

KLAUZULA RZECZYWISTEGO BENEFICJENTA (*BENEFICIAL OWNERSHIP*) W MIĘDZYNARODOWYM PRAWIE PODATKOWYM

Michał Wilk

MONOGRAFIE LEX



LEX

a Wolters Kluwer business



W SERII UKAZAŁY SIĘ:

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA ZA WYDANIE
NIEZGODNEJ Z PRAWEM DECYZJI PODATKOWEJ

Anna Drywa

KONTROLA PODATKOWA, SKARBOWA I CELNA.

WYZWANIA TEORII I PRAKTYKI

Tomasz Nowak, Aleksandra Sędkowska,
Przemysław Malinowski

PODATKI A ETYKA

Andrzej Gomułowicz

WSPÓŁUCZESTNICY W PROCEDURACH PODATKOWYCH

Bogumił Pahl

OPODATKOWANIE DOCHODÓW KAPITAŁOWYCH OSÓB FIZYCZNYCH

Anna Maria Panasiuk

INTERPRETACJE PRAWA PODATKOWEGO I CELNEGO

– STABILNOŚĆ I ZMIANA

Wojciech Morawski

REGULACJE W ZAKRESIE PRAWA CELNEGO I PODATKU
AKCYZOWEGO PO PRZYSTĄPIENIU POLSKI DO UNII EUROPEJSKIEJ.

DOŚWIADCZENIA I PERSPEKTYWY

redakcja naukowa

Piotr Stanisławiszyn, Tomasz Nowak

OPODATKOWANIE PRZENIESIENIA WŁASNOŚCI NIERUCHOMOŚCI

Ewelina Bobrus

ZASADA NEUTRALNOŚCI PODATKU OD WARTOŚCI DODANEJ

W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

UNII EUROPEJSKIEJ

Dariusz Gibasiewicz

WPROWADZANIE TOWARÓW NA OBSZAR CELNY UNII EUROPEJSKIEJ

Karol Piech

**KLAUZULA RZECZYWISTEGO
BENEFICJENTA
(*BENEFICIAL OWNERSHIP*)
W MIĘDZYNARODOWYM
PRAWIE PODATKOWYM**

Michał Wilk



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2015

Stan prawny na 1 marca 2015 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Andrzej Gomułowicz

Wydawca

Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący

Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne

Anna Łubińska-Bujak

Łamanie

Just Luk Łukasz Drzewiecki, Justyna Szumieł, Krystyna Szych

Układ typograficzny

Marta Baranowska

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ

Więcej na www.legalnakultura.pl

POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2015

ISBN 978-83-264-8109-3

ISSN 1897-4392

Wydane przez:

Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Anecie i Marysi

Spis treści

Wykaz skrótów / 11

Wstęp / 15

Rozdział I

Ewolucja klauzuli *beneficial ownership* / 23

1.1. Uwagi wstępne / 23

1.2. Ujęcie tradycyjne – okres poprzedzający wprowadzenie klauzuli *beneficial ownership* do KM OECD / 24

1.2.1. Prace Grupy Roboczej nr 27 nad opodatkowaniem odsetek i należności licencyjnych / 24

1.2.2. Prace Grupy Roboczej nr 21 nad nadużyciem umów o UPO / 29

1.2.3. Pojęcie *beneficial owner* w umowach o UPO zawartych w latach 1942–1977 / 32

1.2.4. Wprowadzenie klauzuli *beneficial ownership* do KM OECD w 1977 r. / 41

1.3. Ujęcie współczesne – klauzula *beneficial ownership* a spółki podstawione / 41

1.3.1. Raport o spółkach podstawionych z 1986 r. / 42

1.3.2. Zmiany w Komentarzu do KM OECD z 1995 r. / 45

1.3.3. Raport o spółkach osobowych z 1999 r. / 47

1.3.4. Zmiany w Komentarzu do KM OECD z 2003 r. / 48

1.3.5. Raport o podmiotach zbiorowego inwestowania z 2010 r. / 49

1.4. Przyszłość klauzuli *beneficial ownership* – zmiany wprowadzone w 2014 r. / 52

1.5. Znaczenie wykładni historycznej w interpretacji pojęcia *beneficial owner* / 54

1.6. Wnioski / 63

Rozdział II

Rozumienie pojęcia *beneficial owner* w prawie wewnętrznym / 66

- 2.1. Uwagi wstępne / 66
- 2.2. *Beneficial owner* w systemach prawnych *common law* / 67
 - 2.2.1. Początki kształtowania się pojęcia *beneficial owner* w systemie prawa słuszności / 67
 - 2.2.2. Własność w systemach prawnych *common law* – wybrane zagadnienia / 69
 - 2.2.3. Pojęcie *beneficial owner* w brytyjskim systemie *common law* / 70
 - 2.2.4. Pojęcie *beneficial owner* w amerykańskim i kanadyjskim systemie prawa *common law* / 72
- 2.3. Pojęcie *beneficial owner* na gruncie prawa kontynentalnego / 75
 - 2.3.1. Pojęcie *beneficial owner* w Niemczech / 75
 - 2.3.2. Pojęcie *beneficial owner* we Francji / 76
 - 2.3.3. Pojęcie *beneficial owner* w Polsce / 78
 - 2.3.3.1. Prawo podatkowe / 78
 - 2.3.3.2. Inne gałęzie prawa / 100
 - 2.3.4. Własność w prawie kontynentalnym – wybrane zagadnienia / 101
 - 2.3.5. Polskie tłumaczenie pojęcia *beneficial owner* / 107
- 2.4. Wnioski / 112

Rozdział III

Rozumienie pojęcia *beneficial owner* we współczesnym orzecznictwie sądowym / 115

- 3.1. Uwagi wstępne / 115
- 3.2. Wielka Brytania: *Indofood International Finance Ltd* / 116
- 3.3. Kanada: *Prévost Car* i *Velcro* / 123
 - 3.3.1. *Prévost Car* / 123
 - 3.3.2. *Velcro* / 126
- 3.4. Hiszpania: *Real Madrid* / 129
- 3.5. Dania: *SKM 2011.121*, *2010.729* i *SKM 2011.57* / 132
 - 3.5.1. *SKM 2011.121* oraz *SKM 2010.729* / 132
 - 3.5.2. *SKM 2011.57* / 134
- 3.6. Francja: *Diebold* i *Bank of Scotland* / 135
 - 3.6.1. *Diebold* / 135
 - 3.6.2. *Bank of Scotland* / 137

- 3.7. Szwajcaria: *A. Holding Aps* i *A-6537/2010 (Bank A swap transactions)* / **140**
 - 3.7.1. *A. Holding Aps* / **140**
 - 3.7.2. *A-6537/2010 (Bank A swap transactions)* / **142**
- 3.8. Holandia: *market maker* / **144**
- 3.9. Stany Zjednoczone: *Aiken Industries* / **147**
- 3.10. Chiny / **150**
- 3.11. Znaczenie orzeczeń zapadłych w obcych jurysdykcjach dla wykładni pojęcia *beneficial owner* przez organy stosujące prawo w Polsce / **156**
- 3.12. Wnioski / **164**

Rozdział IV

Rozumienie pojęcia *beneficial owner* w międzynarodowym prawie podatkowym / 166

- 4.1. Uwagi wstępne / **166**
- 4.2. *Beneficial owner* jako pojęcie języka międzynarodowego prawa podatkowego / **167**
- 4.3. Zasady wykładni międzynarodowego prawa podatkowego a cechy szczególne pojęcia *beneficial owner* / **175**
- 4.4. Podmioty wyłączone z zakresu znaczeniowego pojęcia *beneficial owner* / **179**
 - 4.4.1. Uwagi wstępne / **179**
 - 4.4.2. Zastępcy *sensu largo* / **180**
 - 4.4.2.1. Pojęcie zastępcy na gruncie prawa cywilnego / **182**
 - 4.4.2.2. *Agent* i *nominee* w rozumieniu *common law* / **185**
 - 4.4.2.3. *Agent* (zastępca) w języku międzynarodowego prawa podatkowego / **188**
 - 4.4.3. Quasi-zastępcy – spółki podstawione (*conduit companies*) / **196**
 - 4.4.3.1. Spółka podstawiona jako odrębny byt prawny / **196**
 - 4.4.3.2. Pojęcie spółki podstawionej (*conduit company*) / **197**
 - 4.4.3.3. Wąski zakres uprawnień spółki podstawionej – kryteria oceny / **204**
- 4.5. Prawny charakter testu *beneficial ownership* / **221**
- 4.6. Klauzula dobrej wiary / **227**
- 4.7. Kwestie dowodowe / **229**

- 4.8. Znaczenie prawne zmian Komentarza do KM OECD dla interpretacji istniejących umów o UPO / 234
- 4.9. Wnioski / 241

Rozdział V

Rozumienie pojęcia *beneficial owner* w prawie Unii Europejskiej / 244

- 5.1. Uwagi wstępne / 244
- 5.2. Dyrektywa Interest & Royalties / 245
- 5.3. Dyrektywa Parent-Subsidiary / 256
- 5.4. Wnioski / 260

Rozdział VI

Charakter prawny klauzuli *beneficial ownership* / 261

- 6.1. Uwagi wstępne / 261
- 6.2. Klauzula *beneficial ownership* jako element normy dystrybucyjnej dookreślający cechy podmiotów uprawnionych do korzyści traktatowych / 262
- 6.3. Klauzula *beneficial ownership* jako szczególny instrument przeciwko unikaniu opodatkowania / 268
- 6.4. Wnioski – mieszany charakter prawny klauzuli rzeczywistego beneficjenta / 275

Rozdział VII

Przeciwdziałanie zjawisku *treaty shopping* przy wykorzystaniu klauzuli *beneficial ownership* a pewność prawa – postulaty względem polskiej polityki podatkowej / 280

- 7.1. Uwagi wstępne / 280
- 7.2. Sfera stanowienia prawa / 282
 - 7.2.1. Umowy o UPO / 282
 - 7.2.2. Prawo krajowe / 292
- 7.3. Sfera stosowania prawa / 300
- 7.4. Wnioski / 304

Zakończenie / 307

Bibliografia / 313

Wykaz orzecznictwa / 327

Wykaz pism / 329

Wykaz skrótów

1. Akty prawne

dyrektywa IR, dyrektywa Interest & Royalties	dyrektywa Rady 2003/49/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych Państw Członkowskich (Dz. Urz. UE L 157 z 26.06.2003, s. 49; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 9, t. 1, s. 380 z późn. zm.)
dyrektywa PS, dyrektywa Parent- -Subsidiary	dyrektywa Rady 2011/96/UE z dnia 30 listopada 2011 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych Państw Członkowskich (Dz. Urz. UE L 345 z 29.12.2011, s. 8, z późn. zm.)
dyrektywa Savings	dyrektywa Rady 2003/48/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie opodatkowania dochodów z oszczędności w formie wypłacanych odsetek (Dz. Urz. UE L 157 z 26.06.2003, s. 38; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 9, t. 1, s. 369, z późn. zm.)
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
konwencja strasburska	Konwencja o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych, sporządzona w Strasburgu dnia 25 stycznia 1988 r. (Dz. U. z 1998 r. Nr 141, poz. 913 z późn. zm.)

k.s.h.	ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 z późn. zm.)
KWPT	Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439, załącznik)
o.p.	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 749 z późn. zm.)
p.p.s.a.	ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.)
u.p.d.o.f.	ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 361 z późn. zm.)
u.p.d.o.p.	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.)
u.p.p.p.	ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 455 z późn. zm.)

2. Czasopisma i oficjalne publikatory

AUL	Acta Universitatis Lodziensis
BIT	Bulletin for International Taxation
Biul. Skarb.	Biuletyn Skarbowy Ministerstwa Finansów
BTR	British Tax Review
Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz.	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej / Wspólnot Europejskich
UE/WE	
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
Eur. Tax.	European Taxation
KPP	Kwartalnik Prawa Prywatnego

KPPod.	Kwartalnik Prawa Podatkowego
M. Pod.	Monitor Podatkowy
M. Praw.	Monitor Prawniczy
PiP	Państwo i Prawo
POP	Przegląd Orzecznictwa Podatkowego
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
Pr. Spółek	Prawo Spółek
Prz. Pod.	Przegląd Podatkowy
PS	Przegląd Sądowy
Rec.	zbiór orzeczeń sądów wspólnotowych (przed dniem 1 maja 2004 r.)
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
St. Iur.	Studia Iuridica
St. Pr.-Ek.	Studia Prawno-Ekonomiczne
TNI	Tax Notes International
Zb. Orz.	zbiór orzeczeń sądów wspólnotowych (po dniu 1 maja 2004 r.)
ZNSA	Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego

3. Inne

CIV	instytucja zbiorowego inwestowania (ang. <i>collective investment vehicle</i>)
EOG	Europejski Obszar Gospodarczy
GAAR	ogólna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania (ang. <i>General Anti-Abuse Rule</i>)
G20	grupa 19 państw oraz Unia Europejska
HMRC	Urząd Skarbowy i Celny Jej Królewskiej Mości (ang. Her Majesty's Revenue & Customs)
IBFD	Międzynarodowe Biuro Dokumentacji Podatkowej (ang. International Bureau of Fiscal Documentation)

IFA	Międzynarodowe Stowarzyszenie Podatkowe (ang. International Fiscal Association)
KM	Konwencja modelowa
LOB	klauzule ograniczające korzyści (ang. <i>limitation on benefits</i>)
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
OECD	Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (ang. Organization for Economic Co-operation and Development)
OEEC	Europejska Organizacja Współpracy Gospodarczej (ang. Organization for European Economic Co-operation)
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
SPV	spółka specjalnego przeznaczenia (ang. <i>Special Purpose Vehicle</i>)
TRS	swap całkowitego dochodu (ang. <i>total return swap</i>)
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości)
umowy o UPO	umowy w sprawie unikania podwójnego opodatkowania
WSA	wojewódzki sąd administracyjny

Wstęp

Międzynarodowy obrót gospodarczy w ostatnich dziesięcioleciach charakteryzuje się rosnącą mobilnością kapitału i globalizacją wymiany dóbr i usług. Zjawisko to stanowi dla przedsiębiorców szansę na ekspansję na nowe rynki na niespotykaną jak dotąd skalę, ale także prowadzi do zaostrzenia konkurencji z uwagi na coraz łatwiejszy dostęp wielu podmiotów gospodarczych do większości rynków świata. W takiej sytuacji przedsiębiorcy stają przed trudnym zadaniem wypracowania strategii gospodarczych prowadzących do osiągnięcia satysfakcjonujących zysków. Jednocześnie trzeba zauważyć, że mimo upodabniania się do siebie współczesnych systemów podatkowych¹ istotna część rozwiązań szczególnych wykazuje daleko idące zróżnicowanie. Należy również pamiętać o utrzymującym się znacznym zróżnicowaniu wysokości obciążeń podatkowych wśród poszczególnych państw.

Czynniki te sprawiają, że istotnym problemem dla współczesnych państw stają się działania podatkników zmierzające do obniżenia ciężarów podatkowych związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą. Mogą one przybrać postać planowania podatkowego, unikania opodatkowania bądź uchylania się od płacenia podatków². W odpowiedzi zaobserwować można starania różnych ośrodków decyzyjnych (OECD, Unii Europejskiej, grupy państw G20) mające na celu ograniczenie tych zjawisk: doskonalenie mechanizmów wymia-

¹ O przyczynach tego zjawiska zob. szerzej W. Nykiel, *Współczesne systemy podatkowe* (w:) *Encyklopedia podatkowa*, red. C. Kosikowski, Warszawa 1998, s. E/45.

² W literaturze wyróżnia się także pojęcie oszczędności podatkowej – zob. A. Nita, *Obejście prawa podatkowego – problem legalności zachowania podatnika oraz sposobów przeciwdziałania temu zjawisku* (w:) *Prawo finansowe w warunkach członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Wandzie Wójtowicz*, red. A. Pomorska, Lublin 2011, s. 333; autor mianem tym określa powstrzymywanie się przez podatnika od realizacji podatkowego stanu faktycznego, określonego w ustawie podatkowej.

ny informacji podatkowych oraz ograniczanie (czasem zbyt daleko idących) wymogów ochrony tajemnicy bankowej, minimalizowanie szkodliwej konkurencji podatkowej czy wreszcie walka z nadużywaniem umów w sprawie unikania podwójnego opodatkowania (dalej: umowy o UPO). W ramach ostatniego ze wspomnianych obszarów działań podejmowanych przez współczesne państwa w celu ochrony interesów fiskalnych wyróżnić można wiele alternatywnych mechanizmów prawnych, o różnym zakresie zastosowania i zróżnicowanej efektywności, funkcjonujących zarówno w sferze umów o UPO, jak i w obrębie unormowań prawa wewnętrznego poszczególnych państw.

Jednym z unormowań traktatowych zajmujących szczególnie miejsce w konstrukcji prawnej umów o UPO jest klauzula *beneficial ownership*, stanowiąca element norm ograniczających prawo państwa źródła do opodatkowania dochodów z dywidend, odsetek i należności licencyjnych³. Zgodnie z ogólną zasadą korzyści traktatowe wynikające z art. 10, 11 i 12 umów o UPO, polegające na zwolnieniu dochodów z dywidend, odsetek i należności licencyjnych z podatku u źródła bądź obniżeniu stawki podatkowej, w myśl art. 1 Konwencji modelowej OECD (dalej: KM OECD)⁴ przyznawane są rezydentom umawiającego się państwa (strony umowy o UPO). Unormowania rozdzielające rozszczenia podatkowe państwa źródła i państwa rezydencji w odniesieniu do opodatkowania dochodów z dywidend, odsetek i należności licencyjnych zwykle wprowadzają dodatkowy wymóg, zgodnie z którym

³ Na gruncie niektórych umów o UPO, choć jest to rzadkością, klauzula *beneficial ownership* wprowadzana jest również do konstrukcji prawnej unormowań rozdzielających rozszczenia podatkowe umawiających się państw w odniesieniu do tzw. innych dochodów (tj. dochodów, które nie są objęte szczególnymi unormowaniami danej umowy).

⁴ Konwencja modelowa OECD stanowi popularny wzór dla zawieranych umów o UPO, będący punktem wyjścia do ich negocjacji. Numeracja poszczególnych artykułów KM OECD z reguły odpowiada numeracji przepisów poszczególnych umów o UPO. W związku z tym w dalszej części niniejszej pracy, odnosząc się do poszczególnych instytucji międzynarodowego prawa podatkowego, odwoływać się będę do systematyki Konwencji modelowej OECD. Na marginesie zauważyć należy, że istotną rolę w praktyce traktatowej odgrywa również Konwencja modelowa ONZ, choć tradycyjnie to OECD uznawana jest za dominujący ośrodek kreowania kształtu umów o UPO. Na skalę wykorzystania KM ONZ przez negocjatorów poszczególnych państw zwrócono uwagę w badaniach przeprowadzonych ostatnio przez IBFD w Amsterdamie; zob. W. Wijnen, J. de Goede, *The UN Model in Practice 1997–2013*, BIT 2014, nr 3, s. 118 i n. Zob. także niedawno opublikowaną, obszerną monografię na ten temat: Z. Kukulski, *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ w polskiej praktyce traktatowej*, Warszawa 2015.

objęcie odbiorcy tych dochodów ochroną traktatową warunkowane jest posiadaniem przez ten podmiot statusu prawnego rzeczywistego beneficjenta (*beneficial owner*)⁵.

Pojęcie *beneficial owner* nie zostało zdefiniowane w KM OECD, umowy o UPO z reguły również nie zawierają przepisów, w których wyjaśniano by jego znaczenie. Jedynie w Komentarzu do KM OECD odnaleźć można wskazówki co do sposobu rozumienia tego pojęcia przy stosowaniu art. 10, 11 i 12 KM OECD⁶. Z uwagi na niedostatki w językowej warstwie regulacji klauzuli *beneficial ownership*⁷ przez lata funkcjonowania tego instrumentu prawnego w międzynarodowym prawie podatkowym nie udało się zbudować jednolitego rozumienia pojęcia rzeczywistego beneficjenta. Rozbieżne orzecznictwo sądowe w tym zakresie oraz agresywne działania podejmowane przez administrację podatkową niektórych państw doprowadziły w ostatnich latach do istotnego zmniejszenia się poczucia przewidywalności skutków transakcji dokonywanych przez podatników prowadzących międzynarodową działalność gospodarczą. Okazuje się, że pojęciu *beneficial owner* nadawane jest czasem takie znaczenie, które czyni z klauzuli rzeczywistego beneficjenta instrument antyabuzystyczny o niezwykle szerokim zakresie zastosowania, nadające jej charakter *sui generis* ogólnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania.

⁵ W niniejszej pracy posługuję się jednolicie pojęciem rzeczywistego beneficjenta jako polskim odpowiednikiem anglojęzycznego pojęcia *beneficial owner*. Moim zdaniem „rzeczywisty beneficjent” najpełniej opisuje grupę desygnatów pojęcia *beneficial owner*, w odróżnieniu od innych propozycji tłumaczenia tego pojęcia nie jest obciążony błędami logicznymi.

⁶ Moim zdaniem wyjaśnienia te można określić mianem definicji, mimo że nie stanowią one definicji klasycznej (ani nawet równościowej). Jak się wydaje, nosi ona pewne cechy cząstkowej definicji przez postulaty. Komentarz do KM OECD jedynie częściowo wyjaśnia znaczenie pojęcia rzeczywistego beneficjenta, a czyni to przez określenie kilku jego własności (zob. A. Malinowski, *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2006, s. 170; Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2002, s. 50). Należy uznać, że ponieważ Komentarz do KM OECD nie ma charakteru umowy międzynarodowej, to definicja ta nie może być uznana za definicję legalną; zob. A. Malinowski, *Polski język prawny...*, s. 157.

⁷ Pojęcie *beneficial owner* (rzeczywisty beneficjent) stanowi kluczowy element normy prawnej ograniczającej korzyści traktatowe określonych grup podmiotów, którą określam mianem klauzuli *beneficial ownership* (klauzuli rzeczywistego beneficjenta). Przez klauzulę *beneficial ownership* rozumieć tu należy uregulowanie, które ustanawia przesłanki ograniczenia roszczeń podatkowych państwa źródła w przypadku opodatkowania dywidend, odsetek i należności licencyjnych.

Fundamentalna dla stosowania norm wynikających z art. 10, 11 i 12 KM OECD rola klauzuli *beneficial ownership* oraz występująca dziś w praktyce stosowania prawa dowolność w wykorzystaniu tych unormowań wymagają podjęcia badań naukowych, których głównym celem powinno być ustalenie zakresu znaczeniowego pojęcia rzeczywistego beneficjenta oraz charakteru prawnego tego instrumentu. Niniejsza praca w pierwszej kolejności ma zmierzać do wypracowania metodologii ustalenia rozumienia tego pojęcia. *Beneficial owner* wywodzi się z prawa trustów systemu brytyjskiego i funkcjonuje w prawie wewnętrznym państw opartych na systemie prawnym *common law*, na gruncie którego posiada utrwalone znaczenie. Należy ustalić, czy przeniesienie rozumienia tego pojęcia z systemów prawnych *common law* do systemu międzynarodowego prawa podatkowego jest możliwe i uzasadnione. Jak się wydaje, włączenie pojęcia rzeczywistego beneficjenta do siatki terminologicznej umów o UPO, w szczególności w sytuacji, w której pozostaje ono nieznane tradycji prawnej systemów kontynentalnych, wymaga ukształtowania jego autonomicznego znaczenia na potrzeby języka międzynarodowego prawa podatkowego. Mimo to fakt zapożyczenia tego pojęcia z języka prawnego państw opartych na systemach *common law* mógłby stanowić interesującą inspirację w tym zakresie. Ciekawym problemem pozostają przy tym relacje, w jakich pozostaje klauzula *beneficial ownership* na gruncie umów o UPO względem podobnych unormowań funkcjonujących w prawie wtórnym Unii Europejskiej. Trzeba bowiem zauważyć, że prawodawca unijny zdecydował się na skorzystanie z pojęcia rzeczywistego beneficjenta przy opracowywaniu niektórych aktów prawnych harmonizujących wybrane elementy konstrukcji podatków dochodowych. Należy ustalić, czy i w jakim stopniu rozumienie tego pojęcia na gruncie prawa podatkowego UE może być pomocne przy kształtowaniu jego międzynarodowego rozumienia w umowach o UPO.

Wątpliwości terminologiczne, o których mowa powyżej, skłaniają do postawienia pytania o optymalny sposób ujęcia klauzuli rzeczywistego beneficjenta. Poza aktualnie przyjętym rozwiązaniem, w ramach którego rzeczywisty beneficjent został zdefiniowany jedynie w Komentarzu do KM OECD, wyobrazić sobie można koncepcję, zgodnie z którą zakres znaczeniowy pojęcia *beneficial owner* zostanie określony bezpośrednio w KM OECD i w opartych na niej umowach o UPO (np. w art. 3 – Definicje ogólne). Nie można wykluczyć również alternatywnego modelu, opierającego się na wyraźnym odwołaniu do

prawa wewnętrznego państwa źródła przy ustalaniu znaczenia tego pojęcia (podobnie jak to ma miejsce przy definiowaniu pojęcia majątku nieruchomego na gruncie art. 6 ust. 2 KM OECD).

Brakowi konsensusu co do znaczenia pojęcia *beneficial owner* towarzyszą liczne wątpliwości co do charakteru prawnego klauzuli *beneficial ownership*. Uregulowania w tym zakresie są traktowane – z jednej strony – jako normy prawne przeciwdziałające unikaniu opodatkowania, z drugiej zaś – jako element konstrukcji norm prawnych rozdzielających roszczenia podatkowe umawiających się państw określający cechy, jakie musi spełnić odbiorca dochodów z dywidend, odsetek i należności licencyjnych, aby skorzystać z ochrony traktatowej. Zidentyfikowanie antyabuzywnego charakteru prawnego klauzuli *beneficial ownership* prowadziłoby przy tym do konieczności ustalenia, czy mechanizm ten pełni funkcję szczególnego instrumentu antyabuzywnego, czy też może być stosowany jako *sui generis* ogólna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania.

Biorąc pod uwagę korzenie tego pojęcia, a także dynamiczne zmiany w podejściu do stosowania klauzuli *beneficial ownership*, należy stwierdzić, że niezbędna wydaje się analiza genezy tego mechanizmu prawnego w konstrukcji umów o UPO, a także kierunków ewolucji pojęcia rzeczywistego beneficjenta na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat oraz przedstawienie oceny prac aktualnie prowadzonych przez OECD nad kształtem pojęcia *beneficial owner*.

Ponieważ klauzula rzeczywistego beneficjenta zaimplementowana została do zdecydowanej większości umów o UPO zawartych przez Polskę, celem niniejszej monografii jest także sformułowanie postulatów względem polskiej polityki podatkowej w odniesieniu do stanowienia oraz stosowania prawa w tym zakresie.

Tak sformułowane cele pracy wyznaczają jej układ. Pierwszy rozdział poświęcony jest analizie genezy pojęcia rzeczywistego beneficjenta, motywów wprowadzenia go do siatki pojęć języka międzynarodowego prawa podatkowego oraz kierunków jego ewolucji. W drugim rozdziale zbadano znaczenia, jakie temu pojęciu nadaje się w systemach prawnych różnych państw. Obok analizy unormowań prawa wewnętrznego państw opartych na systemach *common law* podjęto próbę ustalenia rozumienia pojęcia *beneficial owner* w państwach o tradycji prawa kontynentalnego, zestawiając je z koncepcją własności, stanowiącą fundament funkcjonowania prawa rzeczowego tych państw.

Rozbudowane rozważania dotyczące podejścia sądów zagranicznych do wykładni pojęcia rzeczywistego beneficjenta i sposobu stosowania klauzuli *beneficial ownership* stanowią wyraz przyjęcia koncepcji, zgodnie z którą elementem kontekstu umów o UPO, mającym znaczenie dla wykładni pojęcia *beneficial owner*, może być praktyka stosowania prawa w innych państwach. Ustalenia terminologiczne dokonane w drugim i trzecim rozdziale wraz z analizą historyczną przeprowadzoną w rozdziale pierwszym stanowią podstawę podjętych w czwartym rozdziale rozważań nad sposobem rozumienia tego pojęcia w międzynarodowym prawie podatkowym. Stąd też analiza orzecznictwa sądowego znalazła się już w rozdziale trzecim.

Rozdział piąty przynosi odpowiedź na pytanie o możliwość powiązania międzynarodowego znaczenia pojęcia *beneficial owner* z rozumieniem tego pojęcia w prawie podatkowym UE. Rozdział szósty poświęcony jest identyfikacji charakteru prawnego klauzuli *beneficial ownership*.

W rozdziale siódmym sformułowano wiele postulatów względem polskiej polityki podatkowej zarówno w sferze stanowienia, jak i stosowania prawa. Głównym ich założeniem jest dostosowanie polskiego systemu prawa podatkowego oraz standardów stosowania norm podatkowych do uwarunkowań prawnych i gospodarczych współczesnej, międzynarodowej wymiany dóbr i usług. Z jednej strony chodzi o zapewnienie instrumentów niezbędnych do skutecznej walki ze zjawiskiem unikania opodatkowania i uchylania się od płacenia podatków. Z drugiej strony konieczne jest zadbanie o jednoznaczność i określoność norm prawnych w tym zakresie w możliwie największym stopniu.

Trzeba zauważyć, że dynamicznym zmianom warunków prowadzenia międzynarodowej działalności gospodarczej, o których już wspomniano, towarzyszą przeobrażenia systemów podatkowych. Generalną cechą prawa podatkowego współczesnych państw jest jego znaczne skomplikowanie. Przyczynę tego zjawiska upatrywać można w skomplikowaniu stosunków gospodarczych (w tym transakcji dokonywanych w obrocie międzynarodowym) obejmowanych przez prawodawcę sferą opodatkowania. Reakcja ustawodawcy na nowe formy obrotu gospodarczego może być konieczna ze względu na dwie okoliczności: potrzebę przeciwdziałania unikaniu opodatkowania oraz pełniejsze wykorzystanie tych instytucji przez dostosowanie do

nowych realiów kształtu unormowań prawa podatkowego⁸. Ustawodawca, odpowiadając na powyższe potrzeby, może się zdecydować na zwiększenie stopnia kazuistyki poszczególnych unormowań bądź podjąć próbę uszczelnienia systemu podatkowego za pomocą klauzul generalnych⁹. Konsekwencją obu rozwiązań może być obniżenie jasności prawa i stabilności systemu podatkowego¹⁰.

Jeśli zatem polski prawodawca decyduje się na wykorzystanie w systemie prawa instrumentów, których zastosowanie może pogorszyć sytuację prawną podatnika (a do takich norm zaliczyć można klauzulę *beneficial ownership*, ograniczającą dostęp do korzyści traktatowych), to powinien jednocześnie zadbać o jak najwyższą jakość tych mechanizmów prawnych z punktu widzenia gwarancji ochrony praw podatnika.

W pracy analizie poddane zostały materiały z prac OECD nad wprowadzeniem klauzuli *beneficial ownership* do KM OECD, unormowania umów o UPO, w których wykorzystano pojęcie rzeczywistego beneficjenta (przede wszystkim skoncentrowano się na umowach zawartych przez Polskę), uregulowania prawa wewnętrznego wybranych państw *common law* oraz państw opartych na systemie prawa kontynentalnego, a także orzecznictwo różnych państw i ustalenia doktryny w tym zakresie.

Niniejsza monografia stanowi uzupełnioną oraz zaktualizowaną wersję rozprawy doktorskiej obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego w październiku 2014 r. Pragnę serdecznie podziękować prof. dr. hab. Włodzimierzowi Nykielowi za niezwykle życzliwość i wsparcie oraz nieocenioną pomoc w przygotowaniu pracy.

Wyrazy wdzięczności chciałbym także skierować do prof. dr. hab. Andrzeja Gomułowicza oraz dr. hab. Adama Nity, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego za wnikliwe recenzje oraz cenne i bardzo inspirujące uwagi.

⁸ B. Brzeziński, *Uproszczenie podatków i prawa podatkowego* (w:) *Prawo podatkowe. Teoria, instytucje, funkcjonowanie*, red. B. Brzeziński, Toruń 2009, s. 208.

⁹ *Ibidem*, s. 211; zob. także B. Brzeziński, *Prawo podatkowe pomiędzy Scyllą kazuistyki a Charybdą ogólności przepisów* (w:) *Doctrina multiplex veritas una. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Mariuszowi Kulickiemu twórcy Katedry Kryminalistyki z okazji 35-lecia powołania Katedry na Wydziale Prawa i Administracji UMK*, red. A. Bulsiewicz, A. Marek, V. Kwiatkowska-Darul, Toruń 2004, s. 552 i n.

¹⁰ W. Nykiel, M. Wilk, *Tendencje rozwojowe prawa podatkowego* (w:) *Zagadnienia ogólne prawa podatkowego*, red. W. Nykiel, M. Wilk, Łódź 2014, s. 206.

Rozdział I

Ewolucja klauzuli *beneficial ownership*

1.1. Uwagi wstępne

Klauzula *beneficial ownership* została wprowadzona do Konwencji modelowej OECD dopiero w 1977 r. Na gruncie KM OECD z 1963 r. ograniczenie opodatkowania u źródła dywidend, odsetek i należności licencyjnych nie było jeszcze uzależnione od tego, czy odbiorca płatności był ich rzeczywistym beneficjentem. Nie oznacza to jednak, że przed 1977 r. pojęcie to było nieznane, a sama klauzula kształtowała się w próżni. Przede wszystkim należy zauważyć, że pojęcie *beneficial owner* wywodzi się z prawa brytyjskiego, aczkolwiek tradycyjnie funkcjonowało poza krajowym prawem podatkowym tego państwa. Nawet jednak w kontekście międzynarodowym pojęcie to pojawiło się w pracach OECD i OEEC (Europejskiej Organizacji Współpracy Gospodarczej) na wiele lat przed wprowadzeniem go do KM OECD, było także wykorzystywane w wielu umowach o UPO, choć w różnym znaczeniu i pełniąc zróżnicowane funkcje.

Celem niniejszego rozdziału jest ocena kierunków ewolucji klauzuli *beneficial ownership*, poczynając od pierwszych prac OECD i OEEC w tym zakresie, przez wprowadzenie jej do KM OECD w 1977 r., a skończywszy na ukształtowaniu jej współczesnej roli przez prace nad raportem OECD o spółkach podstawionych z 1986 r. i zmiany Komentarza do KM OECD dokonane w 2003 r. Analiza dokumentów źródłowych prowokuje do postawienia pytania o znaczenie wykładni historycznej dla interpretacji pojęcia *beneficial owner* na gruncie obecnie obowiązujących umów w sprawie unikania podwójnego opodatkowania. Konieczne staje się ustalenie, jaką rolę odgrywają protokoły z prac nad wprowadzeniem klauzuli *beneficial ownership* do KM OECD i ukształtowaniem jej konstrukcji prawnej, raporty OECD dotyczące

przeciwdziałania zjawisku *treaty shopping*, a także praktyka poszczególnych państw posługujących się pojęciem *beneficial owner* w zawieranych umowach o UPO. Analiza tych materiałów oraz dokumentów pozwoli na ustalenie genezy pojęcia *beneficial owner* oraz funkcji, jakie pierwotnie ten instrument prawny pełnił w konstrukcji umów o UPO.

1.2. Ujęcie tradycyjne – okres poprzedzający wprowadzenie klauzuli *beneficial ownership* do KM OECD

Po przyjęciu projektu Konwencji modelowej OECD w 1963 r.¹¹ niemalże od razu przystąpiono do prac nad jej rewizją. Powodem pośpiechu i opublikowania niedoskonałej wersji Konwencji było przekonanie, że dla realizacji głównych celów umów o UPO, tj. minimalizacji barier w międzynarodowym obrocie gospodarczym, konieczne jest jak najszybsze opracowanie i przyjęcie dokumentu mogącego przyczynić się do ujednolicenia zawieranych umów o UPO, nawet jeśli część z zastosowanych konstrukcji prawnych wymagałaby jeszcze doskonalenia.

Prace OECD nad zmianami Konwencji modelowej (wprowadzonymi w życie ostatecznie dopiero w 1977 r.) prowadzone były w ramach wyspecjalizowanych grup roboczych (*working parties*), których zadaniem było opracowanie wybranych problemów. Z punktu widzenia problemów badawczych niniejszej rozprawy za wymagające szczególnej uwagi należy uznać prace Grupy Roboczej nr 27, zmierzające do opracowania zasad opodatkowania odsetek i należności licencyjnych, oraz Grupy Roboczej nr 21, pracującej nad problematyką nadużycia umów o UPO.

1.2.1. Prace Grupy Roboczej nr 27 nad opodatkowaniem odsetek i należności licencyjnych

Celem Grupy Roboczej nr 27, pracującej nad zasadami opodatkowania odsetek i należności licencyjnych, miało być przedstawienie

¹¹ Przyjęty wówczas dokument stanowił wstępną wersję Konwencji modelowej, stąd nazwany został projektem (ang. *draft*), choć, moim zdaniem, może być traktowany jako pierwsza wersja KM OECD, w ten sposób też jest rozumiany w dalszej części niniejszej pracy.

propozycji rewizji art. 11 i 12 KM OECD. Grupa Robocza nr 27 powołana została na 27. sesji Komitetu Podatkowego OECD, która odbyła się w dniach 19–27 września 1967 r.

Przed powołaniem tej grupy państwa członkowskie OECD zostały poproszone o zgłoszenie uwag i spostrzeżeń w zakresie przyjętego kształtu poszczególnych przepisów KM OECD oraz ich stosowania w praktyce. W odpowiedzi delegaci brytyjscy, odnosząc się do zasad opodatkowania dywidend, odsetek i należności licencyjnych, zauważyli, że przyjęty kształt norm prawnych w zakresie rozdzielenia roszczeń podatkowych umawiających się państw w odniesieniu do tych dochodów może być niewystarczający i wadliwy. Delegacja brytyjska proponowała wprowadzenie konstrukcji prawnej, która gwarantowałaby, że dochody zwolnione z podatku w państwie źródła (bądź objęte obniżoną stawką podatkową) będą podlegać opodatkowaniu w państwie rezydencji ich odbiorcy¹². Wskazywano, że brak takich unormowań może stanowić zachętę do dokonywania nadużyć przez podatników, którzy będąc rezydentami państw trzecich, mogliby uzyskiwać dochody za pośrednictwem rezydentów drugiego umawiającego się państwa. Trzeba jednak zauważyć, że w tym momencie nie zwracano jeszcze uwagi na problem wykorzystywania spółek podstawionych w strukturach służących unikaniu opodatkowania.

Jak się wskazuje, obawy delegatów brytyjskich co do kształtu Konwencji modelowej z 1963 r. w zakresie ograniczenia prawa państwa źródła do opodatkowania dochodów biernych mogły wynikać również z zasad opodatkowania powierników na gruncie brytyjskiego prawa wewnętrznego¹³. Trzeba bowiem podkreślić, że w przypadku uzyskania przez brytyjskiego powiernika dochodu zagranicznego na rzecz beneficjentów trustu powiernik ów podlegał opodatkowaniu, mimo że nie był jego beneficjentem, jeśli beneficjent był rezydentem Wielkiej Brytanii¹⁴. W przypadku gdy beneficjent nie był rezydentem Wielkiej Brytanii, powiernik nie podlegał opodatkowaniu.

Obawa Wielkiej Brytanii wiązała się z podatkowymi implikacjami wypłaty dochodów biernych przez rezydenta brytyjskiego na

¹² Zob. TFD/FC/216, dokumenty źródłowe z prac OECD nad KM OECD pochodzą ze strony <http://www.taxtreatieshistory.org/>, dostęp: lipiec i sierpień 2013 r.

¹³ R.J. Vann, *Beneficial Ownership. What Does History (and maybe policy) Tell Us*, Sydney 2012, <http://ssrn.com/abstract=2144038>, s. 18, dostęp: 12 lipca 2013 r.

¹⁴ J. Avery Jones, *The United Kingdom's Influence on the OECD Model Tax Convention*, BTR 2011, nr 6, s. 680.

rzecz powiernika będącego rezydentem innego państwa. Taka wypłata powinna podlegać obniżonemu opodatkowaniu w państwie źródła (tj. w Wielkiej Brytanii), jeśli jednak państwo rezydencji powiernika (odbiorcy płatności) stosowałoby podobny do brytyjskiego system przypisania dochodów beneficjentom trustu, a beneficjenci ci nie byłoby rezydentami tego państwa, wówczas płatność podlegałaby podwójnemu nieopodatkowaniu (zwolnienie w Wielkiej Brytanii z umowy o UPO i brak opodatkowania w państwie rezydencji). Nie byłoby przy tym żadnej gwarancji, że dochód uzyskany przez powiernika podlegałby opodatkowaniu w państwie rezydencji beneficjenta trustu.

Rozwiązaniem tego problemu mogłoby być uzależnienie przyznania preferencji podatkowych w państwie źródła od spełnienia przesłanki podlegania opodatkowaniu w państwie rezydencji. Delegacja brytyjska wskazała jednak negatywne konsekwencje braku wprowadzenia klauzuli podlegania opodatkowaniu (*subject-to-tax test*)¹⁵ do KM OECD, jednocześnie proponując implementację instytucji *beneficial owner*. Przyznano przy tym, że koncepcja ta już funkcjonuje na gruncie umowy ze Stanami Zjednoczonymi (chodziło o umowę z 1945 r.).

Z pierwszego raportu Grupy Roboczej nr 27 z dnia 30 grudnia 1968 r. wynika, że delegacje przygotowujące raport (Francji, Luksemburga i Holandii) wyraźnie sprzeciwiły się koncepcji włączenia do art. 10, 11 i 12 KM OECD klauzuli podlegania opodatkowaniu polegającej na uzależnieniu obniżenia stawki podatku u źródła (bądź przyznania w państwie źródła zwolnienia podatkowego) od efektywnego podlegania opodatkowaniu w państwie rezydencji odbiorcy płatności. Nie podano bliższego uzasadnienia takiego stanowiska, stwierdzono jedynie, że takie rozwiązanie byłoby sprzeczne z duchem i ogólnymi ustaleniami KM OECD¹⁶. Jednocześnie przypomniano, że ulga w państwie źródła ma zastosowanie tylko wówczas, gdy odbiorca płatności jest faktycznie rezydentem w drugim umawiającym się państwie. Jak się wydaje, autorzy raportu widzieli problem zgłoszony przez delegację brytyjską raczej w kontekście ustalenia „prawdziwego odbiorcy”, co ich zdaniem miało charakter *stricte* proceduralny. W związku z tym w raporcie z dnia 30 grudnia 1968 r. nie odnotowano konieczności zmian w brzmieniu art. 10, 11 i 12 KM OECD w tym

¹⁵ Przesłanka taka wprowadzona została przykładowo do umowy o UPO zawartej pomiędzy Wielką Brytanią a Luksemburgiem.

¹⁶ Zob. FC/WP27(68)1.

zakresie, konieczność poszukiwania „prawdziwego odbiorcy” wyprowadzono bowiem z już obowiązującego kształtu art. 10 ust. 1, art. 11 ust. 1 i art. 12 ust. 1 KM OECD¹⁷.

Nic nie stało więc na przeszkodzie, zdaniem autorów raportu, aby umawiające się państwa ustaliły między sobą procedurę zwrotu zapłaconego podatku u źródła po przedstawieniu odpowiedniego certyfikatu wystawionego przez właściwe organy administracji państwa rezydencji odbiorcy płatności, w którym stwierdzono by, że odbiorca płatności jest jego „prawdziwym odbiorcą”.

W zasadzie idea „prawdziwego odbiorcy” jest zbliżona do założeń koncepcji klauzuli *beneficial ownership*. Tym, co odróżnia sugestie autorów raportu z 1968 r. od propozycji delegacji brytyjskiej, jest przede wszystkim brak woli zmian KM OECD w tym zakresie. Wiedząc *ex post*, jakie problemy w praktyce sprawia stosowanie się do unormowań, których elementem jest klauzula *beneficial ownership*, łatwo wyobrazić sobie trudności w interpretacji uregulowań art. 10, 11 i 12 KM OECD, jeśli wymagałyby one (*implicite*) ustalania podmiotu, który jest „prawdziwym odbiorcą”, nie tylko wobec braku definicji tego pojęcia, lecz także w braku normatywnej podstawy co do prowadzenia takiej analizy (jak już wspomniano, na gruncie koncepcji autorów raportu z 1968 r. nie było potrzeby implementacji pojęcia prawdziwego odbiorcy do tekstu KM OECD, konieczność badania podmiotu będącego „prawdziwym odbiorcą” wynikać miała z samego brzmienia art. 10, 11 i 12 KM OECD).

Raport z 1968 r. stał się przedmiotem dyskusji na forum Komitetu Podatkowego OECD. W notatce z dyskusji, która odbyła się w dniach 10–13 czerwca 1969 r., po przedstawieniu alternatywnych dwóch propozycji delegatów brytyjskich (wprowadzenie klauzuli podlegania opodatkowaniu albo klauzuli *beneficial ownership*) czytamy, że delegaci szwajcarscy i amerykańscy opowiedzieli się za klauzulą *beneficial ownership*, podobnie przedstawiciele Wielkiej Brytanii, którzy

¹⁷ Przykładowo, zgodnie z art. 10 ust. 1, „dywidendy wypłacane przez spółkę mającą siedzibę w umawiającym się państwie osobie mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim umawiającym się państwie, mogą być opodatkowane w tym drugim państwie”. Chodzi tu zatem o takie dywidendy, których odbiorcą jest osoba będąca rezydentem w drugim umawiającym się państwie, co zdaniem delegatów przygotowujących raport z 1968 r. zdaje się oznaczać, że pojęcie osoby mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim umawiającym się państwie obejmuje tylko te podmioty, które są „prawdziwymi odbiorcami” płatności.

przyznali jednak, że optymalnym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie klauzuli *beneficial ownership* w odrębnym postanowieniu Konwencji modelowej OECD tak, aby miała zastosowanie do wszystkich kategorii dochodu, nie tylko do dywidend, odsetek i należności licencyjnych. Delegat niemiecki nie widział w ogóle potrzeby zmiany KM OECD, uważał, że podniesiony przez delegację brytyjską problem może być rozwiązany przez stosowne wyjaśnienie w komentarzu do KM OECD, że odbiorca płatności musi być jej rzeczywistym beneficjentem. Stanowisko to opierało się na założeniu, że w istocie koncepcja *beneficial owner* wynika bezpośrednio z brzmienia unormowań KM OECD¹⁸, a przyznanie ulgi w państwie źródła możliwe jest tylko wówczas, gdy dochód uzyskiwany jest przez „prawdziwego odbiorcę” płatności. Pogląd ten odpowiada konkluzjom raportu Grupy Roboczej nr 27 z 1968 r. (w którym również nie widziano potrzeby wprowadzania jakichkolwiek zmian do KM OECD)¹⁹.

Wskutek przeprowadzonej dyskusji Grupa Robocza nr 27 w kolejnej wersji swojego raportu²⁰ zmieniła podejście do problemu wprowadzenia do KM OECD klauzuli *beneficial ownership*. Nadal negując możliwość wprowadzenia do Konwencji klauzuli podlegania opodatkowaniu (tym razem zwrócono uwagę również na praktyczny problem ustalenia, czy w danym przypadku występuje „efektywne opodatkowanie”), wprost zarekomendowała przyjęcie rozwiązania w postaci wprowadzenia do KM OECD klauzuli *beneficial ownership*. Na gruncie raportu Grupy Roboczej poza ochroną traktatową miały się znaleźć podmioty, które otrzymują płatności z tytułu dochodów biernych (odsetki i należności licencyjne) w imieniu i na rzecz rzeczywistego beneficjenta bądź na jego rzecz, ale w swoim własnym imieniu. Należy zauważyć, że poza zainteresowaniem Grupy Roboczej nr 27 pozostawały zasady opodatkowania u źródła dywidend.

¹⁸ Zob. także R.J. Vann, *Beneficial Ownership...*, s. 16.

¹⁹ Podobne poglądy bywają wyrażane przez organy podatkowe wspólnie na uzasadnienie tezy, że ograniczenie podatku u źródła uzależnione jest od tego, czy odbiorca dywidend, odsetek i należności licencyjnych jest ich rzeczywistym beneficjentem nawet wówczas, gdy klauzula *beneficial owner* nie została wprowadzona do treści danej umowy o UPO przez umawiające się strony.

²⁰ Raport dotyczący zmian w art. 11 i 12 Konwencji dotyczących odpowiednio odsetek i należności licencyjnych z dnia 16 lutego 1970 r., FC/WP27(70)1, w którym przedstawiono Komitetowi Podatkowemu OECD rekomendacje zmian unormowań dotyczących opodatkowania dywidend, odsetek i należności licencyjnych.

Zdaniem delegatów pracujących w ramach Grupy zasadniczym powodem wprowadzenia klauzuli *beneficial ownership* był problem sytuacji prawnej powierników działających w swoim imieniu, ale na rzecz beneficjentów trustu w państwach przypisujących dochód tylko tym podmiotom, które są jego właścicielami w sensie prawnym (jak już wyżej wspomniano, mogło to stanowić jedną z przyczyn obaw delegacji brytyjskiej o konsekwencje stosowania unormowań art. 10, 11 i 12 KM OECD w wersji z 1963 r.).

Podsumowując powyższe rozważania, należy zwrócić uwagę, że w swoich pracach nad udoskonaleniem art. 11 i 12 KM OECD Grupa Robocza nr 27 skoncentrowała się na konieczności pozostawienia poza ochroną traktatową podmiotów działających w imieniu lub na rzecz faktycznych beneficjentów wypłacanego dochodu. Jednocześnie w pracach Grupy nie pojawił się problem unikania opodatkowania, w szczególności stosowania technik określonych później jako *treaty shopping*, w tym stosowania spółek podstawionych (*conduit companies*). Nie dyskutowano również nad zagadnieniem przekazywania zysków w ramach grupy kapitałowej i nad problemami wiążącymi się z ustaleniem ostatecznego beneficjenta uzyskiwanych dochodów w takich sytuacjach.

1.2.2. Prace Grupy Roboczej nr 21 nad nadużyciem umów o UPO

Nad problematyką międzynarodowego unikania opodatkowania pracowała, powołana głównie z inicjatywy Stanów Zjednoczonych²¹ w styczniu 1962 r., Grupa Robocza nr 21. Już dnia 14 listopada 1961 r. delegaci amerykańscy zwrócili uwagę, że umowy o UPO powinny być skonstruowane w taki sposób, aby zapobiec ich wykorzystywaniu do unikania ciężarów podatkowych²². Zdaniem delegacji USA rosnące znaczenie problemu unikania i uchylania się od opodatkowania uzasadniało konieczność powołania specjalnej Grupy Roboczej, która zajęłaby się takim ukształtowaniem odpowiednich postanowień Konwencji modelowej, aby zapobiec tym zjawiskom.

²¹ R.J. Vann, *Beneficial Ownership...*, s. 21.

²² Zob. TFD/FC/135.

Grupa Robocza nr 21 w pierwszym, wstępnym raporcie z dnia 9 stycznia 1963 r. zidentyfikowała problem wykorzystywania umów o UPO w celu unikania opodatkowania²³. Rozważania Grupy dotyczyły kilku obszarów. Zasugerowano potrzebę wprowadzenia do KM OECD bądź do Komentarza rozwiązań mających na celu minimalizację zjawiska unikania opodatkowania zarówno w państwie rezydencji (m.in. przez wykorzystanie zagranicznej spółki kontrolowanej – *controlled foreign company*), jak i w państwie źródła (koncentrowano się głównie na unormowaniach ograniczających korzyści – *limitation on benefits*, dalej: LOB)²⁴. Raport z 1963 r. został poddany pod dyskusję na forum komitetu podatkowego OECD²⁵.

Efektem prac w tym zakresie było przedstawienie w 1965 r. kolejnej wersji raportu, w którym skupiono się na problematyce unikania opodatkowania w państwie rezydencji z wykorzystaniem spółek bazowych, włącznie z problemem odroczenia opodatkowania, oraz podjęto problematykę mobilności pracy najemnej w kontekście możliwych nadużyć związanych z tym zjawiskiem²⁶. Podkreślić należy, że dostrzeżono również konieczność ograniczenia ochrony traktatowej w państwie źródła, jednakże jedynym proponowanym rozwiązaniem w celu przeciwdziałania temu zjawisku były wówczas klauzule typu *limitation on benefits*.

Nawiązanie do pojęcia *beneficial owner* pojawia się dopiero w dokumentacji z prac Grupy Roboczej nr 21 w raporcie z dnia 14 grudnia 1967 r., w którym zwrócono uwagę na przypadki, w których rezydenci państwa A uzyskujący dochód w państwie B ustanawiają pośredników (spółki holdingowe, zastępców bądź podmioty nominowane) w państwie C, które związane jest z państwem B korzystną dla tego podatnika umową o UPO²⁷. Jednocześnie w dokumencie tym pojawia

²³ Por. FC/WP21(63)1.

²⁴ Zob. szerzej R.J. Vann, *Beneficial Ownership...*, s. 21–22. Klauzula ograniczająca korzyści (*Limitation on Benefits*) polega na pozbawieniu ochrony traktatowej wybranej grupy podmiotów. Celem tego instrumentu prawnego, stosowanego obecnie przede wszystkim w praktyce traktatowej Stanów Zjednoczonych, jest przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania w państwie źródła.

²⁵ Część delegatów europejskich zwróciła uwagę na konieczność wyznaczenia granic pojęcia unikania i uchylania się od opodatkowania, sugerując jednocześnie, że przy ustalaniu kryteriów oceny w tym zakresie konieczne jest oparcie się na kryteriach obiektywnych (abstrahując od zamierzeń i intencji podatnika).

²⁶ *Ibidem*, s. 22; raport niedostępny na stronach www.taxtreatieshistory.org.

²⁷ Zob. FC/WP21(67)(1), pkt 12; R.J. Vann zauważa, że w momencie opracowania raportu przez Grupę Roboczą nr 21 raport Grupy Roboczej nr 27 nie został jeszcze przedstawiony na forum OECD (co nastąpiło dopiero w 1968 r.), jednakże już w maju

się pojęcie *beneficial owner* na określenie podmiotu, który na gruncie podanego wyżej przykładu uzyskuje ostatecznie dochód (a zatem jest podatnikiem z państwa B). Pojęcie to wykorzystane zostało do opisanie warunków, które muszą zostać spełnione, aby tego rodzaju struktura pomogła zrealizować cele zakładane przez podatnika (według jednej z przesłanek *beneficial owner* – ostateczny beneficjent dochodu nie może podlegać opodatkowaniu w państwie B bądź opodatkowanie w tym państwie powinno być odroczone do momentu dystrybucji zysków²⁸). Należy jednak podkreślić, że pojęcie *beneficial owner* było rozumiane różnie przez Grupę Roboczą nr 21 (w znaczeniu: osoba fizyczna będąca ostatecznym ekonomicznym beneficjentem dochodu²⁹) i przez Grupę Roboczą nr 27 (która zwracała mniejszą uwagę na kryteria o charakterze ekonomicznym)³⁰. Pojęcie *beneficial owner* w znaczeniu ostatecznego ekonomicznego beneficjenta pojawia się także w kolejnym raporcie Grupy Roboczej nr 21 z 1975 r., w którym odniesiono się do sytuacji, w której osoba fizyczna, aby skorzystać z obniżonej stawki podatkowej, przewidzianej przez art. 10 KM OECD dla sytuacji, w której dywidenda wypłacana jest na rzecz spółki powiązanej, zakłada spółkę pośredniczącą (uzyskanie dochodu z dywidendy bezpośrednio przez tę osobę fizyczną oznaczałoby zastosowanie zwykle wyższej stawki podatkowej)³¹. W takim wypadku rzeczywiście ta osoba fizyczna będzie ostatecznym i ekonomicznym beneficjentem wszelkich zysków osiąganych przez grupę kapitałową. W takim samym znaczeniu udziałowiec, będący właścicielem spółki kapitałowej prowadzącej działalność gospodarczą, jest rzeczywistym beneficjen-

1967 r. delegaci brytyjscy zwrócili uwagę na konieczność ograniczenia ochrony traktatowej w państwie źródła, a jednym z dwóch proponowanych rozwiązań było wprowadzenie klauzuli *beneficial owner*; zob. R.J. Vann, *Beneficial Ownership...*, s. 23.

²⁸ W raporcie wskazuje się ponadto, że:

- 1) podatnik musi mieć możliwość takiego zorganizowania swojej działalności gospodarczej bądź inwestycyjnej, aby dochód osiągany był za granicą, w państwie przewidującym niskie opodatkowanie bądź brak opodatkowania, oraz
- 2) państwo źródła dochodu musi zwalniać wypłatę tego dochodu z podatku albo opodatkować go niską stawką podatkową.

²⁹ Podobnie jak na gruncie regulacji CFC (Controlled Foreign Corporation) czy o zapobieganiu praniu brudnych pieniędzy. Wskazuje na to chociażby uznanie przez autorów raportu, że spółka holdingowa, za pośrednictwem której prowadzona jest działalność inwestycyjna, nie jest rzeczywistym beneficjentem – w tym sensie – nie jest ostatecznym i ekonomicznym beneficjentem dochodu.

³⁰ R.J. Vann, *Beneficial Ownership...*, s. 22.

³¹ Zob. CFA/WP1(75)3.

tem dochodów otrzymywanych przez tę spółkę. Jest to niewątpliwie inne rozumienie pojęcia *beneficial owner* niż zaproponowane przez Grupę Roboczą nr 27, wdrożone ostatecznie do KM OECD w 1977 r.

Analiza dokumentów z prac OECD nad rewizją KM OECD prowadzi do generalnego wniosku, że cele wprowadzenia klauzuli *beneficial ownership* do Konwencji modelowej OECD nie są jednorodne. Z jednej strony zauważyć można dążenie do zachowania pewnej symetrii – zwolnienie w państwie źródła miało odpowiadać opodatkowaniu w państwie rezydencji. Z drugiej zaś – nie sposób nie zwrócić uwagi na motyw, jakim było przeciwdziałanie zjawisku nadużycia umów o UPO. Mimo to należy wyraźnie podkreślić, że klauzula *beneficial ownership* pierwotnie przeciwdziałać miała ściśle określonym przypadkom nadużyć – prowadzeniu działalności inwestycyjnej za pośrednictwem zastępców, będących rezydentami w państwie, z którym państwo źródła łączy korzystna dla beneficjenta dochodu umowa o UPO. Jak się wydaje, autorzy koncepcji *beneficial ownership* nie widzieli w niej instrumentu przeciwdziałającego wykorzystywaniu spółek podstawionych. Tam, gdzie pojawia się pojęcie spółki holdingowej jako pośrednika w uzyskiwaniu dochodu, pojęcie *beneficial owner* wykorzystane zostało w innym znaczeniu – ostatecznego, ekonomicznego beneficjenta dochodu osiąganego przez spółkę czy grupę spółek (holding).

1.2.3. Pojęcie *beneficial owner* w umowach o UPO zawartych w latach 1942–1977

Mimo że, jak już wspomniano, pojęcie rzeczywistego beneficjenta pojawiło się w Konwencji modelowej dopiero w 1977 r., praktyka zawieranych umów w sprawie unikania podwójnego opodatkowania wskazuje, że pojęcie to było znane i wykorzystywane na gruncie międzynarodowego prawa podatkowego już wcześniej.

Pojęcie *beneficial owner* w konstrukcji unormowań międzynarodowego prawa podatkowego pojawiło się w 1942 r. wraz z zawarciem umowy o UPO pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Kanadą³². Zostało ono wykorzystane przy budowie normy służącej przeciwdziałaniu

³² Konwencja pomiędzy Stanami Zjednoczonymi Ameryki i Kanadą w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w odniesieniu do podatków od dochodu z dnia 4 marca 1942 r.

unikaniu opodatkowania. Ograniczała ona prawo do zastosowania obniżonej stawki podatku u źródła od dywidend do sytuacji, w których spółka będąca odbiorcą dywidendy była „rzeczywistą spółką”, co na gruncie wypracowanej przez kolejne dziesięciolecia doktryny można by określić jako spółkę, która nie ma charakteru spółki podstawionej (*conduit company*). Umowa amerykańsko-kanadyjska posługiwała się w tym celu skomplikowanym testem składającym się z dwóch przesłanek pozytywnych oraz przesłanki negatywnej. W świetle przesłanek pozytywnych:

- 1) dany podmiot, aby być uznanym za „spółkę rzeczywistą” i skorzystać z obniżonej stawki podatku u źródła, powinien być spółką zależną – tj. spółką, której wszystkie udziały³³ (inne niż udziały posiadane przez członków zarządu czy rady nadzorczej – *qualifying shares*), posiadające pełne prawo głosu, były rzeczywiście posiadane (*beneficially owned*) przez spółkę dominującą (na rzecz której dokonywana jest wypłata);
- 2) nie więcej niż 1/4 przychodów spółki córki osiągnąca była z odsetek i dywidend (innych niż odsetki i dywidendy otrzymywane od jej spółek zależnych)³⁴, co oznacza, że przynajmniej 75% przychodów spółki powinno być mieć charakter dochodów z działalności gospodarczej (*active income*).

Jednocześnie ograniczona stawka podatkowa nie miała zastosowania, jeśli właściwe organy państwa źródła uznały, że stosunek korporacyjny pomiędzy spółką matką a spółką córką został zawiązany lub był utrzymywany głównie (*primarily*) w celu uzyskania korzyści wynikających z unormowania ograniczającego opodatkowanie w państwie źródła.

Łączne spełnienie powyższych przesłanek miało gwarantować, że spółka zależna wykonuje rzeczywistą działalność gospodarczą oraz faktycznie należy do spółki wypłacającej dochody z dywidend³⁵. Co ciekawe, termin *beneficial owner* odnosił się do udziałów, nie zaś do dochodu z dywidendy. Unormowania, o których mowa powyżej, w odróżnieniu do współcześnie funkcjonującej klauzuli rzeczywistego beneficjenta, nie wprowadziły wymogu rzeczywistego posiadania (*beneficial ownership*) dochodu z dywidendy.

³³ Protokołem z 1950 r. obniżono ten wymóg do 95% udziałów.

³⁴ Protokołem z 1950 r. dodano wyjątek dotyczący tego, że przesłanka ta nie dotyczy spółek, których głównym przedmiotem działalności jest udzielanie pożyczek.

³⁵ Zob. R.J. Vann, *Beneficial Ownership...*, s. 6.