



# subpartycypacja

Warszawa, styczeń 2014

# Spis treści

Drugie życie subpartycypacji.....	3
Istota subpartycypacji.....	4
Czy stroną umowy o subpartycypację z bankiem może być zagraniczny fundusz inwestycyjny? .....	5
Subpartycypacja a cesja wierzytelności.....	7
Skutki podatkowe umowy o subpartycypację .....	9
W jaki sposób zmiany przepisów podatkowych obowiązujące od 2014 roku zwiększają atrakcyjność subpartycypacji? .....	13
Subpartycypacja czy cesja wierzytelności – podatkowe determinanty wyboru.....	15
Autorzy.....	18
O kancelarii .....	19

# Drugie życie subpartycypacji

Krzysztof Wojdyło

Zmiany do ustawy o CIT, które weszły w życie 1 stycznia 2014 r., dają szansę na reaktywowanie praktycznie martwych przepisów o subpartycypacji. Byłaby to istotna zmiana na rynku obrotu wierzytelnościami zdominowanym przez tradycyjne cesje wierzytelności.

Uczestnicy bardzo dynamicznie rozwijającego się rynku obrotu wierzytelnościami przyzwyczaili się już do tego, że obrót wierzytelnościami dokonuje się na podstawie tradycyjnych umów cesji wierzytelności. Okazuje się jednak, że obrót wierzytelnościami, w szerokim znaczeniu tego słowa, może odbywać się na podstawie różnych struktur prawnych. Jedną z takich struktur, stanowiącą alternatywę dla umowy cesji, jest właśnie umowa subpartycypacji.

Przepisy dotyczące umów subpartycypacji istnieją w polskim prawie od 2004 roku. Z uwagi jednak na niekorzystne przepisy podatkowe nie były one w praktyce wykorzystywane. Działo się tak mimo wielkich nadziei, które część uczestników rynku pokładała w instytucji subpartycypacji, chociażby ze względu na ułatwienia, jakie stwarza w kontekście obrotu wierzytelnościami zabezpieczonymi hipoteką.

Nowe przepisy podatkowe dotyczące traktowania subpartycypacji na potrzeby podatku dochodowego stwarzają realną szansę na ponowne zainteresowanie strukturami opartymi na subpartycypacji. Wydaje się bowiem, że usunięta została podstawowa bariera dla praktycznego stosowania subpartycypacji.

W obliczu wprowadzonych zmian oraz biorąc pod uwagę to, że praktyka w zakresie subpartycypacji jest znikoma, warto poddać nieco bardziej wnikliwej analizie struktury prawne oparte na subpartycypacji w celu ustalenia, w jakich przypadkach będą one mogły mieć zastosowanie.

Chcielibyśmy podzielić się z Państwem krótkimi komentarzami dotyczącymi wybranych zagadnień związanych z subpartycypacją. W pierwszej kolejności chcemy pokazać istotę umowy subpartycypacji z perspektywy prawnej i podatkowej oraz porównać ją z obecnymi na rynku umowami cesji wierzytelności. Staramy się wskazać, w jakich przypadkach oraz w stosunku do jakich kategorii podmiotów umowa subpartycypacji może okazać się korzystnym rozwiązaniem.

W przedstawionych tekstach staramy się odnieść również do struktur prawnych, które coraz częściej są określane mianem subpartycypacji prywatnej. Tradycyjnie już mówiąc o umowach subpartycypacji mamy na myśli umowy zawierane pomiędzy bankiem i funduszem sekurytyzacyjnym. Tymczasem zarówno praktyka rynkowa, jak i – do pewnego stopnia – przepisy dopuszczają tworzenie struktur subpartycypacji w oparciu o inne konfiguracje podmiotowe. Próbujemy zastanowić się, do jakiego stopnia nowe przepisy podatkowe stwarzają również szansę na rozwój tak rozumianej subpartycypacji prywatnej.



# Istota subpartycypacji

Krzysztof Wojdyło

Choć umowa subpartycypacji została zdefiniowana w ustawie o funduszach inwestycyjnych, precyzyjne określenie jej charakteru prawnego może stwarzać pewne trudności.

Omówienie istoty umowy subpartycypacji warto rozpocząć od ustalenia podstawowego interesu ekonomicznego, który przyświeca zbywcy wierzytelności w kontekście transakcji dotyczącej wierzytelności. Najczęstszym motywem działania zbywcy wierzytelności jest chęć pozbycia się ryzyka związanego z wierzytelnością (przede wszystkim ryzyka niewypłacalności dłużnika) oraz chęć poprawy przepływów pieniężnych (wierzytelność może mieć odroczony termin zapłaty, co powoduje, że faktyczne zaspokojenie wierzyciela jest odroczone w czasie).

Umowy cesji wierzytelności, które stały się praktyką na rynku obrotu wierzytelnościami, starają się, co do zasady, wychodzić naprzeciw obydwu potrzebom. Zbywca wyzbywa się ze swojego majątku wierzytelności (w domyśle również ryzyka niewypłacalności dłużnika) oraz zapewnia sobie odpowiedni poziom płynności poprzez otrzymanie ceny za zbywaną wierzytelność.

Podobne cele można osiągnąć bez dokonywania cesji wierzytelności, właśnie dzięki zastosowaniu struktury opartej na umowie subpartycypacji. Inicjator subpartycypacji, zamiast dokonywania przelewu wierzytelności, zobowiązuje się przekazywać kontrahentowi wszelkie wpływy z wierzytelności określonych w umowie subpartycypacji. Jednocześnie już w chwili zawierania umowy subpartycypacji otrzymuje wynagrodzenie od swojego kontrahenta.

Z czysto prawnego punktu widzenia udzielenie odpowiedzi na pytanie, co jest przedmiotem umowy o subpartycypację, może stwarzać pewne problemy. W uzasadnieniu do ustawy o funduszach inwestycyjnych, która w 2004 roku wprowadziła do polskiego prawa instytucję subpartycypacji, czytamy, że subpartycypacja polega na zbyciu praw do świadczeń z tytułu wierzytelności, przy czym prawa te są wyraźnie odróżnione od wierzytelności. Wydaje się, że jest to pewne uproszczenie. Lektura przepisów dotyczących subpartycypacji prowadzi bowiem do wniosku, że istotą subpartycypacji jest właśnie brak przelewu jakichkolwiek praw, a więc również praw do świadczeń.

Ustawa o funduszach inwestycyjnych, definiując umowę o subpartycypację w art. 183 ust. 4, wyraźnie stwierdza, że treścią umowy o subpartycypację jest zobowiązanie do przekazywania pożytków i kwot z wierzytelności. Na podstawie umowy o subpartycypację nie dochodzi zatem do przelewania jakichkolwiek praw. Jest ona natomiast źródłem zobowiązania do zapłaty przez inicjatora subpartycypacji określonych kwot (odpowiadających co do wartości wpływom z wierzytelności) w zamian za zobowiązanie do zapłaty z góry określonej ceny przez drugą stronę umowy o subpartycypację. Treścią zobowiązania w umowie o subpartycypację, w przypadku obydwu stron, jest zatem co do zasady świadczenie pieniężne, a nie prawa.

Tę niezwykle istotną specyfikę umowy o subpartycypację można najlepiej zilustrować, ustalając, co znajduje się w majątku stron umowy o subpartycypację z cywilnoprawnego punktu widzenia.

W majątku inicjatora subpartycypacji zarówno przed zawarciem, jak i po zawarciu umowy o subpartycypację znajdują się wierzytelności będące podstawą subpartycypacji (np. wierzytelności z umów pożyczek). W wyniku umowy o subpartycypację inicjator nabywa ponadto wobec swojego kontrahenta wierzytelność o zapłatę określonej w umowie ceny, która z uwagi na specyfikę uregulowań dotyczących umowy o subpartycypację jest w zasadzie niezwłocznie płacona (przepisy zabraniają umownego odroczenia zapłaty tej ceny). Z kolei kontrahent inicjatora sekurytyzacji nabywa wynikającą z umowy o subpartycypację wierzytelność w stosunku do inicjatora o zapłatę określonych kwot, odpowiadających kwotom otrzymanym przez inicjatora z tytułu wierzytelności będących podstawą subpartycypacji. Warto odnotować, że, co do zasady, wierzytelność ta staje się wymagalna dopiero z chwilą otrzymania przez inicjatora określonych kwot. Jej faktyczna wartość jest również uzależniona od

tego, co uzyska od swoich dłużników inicjator subpartycypacji.

Umowa subpartycypacji niewątpliwie może prowadzić do realizacji celu w postaci poprawy przepływów pieniężnych inicjatora (w momencie zawarcia umowy inicjator otrzymuje dostęp do gotówki, będącej swoistym ekwiwalentem przyszłych wpływów z wierzytelności, które są przedmiotem umowy subpartycypacji). Należy jednak podkreślić, że z istoty umowy o subpartycypację nie wynika bynajmniej, że gwarantuje ona automatycznie inicjatorowi wyzbycie się ryzyka związanego z wierzytelnościami będącymi podstawą subpartycypacji. Przepisy nie narzucają bowiem obowiązku przejęcia ryzyka niewypłacalności dłużników przez kontrahenta inicjatora. Należy zatem przyjąć, że strony umowy mogą między sobą ustalić, że w przypadku braku wpływów z danej wierzytelności inicjator będzie mimo wszystko zobowiązany do przekazania kontrahentowi określonych kwot.



# Czy stroną umowy o subpartycypację z bankiem może być zagraniczny fundusz inwestycyjny?

Marcin Pietkiewicz

Z literalnej interpretacji przepisów Prawa bankowego i ustawy o funduszach inwestycyjnych wynika niestety odpowiedź przecząca.

Ostatnia nowelizacja ustawy o CIT umożliwiająca bankom kwalifikowanie przekazanych na podstawie umowy o subpartycypację pożyczek z sekurytyzowanych wierzytelności jako kosztów uzyskania

przychodu z tytułu sekurytyzacji może spowodować wzrost wykorzystania konstrukcji umów o subpartycypację przy sprzedaży wierzytelności przez banki. W tym kontekście powraca pytanie, czy uczestnikami takich transakcji mogą być wyłącznie polskie fundusze sekurytyzacyjne, czy też proces ten wyjdzie poza granice Polski i otworzy się na zagraniczne fundusze inwestujące większość swych aktywów w wierzytelności.

### **Przepisy podatkowe jako punkt wyjścia w dyskusji**

Postawione pytanie tylko pośrednio wynika z konstrukcji przepisu podatkowego. Zgodnie z art. 15 ust. 1h pkt 3 ustawy o CIT kosztem uzyskania przychodu w banku z tytułu sekurytyzacji są również przekazane funduszowi sekurytyzacyjnemu lub towarzystwu funduszy inwestycyjnych tworzącemu fundusz sekurytyzacyjny, objęte umową o subpartycypację, pożytki z sekurytyzowanych wierzytelności, kwoty główne sekurytyzowanych wierzytelności oraz kwoty uzyskane z tytułu realizacji zabezpieczeń sekurytyzowanych wierzytelności. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 3g ustawy o CIT bank może pomniejszyć wartość rezerw tworzonych na pokrycie wierzytelności i odpisów aktualizacyjnych dotyczących wierzytelności objętych subpartycypacją o kwotę uzyskaną z umowy subpartycypacyjnej.

Przedstawione regulacje nawiązują do przepisów Prawa bankowego, które dają podstawę do zawierania przez banki umów o subpartycypację. Zgodnie z art. 92a ust. 1 Prawa bankowego bank może zawrzeć z towarzystwem funduszy inwestycyjnych tworzącym fundusz sekurytyzacyjny albo z funduszem sekurytyzacyjnym umowę o subpartycypację.

### **Odeślanie do regulacji ustawy o funduszach inwestycyjnych**

Obie przywołane ustawy posługują się pojęciami wprowadzonymi do polskiej terminologii prawniczej przez ustawę o funduszach inwestycyjnych, która reguluje m.in. działalność funduszy sekurytyzacyjnych. Jeżeli zatem przyjmie się, że Prawo bankowe,

a w ślad za nim ustawa podatkowa odwołując się do siatki pojęć zdefiniowanych w ustawie o funduszach inwestycyjnych, to oznacza to, że przywołane na wstępie korzystne skutki podatkowe subpartycypacji będą mogły mieć miejsce wyłącznie, gdy subpartycypantem będzie polski fundusz inwestycyjny zamknięty działający jako fundusz sekurytyzacyjny w oparciu o ustawę o funduszach inwestycyjnych.

Można argumentować, że powyższe stanowisko wynika logicznie ze znaczenia pojęć, którymi posłużył się ustawodawca, określając zakres dozwolonej dla banków sekurytyzacji wierzytelności. Umowa o przekazanie przez bank świadczeń z określonych wierzytelności będzie mogła zostać uznana za umowę o subpartycypację w rozumieniu ustawy o funduszach inwestycyjnych, gdy jej stroną nabywającą od inicjatora sekurytyzacji prawa do świadczeń z wierzytelności będzie wyłącznie fundusz sekurytyzacyjny. Natomiast funduszem sekurytyzacyjnym jest wyłącznie utworzony w Polsce i zarządzany przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych fundusz inwestycyjny zamknięty działający jako fundusz sekurytyzacyjny na podstawie ustawy o funduszach inwestycyjnych.

Postępując się wyłącznie literalną interpretacją przepisów Prawa bankowego i ustawy o funduszach inwestycyjnych, bank nie będzie mógł zawrzeć umowy o przekazanie praw do świadczeń uzyskiwanych z określonych wierzytelności z pominięciem innym niż polski fundusz sekurytyzacyjny. Natomiast samo przekazanie tych świadczeń będzie mogło się odbywać tylko w oparciu o umowę o subpartycypację w rozumieniu ustawy o funduszach inwestycyjnych.

Zastosowanie przedstawionej powyżej interpretacji omawianych przepisów powodowałoby wyłączenie funduszy inwestycyjnych z siedzibą w innych państwach członkowskim Unii Europejskiej niż Polska z kręgu ewentualnych nabywców praw do świadczeń uzyskiwanych z wierzytelności banków, nawet jeżeli ich działalność wykazywałaby cechy analogiczne do polskich

funduszy sekurytyzacyjnych (np. podleganie nadzorowi właściwych organów, obowiązek inwestowania większości aktywów funduszu w wierzytelności zgodnie ze stosowaną polityką inwestycyjną). Rodzi się zatem pytanie, czy interpretacja prowadząca do pozbawienia funduszy inwestycyjnych z innych państw członkowskich UE możliwości

zawarcia z polskim bankiem umowy o przekazanie świadczeń z wierzytelności nie faworyzuje, w sposób bezzasadny, polskich funduszy sekurytyzacyjnych i czy nie stoi w sprzeczności z zasadą swobodnego przepływu kapitału w ramach Unii Europejskiej.



# Subpartycypacja a cesje wierzytelności

Krzysztof Wojdyło

Umowy o subpartycypację mogą być wkrótce realną alternatywą dla najbardziej do tej pory rozpowszechnionych na rynku umów cesji wierzytelności. Dlatego warto się przyjrzeć podstawowym różnicom między tymi umowami.

Dogłębna analiza wszystkich różnic pomiędzy umową o subpartycypację a umową cesji zdecydowanie przekracza ramy tego tekstu. Poniżej sygnalizujemy jedynie wybrane różnice, które w naszej ocenie mogą mieć istotne znaczenie praktyczne.

## Przeniesienie wierzytelności

Najbardziej zasadnicza różnica sprowadza się do tego, że w ramach umowy o subpartycypację, w przeciwieństwie do umowy cesji, nie dochodzi do przeniesienia wierzytelności. Pozostaje ona nadal w majątku inicjatora. Okoliczność ta tworzy bardzo istotne udogodnienie dla stron transakcji. Przede wszystkim nie mają zastosowania wszelkie ograniczenia związane z obrotem wierzytelnościami. Bez znaczenia są zarówno umowne ograniczenia cesji zawarte w umowach będących źródłem wierzytelności stanowiących podstawę subpartycypacji

(np. umowna konieczność uzyskania zgody dłużnika na przelew), jak i ustawowe ograniczenia (np. konieczność przerejestrowania hipoteki w przypadku cesji wierzytelności zabezpieczonych hipoteką).

Radykalnie zmniejsza to ryzyko związane z transakcją, szczególnie dla kontrahenta inicjatora, który nie ryzykuje, że nie nabeździe wierzytelności w sposób skuteczny, co często jest jednym z podstawowych ryzyk towarzyszącym umowom cesji.

Brak przeniesienia wierzytelności bardzo również upraszcza inne aspekty transakcji. Nie trzeba zawiadamiać dłużników o cesji, co w przypadku transakcji dotyczących dużych portfeli wierzytelności bywa sporym wyzwaniem logistycznym. Co do zasady nie zachodzi również konieczność przekazywania kontrahentowi dokumentacji dotyczącej wierzytelności.

## Czynności dotyczące wierzytelności

Umowa o subpartycypację, pomimo bezsprzecznych korzyści, które daje kontrahentowi inicjatora, niesie ze sobą również pewne ryzyka w porównaniu z tradycyjną cesją. Ponieważ nie dochodzi do

cesji wierzytelności, to inicjator jest jej dysponentem – pozostaje ona pod jego kontrolą. Może mieć to szczególne znaczenie w przypadku konieczności podjęcia działań egzekucyjnych. Ponieważ kontrahent nie występuje jako wierzyciel, nie może podejmować samodzielnych decyzji w zakresie egzekucji, a tym samym mieć wpływu na wartość wpływów z danej wierzytelności. Oczywiście zagadnienie to można próbować regulować w umowie o subpartycypację, nakładając na inicjatora określone zobowiązania umowne w związku z dochodzeniem należności.

Kontrahent inicjatora nie będzie miał również możliwości potrącenia wierzytelności będącej podstawą subpartycypacji z wierzytelnością przysługującą dłużnikowi w stosunku do niego. Niekiedy to właśnie możliwość dokonania takiego potrącenia jest jednym z motywów zawarcia umowy cesji. W takim przypadku umowa o subpartycypację nie będzie dobrym rozwiązaniem.

### **Odroczona płatność**

Istotną okolicznością, która w praktyce może wpływać na atrakcyjność subpartycypacji, jest zakaz stosowania w umowach o subpartycypację postanowień o odroczeniu zapłaty należnej inicjatorowi. Wiele transakcji na rynku obrotu wierzytelnościami przewiduje odroczoną płatność lub płatność w ratach. Takie modele biznesowe nie będą mogły mieć zastosowania w ramach umów o subpartycypację. Już teraz można przewidzieć, że zakaz odraczania płatności będzie zapewne stwarzał trudności interpretacyjne w kontekście umownych postanowień dotyczących różnego rodzaju rezerw. Postanowienia takie są standardowe w wielu umowach sekuryzacyjnych lub faktoringowych i zakładają, że część ceny należnej od nabywcy wierzytelności na rzecz inicjatora jest zatrzymywana przez nabywcę tytułem zabezpieczenia jego ewentualnych roszczeń wobec inicjatora. Praktyka (niewykluczone, że przy wsparciu orzecznictwa) będzie musiała rozstrzygnąć, czy tego typu rezerwy nie przeczą zakazom dotyczącym odraczania zapłaty.

### **Upadłość**

Jedną z ciekawszych regulacji dotyczących subpartycypacji jest zawarta w art. 65a Prawa upadłościowego i naprawczego. Zgodnie z tym przepisem w skład masy upadłości upadłego będącego stroną umowy o subpartycypację nie wchodzi wierzytelności będące przedmiotem tej umowy. Przepis rozstrzyga następnie, że fundusz sekuryzacyjny wstępuje w takim przypadku w prawa upadłego będące przedmiotem umowy o subpartycypację.

Jest to przepis niezwykle korzystny dla kontrahentów inicjatorów subpartycypacji. Warunkiem jego zastosowania jest to, aby upadły był stroną umowy o subpartycypację, a więc umową zobowiązującą do przekazywania wpływów. Na poziomie literalnym przepis ten chroni kontrahentów inicjatora nawet w przypadku, gdy subpartycypacja nie przewiduje przejęcia przez kontrahenta ryzyka niewypłacalności inicjatora. Pozwala zatem uniknąć ryzyka przekwalifikowania cesji wierzytelności (tzw. *true sale*) na cesję na zabezpieczenie, które to ryzyko w pewnym zakresie istnieje w przypadku cesji bez przejęcia ryzyka wypłacalności. Kontrahent inicjatora subpartycypacji wydaje się zatem bardziej chroniony niż nabywca wierzytelności w ramach tradycyjnej umowy cesji.

### **Ograniczenia podmiotowe**

Niewątpliwą zaletą schematów opartych na cesji wierzytelności jest daleko idąca dowolność w zakresie podmiotów, które mogą być zbywcami lub nabywcami wierzytelności. Umowa o subpartycypację nie jest tak elastyczna. Lektura ustawy o funduszach inwestycyjnych pozwala dojść do wniosku, że istnieją ograniczenia podmiotowe po stronie kontrahentów inicjatorów subpartycypacji. Stroną umowy, która może być określana jako umowa o subpartycypację, musi być zawsze fundusz sekuryzacyjny lub towarzystwo funduszy inwestycyjnych tworzące fundusz sekuryzacyjny. Jest to o tyle istotne, że umowa, w której kontrahent inicjatora nie jest funduszem, nie będzie mogła korzystać z przywilejów, które niosą ze sobą przepisy prawa odnoszące się do umów



o subpartycypację (np. w zakresie dostępu do tajemnicy bankowej czy postępowania w przypadku upadłości inicjatora). W praktyce dalsze ograniczenia podmiotowe będą wynikały z regulacji podatkowych, które z kolei różnicują inicjatorów subpartycypacji. Krąg podmiotów, które będą mogły w pełni korzystać z dobrodziejstw regulacji dotyczących umów o subpartycypację, jest zatem mocno ograniczony.

Powyższy przegląd wybranych aspektów umów o subpartycypację i umów cesji pozwala przyjąć, że w wielu przypadkach subpartycypacja może być bardzo atrakcyjną alternatywą dla umowy cesji. Wiele jednak będzie zależało od okoliczności konkretnej transakcji, konfiguracji podmiotowej transakcji oraz motywów, którymi kierują się strony.



# Skutki podatkowe umowy o subpartycypację

Joanna Prokurat

**Bezpieczne i efektywne wdrożenie subpartycypacji wymaga nie tylko uważnego skonstruowania umowy o subpartycypację zgodnie z prawem, ale też zastanowienia się nad jej skutkami podatkowymi.**

## Podatek dochodowy

W kontekście podatku dochodowego należy rozważyć przede wszystkim konsekwencje subpartycypacji po stronie jej inicjatora.

Zgodnie z regułą ogólną, wyrażoną w art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy o CIT, przychodami podatkowymi są otrzymane pieniądze i wartości pieniężne, w tym różnice kursowe. Jednocześnie, stosownie do art. 12 ust. 3 ustawy o CIT, za przychody związane z działalnością gospodarczą i działami specjalnymi produkcji rolnej osiągnięte w roku podatkowym uważa się także należne przychody, choćby nie zostały jeszcze faktycznie otrzymane, z wyłączeniem wartości zwróconych towarów, udzielonych bonifikat i skont. Za datę powstania tak określonego przychodu należnego uważa się, co do

zasady, dzień wydania rzeczy, zbycia prawa majątkowego lub wykonania usługi, nie później niż moment wystawienia faktury lub uregulowania należności (art. 12 ust. 3a ustawy o CIT).

W przypadku umowy subpartycypacyjnej nie dochodzi do wydania rzeczy ani zbycia prawa majątkowego (przedmiotowa umowa nie przenosi wierzytelności, ale ją kreuje). Uwzględniając gospodarcze funkcje subpartycypacji, polegające na finansowaniu inicjatora przez subpartycypanta, zachodzi tutaj świadczenie usług po stronie subpartycypanta, przy czym należne mu wynagrodzenie zwykle nie jest wymagalne w dacie zawarcia umowy. Z drugiej strony trudno zidentyfikować usługę po stronie inicjatora subpartycypacji. W szczególności nie należy upatrywać jej w samym zobowiązaniu się do przekazywania wszystkich świadczeń z wierzytelności objętych umową (jakkolwiek, w zależności od treści danej umowy o subpartycypację, inicjator może świadczyć na przykład usługi ściągania długów lub

faktoringu). Dlatego też przy wyznaczaniu momentu powstania przychodu podatkowego po stronie inicjatora subpartycypacji zastosowanie powinna znajdować wspomniana reguła ogólna, wyznaczająca obowiązek rozpoznania przychodu do opodatkowania w momencie faktycznego otrzymania wynagrodzenia od subpartycypanta.

Powyższe niekorzystne w istocie dla inicjatora subpartycypacji rozwiązanie, nakazujące opodatkowanie podatkiem dochodowym otrzymanych od subpartycypanta środków już w dacie ich otrzymania i niezależnie od otrzymania późniejszych spłat wierzytelności objętych subpartycypacją, dotyczy jednak wyłącznie inicjatora subpartycypacji niebędącego bankiem.

Bank jako inicjator subpartycypacji, na mocy szczególnej regulacji zawartej w art. 12 ust. 4 pkt 15 ustawy o CIT, nie jest bowiem zobowiązany do rozpoznania przychodu podatkowego w kwocie odpowiadającej wynagrodzeniu za zbycie praw do strumienia pieniądza w części niewymagalnej wierzytelności z tytułu kredytów lub pożyczek objętych umową o subpartycypację w momencie jego otrzymania. Na mocy art. 12 ust. 4f ustawy o CIT po stronie banku inicjującego subpartycypację przychód ten powstaje w dacie wymagalności rat kapitałowych wierzytelności objętych subpartycypacją lub w dacie ich zapłaty, jeżeli zapłata nastąpiła przed upływem terminu wymagalności. Tym samym moment powstania przychodu podatkowego dla banku inicjującego subpartycypację podlega odroczeniu, pozytywnie wpływając m.in. na rachunek przepływów pieniężnych. Przychodem podatkowym banku jest kwota uzyskana z tytułu zbycia praw do strumienia pieniądza w części odpowiadającej udziałowi, jaki stanowi wymagalna lub zapłacona rata kapitałowa w kwocie stanowiącej sumę rat kapitałowych wierzytelności z tytułu kapitałowej części kredytów (pożyczek) objętych umową subpartycypacyjną.

Odmienne traktowanie subpartycypacji kwalifikowanej (której inicjatorem jest bank) i prywatnej występuje również po stronie

kosztowej. Jak stanowi art. 15 ust. 1h pkt 3 ustawy o CIT, w przypadku banku kosztem uzyskania przychodu z tytułu sekurytyzacji są również przekazane funduszowi sekurytyzacyjnemu lub towarzystwu funduszy inwestycyjnych tworzącemu fundusz sekurytyzacyjny, objęte umową o subpartycypację, pożytki z sekurytyzowanych wierzytelności, kwoty główne sekurytyzowanych wierzytelności oraz kwoty uzyskane z tytułu realizacji zabezpieczeń sekurytyzowanych wierzytelności. Uwzględniając charakter przedmiotowych kosztów jako bezpośrednio związanych z przychodem z tytułu sekurytyzacji, w przypadku banku – inicjatora subpartycypacji moment rozpoznania przychodu podatkowego i kosztu jego uzyskania, co do zasady, będzie zbieżny.

Ponadto, w świetle art. 15 ust. 3g ustawy o CIT, bank jest uprawniony do pomniejszenia wartości rezerw tworzonych na pokrycie wierzytelności i odpisów aktualizacyjnych (w odniesieniu do wierzytelności, których nieściągalność została uprawdopodobniona) dotyczących wierzytelności objętych subpartycypacją o wartość kwoty uzyskanej z umowy subpartycypacyjnej. Jednocześnie kosztem uzyskania przychodu z tytułu rezerw (odpisów aktualizacyjnych) jest rezerwa (odpis aktualizacyjny) w takim zakresie, w jakim przychody ze zbycia kredytu lub pożyczki na podstawie umowy subpartycypacyjnej zostały rozpoznane w przychodach podatkowych.

Inaczej kształtują się koszty podatkowe inicjatora subpartycypacji niebędącego bankiem, dla którego ustawodawca nie przewidział uprawnienia analogicznego jak w powołanym art. 15 ust. 1h pkt 3 ustawy o CIT.

Jednym z możliwych sposobów rozliczenia podatkowego subpartycypacji prywatnej jest uznanie kwot otrzymanych od subpartycypanta jako przychodu podatkowego powstającego na zasadzie kasowej przy jednoczesnym rozpoznaniu przychodu podatkowego z tytułu wierzytelności objętych subpartycypacją. Jednakże, z uwagi na zobowiązanie inicjatora do przekazywania tych ostatnich do subpartycypanta, stanowią one jednocześnie koszt uzyskania przychodu. Ponadto kosztem

uzyskania przychodu powinny być wydatki na rzecz subpartycypanta poniesione przez inicjatora subpartycypacji niebędącego bankiem. Jako pozostające w pośrednim związku z przychodami, powinny one pomniejszać podstawę opodatkowania CIT w momencie poniesienia.

W takim duchu wypowiedział się m.in. Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji z 13 maja 2011 r. (nr IPPB3/423-286/07-6/11/JB). Z drugiej strony wydaje się, że możliwe jest alternatywne rozliczenie subpartycypacji prywatnej. Uznawszy, że otrzymane przez inicjatora subpartycypacji kwoty nie mają charakteru przysporzenia definitywnego, otrzymywane i płacone przez inicjatora kwoty można by uznać za neutralne dla celów podatku CIT. Kosztem uzyskania przychodów po stronie inicjatora niebędącego bankiem powinno być natomiast należne subpartycypantowi wynagrodzenie z tytułu przejścia ryzyka wypłacalności dłużnika oraz finansowania inicjatora. Za takim podejściem wydaje się przemawiać literalna wykładnia powołanego art. 15 ust. 1h pkt 3 ustawy o CIT.

Konsekwencje subpartycypacji na gruncie podatku dochodowego po stronie subpartycypanta uzależnione są również od tego, czy subpartycypacja ma charakter kwalifikowany, czy subpartycypantem jest podmiot inny niż fundusz inwestycyjny (sekurytyzacyjny) lub tworzące je towarzystwo.

W przypadku subpartycypacji kwalifikowanej ustalenie konsekwencji podatkowych dla subpartycypanta nie następuje trudności, bowiem fundusze inwestycyjne i ich towarzystwa, co do zasady, korzystają z podmiotowego zwolnienia z podatku dochodowego.

W odniesieniu do subpartycypacji niekwalifikowanej organy podatkowe stoją na stanowisku, że kwota przekazywana na rzecz inicjatora subpartycypacji oraz środki otrzymywane od niego stanowią, odpowiednio, przychody podatkowe i koszty ich uzyskania. Przykładowo Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji z 7 kwietnia 2011 r. (nr IPPB3/423-267S/07-4/11/JB) uznał otrzymywane od inicjatora

subpartycypacji kwoty obejmujące cykliczne należności od Narodowego Funduszu Zdrowia z tytułu refundacji za przychody podlegające rozliczeniu w okresach rozliczeniowych, a zatem generujące przychód podatkowy w ostatnim okresie ustalonego okresu rozliczeniowego, zaś wydatki subpartycypanta – za bezpośrednio związane z tym przychodem, tj. potrącalne w momencie osiągnięcia przychodu.

W związku z takim sposobem rozpoznania subpartycypacji dojść może do podwójnego negatywnego skutku realizacji ryzyka niewypłacalności dłużnika, które przejmuje na siebie subpartycypant. Z jednej strony ponosi on faktyczną stratę ze względu na brak uzyskania wpływów od inicjatora, z drugiej zaś zostaje pozbawiony możliwości rozpoznania części faktycznie poniesionych kosztów z tytułu realizacji umowy.

Uwzględniając powyższe, planowanie ewentualnej umowy o subpartycypację powinno objąć również szczegółową analizę skutków na gruncie podatku CIT. Pomimo że więcej trudności wydaje się nastęrczać subpartycypacja prywatna, kwalifikowana jej wersja nie jest wolna od wątpliwości podatkowych, szczególnie wobec nowości regulujących ją przepisów w ustawie o CIT i braku wykształconej praktyki. Przykładem wątpliwości może być m.in. to, czy korzystnymi zasadami opodatkowania będzie objęta subpartycypacja z udziałem funduszu zagranicznego (którego forma może nie odpowiadać w pełni funduszowi sekurytyzacyjnemu, do którego odwołuje się ustawodawca podatkowy). Nie do końca jasna jest także kalkulacja wpływu zmian stanu rezerw i odpisów aktualizacyjnych banków – inicjatorów subpartycypacji. Warto wspomnieć, że podatkowe ujęcie zagadnienia rezerw (odpisów aktualizacyjnych) może odbiegać od bilansowego, komplikując w ten sposób sprawozdanie finansowe.

### **Podatek VAT**

Istotną część analizy podatkowych aspektów subpartycypacji powinna stanowić również kwestia konsekwencji na gruncie podatku VAT, w szczególności ustalenie liczby i rodzaju świadczonych w ramach umowy

subpartycypacyjnej usług przez obydwie jej strony oraz właściwej dla nich stawki tego podatku.

W części finansowej funkcji subpartycypacji powinna ona korzystać ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem od towarów i usług jako wskazana w art. 43 ust. 1 pkt 38 ustawy o VAT usługa udzielania kredytów lub pożyczek pieniężnych oraz usługi pośrednictwa w świadczeniu usług udzielania kredytów lub pożyczek pieniężnych, a także zarządzanie kredytami lub pożyczkami pieniężnymi przez kredytodawcę lub pożyczkodawcę. Pożyczki należy przy tym rozumieć zgodnie z ogólną regułą wykładni przepisów o podatku od towarów i usług, tj. w zgodzie z ekonomicznym charakterem transakcji, jako wszelkie finansowanie bez względu na formę prawną (a nie tylko pożyczki zdefiniowane w art. 720 Kodeksu cywilnego). Natomiast funkcja *del credere* subpartycypacji i podejmowane w związku z nią czynności przez subpartycypanta jako gwaranta w stosunku do inicjatora subpartycypacji przejmującego ryzyko niewypłacalności dłużnika powinny korzystać ze zwolnienia z podatku od towarów i usług jako określone w art. 43 ust. 1 pkt 39 ustawy o VAT usługi w zakresie udzielania poręczeń, gwarancji i wszelkich innych zabezpieczeń transakcji finansowych i ubezpieczeniowych oraz usługi pośrednictwa w świadczeniu tych usług, a także zarządzanie gwarancjami kredytowymi przez kredytodawcę lub pożyczkodawcę.

Można również twierdzić, że wszystkie czynności podejmowane przez subpartycypanta mieszczą się w usługach w zakresie długów, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt 40 ustawy o VAT, skoro cały proces subpartycypacji odnosi się do długu. Jednocześnie, uwzględniając charakter i zakres działań subpartycypanta, trudno twierdzić, że świadczy on usługi ściągania długów lub faktoringu opodatkowane stawką 23% podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust. 15 pkt 1 ustawy o VAT. Niemniej nie można wykluczyć, że do takich czynności zobowiązany będzie inicjator subpartycypacji – w takim przypadku w ramach subpartycypacji należałoby wyróżnić

dwie odrębne transakcje dla celów podatku od towarów i usług, tj. zwolnionej z tego podatku usługi subpartycypanta i opodatkowanej usługi inicjatora subpartycypacji. Takie rozwiązanie może być szczególnie niekorzystne dla banku, który – mając ograniczone możliwości odliczenia podatku VAT naliczonego (wyznaczone poziomem tzw. współczynnika VAT) – byłby zobowiązany do naliczenia 23% podatku VAT należnego.

Jednocześnie należy wskazać odmienną od powyższej konstatację Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, który w interpretacji z 6 kwietnia 2012 r. (nr IPPP1/443-74/1202/AW) uznał, że z uwagi na konieczność ścisłego interpretowania zakresu zwolnień z VAT, świadczenia w ramach umowy o subpartycypację nie korzystają ze zwolnienia z VAT.

Wobec braku wykształconej praktyki traktowania subpartycypacji dla celów VAT, wszelkie nieprzemyślane kroki mogą negatywnie odbić się na uczestnikach subpartycypacji z tego tytułu, prowadząc do zachwiania stanu ich finansów, szczególnie w przypadku konieczności wyłożenia istotnych kwot na zapłatę VAT. Szczegółowa analiza projektowanej ewentualnie umowy o subpartycypację nie jest zatem fanaberią, ale koniecznością.

### **Podatek od czynności cywilnoprawnych**

Mniej wątpliwości odnośnie do subpartycypacji wywołuje kwestia jej opodatkowania na gruncie podatku od czynności cywilnoprawnych. Wobec zamkniętego katalogu czynności objętych tym podatkiem, w którym brak jest umowy o subpartycypację jako umowy nazwanej (określonej w art. 183 ust. 4 ustawy o funduszach inwestycyjnych) czy umowy nienazwanej (subpartycypacji prywatnej), subpartycypacja nie powinna skutkować obciążeniem podatkiem od czynności cywilnoprawnych dla żadnej ze stron transakcji. W celu pełnego zabezpieczenia strony subpartycypacji mogą rozważyć wystąpienie z wnioskiem o indywidualną interpretację w tym zakresie, o ile uznają ją za

pomocną i możliwą, uwzględniając uwarunkowania czasowe i biznesowe.

Powyższa krótka prezentacja implikacji podatkowych umowy o subpartycypację wskazuje jedynie część wątpliwości, jakie mogą powstawać w związku z podatkowym rozliczeniem subpartycypacji. Dlatego zainteresowane podmioty powinny przeprowadzić wnikliwą analizę, by

zabezpieczyć się przed ewentualnymi negatywnymi skutkami odmiennego od przyjętego podejścia organów podatkowych, przykładowo w drodze indywidualnej interpretacji podatkowej. Z uwagi na kwotę wierzytelności, które zwykle obejmowane są subpartycypacją, skutki kwestionowania rozliczeń podatkowych z tego tytułu mogą być szczególnie dolegliwe.



# W jaki sposób zmiany przepisów podatkowych obowiązujące od 2014 roku zwiększają atrakcyjność subpartycypacji?

Joanna Prokurat

Nowelizacja ustawy o CIT powinna zwiększyć popularność subpartycypacji w Polsce. Dotyczyć to będzie jednak zapewne wyłącznie subpartycypacji inicjowanej przez banki, bowiem nowelizacja ta odnosi się wyłącznie do subpartycypacji z ich udziałem.

**Odroczenie momentu powstania przychodu podatkowego**

W przypadku subpartycypacji inicjowanej przez bank jej atrakcyjności należy upatrywać przede wszystkim w ujednoczeniu momentu rozpoznania przychodu podatkowego z tytułu subpartycypacji i kosztu jego uzyskania. Od początku bieżącego roku zniknęła nieefektywność

podatkowa subpartycypacji inicjowanej przez banki polegająca na konieczności poniesienia ekonomicznego ciężaru podatku dochodowego przez bank. Wynikało to z obowiązku wcześniejszego zadeklarowania i zapłaty podatku dochodowego od przychodu przy odroczeniu i rozłożeniu w czasie kosztu podatkowego. Aktualnie banki mogą rozpoznawać przychód podatkowy z tytułu subpartycypacji nie w momencie zawarcia umowy o subpartycypację i uzyskania wynagrodzenia za przelew praw do przepływów pieniężnych, ale dopiero w dniu wymagalności lub spłaty rat kapitałowych wynikających z wierzytelności (jeżeli spłata nastąpi wcześniej). Przy czym przychód

podatkowy stanowi kwota uzyskana z tytułu zbycia praw do strumieni pieniądza w części odpowiadającej udziałowi, jaki stanowi wymagalna lub zapłacona rata kapitałowa w kwocie odpowiadającej sumie rat kapitałowych wierzytelności z tytułu kapitałowej części kredytów (pożyczek) objętych umową o subpartycypację.

### **Korekta wyniku podatkowego w przypadku zwrotu wierzytelności**

Nowelizacja ustawy o CIT, oprócz istniejącej regulacji przewidującej zaliczenie do kosztów uzyskanych przez bank kwot spłat kredytów, wprowadziła nowy przepis, umożliwiający bankom rozpoznanie jako kosztu podatkowego również środków zwróconych funduszowi inwestycyjnemu, o ile wcześniej inicjujący subpartycypację lub uprawniony z objętych subpartycypacją wierzytelności bank rozpoznał przychód podatkowy. Wprowadzenie tego uprawnienia powinno wyeliminować po stronie banku podatkowy problem klauzul dotyczących jakości portfela lub poszczególnych wierzytelności, zgodnie z którymi, jeśli druga strona (nabywca) stwierdzi, że dana wierzytelność lub jej dokumentacja nie spełnia warunków deklarowanych przez inicjatora, to może ją wycofać z portfela lub zwrotnie przenieść na inicjatora. Do końca 2013 roku zdarzenia takie, co do zasady, nie uprawniały banku – inicjatora subpartycypacji lub uprawnionego z subpartycypowanych wierzytelności do korekty wyniku podatkowego.

### **Koszty z tytułu rezerw i odpisów aktualizujących**

Ustawodawca podatkowy od początku 2014 roku wprowadził możliwość pomniejszania przez banki wartości rezerw tworzonych na pokrycie wierzytelności i odpisów aktualizacyjnych (tworzonych w odniesieniu do wierzytelności, których nieściągalność została uprawdopodobniona) dotyczących wierzytelności objętych subpartycypacją o wartość kwoty uzyskanej z umowy subpartycypacyjnej. Jednocześnie kosztem uzyskania przychodu z tytułu rezerw (odpisów aktualizacyjnych) jest rezerwa (odpis aktualizacyjny) w takim zakresie, w jakim przychody ze zbycia kredytu lub pożyczki na

podstawie umowy subpartycypacyjnej zostały rozpoznane w przychodach podatkowych. Zapewnia to neutralność podatkową zmian stanu rezerw i odpisów aktualizacyjnych odnoszących się do wierzytelności objętych subpartycypacją. Do końca 2013 roku ustawa o CIT nie zawierała takich regulacji, przy czym generalnie bank zawierający umowę o subpartycypację nie był zobowiązany do rozwiązania rezerw utworzonych na pokrycie wierzytelności objętych subpartycypacją i zaliczenia ich do przychodów podatkowych.

### **Przydatność subpartycypacji**

Dzięki wprowadzonym zmianom w opodatkowaniu subpartycypacja może stać się alternatywą dla transakcji sekuryzacyjnych opartych na cesji wierzytelności. Może być więc interesująca dla podmiotów, dla których wyzbycie się wierzytelności następujących w przypadku sekuryzacji nie jest celem samym w sobie. Będą one mogły pozyskać efektywne podatkowo realne finansowanie poprzez upłynnienie aktywów z zachowaniem portfela wierzytelności, a tym samym również z zachowaniem przywileju wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego.

Subpartycypacja niweluje przy tym niektóre problemy sekuryzacji opartej na cesji wierzytelności, przykładowo dotyczące wierzytelności zabezpieczonych hipoteką. Formalnoprawne przeniesienie wierzytelności hipotecznych w drodze sekuryzacji wymaga bowiem przeprowadzenia czasochłonnej procedury wpisu zmiany wierzyciela hipotecznego do księgi wieczystej. W praktyce dyskusyjne było, w którym momencie należy rozpoznawać skutki podatkowe takiej transakcji: w chwili zawarcia (podpisania) umowy czy w chwili wpisu do księgi wieczystej, który w praktyce może nastąpić kilka miesięcy później. W przypadku subpartycypacji, w której nie dochodzi do przeniesienia wierzytelności, problem ten nie występuje.

Niezależnie od powyższego zawarcie umowy o subpartycypację powinno być poprzedzone szczegółową analizą. Pomimo licznych korzystnych zmian w zasadach

opodatkowania banku podatkiem dochodowym z tytułu umowy o subpartycypację, nie eliminują one wszystkich wątpliwości podatkowych. Dotyczy to przykładowo zastosowania nowych regulacji do subpartycypacji, w których subpartycypantem jest zagraniczny fundusz.

Praktyka rynkowa w zakresie subpartycypacji jest bardzo ograniczona. Z uwagi na krótki okres obowiązywania nowych przepisów nie jest znane również stanowisko organów podatkowych i sądów administracyjnych odnośnie do podatkowych skutków subpartycypacji. W konsekwencji, w przypadku zawierania umowy o subpartycypację, warto byłoby zabezpieczyć konsekwencje podatkowe transakcji w drodze interpretacji indywidualnej, szczególnie że prawdopodobnie dotyczyć będą one sporych kwot. Wnikliwa analiza ewentualnej umowy

o subpartycypację byłaby tym bardziej pożądana, że może ona wywoływać odmienne skutki na gruncie prawa cywilnego, podatkowego i rachunkowości, znajdując m.in. odzwierciedlenie w wyniku finansowym (w szczególności w kalkulacji podatku odroczonego).

Dla celów rachunkowych istotne może być przede wszystkim ustalenie, czy objęcie wierzytelności umową o subpartycypację powinno skutkować przeniesieniem ich do ewidencji pozabilansowej, co z kolei może wywołać określone skutki w zakresie podatku dochodowego. Nie można bowiem zapominać, że prawo cywilne, podatki i rachunkowość stanowią system naczyń połączonych, a kształt rozwiązań przyjętych na jednej z tych płaszczyzn może pociągnąć za sobą skutki w pozostałych.



# Subpartycypacja czy cesja wierzytelności – podatkowe determinanty wyboru

Joanna Prokurat, Jakub Michałeczko

Nowe rozwiązania podatkowe dla subpartycypacji, wprowadzone nowelizacją ustawy o CIT, mogą skłaniać do wykorzystywania subpartycypacji w miejsce klasycznych transakcji cesji wierzytelności. Dlatego warto porównać skutki podatkowe obu tych rozwiązań.

Już na wstępie podkreślić należy, że porównanie subpartycypacji i cesji wierzytelności wypada nieco inaczej w przypadku subpartycypacji z udziałem banku i funduszu inwestycyjnego (tzw.

subpartycypacji kwalifikowanej) oraz subpartycypacji prywatnej.

## Podatek dochodowy

Na gruncie podatku dochodowego subpartycypacja z udziałem banku i funduszu inwestycyjnego skutkuje zasadniczo niższym obciążeniem inicjatora subpartycypacji (banku). Po pierwsze, subpartycypacja kwalifikowana pozwala bankowi na zadeklarowanie przychodu podatkowego dopiero w momencie wymagalności lub

spłaty rat kapitałowych wynikających z wierzytelności (jeżeli spłata nastąpi wcześniej), podczas gdy w sytuacji sprzedaży wierzytelności (uprzednio niezaliczonej do przychodów należnych, co znajduje zastosowanie w szczególności w odniesieniu do części kapitałowej wierzytelności kredytowych i pożyczkowych) przychód podlegający opodatkowaniu powstanie już w momencie zbycia wierzytelności, otrzymania zapłaty albo wystawienia faktury (o ile zostanie wystawiona), w wartości tej wierzytelności wyrażonej w cenie określonej w umowie sprzedaży. Po drugie, w przypadku subpartycypacji kwalifikowanej nie występuje problem ograniczenia w zaliczeniu do kosztów uzyskania przychodów straty z odpłatnego zbycia wierzytelności, która uprzednio nie została zarachowana jako przychód należny.

Należy również wspomnieć o preferencjach podatkowych, jakie daje bankowi subpartycypacja w porównaniu z utrzymywaniem wierzytelności w portfelu, gdy wierzytelności te kwalifikowane są do grupy zagrożonych bądź straconych. W przypadku umowy o subpartycypację możliwe jest bowiem pomniejszenie wartości rezerw i odpisów aktualizacyjnych dotyczących wierzytelności objętych subpartycypacją o wartość kwoty uzyskanej z umowy. Kosztem podatkowym jest przy tym odpis aktualizacyjny lub rezerwa w takim zakresie, w jakim przychody ze zbycia kredytu lub pożyczki na podstawie umowy subpartycypacyjnej zostały rozpoznane w przychodach podatkowych. Pozwala to na ukosztowanie dla celów podatkowych rezerw/odpisów na kredyty lub pożyczki korzystniejsze niż w przypadku spełnienia standardowych przesłanek uprawdopodobnienia nieściągalności wierzytelności.

Powyższe porównanie konsekwencji cesji wierzytelności i subpartycypacji na gruncie podatku dochodowego nie wypada tak korzystnie dla subpartycypacji, gdy ma ona charakter prywatny, tj. gdy jej inicjatorem jest podmiot inny niż bank lub subpartycypantem nie jest fundusz sekurytyzacyjny lub

towarzystwo tworzące ten fundusz. Ponieważ skutki zawarcia subpartycypacji prywatnej nie są wprost przewidziane w przepisach ustaw podatkowych, zastosowanie do tej transakcji znajdują ogólne przepisy podatkowe. Tym samym dla inicjatora subpartycypacji prywatnej umowa subpartycypacyjna wiąże się z dużym obciążeniem podatkowym już w momencie otrzymania środków od subpartycypanta z uwagi na obowiązek rozpoznania otrzymanych kwot jako przychodu podatkowego, przy jednoczesnym odroczeniu momentu rozpoznania kosztu uzyskania przychodu do dnia płatności na rzecz subpartycypanta z tytułu kwot odzyskanych od dłużników.

### Podatki pośrednie

Nieco inaczej kształtuje się porównanie subpartycypacji i cesji wierzytelności dla celów podatków pośrednich. W kontekście określenia skutków cesji wierzytelności na gruncie podatku VAT oraz podatku od czynności cywilnoprawnych znamienne jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 27 października 2011 r. w sprawie C-93/10 *Bundesfinanzhof* przeciwko *GFKL Financial Services AG*, w którym Trybunał stwierdził, że w przypadku gdy przedmiotem cesji są wierzytelności, co do których istnieje poważna wątpliwość, że zostaną zaspokojone, zaś nabywca przejmuje ryzyko ich niezaspokojenia w zamian za cenę znacznie poniżej wartości nominalnej, to różnica między wartością nominalną przenoszonych wierzytelności a ceną ich sprzedaży nie stanowi wynagrodzenia za usługę, lecz odzwierciedla rzeczywistą wartość ekonomiczną tych wierzytelności. Tym samym Trybunał przesądził, że sama cesja wierzytelności nie stanowi przedmiotu opodatkowania podatkiem VAT.

Ma to istotne konsekwencje na gruncie podatku od czynności cywilnoprawnych. Innymi słowy, określone okoliczności cesji wierzytelności, w szczególności dotyczące formy umowy, miejsca jej zawarcia czy miejsca wykonania praw majątkowych, mogą spowodować obowiązek zapłaty 1% podatku od czynności cywilnoprawnych, licząc od wartości cedowanych wierzytelności.



Obowiązek ten spoczywa na nabywcy wierzytelności.

Z kolei umowa o subpartycypację, zarówno kwalifikowana, jak i prywatna, jako nieujęta w zamkniętym katalogu czynności podlegających podatkowi od czynności cywilnoprawnych, nie podlega temu podatkowi. Podkreślić należy, że umowa o subpartycypację nie może być zwłaszcza zakwalifikowana jako umowa sprzedaży, ze względu na cechy konstrukcyjne tej umowy, tj. brak przejścia tytułu prawnego do samej wierzytelności, a jedynie zbycie wartości ekonomicznej przedmiotowych wierzytelności, bez dokonania zmian podmiotowych w strukturze wierzytelności. Tym samym na gruncie samego podatku od czynności cywilnoprawnych subpartycypacja jako zawsze neutralna może mieć przewagę nad cesją wierzytelności, jeżeli ta podlegałaby opodatkowaniu tym podatkiem.

Z drugiej strony subpartycypacja może pociągać za sobą niekorzystne w porównaniu z cesją wierzytelności skutki dla celów podatku VAT związane z kwalifikacją świadczonych w ramach subpartycypacji usług jako zwolnionych z tego podatku lub nie. W przypadku subpartycypacji inicjowanej przez bank w najgorszym scenariuszu może dojść do sytuacji, w której bank zobowiązany będzie do naliczenia 23% VAT od wartości świadczonych ewentualnie usług ściągania długów lub faktoringu na rzecz subpartycypanta. W braku takich ustaleń bank może również ponosić negatywne skutki na gruncie VAT wynikające z opodatkowania stawką podstawową tego podatku usług

świadczonych przez subpartycypanta i brakiem możliwości odliczenia takiego podatku VAT naliczonego. Wyłączenie cesji wierzytelności z VAT może zatem skłaniać do wyboru takiej opcji w miejsce subpartycypacji. Niemniej powyższe konsekwencje subpartycypacji nie powinny wpływać negatywnie na rozliczenie VAT inicjatora subpartycypacji innego niż bank, uprawnionego do odliczenia VAT naliczonego z tytułu usług subpartycypanta w całości.

W świetle powyższego subpartycypacja może stanowić alternatywę dla klasycznej cesji wierzytelności, w szczególności z perspektywy podatku dochodowego (przede wszystkim w przypadku subpartycypacji kwalifikowanej) oraz podatku od czynności cywilnoprawnych. Niemniej jej wdrożenie może być obarczone pewnym ryzykiem podatkowym, którego ziszczenie może negatywnie wpłynąć na sytuację podatkową, a tym samym i finansową stron umowy o subpartycypację. Dlatego ocena przydatności subpartycypacji powinna z pewnością uwzględniać jej konsekwencje podatkowe.

Na marginesie warto również zauważyć, że przepisy podatkowe dotyczące subpartycypacji nie odbiegają od innych przepisów regulujących opodatkowanie banków, w tym sekuryzacji opartej na przelewie wierzytelności. Wachlarz możliwości finansowania obejmuje zatem więcej rozwiązań niż cesja wierzytelności i subpartycypacja, przy czym każde z nich może dać inne efekty podatkowe.

---

*Niniejsza publikacja została ma charakter wyłącznie informacyjny. Jej zawartość jest aktualna na dzień skierowania do publikacji. Nie stanowi ona usługi doradztwa prawnego oraz nie powinna być podstawą do podejmowania decyzji biznesowych.*

© WARDYŃSKI I WSPÓLNICY, 2014

# Autorzy



**Krzysztof Wojdyło** jest adwokatem, członkiem Zespołu Postępowań Regulacyjnych oraz Zespołu Usług Płatniczych. Zajmuje się regulacjami dotyczącymi elektronicznych instrumentów płatniczych, obrotu wierzytelnościami i przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy. Uczestniczy w dużych i nowatorskich projektach z zakresu szeroko rozumianego prawa finansowego, w tym prawa ubezpieczeniowego. Regularnie doradza największym polskim oraz zagranicznym instytucjom finansowym. Jest autorem lub współautorem publikacji dotyczących między innymi prawa bankowego, sekurytyzacji i przeciwdziałania praniu pieniędzy.

**E-mail:** [krzysztof.wojdylo@wardynski.com.pl](mailto:krzysztof.wojdylo@wardynski.com.pl)



**Marcin Pietkiewicz** jest radcą prawnym, członkiem Zespołu Rynków Kapitałowych i Instytucji Finansowych. Zajmuje się prawem instytucji finansowych, rynków kapitałowych oraz prawem korporacyjnym i gospodarczym. Przygotowuje opinie prawne dla polskich oraz zagranicznych instytucji finansowych, m.in. banków, biur maklerskich i funduszy inwestycyjnych. Na bieżąco doradza spółkom kapitałowym, m.in. z branży leasingu, w zakresie wewnętrznej obsługi korporacyjnej. Doradza również w zakresie zagadnień rynku kapitałowego, takich jak wprowadzanie spółek do publicznego obrotu, nabywanie znacznych pakietów akcji, przeprowadzanie publicznego wezwania oraz obowiązki informacyjne emitentów.

**E-mail:** [marcin.pietkiewicz@wardynski.com.pl](mailto:marcin.pietkiewicz@wardynski.com.pl)

**Joanna Prokurat** jest doradcą podatkowym, członkiem Zespołu Doradztwa Podatkowego. Doradza w sprawach dotyczących polskiego i międzynarodowego prawa podatkowego, zwłaszcza w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych, podatku od towarów i usług, międzynarodowego planowania podatkowego i optymalizacji podatkowej. Reprezentuje klientów w postępowaniach kontrolnych, podatkowych i sądownoadministracyjnych. W odniesieniu do sektora finansowego ma doświadczenie w obsłudze podatkowej banków, zakładów ubezpieczeń, funduszy inwestycyjnych i emerytalnych oraz ich towarzystw, spółek faktoringowych, leasingodawców i innych. Uczestniczyła w licznych projektach restrukturyzacji i optymalizacji finansowej.

**E-mail:** [joanna.prokurat@wardynski.com.pl](mailto:joanna.prokurat@wardynski.com.pl)

**Jakub Michałeczko** jest aplikantem radcowskim, członkiem Zespołu Doradztwa Podatkowego. Brał udział w licznych projektach związanych z planowaniem krajowych i międzynarodowych struktur podatkowych z wykorzystaniem spółek kapitałowych, spółek osobowych jak i funduszy inwestycyjnych. Ma doświadczenie w zakresie podatków dochodowych, podatków transakcyjnych oraz międzynarodowego prawa podatkowego.

**E-mail:** [jakub.michaleczko@wardynski.com.pl](mailto:jakub.michaleczko@wardynski.com.pl)

# O kancelarii

Kancelaria Wardyński i Wspólnicy jest jedną z największych niezależnych polskich firm prawniczych. Biura kancelarii znajdują się w Warszawie, Poznaniu, Wrocławiu, Krakowie oraz Brukseli.

Kancelaria specjalizuje się m.in. w następujących dziedzinach: arbitraż, bankowość i finansowanie projektów, fuzje i przejęcia, nieruchomości, obsługa korporacyjna firm, podatki i spory podatkowe, prawo konkurencji, prawo Unii Europejskiej, prawo farmaceutyczne, prawo morskie, prawo ochrony środowiska, prawo pracy, projekty infrastrukturalne oraz PPP, rozwiązywanie sporów, doradztwo dla sektora energetycznego, rynki kapitałowe, technologie, media i telekomunikacja, upadłości i postępowania naprawcze, własność intelektualna i zamówienia publiczne.

Kancelaria jest wydawcą Portalu Procesowego prezentującego aktualności i analizy z tematyki postępowań sądowych, arbitrażowych i administracyjnych, oraz Portalu Transakcyjnego opisującego prawne aspekty transakcji fuzji i przejęć na polskim rynku. Oba portale są dostępne w wersji polskiej i angielskiej.

Kancelaria jest też wydawcą aplikacji Wardyński+, pierwszej polskojęzycznej aplikacji o tematyce prawnej na iPada i Androida. Aplikacja jest dostępna bezpłatnie w App Store i Google Play.

[www.wardynski.com.pl](http://www.wardynski.com.pl)

[www.PortalProcesowy.pl](http://www.PortalProcesowy.pl)

[www.PortalTransakcyjny.pl](http://www.PortalTransakcyjny.pl)

Wardyński+

Wardyński i Wspólnicy  
Al. Ujazdowskie 10  
00-478 Warszawa

Tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00  
Faks: 22 437 82 01, 22 537 82 01

E-mail: [warsaw@wardynski.com.pl](mailto:warsaw@wardynski.com.pl)

