DOCHODY OSIĄGNIĘTE NA TERENIE POLSKI

Dochody uzyskiwane przez kontrahenta zagranicznego zostaną osiągnięte na terytorium RP z uwagi na to, że ich źródło znajduje się w Polsce. Polskie przedsiębiorstwa wypłacają wynagrodzenie w związku z zabezpieczeniem ryzyka związanego z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą na terytorium Polski. Ponadto ustawa o CIT wskazuje, że dochód (przychód) podmiotu zagranicznego zostaje osiągnięty na terytorium Polski m.in. wówczas, gdy dotyczy należności wypłacanych mu przez polskiego rezydenta, niezależnie od miejsca zawarcia umowy i wykonania świadczenia.

PRZYCHODY Z TYTUŁU ODSETEK

Charakter płatności jest uzależniony od rodzaju zawartego instrumentu pochodnego i momentu zapłaty.

Kwestia odsetek wymaga sprawdzenia przede wszystkim w przypadku instrumentów finansowych zabezpieczających przez ryzykiem stopy procentowej. Upraszczając, w takim przypadku rozliczenie między stronami następuje na bazie ściśle ustalonej stopy procentowej, która jest podstawą ustalania wynagrodzenia dla stron transakcji. Bazując na Komentarzu do Konwencji Modelowej OECD, organy podatkowe potwierdzają, że jako odsetki nie są traktowane płatności dokonane z tytułu instrumentów finansowych, które spełniają następujące warunki:

- instrumenty pochodne nie są związane z jakąkolwiek wierzytelnością/długiem, który wiązałby kontrahenta zagranicznego i polskiego przedsiębiorcę oraz na podstawie którego płatność byłaby generowana;

- podczas rozliczania kontraktu zwykle nie dochodzi do rzeczywistej wymiany odsetek, a jedynie do transferu różnicy stóp procentowych;

- płatności w żaden sposób nie są pokrewne wynagrodzeniu odsetkowemu za korzystanie z kapitału w czasie/udostępnienie środków pieniężnych.

Pewne wątpliwości budziły także rozliczenia związane z zabezpieczeniem przed ryzykiem niewypłacalności, ale również w tych przypadkach fiskus potwierdził, że nie mają one charakteru odsetek. Płatności związane z instrumentami pochodnymi, posiadającymi inny punkt odniesienia niż stopa procentowa (np. kursy walutowe czy surowce), z przyczyn oczywistych nie są traktowane jako przychody z tytułu odsetek.

Rozpatrując moment płatności, można się spotkać z premią płatną na początku kontraktu, okresowym rozliczeniem np. wynikającym z różnicy na wartości poszczególnych instrumentów w uzgodnionych okresach czy wypłatą finalną rozliczającą kontrakt. Na początku kontraktu zwykle występuje tzw. premia wypłacana tytułem wynagrodzenia za przejęcie ryzyka. Opłata ta nie stanowi odsetek w rozumieniu przepisów o WHT.

Status rozliczeń okresowych jest natomiast uzależniony od postanowień umownych i wymaga indywidualnej analizy. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku finalnego rozliczenia instrumentu, przy czym polski przedsiębiorca może być wówczas zarówno stroną zobowiązaną do zapłaty, jak i beneficjentem płatności. Wówczas należy ocenić, jaki charakter mają poszczególne płatności.

USŁUGI PODOBNE DO GWARANCJI I PORĘCZEŃ

W przypadku instrumentów pochodnych należy także sprawdzić, czy płatności nie mają charakteru usług podobnych do gwarancji i poręczeń. Aktualnie toczy się dość intensywna dyskusja pomiędzy polskimi przedsiębiorstwami i fiskusem (do której zostały zaproszone również sądy) dotycząca statusu płatności związanych z instrumentami gwarantującymi spłatę wierzytelności (SWAP-y ryzyka kredytowego).

Organy uznały opłaty związane z tym produktem finansowym za przychód uzyskany z tytułu świadczenia usług o podobnym charakterze do gwarancji i poręczeń. Zgodnie z definicją słownikową PWN gwarancja to: „odpowiedzialność osoby trzeciej za zobowiązania dłużnika wobec wierzyciela”. Z kolei poręczenie to: „pisemne zobowiązanie wobec wierzyciela do wykonania zobowiązania dłużnika, w razie gdyby ten go nie wykonał”. Zdaniem Krajowej Informacji Skarbowej (KIS) instrumenty pochodne wypełniają funkcje gwarancji lub poręczenia, ponieważ w razie braku spłaty całości lub części zobowiązania polskiemu przedsiębiorcy zostanie wypłacona określona umownie kwota. Zawierany instrument pochodny jest więc w tym przypadku narzędziem, za pomocą którego uzyskuje się gwarancję (poręczenie) spłaty wierzytelności przysługujących od dłużników.

Warszawski sąd przyznał rację fiskusowi (zob. wyrok WSA w Warszawie z 28 sierpnia 2020 r., III SA/Wa 2455/19), uznając, że SWAP-y ryzyka kredytowego są pod względem ekonomicznym podobne do gwarancji kredytowej. Skład orzekający uwzględnił opis instrumentu pochodnego dostępny w aktach sprawy. W konsekwencji, w przypadku tego typu transakcji kluczowe znaczenie ma treść postanowień umownych oraz sformułowania użyte przez polskich przedsiębiorców w wyjaśnieniach przygotowywanych dla organów podatkowych lub sądów.

Podstawa prawna:

- art. 21 ustawy z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1800 ze zm.)

- art. 7 (zyski przedsiębiorstw) i art. 11 (odsetki) umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska

Anna Harasimowicz, biegły rewident, manager [w warszawskim biurze Rödl & Partner.](#)

ZDANIEM AUTORKI

Wskazana jest należyta staranność i zebranie odpowiednich dokumentów. Najprostszym rozwiązaniem dylematów występujących przy płatności z tytułu instrumentów pochodnych jest pozyskanie certyfikatu rezydencji podmiotu zagranicznego. W takim przypadku można zastosować regulacje właściwej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, na mocy których opłaty te kwalifikowane są z reguły jako zyski przedsiębiorstwa. A te podlegają opodatkowaniu w państwie rezydencji odbiorcy płatności, czyli podmiotu przejmującego ryzyko. W przypadku płatności na wysokie kwoty (zwłaszcza dokonywane po 1 stycznia 2022 r.) nie należy przy tym zapominać o dochowaniu należytej staranności i zebraniu odpowiednich dokumentów potwierdzających status beneficjenta płatności (w szczególności oświadczeń). Oczywiście kwestia ta komplikuje się w przypadku reasekuracji. Przyjmując argumentację organów podatkowych za właściwą, należałoby stwierdzić, że opłaty za instrumenty pochodne nabywane w celu zabezpieczenia przed ryzykiem podlegałyby opodatkowaniu podatkiem u źródła. Wynagrodzenie za produkty finansowe nabywane w celach czysto spekulacyjnych nie mieściłoby się w zakresie przychodów objętych WHT.

W tym miejscu pojawia się jednak konieczność weryfikacji możliwości zaliczenia opłat związanych z transakcjami spekulacyjnymi do kosztów uzyskania przychodów.