



Polska Izba Nieruchomości Komercyjnych

RAPORT

DOTYCZĄCY REKLASYFIKOWANIA TRANSAKCJI SPRZEDAŻY NIERUCHOMOŚCI KOMERCYJNYCH JAKO ZBYCIA PRZEDSIĘBIORSTWA LUB JEGO ZORGANIZOWANEJ CZĘŚCI

WARSZAWA, PAŹDZIERNIK 2018 R.

Spis treści

| | |
|---|----|
| Wstęp..... | 3 |
| Sprzedaż nieruchomości komercyjnych – tło problemu | 4 |
| Sprzedaż nieruchomości komercyjnych – skutki podatkowe | 5 |
| Charakterystyka rynku nieruchomości komercyjnych | 7 |
| Rola deweloperów, inwestorów i innych podmiotów | 9 |
| Umowy związane z nieruchomością | 11 |
| Analiza podatkowa | 14 |
| Przepisy krajowe | 14 |
| Dyrektywa VAT i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej | 15 |
| Kryteria uznania nieruchomości komercyjnej za zorganizowaną część przedsiębiorstwa / przedsiębiorstwo..... | 17 |
| Podsumowanie i uwagi końcowe | 20 |

Wstęp

W związku z rozpoczęciem konsultacji podatkowych w sprawie opodatkowania podatkiem od towarów i usług¹ transakcji zbycia nieruchomości komercyjnych (zawiadomienie z 18 września 2018 r., znak PT9.8101.3.2018), Polska Izba Nieruchomości Komercyjnych², jako organizacja zrzeszająca podmioty działające na tym rynku, pragnie przedstawić swoje stanowisko w tym temacie. Pragniemy zwrócić uwagę, że analizy dotyczące zasad opodatkowania takich transakcji powinny być prowadzone z uwzględnieniem specyfiki tego rynku – czynnikiem rozróżniającym transakcje i opodatkowanie VAT jest kwestia czy sprzedaży podlega całe działające przedsiębiorstwo gospodarcze czy też towar / pojedyncze aktywo. Z tego względu, Izba w niniejszym raporcie prezentuje zasady działania rynku nieruchomości komercyjnych wraz z rolą podmiotów na nim występujących. Mamy nadzieję, że poniższe informacje będą pomocne w procesie uregulowania omawianej kwestii.

PINK jako organizacja reprezentująca branżę przedstawia poniższy raport licząc, że przedstawione w nim okoliczności będą stanowiły wyraźny argument przemawiający za wydaniem przez Ministra Finansów interpretacji ogólnej przepisów prawa podatkowego, w której ustalony zostanie jednoznaczny katalog kryteriów pozwalających na ocenę, czy transakcja zbycia, której przedmiotem jest nieruchomość komercyjna, stanowi dla celów VAT dostawę towarów, czy też zbycie przedsiębiorstwa bądź jego zorganizowanej części. W ocenie PINK, wydanie takiej interpretacji jest uzasadnione zarówno ze względu na interes Skarbu Państwa, jak również fakt, że zbyciu nieruchomości towarzyszy zwykle zaangażowanie znaczących kwot, przez co podmioty uczestniczące ponoszą istotne ryzyko finansowe w razie reklasyfikacji przedmiotu takich transakcji przez organy podatkowe oraz celno-skarbowe w toku podejmowanych przez nie czynności kontrolnych.

¹ Dalej jako: VAT.

² Dalej jako: PINK lub Izba.

Sprzedaż nieruchomości komercyjnych – tło problemu

Rynek nieruchomości jest jednym z obszarów gospodarki o dużym znaczeniu dla stabilności makroekonomicznej i finansowej kraju. Wchodzący w jego skład sektor nieruchomości komercyjnych obejmuje w szczególności budowę nowych obiektów użytkowych (galerii handlowych, biur, magazynów, czy innych powierzchni na wynajem), wynajem znajdujących się w nich powierzchni (komercjalizację nieruchomości), a także obrót istniejącymi nieruchomościami.

Bezpieczeństwo i płynność obrotu nieruchomościami komercyjnym stanowi podstawę stabilności tego rynku. W przypadku zbycia skomercjalizowanych obiektów, nabywca wstępuje w stosunki najmu w miejsce zbywcy, co wprost reguluje ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny³. Oprócz powyższych elementów typowych dla transakcji nieruchomościowych, zgodnie z wieloletnią praktyką funkcjonowania sektora, przedmiotem zbycia / cesji mogą (ale nie muszą) być:

1. umowy o zarządzanie nieruchomością,
2. umowy serwisowe i umowy o dostawy mediów istotne z punktu widzenia prowadzenia działalności w danym obiekcie,
3. należności i zobowiązania związane z przenoszonym majątkiem,
4. finansowanie udzielone przez zewnętrzną instytucję,
5. inne elementy o mniejszym znaczeniu dla prowadzenia działalności w danym obiekcie, np.:
 - a. wyposażenie budynku,
 - b. zabezpieczenia prawidłowego wykonania obowiązków wynikających z umów najmu ustanowionych przez najemców,
 - c. gwarancje należytego wykonania prac budowlanych, wykończeniowych i remontowych przez wykonawców,
 - d. dokumentacja techniczna, prawna i finansowa dotycząca nieruchomości, a także prawa autorskie do projektów budynków i prawo ochronne na zastrzeżone znaki towarowe,
 - e. prawa do domen internetowych związanych z nieruchomością,
 - f. regulaminy porządkowe nieruchomości.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami, sprzedaż nieruchomości może podlegać opodatkowaniu VAT albo podatkowi od czynności cywilnoprawnych⁴. Specyfika przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług⁵ w zakresie opodatkowania sprzedaży nieruchomości, w połączeniu z regulacjami dotyczącymi wstąpienia z mocy prawa w stosunki najmu w miejsce zbywcy, powodują brak pełnej jasności co do zasad opodatkowania takich operacji.

³ T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 ze zm.; dalej jako: **KC**; patrz art. 678 § 1 KC.

⁴ Dalej jako: **PCC**.

⁵ T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1221 ze zm.; dalej jako: **ustawa o VAT**.

Ocena czy dana transakcja powinna być traktowana jako sprzedaż odrębnego aktywa, czy też przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa⁶ powoduje liczne wątpliwości po stronie podatników (a także w praktyce organów skarbowych).

Uwzględniając złożoność obrotu nieruchomościami komercyjnymi, ich wartość oraz potrzebę obu stron pewności co do skutków podatkowych transakcji, podatnicy planujący udział w transakcjach będących przedmiotem niniejszego raportu od lat występowali do Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej⁷ (a w poprzednim stanie prawnym – do dyrektorów poszczególnych izb skarbowych) z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego. Celem takiego działania było zabezpieczenie pozycji podatkowej obu stron transakcji, a także – pośrednio – banku finansującego zakup. Zgodnie z wiedzą PINK, indywidualne interpretacje w minionych latach (okres prawie 10 lat) w praktyce zawsze potwierdzały, że sprzedaż wynajętej nieruchomości (wraz z automatycznym przejściem umów najmu) stanowi transakcję podlegającą VAT, a nie transakcję obejmującą sprzedaż zorganizowanej części przedsiębiorstwa, pozostającą poza zakresem opodatkowania. Natomiast począwszy od 2016 r., dominująca praktyka organów podatkowych uległa zmianie. Kontrolując wnioski o zwrot VAT składane przez nabywców nieruchomości, organy zaczęły uznawać transakcje sprzedaży nieruchomości z najmami za zbycie przedsiębiorstwa lub ZCP, które nie podlega VAT, ale jest opodatkowane PCC – co więcej stanowiska te były prezentowane w transakcjach, które zostały objęte wcześniej interpretacjami indywidualnymi potwierdzającymi opodatkowanie VAT.

Opisana zmiana podejścia nie wynika z nowelizacji przepisów prawa podatkowego, lecz jest konsekwencją modyfikacji sposobu wykładni obowiązujących regulacji i interpretacji zaistniałych stanów faktycznych, co tym bardziej uzasadnia potrzebę wydania interpretacji ogólnej.

Sprzedaż nieruchomości komercyjnych – skutki podatkowe

Zgodnie z jedną fundamentalnych zasad regulujących system VAT – zasadą powszechności opodatkowania, VAT podlega każdy etap obrotu, a ewentualne wyłączenia z zakresu opodatkowania muszą wynikać wprost z ustawy i być interpretowane w sposób ścisły. Jeżeli przedmiotem zbycia jest nieruchomość traktowana jako odrębny składnik majątku, zgodnie z powyższą regułą, transakcja jest opodatkowana VAT.

W sytuacji, gdy organy podatkowe ustalą, że przedmiotem zbycia jest przedsiębiorstwo lub ZCP, podczas gdy strony potraktowały tę transakcję jako opodatkowaną stawką podstawową VAT dostawę towarów, nabywcy nie będzie przysługiwać prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku wykazanego na fakturze wystawionej przez zbywcę (art. 88 ust. 3a pkt 2 ustawy o VAT). Nabywca zobowiązany będzie natomiast do uiszczenia zaległości z tytułu PCC (art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych⁸,

⁶ Dalej jako: **ZCP**.

⁷ Dalej jako: **Dyrektor KIS**.

⁸ T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1150 ze zm.; dalej jako: **ustawa o PCC**.

wraz z odsetkami) oraz – w odniesieniu do rozliczeń za okresy od początku 2017 r. – do zapłaty dodatkowego zobowiązania podatkowego na gruncie VAT.

Tego typu reklasyfikacje stanowią wyraz wspomnianej zmiany praktyki organów podatkowych, która miała miejsce w 2016 r. Według informacji PINK, zdecydowana większość podatników nie zgodziła się z decyzją organów skarbowych i broni swojej pozycji na poziomie sądów administracyjnych. Należy podkreślić, że kilka takich spraw zostało w ostatnim czasie rozstrzygniętych poprzez uwzględnienie skarg podatników (m.in. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego⁹ w Warszawie z 6 września 2018 r., sygn. III SA/Wa 3209/17, czy też wyrok WSA w Warszawie z 12 czerwca 2018 r., sygn. III SA/Wa 3331/17). Taka sytuacja – przy założeniu dalszego kwestionowania przez organy transakcji dokonywanych w przeszłości – poza destabilizacją rynku grozi także wysokimi kosztami dla budżetu państwa wynikających z potencjalnych rozstrzygnięć sądów pozytywnych dla podatników. Na powyższy element PINK zwracał już uwagę w raporcie przedstawionym Ministrowi Finansów w styczniu 2017 r. pt. *„Ocena działań administracji dotyczących reklasyfikowania transakcji sprzedaży nieruchomości jako przedsiębiorstwa / zorganizowanej części przedsiębiorstwa”*.

PINK zwraca uwagę, że zarówno sprzedawcy jak i nabywcy nieruchomości prowadzą działalność opodatkowaną VAT i w efekcie podatek ten powinien być dla nich neutralny. W zakresie transakcji, neutralność przejawia się w prawie do dokonania przez nabywcę odliczenia podatku naliczonego i zwrotu nadwyżki podatku naliczonego nad należnym. Tym samym, z punktu widzenia budżetu państwa, nie ma znaczenia, czy transakcja stanowi transakcję opodatkowaną VAT, czy pozostającą poza zakresem tego podatku. Różnica między obiema sytuacjami wynika z konieczności odprowadzenia PCC w przypadku transakcji, której przedmiot stanowi przedsiębiorstwo lub ZCP.

Brak jednoznacznych zasad i reguł klasyfikacji omawianych przedsięwzięć dla celów VAT sprawia jednak, że podatnicy składający wnioski o interpretację indywidualną prawa podatkowego nie dysponują wytycznymi odnośnie do tego, jak szczegółowo powinni doprecyzowywać opis planowanego przedsięwzięcia, jakie okoliczności towarzyszące planowanej transakcji powinni wskazać w składanym wniosku o interpretację i jakie czynniki powinni brać pod uwagę ustalając sposób jej opodatkowania, by nie narazić się w toku późniejszej kontroli podatkowej lub celno-skarbowej na zarzut nieprawidłowej kwalifikacji transakcji na gruncie ustawy o VAT i ustawy o PCC lub na zarzut nieprzedstawienia wszystkich istotnych informacji mogących rzutować na konkluzję Dyrektora KIS (co może doprowadzić w konsekwencji do odmowy ochrony wynikającej z uzyskanej interpretacji indywidualnej). Dodatkowym czynnikiem dramatycznie pogłębiającym niepewność jest fakt kwestionowania przez organy własnej wieloletniej praktyki oraz kwestionowanie indywidualnych interpretacji wydawanych przez organy skarbowe.

Jednocześnie trzeba podkreślić, że duża drobiazgowość wymagana obecnie przez organy (kwestionując wydane historycznie interpretacje indywidualne urzędy podnoszą różnice pomiędzy opisem stanu faktycznego a rzeczywistością w oparciu o nieistotne z punktu biznesowego detale) wydawanych interpretacji indywidualnych znacząco utrudnia innym podatnikom wyprowadzanie z nich

⁹ Dalej jako: **WSA**.

ogólnych wytycznych na potrzeby analizy własnych transakcji, co ogranicza praktyczne zastosowanie orzecznictwa organów podatkowych jako źródła informacji o wykładni przepisów prawa podatkowego. Praktyczne trudności związane z przygotowaniem wniosku o interpretację indywidualną przepisów wiążą się również z koniecznością złożenia go co najmniej na trzy miesiące przed planowaną datą transakcji. Na etapie prac nad wnioskiem, niektóre elementy (w praktyce mające drugorzędne znaczenie z punktu widzenia celu przedsięwzięcia) nie są ostatecznie ustalone lub wręcz są trudne do ustalenia.

Charakterystyka rynku nieruchomości komercyjnych

PINK zrzesza podmioty prowadzące działalność na rynku nieruchomości przeznaczonych na wynajem na potrzeby działalności gospodarczej (np. biura, powierzchnie handlowe, powierzchnie magazynowe). Poniższe informacje przedstawiamy w celu wyjaśnienia zasad działania tego rynku, gdyż właściwe zrozumienie roli działających na nim podmiotów, zaangażowanych aktywów, czynników decydujących o wartości przedsięwzięcia powinno pozwolić na właściwe określenie granicy pomiędzy nieruchomością z najemcami, a działającym samodzielnie przedsięwzięciem biznesowym (przedsiębiorstwem lub jego zorganizowaną częścią).

W tym sektorze działają dwa główne rodzaje podmiotów bezpośrednio zaangażowanych w transakcje obrotu nieruchomościami komercyjnymi: deweloperzy oraz inwestorzy. Deweloperzy / inwestorzy działają jako właściciele nieruchomości korzystając w ramach swojej działalności ze wsparcia szeregu innych podmiotów / usługodawców.

Zgodnie ze standardami funkcjonowania branży obowiązującymi od wielu lat zarówno na rynku polskim, jak i zagranicznym, nieruchomości komercyjne trzymane są przez deweloperów / inwestorów w spółkach celowych (*special purpose vehicle* – SPV). Oznacza to, że dany projekt (np. budynek biurowy lub centrum handlowe) jest własnością SPV, która oprócz tego aktywa nie posiada żadnych innych istotnych składników majątku, a poza przychodami z wynajmu danego projektu (i innymi z tym związanymi) nie generuje dodatkowych znaczących przychodów. Jednocześnie w przeważającej liczbie przypadków, SPV nie posiada pracowników i całość obsługi danej nieruchomości wykonywana jest przez inne wyspecjalizowane podmioty.

Uzasadnieniem takiego działania jest przejrzystość prowadzenia działalności w danym obiekcie. Ewentualne ryzyko związane z funkcjonowaniem poszczególnych projektów nie obciąża innych nieruchomości kontrolowanych przez dany podmiot gospodarczy. Działanie to pozwala na ułatwienie procesu oceny obiektu przez potencjalnych nabywców, a w efekcie zwiększa szansę na jego zbycie. W tym miejscu należy bowiem podkreślić, iż na rynku wartość nieruchomości podlegającej wynajmowi określana jest poprzez odniesienie do strumienia pieniądza jaki dana nieruchomość generuje i / lub może wygenerować z zawartych (lub możliwych do zawarcia umów najmu). W tym kontekście wszelkie dodatkowe przedsięwzięcia / przychody jedynie komplikowałyby obraz i utrudniały znalezienie nabywców / wycenę projektu.

Tworzenie SPV dedykowanych wyłącznie do konkretnej inwestycji pozwala ponadto na zwiększenie bezpieczeństwa kolejnej istotnej grupie podmiotów zaangażowanych w funkcjonowanie rynku, tj. bankom finansującym budowę oraz transakcje nabycia nieruchomości komercyjnych. W przypadku spółki celowej bank kredytujący ma po pierwsze pewność, że ograniczy ona działalność tylko do danej inwestycji, a po drugie, taka spółka daje bankowi większe możliwości ustanowienia zabezpieczeń wiarytelności niż w przypadku standardowych podmiotów prawnych prowadzących działalność gospodarczą. Jednocześnie przejrzystość strumieni przychodów i kosztów wynikająca z ograniczenia działalności do jednego projektu umożliwia bankowi ocenę zdolności generowania wolnej gotówki na potrzeby spłaty kredytu – przy działalności ograniczonej do jednego projektu możliwe jest precyzyjne szacowanie zarówno rodzajów, jak i wartości kosztów potrzebnych do właściwego zarządzania nieruchomością, co przy równie stabilnych i możliwych do oszacowania przychodach z wieloletnich umów najmu pozwala na możliwie dokładne określenie kluczowych parametrów do oceny kredytowej. Przejrzystość ta oraz względna pewność sprzyja kalkulowaniu atrakcyjnych ofert, tj. w praktyce tego typu kredyty bankowe są tańsze niż kredyty obrotowe czy udzielane na sfinansowanie bardziej skomplikowanych procesów.

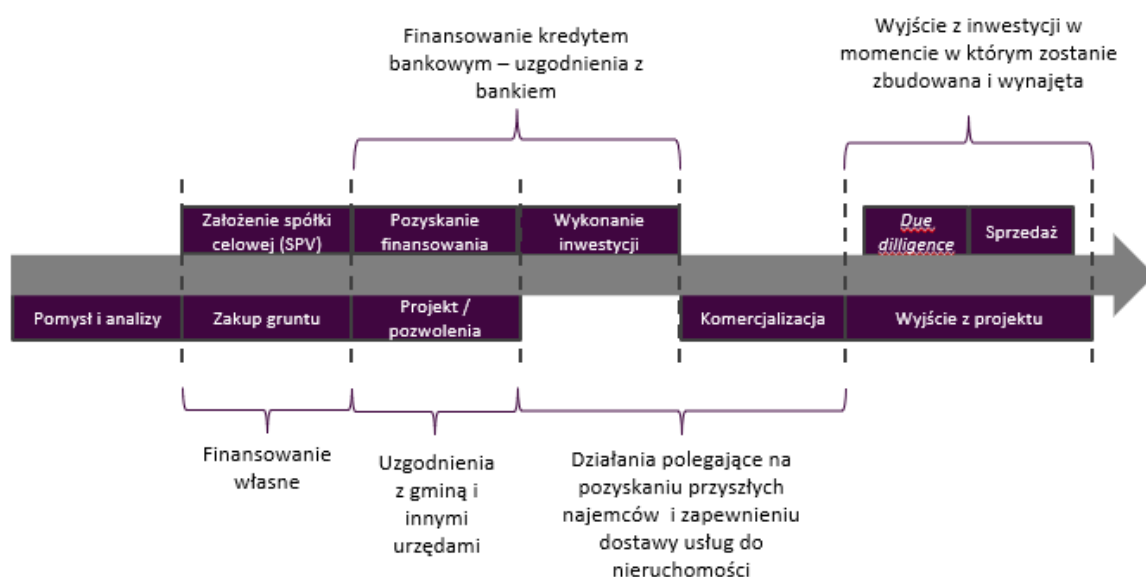
Podstawowymi aktywami SPV są budynki wraz z gruntem i przynależnościami oraz związanie z nimi umowy najmu. Działalności SPV służą również zawierane zwyczajowo umowy, w tym dotyczące wyspecjalizowanych usług zarządzania i administrowania nieruchomością, a także umowy serwisowe (umowy w zakresie *asset management*, *property management*, *facility management* świadczone przez podmioty z danej grupy lub podmioty trzecie) oraz umowy na dostawę mediów i usługi komunalne. Natomiast podstawowym pasywem SPV, poza kapitałem, jest finansowanie zewnętrzne – kredyt bankowy i / lub finansowanie pochodzące od podmiotu z grupy. Warto dodać, że w praktyce zdecydowana większość SPV korzysta z finansowania bankowego oraz finansowania grupowego. Finansowanie bankowe pomaga zmniejszyć zaangażowanie kapitału inwestorów (a jednocześnie bank będąc zabezpieczonym oczekuje niższej „ceny” za dostarczenie kapitału), z kolei finansowanie wewnątrzgrupowe znacznie ułatwia dystrybucję wolnej gotówki generowanej przez projekt (konieczność czekania na możliwość dystrybucji wynikającej z kodeksu spółek handlowych często oznaczałaby trzymanie wolnej gotówki w SPV przez kilka / kilkanaście miesięcy, co istotnie osłabia efektywność inwestycji).

W praktyce wartość projektów nieruchomościowych buduje się poprzez (i) wybór właściwej lokalizacji i odpowiedniego rodzaju budynku, (ii) dobór najemców i wynegocjowanie z nimi korzystnych czynszów, (iii) odpowiednie zarządzanie relacjami z istniejącymi najemcami, aktywne budowanie wizerunku nieruchomości na rynku, (iv) możliwie najtańsze dostarczenie kapitału. Pewne różnice występować będą między sytuacją dewelopera i inwestora oraz w zależności od segmentu rynku (np. centra handlowe vs. magazyny), ale wymienione wyżej obszary mają zdecydowanie największe znaczenie w tworzeniu wartości projektu. Występują także inne elementy, ale mają one zdecydowanie mniejsze znaczenie w ostatecznym wyniku danej inwestycji.

Rola deweloperów, inwestorów i innych podmiotów

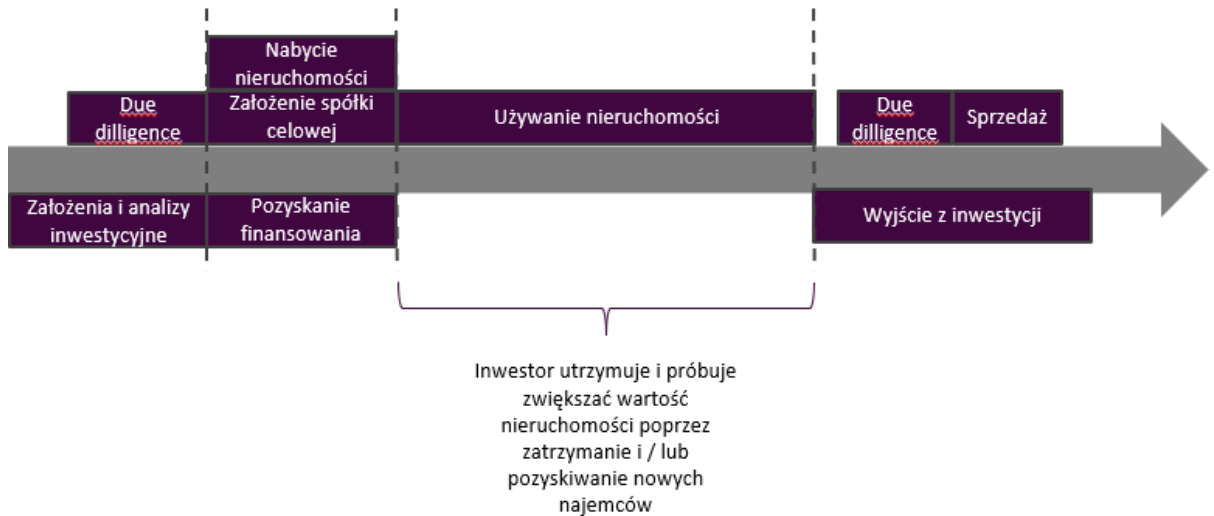
1. **Deweloperzy** zajmują się zakupem gruntu, realizacją inwestycji oraz jej komercjalizacją (tj. znalezieniem najemców / wynajęciem powierzchni). Wykorzystują wiedzę branżową i doświadczenie, aby zwiększyć wybrać właściwą lokalizację, projekt, wykonawcę oraz najemców i w ten sposób zbudować wartość nieruchomości oraz uzyskać jak największy zwrot z inwestycji. Z reguły intencją dewelopera jest jak najszybsza sprzedaż nieruchomości, aby zrealizować marżę za udane dokończenie projektu oraz odzyskać fundusze finansujące wybudowanie nieruchomości i zainwestować je w kolejny obiekt.

Poniższa grafika przedstawia w uproszczeniu najczęstszy schemat działania dewelopera w procesie powstawania, komercjalizacji i zbycia nieruchomości.



2. **Inwestorzy** kupują wynajęte nieruchomości w celu uzyskiwania stałego dochodu z czynszu oparte o wieloletnie (najczęściej 5-7 lat) umowy najmu. Wykorzystują oni wiedzę branżową, aby zwiększyć wartość nieruchomości oraz uzyskać jak największy zwrot z inwestycji – w zależności od sytuacji może wiązać się to z umiejętnością utrzymania najemcy i / lub znalezieniu nowych po zakończeniu obecnych umów najmu lub ze zmianą profilu najemców czy modernizacją budynku. Horyzont czasowy inwestycji jest różny – inwestorzy branżowi w założeniu kupują nieruchomości, aby stale trzymać je w portfelu, natomiast inwestorzy kapitałowi z reguły mają założony kilkuletni program inwestycyjny, po upływie którego sprzedają nieruchomości, aby dokonać rozliczenia inwestycji i dystrybucji środków. Poszczególni inwestorzy wykazują również zróżnicowany stopień zaangażowania środków własnych w okresie dysponowania nieruchomością komercyjną. Część z nich angażuje w działalność operacyjną danego obiektu własny personel (poprzez tzw. spółkę serwisową z grupy czyli podmiot zatrudniający ekspertów od zarządzania nieruchomościami), podczas gdy pozostali inwestorzy wykorzystują w tym celu podmioty zewnętrzne.

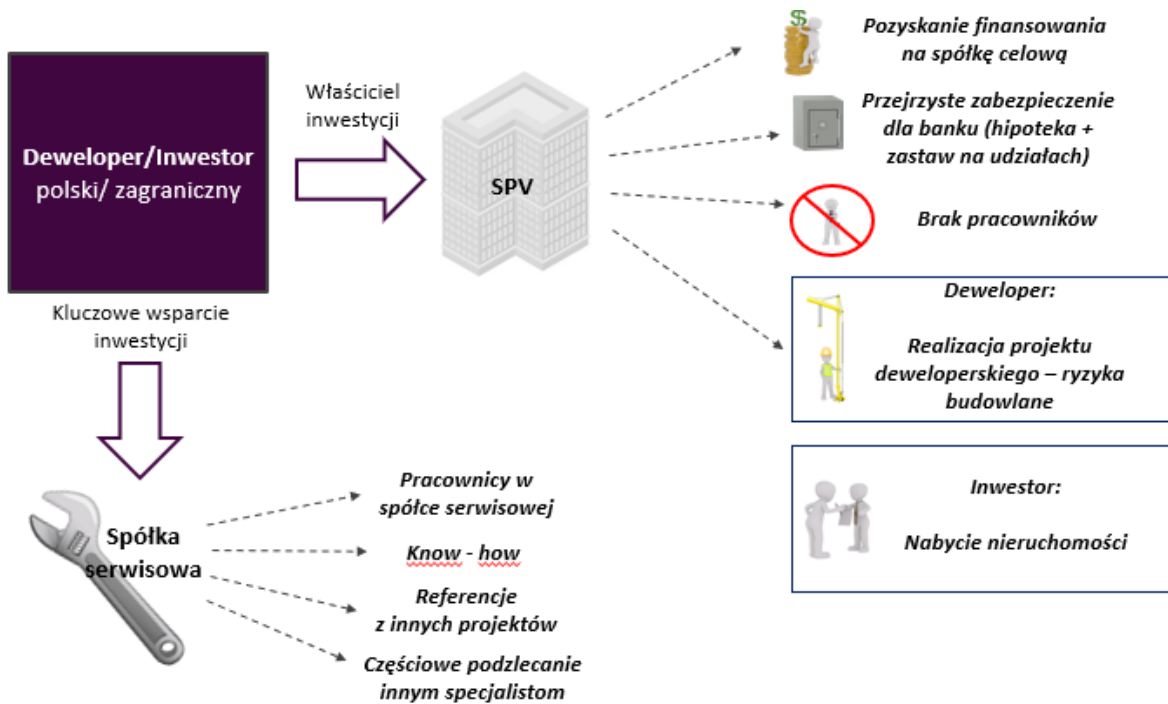
Poniższa grafika przedstawia typowy schemat działania inwestora w procesie nabycia i zbycia nieruchomości



Instytucjonalni deweloperzy i inwestorzy nie działają licząc na spekulacyjny wzrost wartości nieruchomości. Wartość nieruchomości i czerpane z nich zyski w procesie budowy, komercjalizacji czy re-komercjalizacji wynikają z posiadanej wiedzy, doświadczenia oraz umiejętnego zarządzania.

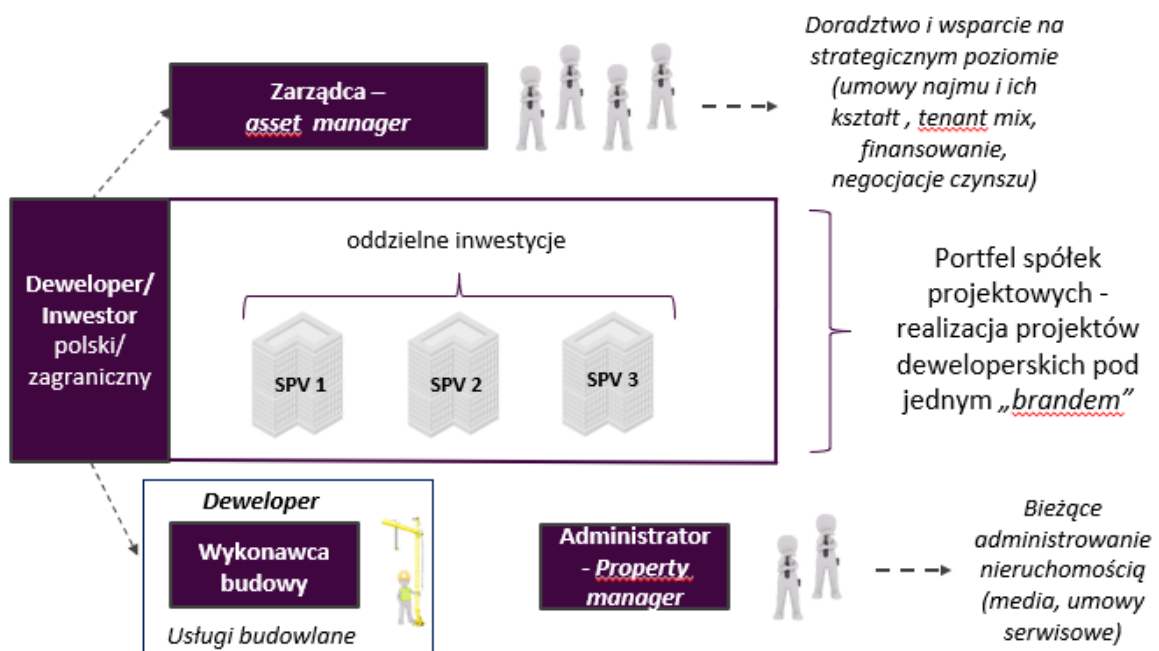
Istotą analizowanego rynku i jego funkcjonowania są transakcje, których przedmiotem jest nieruchomości. Deweloper, aby móc kontynuować swoją działalność, musi sprzedać nieruchomości, gdyż uzyskane ze sprzedaży środki pozwolą realizować kolejny projekt. Dla inwestora zakup nieruchomości stanowi początek działalności. Inwestorzy często działają w założonym z góry okresie inwestycji i po jego zakończeniu muszą sprzedać nieruchomości, aby móc zwrócić zebrane środki. Transakcje sprzedaży nieruchomości stanowią kluczowy element działalności rynku i są poprzedzane kompleksową oceną inwestycji przez nabywcę. Zasadność dokonania zakupu uzależniona jest od porównania kosztów operacyjnych prowadzenia działalności oraz oczekiwanych przychodów z najmu.

Należy dodać, że ze względu na wielkości transakcji (wartości nieruchomości zaczynają się od kilkudziesięciu milionów do ponad miliarda złotych, dominują transakcje o wartości w przedziale 100-500 mln złotych) w praktyce większość z nich odbywa się z pomocą finansowania bankowego. **Banki udzielając kredytów szczegółowo sprawdzają nieruchomości, strony transakcji i sam proces jej przeprowadzenia.** W tym zakresie banki działają jako dodatkowy regulator rynku – w szczególności brak finansowania bankowego (np. wynikający z obaw instytucji finansowych co do stabilności czy perspektyw danego projektu) w istotny sposób ogranicza możliwość rozwoju deweloperów i inwestorów. Co istotne, dawniej (tj. w okresie, w którym powszechną praktyką rynkową oraz organów podatkowych było opodatkowanie zbycia nieruchomości VAT według stawki podstawowej) znaczna część banków oferowała również dodatkowo krótkoterminowy kredyt pozwalający sfinansować VAT do momentu jego zwrotu przez urząd.



Umowy związane z nieruchomością

Należy również zauważyć, że celem zapewnienia efektywnego funkcjonowania inwestycji, zarówno wśród deweloperów, jak i inwestorów, powszechną praktyką rynkową stało się podejmowanie współpracy z innymi podmiotami, których działalność i wzajemna kooperacja przynieść ma korzyści w postaci odpowiedniego zarządzania oraz administrowania nieruchomością.



W ramach wspomnianej współpracy zawierane są istotne umowy dotyczące nieruchomości komercyjnej. Wszystkie z poniższych umów są potrzebne do funkcjonowania nieruchomości, ale jednocześnie istnieją istotne różnice między skalą wpływu danej usługi na wartość nieruchomości / projektu oraz poziom komplikacji usług. Poniżej krótka charakterystyka podstawowych rodzajów umów / usług:

- **usługi w zakresie *asset management*** – tj. zarządzanie aktywami (AMA). Usługi te mają kluczowy charakter dla wartości nieruchomości, powodzenia projektu. Usługi obejmują planowanie strategiczne w odniesieniu do inwestycji i dotyczą takich obszarów jak: (i) strategia wynajmowania budynku (rodzaje najemców, poziom czynszów oraz wysokość zachęt dla najemców, okres umów, rozproszenie najemców vs. jeden duży najemca, rozmieszczenie najemców w ramach budynku), (ii) źródła finansowania inwestycji, w tym negocjacje w zakresie finansowania / refinansowania bankowego, (iii) planowanie działań w zakresie kontroli kosztów i / lub poszukiwania dodatkowych źródeł przychodów, które może wygenerować nieruchomość, (iv) negocjacje z najemcami. W zakres usług AMA przygotowywane są średnio- i długoterminowe projekcje finansowe, zlecane są wyceny i przygotowywane są rekomendacje działań mających na celu wzrost wartości nieruchomości. Usługi zarządzania aktywami nie muszą obejmować całości wyżej wymienionych działań (a umowy mogą też obejmować inne usługi, także te opisane niżej), ale zawsze mają one na celu w pierwszej kolejności trwale budowanie wartości nieruchomości / inwestycji poprzez wskazywanie kierunków strategicznych i podejmowanie strategicznych decyzji. Ze względu na swój strategiczny charakter, tego typu usługi świadczone są z reguły przez wyspecjalizowane podmioty (działające w ramach grupy kapitałowej dewelopera / inwestora lub poza nią), a umowy z reguły zawierane są na poziomie grupy, tak aby elementy strategiczne uwzględniały całość lub istotną część danego portfela inwestycyjnego. Zdarza się także, że spółki z wykwalifikowanym personelem w tym zakresie świadczą usługi w ramach swojej grupy, ale także jednocześnie dla podmiotów niezależnych. Wynagrodzenie z tytułu tego typu usług określane jest często poprzez odniesienie do wysokości przychodu generowanego przez daną nieruchomość, wartości nieruchomości i / lub wzrostu / utrzymania jej wartości w czasie. Ze względu na swój charakter strategiczny wykonywanie tych usług nie wymaga obecności na terenie nieruchomości, a dodatkowo część z tych usług może być wykonywana także zagranicą;

- **usługi w zakresie *property management*** – tj. zarządzanie nieruchomością (PMA) mają na celu bieżące zarządzanie obiektem i obejmują przygotowywania raportów o funkcjonowaniu nieruchomości, kontrolę nad budżetem (w tym planowanie ponoszonych nakładów kapitałowych, określanie zaliczek na poczet opłat eksploatacyjnych), bieżące / codzienne kontakty z najemcami, obsługę administracyjną budynku oraz umów najmu (protokoły wydania i zwrotu pomieszczeń, zabezpieczenia najemców, płatności czynszów, ubezpieczenia nieruchomości, rozliczenia w zakresie użytkowania wieczystego czy podatku od nieruchomości). Zdarza się także, że zarządzający nieruchomością uczestniczy w negocjacjach umów najmu (zwłaszcza z istniejącymi najemcami) uzupełniając w tym zakresie prace menedżera aktywów. Usługi *property management* są zwykle świadczone za wynagrodzeniem stałym lub procentowym, wyliczanym w zależności od wysokości czynszów najmu, przez personel obecny na

terenie nieruchomości. W praktyce, PMA jest często zawierana wraz z umową w zakresie *facility management* (o której mowa poniżej);

- **usługi w zakresie *facility management*** – tj. usługi kompleksowej obsługi nieruchomości (FMA) obejmują głównie czynności zabezpieczające i / lub o charakterze technicznym takie jak dokonywanie: bieżących napraw i konserwacji, sprzątnięcia i ochrony obiektu, utrzymania zieleni itp. Wynagrodzenie za usługi *facility management* zwykle określa się w stałej kwocie, a prace wykonuje personel obecny na terenie nieruchomości (np. kierownik techniczny budynku);

- **umowy na dostawę mediów i usługi komunalne** – dotyczą one zapewnienia bieżących dostaw do nieruchomości m.in. energii elektrycznej, ciepłej, chłodniczej, wody, a także świadczenia usług odbioru ścieków, wywozu i unieszkodliwiania odpadów, jak i usług telekomunikacyjnych.

Podsumowując, czynności o charakterze strategicznym, które *de facto* decydują o kształcie i efektywności prowadzonego przedsięwzięcia gospodarczego świadczone są głównie w ramach usługi zarządzania aktywami (AMA) i te umowy mają największe znaczenie dla wartości nieruchomości. Doświadczenie podmiotów świadczących te usługi oraz decyzje podejmowane na bazie tych usług mają największy wpływ na charakter prowadzonej działalności. Pozostałe usługi – choć niewątpliwie niezbędne do prowadzenia działalności polegającej na wynajmie nieruchomości – mają charakter w znacznie mniejszym stopniu strategiczny i zindywidualizowany, i w efekcie nie mają wpływu na kierunek w jakim działa dane przedsiębiorstwo. Nieprzypadkowo bardzo często wyspecjalizowane grupy kapitałowe zajmujące się działalnością deweloperską i / lub inwestycyjną właśnie w tym obszarze posiadają własne wykwalifikowane zespoły. Wynika to z chęci kontrolowania najważniejszego elementu zarządzania projektem dotyczącym nieruchomości przeznaczonych na wynajem.

Jednocześnie strony transakcji kupna / sprzedaży działającej już nieruchomości dobierają zakres usług, które „podążają” za nieruchomością (czy poprzez cesję, czy też zawarcie nowej umowy, ale z tym samym dostawcą usług i zasadniczo tożsamej co do zakresu i pozostałych warunków) zgodnie ze swoimi potrzebami. Najczęściej decyzje o przeniesieniu praw i obowiązków dotyczą umów kluczowych dla realizacji inwestycji, tj. usług zarządzania aktywami (AMA) lub w pewnym, mniejszym stopniu zarządzania nieruchomością (PMA).

Analiza podatkowa

Przepisy krajowe

Sprzedaż nieruchomości może podlegać opodatkowaniu VAT według stawki 23% albo PCC według stawki 2%. O rodzaju należnego podatku decyduje klasyfikacja przedmiotu transakcji oraz jego historia.

PCC opodatkowane są transakcje, w których nieruchomość stanowi przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część (art. 6 pkt 1 ustawy o VAT w związku z art. 2 pkt 4 ustawy o PCC) lub transakcje, które podlegają zwolnieniu z VAT (zgodnie z art. 2 pkt 4. lit. b ustawy o PCC).

W świetle powyższego, kluczowego znaczenia nabiera ustalenie, kiedy zbywane składniki majątkowe obejmujące m.in. nieruchomość komercyjną mogą zostać uznane za przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część.

VAT stosuje się przy transakcji sprzedaży nieruchomości jako odrębnego aktywa. W odniesieniu do wielu transakcji, sprzedaż nieruchomości podlega zwolnieniu z VAT (art. 43 ust. 1 pkt 10 i 10a ustawy o VAT). Z uwagi jednak na specyfikę nieruchomości komercyjnych (sprzedaż bezpośrednio po komercjalizacji lub po wieloletnim najmie), w praktyce zwolnienie z VAT rzadko znajduje zastosowanie (art. 43 ust. 10 w związku z art. 43 ust. 1 pkt 10 ustawy o VAT) i efektywnie transakcje podlegają opodatkowaniu VAT.

Mając na uwadze, że zazwyczaj zarówno sprzedawcy jak i nabywcy nieruchomości prowadzą działalność opodatkowaną stawką podstawową VAT, podatek ten powinien być dla nich neutralny.

W myśl art. 6 pkt 1 ustawy o VAT, przepisów tej ustawy nie stosuje się do transakcji zbycia przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa.

Ustawa o VAT definiuje w art. 2 pkt 27e pojęcie „zorganizowanej części przedsiębiorstwa”. Stosownie do przywołanego przepisu, przez ZCP rozumie się organizacyjnie i finansowo wyodrębniony w istniejącym przedsiębiorstwie zespół składników materialnych i niematerialnych, w tym zobowiązania, przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, który zarazem mógłby stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujące te zadania.

Analiza przytoczonej definicji ZCP wskazuje, iż podstawowym wymogiem dla uznania, że transakcja dotyczy zorganizowanej części przedsiębiorstwa, jest wydzielenie zespołu składników materialnych i niematerialnych w istniejącym przedsiębiorstwie. Wydzielenie to ma zachodzić jednocześnie na trzech płaszczyznach: organizacyjnej, finansowej i funkcjonalnej, rozumianych zgodnie z zasadniczo jednolitą linią interpretacyjną i orzecznictwem w następujący sposób:

- **wyodrębnienie organizacyjne** w strukturze przedsiębiorstwa – oznacza, iż wyodrębniony zespół składników majątkowych ma swoje miejsce w strukturze organizacyjnej podatnika i funkcjonuje np. jako

dział, wydział oddział, czy też zakład. Powyższe musi być potwierdzone odpowiednim dokumentem takim jak statut, regulamin, zarządzenie lub innym o podobnym charakterze¹⁰;

- **wyodrębnienie finansowe** – oznacza sytuację, w której poprzez odpowiednią ewidencję zdarzeń gospodarczych możliwe jest przyporządkowanie do wyodrębnionego zespołu składników majątkowych przychodów i kosztów oraz należności i zobowiązań, co nie musi jednak wiązać się z koniecznością sporządzania odrębnego bilansu lub rachunku zysków i strat¹¹;

- **wyodrębnienie funkcjonalne** – oznacza, iż wyodrębniony zespół składników majątkowych musi stanowić funkcjonalnie odrębną całość – musi obejmować elementy niezbędne do samodzielnego prowadzenia działań gospodarczych, którym służy w strukturze przedsiębiorstwa, a więc posiadać potencjalną zdolność do funkcjonowania na rynku jako samodzielny podmiot gospodarczy w składzie takim, jaki jest zbywany na rzecz drugiego podmiotu, a nie po uzupełnieniu go o inne składniki majątkowe przez nabywcę¹².

Dyrektywa VAT i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Poprzez powołane przepisy art. 2 pkt 27e i art. 6 pkt 1 ustawy o VAT Polska zdecydowała się na skorzystanie z opcji przewidzianej w art. 19 dyrektywy 2006/112/WE z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej¹³, zgodnie z którym w przypadku przekazania, odpłatnie lub nieodpłatnie lub jako aportu do spółki całości lub części majątku, państwa członkowskie mogą uznać, że dostawa towarów nie miała miejsca i że w takim przypadku osoba, której przekazano towary, będzie traktowana jako następcą prawny przekazującego. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹⁴ wskazał: „w odniesieniu do pojęcia »przekazanie, odpłatnie lub nieodpłatnie lub jako wkładu do spółki całości lub części aktywów«, (...) pojęcie to jest terminem autonomicznym prawa Unii Europejskiej, który należy interpretować jednolicie na całym jej obszarze. Wobec braku definicji tego pojęcia w szóstej dyrektywie oraz wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich znaczenie i zakres tego pojęcia należy ustalić z uwzględnieniem jego kontekstu oraz celu, jakiemu służy omawiane uregulowanie”¹⁵. Tym samym, analizując pojęcie zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej

¹⁰ Interpretacja indywidualna Dyrektora KIS z 13 kwietnia 2018 r., nr 0112-KDIL1- 1.4012.72.2018.2.RW; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z 13 marca 2017 r., nr 1061- IPTPP3.4512.18.2017.2.JM; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 18 listopada 2016 r., nr 2461-IBPP3.4512.652.2016.2.MN; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 24 lutego 2016 r., nr IPPP3/4512-1080/15-4/WH; wyrok WSA (dalej jako: **WSA**) we Wrocławiu z 24 stycznia 2017 r., sygn. I SA/Wr 1125/16 (orzeczenie prawomocne); wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej jako: **NSA**) z 23 listopada 2017 r., sygn. I FSK 327/16.

¹¹ Interpretacja indywidualna Dyrektora KIS z 1 marca 2018 r., nr 0111-KDIB3-2.4012.25.2018.2.MN; interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 6 czerwca 2017 r., sygn. 0114-KDIP1-1.4012.181.2017.1.KOM; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 7 października 2016 r., nr IBPP3/4512-454/16-2/KS; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 29 kwietnia 2016 r., nr IPPP1/4512-267/16-2/MPe; wyrok WSA w Rzeszowie z 22 listopada 2016 r., sygn. I SA/Rz 649/16 (orzeczenie prawomocne).

¹² Interpretacja indywidualna Dyrektora KIS z 20 lutego 2018 r., nr 0114-KDIP1-1.4012.7.2018.2.RR; interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 27 czerwca 2017 r., nr 0114-KDIP1-1.4012.226.2017.1.IZ; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 30 stycznia 2017 r., nr 2461-IBPP3.4512.941.2016.1.AZ; interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z 30 marca 2016 r., nr IPTPP3/4512-567/15-2/ALN; I SA/Bd 38/16 (orzeczenie prawomocne); wyrok NSA z 30 listopada 2017 r., sygn. I FSK 418/16; wyrok NSA z 1 lutego 2017 r., sygn. I FSK 999/15; wyrok NSA z 24 listopada 2016 r., sygn. I FSK 1316/15.

¹³ Dalej jako: **Dyrektywa VAT**.

¹⁴ Dalej jako: **TSUE**.

¹⁵ Wyrok TSUE z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-444/10 Christel Schriever, teza 22.

części na gruncie polskiej ustawy o VAT, należy też mieć na uwadze wykładnię przepisu Dyrektywy VAT prezentowaną przez TSUE.

Należy jednak zauważyć, że TSUE w żadnym z wydanych dotąd wyroków dotyczących interpretacji art. 19 Dyrektywy VAT (lub jego odpowiednika w dyrektywie uchylonej Dyrektywą VAT) nie rozpatrywał kwestii objęcia dyspozycją tego przepisu transakcji polegającej na przeniesieniu własności nieruchomości komercyjnej. Orzeczenia TSUE odnoszące się do oceny, czy na gruncie Dyrektywy VAT zbycie pewnych aktywów stanowi przeniesienie „całości lub części majątku” dotyczą zupełnie innych kategorii działalności, rządzących się inną specyfiką niż nieruchomości komercyjne¹⁶.

Niemniej, z orzecznictwa TSUE można wyprowadzić znaczące wnioski na potrzeby rozpatrywanego zagadnienia. Przede wszystkim, podstawowym elementem oceny planowanej transakcji powinno być ustalenie, czy dochodzi do przeniesienia działającego biznesu, a nie tylko pojedynczych aktywów. W orzeczeniach TSUE podkreśla się, iż ocena, jakie dobra – ruchome lub nieruchome – są niezbędne do utworzenia przedsiębiorstwa lub ZCP, musi być dokonywana „z punktu widzenia charakteru prowadzonej działalności gospodarczej”¹⁷. W odniesieniu do transakcji będących przedmiotem niniejszego raportu, należy podkreślić, że istota działalności gospodarczej w zakresie najmu nieruchomości komercyjnych sprowadza się do osiągania zysku z tytułu najmu powierzchni komercyjnych w relacji do kosztów obsługi obiektu (na które składają się koszty zarządzania oraz spłata finansowania udzielonego przez podmioty trzecie) oraz zapewnienie średnio- i długoterminowego utrzymania i / lub wzrostu wartości nieruchomości poprzez podejmowanie odpowiednich decyzji strategicznych. Dla prowadzenia tego typu działalności niezbędnym jest m.in. zapewnienie efektywnego zarządzania i administrowania nieruchomością, a także zapewnienie jej świadczeń serwisowych oraz dostaw mediów i usług komunalnych. W tym kontekście, na uwagę zasługują tezy TSUE, iż aby nastąpiło przekazanie przedsiębiorstwa lub jego samodzielnej części, konieczne jest, by całość przekazanych składników pozwalała na prowadzenie samodzielnej działalności gospodarczej¹⁸.

Tezy wyroków TSUE znalazły odzwierciedlenie w orzeczeniach polskich sądów administracyjnych, w których rozpatrywano zagadnienie kwalifikacji dla celów VAT zbywanych nieruchomości komercyjnych. W wyroku z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. I FSK 1316/15, NSA wskazał: „*Same w sobie nieruchomości (zabudowane nieruchomości) nie tworzą całości zdolnej do prowadzenia samodzielnej działalności gospodarczej. Nie stanowią zatem zorganizowanej części przedsiębiorstwa, nawet jeżeli były wykorzystywane przez sprzedawcę również do działalności gospodarczej polegającej na*

¹⁶ Wyrok C-651/11 z 30 maja 2013 r. w sprawie Staatssecretaris van Financiën przeciwko X BV dotyczy zbycia udziałów w spółce; wyrok C-444/10 z 10 listopada 2011 r. w sprawie Finanzamt Lüdenscheid przeciwko Christel Schriever dotyczy przekazania zapasu towarów oraz wyposażenia sklepu z artykułami sportowymi z jednoczesną dzierżawą lokalu handlowego; wyrok C-29/08 z 29 października 2009 r. w sprawie Skatteverket przeciwko AB SKF dotyczy przeniesienia 100% akcji w spółce; wyrok C-137/02 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie Finanzamt Offenbach am Main-Land przeciwko Faxworld Vorgründungsgesellschaft Peter Hünninghausen und Wolfgang Klein GbR dotyczy przekazania aktywów w postaci: umowy najmu, środków trwałych, urządzeń technicznych i maszyny; wyrok C-497/01 z 27 listopada 2003 r. w sprawie Zita Modes Sàrl przeciwko Administration de l'enregistrement et des domaines dotyczy zbycia przedsiębiorstwa związanego z produkcją odzieży na rzecz podmiotu prowadzącego handel kosmetykami; wyrok C-408/98 z 22 lutego 2001 r. w sprawie Abbey National plc przeciwko Commissioners of Customs and Excise dotyczy przeniesieniem aktywów z tytułu prawa do 125-letniego „najmu” i „podnajmu”.

¹⁷ Wyrok TSUE z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-444/10 Christel Schriever, teza 26.

¹⁸ Wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-651/11 X BV, teza 34.

wynajmowaniu tych nieruchomości lub ich części, albo znajdujących się na nich obiektów budowlanych i ich części (...) sprzedaż wyodrębnionych z takiego zakładu pojedynczych lub nawet wszystkich nieruchomości, nie mogłaby być uznana za sprzedaż zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Bez całej struktury składającej się na działalność w zakresie wynajmu nieruchomości – wciąż byłaby to jedynie sprzedaż nieruchomości, jako składników majątkowych. Okoliczność, że w ramach swojej działalności nabywca nieruchomości uprzednio wynajmowanych, także wykorzystuje te nieruchomości do działalności w zakresie wynajmu nieruchomości (czyni z nich przedmiot najmu) nie oznacza, że nieruchomości te w momencie ich sprzedaży stanowiły zorganizowaną część przedsiębiorstwa, co jest warunkiem zastosowania art. 6 pkt 1 u.p.t.u.”¹⁹.

Kryteria uznania nieruchomości komercyjnej za zorganizowaną część przedsiębiorstwa / przedsiębiorstwo

Przedstawiona analiza przepisów i dorobku orzeczniczego Dyrektora KIS oraz sądów administracyjnych i TSUE upoważnia w świetle praktyki biznesowej do przyjęcia, że transakcję, której przedmiotem jest nieruchomość wykorzystywana komercyjnie można dla celów VAT uznać za zbycie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części tylko wtedy, gdy **łącznie** spełnione są poniższe przesłanki, o ile występują one w działalności przed transakcją. Podkreślić należy, że jeżeli w danym przedsięwzięciu dany obszar działalności nie występuje, to jego brak nie powinien sam w sobie decydować o tym, że transakcja nie może dotyczyć zorganizowanej części przedsiębiorstwa.

1) Warunek pierwszy – składniki majątkowe i związane z nimi umowy najmu

Warunek ten należy uznać za spełniony, gdy przedmiotem transakcji pomiędzy stronami są:

- budynek wraz z gruntem, na którym jest on położony – przy czym bez znaczenia dla kwalifikacji transakcji pozostaje tytuł prawny do gruntu (własność lub użytkowanie wieczyste) oraz
- infrastruktura towarzysząca budynku – tj. budowle i obiekty małej architektury znajdujące się na działkach gruntu tworzących zbywaną nieruchomość, takie jak parkingi, chodniki, totemy i pylony reklamowe, ławki, kwietniki, itp. oraz
- wyposażenie budynku oraz jego przynależności – ruchomości znajdujące się w budynku używane przy prowadzeniu działalności polegającej na wynajmie powierzchni tego budynku, niestanowiące wyłącznej własności najemców (np. meble w recepcji budynku, telefony, komputery, dokumentacja techniczna i prawna nieruchomości – w tym regulamin i budżet budynku oraz karty wstępu, kody i certyfikaty, książka obiektu) oraz

¹⁹ Podobnie wyrok NSA z 26 stycznia 2018 r., sygn. I FSK 1127/17, wyrok NSA z 30 listopada 2017 r., sygn. I FSK 418/16, wyrok NSA z 1 lutego 2017 r., sygn. I FSK 999/15, wyrok NSA z 24 listopada 2016 r., sygn. I FSK 1316/15, wyrok NSA z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. I FSK 1090/12.

- prawa z umów najmu powierzchni budynku będącego przedmiotem transakcji – przy czym warunek ten jest spełniony domyślnie ze względu na dyspozycję art. 678 § 1 KC, zgodnie z którym w razie zbycia rzeczy najętej w czasie trwania najmu nabywca wstępuje w stosunek najmu na miejsce zbywcy oraz
- prawa z zabezpieczeń wniesionych przez najemców lub wykonawców prac budowlanych lub remontowych w nieruchomości (tytułem zabezpieczenia należytego wykonania prac), tj. wpłacone kaucje, prawa z przedstawionych gwarancji bankowych oraz
- prawa autorskie oraz wartości niematerialne i prawne związane bezpośrednio z nieruchomością i jej obsługą, tj. prawa autorskie do projektu budowlanego, licencje do oprogramowania wykorzystywanego przy obsłudze nieruchomości, znaki towarowe, prawa do nazwy handlowej nieruchomości.

Należy podkreślić, że nie wszystkie elementy muszą w transakcji występować – w każdym przypadku decydujące znaczenie ma przeniesienie nieruchomości i infrastruktury oraz umów najmu.

2) Warunek drugi – umowa o zarządzanie aktywami

Warunek ten należy uznać za spełniony, gdy w ramach transakcji dojdzie do cesji na rzecz nabywcy praw i obowiązków z tytułu zawartej przez zbywcę umowy na zarządzanie aktywami (*asset management*) lub umowy o podobnym charakterze. Jednocześnie dla charakteru transakcji nie powinny mieć znaczenia umowy zarządzania nieruchomością (PMA), obsługi nieruchomości (FMA) czy dostawy mediów / innych usług dotyczących obsługi nieruchomości.

O spełnieniu tego warunku nie może przesądzać nazwa umowy dotyczącej zarządzania nieruchomością, lecz jej przedmiot (treść) i wzajemne zobowiązania stron tej umowy – w szczególności chodzi zatem o usługi mające charakter strategiczny, kierunkowy dla prowadzenia danej działalności gospodarczej / inwestycji, a nie o usługi dotyczące codziennej obsługi nieruchomości czy bieżących kontaktów z najemcami. Jednocześnie od strony oceny danej transakcji nie jest istotne czy nabywca nieruchomości staje się stroną umowy o zarządzanie aktywami, którą ma zbywca poprzez cesję tej umowy czy zawarcie w ramach transakcji lub krótko po niej umowy o zarządzanie aktywami z tym samym podmiotem i o zbliżonych warunkach.

3) Warunek trzeci – finansowanie

Warunek ten należy uznać za spełniony, gdy w ramach transakcji dojdzie do przeniesienia finansowania jakie posiadał sprzedawca – chodzi o finansowanie udzielone przez zewnętrzną instytucję finansową (np. bank) i / lub finansowanie grupowe.

Jednocześnie od strony oceny danej transakcji nie jest istotne czy nabywca nieruchomości staje się stroną umowy o finansowanie, którą ma zbywca poprzez cesję tej umowy czy zawarcie w ramach transakcji lub krótko po niej umowy na finansowanie z tą samą instytucją, o podobnym zakresie i warunkach.

4) Warunek czwarty – należności

W ocenie PINK, wymienione powyżej trzy warunki mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia uznania przedmiotu transakcji za ZCP / przedsiębiorstwo. Poniżej przedstawiamy dodatkowe kryterium, którego uwzględnienie powinno być rozważane w celu zapewnienia zbieżności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Zwracamy jednak uwagę, że jego waga z biznesowego punktu widzenia jest mniejsza niż wymienionych w punktach 1-3.

Warunek ten należy uznać za spełniony, gdy w ramach transakcji dojdzie do przeniesienia na rzecz nabywcy:

- należności z tytułu czynszu najmu oraz innych należności dotyczących zbywanej nieruchomości, o ile występują na moment transakcji oraz
- należności i zobowiązań z rachunków bankowych zbywcy używanych na potrzeby rozliczeń dotyczących zbywanej nieruchomości.

Dopiero łączne spełnienie wszystkich powyższych warunków opisanych powyżej uprawniać będzie do stwierdzenia, że sprzedaż nieruchomości będącej przedmiotem transakcji stanowi zbycie przedsiębiorstwa sprzedawcy (zorganizowanej części tego przedsiębiorstwa), a więc nie podlega opodatkowaniu VAT jako dostawa towarów. Połączenie nieruchomości, umów najmu, finansowania, należności z najmu oraz usług strategicznego zarządzania inwestycją umożliwia skuteczne prowadzenie działalności zasadniczo w ten sam sposób w jaki realizował ją sprzedawca.

Inne okoliczności towarzyszące transakcji (np. cesje innych umów, okoliczność, że strony transakcji są podmiotami powiązanymi, ten sam adres siedziby obu stron, przeniesienie lub nie dokumentacji dotyczącej obsługi nieruchomości), jako niewymienione wprost w jednym z warunków, nie powinny w żadnym stopniu wpływać na dokonywaną ocenę, czy zbycie nieruchomości stanowić będzie dostawę towaru podlegającą VAT, czy też pozostające poza jego zakresem zbycie przedsiębiorstwa (jego zorganizowanej części). W praktyce dla prowadzonej działalności mają one znaczenie drugorzędne, tzn. są potrzebne, ale nie determinują sposobu prowadzenia przedsiębiorstwa i nie stanowią jego kluczowych składników.

Należy podkreślić, że ocena spełnienia ww. warunków powinna być dokonywana na moment zawierania transakcji, tj. podpisania umowy (przrzeczonej) sprzedaży – z zastrzeżeniem warunku dotyczącego dostaw mediów. Jednocześnie, powyższe warunki należy uznać za spełnione bez względu na to, czy przeniesienie wymienionych w nich składników majątku, praw i obowiązków dokonane zostanie w drodze jednej lub kilku umów.

Podsumowanie i uwagi końcowe

W ocenie PINK, w związku z wątpliwościami dotyczącymi traktowania zbycia nieruchomości komercyjnych jako transakcji opodatkowanej VAT lub wyłączonej z zakresu opodatkowania tym podatkiem, istnieją wyraźne argumenty przemawiające za wydaniem przez Ministra Finansów interpretacji ogólnej przepisów prawa podatkowego. W interpretacji tej powinien znaleźć się katalog kryteriów (np. w zaproponowanym przez PINK kształcie) pozwalających na ocenę, czy transakcja zbycia, której przedmiotem jest nieruchomość komercyjna, stanowi dla celów VAT dostawę towarów, czy też zbycie przedsiębiorstwa bądź jego zorganizowanej części.

Dodatkowo, mając na uwadze wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasadę zaufania obywateli do państwa (określaną również jako zasada lojalności państwa wobec obywatela), w ocenie PINK, przedstawione powyżej kryteria klasyfikacji transakcji do celów VAT i PCC powinny znaleźć zastosowanie zarówno w odniesieniu do czynności mających miejsce po wydaniu interpretacji ogólnej, jak i czynności dokonanych przed jej wydaniem. W konsekwencji, dokonane w przeszłości transakcje, które nie spełniały łącznie wszystkich wymienionych powyżej warunków, nie powinny być traktowane jako zbycie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części. Zaproponowane podejście będzie również wpisywać się w standardy dotyczące możliwości powołania się przez podatnika na utrwaloną praktykę interpretacyjną (instytucja prawna wynikająca z art. 14n § 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa²⁰) i wynikającą z tego ochronę analogiczną do uzyskanej w drodze „własnej” interpretacji indywidualnej. Podmioty działające w zaufaniu do jednolitej wówczas wykładni przepisów prawa podatkowego powinny mieć pewność, iż w zbliżonym stanie faktycznym zastosowanie znajdą analogiczne zasady rozliczenia podatku, jak te wyrażone przez organy podatkowe w wydanych uprzednio interpretacjach podatkowych.

²⁰ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 800 ze zm.



Polska Izba Nieruchomości Komercyjnych

Polska Izba Nieruchomości Komercyjnych

ul. Grzybowska 5a

00-132 Warszawa

tel. +48 22 324 59 95

email: kontakt@stowarzyszeniepink.org.pl

Raport został przygotowany przy współpracy z firmą doradcą Crido.

