

Financial Law Review

No. 1 (2)/2016
quarterly

UNIVERSITY OF GDAŃSK • FACULTY OF LAW AND ADMINISTRATION
<http://www.degruyter.com/view/jj/flr>

STRATA OSOBY PRAWNEJ NA NIERZECZYWISTYCH OPCJACH WALUTOWYCH I KONTRAKTACH TERMINOWYCH FORWARD A POJĘCIE WYDATKU ZWIĄZANEGO Z NABYCIEM INSTRUMENTU POCHODNEGO

*Lukasz Karczyński**

Streszczenie

Jednym z efektów kryzysu finansowego było poniesienie przez wielu przedsiębiorców pokaźnych strat z tytułu opcji walutowych i kontraktów terminowych. Organy podatkowe niejednokrotnie kwestionowały możliwość zaliczenia tychże strat do kosztów uzyskania przychodu. Pomiędzy podatnikami i organami podatkowymi pojawiły się liczne spory. Wiele z nich trafiło przed sądy administracyjne, jednak rozstrzygane są one w niejednolity sposób. Niniejszy artykuł jest drugim z czterech w cyklu, którego celem będzie przepro-

* Dr, Katedra Prawa Finansowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański, e-mail: lk@prawo.univ.gda.pl

wadzenie dokładnej analizy problemu i ustalenie właściwej wykładni przepisów dotyczących zaliczania strat poniesionych na opcjach walutowych i kontraktach terminowych do kosztów uzyskania przychodu. Celem niniejszego artykułu jest ustalenie możliwości uznania straty na instrumentach pochodnych za wydatek związany z nabyciem tychże instrumentów, wyłączony z kosztów uzyskania przychodu. Przeprowadzona analiza wskazuje, że kwoty wypłacane tytułem strat nie mogą być uznane za wydatki związane z nabyciem instrumentów pochodnych, a więc powinny być co do zasady uznane za koszty uzyskania przychodu.

Słowa kluczowe:

opcja walutowa, kontrakt terminowy forward, koszt uzyskania przychodu, podatek dochodowy od osób prawnych, instrument pochodny, wydatek związany z nabyciem

Loss on Non-Deliverable Currency Options or Forward Contracts in Corporate Income Tax and the Notion of Expense Related to Acquisition of a Derivative (Abstract)

Due to financial crisis many entrepreneurs suffered heavy losses on currency options and forward contracts. Tax authorities tend to disallow deduction of those losses from the taxable income. Many cases ended up in administrative courts, resulting in judicature controversies on the issue in question. This paper is the second of four in a cycle. The aim of the whole cycle will be to analyze deeply these controversies and suggest the proper interpretation of the legal provisions, determining whether losses on currency options and forward contracts should or should not be regarded as tax-deductible expenses. The aim of this paper is to determine if the aforementioned losses may be regarded as expenses related to acquisition of these derivatives (excluded from tax-deductible expenses). The conducted analysis suggests that the expenses made to pay the losses cannot be regarded as such expenses, so they should be regarded as tax-deductible expenses if there are no other obstacles.

Keywords:

currency option, forward contract, tax-deductible expense, corporate income tax, derivative, expense related to acquisition

Wprowadzenie

Art. 15 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych¹, wprowadzający ogólną definicję kosztów uzyskania przychodu, wyklucza z kosztów wydatki wskazane w art. 16 ust. 1 tejże ustawy. Jednocześnie zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. za koszty uzyskania przychodów nie uważa się wydatków związanych z nabyciem pochodnych instrumentów finansowych – do czasu realizacji praw wynikających z tych instrumentów albo rezygnacji z realizacji praw wynikających z tych instrumentów albo ich odpłatnego zbycia – o ile wydatki te, stosownie do art. 16g ust. 3 i 4, nie powiększają wartości początkowej środka trwałego oraz wartości niematerialnych i prawnych. Powstaje w związku z tym pytanie, czy przepis ten wpływa na zasady kwalifikacji straty poniesionej w wyniku rozliczenia nieruchomości instrumentów pochodnych, w szczególności opcji walutowych i kontraktów terminowych, jako kosztu uzyskania przychodów².

Aby ustalić, czy straty poniesione na instrumentach pochodnych mogą stanowić koszty uzyskania przychodu, należy określić, czy stanowią one wydatki związane z nabyciem tych instrumentów oraz – ewentualnie – czy w przypadku przedterminowego zamknięcia instrumentów (które występowało zwykle w odniesieniu do „toksycznych” instrumentów z czasu ostatniego kryzysu finansowego) następuje realizacja praw z nich wynikających albo rezygnacja z tejże realizacji w rozumieniu ww. przepisu.

Jeżeli odpowiedź na pytanie pierwsze będzie negatywna, straty te podlegać będą zwykłym warunkom potrącalności kosztów (art. 15 ust. 1, 4d i 4e u.p.d.o.p.), gdyż art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. w ogóle nie znajdzie zastosowania. W takim wypadku druga kwestia stanie się bezprzedmiotowa (przynajmniej w odniesieniu do instrumentów, których dotyczy niniejsza publikacja). Skoro zaś odpowiedź ta będzie pozytywna, to konieczne stanie się rozpoznanie drugiego pytania. Jeżeli odpowiedź na nie będzie negatywna, to zastosowanie art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. spowoduje uniemożliwienie zaliczenia straty do kosztów uzyskania przychodów w momencie realizacji instrumentów. W praktyce orzecniczej odpowiedź na pytanie drugie często była właśnie negatywna (zagadnienie to będzie przedmio-

¹ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 851 z późn. zm.), dalej u.p.d.o.p.

² Szerzej o zagadnieniu opodatkowania „toksycznych” opcji i kontraktów forward w ujęciu ogólnym zob. pierwszy artykuł w cyklu: Ł. Karczyński, *Strata na „toksycznych” opcjach walutowych i kontraktach terminowych forward jako koszt uzyskania przychodu osoby prawnej – ujęcie ogólne*, „Financial Law Review” 2015, nr 1.

tem kolejnego artykułu w cyklu), co sprawiało, że pozytywna odpowiedź na pytanie pierwsze skutkowałą wykluczeniem możliwości traktowania straty wynikającej z rozliczenia instrumentu pochodnego jako kosztu uzyskania przychodu.

W zasadzie *prima facie* trudno mieć wątpliwości co do tego, że strat wynikających z rozliczenia nierzeczywistych instrumentów pochodnych nie zalicza się do wydatków na nabycie tychże instrumentów. Instrument zostaje bowiem nabyty niezależnie od tego, czy strata ta wystąpi, czy też nie. Jednak w judykaturze często pojawia się stanowisko, zgodnie z którym strata poniesiona w związku z zakończeniem kontraktu stanowi wydatek związany z jego nabyciem (a nie „na jego nabycie”) – a o takim jest mowa w art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. Można w tym miejscu zacytować reprezentatywny fragment wyroków WSA w Gliwicach z dnia 21 października 2010 r. (I SA/GI 539/10) oraz z 6 lipca 2010 r. (I SA/GI 460/10), które były jednymi z pierwszych orzeczeń, w których stanowisko to się pojawiło. I tak, zdaniem tego sądu, art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. „wprowadza ogólną zasadę, że wydatków związanych z nabyciem opcji, nie zalicza się do kosztów uzyskania przychodów, poza wyjątkami wymienionymi w tym przepisie. Wyłączenie określone w tym przepisie ma więc szeroki zakres, gdyż obejmuje wszystkie wydatki – poza wyjątkami – związane z nabyciem opcji. Ustawodawca nie posłużył się w tym przepisie sformułowaniem »wydatków na nabycie«, ale sformułowaniem »wydatków związanych z nabyciem«, a więc każdego wydatku, który de facto rodził uprawnienia związane z nabyciem instrumentu finansowego, jakim jest opcja. W związku z tym zdaniem sądu wydatkiem związanym z nabyciem opcji jest wydatek poniesiony na wcześniejsze zamknięcie opcji walutowych – gdyż nie byłoby możliwe jego poniesienie, bez wcześniejszego nabycia opcji. Ujmując rzecz inaczej, nie byłoby możliwe poniesienie wydatku z tytułu wcześniejszego zamknięcia opcji, bez nabycia opcji, a skoro tak, to wydatek poniesiony z tytułu wcześniejszego zamknięcia kontraktu opcyjnego związany jest z nabyciem opcji, a to przesądza o tym, że nie może stanowić kosztu uzyskania przychodu”³.

³ Stanowisko to przyjął także WSA w Rzeszowie w wyroku z dnia 15 grudnia 2009 r., I SA/Rz 888/09, WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 7 grudnia 2010 r., I SA/Po 561/10, WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 22 kwietnia 2013 r., I SA/Gd 17/13 oraz NSA w wyrokach z dnia 29 maja 2012 r., II FSK 2330/10, 17 września 2012 r., II FSK 233/11 oraz z 22 listopada 2012 r., II FSK 717/11. Poza WSA w Rzeszowie, którego orzeczeniu brakuje należytego uzasadnienia we wskazanym zakresie, stanowisko to było uzasadniane przez ww. sądy tak samo jak przez WSA w Gliwicach.

To oczywiste, że żaden wydatek wynikający z zamknięcia instrumentu nie może być poniesiony bez jego nabycia. Czy jednak na pewno o taki związek chodzi w art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p.?

Argumentacja z wykładni językowej i logicznej

Przed wszystkim należy odróżnić związek z nabyciem instrumentu finansowego od związku z instrumentem finansowym. Zakres pojęciowy tego drugiego terminu jest oczywiście szerszy i można do niego zaliczyć stratę z realizacji kontraktu. Trudno natomiast stratę tę uznać za związaną z nabyciem (otwarcie) instrumentu, skoro znacznie bardziej jest ona związana z jego zamknięciem. Z logicznego punktu widzenia trudno jest jeden i ten sam wydatek uznawać za związany i ze zbyciem (umorzeniem, zamknięciem), i z nabyciem (otwarcie) instrumentu. Zakres „związku z nabyciem” nie może zatem być nadmiernie rozszerzany. Jak uznał NSA w wyrokach z dnia 12 grudnia 2012 r. (II FSK 848/11, II FSK 849/11), „mając na uwadze obowiązek ścisłej interpretacji normy wyrażonej w powołanym przepisie uzasadnione jest odróżnienie »wyniku z realizacji instrumentu« od »nabycia instrumentów pochodnych«. Przepisy wykluczające wydatki z kosztów uzyskania przychodów, zawarte w art. 16 ust. 1 u.p.d.o.p., należy stosować ściśle. Są one bowiem wyjątkiem od zasady ujmowania wydatków związanych z przychodem w kosztach podatkowych (...). Stąd katalogu kosztów niestanowiących kosztów podatkowych z art. 16 u.p.d.o.p. nie należy – wbrew intencjom organów administracyjnych – rozszerzać bez wyraźnych wskazań ustawodawcy”. Także w piśmiennictwie zaznacza się, że „oczywiście umorzenie instrumentów finansowych jest możliwe tylko w przypadku uprzedniego ich nabycia, z drugiej jednak strony są to odrębne czynności, które mogą zostać dokonane w znacznym odstępstwie czasowym i związek między nimi trudno jednoznacznie nazwać bezpośrednim”⁴.

Dodać należy, że gdyby ustawodawca chciał objąć hipotezą normy z art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. straty poniesione na instrumentach pochodnych, to użyłby sformułowania „wydatki związane z pochodnymi instrumentami finansowymi”, względnie „wydatki związane z nabytymi pochodnymi instrumentami finansowymi”, a nie „wydatki związane z nabyciem pochodnych instrumentów finansowych”.

⁴ J. Godyń, G. Keler, *Zaliczenie do kosztów uzyskania przychodu wydatków związanych z nabyciem instrumentów pochodnych – wybrane problemy*, „Monitor Podatkowy” 2011, nr 11, s. 22.

wych”. Terminy „związek z nabyciem instrumentu” oraz „związek z instrumentem” odnoszą się bowiem do różnych pojęć.

Podsumowując, art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. nie posługuje się terminem „wydatek związany z pochodnym instrumentem finansowym” ani też „wydatek związany z nabytym pochodnym instrumentem finansowym”, lecz „wydatek związany z nabyciem pochodnego instrumentu finansowego” – nie można więc sprowadzać tego ostatniego terminu do równoznacznego z poprzedzającymi.

Myślności argumentacji pochodzącej z wzmiankowanych orzeczeń dowodzi także wewnętrzna sprzeczność zawarta w ich uzasadnieniach⁵. Otóż sądy stwierdzają najpierw, że za wydatki związane z nabyciem pochodnych instrumentów finansowych należy uznać wszystkie wydatki, które rodzą uprawnienia związane z nabyciem takiego instrumentu, ponieważ ustawodawca posłużył się sformułowaniem „wydatki związane z nabyciem”, a nie „wydatki na nabycie” (jak w niektórych innych przepisach u.p.d.o.p.). Z tym zdaniem notabene należy się zgodzić – chodzi tu jednak o wydatki związane bezpośrednio z nabyciem, ale niestanowiące ceny tegoż nabycia, takie jak na przykład podatek od czynności cywilnoprawnych czy odsetki od pożyczki zaciągniętej na nabycie instrumentu. Sądy twierdzą jednak jednocześnie, że w związku z powyższym za wydatki związane z nabyciem opcji walutowych należy uznać także wydatki związane z zamknięciem tychże opcji – skoro nie było możliwe zamknięcie opcji bez ich wcześniejszego nabycia. Sylogizm ten jest obciążony zasadniczym błędem w zakresie kierunku wnioskowania. Wydatek na pokrycie straty z realizacji instrumentu faktycznie nie powstałby, gdyby nie nastąpiło wcześniej nabycie instrumentu, jednak odwrotna relacja wcale nie zachodzi. Nie jest mianowicie tak, że wydatek na pokrycie tejże straty „rodzi uprawnienia związane z nabyciem tego instrumentu” – to zaś miało zdaniem sądów przesądzać o zaliczeniu go do wydatków związanych z nabyciem instrumentu, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. Uzasadnienia tego rodzaju są zatem wewnętrznie sprzeczne.

Co więcej, gdyby tak szeroko interpretować związek z nabyciem instrumentu pochodnego, to do kosztów uzyskania przychodów nie można by zaliczyć także takich wydatków, jak na przykład kosztów procesowych w sprawach cywilnych i podatkowych związanych z danym instrumentem – one też bowiem, wedle wadliwych kryteriów używanych przez znaczną część judykatury, musiałyby być uznane za związane z nabyciem instrumentów pochodnych. To zaś stanowiłoby

⁵ Zob. przypis 3.

ewidentny absurd, jakie bowiem byłoby uzasadnienie aksjologiczne wyłączenia z kosztów uzyskania przychodów tego rodzaju wydatków?

Z drugiej strony należy zauważyć, że orzecznictwo w referowanym zakresie nie jest wcale jednolite. Stanowisko odmienne niż wyżej wyrażone zajął NSA we wspomnianych już wyrokach z dnia 12 grudnia 2012 r. (II FSK 848/11, II FSK 849/11), rozróżniając wydatki stanowiące ujemny wynik na transakcji, ustalany na podstawie wyniku realizacji praw z instrumentu, oraz wydatki związane z nabyciem instrumentu. Zdaniem sądu art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. nie dotyczy wydatków ponoszonych przed realizacją praw wynikających z instrumentu pochodnego. Analogiczne stanowisko przyjął NSA w wyrokach z dnia 17 maja 2012 r. (II FSK 2137/10) i 22 czerwca 2012 r. (II FSK 2522/10).

Odrębny argument za proponowanym stanowiskiem podnieść można w przypadku opcji walutowych. Jak zostało wskazane na wstępie, charakter prawny kontraktów terminowych forward i opcji walutowych nie jest jednorodny.

Umowa zawarcia kontraktu terminowego co do zasady nie jest odpłatna, a w każdym razie odpłatnością za zawarcie kontraktu nie jest kwota wypłacana w razie jego „przegrania”. Gdyby bowiem była odpłatna, to byłoby możliwe wskazanie świadczenia wzajemnego, odpowiadającego kwocie wypłaconej w ramach straty na kontrakcie. Świadczenia takiego jednak brakuje.

Umowa o opcję ma zaś charakter odpłatny⁶. Świadczenia stron kontraktu opcyjnego są wzajemnie wymienne i równowartościowe. Wystawca opcji zakłada bowiem, że nabywca opcji nie wykona jej, a nabywca zakłada, że wykona opcję po cenie przynoszącej mu zysk względem zapłaconej premii⁷. Typowym wydatkiem na nabycie opcji niewątpliwie jest premia opcyjna, czyli należność uiszczana bankowi z góry w zamian za przyjęcie przezeń ryzyka zmiany kursu walutowego. W razie przyjęcia innego sposobu odpłatności wydatkiem jest natomiast to, co zostaje przyznane bankowi zamiast tejże premii: zazwyczaj jest to odwrotna opcja call. Opcja ta sama w sobie może (ale nie musi) posiadać wartość jako instrument pochodny.

Kontrakt opcyjny, w którym każda ze stron jest jednocześnie wystawcą i nabywcą opcji, przypomina zatem w pewnym sensie umowę zamiany (względnie barteru).

⁶ M. Romanowski, *Charakter prawny kontraktu opcyjnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 5, s. 27.

⁷ *Ibidem*, s. 27–28.

Tak jak w przypadku przedmiotów umowy zamiany (barteru) każda z opcji ma określoną wartość rynkową (w momencie jej wystawienia – często zerową z uwagi na odległość terminu wykonania opcji). I tak jak w przypadku umowy zamiany czy barteru to ta wartość stanowi wydatek na nabycie opcji.

Kontrakt terminowy forward jest więc pojedynczym instrumentem finansowym, w ramach którego obie jego strony mogą być uznane za jego nabywców. Opcja zaś jako instrument finansowy ma zawsze jednego wystawcę i jednego nabywcę. Ewentualnie wraz z nią może co najwyżej zostać wystawiona opcja odwrotna, tak jak zwykle następuje to w praktyce obrotu. Opcja odwrotna jest jednak odrębnym instrumentem finansowym. Art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. odnosi się zaś do każdego pojedynczego instrumentu finansowego z osobna. Przedsiębiorca może więc nabyć jedynie opcje, których wystawcą był bank, i tylko wydatki na te właśnie opcje mogłyby być wykluczone z kosztów uzyskania przychodu na podstawie art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. Należności, które przedsiębiorcy są obowiązani płacić bankom z tytułu realizacji kontraktów opcyjnych, wynikają zaś z opcji call wystawianych przez nich na rzecz banków. Strata poniesiona na typowym kontrakcie opcyjnym jest więc ewidentnie związana z realizacją opcji drugiej strony (nabytej przez drugą stronę), a nie z nabyciem opcji własnej, zwłaszcza że opcja własna zostaje nabyta niezależnie od tego, czy wydatek ten nastąpi, czy nie; innymi słowy, wydatek ten nie warunkuje nabycia ani nie jest przezeń warunkowany, a więc trudno uznać, by był z nim związany⁸.

Wydatki na pokrycie strat wynikających z opcji nie są zatem ponoszone w związku z ich nabyciem, gdyż ich nabywcą jest bank. Także zdaniem NSA⁹ art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. dotyczy wyłącznie wydatków ponoszonych przez nabywcę opcji, skoro wystawca opcji nie może ponosić kosztów związanych z nabyciem pochodnego instrumentu finansowego.

Argumentacja z wykładni systemowej

NSA w wyroku z 17 września 2012 r. (II FSK 233/11) zauważył, że „skoro w tej samej ustawie, w odniesieniu do wyłączenia niektórych kosztów z kosztów uzyskania przychodów ustawodawca posługuje się zarówno zwrotem »wydatki na«

⁸ Por. wyrok NSA z dnia 1 lutego 2011 r., II FSK 1725/09.

⁹ Wyrok NSA z dnia 17 września 2012 r., II FSK 233/11; tak też WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 10 lutego 2010 r., I SA/GI 677/09.

(tak np.: w art. 16 ust. 1 pkt 1 czy pkt 8b), jak i zwrotem »wydatki związane z« (w art. 16 ust. 1 pkt 8b i art. 15 ust. 1o), to zwrotom tym nie można przypisywać jednakowego znaczenia. Termin »wydatki związane z nabyciem« będzie terminem obejmującym więcej desygnatów niż termin »wydatki na nabycie« pochodnych instrumentów finansowych”.

Jak zostało już wspomniane, z ostatnim zdaniem należy się zgodzić. Stosując jednak wykładnię systemową, należy przeanalizować treść przepisów, które powołuje się jako jej podstawę. Skoro bowiem ustawodawca posługuje się w art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. terminem „wydatki związane z nabyciem”, a termin ten wymaga wyjaśnienia, to należy sprawdzić, czy inne przepisy tej samej ustawy, posługujące się analogicznymi sformułowaniami, nie wyjaśniają bliżej ich znaczenia.

Wyłączając art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p., termin „związanie z nabyciem”, a raczej terminy z nim równoważne, pojawiają się w art. 15 ust. 1o u.p.d.o.p. („wydatki związane z objęciem udziałów (akcji)”) oraz art. 16g ust. 3 u.p.d.o.p. („koszty związane z zakupem”).

I tak, zgodnie z art. 15 ust. 1o u.p.d.o.p., „jeżeli podatnik w związku z objęciem udziałów (akcji) w zamian za wkład niepieniężny poniósł wydatki związane z objęciem tych udziałów (akcji), to wydatki te powiększają koszty uzyskania przychodów, o których mowa w art. 15 ust. 1j u.p.d.o.p.” (tj. koszty związane z przychodem z objęcia udziałów lub akcji za wkład niepieniężny inny niż przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część). Objęcie można tu traktować analogicznie do nabycia w rozumieniu tejże ustawy podatkowej (od strony cywilnoprawnej objęcie udziałów lub akcji w spółce kapitałowej stanowi ich nabycie pierwotne), jednak w ustalaniu zakresu znaczeniowego terminu „wydatki związane z nabyciem (objęciem)” przepis ten nie dostarcza dodatkowych wskazówek.

Inaczej jednak jest w przypadku art. 16 ust. 3 u.p.d.o.p., zgodnie z którym „za cenę nabycia [środka trwałego lub wartości niematerialnej i prawnej – *przyp. Ł.K.*] uważa się kwotę należną zbywcy, powiększoną o koszty związane z zakupem naliczone do dnia przekazania środka trwałego lub wartości niematerialnej i prawnej do używania, a w szczególności o koszty transportu, załadunku i wyładunku, ubezpieczenia w drodze, montażu, instalacji i uruchomienia programów oraz systemów komputerowych, opłat notarialnych, skarbowych i innych, odsetek, prowizji [...]. W przypadku importu cena nabycia obejmuje cło i podatek akcyzowy od im-

portu składników majątku”. Zakup można w tym przypadku także traktować analogicznie do nabycia (zakup to nabycie odpłatne, a tylko takich przypadków dotyczy cytowany przepis).

Przepis ten wskazuje wyraźnie katalog najbardziej typowych kosztów (wydatków) związanych z odpłatnym nabyciem środka trwałego lub wartości niematerialnej i prawnej. Są to w szczególności koszty transportu, załadunku i wyładunku, ubezpieczenia w drodze, montażu, instalacji i uruchomienia, opłat notarialnych, skarbowych i innych, odsetek, prowizji, cła i podatku akcyzowego od importu. Wszystkie te koszty są ponoszone w momencie nabycia lub w jego bezpośredniej bliskości czasowej. Wszystkie są funkcjonalnie związane z samym nabyciem, a nie ze środkiem trwałym lub wartością niematerialną i prawną jako taką.

Podobnie należy wobec tego interpretować termin „związania z nabyciem” instrumentu pochodnego – wydatki związane z jego nabyciem to w szczególności premia opcyjna, podatek od czynności cywilnoprawnych, odsetki od kredytu czy pożyczki na nabycie instrumentu, opłaty bankowe itp. – a nie strata wynikająca z jego zamknięcia. Ponownie podkreślić zatem należy, że w art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. chodzi o wydatki związane z samym nabyciem instrumentu a nie z instrumentem w ogóle.

Argumentacja z wykładni celowościowej

Kolejne argumenty potwierdzające słuszność przedstawionego powyżej stanowiska przynosi wykładnia celowościowa. Interpretując prawo, należy bowiem badać nie tylko językowy sens przepisu, ale także *ratio legis*, tj. uzasadnienie stojące za jego wprowadzeniem do systemu prawnego. Prawo jest instrumentem regulacji stosunków społecznych i jako takie służy określonym celom. Dokonując zatem wykładni, nie można abstrahować od racji aksjologicznych, które legły przy uchwalaniu przez ustawodawcę określonej regulacji; proces wykładni wymaga dokonania szeregu czynności, w których znaczenie słów użytych w tekście przepisu jest dopiero jego początkiem, a nie końcem¹⁰.

W związku z powyższym należy więc zadać pytanie: jakiemu celowi służyłoby ewentualne wykluczenie spośród kosztów uzyskania przychodów wydatków poniesionych w związku ze stratą na instrumentach pochodnych?

¹⁰ Wyrok NSA z dnia 23 marca 2011 r., I FSK 764/10.

Podstawową zasadą konstrukcji podatku dochodowego od osób prawnych jest zasada opodatkowania dochodu jako sumy przychodów danego roku podatkowego, pomniejszonych o koszty ich uzyskania (art. 7 u.p.d.o.p.). Wyjątkiem jest natomiast wykluczanie określonych wydatków z kosztów uzyskania przychodu (art. 16 ust. 1 u.p.d.o.p.). Każde takie wykluczenie musi mieć swoje racjonalne uzasadnienie, skoro tworzy wyłom w najbardziej podstawowym elemencie konstrukcji podatku. Interpretując regulację z art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p., należy zatem zastanowić się, jakiemu celowi ma ona służyć.

Jak słusznie twierdzi się w doktrynie, „w obecnej formie przepis ten odracza moment zaliczenia wydatków do kosztów podatkowych do czasu realizacji praw wynikających z tych instrumentów albo rezygnacji z realizacji praw wynikających z tych instrumentów bądź też odpłatnego zbycia”¹¹. Art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. wprowadza zatem jedynie ograniczenie czasowe co do początkowego momentu, od którego podatnik uprawniony jest do rozpoznania kosztów z powyższego tytułu¹². Przepis ten „jest jednym z wielu wyjątków przewidzianych art. 16 ust. 1 u.p.d.o.p., który wyznacza jedynie moment ujęcia wydatku w kosztach uzyskania przychodów, nie przesądzając przy tym, czy dana kategoria jest kosztem podatkowym, czy nie”¹³. Analogiczne stanowisko pojawia się również w orzecznictwie sądów administracyjnych¹⁴, a nawet organów podatkowych¹⁵.

¹¹ J. Godyń, G. Keler, *Zaliczenie do kosztów...*, s. 21.

¹² Wyrok m.in. WSA we Wrocławiu z dnia 4 czerwca 2009 r., I SA/Wr 328/09, WSA w Gdańsku z 8 września 2009 r., I SA/Gd 413/09 i WSA w Bydgoszczy w wyroku z dnia 19 stycznia 2012 r., I SA/Bd 694/11.

¹³ R. Jurkiewicz, *Pochodne instrumenty finansowe w podatku dochodowym od osób prawnych*, „Prawo i Podatki” 2010, nr 11, s. 17. Tak też J. Godyń, G. Keler, *Zaliczenie do kosztów...*, s. 24.

¹⁴ Zdaniem wielu sądów „art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. przy ustalaniu momentu potrącenia kosztów uzyskania przychodów z tytułu realizacji praw z instrumentów pochodnych, wprowadza jedynie ograniczenie czasowe, co do początkowego momentu, od którego podatnik uprawniony jest do rozpoznania kosztów z powyższego tytułu; [...] podatnik jest uprawniony do potrącenia kosztów wynikających z rozliczenia instrumentu pochodnego (ujemny wynik z transakcji) w dacie poniesienia wydatku, zgodnie z art. 15 ust. 4d u.p.d.o.p.”. Tak NSA w wyrokach z dnia 1 lutego 2011 r., II FSK 1724/10, II FSK 1725/10, 17 maja 2012 r., II FSK 2137/10, 22 czerwca 2012 r., II FSK 2522/10, 12 grudnia 2012 r., II FSK 848/11, II FSK 849/11, 29 maja 2012 r., II FSK 2330/10 oraz z 22 listopada 2012 r., II FSK 717/11, a także WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 10 lutego 2010 r., I SA/Gl 677/09, i WSA we Wrocławiu w wyrokach z dnia 4 czerwca 2009 r., I SA/Wr 327/09 i I SA/Wr 328/09.

¹⁵ Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu w interpretacjach z dnia 10 czerwca 2011 r., ILPB3/423-284/10/11-S/EM i z 21 kwietnia 2011 r., ILPB4/423-36/11-2/MC, a także Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach w interpretacji z dnia 8 lutego 2011 r., IBPBI/2/423-1658/10/AK.

Celem tego odroczenia jest wyraźne powiązanie czasowe momentu osiągnięcia przychodu (lub ostatecznej rezygnacji z jego ewentualnego osiągnięcia) z momentem potrącenia kosztu, stanowiące *lex specialis* wobec standardowych reguł potrącalności w czasie kosztów pośrednich (art. 15 ust. 4d u.p.d.o.p.). Bez tego przepisu wydatek na nabycie instrumentu pochodnego, choć wyraźnie związany funkcjonalnie z przychodem z jego realizacji (lub stwierdzeniem jego braku), byłby potrącalny jak każdy inny koszt pośredni (z powodów wskazanych wcześniej) w momencie jego poniesienia.

Sens takiego przesunięcia czasowego istnieje jednak tylko dla wydatków, które są dokonywane przy nabyciu instrumentu finansowego (czyli w związku z nabyciem – w rozumieniu sugerowanym w niniejszej publikacji), np. podatku od czynności cywilnoprawnych, premii opcyjnej, odsetek od pożyczki na nabycie instrumentu czy ewentualnych kosztów notarialnych. Natomiast przesuwanie powstania kosztu do momentu zamknięcia instrumentu wydatków na pokrycie ujemnego wyniku finansowego (straty) nie znajduje najmniejszego oparcia w teleologii art. 16 ust. 1 pkt 8 u.p.d.o.p. – jaki bowiem byłby sens przesuwać moment zaliczenia tego wydatku do kosztów uzyskania przychodu do chwili realizacji instrumentu pochodnego, skoro strata powstaje właśnie w tymże samym momencie, a nawet później – dopiero gdy wydatek zostaje poniesiony w rozumieniu art. 15 ust. 4d i 4e u.p.d.o.p.? Przepis ten, z funkcjonalnego punktu widzenia, nie dotyczy zatem w ogóle straty poniesionej na instrumencie.

Także NSA stwierdzał w swoich wyrokach, że ograniczenie wynikające z art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p. nie dotyczy sytuacji, w której poniesienie wydatku nie następuje wcześniej niż realizacja praw wynikających z instrumentu pochodnego¹⁶. W takich przypadkach zdaniem NSA należy stosować reguły potrącania kosztów pośrednich, w szczególności art. 15 ust. 4d u.p.d.o.p.

Podsumowując, można zasadnie stwierdzić, że do wydatków na pokrycie strat na instrumentach pochodnych nie stosuje się art. 16 ust. 1 pkt 8b u.p.d.o.p., lecz przepisy ogólne art. 15 u.p.d.o.p.¹⁷

¹⁶ Wyroki NSA z dnia 1 lutego 2011 r., II FSK 1724/09, II FSK 1725/09, 17 maja 2012 r., II FSK 2137/10, 22 czerwca 2012 r., II FSK 2522/10, 12 grudnia 2012 r., II FSK 848/11, II FSK 849/11, 29 maja 2012 r., II FSK 2330/10 oraz z 22 listopada 2012 r., II FSK 717/11.

¹⁷ W dniu 3 grudnia 2015 r., już po oddaniu niniejszego tekstu do druku, Minister Finansów wydał interpretację ogólną, w której przyznał, że straty na instrumentach pochodnych należy kwalifikować w oparciu o art. 15 ust. 1 u.p.d.o.p., odmawiając możliwości zaliczenia ich do kosztów uzyskania przychodu tylko w przypadku ich spekulacyjnego charakteru (Dziennik Urzędowy Ministra Finansów z 14 grudnia 2015 r., poz. 87).

Literatura

- Godyń J., Keler G., *Zaliczenie do kosztów uzyskania przychodu wydatków związanych z nabyciem instrumentów pochodnych – wybrane problemy*, „Monitor Podatkowy” 2011, nr 11.
- Jurkiewicz R., *Pochodne instrumenty finansowe w podatku dochodowym od osób prawnych*, „Prawo i Podatki” 2010, nr 11.
- Karczyński Ł., *Strata na „toksycznych” opcjach walutowych i kontraktach terminowych forward jako koszt uzyskania przychodu osoby prawnej – ujęcie ogólne*, „Financial Law Review” 2015, nr 1.
- Romanowski M., *Charakter prawny kontraktu opcyjnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 5.

Akty prawa

- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 851 z późn. zm.).

Orzecznictwo

- Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 8 lutego 2011 r., IBPBI/2/423-1658/10/AK.
- Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 21 kwietnia 2011 r., ILPB4/423-36/11-2/MC.
- Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 10 czerwca 2011 r., ILPB3/423-284/10/11-S/ŁM.
- Wyrok NSA z dnia 1 lutego 2011 r., II FSK 1724/09.
- Wyrok NSA z dnia 1 lutego 2011 r., 1725/09.
- Wyrok NSA z dnia 23 marca 2011 r., I FSK 764/10.
- Wyrok NSA z dnia 17 maja 2012 r., II FSK 2137/10.
- Wyrok NSA z dnia 29 maja 2012 r., II FSK 2330/10.
- Wyrok NSA z dnia 22 czerwca 2012 r., II FSK 2522/10.
- Wyrok NSA z dnia 17 września 2012 r., II FSK 233/11.
- Wyrok NSA z dnia 22 listopada 2012 r., II FSK 717/11.
- Wyrok NSA z dnia 12 grudnia 2012 r., II FSK 848/11.
- Wyrok NSA z dnia 12 grudnia 2012 r., II FSK 849/11.
- Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 4 czerwca 2009 r., I SA/Wr 328/09.
- Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 8 września 2009 r., I SA/Gd 413/09.
- Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 15 grudnia 2009 r., I SA/Rz 888/09.

Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 10 lutego 2010 r., I SA/GI 677/09.
Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 6 lipca 2010 r., I SA/GI 460/10.
Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 21 października 2010 r., I SA/GI 539/10.
Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 7 grudnia 2010 r., I SA/Po 561/10.
Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 19 stycznia 2012 r., I SA/Bd 694/11.
Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 22 kwietnia 2013 r., I SA/Gd 17/13.

Wykaz skrótów

NSA – Naczelny Sąd Administracyjny

u.p.d.o.p. – ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych

WSA – Wojewódzki Sąd Administracyjny