



Frontiers in tax

Edycja polska

Marzec 2020

W tym numerze:

- Substancja biznesowa a podatek u źródła
- Połączenia spółek – neutralność podatkowa już nie taka oczywista
- Kontrowersje związane z mechanizmem debt-push-down
- Klauzule gwarancyjne i odszkodowawcze w umowie nabycia udziałów
- Podatkowe aspekty korekt do ceny w transakcjach M&A
- MDR a M&A – praktyczne problemy przy raportowaniu transakcji
- Konsekwencje Brexitu a podatkowe aspekty fuzji i przejęć

KPMG.pl



W tym numerze

Wstęp

5

Substancja biznesowa a podatek u źródła

7

Połączenia spółek – neutralność podatkowa już nie taka oczywista

10

Kontrowersje związane z mechanizmem debt-push-down

15

Klauzule gwarancyjne i odszkodowawcze w umowie nabycia udziałów

18

Podatkowe aspekty korekt do ceny w transakcjach M&A

23

MDR a M&A – praktyczne problemy przy raportowaniu transakcji

26

Konsekwencje Brexitu a podatkowe aspekty fuzji i przejęć

31

Publikacje KPMG

34

Kontakt

35





Honorata Green

Partner w dziale doradztwa podatkowego, szef zespołu ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



Katarzyna Nosal-Gorzeń

Partner w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



Małgorzata Gleń

Dyrektor w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce

Dynamika zmian w polskich przepisach podatkowych powoduje konieczność modyfikacji podejścia do transakcji nabycia spółek i biznesów (M&A).

Przede wszystkim coraz większego znaczenia nabiera odpowiednie zabezpieczenie transakcji od strony podatkowej. Podatki stały się bowiem jednym z kluczowych elementów ryzyka, którymi w transakcjach należy zarządzać. W szczególności kwestie podatkowe są adresowane w umowie nabycia udziałów (Share Purchase Agreement - SPA), a czasami także w specyficznym dokumencie określanym jako tax deed. Uzyskanie przez inwestora odpowiednich gwarancji i klauzul odszkodowawczych w odniesieniu do kwestii podatkowych jest koniecznym działaniem. Niekiedy, ryzyka podatkowe są na tyle istotne, że znajdują swoje odzwierciedlenie w kalkulacji ceny.

Zarówno w procesie przeprowadzania *due diligence* jak i strukturyzując daną akwizycję, należy rozważyć, jak na cały proces wpływa kwestia ryzyk w zakresie podatków u źródła (WHT). Jest to element, który zawsze był istotny w procesie transakcyjnym, niemniej jednak z uwagi na zmiany w przepisach podatkowych i praktyce, wiąże się on obecnie ze zwiększonym ryzykiem.

Nowością w procesie transakcyjnym jest niekiedy konieczność zaraportowania transakcji jako tzw. schematu podatkowego (MDR). Kwestia ta niesie ze sobą wiele wyzwań interpretacyjnych, w pierwszej kolejności pojawia się jednak trudność polegająca na obowiązku raportowania w momencie, gdy strony transakcji obowiązują umowy o poufności.

Ostatnie zmiany w przepisach podatkowych mogą mieć także negatywny wpływ na spółki przejmujące inne podmioty w procesie łączenia spółek. W tym zakresie należy zwrócić uwagę w szczególności na odpowiednie ustrukturyzowania takiego połączenia, aby uniknąć ryzyka opodatkowania takiej restrukturyzacji.

Warto również podkreślić, że podmioty planujące restrukturyzację z udziałem spółek brytyjskich powinny się pośpieszyć. Wraz z końcem okresu przejściowego przestaną bowiem obowiązywać dyrektywy unijne, a więc niektóre z procesów restrukturyzacyjnych obejmujących spółki z Wielkiej Brytanii mogą wiązać się z koniecznością zapłaty podatku.

Zapraszamy Państwa do lektury niniejszego wydania *Frontiers in Tax*, w którym omawiamy aktualne aspekty podatkowe, istotne w procesach M&A.

Życzymy przyjemnej lektury!





Substancja biznesowa a podatek u źródła

Z początkiem 2019 r. wprowadzone zostały zmiany w zakresie poboru podatku źródła. Jedną ze zmian dotyczyła definicji rzeczywistego właściciela, w przypadku której dodano nowe kryterium – tj. prowadzenie rzeczywistej działalności gospodarczej w kraju siedziby, jeżeli należności uzyskiwane są w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą.

Mimo iż stosowanie niektórych przepisów zostało odroczone obecnie do 30 czerwca 2020 r., to począwszy od 1 stycznia 2019 r. na płatniku ciąży obowiązek zachowania należytej staranności w przypadku zastosowania preferencyjnego opodatkowania podatkiem u źródła (np. zwolnienie z opodatkowania bądź też obniżona stawka wynikająca z umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania). Zatem polski płatnik zobowiązany jest do przeprowadzenia badania statusu beneficjenta płatności jako rzeczywistego odbiorcy należności, w tym jego substancji biznesowej.

Aby móc ocenić czy dany podmiot prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą należy odwołać się do przepisów ustawy CIT (analogicznie ustawy PIT) w zakresie zagranicznych jednostek kontrolowanych (dalej: „CFC”), w których kryterium to zostało zdefiniowane na potrzeby podatków dochodowych. Należy mieć na uwadze, że pomimo tego, że cel klauzuli rzeczywistego właściciela oraz przepisów o CFC jest odmienny, to oba typy regulacji nakierowane są na zwalczanie tego samego typu naruszeń w postaci sztuczności podmiotów lub/i transakcji w rozliczeniach podatkowych.

Zgodnie z projektem objaśnień podatkowych z dnia 19 czerwca 2019 r. dotyczących zasad poboru podatku u źródła (dalej: „Objaśnienia”) o tym czy dany podmiot prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą w danym państwie, a więc czy powinien korzystać z preferencji przewidzianej w danej umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania (dalej: „UPO”), powinno wskazywać istnienie substratu majątkowo-osobowego w danym państwie.

Brak takiego substratu może świadczyć o braku prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej podmiotu w danym państwie, a tym samym może wskazywać na istnienie sztucznej struktury, która zgodnie z wytycznymi OECD nie powinna korzystać z korzyści wynikających z UPO (np. obniżona stawka podatku).

Biorąc pod uwagę powyższe, przy ocenie czy dany podmiot

prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą należy wziąć pod uwagę w szczególności czy:

- a. w danym państwie istnieje przedsiębiorstwo, w ramach którego dany podmiot faktycznie wykonuje czynności stanowiące działalność gospodarczą, w tym w szczególności czy ten podmiot posiada lokal, wykwalifikowany personel, wyposażenie wykorzystywane w prowadzonej działalności gospodarczej;
- b. dany podmiot nie tworzy struktury funkcjonującej w oderwaniu od przyczyn ekonomicznych;
- c. istnieje współmierność między zakresem działalności prowadzonej przez dany podmiot a faktycznie posiadanym przez ten podmiot lokalem, personelem lub wyposażeniem (a więc przykładowo czy personel danego podmiotu jest adekwatny do roli pełnionej przez ten podmiot, a także do skali działalności tego

podmiotu, np. jedna osoba nie może skutecznie podejmować decyzji menadżerskich w stosunku do kilkunastu spółek prowadzących działalność gospodarczą);

- d. zawierane porozumienia są zgodne z rzeczywistością gospodarczą, mają uzasadnienie gospodarcze i nie są w sposób oczywisty sprzeczne z ogólnymi interesami gospodarczymi danego podmiotu;
- e. podmiot samodzielnie wykonuje swoje podstawowe funkcje gospodarcze przy wykorzystaniu zasobów własnych, w tym obecnych na miejscu osób zarządzających.

Specyfika spółek holdingowych naraża na największą wątpliwość interpretacyjnych. Zgodnie bowiem z treścią Objasnień, posiadanie przez spółkę holdingową 1-2 pracowników, niewystarczające kompetencje tych pracowników, nieadekwatność wynagrodzeń do formalnie pełnionych

”

Mimo iż stosowanie niektórych przepisów zostało odroczone obecnie do 30 czerwca 2020 r., to począwszy od 1 stycznia 2019 r. na płatniku ciąży obowiązek zachowania należytej staranności w przypadku zastosowania preferencyjnego opodatkowania podatkiem u źródła.

”



funkcji, brak stałych pomieszczeń dostępnych dla spółki, czy też brak wyposażenia w sprzęt oraz oprogramowania pozwalającego na podejmowanie decyzji może powodować że dana struktura holdingowa nie będzie w myśl polskiego ustawodawcy posiadać wystarczającego poziomu substancji biznesowej.

Różne powinny być bowiem przesłanki prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej przez spółki produkcyjne/ handlowe, usługowe oraz spółki zajmujące się szeroko rozumianą działalnością finansową (przykładowo czynnościami inwestycyjnymi czy też holdingowymi). Dlatego też kwestia spółek holdingowych z pewnością wymaga dalszego doprecyzowania w tym zakresie, jako że ich działalność jest, co do zasady, mocno ograniczona.

Podsumowując, fakt prowadzenia przez kontrahenta rzeczywistej działalności gospodarczej w kraju jego siedziby powinien być w szczególności analizowany w przypadku zastosowania preferencyjnego opodatkowania u źródła, jako że brak prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej skutkuje nieuznaniem danego podmiotu za rzeczywistego właściciela płatności. Jednocześnie spełnienie kryterium prowadzenia takiej działalności nie gwarantuje w sposób automatyczny spełnienia definicji rzeczywistego właściciela (odbiorca płatności powinien bowiem spełnić pozostałe przesłanki do zakwalifikowania jako rzeczywisty właściciel).



Grzegorz Ziółkowski

menedżer w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce

Połączenia spółek – neutralność podatkowa już nie taka oczywista

Planujący połączenia spółek powinni mieć się na baczności. Jeszcze do niedawna bowiem neutralność podatkowa większości tego typu restrukturyzacji nie budziła wątpliwości (warunkiem było istnienie uzasadnienia biznesowego dla danego działania). Jednakże, zmiana przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (CIT), która nastąpiła 1 stycznia 2018 r. powoduje, że w niektórych przypadkach połączenia spółek mogą podlegać opodatkowaniu.



Kształt obecnych regulacji

Zgodnie z obecnym brzmieniem ustawy o CIT za przychód podatkowy uważa się ustaloną na dzień łączenia wartość majątku spółki przejmowanej otrzymanego przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną (art. 12 ust. 1 pkt 8c ustawy o CIT). Jednakże, z przychodów podatkowych należy wyliczyć:

- a. wartość majątku spółki przejmowanej otrzymanego przez spółkę przejmującą odpowiadającej wartości emisyjnej udziałów (akcji) przydzielonych udziałowcom (akcjonariuszom) spółek łączonych (art. 12 ust 4 pkt. 3e ustawy o CIT);
- b. wartość majątku spółki przejmowanej, odpowiadającej procentowemu udziałowi spółki przejmującej w kapitale zakładowym spółki przejmowanej, określonego na ostatni dzień poprzedzający dzień łączenia, otrzymanego przez spółkę przejmującą posiadającą w kapitale zakładowym spółki przejmowanej udział w wysokości nie mniejszej niż 10% (art. 12 ust 4 pkt. 3f ustawy o CIT).

Z kolei, dla wspólnika spółki przejmowanej istotne jest, że w przypadku połączenia spółek, do przychodów nie zalicza się przychodu wspólnika spółki przejmowanej lub dzielonej stanowiącego wartość emisyjną udziałów (akcji) przydzielonych

przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną (art. 12 ust 4 pkt 12 ustawy o CIT).

Należy mieć na uwadze, że powyższych wyłączeń z przychodów nie stosuje się, jeżeli połączenie nie zostało przeprowadzone z uzasadnionych przyczyn ekonomicznych.

Zgodnie z uzasadnieniem do zmian ustawy o CIT, modyfikacje w zakresie opodatkowania połączeń spółek wcale nie miały oznaczać rewolucji, a wręcz przeciwnie – nowe przepisy miały być odpowiednikiem poprzednich regulacji. Jednakże bliższa analiza powyższych przepisów oraz wydawanych na ich podstawie interpretacji podatkowych nie pozwala na takie stwierdzenie.

Pierwsza istotną zmianą jest wprowadzenie mechanizmu, w którym najpierw należy ustalić przychód dla spółki przejmującej, a następnie można przychód ten obniżyć o (1) wartość emisyjną przydzielonych w ramach połączenia udziałów (akcji) spółki przejmującej oraz (2) wartość odpowiadającą iloczynowi udziału spółki przejmującej w kapitale zakładowym spółki przejmowanej i wartości majątku spółki przejmowanej. Mimo, iż przepisy nie wskazują, według jakiej wartości przychód taki powinien zostać ustalony, w wydawanych interpretacjach podatkowych ukształtował się pogląd, że przychód ten powinien powstać w wartości rynkowej majątku spółki przejmowanej.

Czym jest wartość emisyjna?

Nową kategorią jest pojęcie wartości emisyjnej udziałów. Zgodnie z definicją zawartą w ustawie o CIT za wartość emisyjną udziałów uważa się cenę, po jakiej obejmowane są udziały (akcje), określoną w statucie lub umowie spółki, a w razie ich braku – w innym dokumencie o podobnym charakterze, nie niższą od wartości rynkowej tych udziałów (akcji) (art. 4a pkt 16a ustawy o CIT).

W wydawanych interpretacjach podatkowych dominuje pogląd, że wartość emisyjna udziałów (akcji) to cena, która jest „płacona” spółce przejmującej za udziały objęte w tej spółce, a więc w praktyce wartość rynkowa spółki przejmowanej. W niektórych komentarzach można spotkać się jednak z takim stanowiskiem, że za wartość emisyjną powinno się uznać cenę, jaką spółka przejmująca / nowo zawiązana płaci wspólnikowi spółki przejmowanej za majątek spółki przejmowanej. W praktyce oznaczałoby to, że wartość emisyjna byłaby równa rynkowej wartości udziałów (akcji) w spółce przejmującej / nowo zawiązanej, w zamian za które otrzymuje ona majątek spółki przejmowanej.

Wydaje się, że celem wprowadzenia pojęcia wartości emisyjnej do ustawy o CIT było zapobieżenie nieopodatkowanym przesunięciem



W interpretacjach podatkowych prezentowane są sprzeczne stanowiska czy połączenie odwrotne przeprowadzone bez podwyższania kapitału zakładowego spółki córki, a więc bez wydania nowych udziałów, może być neutralne podatkowo.



majątkowym pomiędzy wspólnikami łączących się spółek, a więc zapewnienie, aby parytet wymiany udziałów dla celów połączenia był ustalany w oparciu o wartości rynkowe majątków łączących się spółek. Mając jednak na względzie wyżej wskazane wątpliwości interpretacyjne, nie jest jasne czy można zastosować wyłączenie z przychodów na podstawie art. 12 ust. 4 pkt 3e ustawy o CIT, jeżeli sam parytet wymiany udziałów / akcji został ustalony na podstawie wartości rynkowych, czy też jednocześnie konieczne jest, aby sama wartość podwyższenia kapitału zakładowego w spółce przejmującej została ustalona według wartości rynkowych. Zdaniem autorki takie podejście byłoby nieuprawnione – oznaczałoby bowiem, że połączenia rozliczane metodą łączenia udziałów mogłyby być opodatkowane (w sytuacjach, w których nie można w pełni zastosować wyłączenia z art. 12 ust 4 pkt 3f ustawy o CIT).

Problem z połączeniami odwrotnymi

Szczególnej uwadze zasługują tzw. połączenia odwrotne, z którymi mamy do czynienia, jeżeli spółka córka przejmuje swoją spółkę matkę. W takiej sytuacji spółka córka nabywa udziały własne, które może następnie umorzyć bądź też wydać wspólnikowi spółki przejmowanej. W konsekwencji, tego typu połączenie może wystąpić bez podwyższania kapitału spółki przejmującej bądź też z takim podwyższeniem.

W interpretacjach podatkowych prezentowane są sprzeczne stanowiska czy połączenie odwrotne przeprowadzone bez podwyższania kapitału zakładowego spółki córki, a więc bez wydania nowych udziałów, może być neutralne podatkowo. Przykładowo, w interpretacji z 15 listopada 2019 r. (sygnatura 0111-KDIB2-3.4010.275.2019.2.HK), Dyrektor Krajowej Izby Skarbowej zgodził się z wnioskodawcą, że przez objęcie udziałów (akcji), o którym mowa w definicji wartości emisyjnej, należy rozumieć nie tylko objęcie nowo wykreowanych udziałów /

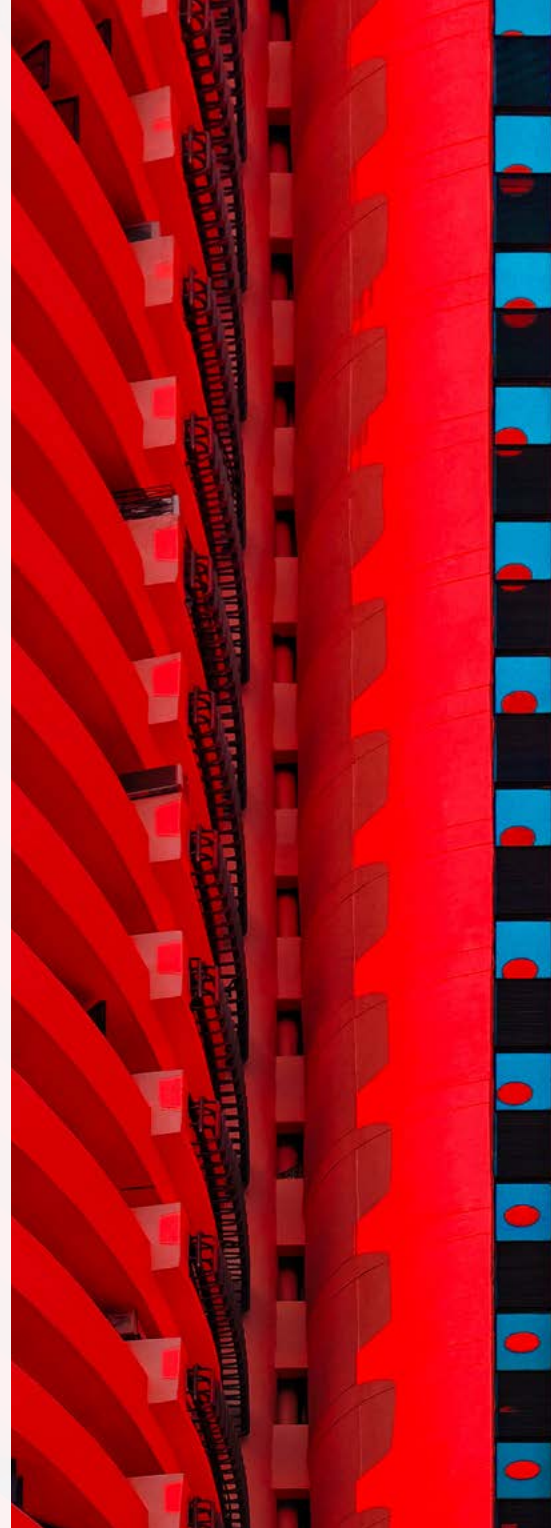
akcji w związku z emisją udziałów / akcji i podwyższeniem kapitału zakładowego, ale również o objęciu udziałów/akcji można mówić w przypadku wydania przez spółkę przejmującą udziałów (akcji) nabytych w związku z połączeniem. Tym samym również w tej sytuacji może mieć miejsce wyłączenie wskazane w art. 12 ust 4 pkt 3e ustawy o CIT.

Z kolei Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji z dnia 3 lipca 2019 r. (0114-KDIP2-2.4010.163.2019.1.AM) stwierdził, że wyłączenie z przychodów, o który chodzi w przepisie w art. 12 ust 4 pkt 3e ustawy o CIT dotyczy wyłącznie sytuacji, w której dochodzi do emisji nowych udziałów (akcji) oraz przydzielenia ich udziałowcom (akcjonariuszom) spółek łączonych. Nie jest to operacja tożsama z przekazaniem udziałów już istniejących. Taka interpretacja powoduje konieczność opodatkowania połączenia odwrotnego.

Sprzeczność z dyrektywą UE

Z uwagi na niejasność przepisów, w sytuacji bardziej skomplikowanych połączeń lub w przypadku zmian w wycenie spółek biorących udział w połączeniu neutralność podatkowa może nie być więc zachowana. W takich sytuacjach zasadnym jest stwierdzenie, że prawo polskie jest sprzeczne z unijną dyrektywą dotyczącą łączenia spółek (Dyrektywa Rady 2009/133/WE z 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 z różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego).

Podsumowując, podatnicy teraz bardziej niż kiedyś powinni analizować czy dane połączenie może korzystać z neutralności podatkowej, a w sytuacjach wątpliwych powinni rozważyć wystąpienie z wnioskiem o interpretację podatkową.



Małgorzata Gleń

dyrektor w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



Kontrowersje związane z mechanizmem debt-push-down

Z dniem 1 stycznia 2018 r. wszedł w życie przepis, który wyłączył możliwość zaliczania do kosztów uzyskania przychodów odsetek od pożyczek lub kredytów wynikających z zastosowania mechanizmu debt-push-down stosowanego przy przejęciach spółek. Przepis ten nie odnosi się wprost do odsetek od pożyczek i kredytów przeznaczonych na refinansowanie zadłużenia spółki przejmowanej. Pomimo to, organy podatkowe wydały w ostatnim czasie interpretację, w której zakwestionowały prawo do zaliczenia do kosztów podatkowych takich kosztów finansowania dłużnego.

Ograniczenie korzyści podatkowych przy mechanizmie debt-push-down

Do końca 2017 r. w transakcjach restrukturyzacyjnych powszechnie stosowany był tzw. mechanizm debt-push-down. Mechanizm ten polegał najczęściej na założeniu spółki celowej, która otrzymywała finansowanie w postaci pożyczki lub kredytu w celu bezpośredniego nabycia udziałów lub akcji w innym podmiocie. Następnie nabyta spółka była łączona ze spółką celową (tj. jej udziałowcem lub akcjonariuszem). Korzyścią podatkową takiego procesu restrukturyzacyjnego była możliwość obniżenia dochodów operacyjnych spółki nabywanej o odsetki związane z finansowaniem nabycia jej udziałów bądź akcji.

Na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (dalej u.p.d.o.p.) od 1.01.2018 r. obowiązuje zakaz wykorzystywania efektywności podatkowej wynikającej z mechanizmu debt-push-down na podstawie art. 16 ust. 1 pkt 13e u.p.d.o.p. Ustawodawca wprost nakazuje podatnikom wyłączać z kosztów uzyskania przychodów koszty finansowania dłużnego pozyskanego w celu nabycia udziałów (akcji) spółki w części, w jakiej pomniejszałyby one podstawę opodatkowania, w której

uwzględniane są przychody związane z kontynuacją działalności gospodarczej tej spółki, w szczególności w związku z połączeniem, wniesieniem wkładu niepieniężnego, przekształceniem formy prawnej lub utworzeniem podatkowej grupy kapitałowej.

Warto wskazać, że ograniczeniem z art. 16 ust. 1 pkt 13e u.p.d.o.p. objęte są wyłącznie koszty finansowania dłużnego uzyskanego w celu nabycia udziałów spółki, która ma być przedmiotem połączenia ze spółką pozyskującą finansowanie. Zakres tego przepisu nie odnosi się do kosztów finansowania dłużnego przeznaczonych na inne cele np. refinansowanie zadłużenia spółki nabytej związane z jej działalnością.

Dodatkowe ograniczenia kosztów związane z połączeniem spółek

Prawo do odliczenia odsetek od zaciągniętego finansowania dłużnego wykorzystanego w celu refinansowania zadłużenia spółki nabytej, która następnie została połączona z udziałowcem, było przedmiotem analizy organu podatkowego w interpretacji Dyrektora Informacji Skarbowej z dnia 29 marca 2019 r. sygn. 0111-KDIB1-3.4010.46.2019.1.MBD. Wątpliwości

podatnika dotyczyły możliwości zaliczenia odsetek płaconych przez spółkę przejmującą od finansowania zaciągniętego celem refinansowania zadłużenia nabytej spółki na rzecz swojego udziałowca.

W omawianej interpretacji organ stwierdził, że chociaż odsetki od refinansowania spółki nabytej, która uległa połączeniu wypłacane na rzecz udziałowca spółki przejmującej nie podlegają ograniczeniu na podstawie art. 16 ust. 1 pkt 13e u.p.d.o.p., to nie będą one stanowiły kosztów uzyskania przychodów na zasadach ogólnych, ponieważ nie zostały poniesione przez spółkę celową w celu osiągnięcia przychodów ze źródła przychodów lub w celu zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów. Organ argumentował swoje stanowisko tym, że odsetki przeznaczone na refinansowanie działalności spółki przejmowanej nie pozostają w związku z prowadzoną przez spółkę przejmującą działalnością gospodarczą, ponieważ dotyczą spłaty zobowiązań innego podmiotu. Organ podkreślił również, że spółka przejmująca była świadoma, że nie uzyska przychodów np. w postaci odsetek, ponieważ jej zamiarem było połączenie ze spółką nabywaną. Spółka zaskarżyła otrzymaną interpretację do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 12 grudnia 2019 r. sygn. III SA/Wa 1374/19 nie zgodził się ze stanowiskiem organu i potwierdził, że koszty finansowania dłużnego wynikające z refinansowania zadłużenia spółki przejmowanej mogą stanowić koszt podatkowy spółki przejmującej po połączeniu. Zdaniem sądu, w wyniku transakcji połączenia następuje zastąpienie finansowania zaciągniętego przez spółkę przejmującą finansowaniem od udziałowca spółki przejmującej, co w żadnym wypadku nie skutkuje tym, że odsetki od refinansowania przestały mieć związek z działalnością spółki przejętej. Powyższy wyrok jest nieprawomocny.

Konsekwencje dla podatników

W kontekście zasady sukcesji uniwersalnej przy połączeniu spółek,

Warto wskazać, że ograniczeniem z art. 16 ust. 1 pkt 13e u.p.d.o.p. objęte są wyłącznie koszty finansowania dłużnego uzyskanego w celu nabycia udziałów spółki, która ma być przedmiotem połączenia ze spółką pozyskującą finansowanie.



stanowisko organu wydaje się bardzo kontrowersyjne. W związku z połączeniem spółka przejmująca kontynuuje działalność spółki przejmowanej, dlatego przychody spółki przejmowanej stają się przychodami własnymi spółki przejmującej. Zatem pożyczka lub kredyt zastępująca finansowanie związane z działalnością spółki przejmowanej jest związana z przychodami podatnika. Dlatego niezasadne wydaje się stwierdzenie, że w wyniku połączenia odsetki od kredytu lub pożyczki na refinansowanie nie spełniają przesłanek pozwalających na zaliczenie ich do kosztów uzyskania przychodów. Na aprobatę natomiast, naszym zdaniem, zasługuje stanowisko Wojewódzkiego Sądu w Warszawie.

Inne ograniczenia dotyczące możliwość zaliczenia do KUP kosztów finansowania dłużnego

Pomimo, że ustawodawca wprost ograniczył korzyści podatkowe związanych z mechanizmem debt-

push-down w art. 16 ust. 1 pkt 13e u.p.d.o.p., należy pamiętać także o innych ograniczeniach związanych z możliwością odliczenia kosztów finansowania dłużnego, takich jak *earning stripping rules* (określona w art. 15c u.p.d.o.p.), które dotyczą także finansowania otrzymanego od podmiotów niepowiązanych, podział dochodów na kapitałowe i operacyjne, który w konsekwencji uniemożliwia kompensowanie kosztów odsetek od pożyczek zaciągniętych w celu nabycia udziałów w innej spółce z dochodami związanymi z działalnością operacyjną czy też ograniczenia narzucane przez regulacje w zakresie cen transferowych.

Dodatkowo, zawsze w przypadku restrukturyzacji polegającej na połączeniu spółek, kwestią wymagającą odrębnej analizy pozostaje możliwość zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania (GAAR) oraz tzw. małej klauzuli antyabuzywnej (SAAR).



Sylwia Czardybon

starszy menedżer w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



Marlena Maliszewska

konsultant w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



Klauzule gwarancyjne i odszkodowawcze w umowie nabycia udziałów

W praktyce transakcyjnej, kluczowym dokumentem prawnym jest umowa nabycia udziałów, tzw. „SPA” (ang. *share purchase agreement*), regulująca m.in. kwestie warunków transakcji, zapłaty ceny i innych rozliczeń pomiędzy stronami, obowiązków i odpowiedzialności stron. Stanowi ona również główny dokument negocjowany pomiędzy stronami w kwestiach podatkowych. W ostatnich latach dodatkowo, w szczególności w transakcjach dotyczących niektórych krajów towarzyszy jej tzw. „Tax deed” czyli odrębny dokument poświęcony zagadnieniom podatkowym, które wymagają szczegółowego uzgodnienia pomiędzy kupującym i sprzedającym.



Z punktu widzenia kupującego celem obu dokumentów jest zaadresowanie sytuacji, w której po zakupie spółki okaże się, że jej rozliczenia podatkowe z czasów, gdy miała poprzedniego właściciela okazały się nieprawidłowe. Sytuacja taka może się bowiem wiązać z koniecznością zapłaty przez spółkę zaległego podatku, często niemałych odsetek (szczególnie jeśli kontrola wykaże nieprawidłowości w rozliczeniach sprzed kilku lat), a nawet dodatkowych sankcji.

Kupujący, dążąc do jak najlepszego zabezpieczenia swojej pozycji przed odpowiedzialnością za istniejące bądź mogące się pojawić zaległości nabywanej spółki, które powstały w okresie przed jej zakupem zwykle stara się uzyskać od sprzedającego gwarancje lub/i klauzule odszkodowawcze w odniesieniu do kwestii podatkowych.

Gwarancje sprzedającego

Pierwsza z ww. kategorii, czyli gwarancje mają za zadanie uzyskanie od sprzedającego potwierdzenia w drodze oświadczeń i zapewnień, że najogólniej rzecz ujmując prawidłowo, tj. zgodnie z obowiązującymi przepisami spółka wywiązywała się z ciężących na niej obowiązków podatkowych. Teoretycznie mogłoby się wydawać, że w celu dochodzenia roszczeń od sprzedającego wystarczające byłoby wykazanie złamania przez niego ogólnie sformułowanej gwarancji mówiącej o tym, że obliczał i płacił należne podatki zgodnie z prawem. Praktyka wskazuje jednak, że w tym celu konieczne jest uzyskanie specyficznych i możliwie precyzyjnych gwarancji, uwzględniających specyfikę działalności nabywanej spółki oraz informacje uzyskane przez kupującego w trakcie procesu sprzedaży spółki, w tym rozmów ze sprzedającym i procesu *due diligence*, o ile taki został przeprowadzony. W związku z tym gwarancje powinny dotyczyć, w zależności od konkretnego przypadku, zarówno kwestii ogólnych, jak np. prawidłowe prowadzenie ksiąg, terminowa płatność podatków i składanie deklaracji podatkowych, ale też bardziej szczegółowych, obejmujących poprawne ujmowanie

”
Zarówno klauzule odszkodowawcze, jak i gwarancje sprzedającego są ograniczone w czasie i powinny obejmować okres sięgający co do zasady maksymalnie okresu przedawnienia zobowiązań podatkowych.
”

podatkowe szczególnie wrażliwych zdarzeń (jak np. prawidłowe stosowania obniżonej stawki VAT, podatek u źródła), sporządzanie kompletnej dokumentacji cen transferowych lub posiadanie kompletu dokumentów uprawniających do zastosowania stawki 0% w eksporcie lub wewnątrzwspólnotowej dostawie towarów.

Co istotne z punktu widzenia skuteczności dochodzenia swoich roszczeń w przyszłości, gwarancje

udzielone przez sprzedającego nie powinny być uzależnione od kategorii subiektywnych, jak np. jego wiedzy, znajomości przepisów lub świadomości co do istnienia pewnych zdarzeń. Przykładem takich sformułowań osłabiających moc gwarancji są np. „zgodnie z najlepszą wiedzą sprzedającego / zarządu spółki”, „sprzedający nie jest świadomy”.

Klauzule odszkodowawcze

Drugi z mechanizmów zabezpieczenia interesów kupującego to tzw. klauzule odszkodowawcze (ang. *indemnity clause*), które są wprowadzane do umowy zazwyczaj w przypadku, gdy w ramach procesu *due diligence* zostaną zidentyfikowane nieprawidłowości w rozliczeniach podatkowych spółki. Dochodzenie roszczeń na podstawie takiej klauzuli jest w praktyce mniej uciążliwe dla kupującego w porównaniu do działania w oparciu o gwarancję. W przypadku bowiem tej ostatniej konieczne jest zasadniczo wykazanie, że doszło do jej naruszenia, kupujący nie posiadał odpowiedniej wiedzy w zakresie naruszenia danej klauzuli i że w związku z tym poniósł określoną szkodę. W takiej sytuacji kluczowa może okazać się interpretacja konkretnych zapisów danej umowy nabycia udziałów.

W przypadku korzystania z mechanizmu klauzuli odszkodowawczej wystarczające jest natomiast zaistnienie zdarzenia, z którym klauzula wiąże określone konsekwencje dla sprzedającego. Zdarzeniem takim może być np. wydanie decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego spółce, z której wynika zaległość podatkowa i konieczność zapłaty zaległego podatku, bez konieczności wykazywania przez kupującego innych okoliczności sprawy.

Z uwagi na charakter ww. mechanizmu, przyznający znaczne uprawnienia stronie, na rzecz której taka klauzula została uzgodniona, jego użycie ograniczone jest do przypadków ściśle określonych w umowie nabycia udziałów, tj. zaistniałych w wyniku wskazanych w niej zdarzeń i w zakresie



wymienionych w niej podatków, przy czym maksymalna odpowiedzialność sprzedającego z tego tytułu jest ściśle ograniczona kwotowo (o ile strony ustalą takie kwoty), w odniesieniu do pojedynczych kwestii i/lub wszystkich wskazanych kwestii łącznie.

Zarówno klauzule odszkodowawcze, jak i gwarancje sprzedającego są ograniczone w czasie i powinny obejmować okres sięgający co do zasady maksymalnie okresu przedawnienia zobowiązań podatkowych.

Tax deed

Warto w tym kontekście wspomnieć o zyskujących na popularności i znaczeniu dodatkowych porozumieniach, które coraz częściej towarzyszą umowie nabycia udziałów, czyli tzw. „Tax deeds”, wzmiankowanych na początku artykułu, które przyjmują formę osobnego dokumentu podpisywanego przez strony w tym samym czasie, co umowa nabycia udziałów. Wywodzący się z prawa angielskiego dokument jest niezwykle praktycznym narzędziem pozwalającym uzgodnić stronom transakcji sposób postępowania w przypadku zaistnienia przewidzianych w nim okoliczności, związanych z kwestiami podatkowymi nabywanej spółki. Mając na uwadze, że zagadnienia podatkowe są obecnie bardzo wrażliwą kwestią ze względu na istotne zmiany w przepisach oraz praktyce organów podatkowych, zazwyczaj w ramach „Tax deeds” strony uzgadniają, iż sprzedający jest w pełni odpowiedzialny za zaległości podatkowe spółki do dnia zamknięcia transakcji.

„Tax Deed” określa sytuacje, w których sprzedający może zacząć odpowiadać za zaległości podatkowe np. może to być wszczęcie kontroli podatkowej w spółce obejmującej określone podatki czy zagadnienia, wydanie przez organy decyzji określającej zaległość podatkową, zakwestionowanie spółce zwrotu VAT, itp. W przypadku istnienia „Tax deed”, a następnie wystąpienia danych zdarzeń dokument ten w precyzyjny sposób określa zasady postępowania i współpracy między stronami w przypadku powstania

sporów podatkowych z organami podatkowymi tj. która strona jest zobowiązana do prowadzenia sporu z organami podatkowymi, informowania się o stanie spraw mogących mieć wpływ na rozliczenia z tytułu udzielonych zapewnień dotyczących podatków, ponoszenia i rozliczania kosztów prowadzenia tych spraw, podejmowania decyzji co do wnoszenia ewentualnych środków odwoławczych. Ponadto, strony mogą zdecydować, że to właśnie w tym dokumencie zostaną zawarte klauzule odszkodowawcze.

Ze względu na dynamikę zmian w przepisach prawa zarówno polskiego, jak i międzynarodowego, zmiany w orzecznictwie oraz niestabilną praktykę organów podatkowych, w trakcie negocjowania umów nabycia, odpowiednie klauzule gwarancyjne oraz odszkodowawcze w zakresie rozliczeń podatkowych spółki powinny być na liście priorytetów kupującego. Zaległości podatkowe mają konkretny wymiar finansowy i mogą w istotnej mierze wpłynąć na zwrot z inwestycji. Stąd warto uzyskać odpowiednie zabezpieczenia w umowach nabycia.



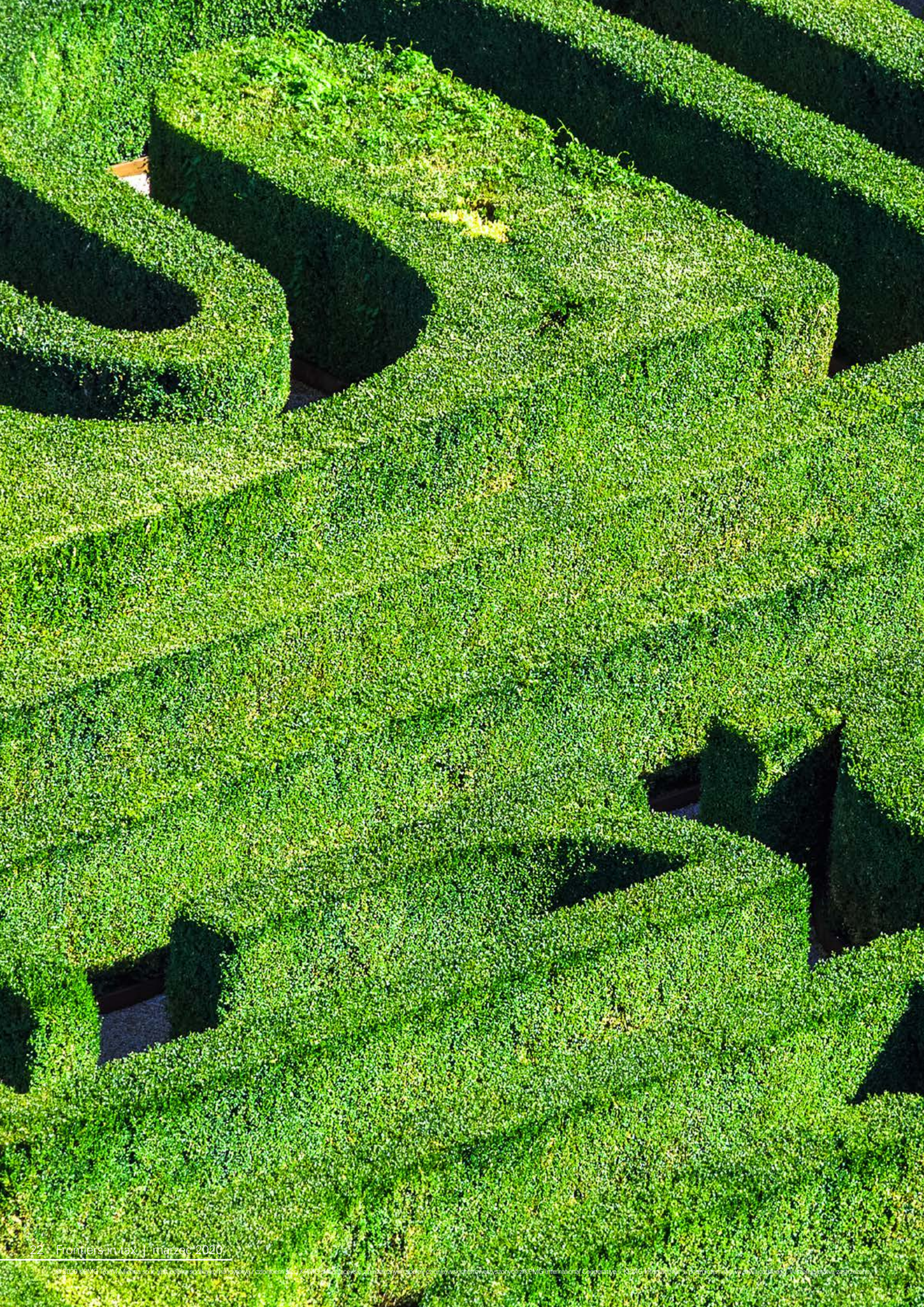
Katarzyna Nosal-Gorzeń

partner w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



Tomasz Jobda

starszy menedżer w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



Podatkowe aspekty korekt do ceny w transakcjach M&A

Na wstępie warto zaznaczyć, że mając na uwadze przedmiot transakcje dotyczą albo sprzedaży udziałów lub akcji w spółkach (*transakcje typu share deal*) albo zbycia poszczególnych składników majątkowych, osobno lub jako działający biznes (transakcje typu *asset deal* lub *business deal*). Z uwagi na odmienny charakter tych dwóch rodzajów transakcji, podatkowe aspekty korekt ceny zakupu/sprzedaży będą również inne.

Frontiers in tax | marzec 2020 23

© 2020 KPMG LLP, a Delaware limited liability partnership and the U.S. member firm of the global network of independent member firms affiliated with KPMG International Cooperative (“KPMG International”), a Swiss entity. All rights reserved.



Podatkowe aspekty korekt do ceny w transakcjach M&A

Na wstępie warto zaznaczyć, że mając na uwadze przedmiot transakcje dotyczą albo sprzedaży udziałów lub akcji w spółkach (*transakcje typu share deal*) albo zbycia poszczególnych składników majątkowych, osobno lub jako działający biznes (transakcje typu *asset deal* lub *business deal*). Z uwagi na odmienny charakter tych dwóch rodzajów transakcji, podatkowe aspekty korekt ceny zakupu/sprzedaży będą również inne.

Frontiers in tax | marzec 2020 23

© 2020 KPMG LLP, a U.S. member firm of the KPMG network, which is a Swiss entity known as KPMG International Cooperative ("KPMG International"), a subsidiary of KPMG Network, a Swiss entity. All rights reserved.

Problematyka właściwego rozliczenia ceny zakupu lub nabycia przedmiotu transakcji jest jednym z bardziej złożonych zagadnień, które wymaga bliskiej współpracy obu stron transakcji z perspektywy prawnej, finansowej oraz podatkowej. Dotykać może ona takich kwestii jak specyfika transakcji z uwagi na jej przedmiot, mechanizm jaki został przewidziany w zakresie rozliczenia ceny, momentu na jaki ustalana jest wartość danej transakcji czy też uzgodnionych korekt do ceny.

Specyfika korekt dla transakcji typu *share deal*

W zakresie transakcji typu *share deal* element korekty ceny mający podatkowy wymiar może pojawić się już na etapie procesu *due diligence*. Po pierwsze kupujący przeprowadzając procedury związane z należytą starannością – tzn. przeprowadzając proces *due diligence* oraz identyfikując szereg ryzyk podatkowych może rozważyć, zabezpieczenie się przed nimi za pomocą mechanizmów odszkodowawczych (*indemnities* szerzej opisanych w artykule Klauzule gwarancyjne i odszkodowawcze w umowie nabycia udziałów) lub odroczenie płatności ceny i przelanie środków na rachunek zastrzeżony (*escrow account*) do momentu spełnienia się warunków pozwalających na zwolnienie tej części ceny, lub alternatywnie w postaci korekty ceny o wartość ryzyka. W tym ostatnim przypadku, istotną kwestią jest wycena ryzyka podatkowego, nie tylko ze względu na jego wartość, ale przede wszystkim mając na uwadze prawdopodobieństwo jego ziszczenia. Ten mechanizm jest oczywiście mniej korzystny dla sprzedającego,

ponieważ z góry ulega obniżeniu cena sprzedaży, niemniej, sprzedający z góry eliminuje „ryzyko” przyszłych sporów i płatności w przypadku ziszczenia się klauzul odszkodowawczych. Forma zabezpieczenia ryzyk podatkowych jest różna w zależności od typu transakcji i stron w nią zaangażowanych, natomiast korekta ceny z góry zasadniczo występuje w przypadku, gdy stroną transakcji są fundusze inwestycyjne, *private equity* lub *venture capital*, których celem jest kompletne wyjście z inwestycji i jej zakończenie.

Kolejną istotną kwestią od strony podatkowej będzie ujęcie elementów, które w przyszłości wpłyną na wysokość zobowiązań podatkowych z uwagi na rozróżnienie księgowe od podatkowego (podatek odroczony) np. amortyzacja czy naliczone odsetki lub niezrealizowane różnice kursowe. Często kluczowym aspektem, są tzw. aktywa podatkowe do wykorzystania w przyszłości czego przykładem mogą być straty podatkowe w ramach konkretnego źródła, lub nierozliczone koszty odsetek w ramach limitu kosztów finansowania dłużnego. To czy i na ile takie elementy w przyszłości będą mogły być wykorzystane przez stronę kupującą również może determinować ujęcie ich jako elementu, który od strony podatkowej wpłynie na wycenę spółki.

W transakcjach *share deal* korekty ceny mogą być zależne również od momentu na jaki zostaje ustalona cena transakcji. Z tej perspektywy kluczowy jest mechanizm zawarty w umowie nabycia, który determinuje:

- czy wartość ustalana jest według stanu na konkretną datę

z przeszłości (zastosowanie tzw. mechanizmu *locked box*)

- czy też przed podpisaniem umowy nabycia dokonywana jest kalkulacja ceny wstępnej w oparciu o prognozy wartości na planowaną datę transakcji, która następnie będzie weryfikowana na podstawie danych rzeczywistych (zastosowanie tzw. mechanizmu *completion accounts*).

Potencjalne korekty zarówno zmniejszające, jak i zwiększające cenę wstępną mogą pojawić się w przypadku drugiego mechanizmu. Właściwe ustalenie ostatecznej ceny w ramach mechanizmu *completion accounts* wymaga przeprowadzenia kalkulacji ostatecznej ceny przez jedną stronę transakcji i weryfikację danych przez drugą stronę transakcji od strony rachunkowej, jak i podatkowej (na podstawie procedur określonych w umowie nabycia udziałów/akcji). Od strony podatkowej poza ustaleniem właściwych sald zobowiązań w kalkulacji ceny ostatecznej, należy również zwrócić uwagę na skutki podatkowe, jakie może nieść za sobą taka korekta. Kluczowe wątpliwości dotyczą jej wpływu na podstawę opodatkowania podatkiem od czynności cywilnoprawnych (PCC) oraz momentu i sposobu rozpoznania jej dla celów CIT. W zakresie PCC, zgodnie z obowiązującą obecnie praktyką korekta nie powinna wpływać na podstawę opodatkowania, bowiem podstawę opodatkowania stanowi wartość rynkowa ustalona na dzień transakcji, a więc sprzed dnia dokonania korekty. Z kolei z perspektywy CIT, korekty takie zasadniczo powinny stanowić element wpływający na cenę udziałów lub akcji.

”

Ustrukturyzowanie transakcji w sposób spełniający oczekiwania oraz cele stron determinować będzie to, jakiego rodzaju korekty do ceny mogą wystąpić.

”



Od strony praktycznej problematyczną kwestią może być również realizacja danego ryzyka, które powodować będzie uruchomienie mechanizmu odszkodowań z umowy nabycia. Chodzi przede wszystkim o sytuację gdy po przeniesieniu własności udziałów lub akcji w spółce, kupujący będzie na podstawie umowy dochodzić odszkodowania np. w ramach zabezpieczonych umownie ryzyk oraz o kwestię, jak otrzymanie wypłaty takiego odszkodowania przez kupującego czy spółkę, w której zrealizowało się ryzyko podatkowe, powinno być ujęte dla celów podatkowych.

Zupełnie inną kategorią korekt do ceny sprzedaży/zakupu, są korekty wynikające z dodatkowych płatności za udziały lub akcje w zależności od spełnienia się w przyszłości uzgodnionych pomiędzy stronami warunków w umowie nabycia udziałów lub akcji. Po stronie kupującego powstaje wtedy dylemat co do ujęcia takich płatności dla celów podatku dochodowego oraz dla celów PCC. W obu przypadkach, sposób ujęcia będzie zależał od tytułu prawnego płatności, który będzie wynikać z umowy nabycia udziałów lub akcji.

Specyfika korekt dla transakcji typu *asset deal*

Z uwagi na kwestie związane z odpowiedzialnością nabywcy oraz brakiem możliwości przeniesienia atrybutów podatkowych np. w postaci strat, inaczej podejście do korekt do ceny kształtować się będzie w ramach transakcji typu *asset deal/business*

deal. Same podatkowe korekty na etapie wyceny nie będą tak istotne jak przy transakcjach typu *share deal*. Natomiast mogą pojawić się na etapie rzeczywistego rozliczenia ceny za dany biznes, wskutek mechanizmów ujętych w umowie nabycia biznesu i obejmować elementy zależne od wyniku jaki dany biznes zrealizował w określonym czasie na przykład w ramach tzw. klauzuli *earn-out*.

W tym kontekście od strony podatkowej mogą pojawić się następujące wątpliwości: czy korekta taka może wpływać na wartość firmy (tzw. *goodwill*), a także w jaki sposób należy ją ująć dla celów podatku dochodowego od osób prawnych czy jako element ceny czy też jako koszt/przychód okresu, w którym została dokonana oraz czy może ona stanowić element ceny dla celów podatku VAT lub PCC. Tytuły prawne dla płatności określone w umowie pomiędzy stronami będą determinować sposób ujęcia i rozliczenia takich dodatkowych płatności. Zazwyczaj dodatkowe płatności są kształtowane tak, aby wynikały z odrębnych tytułów prawnych i nie wpływały już na dokonane rozliczenia.

Podsumowanie

Ustrukturyzowanie transakcji w sposób spełniający oczekiwania oraz cele stron determinować będzie to, jakiego rodzaju korekty do ceny mogą wystąpić. Mając na uwadze, że materia ta w zdecydowanej większości realizowana jest w toku negocjacji oraz finalnie poprzez umowę nabycia, prawidłowa identyfikacja korekt do

ceny zależeć będzie od właściwej weryfikacji kwestii rachunkowych, podatkowych oraz prawnych. Określona elastyczność w zakresie kształtowania takich korekt może powodować odmienne konsekwencji danej korekty w kontekście bieżących zobowiązań podatkowych. Stąd uwzględnienie już na etapie negocjacji umów nabycia udziałów lub akcji czy też aktywów/ biznesu aspektów podatkowych jest kluczowe – nie jest to tylko aspekt typu „*compliance*” ale przede wszystkim finansowy.



Katarzyna Nosal-Gorzeń
partner w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



Konrad Zawrotniak
supervisor w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



MDR a M&A – praktyczne problemy przy raportowaniu transakcji

Począwszy od czerwca 2018 r. w przypadku każdej transakcji o charakterze M&A przedmiotem analizy stron powinien być również obszar potencjalnego zgłoszenia informacji o takiej transakcji jako schematu podatkowego. Mandatory Disclosure Rules (MDR), bo o tym reżimie mowa, jest konsekwencją przyjętej Dyrektywy Rady (UE) 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r. zmieniającej dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania w odniesieniu do podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych („Dyrektywa DAC6”).

W polskim porządku prawnym poczynawszy od 1 stycznia 2019 r. obowiązują MDR, przy czym ze skutkiem wobec zdarzeń, które rozpoczęły wdrożenie po 26 czerwca 2018 r. (dla schematów transgranicznych) lub po 1 listopada 2018 r. (dla schematów innych niż transgraniczne). Na dzień dzisiejszy Polska wciąż pozostaje jedynym krajem, w którym obowiązują MDR na podstawie Dyrektywy DAC6. Jest też krajem przewidującym zdecydowanie największe sankcje za naruszenie obowiązków MDR – obecnie górny pułap sankcji to ok. PLN 25m. I jest to odpowiedzialność karno-skarbowa osób fizycznych. Nie należy zapominać o sankcji administracyjnej nawet do PLN 10m za niespełnienie wymogów proceduralnych.

Zasady dotyczące MDR, oprócz bardzo wczesnej transpozycji do krajowego porządku prawnego, doczekały się również w styczniu 2019 r. obszernych objaśnień („Objaśnienia MDR”). Niemniej jednak, ze względu na wycofanie się organów administracji skarbowej z deklaracji o możliwości występowania o interpretacje indywidualne z zakresu MDR oraz pobieżne jedynie wydawanie numerów schematu podatkowego, praktyczne wytyczne co do prawidłowego stosowania tych przepisów są mocno ograniczone. W zestawieniu z ogromem sankcji budzić to może niepokój zwłaszcza w przypadku znacznych przedsięwzięć, takich jak mające miejsce w obszarze M&A.

Ze względu na obszerność tematyki MDR, w niniejszym artykule skupiono się wyłącznie na zasygnalizowaniu wybranych kwestii, co do których wątpliwości powtarzają się przy transakcjach typu M&A.

Termin raportowania transakcji M&A

Jak wiadomo, transakcja o charakterze M&A bywa niejednokrotnie bardzo złożona.

Proces ten obejmuje kilka faz biegnących wielokrotnie odrębnym torem nakierowanych na nabycie danego aktywa (spółki, nieruchomości). Początkowe etapy planowanego przejęcia mogą być rozstrzygane wewnętrznie przez inwestora, podczas gdy na późniejszym etapie pojawić się mogą różnego rodzaju doradcy, czy to stricte podatkowi i prawni,

”

Uzgodnienia definiowane są jako czynność lub zespół czynności (zarówno faktycznych, jak i prawnych). W praktyce transakcyjnej obie strony zawierają tę samą umowę (dokonują w tym zakresie tej samej czynności prawnej), natomiast każda z nich realizuje szereg innych czynności po „swojej stronie”.

”

czy też np. komercyjni lub po prostu pośredniczący w obsłudze samego procesu transakcyjnego jako takiego. Można się też spodziewać obecności banku lub ubezpieczyciela i zawarcia z nimi różnych dokumentów. Cały czas natomiast pomiędzy inwestorem a zbywcą (i doradcami) wymieniane są oferty, zawierane są porozumienia, negocjowane są postanowienia umów. Dodatkowo, u każdej ze stron bieżą odrębne procesy przygotowawcze, jak np. opracowanie struktur nabycia czy zbycia, kształtowanie mechanizmów finansowania. Transakcja jest więc procesem na tyle złożonym, że problemy stwarza w praktyce zidentyfikowanie momentu, z którym przepis wiąże rozpoczęcie biegu terminu raportowania („udostępnienie”, „bycie przygotowanym do wdrożenia”, „pierwsza czynność wdrożenia”).

Trudno oczekiwać, aby przesłanka „udostępnienia” została spełniona w sytuacji gdy dane rozwiązanie (inwestycja, uzgodnienie) było opracowywane wewnętrznie przez inwestora (tu nikt nikomu nie udostępnia schematu podatkowego). Niemniej jednak sytuacja się komplikuje, gdy w grupie kapitałowej inwestora występują podmioty działające w roli doradczej wobec innych spółek (osoby odpowiedzialne za różne gałęzie procesu inwestycyjnego czy tzw. komitet inwestycyjny).

Zakres „uzgodnienia”

Kolejnym obszarem, który regularnie budzi wątpliwości stron transakcji M&A, jest określenie „zakresu” uzgodnienia, które potencjalnie staje się później raportowalnym schematem. Kwestia ta jest o tyle istotna, że wpływa na sposób prezentacji podmiotów uczestniczących w transakcji, wpływa też na zakres analizy potencjalnego spełnienia cech rozpoznawczych.

Uzgodnienia definiowane są jako czynność lub zespół czynności (zarówno faktycznych, jak i prawnych). W praktyce transakcyjnej obie strony zawierają tę samą umowę (dokonują w tym zakresie tej samej czynności prawnej), natomiast każda z nich realizuje szereg innych czynności po „swojej stronie”. Nie jest więc jasne, czy na transakcję należy patrzeć jako



na jedno „uzgodnienie” czy też jako co najmniej dwa odrębne. Praktyczne konsekwencje jednego i drugiego podejścia są zdecydowanie podniósł. W przypadku bowiem uznania, że mamy do czynienia z jednym kompleksowym uzgodnieniem, należałoby weryfikować czy po drugiej stronie transakcji nie istnieje promotor i inne podmioty korzystające ze schematu. Co więcej, w przypadku raportowania należałoby dane zgodnie z art. 86f przekazać wszystkim podmiotom obowiązującym do raportowania – a więc także i drugiej stronie transakcji. Takie dane mogłyby zawierać wiele wrażliwych, poufnych informacji, których jedna strona nie chce drugiej stronie udostępnić – niemniej jednak brak takiego udostępnienia mógłby być penalizowany na gruncie Kodeksu Karnego Skarbowego.

Cechy rozpoznawcze

Wątpliwości nie da się uniknąć również na etapie weryfikacji samych cech rozpoznawczych. Szczególne trudności budzić mogą zwłaszcza nasze krajowe cechy – inne szczególne. Ich konstrukcja jest o tyle autorska, że całkowicie odbiega od standardu cech przewidzianych przez Dyrektywę MDR. Polski ustawodawca wprowadził kryterium materialnościowe, które przysporzyć może problemy przy próbie ich kalkulacji. Nie jest bowiem jasne na jakiej podstawie ustalać przyszłe dochody (przychody) mające wynikać z uzgodnienia – czy należy w tym celu sporządzać dedykowane prognozy? Jak reagować jeżeli po wdrożeniu uzgodnienia, co do którego stwierdzono brak np. przepływów pieniężnych w wysokości przekraczającej 25 mln PLN do nierezydenta (gdyż prognozowano 20 mln) okaże się, że rzeczywiste przepływy są jednak wyższe?

Pozostałe cechy rozpoznawcze – te o charakterze dyrektywowym – nie pozostają jednak „dłużne” polskim

krajowym. Tu również transakcja o charakterze M&A ma trudności z wpasowaniem się w typowy schemat. Przykładem może być cecha szczególna związana z przeniesieniem funkcji, aktywów lub ryzyk pomiędzy podmiotami powiązanych (z wpływem na EBIT) – podatnicy zastanawiają się czy taka cecha powinna być uznana za spełnioną w przypadku połączenia spółek (gdzie spółka przejmująca jest sukcesorem funkcji, aktywów oraz ryzyk spółki przejmowanej). W świetle M&A zastanawiać może również szczególna cecha rozpoznawcza identyfikująca schematy podatkowe w oparciu o przenoszone wartości niematerialne – ciężko jest bowiem ustalić co taką wartością niematerialną jest oraz na ile takie aktywo ma być przedmiotem realizowanego przeniesienia oraz w jakim stopniu jej wartość ma kreować wartość przenoszonego zbioru (czy cecha ta spełnia się np. w przypadku przeniesienia całości przedsiębiorstwa, w którym zidentyfikowano bazę kontaktów z klientami).

Kierunek regulacji MDR

Złożoność procesu M&A wymaga każdorazowo szczegółowej analizy poszczególnych zdarzeń w celu oceny, które z nich mogą generować obowiązek informowania KAS o schemacie podatkowym. W transakcji pojawiać się przecież mogą „wspomagający”, dla których termin raportowania aktywuje się niezależnie od udostępnienia czy też wdrożenia schematu, a wraz z udzieleniem przez nich porady. W praktyce transakcyjnej, mając na uwadze czas/okres takich procesów, może to oznaczać konieczność raportowania schematu podatkowego znacznie przed jego ukształtowaniem się.

Pospieszna transpozycja przepisów MDR, niepoprzedzona kompleksowym procesem konsultacyjnym, mnoży

pytania praktyczne. Pewne nadzieje może dawać prowadzone obecnie przy Ministerstwie Finansów Forum MDR, którego celem jest analiza przepisów i Objasnień MDR i rekomendowanie zmian w tym zakresie przez przedstawicieli biznesu i ich doradców.

Z drugiej strony 27 stycznia na stronie Rządowego Centrum Legislacji opublikowany został projekt zmiany m.in. Ordynacji podatkowej, który pojawiając się na agendzie prac Sejmu w dniu 5 lutego zmienił swoje brzmienie i – jeżeli stanie się obowiązującym prawem – nakaze wszystkim promotorom i korzystającym którzy już raportowali schemat podatkowy transgraniczny w okresie od lipca 2018 r. do końca marca 2020 r., aby zrobili to ponownie. Okazało się bowiem, że przyjęty pośpiesznie w Polsce format elektroniczny raportowania (tzw. schema) nie jest dopasowana do tej obowiązującej w UE, a że zmiany są daleko idące, administracja podatkowa nie jest w stanie ich przeprowadzić samodzielnie. Postanowiono więc przerzucić obowiązek na podatników. Ponownie bez procesu konsultacji społecznych, nie przekazując żadnej tego rodzaju informacji w kierunku pracującego Forum MDR.



Marcin K. Wiśniewski

menedżer w dziale doradztwa podatkowego w zespole ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce

- ✓ Sprawdzone rozwiązania
- ✓ Sprawna realizacja
- ✓ Szybkie efekty







Konsekwencje Brexitu a podatkowe aspekty fuzji i przejęć

1 lutego 2020 r., po wielu miesiącach dyskusji, Wielka Brytania wystąpiła z Unii Europejskiej. Oznacza to, że jedynie do końca 2020 r. będzie obowiązywać okres przejściowy i warunki handlowe między państwami Unii Europejskiej a Wielką Brytanią nie zmienią się. W szczególności w tym okresie będą obowiązywać przepisy Dyrektyw europejskich.

W konsekwencji, ponieważ Zjednoczone Królestwo stało się wobec Unii Europejskiej krajem trzecim, od 1 stycznia 2021 r. w stosunkach z tym krajem przestaną obowiązywać unijne dyrektywy. Warunki współpracy gospodarczej po zakończeniu okresu przejściowego będą zależeć od treści przyszłej umowy o wolnym handlu, której treść nie jest znana. Jej negocjacje rozpoczęły się 2 marca 2020 r. Z punktu widzenia podatkowego, w szczególności transakcji, kluczową kwestią będzie, czy Wielka Brytania będzie członkiem Europejskiego Obszaru Gospodarczego - EOG (na chwilę obecną wydaje się to mało prawdopodobne).

Podatek u źródła

W zakresie podatku dochodowego od 1 stycznia 2021 r. przestaną obowiązywać przepisy implementujące dyrektywy unijne (jeżeli Wielka Brytania nie będzie członkiem EOG), na podstawie których stosuje się obecnie zwolnienia od opodatkowania podatkiem u źródła wypłat dywidend, należności licencyjnych i odsetek.

Wymienione rodzaje płatności uzyskane na terytorium państwa członkowskiego (tj. w Polsce) przez spółkę mającą siedzibę w innym państwie członkowskim (np. w Wielkiej Brytanii) mogą zostać opodatkowane podatkiem dochodowym w państwie źródła zgodnie z lokalnymi przepisami prawa podatkowego. Po spełnieniu pewnych przesłanek, nakreślonych w dyrektywach, możliwe jest jednak wyeliminowanie opodatkowania uzyskanych przychodów podatkiem u źródła.

Ponadto, możliwe jest obniżenie bądź wyeliminowanie WHT poprzez zastosowanie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

Skutkiem Brexitu jest utrata przez Wielką Brytanię statusu państwa członkowskiego UE oraz prawa korzystania z unijnych dyrektyw ograniczających opodatkowanie podatkiem u źródła w ramach Unii. Jeżeli Zjednoczone Królestwo nie będzie posiadało statusu członka EOG, wówczas nie będzie podstaw do zastosowania ww. regulacji i skorzystania na ich podstawie ze

„

Brexit prawdopodobnie będzie mieć negatywne konsekwencje dla podatkowego traktowania w Polsce niektórych działań restrukturyzacyjnych z udziałem spółek brytyjskich. Istotne znaczenie w tym zakresie będzie miało to czy Wielka Brytania będzie posiadała status członka EOG.

”

zwolnień z podatku u źródła przez polskie podmioty wypłacające dywidendy, odsetki i należności licencyjne do spółek w Wielkiej Brytanii. Podatnicy będą jedynie mogli skorzystać z obniżonych stawek przewidzianych w polsko-brytyjskiej umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania (UPO), jeśli zostaną spełnione odpowiednie warunki, w tym dochowanie należytej staranności i uzyskanie odpowiedniego certyfikatu rezydencji.

W zakresie wypłaty dywidend sytuacja nie powinna się zmienić. UPO przewiduje bowiem zwolnienie dywidend z WHT, jeżeli spełniony zostanie warunek posiadania co najmniej 10 proc. udziałów przez okres dwóch lat. W pozostałych przypadkach zastosowanie znajdzie obniżona 10-proc. stawka WHT.

Natomiast, dla odsetek oraz należności licencyjnych obniżona stawka ustalona została w UPO na poziomie 5 proc. (lub 0 proc. w wyjątkowych sytuacjach, m.in. w przypadku odsetek od kredytów bankowych). W konsekwencji negatywnie wpłynie to na przepływy finansowe w odniesieniu do tych przepływów, które obecnie korzystają ze zwolnienia.

Mając na uwadze możliwe negatywne zmiany w WHT, aktualnie jest to ostatni moment, aby przyrzeć się obecnym strukturom międzynarodowych grup kapitałowych. Szczególnie istotne w tym kontekście jest sprawdzenie tych struktur pod kątem finansowania wewnątrzgrupowego, jak również ulokowania strategicznych aktywów niematerialnych i prawnych. W zakresie WHT od dywidend nie powinniśmy spodziewać się rewolucyjnych zmian z uwagi na korzystne zapisy umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej pomiędzy Polską a Wielką Brytanią. Nadal należy jednak pamiętać o spełnieniu warunków, bez których zwolnienie dywidend otrzymywanych przez polską spółkę z 19-proc. podatku CIT w Polsce może nie mieć zastosowania.

Restrukturyzacje z udziałem spółek brytyjskich

Brexit prawdopodobnie będzie mieć negatywne konsekwencje dla podatkowego traktowania w Polsce niektórych działań restrukturyzacyjnych z udziałem spółek brytyjskich. Istotne znaczenie w tym zakresie będzie miało to czy Wielka Brytania będzie

posiadała status członka EOG (co jak wspomniano powyżej wydaje się mało prawdopodobne).

Niektóre działania restrukturyzacyjne są w ramach UE neutralne podatkowo na moment ich przeprowadzenia, a opodatkowanie odroczone jest w praktyce do momentu realizacji zysków kapitałowych odnoszących się do przekazywanych aktywów. Kwestia ta jest regulowana dyrektywą w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek z różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby Spółki Europejskiej (SE) lub Spółdzielni Europejskiej (SCE) z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego.

Po zakończeniu okresu przejściowego wymienione w ustawie o CIT restrukturyzacje (połączenie, podział, wniesienie aportem przedsiębiorstwa), w których spółki brytyjskie będą przejmowały majątek polskich podatników CIT, bądź też będą „zbywały” na rzecz polskich spółek własny majątek (w zakresie, w jakim od strony prawnej będzie to możliwe), nie będą co do zasady mogły korzystać z neutralności ich opodatkowania na mocy polskiej ustawy o CIT (bez względu na spełnienie innych wymaganych ustawą warunków). W takim przypadku podatnicy będą jednak mogli skorzystać z regulacji polsko-brytyjskiej UPO, w zakresie, w jakim ochrona traktatowa będzie możliwa.



Honorata Green

partner w dziale doradztwa podatkowego, szef zespołu ds. fuzji i przejęć w KPMG w Polsce



Publikacje KPMG

Analizy i raporty KPMG tworzone są dzięki wiedzy i doświadczeniu naszych ekspertów. Publikacje te podejmują problemy istotne dla przedsiębiorców prowadzących działalność w Polsce i na świecie.



Rynek dóbr luksusowych w Polsce. Luksus przez pokolenia

Raport jest jubileuszową, dziesiątą edycją publikacji KPMG o rynku luksusu w Polsce. Na potrzeby raportu przyjęto, że dobrem luksusowym jest każde dobro opatrzone marką powszechnie uznawaną za luksusową na danym rynku lub takie, które ze względu na swoją specyfikę (unikalność, wysoką cenę itp.) nabiera luksusowego charakteru. Analiza została uzupełniona o wypowiedzi specjalistów z analizowanych w raporcie segmentów. Badanie dotyczące percepcji luksusu w Polsce zostało przeprowadzone w październiku 2019 roku na reprezentatywnej próbie 1549 respondentów.



Rynek mody w Polsce. Wyzwania

Raport powstał na podstawie badania przeprowadzonego w październiku 2019 r. na ogólnopolskiej próbie 1174 dorosłych mężczyzn i kobiet z 10 największych miast w Polsce, reprezentujących poszczególne generacje: X, Y oraz Z. Motywem przewodnim raportu są wyzwania stojące przed branżą mody, m.in. w zakresie różnic pomiędzy podejściem do mody poszczególnych pokoleń konsumentów, ich preferencji zakupowych oraz wpływu eko-trendów zarówno na branżę mody, jak i postawy konsumenckie.



Branża motoryzacyjna, Edycja Q4/2019

Raport należy do serii raportów kwartalnych, których celem jest przedstawienie bieżących trendów w branży motoryzacyjnej w Polsce, rozumianej zarówno jako rynek motoryzacyjny, jak i produkcja przemysłowa oraz motoryzacyjne usługi finansowe. Analiza oparta jest o najnowsze dostępne dane rejestracyjne, statystyczne i rynkowe. Publikacja jest wspólnym przedsięwzięciem Polskiego Związku Przemysłu Motoryzacyjnego oraz KPMG w Polsce.



Czy klient jest najważniejszy? Na bank! Analiza doświadczeń klienckich oferowanych przez banki w Polsce

Raport prezentuje opinię polskich konsumentów nt. ich doświadczeń klienckich związanych z korzystaniem z wybranych produktów: konta osobistego, karty kredytowej oraz kredytu hipotecznego na wszystkich etapach podróży klienckiej w możliwie wielu punktach styku relacji klient-bank.



Property Lending Barometer 2019

Raport został opracowany na podstawie odpowiedzi udzielonych przez ponad 70 instytucji finansowych działających w sektorze nieruchomości. Celem raportu jest ocena perspektyw i nastrojów w zakresie finansowania bankowego w sektorze nieruchomości w Europie, w oparciu o opinie przedstawicieli banków z 15 krajów. Badanie zostało przeprowadzone w okresie maj-lipiec 2019 r.



Pracownicze Plany Kapitałowe. Wyzwania firm związane z wdrażaniem PPK

Raport powstał na podstawie badania przeprowadzonego na terenie całej Polski w sierpniu 2019 r. metodą CATI na próbie 120 firm, zatrudniających minimum 50 pracowników oraz największych organizacji zatrudniających powyżej 250 pracowników. Celem badania było poznanie wyzwań, jakie stoją przed firmami w związku z wprowadzeniem Pracowniczych Planów Kapitałowych.

Kontakt



Honorata Green

**Partner w dziale doradztwa
podatkowego, szef zespołu ds.
fuzji i przejęć w KPMG w Polsce**
E: honoratagreen@kpmg.pl



Katarzyna Nosal-Gorzeń

**Partner w dziale doradztwa
podatkowego w zespole ds.
fuzji i przejęć w KPMG w Polsce**
E: knosal@kpmg.pl



Małgorzata Glen

**Dyrektor w dziale doradztwa
podatkowego w zespole ds.
fuzji i przejęć w KPMG w Polsce**
E: mglen@kpmg.pl

**Interesujesz się podatkami?
SPRAWDŹ:**



home.kpmg/pl/blogpodatkowy
home.kpmg/pl/podatki
home.kpmg/pl/taxalerts
home.kpmg/pl/frontiersintax
home.kpmg/pl/ppt
abcplatnika.pl
taxownik.pl

Znajdź nas:

facebook.com/kpmgpoland

twitter.com/kpmgpoland

linkedin.com/company/kpmg_poland

youtube.com/kpmgpoland

instagram.com/kpmgpoland

pinterest.com/kpmgpoland



KPMG Poland

Biura KPMG w Polsce

Warszawa

ul. Inflancka 4A
00-189 Warszawa
T: +48 22 528 11 00
F: +48 22 528 10 09
E: kpmg@kpmg.pl

Kraków

ul. Opolska 114
31-323 Kraków
T: +48 12 424 94 00
F: +48 12 424 94 01
E: krakow@kpmg.pl

Poznań

ul. Roosevelta 22
60-829 Poznań
T: +48 61 845 46 00
F: +48 61 845 46 01
E: poznan@kpmg.pl

Wrocław

ul. Szczytnicka 11
50-382 Wrocław
T: +48 71 370 49 00
F: +48 71 370 49 01
E: wroclaw@kpmg.pl

Gdańsk

al. Zwycięstwa 13A
80-219 Gdańsk
T: +48 58 772 95 00
F: +48 58 772 95 01
E: gdansk@kpmg.pl

Katowice

ul. Francuska 36
40-028 Katowice
T: +48 32 778 88 00
F: +48 32 778 88 10
E: katowice@kpmg.pl

Łódź

ul. Składowa 35
90-127 Łódź
T: +48 42 232 77 00
F: +48 42 232 77 01
E: lodz@kpmg.pl

© 2020 KPMG Tax M.Michna sp.k. jest polską spółką komandytową i członkiem sieci KPMG składającej się z niezależnych spółek członkowskich stowarzyszonych z KPMG International Cooperative ("KPMG International"), podmiotem prawa szwajcarskiego. Wszelkie prawa zastrzeżone. Wydrukowano w Polsce.

Nazwa i logo KPMG są zastrzeżonymi znakami towarowymi bądź znakami towarowymi KPMG International.

Informacje zawarte w niniejszej publikacji mają charakter ogólny i nie odnoszą się do sytuacji konkretnej firmy. Ze względu na szybkość zmian zachodzących w polskim prawodawstwie prosimy o upewnienie się w dniu zapoznania się z niniejszą publikacją, czy informacje w niej zawarte są wciąż aktualne. Przed podjęciem konkretnych decyzji proponujemy skonsultowanie ich z naszymi doradcami.

kpmg.pl