

RZECZYWISTY BENEFICJENT A PODATEK U ŹRÓDŁA

Błażej Kuźniacki

z przedmową Dagmary Dominik-Ogińskiej

RZECZYWISTY BENEFICJENT A PODATEK U ŹRÓDŁA

**Alokacja dochodu czy przeciwdziałanie
nadużyciom międzynarodowego
i unijnego prawa podatkowego?**

Błażej Kuźniacki

z przedmową Dagmary Dominik-Ogińskiej

Stan prawny na 1 marca 2022 r.

Recenzenci

Prof. dr hab. Hanna Litwińczuk

Dr hab. Wojciech Morawski, prof. UMK

Wydawca

Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący

Kinga Zając

Opracowanie redakcyjne

Violet Design Wioletta Kowalska

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni

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.

Szanujmy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8246-560-0

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	15
Przedmowa	25
Wprowadzenie	29
1. Istota sporu i cel publikacji	29
2. Kontekst i znaczenie problematyki stosowania koncepcji <i>beneficial ownership</i>	35
2.1. Zagraniczne inwestycje a pobór podatku u źródła (WHT)	36
2.2. Prawo podatnika do najmniejszego opodatkowania i wyboru najprzyjaźniejszej jurysdykcji do realizacji inwestycji	40
2.3. Prawo państwa źródła do ochrony bazy podatkowej w świetle reformy o poborze WHT w Polsce w roku 2019 zmodyfikowanej w roku 2022: <i>bonum ex malo non fit</i>	44
2.3.1. Pierwsze wątpliwości oraz głosy krytyczne	44
2.3.2. Zastąpienie systemu <i>relief at source</i> systemem <i>WHT pay & refund</i> oraz bardzo restrykcyjna, krajowa definicja rzeczywistego beneficjenta	46
2.3.3. Zawężenie prawa do korzyści z umów o UPO i unijnych dyrektyw za pośrednictwem krajowych przepisów instrumentalno-prawnych: <i>treaty overriding</i> / <i>dodging</i> i <i>directive overriding</i> / <i>dodging</i>	52
2.3.4. Rozbieżne i selektywne interpretacje nowych zasad poboru WHT przez organy podatkowe w latach 2019–2021	59
2.3.5. Przeniesie ciężaru weryfikacji rozliczeń w WHT z organów podatkowych na płatnika	64
2.3.6. Jawnie dyskryminujące zmiany od 1.01.2022 r. jako przejaw narodowego protekcjonizmu	66
2.3.7. <i>Bonum ex malo non fit</i>	69
3. Wybrana terminologia	71
3.1. <i>Special Purpose Entities</i> (SPE)	71
3.2. Podmioty <i>conduit</i>	72
3.3. <i>Treaty shopping</i> i <i>directive shopping</i>	79
3.3.1. Spojrzenie organów podatkowych	81

3.3.2.	Perspektywa holistyczna, uwzględniająca różnice w systemach podatkowych i potrzebach różnych jurysdykcji	84
3.3.3.	Perspektywa publikacji: neutralne postrzeganie <i>treaty shopping</i> i <i>directive shopping in abstracto</i> i konieczność badania abuzywnych form tych zjawisk <i>ad casum</i>	91
4.	Struktura publikacji	96

Rozdział 1

Kanony wykładni prawa adekwatne dla rozumienia koncepcji

beneficial ownership	99
1.1. Wstęp	99
1.2. Wykładnia zgodna z Konstytucją RP	107
1.2.1. Wykładnia językowa jako gwarant realizacji zasady określoności i przewidywalności prawa podatkowego	107
1.2.2. Rozstrzyganie wątpliwości interpretacyjnych na korzyść podatników	112
1.3. Ogólna reguła wykładni międzynarodowych traktatów	121
1.3.1. Wykładnia w dobrej wierze oraz zintegrowana wykładnia językowa, kontekstualna i celowościowa	121
1.3.2. Wykładnia w dobrej wierze	123
1.3.3. Wykładnia językowa	125
1.3.4. Wykładnia kontekstualna i celowościowa	129
1.4. Ogólna reguła wykładni umów o UPO: <i>renvoi clause</i> do prawa krajowego i znaczenie wykładni autonomicznej	133
1.5. Komentarze i raporty OECD dotyczące Modelu Konwencji	141
1.6. Wykładnia zgodna z prawem unijnym	147
1.7. Wnioski	156

Rozdział 2

Geneza i ewolucja koncepcji beneficial ownership	159
2.1. Wstęp	159
2.2. Geneza dodania koncepcji <i>beneficial ownership</i> do MK OECD w 1977 r.	161
2.2.1. Potrzeby Wielkiej Brytanii: eliminacja nieracjonalnych na gruncie umów o UPO skutków zastosowania krajowych przepisów podatkowych do powierników	161
2.2.2. Prace Grupy Roboczej nr 27: odrzucenie klauzuli <i>subject-to-tax</i> i przyjęcie koncepcji <i>beneficial ownership</i> dla doprecyzowania alokacji dochodu do podatnika	162
2.2.3. Prace Grupy Roboczej nr 21: ta sama nazwa – <i>beneficial owner</i> – ale inna koncepcja (antyabuzywna i przeciwdziałająca oszustwom)	166
2.2.4. Problemy z rozumieniem koncepcji <i>beneficial ownership</i> na gruncie umów o UPO od narodzin i początków rozwoju tej koncepcji	167
2.3. Zmiany w MK OECD i Komentarzu z 1977 r.	170
2.4. Raporty OECD o Spółkach Conduit oraz o Spółkach Bazowych z 1986 r.	175
2.4.1. Raport o Spółkach Bazowych z 1986 r. – unikanie opodatkowania z perspektywy państwa rezydencji (brak zasadności koncepcji <i>beneficial ownership</i> ?)	176

2.4.2. Raport o Spółkach Conduit z 1986 r. – adekwatność koncepcji <i>beneficial ownership</i> w zapobieganiu unikaniu opodatkowania z wykorzystaniem podmiotów <i>conduit</i>	179
2.4.2.1. Asymilacja spółki (podmiotu) <i>conduit</i> do grona powierników i agentów wykluczonych z zakresu <i>beneficial owner</i> : brak lub bardzo wąskie uprawnienia do dochodu	179
2.4.2.2. Bardzo ściśle powiązania zobowiązaniowe przesądzające o statusie <i>conduit</i> – przykłady praktyczne	182
2.4.2.3. Wadliwość postrzegania koncepcji <i>beneficial ownership</i> jako koncepcji ekonomicznej o zabarwieniu antyabuzyjnym	184
2.4.2.4. Problem demarkacji z normami antyabuzyjnymi	188
2.5. Zmiany w MK OECD i Komentarzach z 1995 i 1997 r. z rozwinieciem w wersji z 2014 r.	190
2.6. Raport OECD o Szkodliwej Konkurencji Podatkowej z 1998 r.	192
2.7. Raport OECD o Spółkach Osobowych z 1999 r.	193
2.8. Zmiany w Komentarzu do MK OECD z 2003 r.	197
2.8.1. Wprowadzenie do zmian: znaczące rozszerzenie antyabuzyjnego podejścia do interpretowania i stosowania umów o UPO w sposób retroaktywny	197
2.8.2. Wybuchowa mikstura zmian wobec rozumienia koncepcji <i>beneficial ownership</i> : brak dostatecznej konsekwencji i spójności w ewolucji tej koncepcji w pracach OECD	200
2.8.3. Otworzenie „Puszki Pandory” przez zmiany wprowadzone do Komentarza do MK OECD z 2003 r.	208
2.9. Raport OECD o Podmiotach Zbiorowego Inwestowania z 2010 r. w ramach Projektu TRACE z 2006–2013 r. i ich wpływ na zmiany w Komentarzach z 2010–2014 r.	209
2.9.1. Raport OECD o Podmiotach Zbiorowego Inwestowania z 2010 r. – swoboda w dysponowaniu aktywami inwestycyjnymi jako nowa przesłanka ustalania statusu rzeczywistego beneficjenta?	209
2.9.2. Projekt TRACE z 2006–2013 r. – koncepcja <i>beneficial ownership</i> jako źródło problemów w korzystaniu z umów o UPO przez międzynarodowych inwestorów	214
2.9.3. Kolejne mutacje i kolejne komplikacje w rozumieniu i stosowaniu koncepcji <i>beneficial ownership</i>	216
2.10. Zmiany w Komentarzu do MK OECD z 2014 r.	217
2.10.1. Proces uświadamiania sobie przez OECD potrzeby odejścia od szerokiego, antyabuzyjnego postrzegania koncepcji <i>beneficial ownership</i> z 2003 r.	217
2.10.2. Projekt Wyjaśnień z 2011 r.	218
2.10.3. Projekt Wyjaśnień z 2012 r.	222
2.10.4. Podkreślenie autonomiczności znaczenia koncepcji <i>beneficial ownership</i> na gruncie umów o UPO: § 12.1, 9.1 oraz Komentarza odpowiednio do art. 10, 11 i 12 MK OECD z 2014 r.	223
2.10.5. Znaczące doprecyzowanie koncepcji <i>beneficial ownership</i> : § 12.4, 10.2 i 4.3 Komentarza odpowiednio do art. 10, 11 i 12 MK OECD	228

2.10.5.1. Instrumentalność faktów i okoliczności dla analizy prawnej	229
2.10.5.2. Kwalifikowane rodzaje zobowiązania prawnego lub umownego do przekazania otrzymanego dochodu jako przyczyna eliminacji statusu rzeczywistego beneficjenta wobec tego dochodu	232
2.10.5.3. Fakty i okoliczności po raz kolejny: podmioty powiązane oraz rozwinięcie teorii paradoksu koncepcji <i>beneficial</i> <i>ownership</i> w odniesieniu do jej antyabuzywnej roli	236
2.10.5.4. Skupienie na dochodzie a nie na aktywach, z którego pochodzi dochód	245
2.10.6. Relacje do szczególnych i ogólnych norm antyabuzyjnych: początek drogi do marginalizowania znaczenia koncepcji <i>beneficial ownership</i> w sytuacjach abuzywnych?	249
2.11. Zmiany w MK OECD i Komentarza z 2017 r.	252
2.11.1. Wpływ nowego tytułu i nowej preambuły do MK OECD z 2017 r. na rozumienie i stosowanie koncepcji <i>beneficial ownership</i>	256
2.11.2. Wpływ dodania klauzuli PPT (art. 29 ust. 9) do MK OECD z 2017 r. na rozumienie i stosowanie koncepcji <i>beneficial ownership</i>	261
2.11.3. Wpływ dodania klauzuli LOB (art. 29 ust. 1–8) do MK OECD z 2017 r. na rozumienie i stosowanie koncepcji <i>beneficial ownership</i>	264
2.12. Podejście Organizacji Narodów Zjednoczonych do koncepcji <i>beneficial</i> <i>ownership</i>	266
2.12.1. Zasadność analizy podejścia ONZ do koncepcji <i>beneficial ownership</i> oraz fundamentalne podobieństwa i różnice między MK OECD a MK ONZ	266
2.12.2. Niespójne podążanie ONZ za OECD w odniesieniu do koncepcji <i>beneficial ownership</i> w latach 1980–2021	270
2.12.3. Raport profesora P. Bakera z 2008 r. dotyczący koncepcji <i>beneficial</i> <i>ownership</i>	271
2.12.4. Najnowsze stanowisko Komitetu Ekspertów ONZ wobec koncepcji <i>beneficial ownership</i>	273
2.13. Wnioski	276

Rozdział 3

Rozumienie i stosowanie koncepcji *beneficial ownership*

z perspektywy Polski	281
3.1. Wstęp	281
3.2. Geneza i ewolucja polskiego rozumienia koncepcji <i>beneficial ownership</i>	282
3.2.1. Wprowadzenie definicji koncepcji <i>beneficial ownership</i> do ustawy o CIT w 2017 r.	282
3.2.2. „Egzotyczna” modyfikacja koncepcji <i>beneficial ownership</i> w 2019 r. w kierunku antyabuzyjnym oraz jej „zmodernizowana” wersja od 2022 r.	288
3.3. Brak zasadności stosowania polskiej definicji koncepcji <i>beneficial ownership</i>	302
3.4. Brak decydującego znaczenia perspektywy Polski jako państwa źródła dla ustalenia statusu rzeczywistego beneficjenta	311

3.5. Wadliwość i nieadekwatność badania substratu majątkowo-osobowego dla ustalania statusu rzeczywistego beneficjenta	317
3.5.1. Błąd projektodawcy i ustawodawcy dotyczący wymogu substratu majątkowo-osobowego w definicji koncepcji <i>beneficial ownership</i>	317
3.5.2. Podejście polskich organów podatkowych do badania substratu majątkowo-osobowego w celu ustalania statusu rzeczywistego beneficjenta	322
3.5.3. Błędność i zbędność badania treści ekonomicznej dla ustalania statusu rzeczywistego beneficjenta	328
3.5.4. Właściwość badania treści prawnej dla ustalania statusu rzeczywistego beneficjenta	336
3.6. Wnioski	340

Rozdział 4

Koncepcja *beneficial ownership* na gruncie umów o UPO i unijnych

dyrektyw w świetle kanonów wykładni prawa	345
4.1. Wstęp	345
4.2. Koncepcja <i>beneficial ownership</i> na gruncie umów o UPO	346
4.3. Koncepcja <i>beneficial ownership</i> na gruncie dyrektywy IR	355
4.3.1. Treść koncepcji <i>beneficial ownership</i> w dyrektywie IR a klauzula podlegania opodatkowaniu wobec spółek i stałych zakładów	355
4.3.2. Stosowanie dokumentacji OECD dla ustalenia unijnego, autonomicznego znaczenia koncepcji <i>beneficial ownership</i>	362
4.3.3. Brak przypisywania koncepcji <i>beneficial ownership</i> antyabuzywnej roli na gruncie dyrektywy IR i brak wykluczenia podmiotów <i>conduit</i> z kręgu rzeczywistych beneficjentów	366
4.4. Problematyka koncepcji <i>beneficial ownership</i> na gruncie dyrektywy PS	376
4.4.1. Podobieństwa i różnice między dyrektywą PS a dyrektywą IR w zakresie skorzystania ze zwolnień z WHT w państwie źródła	376
4.4.2. Możliwość tożsamego rozumienia koncepcji <i>beneficial ownership</i> na gruncie dyrektywy IR i dyrektywy PS	378
4.4.3. Adekwatność dokumentacji OECD dla rozumienia koncepcji <i>beneficial ownership</i> wyinterpretowanej z dyrektywy PS	381
4.4.4. Możliwość wyinterpretowania koncepcji <i>beneficial ownership</i> z przepisów ustawy o CIT implementujących dyrektywę PS oraz brak możliwości stosowania polskiej koncepcji	384
4.5. Wnioski	387

Rozdział 5

Porównanie koncepcji *beneficial ownership* do ogólnych i szczególnych

klauzul antyabuzyjnych	391
5.1. Wstęp	391
5.2. Porównanie treści i struktury koncepcji <i>beneficial ownership</i> do klauzuli GAAR	395
5.3. Porównanie treści i struktury koncepcji <i>beneficial ownership</i> do klauzuli PPT	403

5.4. Porównanie treści i struktury koncepcji <i>beneficial ownership</i> do klauzuli LOB	408
5.4.1. Przyczyny analizy komparatystycznej oraz geneza klauzuli LOB	408
5.4.2. Treść i struktura klauzuli LOB oraz analiza porównawcza wysokiego poziomu: bogactwo i dookreśloność a ubogość i niedookreśloność treści	410
5.4.3. Zupełnie inny mechanizm zastosowania klauzuli LOB w porównaniu do koncepcji <i>beneficial ownership</i>	416
5.4.4. Nexus między podatnikiem a jego państwem rezydencji podatkowej jako kluczowa przesłanka w klauzuli LOB (brak istotności alokacji dochodu do podatnika)	419
5.4.5. Elementy klauzuli LOB wykluczające odmowę czerpania korzyści z umów o UPO wobec osób niezaangażowanych w abuzywny <i>treaty shopping</i>	420
5.5. Porównanie treści i struktury koncepcji <i>beneficial ownership</i> do przepisów o CFC	426
5.5.1. Polemika doktrynalna <i>de facto</i> będąca polemiką ze stanowiskiem organów podatkowych oraz inne powody istotności analizy porównawczej	426
5.5.2. Treść i struktura przepisów o CFC oraz analiza porównawcza wysokiego poziomu: bogactwo i dookreśloność a ubogość i niedookreśloność treści	428
5.5.3. Atak przepisów o CFC na zupełnie inne zjawisko niż koncepcja <i>beneficial ownership</i>	438
5.5.4. Odmienność funkcjonowania przepisów o CFC od koncepcji <i>beneficial ownership</i>	440
5.5.4.1. Definicja CFC a definicja rzeczywistego beneficjenta	441
5.5.4.2. Koncepcja „odwróconej CFC”	443
5.5.4.3. Realokacja dochodu CFC do polskiego podatnika kontrolującego CFC a doprecyzowanie alokacji dochodu do zagranicznego odbiorcy dochodu wypłacanego z Polski	445
5.5.5. Inna perspektywa i inny reżim prawny zasadne dla stosowania przepisów o CFC w porównaniu do stosowania koncepcji <i>beneficial ownership</i>	447
5.6. Wnioski	454

Rozdział 6

Koncepcja <i>beneficial ownership</i> w orzecznictwie	459
6.1. Wstęp	459
6.2. Stany Zjednoczone: wyrok Amerykańskiego Sądu Podatkowego z 5.08.1971 r. w sprawie Aiken Industries i jego wpływ na wczesną marginalizację antyabuzywną roli koncepcji <i>beneficial ownership</i>	462
6.2.1. Stan faktyczny, analiza wyroku i komentarz	462
6.2.2. Wpływ wyroku na marginalizację antyabuzywną roli koncepcji <i>beneficial ownership</i> w późniejszym orzecznictwie	466

6.2.3.	Wpływ orzecznictwa na antyabuzywne zmiany w ustawodawstwie amerykańskim i w amerykańskich umowach o UPO	468
6.3.	Holandia: wyrok Holenderskiego Sądu Najwyższego z 6.04.1994 r. w sprawie Royal Dutch Shell (<i>market maker</i>) i jego wpływ na wczesną marginalizację antyabuzywnej roli koncepcji <i>beneficial ownership</i>	469
6.3.1.	Stan faktyczny, analiza wyroku i komentarz	469
6.3.2.	Wpływ wyroku na antyabuzywne zmiany w ustawodawstwie holenderskim i w holenderskich umowach o UPO	475
6.4.	Wielka Brytania: wyrok brytyjskiego sądu apelacyjnego z 2.03.2006 r. w sprawie Indofood i jego wpływ na antyabuzywne rozumienie koncepcji <i>beneficial ownership</i> przez brytyjskie organy podatkowe	477
6.4.1.	Stan faktyczny, analiza wyroku i komentarz	477
6.4.2.	Wyjaśnienie brytyjskich organów podatkowych dotyczące antyabuzywnego rozumienia koncepcji <i>beneficial ownership</i> opublikowane w wyniku wyroku w sprawie Indofood	486
6.5.	Francja: wyrok Rady Stanu (Conseil d'État) z 29.12.2006 r. w sprawie Royal Bank of Scotland	490
6.5.1.	Stan faktyczny, analiza wyroku i komentarz	490
6.5.2.	Krytyczny komentarz dotyczący zastosowania przez Radę Stanu doktryny nadużycia pod pozorem stosowania koncepcji <i>beneficial ownership</i>	494
6.6.	Kanada: wyrok Federalnego Sądu Apelacyjnego z 26.02.2009 r. w sprawie Prévost	498
6.6.1.	Kontekst jurysprudencyjny	498
6.6.2.	Stan faktyczny, analiza wyroku i komentarz	499
6.6.3.	Wpływ na późniejsze orzecznictwo – wyrok TCC z 24.02.2012 r. w sprawie Velcro	507
6.7.	Polska: wyrok NSA z 11.03.2015 r., II FSK 214/13	509
6.7.1.	Kontekst jurysprudencyjny	509
6.7.2.	Stan faktyczny, analiza wyroku i komentarz	511
6.7.3.	Osobliwości wyroku i jego wpływ na późniejsze orzecznictwo: ostateczne czerpanie korzyści oraz brak nadużycia jako cechy rozpoznawcze rzeczywistego beneficjenta	518
6.8.	Szwajcaria: wyrok Federalnego Sądu Najwyższego z 5.05.2015 r. w sprawie Swiss Swap	522
6.8.1.	Wyjątkowość sprawy w kontekście użycia pochodnych instrumentów finansowych	522
6.8.2.	Stan faktyczny i analiza wyroku Szwajcarskiego Federalnego Sądu Administracyjnego	522
6.8.3.	Analiza i komentarz do wyroku Federalnego Sądu Najwyższego w Szwajcarii	527
6.8.4.	Wpływ na późniejsze orzecznictwo	531
6.9.	Unia Europejska: wyroki TSUE z 26.02.2019 r. w sprawach duńskich	532
6.9.1.	Specyficzny kontekst faktyczny i prawny spraw duńskich	532
6.9.2.	Stany faktyczne spraw duńskich dotyczących dyrektywy PS	536
6.9.2.1.	Sprawa T Danmark (C-116/16)	536

6.9.2.2. Sprawa Y Denmark Aps (C-117/16)	539
6.9.3. Stany faktyczne spraw duńskich dotyczących dyrektywy IR	543
6.9.3.1. Sprawa N Luksemburg 1 (C-115/16)	543
6.9.3.2. Sprawa X Denmark (C-118/16)	546
6.9.3.3. Sprawa C Danmark I (C-119/16)	550
6.9.3.4. Sprawa Z Denmark (C-299/16)	553
6.9.4. Przedstawienie i analiza rozumowania TSUE w wyrokach w sprawach duńskich	557
6.9.4.1. Ogólne podejście TSUE do odpowiedzi na pytania prejudycjalne oraz niemalże całkowite pominięcie koncepcji <i>beneficial ownership</i> w sprawach duńskich dotyczących dyrektywy PS	557
6.9.4.2. Odpowiedź TSUE na pytania dotyczące koncepcji <i>beneficial ownership</i> jako <i>stepping stone</i> do rozstrzygnięcia spraw duńskich wyłącznie na gruncie ogólnej zasady zakazu nadużycia prawa unijnego	560
6.9.4.3. Odmowa prawa do zwolnienia z WHT w dyrektywie PS i dyrektywie IR w świetle ogólnej zasady zakazu nadużycia prawa unijnego bez krajowej antyabuzywnej podstawy prawnej (?)	570
6.9.4.4. Wskazówki dotyczące badania nadużycia dyrektywy IR i dyrektywy PS w ramach ogólnej zasady zakazu nadużycia prawa unijnego. Źródła inspiracji	579
6.9.4.5. Wątpliwa asymilacja koncepcji <i>beneficial ownership</i> do ogólnej zasady zakazu nadużycia prawa unijnego oraz ciężar dowodzenia	588
6.9.5. Wnioski częściowe	596
6.10. Francja (po wyrokach TSUE): wyrok Rady Stanu z 5.06.2020 r. w sprawie Eqiom & Enka	599
6.10.1. Kontekst jurysprudencyjny – wyrok TSUE z 7.09.2017 r., C-6/16, Eqiom & Enka	599
6.10.2. Analiza wyroku Rady Stanu i komentarz	601
6.11. Włochy: wyrok Sądu Kasacyjnego (Corte di cassazione) z 10.07.2020 r. w sprawie Global Garden Products	606
6.11.1. Stan faktyczny i stanowisko włoskich organów podatkowych	606
6.11.2. Analiza wyroku włoskiego Sądu Kasacyjnego i komentarz	610
6.12. Hiszpania: wyrok Hiszpańskiego Sądu Najwyższego (Tribunal Supremo) z 23.09.2020 r. w sprawie Colgate	615
6.12.1. Rozwój rozumienia i stosowania koncepcji <i>beneficial ownership</i> w Hiszpanii: od alokacji dochodu do ogólnej klauzuli antyabuzywnej zastępującej klauzulę GAAR	615
6.12.2. Analiza i komentarz do wyroku Tribunal Supremo z 23.09.2020 r. w sprawie Colgate	623
6.13. Polska (po zmianie reżimu WHT i wyrokach TSUE w sprawach duńskich): wyrok WSA w Poznaniu z 12.01.2021 r., I SA/Po 324/20	628
6.13.1. Rozbudowany stan faktyczny	628

6.13.2. Konieczność konsultowania angielskiej wersji językowej polsko-szwedzkiej umowy o UPO	633
6.13.3. Obligatariusze jako ostateczni odbiorcy odsetek i ich rzeczywiści beneficjenci: błędna wykładnia i rozumienie koncepcji <i>beneficial</i> <i>ownership</i>	635
6.13.4. Brak możliwości zastosowywania koncepcji transparentności (<i>look-through</i>): błędne zrozumienie i zastosowanie koncepcji transparentności oraz też z wyroków TSUE w sprawach duńskich	642
6.13.5. Wnioski częściowe	647
6.14. Dania: wyroki Østre Landsret z 3.05.2021 r. w sprawach NetApp i TCD (Y Demark Aps i T Danmark) oraz z 25.11.2021 r. w sprawach Takeda A/S i NTC Parent S.a.r.l. (X Denmark A/S i N Luxembourg 1)	647
6.14.1. Wyrok Østre Landsret z 3.05.2021 r. w sprawach NetApp i TCD (sprawy dywidendowe)	647
6.14.1.1. Kontekst jureprudencki – wyrok TSUE w sprawach duńskich Y Demark Aps i T Danmark z 26.02.2019 r.	647
6.14.1.2. Analiza i komentarz wyroku	648
6.14.2. Wyrok Østre Landsret z 25.11.2021 r. w sprawach Takeda A/S i NTC Parent S.a.r.l. (sprawy odsetkowe)	653
6.14.2.1. Kontekst jureprudencki – wyrok TSUE w sprawach duńskich X Denmark A/S i N Luxembourg 1 z 26.02.2019 r.	653
6.14.2.2. Analiza i komentarz wyroku	653
6.15. Wnioski	658
Wnioski końcowe	669
1. Doprecyzowanie zasady alokacji dochodu	670
2. Fundamentalna logika umów o UPO i unijnych dyrektyw	677
3. Alokacja dochodu przez państwo rezydencji odbiorcy płatności jest decydująca	684
4. Zbędna i szkodliwa koncepcja?	688
5. <i>Post scriptum</i> : biosemantyka, czyli dlaczego organy podatkowe i większość sądów, stosując koncepcję <i>beneficial ownership</i> , zachowują się jak bobry	693
Bibliografia	701
Wykaz aktów prawnych i innych dokumentów	731
Wykaz orzecznictwa	743

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- CGI** – Francuski Ogólny Kodeks Podatkowy (Code général des impôts), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069577/2021-10-18/
- duńsko-luksemburska umowa o UPO** – Bekendtgørelse af overenskomst af 17. november 1980 med Luxembourg til undgåelse af dobbeltbeskatning og til fastsættelse af bestemmelser om gensidig administrativ bistand for så vidt angår indkomst- og formueskatter, <https://www.retsinformation.dk/eli/ltc/1982/95>
- dyrektywa ATA** – dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z 12.07.2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (Dz.Urz. UE L 193, s. 1)
- dyrektywa ATA 2** – dyrektywa Rady (UE) 2017/952 z 29.05.2017 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2016/1164 w zakresie rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych dotyczących państw trzecich (Dz.Urz. UE L 144, s. 1)
- dyrektywa IR** – dyrektywa Rady 2003/49/WE z 3.06.2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązanymi spółkami różnych Państw Członkowskich (Dz.Urz. UE L 157, s. 49, ze zm.)
- dyrektywa M&A** – dyrektywa Rady 2009/133/WE z 19.10.2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego (Dz.Urz. UE L 310, s. 34, ze zm.)
- dyrektywa PS** – dyrektywa Rady 2011/96/UE z 30.11.2011 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich (Dz.Urz. UE L 345, s. 8, ze zm.)
- dyrektywa Savings** – dyrektywa Rady 2003/48/WE z 3.06.2003 r. w sprawie opodatkowania dochodów z oszczędności w formie wypłacanych odsetek (Dz.Urz. UE L 157, s. 38, ze zm.)

- k.c.** – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
- k.k.s.** – ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2021 r. poz. 408 ze zm.)
- Konstytucja RP** – Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
- Konwencja MLI** – Konwencja wielostronna implementująca środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzonej w Paryżu 24.11.2016 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1369 ze zm.).
- Konwencja MAATM** – Konwencja o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych, sporządzona w Strasburgu 25.01.1988 r. (Dz.U. z 1998 r. Nr 141, poz. 913) oraz Protokół zmieniający tę Konwencję sporządzony w Paryżu 27.05.2010 r. (Dz.U. z 2011 r. Nr 180, poz. 1071)
- KWPT** – Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23.05.1969 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439)
- o.p.** – ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.)
- polsko-australijska umowa o UPO** – Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Australią w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu, sporządzona w Canberze 7.05.1991 r. (Dz.U. 1992 r. Nr 41, poz. 177)
- polsko-austriacka umowa o UPO** – Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Austrii w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i od majątku, podpisana w Wiedniu 13.01.2004 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 224, poz. 1921 ze zm.)
- polsko-francuska umowa o UPO** – Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu w zakresie podatków od dochodu i majątku, sporządzona w Warszawie 20.06.1975 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 1, poz. 5)
- polsko-chińska umowa o UPO** – Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Chińskiej Republiki Ludowej w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu, sporządzona w Pekinie 7.06.1988 r. (Dz.U. z 1989 r. Nr 13, poz. 65)
- polsko-hispańska umowa o UPO** – Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Hiszpanii o unikaniu podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i majątku, podpisana w Madrycie 15.11.1979 r. (Dz.U. z 1982 r. Nr 17, poz. 127)
- polsko-holenderska umowa o UPO** – Konwencja między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Niderlandów w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu, podpisana w Warszawie 13.02.2002 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 216, poz. 2120)
- polsko-irlandzka umowa o UPO** – Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Irlandii w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od

- dochodu, sporządzona w Madrycie 13.11.1995 r. (Dz.U. z 1996 r. Nr 29, poz. 129)
- polsko-luksemburska umowa o UPO** – Konwencja między Rzeczpospolitą Polską a Wielkim Księstwem Luksemburga w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i majątku, sporządzona w Luksemburgu 14.06.1995 r. (Dz.U. z 1996 r. Nr 110, poz. 527 ze zm.)
- polsko-meksykańska umowa o UPO** – Konwencja między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Meksykańskich Stanów Zjednoczonych w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu, sporządzona w Mexico City 30.11.1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 13, poz. 131 ze sprost.)
- polsko-niemiecka umowa o UPO** – Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i od majątku, podpisana w Berlinie 14.05.2003 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 12, poz. 90)
- polsko-singapurska umowa o UPO** – Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Singapuru w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu oraz protokół do tej umowy, podpisane w Singapurze 4.11.2012 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 443)
- polsko-słoweńska umowa o UPO** – Konwencja między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Słowenii w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i majątku, sporządzona w Lublanie 28.06.1996 r. (Dz.U. z 1998 r. Nr 35, poz. 198)
- polsko-szwedzka umowa o UPO** – Konwencja między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Królestwa Szwecji w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu, podpisana w Sztokholmie 19.11.2004 r. (Dz.U. z 2006 r. Nr 26, poz. 193 ze zm.)
- polsko-włoska umowa o UPO** – Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Włoskiej w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania, sporządzona w Rzymie 21.06.1985 r. (Dz.U. z 1989 r. Nr 62, poz. 374 ze zm.)
- polsko-szwedzka umowa w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji pr. przed.** – Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Królestwa Szwecji w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji sporządzona w Warszawie 13.10.1989 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 38 poz. 218)
- rozporządzenie z 31.12.2018 r.** – ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.)
- rozporządzenie z 31.12.2018 r.** – rozporządzenie z 31.12.2018 r. w sprawie wyłączenia lub ograniczenia stosowania art. 26 ust. 2e ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. poz. 2545 ze zm.)
- TFUE** – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47, ze zm.)

TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 13)
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 321E z 2006 r., s. 37)
umowa o UPO między Polską a Sri Lanką	– Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Demokratyczno-Socjalistycznej Republiki Sri Lanki w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu, podpisana w Kolombo 6.10.2015 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1333)
u.p.d.o.p. / ustawa o CIT	– ustawa z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1800 ze zm.)
u.p.d.o.f. / ustawa o PIT	– ustawa z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1128 ze zm.)
ustawa o Polskim Ładzie z 29.10.2021 r.	– ustawa z 29.10.2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2105 ze zm.)
ustawa wprowadzająca / ustawa zmieniająca z 23.11.2018 r.	– ustawy z 23.10.2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2193 ze zm.)
ustawa zmieniająca z 5.09.2016 r.	– ustawa z 5.09.2016 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. poz. 1550)

Raporty i inne dokumenty OECD

Explanatory Statement do Konwencji MLI	– <i>Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting</i> z 26.11.2016 r., https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf
MK OECD	– Konwencja Modelowa Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju w sprawie podatków od dochodu i majątku (Update to the Model Tax Convention on Income and on Capital, adopted by OECD Council on 21.11.2017, https://www.oecd.org/tax/treaties/oecd-approves-2017-update-model-tax-convention.htm)
MK ONZ	– Modelowa Konwencja ONZ w sprawie unikania podwójnego opodatkowania między państwami rozwiniętymi a rozwijającymi się (United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf)
Plan Działania BEPS nr 6	– OECD, <i>Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report</i> (Paryż, 2015), https://www.oecd.org/ctp/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm

**Raport o Podmiotach
Zbiorowego Inwestowania
z 2010 r.**

- Raport o Przyznawaniu Korzyści z Umów o UPO wobec Dochodu Podmiotów Zbiorowego Inwestowania (OECD, *The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles*, Paris, 2010 r.), <https://www.oecd.org/tax/treaties/45359261.pdf>

**Raport o Spółkach
Bazowych z 1986 r.**

- Raport o Umowach o UPO i Spółkach Bazowych (OECD, *Double taxation conventions and the use of base companies*, Paris, 1986 r.), https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-5-double-taxation-conventions-and-the-use-of-base-companies_9789264239081-98-en#page1

**Raport o Spółkach Conduit
z 1986 r.**

- OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies* (Paris, 1986 r.), https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-6-double-taxation-conventions-and-the-use-of-conduit-companies_9789264239081-99-en#page1

**Raport o Spółkach
Osobowych**

- Raport OECD dotyczący stosowania umów o UPO do spółek osobowych z 1999 r. (OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, 1999 r.), https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/the-application-of-the-oecd-model-tax-convention-to-partnerships_9789264173316-en

**Raport o Szkodliwej
Konkurencji Podatkowej
Raport TRACE z 2009 r.**

- OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, 1998, <https://www.oecd.org/ctp/harmful/1904176.pdf>
- Raport OECD Nieformalnej Grupy Konsultacyjnej ds. Opodatkowania Podmiotów Zbiorowego Inwestowania oraz Procedur Przyznawania Ulg Podatkowych dla Transgranicznych Inwestorów o Możliwych Ulepszeniach Przyznawania Ulg Podatkowych Transgranicznym Inwestorom z 2009 r. (OECD, *Report of the Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors on Possible Improvements to Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors*, Paryż 2009 r.), <https://www.oecd.org/ctp/treaties/41974569.pdf>

Raport TRACE z 2013 r.

- Pakiet Wdrożenia Śladu Autoryzowanego Systemu Pośrednictwa do Przyjęcia Ustandaryzowanego Systemu Efektywnych Procedur Przyznawania Ulg w Podatku u Źródła dla Transgranicznych Dochodów Portfelowych z 2013 r. (OECD, *TRACE Implementation Package Authorised Intermediary System for the Adoption of the a Standardised System for Effective Withholding Tax Relief Procedures for Cross-border Portfolio Income*, Paris, 2013 r.), http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/TRACE_Implementation_Package_Website.pdf

**Raport Wyjaśniający
do Konwencji MAATM**

- raport wyjaśniający do Konwencji o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych (Explanatory Report to Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters), https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Explanatory_Report_ENG_%2015_04_2010.pdf

Inne dokumenty

- projekt przepisów o CFC** – projekt z 14.04.2014 r. ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-972-2014/\\$file/7-020-972-2014.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-972-2014/$file/7-020-972-2014.pdf)
- projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r.** – Ministerstwo Finansów, *Konsultacje podatkowe w sprawie objaśnień do przepisów w zakresie zasad poboru podatku u źródła*, <https://www.gov.pl/web/finanse/konsultacje-podatkowe-w-sprawie-objasnien-do-przepisow-w-zakresie-zasad-poboru-podatku-u-zrodla>
- Projekt Wyjaśnień z 2011 r.** – OECD, *Clarification of the Meaning of „Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention – Public Discussion Draft*, 29 April 2011 to 15 July 2011, <https://www.oecd.org/ctp/treaties/47643872.pdf>
- Raport dot. Projektu dyrektywy IR z 1998 r.** – C. Secchi, *Report on the proposal for a Council Directive on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States*, (COM(98)0067 – C4-0195/98 – 98/0087(CNS)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1998-0299+0+DOC+PDF+V0//EN>
- US MK z 2016 r.** – United States Model Income Tax Convention between the Government of the United States of America and the Government of for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Tax Evasion with Respect to Taxes on Income, <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf>
- uzasadnienie do ustawy o Polskim Ładzie** – uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, IX kadencja, druk sejm. nr 1532
- Wyjaśnienia HMRC (INTM332050)** – HMRC, *INTM332050 – Double Taxation applications and claims: HMRC reaction to Indofood case*, ostatnia aktualizacja 26.03.2021 r., <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332050>
- Wyjaśnienia HMRC (INTM332060)** – HMRC, *INTM332060 – Double Taxation applications and claims: Indofood: Impact on particular cases*, ostatnia aktualizacja 26.03.2021 r., <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332060>
- Wyjaśnienia HMRC (INTM504030)** – HMRC, *INTM504030 – Double taxation treaties: Beneficial ownership: What beneficial ownership means*, ostatnia aktualizacja 26.03.2021 r., <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030>

Wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

- wyrok TSUE z 6.10.1985 r., C-283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA** – wyrok TSUE z 6.10.1985 r., C-283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della sanità, EU:C:1982:335
- wyrok TSUE z 17.10.1996 r., C-283/94, C-291/94 i C-292/94, Denavit i in.** – wyrok TSUE z 17.10.1996 r., C-283/94, C-291/94 i C-292/94, Denavit International BV, VITIC Amsterdam BV i Voormeer BV przeciwko Bundesamt für Finanzen, EU:C:1996:387
- wyrok TSUE z 17.07.1997 r., C-28/95, A. Leur-Bloem** – wyrok TSUE z 17.07.1997 r., C-28/95, A. Leur-Bloem przeciwko Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, EU:C:1997:369
- wyrok TSUE z 21.02.2006 r., C-255/02, Halifax** – wyrok TSUE z 21.02.2006 r., C-255/02, Halifax Plc., Leeds Permanent Development Services Ltd i County Wide Property Investments Ltd przeciwko Commissioners of Customs & Excise, EU:C:2006:121
- wyrok TSUE z 12.09.2006 r., C-196/04, Cadbury Schweppes** – wyrok TSUE z 12.09.2006 r., C-196/04, Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd przeciwko Commissioners of Inland Revenue, EU:C:2006:544
- wyrok TSUE z 5.07.2007 r., C-321/05, Kofoed** – wyrok TSUE z 5.07.2007 r., C-321/05, Hans Markus Kofoed przeciwko Skatteministeriet, EU:C:2007:408
- wyrok TSUE z 11.10.2007 r., C-451/05, ELISA** – wyrok TSUE z 11.10.2007 r., C-451/05, Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) przeciwko Directeur général des impôts oraz Ministère public, EU:C:2007:594
- wyrok TSUE z 11.12.2008 r., C-285/07, A.T.** – wyrok TSUE z 11.12.2008 r., C-285/07, A.T. przeciwko Finanzamt Stuttgart-Körperschaften, EU:C:2008:705
- wyrok TSUE z 20.05.2010 r., C-352/08, Zwijnenburg** – wyrok TSUE z 20.05.2010 r., C-352/08, Modehuis A. Zwijnenburg BV przeciwko Staatssecretaris van Financiën, EU:C:2010:282
- wyrok TSUE z 10.11.2011 r., C-126/10, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais** – wyrok TSUE z 10.11.2011 r., C-126/10, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais, EU:C:2011:718
- wyrok TSUE z 5.07.2012 r., C-318/10, SIAT** – wyrok TSUE z 5.07.2012 r., C-318/10, Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) przeciwko État belge, EU:C:2012:415
- wyrok TSUE z 7.09.2017 r., C-6/16, Eqiom & Enka** – wyrok TSUE z 7.09.2017 r., C-6/16, Eqiom SAS i Enka SA przeciwko Ministre des Finances et des Comptes publics, EU:C:2017:641
- wyrok TSUE z 20.12.2017 r., C-504/16 i C-613/16, Deister Holding & Juhler Holding** – wyrok TSUE z 20.12.2017 r., C-504/16 i C-613/16, Deister Holding i Juhler Holding A/S przeciwko Bundeszentralamt für Steuern, EU:C:2017:1009
- postanowienie TSUE z 14.06.2018 r., C-440/17, GS** – postanowienie TSUE z 14.06.2018 r., C-440/17, GS przeciwko Bundeszentralamt für Steuern, EU:C:2018:437
- wyrok TSUE z 26.02.2019 r., C-135/17, X-GmbH** – wyrok TSUE z 26.02.2019 r., C-135/17, X-GmbH przeciwko Finanzamt Stuttgart – Körperschaften, EU:C:2019:136
- wyroki TSUE w sprawach duńskich** – wyroki TSUE z 26.02.2019 r.: w sprawach połączonych C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, N Luxembourg 1 (C-115/16), X Denmark (C-118/16), C Danmark I (C-119/16), Z Denmark (C-299/16) przeciwko Skatteministeriet, EU:C:2019:134 oraz C-116/16 i C-117/16, Skatteministeriet przeciwko T Danmark (C-116/16) and Y Denmark Aps (C-117/16), EU:C:2019:135

Czasopisma i publikatory

BIFD	– Bulletin for International Fiscal Documentation
BIT	– Bulletin for International Taxation
BNB	– Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak
FDP	– Forum Doradców Podatkowych
IBFD	– The International Bureau of Fiscal Documentation
ITLR	– The Indo-Tibetan Lexical Resource
KPP	– Kwartalnik Prawa Podatkowego
ONSA	– Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
ONSAiWSA	– Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i Wojewódzkich Sądów Administracyjnych
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Seria A
POP	– Przegląd Orzecznictwa Podatkowego
PP	– Przegląd Podatkowy
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SPE	– Studia Prawno-Ekonomiczne
ZNSA	– Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego
ZNUJ	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

Inne

AG	– adwokaci generalni
AN	– Krajowy Sąd w Hiszpanii (hiszp. Audiencia Nacional)
Analizy i Studia CASP	– Analizy i Studia Centrum Analiz i Studiów Podatkowych SGH
BEPS	– erozja bazy podatkowej poprzez transfer zysków za granicę (ang. <i>Base Erosion and Profit Shifting</i>)
BIZ	– bezpośrednie inwestycje zagraniczne
BKI	– Bekendtgørelse (duńska ustawa implementująca np. umowę Konwencji Nordycką lub umowę o UPO)
BNB	– Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse belastingrechtspraak
CFC	– zagraniczne spółki kontrolowane (ang. <i>controlled foreign companies</i>)
CIT	– podatek dochodowy od osób prawnych
CIV	– podmioty zbiorowego inwestowania (ang. <i>collective investment vehicle</i>)
CRA	– Kanadyjska Agencja Przychodów (ang. Canadian Revenue Authority)
CRC	– Federalna Podatkowa Komisja Apelacyjna (franc. Commission fédérale de recours en matière contributions)
DGTI	– Dyrektor Generalny ds. Podatków w Indonezji (ang. Director General of Taxes in Indonesia)
ECHR	– Europejski Trybunał Praw Człowieka (ang. European Court of Human Rights)
EOG	– Europejski Obszar Gospodarczy

FCA	– kanadyjski Federalny Sąd Apelacyjny (ang. Federal Court of Appeal)
FDI	– bezpośrednio inwestycje zagraniczne (ang. <i>foreign direct investment</i>)
GAAR	– klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania (ang. <i>general anti-avoidance rule</i>)
Grupa Ekspertów ONZ	– Grupa Ekspertów ds. Współpracy Międzynarodowej w Sprawach Podatkowych
HMRC	– Urząd Skarbowy i Celny Jej Królewskiej Mości (ang. Her Majesty's Revenue & Customs)
Hoge Raad	– Holenderski Sąd Najwyższy (ang. Hoge Raad der Nederlanden)
ICJ	– Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (ang. International Court of Justice)
ICS	– system sądów inwestycyjnych (ang. Investment Court System)
ICSID	– Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ang. International Centre for Settlement of Investment Disputes)
IFA	– Międzynarodowe Stowarzyszenie Podatkowe (ang. International Fiscal Association)
ILC	– Komisja Prawa Międzynarodowego (ang. International Law Commission)
IRC	– Ośrodek Przekazu Innowacji
ISDS	– rozstrzyganie sporów między inwestorem a państwem (ang. <i>investor-State dispute settlement</i>)
ITLR	– International Tax Law Reports
KAS	– Krajowa Administracja Skarbowa
KIDP	– Krajowa Izba Doradców Podatkowych
KIS	– Krajowa Informacja Skarbowa
klauzula BO	– klauzula <i>beneficial owner</i>
klauzula LOB	– klauzula ograniczającej korzyści (ang. <i>limitation on benefits clause</i>)
klauzula MFN	– klauzula największego uprzywilejowania (ang. <i>most favoured nation clause</i>)
klauzula PPT	– test (klauzula) jednego z głównych celów (ang. <i>principal purposes test</i>)
MDR	– informacja o schemacie podatkowym (ang. <i>Mandatory Disclosure Rules</i>)
MFW/IMF	– Międzynarodowy Fundusz Walutowy (ang. The International Monetary Fund)
MLI	– wielostronny instrument modyfikacji dwustronnych umów podatkowych (ang. Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties)
MUCS	– Małopolski Urząd Celno-Skarbowy w Krakowie
NDUCS we Wrocławiu	– Naczelnik Dolnośląskiego Urzędu Celno-Skarbowego
NBP	– Narodowy Bank Polski
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
OECD	– Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
ØL	– sąd duński (Østre Landsret)
ONZ	– Organizacja Narodów Zjednoczonych

PCIJ	– Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej (ang. Permanent Court of International Justice)
PIT	– podatek dochodowy od osób fizycznych
PON	– podatek od nieruchomości
PŻM	– Polska Żegluga Morska
Rada PUO	– Rada ds. Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania
RG	– Rzecznik Generalny przy Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej
SAT	– chińska administracja podatkowa (ang. State Administration of Taxation)
SCA	– spółka komandytowo-akcyjna (<i>société en commandite par actions</i>)
SICAR	– spółka inwestycyjna o kapitale podwyższonego ryzyka (<i>société d'investissement en capital à risque</i>)
SPE	– podmioty specjalnego przeznaczenia (ang. <i>special purpose entities</i>)
SFTA	– Szwajcarska Federalna Administracja Podatkowa (ang. Swiss Federal Tax Administration)
SKAT	– duński organ podatkowy
TAF	– Szwajcarski Federalny Sąd Administracyjny (franc. Tribunal administratif fédéral)
TCC	– Kanadyjski Sąd Podatkowy (ang. Tax Court of Canada)
TEAC	– Centralny Ekonomiczno-Administracyjny Trybunał w Hiszpanii (hiszp. Tribunal Económico-Administrativo Central)
TF	– Federalny Sąd Najwyższy w Szwajcarii (franc. Tribunal fédéral)
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS	– Hiszpański Sąd Najwyższy (hiszp. Tribunal Supremo)
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UBO	– ostateczny beneficjent rzeczywisty (ang. <i>ultimate beneficial owner</i>)
UCS	– Urząd Celno-Skarbowy
UE	– Unia Europejska
umowa o UPO	– umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania
US	– Urząd Skarbowy
USTC	– Amerykański Sąd Podatkowy (ang. United States Tax Court)
VAT	– podatek od towarów i usług
WHT	– podatek u źródła (ang. <i>Withholding Tax</i>)
WSA	– wojewódzki sąd administracyjny

Wszystkie dostępy do stron internetowych są aktualne na dzień 15.01.2022 r.

PRZEDMOWA

[...] Ty je mijaj, i zalep uszy towarzyszy
Woskiem miodnego plastru! Niech żaden nie słyszy
Głosu ich; lecz jeżeli sam byłbyś ciekawy
Posłuchać, to powrozem każ do masztu nawy
Przywiązać się a mocno, za nogi i ręce,
A wtedy się przysłuchaj dwóch Syren piosence [...]

Homer, *Odyseja*, s. 122¹

Publikacja Błażeja Kuźniackiego dotycząca koncepcji rzeczywistego beneficjenta zaprasza nas do podróży niczym mitycznych Odyseusza, ostrzegając przed przyśłowowymi wirami i prądami rzeczzonego zagadnienia. Nie ukrywając przed nami trudności tej podróży ani czasu, w jakim przyjdzie się zapoznać z tą materią, Autor oferuje nam rolę swoistego rodzaju nawigatora, sprawnie manewrując pomiędzy „głazami” przepisów prawnych oraz „rafami” orzecznictwa i doktryny. Nie jest to pierwszy nawigator w tej podróży, który tłumaczy znaczenie instytucji rzeczywistego beneficjenta i jej praktycznego zastosowania w polskim systemie prawnym.

Jednakże jego głos wybrzmiewa dobitnie pośród innych nawigatorów, ostrzegając nas przed ryzykiem błędnego rozumienia funkcji tej instytucji, jaką, jego zdaniem, nie jest funkcja antyabuzyjna (przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania), lecz funkcja alokacyjna (alokacja dochodu). Zatem rzeczywisty beneficjent to podmiot, do którego alokowany jest dochód. Autor próbuje udowodnić, że to nie koncepcja rzeczywistego beneficjenta służy do przeciwdziałania nadużyciom umów o UPO i unijnych dyrektyw, lecz klauzule GAAR, PPT i LOB. W publikacji tej Autor zauważa, że właściwa funkcja koncepcji rzeczywistego beneficjenta (funkcja alokacyjna) prowadzi do zapewnienia właściwego zastosowania umów o UPO oraz unijnych dyrektyw, eliminując podwójne opodatkowanie tylko wtedy, gdy może ono wystąpić ze względu na alokację dochodu z państwa źródła do państwa rezydencji. Realizuje

¹ <https://wolnelektury.pl/katalog/lektura/homer-odyseja.html> (dostęp: 25.01.2022 r.).

ona zatem cele umów o UPO i unijnych dyrektyw na moment ich stosowania niezależnie od intencji podmiotu, który ją stosuje, i jej adresatów. Natomiast funkcja antyabuzyjna, będąc funkcją niewłaściwą, może prowadzić do podwójnego opodatkowania, znacząco redukować ochronę i przewidywalność w stosowaniu umów o UPO oraz unijnych dyrektyw, destabilizować ich funkcjonalność. Ponadto realizuje ona intencje indywidualnego, krajowego ustawodawcy. Niestety ta ostatnia dominuje w podejściu organów podatkowych. Rodzi też obawy u Autora, że może także zdominować podejście sądów administracyjnych. Tymczasem koncepcja rzeczywistego beneficjenta nie jest quasi-klauzulą GAAR, albowiem w jej treści brak jest przesłanek nadużycia.

Jest to głos, który uświadamia, jak łatwo „syreni śpiew” o potrzebie zapewnienia wpływów budżetowych oraz walka z nadużyciami potrafi omamić interpretatora wizją szkodliwości określonych działań podatników, a w konsekwencji uwolnić go z więzów prawa, którymi jest związany zwłaszcza w sytuacji, gdy sama koncepcja pozostawia poważne wątpliwości w jej rozumieniu.

Jednakże analizując spory, w których pojawia się problem rzeczywistego beneficjenta, niewątpliwie interpretator punktem wyjścia swojej wykładni powinien uczynić wykładnię językową, lecz wobec ewidentnej niejasności tej koncepcji w sukurs powinny mu przyjść inne wykładnie prawa, takie jak wykładnia systemowa (zgodna z Konstytucją RP czy prawem unijnym, kontekstualna) czy wykładnia celowościowa.

Warty rozważenia jest wniosek Autora o szkodliwości wspomnianej klauzuli istniejącej w obecnym kształcie w polskim systemie prawa. Owa szkodliwość, której przyczyną jest nadużywanie tej instytucji w celach profiskalnych przez organy podatkowe, widoczna jest na poziomie rozwoju gospodarki i inwestycji w Polsce. Wspomniane podejście nie buduje zaufania do działania organów podatkowych, wręcz przeciwnie, zniechęca potencjalnych inwestorów do inwestowania na terytorium Polski. Jednocześnie jej niejasność może doprowadzić do lawinowego narastania sporów między podatnikami i organami podatkowymi, ze szkodą dla polskiej gospodarki, reputacji wśród inwestorów, marnotrawstwa czasu i pieniędzy aktorów rzeczonoego sporu (podatników, organów podatkowych, sądów administracyjnych) oraz spowodować ryzyko kosztownych sporów z międzynarodowymi korporacjami, w tym sporów arbitrażowych.

Mglistość znaczeniowa koncepcji rzeczywistego beneficjenta skłania do kolejnego niebanalnego wniosku Autora o zbędności tej instytucji w polskim systemie prawa, albowiem jest ona w swej istocie „pustym postanowieniem” na gruncie umów o UPO, której dodanie nigdy nie było konieczne dla ich prawidłowego funkcjonowania. Stąd też jego rekomendacja o usunięciu rzeczonoego koncepcji nie tylko z prawa krajowego, lecz również z MK OECD i MK ONZ oraz z unijnych dyrektyw.

A zatem, drogi Odysie, pora zacząć podróż i niech Cię nie niepokoją cierpienia Twe orzecznicze i poczynione błędy interpretacyjne. Wszędy są drogi proste (o ile znasz zasady wykładni), lecz i manowce wszędy (gdy tych zasad nie znasz). O to chodzi jedynie. By naprzód wciąż iść śmiało i poznawać istotę rzeczy. Choć bywa, że w wykładni prawa dochodzi się gdzieś indziej, niż się pierwotnie zakładało².

Dagmara Dominik-Ogińska

² Parafraza fragmentu wiersza L. Staffa, *Odys*, https://poezja.org/wz/Staff_Leopold/1564/Odys (dostęp: 25.01.2022 r.).

WPROWADZENIE

1. Istota sporu i cel publikacji

Jaka jest dominująca rola koncepcji *beneficial ownership* w podatku u źródła zgodnie z autonomicznym, międzynarodowym rozumieniem tej koncepcji?¹ To jest nadrzędne pytanie, na które próba udzielenia odpowiedzi stanowi główny cel publikacji. Punktem wyjścia do odpowiedzi na to pytanie jest świadomość plastyczności i niedookreśloności koncepcji *beneficial ownership*, którą trafnie przedstawił prof. J. Hattingh:

Prawdopodobnie nie ma doskonałej, dobrze opisanej i obejmującej wszystkie przypadki definicji *beneficial ownership*, która czeka na odkrycie w pewnej sprawie lub w doświadczonym autorytecie. Pojęcie *beneficial owner* jest raczej jak kameleon, przybiera kolor z treści dóbr osobistych, do których jest dołączony jako ich etykieta. W naturze kameleona nie leży przybijanie swoich kolorów gwoździami do masztu².

Od początku więc wiadomo, że *beneficial ownership* zarówno w prawie międzynarodowym, jak i krajowym jest koncepcją niezwykle podatną na różne rozumienie i stosowanie. W zależności od tego, w jakich okolicznościach i kto próbuje zrozumieć, czym jest rzeczywisty beneficjent (ang. *beneficial owner*)³, koncepcja *beneficial ownership* może przybierać różne role i prowadzić do różnych konsekwencji.

¹ W publikacji, w odniesieniu do *beneficial ownership* lub *beneficial owner* będę zazwyczaj używał terminu „koncepcja”, ale można również posługiwać się innymi określeniami, np. „pojęcie” lub „klauzula”. Używane są one bowiem zamiennie, z zaznaczeniem, że najczęściej w doktrynie stosuje się określenia „koncepcja *beneficial ownership* lub *beneficial owner*”. Zob. *Beneficial Ownership: Recent Trends*, red. M. Lang i in., IBFD 2013.

² W oryg.: „There is probably no perfect well-described all-encompassing definition of beneficial ownership that lies hidden in a case or an old authority waiting to be discovered. The term beneficial owner is rather like a chameleon, taking its colour from the content of the personal rights to which it is attached as a label. It is not in the nature of a chameleon to nail its colours to the mast”. Zob. J. Hattingh, *Beneficial Ownership and Double Tax Conventions, Part II* [w:] *International Tax*, red. A. De-Koker, E. Brincker, Durban 2009, cyt. za: C.P. du Toit, *The Evolution of the Term „Beneficial Ownership” in Relation to International Taxation over the Past 45 Years*, BIT 2010/10(64), pkt 3.2.1.

³ W publikacji posługuję się wyrażeniem „rzeczywisty beneficjent” w odniesieniu do pojęcia, któremu polski ustawodawca nadaje różne nazwy na gruncie różnych umów o UPO, odnosząc się *de facto* i *de iure* do koncepcji *beneficial ownership*. Jeszcze inne nazwy tego pojęcia można odnaleźć w przepisach ustaw regulujących podatki dochodowe oraz w oficjalnych tłumaczeniach wyroków TSUE i opinii Rzeczników

Wybór tematyki publikacji podyktowany był kilkoma czynnikami. Przede wszystkim obecnie pobór podatku u źródła (WHT, *withholding tax*) w Polsce krąży wokół rozumienia i stosowania koncepcji *beneficial ownership* przez organy podatkowe w sposób niezwykle „agresywny” i w pewnym stopniu retroaktywny. Obecnie, tj. w 2022 r., organy podatkowe podważają status rzeczywistego beneficjenta podmiotów pośredniczących zwłaszcza z Holandii, Luksemburga, Cypru i innych przyjaznych podatkowo jurysdykcji z UE, aż do upływu okresu przedawnienia, czyli wobec płatności podlegających pod WHT dokonywanych od grudnia 2015 r. do końca 2016 r. Spory na tym polu toczą się nadal wobec płatności dokonywanych już w 2015 r. Przy czym rozumienie koncepcji *beneficial ownership* na moment przeprowadzania kontroli podatkowych i celno-skarbowych w latach 2019–2022 jest zupełnie inne niż to, które było znane podatnikom we wcześniejszych latach. W szczególności, przed 2019 r. koncepcja *beneficial ownership* pojawiała się stosunkowo rzadko zarówno w praktyce organów podatkowych, jak i w orzecznictwie sądów administracyjnych w sprawach podatkowych. Próby ustalania statusu rzeczywistego beneficjenta koncentrowały się głównie na *pool leaderach* jako stronach umów cash pooling⁴. Warto zauważyć, że *cash pooling* to umowa polegająca na gromadzeniu przez agenta (*pool leader*) środków finansowych stron umowy na rachunku bankowym w celu zmniejszenia kosztów finansowych grupy i zwiększenia zysków z odsetek dzięki wykorzystaniu efektu skali. *Pool leader* co do zasady działa na rachunek uczestników umowy, a więc jest zobowiązany do przekazania uzyskanych odsetek i jego prawo do rozporządzania tymi dochodami jest bardzo ograniczone. Zidentyfikować w tym zakresie można automatyzm w przekazywaniu środków⁵. W konsekwencji w znakomitej większości orzecznictwa wyrażany był skądinąd słuszny pogląd, jakoby *pool leader*, co do zasady, nie mógł być uznany za rzeczywistego beneficjenta uzyskiwanych odsetek⁶ – nie był bowiem podatnikiem, do którego alokowano dochody na potrzeby opodatkowania.

Generalnych przy TSUE. Daleko idąca heterogeniczność w nazewnictwie omawianego pojęcia przy zachowaniu jego pełnej tożsamości znaczeniowej (funkcjonalnej) jest niepożądana w porządku prawnym. Analiza tej problematyki oraz zasadność posługiwania się wyrażeniem „rzeczywisty właściciel” znajduje się przede wszystkim *infra* w podrozdziale 4.2.

⁴ M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, LEX 2015, pkt 2.3.3.1.

⁵ Zob. R. Pioterczak, *Cash pooling w obrocie międzynarodowym*, <https://www.prawo.pl/podatki/cash-pooling-w-obrocie-miedzynarodowym,7427.html>. Ta i wszystkie dostępy do stron internetowych są aktualne na dzień 15.01.2022 r.

⁶ Zob. np. wyroki: NSA z 12.09.2013 r., II FSK 2636/11, LEX nr 1375619; WSA w Łodzi z 21.08.2013 r., I SA/Łd 612/13, LEX nr 1452444; WSA w Warszawie z 13.06.2013 r., III SA/Wa 3360/12, LEX nr 1350345; WSA w Gliwicach z 24.09.2012 r., I SA/Gl 181/12, LEX nr 1265906. Przy czym to, czy dany podmiot pełniący funkcję *pool leadera* może być uznany za rzeczywistego beneficjenta od otrzymywanych odsetek podlega każdorazowej ocenie w wyniku przeprowadzenia właściwej analizy prawnej w świetle konkretnych faktów i okoliczności. Sam fakt pełnienia funkcji *pool leadera* nie może automatycznie wiązać się z utratą statusu rzeczywistego beneficjenta. Może bowiem zdarzyć się, że *pool leader* będzie posiadał uprawnienia do dysponowania uzyskiwanymi odsetkami w sposób umożliwiający uznanie go za ich rzeczywistego beneficjenta. Oczywiście w takim przypadku nie może występować automatyzm w przekazywaniu odsetek przez *pool leadera* innym podmiotom.

To ukazuje, że rozumienie koncepcji *beneficial ownership* przed 2019 r. oscylowało głównie wokół alokacji dochodu do zagranicznego podatnika dla właściwego stosowania umów o UPO. Sytuacja ta zmieniła się diametralnie dopiero od 2019 r., od tego momentu można zaobserwować rozumienie koncepcji *beneficial ownership* przez organy podatkowe w sposób antyabuzystyczny, przy zastosowaniu bliżej niedookreślonej szerokiej analizy ekonomicznej zamiast precyzyjnej analizy prawnej. W związku z tym, że taka praktyka interpretacyjna nie istniała przed 2019 r., można uznać, że działania organów podatkowych podważające status rzeczywistego beneficjenta wobec podmiotów pośredniczących, które otrzymały płatności z Polski w latach 2015–2019, mają charakter retroaktywny. Ani bowiem podatnicy, ani płatnicy nie mogli przewidzieć negatywnych konsekwencji podatkowych, które pojawiły się dopiero kilka lat później w wyniku skrajnie odmiennej interpretacji koncepcji *beneficial ownership* przez organy podatkowe w Polsce. Powstaje zatem pytanie, czy nie jest to przykład stosowania niezgodnej z Konstytucją RP wykładni retroaktywnej na niekorzyść obywateli (podatników), będącej odpowiednikiem na poziomie stosowania prawa złamania zasady *lex retro non agit* lub też zasady bezpieczeństwa prawnego⁷.

W dużej mierze taki „zwrot akcji” zapewne był spowodowany reformą zasad poboru WHT w Polsce wprowadzoną 1.01.2019 r. i zmodyfikowaną 1.01.2022 r.⁸ Innymi słowy, można podnosić argument, zgodnie z którym mamy do czynienia albo z retroaktywną wykładnią koncepcji *beneficial ownership*, albo z retroaktywnym stosowaniem przepisów, które ewidentnie „wypełniają” koncepcję *beneficial ownership* antyabuzystycznymi kształtami dopiero od 1.01.2019 r. ze zmianami od 1.01.2022 r. Stosowanie „nowej wykładni” wobec koncepcji *beneficial ownership*, abstrahując od jej poprawności⁹, byłoby zgodne z Konstytucją RP tylko już po dokonanej transformacji znaczeniowej tej koncepcji, tj. wobec stanów faktycznych zaistniałych po 1.01.2019 r.¹⁰ Organ podatkowy

⁷ Oczekiwanie obywateli, w tym podatników, wynikające z zasady zaufania do państwa i prawa, dotyczą nie tylko tekstu aktów normatywnych, lecz także, a w praktyce nawet w większym stopniu, praktyki stosowania prawa przez sądy i organy administracyjne. Dlatego też na ochronę konstytucyjną często zasługują jedno i drugie oczekiwania. Zasada nieretroakcji ma znaczenie aksjologiczne i mogą ją naruszyć wszelkie działania władzy państwowej, tj. nie tylko ustawodawczej, lecz także egzekutywy i judykatury, uderzające w określone wartości, np. zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez niego prawa. Zob. Ł. Supera, *Ochrona uzasadnionych oczekiwań a wsteczne działanie wykładni orzeczniczej w prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 183–184, <http://depotuw.ceon.pl/handle/item/275>. Por. A. Kozak, *Glosa do uchwały TK z dnia 7 marca 1995 r.*, W 9/94, „Przegląd Sejmowy” 1995/3, s. 294–298; E. Łętowska, *O nauczaniu i opisowej wykładni prawa* [w:] *Teoria i praktyka wykładni*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 245, 246 i n.

⁸ Zob. *infra* pkt 2.3 wprowadzenia.

⁹ Tj. zgodności z rozumieniem tej koncepcji w świetle prawa międzynarodowego, unijnego i konstytucyjnego. Zob. *infra* rozdziały 1–4.

¹⁰ Ustalenie tego momentu przejściowego w transformacji wykładni koncepcji *beneficial ownership* w Polsce jest przykładem dzielenia wykładni w czasie. To jest rozwiązanie, które ma pogodzić występujące w systemie przeciwstawne zjawiska: potrzebę stabilności i ochrony oczekiwań przy równoczesnym rozwoju linii orzeczniczej. Por. Ł. Supera, *Ochrona uzasadnionych...*, s. 191. W odniesieniu do koncepcji *beneficial ownership* do ww. wyznaczenia momentu przejściowego i stosowania nowej wykładni perspektywnie jednak jak dotąd nadal nie doszło.

w praktyce ubarwiają koncepcję *beneficial ownership* nigdy niezaistniałym w polskim ustawodawstwie szerokim, niedookreślonym podejściem ekonomicznym do wysnuwania konsekwencji podatkowych, zwanym *substance over form* (przewaga treści nad formą)¹¹, w mojej opinii błędnie ferowanym w odniesieniu do rozumienia koncepcji *beneficial ownership* przez F. Majdowskiego¹².

¹¹ Warto zauważyć, że angielski termin *substance* w polskiej praktyce i doktrynie prawa podatkowego w mojej opinii jest mylnie tłumaczony dosłownie na wyraz „substancja” w odniesiu do substancji ekonomicznej/gospodarczej/biznesowej lub substancji danego podmiotu (zob. m.in. G. Ziółkowski, *Substancja biznesowa a podatek u źródła*, <https://home.kpmg/pl/pl/home/insights/2020/03/frontiers-in-tax-blog-podatkowy-substancja-biznesowa-a-podatek-u-zrodla.html>; I. Krzemińska, M. Nurzyński, *Czy odbiorca płatności powinien posiadać substancję gospodarczą aby być uznanym za rzeczywistego właściciela?*, „Kazus Podatkowy” 2020/1, s. 31). Termin „substancja” w ww. kontekstach nie jest użyty przez ustawodawcę w żadnej ustawie, w tym w żadnej ustawie podatkowej. Termin ten w pierwszej kolejności zgodnie ze *Słownikiem Języka Polskiego PWN* oznacza „ciecz, gaz lub ciało stałe odznaczające się charakterystycznymi właściwościami fizycznymi i chemicznymi” (<https://sjp.pwn.pl/sjp/substancja;2576488.html>) i dlatego jest typowo używany w naukach przyrodniczych, technicznych medycznych (<https://pl.wikipedia.org/wiki/Substancja>; <https://echa.europa.eu/pl/support/substance-identification/what-is-a-substance>). W konsekwencji według mnie właściwe tłumaczenie *substance*, w tym *substance-over-form* oraz *economic substance* na język polski, to odpowiednio „treść”, „przewaga treści nad formą” oraz „treść ekonomiczna”. Takie tłumaczenie uzasadnia też w pewnym stopniu użycie terminu „treść ekonomiczna” (a nie „substancja ekonomiczna”) przez ustawodawcę w art. 4 ust. 2 ustawy z 29.09.1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2021 r. poz. 217 ze zm.) w odniesieniu do jednej z nadrzędnych zasad w rachunkowości, tj. zasady wyższości treści ekonomicznej nad formą prawną danego zdarzenia, zgodnie z którą w razie kolizji między „zasadą wiernego odzwierciedlenia rzeczywistości (rzetelności) i zasadą zgodności z przepisami prawa (prawidłowości) ustawa przyznaje wyższość rzeczywistości ekonomicznej, bowiem skutki zdarzeń należy wykazywać w sprawozdaniu finansowym zgodnie z ich treścią ekonomiczną” (zob. T. Waślicki, *Nadrzędne zasady rachunkowości*, LEX 2007, rozdział 4; W. Sztuba, *Efektywne opodatkowanie przedsiębiorstw*, LEX 2016, rozdział 4, pkt 1.1). Warto także zauważyć, że angielski termin *substance* rozwinął się z anglosaskich antyabuzyjnych doktryn orzeczniczych, takich jak wspomniana wyżej *substance-over-form*, czy też *economic substance* (zob. F. Zimmer, *General Report: Form and Substance in Tax Law*, „Cahiers de droit fiscal international” 2002/87a, IFA Congress in Oslo, s. 24 i n.). Zgodnie z tymi doktrynami, ponad dekadę temu skodyfikowanymi w Stanach Zjednoczonych, *economic substance* (treść ekonomiczna) odnosi się do transakcji, która (i) zmienia sytuację ekonomiczną podatnika w znaczący sposób, inny niż tylko w zakresie skutków podatkowych, oraz którą (ii) podatnik realizuje z istotnego poza-podatkowego celu, tj. innego niż osiągnięcie korzyści podatkowej. Transakcja, która nie spełnia ww. kryteriów nie posiada treści ekonomicznej (zob. 26 US Code § 7701 – definitions, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7701>; <http://publications.ruchelaw.com/news/2017-09/Economic-Substance-Doctrine.pdf>). Natomiast w odniesieniu do spółek lub innych podmiotów, posiadanie treści ekonomicznej według mnie oznacza funkcjonowanie (spółki lub innego podmiotu) w sposób prowadzący do zmiany swojej sytuacji ekonomicznej w znaczący sposób, innej niż tylko w zakresie skutków podatkowych lub mogący prowadzić do takiej zmiany – jednocześnie funkcjonowanie to ma istotny pozapodatkowy cel. Spółka lub inny podmiot ma zdolność do zmiany swojej sytuacji ekonomicznej w znaczący sposób, innej niż tylko w zakresie skutków podatkowych, jeśli posiada ku temu odpowiednią strukturę, w tym odpowiednie substraty osobowe, majątkowe etc., których stopień występowania może skrajnie się różnić w zależności do rodzaju i skali działalności prowadzonej przez spółkę lub inny podmiot. W taki właśnie sposób rozumiem i będę posługiwał się określeniem „treść ekonomiczna”, odrzucając jednocześnie terminy „substancja ekonomiczna/biznesowa/gospodarcza” oraz „przewaga substancji nad formą”. Jeden z nielicznych przykładów tłumaczenia *economic substance* na treść ekonomiczną w polskiej praktyce prawa podatkowego zob. <https://www.dixcart.com/pl/economic-substance-requirements-an-update-from-the-isle-of-man/>. Zob. więcej *infra* pkt 3.5.4 (rozdział 3).

¹² Zob. F. Majdowski, *Instytucja rzeczywistego beneficjenta – prawdziwe i urojone cele klauzuli dotyczącej pasywnych płatności na gruncie traktatów podatkowych*, PP 2020/9, s. 31–33. Zob. więcej polemiki na ten temat *infra* rozdział 2.

Na takie podejście organów podatkowych znaczący wpływ ma również nie do końca właściwe rozumienie niejasnych wyroków TSUE w wyrokach w sprawach duńskich z 26.02.2019 r.¹³ Tezy z tych wyroków są stosowane przez organy podatkowe w sposób selektywny. Organy podatkowe zauważają te fragmenty wyroków, które pozwalają osiągnąć skutki profiskalne. Ignorują natomiast te, których zastosowanie w konkretnej sprawie zracjonalizowałoby podejście do identyfikacji nadużycia i rozumienia koncepcji *beneficial ownership* oraz równomiernie rozłożyłoby ciężar udowodnienia nadużycia/braku nadużycia między organy podatkowe a podatników¹⁴.

Coraz więcej sporów między organami podatkowymi i podatnikami na gruncie „nowego rozumienia” koncepcji *beneficial ownership* trafia do rozstrzygnięcia przez sądy administracyjne. Do niektórych nieprawomocnych rozstrzygnięć wojewódzkich sądów administracyjnych prowadzi błędna metodologia. Jest ona oderwana od tej, która pozwala ustalić autonomiczne rozumienie koncepcji *beneficial ownership*¹⁵, a nawet aprobująca stosowanie niezgodnych z prawem unijnym i międzynarodowym krajowych zasad o poborze WHT¹⁶. Wyroki TSUE w sprawach duńskich mają również istotny wpływ na postrzeganie koncepcji *beneficial ownership* przez sądy administracyjne w sposób antyabuzystyczny, przedkładający analizę ekonomiczną nad prawną¹⁷. Niemniej jednak jak dotąd Naczelny Sąd Administracyjny definitywnie rozstrzygnął zaledwie dwa spory dotyczące rzeczywistego właściciela po 1.01.2019 r. (na dzień 1.03.2022 r.)¹⁸. Żaden z dotychczasowych wyroków NSA nie dotyczy nowej, krajowej definicji koncepcji *beneficial ownership*, która od 1.01.2019 r. zawiera elementy antyabuzystyczne i jest stosowana przez organy podatkowe w niedookreślony, antyabuzystyczny sposób na gruncie umów o UPO i unijnych dyrektyw. Linia orzecznicza w zakresie koncepcji *beneficial ownership* po 1.01.2019 r. jest więc *in statu nascendi*. Publikacja niniejszej publikacji w 2022 r. jest zatem głosem w dyskusji co do rozumienia i zasadności koncepcji *beneficial ownership*, który może być usłyszany w przełomowym momencie – u progu kształtowania się linii orzeczniczej NSA.

Istotą sporu, która jest przedmiotem analizy w niniejszej publikacji, jest dominująca rola koncepcji *beneficial ownership*. Jak wynika z powyższego zarysu tematyki, organy podatkowe, część orzecznictwa i doktryny w Polsce postrzegają tę koncepcję

¹³ Zob. wyroki TSUE z 26.02.2019 r.: w sprawach połączonych C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, N Luxembourg 1 i in. przeciwko Skatteministeriet, EU:C:2019:134, oraz C-116/16 i C-117/16, T Danmark and Y Danmark przeciwko Skatteministeriet, EU:C:2019:135.

¹⁴ Zob. *infra* podrozdział 6.9.

¹⁵ Zob. np. wyroki WSA w Gliwicach: z 30.01.2020 r., I SA/Gl 1490/19, LEX nr 2798733; I SA/Gl 1491/19, LEX nr 2798655, oraz z 4.02.2020 r., I SA/Gl 1488/19, LEX nr 2779869. Krytycznie B. Kuźniacki, *Podatkowe idee fixe, czyli opowieści o nieporozumieniach w polskiej praktyce i nauce prawa podatkowego wobec rzeczywistego beneficjenta* (2), PP 2021/1, s. 9–16.

¹⁶ Zob. wyrok WSA w Gliwicach z 8.01.2020 r., I SA/Gl 1083/19, LEX nr 2770605; zob. także wyroki WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 30.07.2020 r.: I SA/Go 103/20, LEX nr 3047647; I SA/Go 169/20, LEX nr 3047670.

¹⁷ Zob. wyroki WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 30.07.2020 r.: I SA/Go 103/20; I SA/Go 169/20.

¹⁸ Zob. wyroki NSA z 27.04.2021 r., II FSK 240/21, LEX nr 3209195 oraz z 12.08.2021 r., II FSK 126/19, LEX nr 3229236.

antyabuzynie, stosując szerokie podejście ekonomiczne zamiast precyzyjnej analizy prawnej. Inna część polskiej doktryny i orzecznictwa skłania się raczej ku analizie prawnej koncepcji *beneficial ownership*¹⁹. Publikacja podejmuje więc sporne zagadnienie, w którym wątki naukowe ściśle łączą się z praktycznymi, mającymi ogromne znaczenie dla realizacji inwestycji w Polsce i prowadzenia z Polski transgranicznej działalności gospodarczej²⁰.

W zakresie polemiki doktrynalnej w Polsce publikacja w znakomitym stopniu kontrastuje ze stanowiskiem F. Majdowskiego, który argumentuje, że dominującą rolą koncepcji *beneficial ownership* jest antyabuzyność, a status rzeczywistego beneficjenta należy ustalać przy użyciu szerokiej analizy ekonomicznej zamiast precyzyjnej analizy prawnej²¹. Natomiast stanowisko M. Wilka uznane za właściwe na gruncie niniejszej publikacji wskazuje, że precyzyjna analiza prawna powinna przeważać w rozumieniu i ustalaniu statusu rzeczywistego beneficjenta²². Odmienne jednak od M. Wilka, niniejsza publikacja wykracza poza stwierdzenie, że koncepcja *beneficial ownership* ma dwoistą rolę: (i) dookreślenie podmiotowego zakresu ograniczenia prawa państwa źródła do opodatkowania tych dochodów oraz (ii) pełnienie funkcji szczególnego instrumentu przeciwko unikaniu opodatkowania²³. Otóż publikacja argumentuje, że dominującą rolą *beneficial owner* jest dookreślenie alokacji dochodu do podatnika dla właściwego stosowania umów o UPO oraz unijnych dyrektyw (hipoteza badawcza). Ponadto obecnie, tj. po wejściu w życie art. 6 dyrektywy ATA, art. 7 ust. 1 Konwencji MLI (ang. Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties), a także po dodaniu art. 29 ust. 9 (test (klauzula) jednego z głównych celów, ang. *principal purposes test* – klauzula PPT) do MK OECD wraz z komentarzem do klauzuli PPT, ewidentne są zbyteczność i szkodliwość dalszego stosowania koncepcji *beneficial ownership* przez państwo źródła dla właściwego poboru WHT zarówno w odniesieniu do unijnych dyrektyw, jak i umów o UPO²⁴. M. Wilk natomiast konkluduje w swojej monografii, że koncepcja „*beneficial ownership* stanowi niezbędny element umów o UPO”²⁵.

W procesie odpowiedzi na pytanie o dominującą rolę koncepcji *beneficial ownership* pojawią się też dodatkowe pytania, immanentnie związane z przedmiotową analizą, mającą na celu weryfikację ww. hipotezy badawczej, i jej konsekwencjami:

1. Czy koncepcja *beneficial ownership* znajduje się w sposób dorozumiany w każdej normie dystrybucyjnej, niezależnie od jej wyartykułowania w treści tych norm?

¹⁹ Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z 27.10.2010 r., III SA/Wa 740/10, LEX nr 730062, oraz wyrok WSA we Wrocławiu z 15.10.2020 r., I SA/Wr 205/20, LEX nr 3104224. Z doktryny zob. M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego...*, rozdział 7 i zakończenie.

²⁰ Zob. *infra* pkt 2.1 wprowadzenia.

²¹ Zob. F. Majdowski, *Instytucja rzeczywistego...*, s. 27–35.

²² Zob. M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego...*, podrozdział 4.5.

²³ M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego...*, zakończenie.

²⁴ Zob. w szczególności *infra* podrozdziały 2.11–2.13 i pkt 4 wniosków końcowych.

²⁵ Zob. M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego...*, zakończenie. Być może obecnie M. Wilk stanąłby na innym stanowisku, ale nie zostało ono wyrażone w żadnej ze znanych mi publikacji tego autora.

2. Czy w przypadku odmowy statusu rzeczywistego beneficjenta podmiotowi pośredniczącemu, będącemu bezpośrednim odbiorcą płatności otrzymywanych z Polski, można zastosować umowę o UPO lub unijną dyrektywę na podstawie ustalenia, że rzeczywistym beneficjentem jest podmiot znajdujący się wyżej w łańcuchu odbiorców tej płatności?
3. Czy status podmiotu pośredniczącego jako rzeczywistego beneficjenta powinno się oceniać głównie lub wyłącznie z perspektywy państwa źródła dochodu, czy też państwa rezydencji tego podmiotu?
4. Czy *beneficial ownership* jest konieczną i pozytywną, czy też zbędną i szkodliwą koncepcją?

Przedstawiając dogłębną analizę prawną nakierowaną na rozstrzygnięcie sporów wokół koncepcji *beneficial ownership*, publikacja w sposób mocno pragmatyczny wypełnia obecną lukę w literaturze przedmiotu²⁶. Głównym narzędziem metodologicznym w publikacji jest analiza prawna z wykorzystaniem kanonów wykładni prawa adekwatnych dla rozumienia koncepcji *beneficial ownership*. Kanony te zostały wyczerpująco i wnikliwie przedstawione w rozdziale 1.

2. Kontekst i znaczenie problematyki stosowania koncepcji *beneficial ownership*

Jeszcze przed przedstawieniem metodologii ustalania znaczenia koncepcji *beneficial ownership* oraz jej genezy i rozwoju warto zobaczyć szerszy kontekst funkcjonowania tej koncepcji i jej znaczenie. Powstaje bowiem pytanie: skąd się bierze tyle sporów wokół koncepcji *beneficial ownership*? Aby na nie odpowiedzieć, w pierwszej kolejności należy przyrzeć się relacjom między zagranicznymi inwestycjami realizowanymi w Polsce a poborem WHT w Polsce od dochodów wytworzonych w wyniku realizacji tych transakcji. Dotyczy to głównie dochodów z dywidend, odsetek i należności licencyjnych. Następnie warto przyrzeć się prawu podatnika do najniższego opodatkowania i wyboru najkorzystniejszej jurysdykcji dla realizacji inwestycji z jednej strony, oraz prawu państwa źródła (goszczącego inwestycję) do ochrony tzw. bazy podatkowej z drugiej. Wynikające z tych praw napięcia między podatnikami a organami podatkowymi są często zbliżone, a nawet utożsamiane z przyczyną sporów wokół koncepcji *beneficial ownership*. Spory te narastają i będą narastać w szczególności w Polsce

²⁶ Do tej pory jedynym monograficznym opracowaniem o koncepcji *beneficial ownership* z perspektywy polskiego systemu prawa podatkowego jest pozycja M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego...* Monografia ta jednak, ze względu na to, że została opublikowana w 2015 r., nie obejmuje znaczącego spektrum zagadnień poruszonych w niniejszej publikacji, w szczególności wpływu: 1) wyroków TSUE w sprawach duńskich; 2) art. 6 dyrektywy ATA; 3) art. 7 ust. 1 konwencji MLI i art. 29 ust. 9 MK OECD (klauzula PPT); 4) zmian w przepisach prawa podatkowego w odniesieniu do poboru WHT wprowadzonych w 2019 i 2022 r. – na rozumienie i stosowanie koncepcji *beneficial ownership* przez organy podatkowe i sądy administracyjne. Monografia M. Wilka nie odpowiada również na główne pytanie badawcze postawione w niniejszej publikacji.

ze względu na bardzo daleko idące, restrykcyjne zmiany w WHT, które weszły w życie 1.01.2019 r. i zostały zmodyfikowane 1.01.2022 r. w ramach „Polskiego Ładu”²⁷. Zmiany te wydają się nieproporcjonalne do celów, które powinny osiągnąć oraz budzą wątpliwości co do właściwego skorzystania państwa (Polski) z prawa do ochrony swojej bazy podatkowej. Dlatego też ta problematyka zostanie dokładniej omówiona przez rozpoczęciem dalszej analizy. Finalnie omówię najważniejsze i najbardziej sensytywne zagadnienia terminologiczne, które pojawiają się podczas sporów wokół koncepcji *beneficial ownership* oraz unikania opodatkowania z wykorzystaniem umów o UPO, a także unijnych dyrektyw.

Głównym celem analizy w pkt 2–3 jest wprowadzenie do problematyki publikacji przez ukazanie złożoności i zawichości tła dalszej analizy, nakierunkowanej na odpowiedź na nadrzędne pytanie o dominującą rolę koncepcji *beneficial ownership* w autonomicznym rozumieniu tej koncepcji. Chodzi przede wszystkim o rozumienie koncepcji *beneficial ownership* wywodzone z międzynarodowego prawa podatkowego. Takie rozumienie *de lege lata* jest zasadne i wiążące nie tylko na gruncie umów o UPO, lecz także w krajowym, a nawet, *mutatis mutandis*, w unijnym porządku prawnym, w odniesieniu do właściwego stosowania przepisów dotyczących poboru podatku u źródła (WHT)²⁸.

2.1. Zagraniczne inwestycje a pobór podatku u źródła (WHT)

Polska jest państwem o ogromnym potencjale inwestycyjnym dla zagranicznych inwestorów przede wszystkim ze względu na strategiczne położenie geograficzne²⁹, dynamicznie rosnący stopień zintegrowania z gospodarką światową dzięki przynależności do struktur UE³⁰, silną dynamikę wzrostu oraz stabilność gospodarki, a także wielkość rynku i konkurencyjną siłę roboczą³¹.

Zainteresowanie Polską przez inwestorów w ostatnich latach konsekwentnie rośnie, co potwierdzają dane statystyczne publikowane przez NBP, dotyczące bezpośrednich

²⁷ Ustawa z 29.10.2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2105 ze zm.).

²⁸ Zob. *infra* rozdziały 2, 3 i 4 oraz podrozdział 6.9.

²⁹ Skrzyżowanie szlaków na Północ i Południe oraz Wschód i Zachód.

³⁰ Polskie przedsiębiorstwa są silnie wkomponowane w europejskie łańcuchy produkcyjne. Istotna jest także dynamika rozwoju polskiego rynku nieruchomości komercyjnych, na którym wartość transakcji w 2019 r. wynosiła 7,8 mld euro. Rok wcześniej po raz pierwszy przekroczona została kwota 7 mld euro, a jeszcze w 2017 r. wynosiła ona niespełna 5 mld euro. Zob. A. Kicińska, T. Oździński, *Analiza EY Polska: Rekordowe inwestycje na polskim rynku nieruchomości w 2019 r.*, 7.05.2020 r., https://www.ey.com/pl_pl/real-estate-hospitality-construction/ey-polands-analysis-record-breaking-investments-on-the-polish-real-estate-market. Zob. więcej NBP, *Raport o sytuacji na rynku nieruchomości mieszkaniowych i komercyjnych w Polsce w 2019 r.*, Departament Stabilności Finansowej, Warszawa 2020, https://www.nbp.pl/publikacje/rynek_nieruchomosci/raport_2019.pdf.

³¹ *Potencjał inwestycyjny Polski. Dlaczego warto inwestować w Polskę?*, 1.12.2020, <https://www.terenynwestycyjne.info/wiadomosci/terenynwestycyjne/potencjal-inwestycyjny-polski>.

inwestycji zagranicznych (BIZ)³² w Polsce. Według NBP na koniec lat 2015–2020 zobowiązania netto Polski z tytułu BIZ – czyli w przybliżeniu kwoty zainwestowanych pieniędzy w polską gospodarkę – wynosiły w mld zł odpowiednio 725,5; 788,7; 836,8; 862,9; 892,1 i 938,6 mld zł. Tylko w 2020 r. składały się na nie zobowiązania z tytułu akcji i innych form udziałów kapitałowych w kwocie 722,3 mld zł oraz z tytułu dłużnych instrumentów finansowych w wysokości 216,3 mld zł, a więc stale rosły z roku na rok, zbliżając się do biliona złotych³³.

W podziale geograficznym zagranicznych inwestorów utrzymuje się istotny udział inwestycji z krajów, w których zarejestrowane są podmioty specjalnego przeznaczenia (ang. *special purpose entities*, SPE)³⁴ wykorzystywane do realizacji inwestycji w Polsce. Są to SPE z Holandii (190,6 mld zł) i Luksemburga (112,7 mld zł), czyli odpowiednio 1. i 3. miejsce w ujęciu geograficznym, jeśli chodzi o największe zobowiązania Polski wobec zagranicznych inwestorów (Niemcy są na 2. miejscu z kwotą 166,8 mld zł).

Podobnie jak w przypadku zobowiązań, dochody zagranicznych inwestorów rosły z roku na rok od 2015 r. do 2020 r. w mld zł odpowiednio w kwotach: 67,6, 81,9, 84,7, 87,5 i 84,2 – nieznaczny spadek w 2020 r. wynikał z pandemii SARS-CoV-2 (COVID-19). W 2019 r. około 37 mld zł i 8,4 mld zł przypadło odpowiednio na dywidendy i odsetki. W 2020 r. na te płatności przypadło odpowiednio około 33 mld zł i 7,6 mld zł na odsetki. Struktura dochodów odzwierciedlała strukturę zobowiązań z tytułu BIZ). W 2019/2020 r. najwyższe dochody przypadły na inwestorów bezpośrednich z Holandii (22,1 mld zł / 22,3 mld zł), Niemiec (18,7 mld zł / 16,3 mld zł) i Luksemburga (12,2 mld zł / 11,9 mld zł)³⁵.

Nierezydentów, np. zagraniczni inwestorzy z Holandii i Luksemburga, podlegają w Polsce opodatkowaniu na zasadzie ograniczonego obowiązku podatkowego (WHT) w wysokości 19% od uzyskiwanych dywidend i 20% od odsetek³⁶. Są to jednak tzw. stawki krajowe,

³² Według nomenklatury OECD BIZ obejmują m.in. inwestycje związane z bezpośrednim lub pośrednim posiadaniem przez inwestora jednego państwa 10% lub więcej praw głosu w przedsiębiorstwie będącym rezydentem w innym państwie. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju przyjmuje, że takie powiązanie inwestycyjne prowadzi zazwyczaj do **wywierania znaczącego wpływu przez inwestora na przedsiębiorstwo mające siedzibę w obcym państwie**. Zob. OECD, *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment. Fourth Edition*, Paris 2008, pkt 117; zob. także IMF, *Balance of Payments and International Investment Position Manual, Sixth Edition (BPM6)*, Washington D.C. 2009, § 6.8–6.10, s. 100–101 oraz dla definicji inwestycji portfelowych (portfolio) § 6.54, s. 110.

³³ NBP, *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2019 roku*, s. 1, https://www.nbp.pl/publikacje/zib/zib_2019_n.pdf; NBP, *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2020 roku*, s. 1, https://www.nbp.pl/publikacje/zib/zib_2020_n.pdf.

³⁴ Zob. definicję SPE *infra* pkt 3.1 wprowadzenia.

³⁵ NBP, *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2020 roku*, s. 3.

³⁶ Zob. przepisy art. 3 ust. 2 i 3 pkt 5 w zw. z art. 21 ust. 1 pkt 1 oraz art. 22 ust. 1 u.p.d.o.p. Opodatkowaniu u źródła podlegają w Polsce też inne kategorie dochodów, np. należności licencyjne wypłacane z Polski, zbycie udziałów lub akcji w polskich spółkach, zbycie nieruchomości położonej w Polsce lub zbycie akcji/udziałów w spółce nieruchomościowej mającej siedzibę lub zarząd w Polsce, czy też zyski stałego zakładu zlokalizowanego w Polsce.

których zastosowanie modyfikują przepisy unijnych dyrektyw oraz umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Unijne dyrektywy³⁷ m.in. zobligowały Polskę do zwolnienia z opodatkowania u źródła wypłat dywidend, odsetek i należności licencyjnych przez polskie spółki³⁸ do spółek z UE lub EOG, jeśli spełnione są określone warunki³⁹. Podobnie, umowy o UPO zobowiązują Polskę albo do zwolnienia z opodatkowania u źródła dywidend, odsetek i należności licencyjnych, albo do zastosowania obniżonych stawek względem stawek krajowych (15%, 10% lub 5%). W konsekwencji wypłaty dywidend i odsetek przez polskie spółki do ich spółek matek z Holandii lub Luksemburga zamiast 19% lub 20% najczęściej nie będą w ogóle w Polsce opodatkowane.

To ukazuje, że zasadniczym celem zarówno unijnych dyrektyw, jak i umów o UPO jest wspieranie transgranicznej działalności gospodarczej i inwestycyjnej przez eliminację nadmiernego (np. podwójnego) opodatkowania przepływów dochodów objętych ich zakresem zastosowania⁴⁰. Niewątpliwie przynależność Polski do UE oraz znacząca liczba umów o UPO⁴¹ jest istotnym czynnikiem proinwestycyjnym. Obrazuje to dobrze kalkulacja WHT tylko wobec dochodów, które uzyskali z Polski inwestorzy z Holandii i Luksemburga. Zakładając, że były to wyłącznie dywidendy, a ich kwota była równa sumie całości dochodów uzyskanych przez nich w 2019 r. z Polski (34,3 mld zł), inwestorzy zrealizowaliby zysk z inwestycji w kwocie o 6,5 mld zł mniejszy, gdyby nie zwolnienia z WHT. *Prima facie*, dla Skarbu Państwa to strata o 6,5 mld zł wpływów budżetowych z CIT. Należy jednak zauważyć, że ta strata w istotnym stopniu jest kompensowana zwiększonym zatrudnieniem w Polsce oraz napływem nowych technologii

³⁷ Dyrektywa Rady 2003/49/WE z 3.06.2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych Państw Członkowskich (Dz.Urz. UE L 157, s. 49, ze zm. – dyrektywa IR, Interest and Royalties) oraz dyrektywa Rady 90/435/EWG z 23.07.1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych Państw Członkowskich (Dz.Urz. WE L 225, s. 6, ze zm.) zastąpiona przez dyrektywę Rady 2011/96/UE z 30.11.2011 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich (Dz.Urz. UE L 345, s. 8, ze zm. – dyrektywa PS, Parent-Subsidiary).

³⁸ Wyrażenie „polskie spółki” oznacza spółki, które posiadają w Polsce nieograniczony obowiązek podatkowy w podatku dochodowym od osób prawnych zgodnie z art. 1 u.p.d.o.p., nie są z tego podatku w całości zwolnione oraz znajdują się w wykazie spółek do których mają zastosowanie ww. dyrektywy unijne, tj. mają jedną z form wymienionych w załączniku do dyrektywy IR („spółka akcyjna” lub „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”) oraz w załączniku I część A do dyrektywy PS („spółka akcyjna”, „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” oraz „spółka komandytowo-akcyjna”). Zob. art. 2 lit. a dyrektywy PS oraz art. 3 lit. a dyrektywy IR.

³⁹ Dotyczy to bezpośredniego posiadania przez spółkę uzyskującą dywidendę 10% udziałów (akcji) w kapitale spółki wypłacającej dywidendę, lub bezpośredniego posiadania przez spółkę uzyskującą odsetki lub należności licencyjne 25% udziałów (akcji) w kapitale spółki wypłacającej odsetki licencyjne (lub *vice versa*). Ponadto spółki te muszą znajdować się na właściwej liście będącej załącznikiem do dyrektywy PS i dyrektywy IR oraz nie mogą podlegać w całości zwolnieniu z opodatkowania. Zob. więcej w art. 21 ust. 3–4 oraz art. 22 ust. 4–4d u.p.d.o.p.

⁴⁰ Zob. więcej *infra* rozdział 3.

⁴¹ 84 ratyfikowane umowy o UPO. Zob. Ministerstwo Finansów, Wykaz umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, <https://www.podatki.gov.pl/podatkowa-wspolpraca-miedzynarodowa/wykaz-umow-o-unikaniu-podwójnego-opodatkowania/>.

i *know-how* do polskich spółek, za pomocą których realizowane są inwestycje. Istotne jest również płacenie innych podatków niż CIT związanych z realizacją inwestycji, takich jak PIT, VAT czy też PON⁴².

Oprócz korzystnych rozwiązań podatkowych, przynależność Polski do UE wpływa na znaczący wzrost wartości BIZ dzięki unijnym fundamentalnym swobodom, w szczególności swobodzie przedsiębiorczości i swobodzie przepływu kapitału, kluczowych dla realizowania BIZ⁴³.

Brak lub niski WHT w Polsce nie zawsze jednak może być korzystny dla rozwoju polskiej gospodarki i akceptowalny z punktu widzenia polityki podatkowej. Niekorzystne skutki mogą wynikać z zaburzenia równowagi między oczekiwanymi wpływami budżetowymi w CIT z jednej strony, a wzrostem gospodarczym wynikającym z napływu zagranicznych inwestycji i związanym z nim wpływem z innych podatków z drugiej. Jeśli wpływy z CIT do Skarbu Państwa spadają w wyniku właściwego stosowania zwolnień i niższych stawek WHT, tj. zgodne z ich treścią, kontekstem i celem, można domniemywać, że takie zjawisko jest korzystne dla gospodarki i akceptowalne przez Ministerstwo Finansów. Inaczej jest jednak, gdy brak lub niski WHT wynika z nadużywania⁴⁴ krajowych przepisów implementujących unijne dyrektywy lub postanowień ratyfikowanych umów o UPO w celu unikania opodatkowania w Polsce⁴⁵. Powstaje więc pytanie, w jakich sytuacjach wypłaty zysków z Polski za granicę bez lub z niskim WHT nie budzą wątpliwości, a w jakich budzą, i czy koncepcja *beneficial ownership* stanowi właściwe remedium wobec tych ostatnich. Pytanie to jest ściśle związane z dominującą rolą koncepcji *beneficial ownership*. Nie sposób przygotować się na właściwą, wyważoną odpowiedź na to pytanie bez wcześniejszego zrozumienia *prima facie* sprzecznych

⁴² *Per analogiam* w odniesieniu do zwolnień z podatku od osób prawnych: Raport EY, *Specjalne Strefy Ekonomiczne po 2020 roku. Analiza dotychczasowej działalności oraz perspektywy funkcjonowania*, s. 46 i n., https://www.paih.gov.pl/files/?id_plik=16335.

⁴³ Sporządzony przez Departament Analiz Ekonomicznych i Prognoz w Ministerstwie Gospodarki na potrzeby raportu o polskich BIZ, aktualny na 2011 r., wskazuje, że wartość polskich BIZ była bardzo niska w latach 90. i zaczęła gwałtownie wzrastać dopiero od 2002 r., z największą dynamiką wzrostu od 2004 r., czyli od przystąpienia Polski do UE. Zob. Departament Analiz i Prognoz Ministerstwa Gospodarki, *Polskie Inwestycje Bezpośrednie w 2011 roku*, Warszawa 2013, s. 13–18.

⁴⁴ W tym kontekście za „nadużycie” w niniejszej publikacji rozumie się abuzywne unikanie opodatkowania. W uproszczeniu polega ono na działaniu, które formalnoprawnie jest zgodne z treścią przepisów prawa podatkowego, ale jednocześnie jest sprzeczne z ich celem oraz wynika z działań sztucznych, całkowicie lub przynajmniej głównie nakierowanych na osiągnięcie korzyści podatkowych. Abuzywne unikanie opodatkowania zdefiniowane jest we właściwych klauzulach antyabuzywnych. Zob. *infra* rozdział 5.

⁴⁵ W pewnym stopniu z takim zjawiskiem wiąże się tzw. luka w CIT opisana w raporcie Polskiego Instytutu Ekonomicznego (PIE). Zgodnie z nim tylko w 2018 r. zagraniczne spółki z Irlandii, Holandii i Luksemburga wytransferowały z Polski zyski w wysokości 17 mld zł, co zdaniem PIE przełożyło się na 3,2 mld zł ubytku w CIT. Spośród tych 17 mld zł, 3/4 zostało wytransferowane SPEs do trzech krajów: Irlandii – 5 mld zł, Holandii – 4 mld zł i Luksemburga – 3 mld zł. Zob. PIE, *Luka CIT w Polsce w latach 2014–2018*, Warszawa, lipiec 2020, s. 17, https://pie.net.pl/wp-content/uploads/2020/07/PIE-Raport_Luka_CIT_PL.pdf. Zob. szerzej T. Tørslov, L.S. Wier, G. Zucman, *The Missing Profits of Nations*, kwiecień 2020, <https://missingprofits.world/wp-content/uploads/2020/05/TWZ2020.pdf>.

ze sobą interesów i praw podatników z jednej strony (minimalizacja opodatkowania), i praw organów podatkowych reprezentujących interesy Skarbu Państwa z drugiej (maksymalizacja opodatkowania).

2.2. Prawo podatnika do najmniejszego opodatkowania i wyboru najprzyjaźniejszej jurysdykcji do realizacji inwestycji

W porządku prawnym obowiązującym w Polsce i w innych demokratycznych państwach zarówno organy administracji państwowej, jak i sądy zobowiązane są do poszanowania dorobku prawnego przede wszystkim opartego na konstytucji i ustawach (zasada praworządności, *the rule of law*)⁴⁶. W kontekście opodatkowania i potencjalnych nadużyć związanych z unikaniem opodatkowania należy w szczególności mieć na uwadze wyrok TK z 11.05.2004 r.⁴⁷, w którym m.in. stwierdzono, że:

Konstytucyjnoprawny status podatnika, kształtującego swoją sytuację przez podejmowanie legalnych działań zmierzających do uniknięcia opodatkowania, wyznaczany jest przede wszystkim treścią art. 2 w zw. z art. 217 Konstytucji i wynikającym z tych przepisów wymogiem należytej określoności ustawowo ustalonych elementów zobowiązania podatkowego. **Nie ma natomiast żadnych podstaw do przyjmowania zasady, w myśl której podatnik winien zawsze regulować swoje stosunki cywilnoprawne w sposób najbardziej korzystny z punktu widzenia interesów fiskalnych państwa.**

Zacytowana teza TK wynika z zasady swobody wyboru formy, w jakiej prowadzi się działalność gospodarczą, oraz zasady ustawowego charakteru podatku⁴⁸. Jest to teza nadal aktualna i potwierdzona zarówno przez krajową, jak i zagraniczną doktrynę prawa podatkowego: każdy podatnik ma prawo do takiego wyboru realizacji czynności prawnych zgodnie z prawem, by ich realizacja prowadziła do jak najmniejszego opodatkowania⁴⁹.

Taką tezę niezmiennie od dziesiątek lat artykułuje również TSUE w kontekście prawa unijnego: poszukiwanie przez podatnika jak najkorzystniejszego dla niego systemu

⁴⁶ Wobec organów podatkowych zob. art. 7 Konstytucji RP w zw. z art. 120 o.p., a wobec sądów zob. art. 7 w zw. z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP.

⁴⁷ K 4/03 (Dz.U. Nr 122, poz. 1288).

⁴⁸ „Brak bowiem *de lege lata* normy prawnej, która za niedozwolone uznawałaby zachowania podatnika zmierzające do obniżenia (uniknięcia) opodatkowania. Podejmowane przez podatnika czynności pozostają zatem ważne nie tylko z punktu widzenia prawa cywilnego, ale w szerszym wymiarze stwierdzić można ich legalność o charakterze systemowym, wobec braku normy prawnej zakazującej ich dokonywania” [podkr. aut.]. Zob. wyrok TK z 11.05.2004 r., K 4/03.

⁴⁹ Zob. K. Radzikowski, *Obejście prawa podatkowego w najnowszym orzecznictwie sądów administracyjnych*, PP 2010/6, s. 16; M. Mazurkiewicz, *Konstytucyjny obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych a „wolność opodatkowania” w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Ryszarda Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*, red. W. Miemieć, Wrocław 2009, s. 310–311; T. Delahaye, *Le choix de la voie la moins imposée*, Bruxelles 1977, s. 48–50; G. Lerouge, *Théorie de la fraude en droit fiscal*, Paris 1944, s. 103 i n.

podatkowego i najmniej opodatkowanej drogi biznesowej lub inwestycyjnej jest dozwolone, o ile nie stanowi nadużycia prawa, i jest przejawem zastosowania swobód unijnych, leżących u podstaw funkcjonowania traktatów unijnych dla prawidłowego funkcjonowania jednolitego rynku w Unii Europejskiej⁵⁰.

Punktem wyjścia jest więc zasada, zgodnie z którą każdy podatnik, a więc również rezydent podatkowy innego państwa, który inwestuje w Polsce i z tego tytułu może być zobowiązany do zapłaty WHT (tj. ze zwrotu z inwestycji np. w formie dywidendy), ma prawo do najmniejszego opodatkowania i wyboru najprzyjaźniejszej jurysdykcji do realizacji inwestycji. To prawo nie jest jednak nieograniczone. Ustawodawca ma prawo zapobiegać działaniom, które stanowią nadużycie, poprzez implementację środków prawnych skierowanych przeciwko nadużyciom prawa podatkowego, w tym WHT⁵¹. Środki te muszą jednak spełniać określone kryteria wynikające z Konstytucji RP, prawa unijnego i międzynarodowego, do czego nawiążę w rozdziale 1 i kolejnych.

W niniejszym punkcie natomiast warto przyjrzeć się dwóm jurysdykcjom, które zgodnie ze statystykami NBP odpowiadają za największy wolumen inwestycji do Polski z wykorzystaniem podmiotów pośredniczących w latach 2015–2020. Powstaje bowiem pytanie, czy wybór akurat tych jurysdykcji przez zagranicznych inwestorów zawiera się w zakresie prawa podatnika do najmniejszego opodatkowania i wyboru najprzyjaźniejszej jurysdykcji do realizacji inwestycji, czy też stanowi nadużycie tego prawa. Innymi słowy, chodzi o ustalenie obiektywnych pozapodatkowych przyczyn wyboru tych jurysdykcji, które powinny być wzięte przez organy podatkowe i sądy przeciwko podatkowym motywom i skutkom realizacji inwestycji z wykorzystaniem podmiotów pośredniczących.

Z danych statystycznych wynika, że zagraniczni inwestorzy zazwyczaj wybierają Luksemburg lub Holandię na siedzibę swoich funduszy lub spółek holdingowych i podmiotów pośredniczących. Jurysdykcje te oferują najbardziej wiarygodne i kompleksowe ramy regulacyjne i prawne, jeśli chodzi o fundusze inwestycyjne i realizację inwestycji z wykorzystaniem ww. podmiotów. Zdaniem inwestorów należą one do trzech najbardziej korzystnych centrów finansowych w Europie. Luksemburg jest obecnie uważany za największy rynek dla funduszy inwestycyjnych w Europie z aktywami w wysokości 4,6 bln euro. Z kolei Holandia jest również jednym z największych z aktywami o wartości 874 mld euro⁵². Ponadto w ostatnich latach nastąpił wzrost środków zainwestowanych przez fundusze luksemburskie w kwocie przekraczającej 500 mln euro. Dziewięć

⁵⁰ Zob. w szczególności wyroki TSUE: w sprawach duńskich; z 24.11.2016 r., C-464/14, SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento SA przeciwko Fazenda Pública, EU:C:2016:896, pkt 60; z 29.11.2011 r., C-371/10, National Grid Indus BV przeciwko Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam, EU:C:2011:785, pkt 84; a także z 12.09.2006 r., Cadbury Schweppes.

⁵¹ Tak również TK w wyroku z 11.05.2004 r., K 4/03; zob. także ww. orzecznictwo TSUE.

⁵² European Fund and Asset Management Association, *Quarterly Statistical Release*, second quarter of 2020, <https://www.efama.org/Publications/Statistics/Quarterly/Quarterly%20Statistical%20Reports/20%2009%20Quarterly%20Statistical%20Release%20Q2%202020.pdf>.

z dziesięciu największych funduszy znajduje się w Luksemburgu. Luksemburg „gości” również około 500 spółek wyspecjalizowanych w świadczeniu usług na rzecz funduszy inwestycyjnych, w tym usługi centralnego zarządzania, usługi prawne, audytowe, konsultanckie i depozytowe⁵³.

Ponadto z informacji uzyskanych przeze mnie w toku strategicznego doradztwa podatkowego zagranicznym inwestorom w Polsce wynika, że fundusze, spółki holdingowe i podmioty pośredniczące z Luksemburga i Holandii służą kilku zasadniczym, poza-podatkowym celom, takim jak:

- 1) redukcja ryzyka związanego z odpowiedzialnością i potencjalnymi powództwami przeciwko środkom, którymi dysponują ww. podmioty, w szczególności dotyczy to środków na realizację inwestycji w Polsce, które są finansowe zewnętrznym długiem;
- 2) dywersyfikacja ryzyka dla ostatecznych inwestorów przez alokację adekwatnych środków do określonych inwestycji w Polsce i innych jurysdykcjach, tak by nieudana inwestycja w jednym obszarze była odizolowana od innych (uniknięcie negatywnego efektu domina);
- 3) ułatwianie finansowania dłużnego, w tym od zewnętrznych pożyczkodawców, wliczając w to banki, które uzależniają wręcz udzielenie finansowania na inwestycje od alokacji środków finansowych z pożyczki do specjalnej spółki, która jest dedykowana do konkretnej inwestycji i udzielanie gwarancji spłaty tej pożyczki przez inną spółką z odpowiednim kapitałem;
- 4) ułatwianie realizacji inwestycji w Polsce nowym wspóln inwestorom przez dodanie nowych SPE, w tym podmiotów pośredniczących lub spółek holdingowych do całej struktury korporacyjnej funduszu, tak by zapewnić efekt synergii dla pozyskania dodatkowego kapitału inwestycyjnego (z perspektywy funduszu) i dywersyfikacji ryzyka (z perspektywy nowych wspóln inwestorów);
- 5) konsolidacja inwestycji pod spółką holdingową, która jest wyżej w strukturze niż podmioty pośredniczące, służąc za platformę inwestycyjną dla wielu inwestycji, z których każda jest bezpośrednio realizowana w Polsce przez spółki celowe, co pozwala na proste i skuteczne zarządzanie i nadzór nad całym portfelem inwestycji, a także przyczynia się to do dobrego ładu korporacyjnego struktury funduszu;
- 6) uniknięcie ryzyka politycznego związanego z realizacją inwestycji bezpośrednio z jednego państwa w drugim państwie, gdy państwa te mają napięte stosunki dyplomatyczne, np. Polska z Rosją.

Powyższe strukturyzowanie zagranicznych inwestycji o dużej skali i wadze jest standardowym procesem biznesowym i inwestycyjnym. Struktury znaczących transgranicznych inwestycji w Polsce, np. w nieruchomości, charakteryzują się bowiem

⁵³ A. Garel-Galais, *Luxembourg, a leading hub for Private Equity*, 23.01.2021 r., <https://paperjam.lu/article/luxembourg-a-leading-hub-for-p>.

wykorzystaniem dużej dźwigni finansowej i skoncentrowaną siatką różnych podmiotów, które można uznać za SPE, ale niekoniecznie za podmioty *conduit*. W zdecydowanej większości przypadków niezastosowanie się inwestorów do żądania potencjalnych pożyczkodawców (często banków) do założenia spółek celowych do realizacji oddzielnych inwestycji skutkuje odmową finansowania lub wyższymi stopami procentowymi. Pierwsza sytuacja całkowicie wyklucza możliwość sfinalizowania inwestycji, a druga jest nieracjonalna z ekonomicznego punktu widzenia ze względu na zbyt wysokie koszty realizacji inwestycji (zbyt wysokie stopy procentowe).

Jeśli SPE z Luksemburga i Holandii są zakładane przede wszystkim dla efektywnej i wydajnej realizacji inwestycji w Polsce, to oznacza, że wszelkie korzyści podatkowe wynikające z transakcji z tymi spółkami, np. eliminacja lub redukcja WHT, mają drugorzędne znaczenie w stosunku do głównych celów biznesowych i inwestycyjnych SPE. Ze względu na specyficzne uwarunkowania otrzymania zewnętrznego finansowania inwestycji zagranicznych inwestorzy mogą nie mieć alternatywnego sposobu realizacji inwestycji w Polsce, która byłaby racjonalna z ekonomicznego punktu widzenia. Ta obserwacja jasno pokazuje, że ustanowienie SPE w Holandii lub w Luksemburgu może być podyktowane głównie celami inwestycyjnymi, a nie podatkowymi. Obserwację tę potwierdzają objaśnienia podatkowe Ministerstwa Finansów z 31.01.2019 r. dotyczące „Raportowania schematów podatkowych (MDR)”⁵⁴, w których występuje stwierdzenie wskazujące, że:

Kryterium głównej korzyści [podatkowej – przyp. aut.] nie będzie spełnione, co do zasady, jeżeli na podstawie istniejących okoliczności oraz faktów należy przyjąć, że **podmiot działający rozsądnie wskutek stosowania zgodnych z prawem rozwiązań nie ma lub nie miał alternatywnej, racjonalnej drogi postępowania, nawet jeżeli skutkiem postępowania jest osiągnięcie korzyści podatkowej.**

W przypadku gdy głównym celem SPE będą względy inne niż uniknięcie lub redukcja WHT w Polsce, nie można ich uznać za podmioty *conduit*⁵⁵, a tym samym i za podmioty, które służą abuzywnemu *treaty shopping* i *directive shopping*⁵⁶. Podatnicy, w tym zagraniczni inwestorzy podlegający w Polsce WHT, mają bowiem prawo do najmniejszego opodatkowania i wyboru najprzyjaźniejszej jurysdykcji do realizacji inwestycji w Polsce. Prawo to może być im zgodnie z obowiązującymi standardami w polskim, unijnym i międzynarodowym systemie prawa odmówione tylko w przypadku nadużycia. Spójrzmy więc, w jaki sposób Ministerstwo Finansów oraz ustawodawca w Polsce postanowili podejść do problematyki *treaty shopping* i *directive shopping* w ostatnich latach.

⁵⁴ Ministerstwo Finansów, *Objaśnienia podatkowe z dnia 31 stycznia 2019 r. Informacje o Schematach Podatkowych (MDR)*, <https://www.podatki.gov.pl/media/4417/obja%C5%9Bnienia-podatkowe-mdr-z-dnia-31-01-2019.pdf>.

⁵⁵ Zob. definicję podmiotu *conduit* *infra* pkt 3.2 wprowadzenia.

⁵⁶ Zob. definicję *treaty shopping* oraz *directive shopping* *infra* pkt 3.3 wprowadzenia.

2.3. Prawo państwa źródła do ochrony bazy podatkowej w świetle reformy o poborze WHT w Polsce w roku 2019 zmodyfikowanej w roku 2022: *bonum ex malo non fit*

2.3.1. Pierwsze wątpliwości oraz głosy krytyczne

W obliczu powyższych rozważań wydawać by się mogło, że prawo Polski, jako państwa źródła, do ochrony bazy podatkowej w zakresie WHT powinno być kształtowane przez ustawodawcę i egzekwowane przez organy podatkowe w sposób proporcjonalny i adekwatny do rzeczywistości normatywnej oraz inwestycyjnej i biznesowej. W szczególności ochrona bazy podatkowej nie powinna naruszać prawa podatnika do najmniejszego opodatkowania i wyboru najprzyjaźniejszej jurysdykcji do realizacji inwestycji dopóty, dopóki nie dokonuje tego, nadużywając prawa. W rzeczywistości od 1.01.2019 r. doszło do dramatycznej zmiany w ustawodawstwie w zakresie poboru WHT oraz w stosowaniu prawa podatkowego przez organy podatkowe – zmiany rażąco naruszającej ww. prawo podatnika oraz ignorującej realia biznesowe i inwestycyjne. Zmiana ta została zmodyfikowana od 1.01.2022 r., nieco łagodząc, ale nie eliminując wskazanego naruszenia prawa podatnika oraz ignoracji realiów biznesowych i inwestycyjnych.

Z dniem 1.01.2019 r. ustawodawca, zgodnie z wolą autorów projektu ustawy z 23.10.2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw⁵⁷, m.in. wprowadził w życie rewolucyjne zmiany do przepisów dotyczących poboru WHT. W szczególności wprowadzone zostały nowe zasady poboru WHT w art. 26 ust. 7a, art. 26b i 28b oraz osobliwa definicja rzeczywistego właściciela (*beneficial owner*)⁵⁸ do art. 4a pkt 29 u.p.d.o.p. o niespotykanej na świecie konstrukcji oraz wąskim zakresie.

Nim przejdziemy do analizy tych przepisów, warto zauważyć, że projekt ustawy wprowadzającej ww. przepisy został oceniony niezwykle negatywnie od strony poprawności semantycznej, syntaktycznej i pragmatycznej przez językoznawców. Językoznawcy znaleźli w nim mnóstwo błędów gramatycznych, wielopiętrowych zdań, kaskadowych odesłań i nielogicznych definicji⁵⁹. Przedstawiciele Biura Legislacyjnego Kancelarii podczas posiedzenia Komisji Finansów Publicznych Sejmu potwierdzili negatywną oceną językoznawców, m.in. zauważając, że projekt „[w]ymaga jeszcze wielu korekt, jeśli chodzi o kwestie redakcyjne, językowe”, w tym należy: „dokonać korekty kilkuset

⁵⁷ Dz.U. poz. 2193 ze zm.

⁵⁸ Dla wyjaśnienia, dlaczego wyrażenie „rzeczywisty beneficjent” jest najtrafniejszym polskim tłumaczeniem wyrażenia *beneficial owner*, a „rzeczywisty właściciel” nie jest, zob. *infra* podrozdział 4.2.

⁵⁹ „Zapłatanie sprzyja nielogiczności. Nielogiczność sprzyja niegramatyczności. A wszystko to łączy się ze sobą, tworząc niezrozumiałą, piętrową konstrukcję...” – zob. K. Jędrzejewska, J. Bralczyk, *Fiskus oblewa egzamin z języka polskiego*, „Gazeta Prawna”, 17.09.2018 r., <https://podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/1261816,wywiad-z-jerzym-bralczykiem-o-ustawach-podatkowych.html>.

przecinków, żeby zapewnić poprawność językową tekstu” oraz „skorygować wiele odeśłań, zapewnić równoległe brzmienie przepisów w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych i w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych” i usunąć kolizje „z innymi projektami nowelizującymi (...)”⁶⁰.

Zmiany zasad poboru WHT stały się również słusznym przedmiotem ostrej krytyki ze strony doktryny i praktyki prawa podatkowego⁶¹, a nawet wywołały poważne perturbacje wśród spółek Skarbu Państwa⁶². Ministerstwo Finansów starało się zapobiec negatywnemu oddziaływaniu tych przepisów na funkcjonowanie *de facto* wszystkich podatników poprzez próbę wydania objaśnień do przepisów o WHT, która nadal się nie zmaterializowała⁶³. Jedynym rozwiązaniem pozostała decyzja o braku stosowania tych przepisów. Ministerstwo Finansów wydało aż dziewięć rozporządzeń, co 6 miesięcy odraczających w dużym zakresie stosowanie nowych przepisów o poborze WHT, w sumie do końca 2021 r.⁶⁴, tj. do czasu wejścia w życie modyfikacji w tych przepisach w ramach Polskiego Ładu.

⁶⁰ Zob. Kancelaria Sejmu RP, VIII kadencja, Biuro Komisji Sejmowych Komisji Finansów Publicznych (posiedzenie nr 370) z 17.10.2018 r., s. 12, <https://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/BC7D822C63A7F50EC12583D3003DB53A/%24File/0360908.pdf>.

⁶¹ Zob. K. Knawa, M. Wilk, *Nowy system poboru podatku u źródła: suma wszystkich błędów, czyli o „uszczelnianiu” systemu podatkowego „dziurawymi” przepisami*, PP 2020/1, s. 22 i n.; M. Wilk, *Znaczenie przesłanki rzeczywistego właściciela (beneficial owner) dla zastosowania zwolnienia dywidend z podatku u źródła*, PP 2020/8, s. 21 i n. Dla nieprzekonującej obrony tych zmian, w szczególności „egzotycznej” definicji beneficial owner, zob. F. Majdowski, *Instytucja rzeczywistego...*, s. 28–34. Zob. polemicznie B. Kuźniacki, *Podatkowe idées fixe, czyli opowieści o nieporozumieniach w polskiej praktyce i nauce prawa podatkowego wobec rzeczywistego beneficjenta* (3), PP 2021/2, s. 6–14.

⁶² *Ministerstwo Finansów omal nie uziemiło LOT-u. Kolejne koła ratunkowe też mogły zatopić przełożnika*, 14.01.2020 r., <https://next.gazeta.pl/next/7,151003,25596536,ministerstwo-finansow-omal-nie-uziemiło-lot-u-kolejne-kola.html>; E. Twaróg, *Lot wylądował w pułapce fiskusa*, Puls Biznesu z 13.01.2019 r., <https://www.pb.pl/lot-wyladowal-w-pulapce-fiskusa-950401>; E. Twaróg, *Podatkowa interwencja premiera w sprawie Lotu*, Puls Biznesu z 25.03.2019 r., <https://www.pb.pl/podatkowa-interwencja-premiera-w-sprawie-lotu-956855>.

⁶³ W dniu 19.06.2019 r. Ministerstwo Finansów opublikowało projekt objaśnień do publikacji, który do dnia dzisiejszego (1.03.2022 r.) nadal jest w formie projektu do konsultacji. Zob. Ministerstwo Finansów, *Konsultacje podatkowe w sprawie objaśnień do przepisów w zakresie zasad poboru podatku u źródła*, <https://www.gov.pl/web/finanse/konsultacje-podatkowe-w-sprawie-objasnien-do-przepisow-w-zakresie-zasad-poboru-podatku-u-zrodla>. Są to więc najdłuższe i najmniej owocne konsultacje publiczne w historii polskiego systemu prawa.

⁶⁴ Mimo że nowe przepisy o poborze WHT weszły w życie 1.01.2019 r., to Ministerstwo Finansów odraczało ich stosowanie najpierw do 1.07.2019 r. rozporządzeniem z 31.12.2018 r. w sprawie wyłączenia lub ograniczenia stosowania art. 26 ust. 2e ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. poz. 2545 ze zm.) oraz rozporządzeniem Ministra Finansów z 31.12.2018 r. w sprawie wyłączenia lub ograniczenia stosowania art. 41 ust. 12 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. poz. 2541 ze zm.). Kolejnym rozporządzeniem z 27.06.2019 r. (Dz.U. poz. 1203) odroczone ich zastosowanie do 1.01.2020 r., tym razem jednak tylko wobec przepisów art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p. Następnymi rozporządzeniami z 23.12.2019 r. odroczone zastosowanie przepisów o poborze WHT zarówno wobec art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p. (Dz.U. poz. 2528), jak i art. 41 ust. 12 u.p.d.o.f. (Dz.U. poz. 2529) do 1.07.2020 r. Analogicznie postąpiono z rozporządzeniami z 19.06.2020 r. wobec art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p. (Dz.U. poz. 1096) oraz art. 41 ust. 12 u.p.d.o.f. (Dz.U. poz. 1095), zawieszając stosowanie tych przepisów do 1.01.2021 r.

2.3.2. Zastąpienie systemu *relief at source* systemem *WHT pay & refund* oraz bardzo restrykcyjna, krajowa definicja rzeczywistego beneficjenta

W dniu 1.01.2019 r. wszedł w życie nowy system poboru WHT, tzw. *WHT pay & refund*, zastępując dotychczasowy sposób korzystania z korzyści podatkowych wynikających z unijnych dyrektyw oraz umów o UPO, tj. *relief at source*.

Do 31.12.2018 r. przy spełnieniu przesłanek zastosowania korzystnych rozwiązań podatkowych z dyrektyw unijnych lub umów o UPO, obniżone stawki WHT, zwolnienia lub całkowite wykluczenia prawa do WHT w Polsce miały zastosowanie bezpośrednio w niejako automatyczny sposób (*relief at source*). W większości przypadków w celu skorzystania z rozwiązań międzynarodowych i unijnych wystarczyło bowiem, że polski płatnik, np. polski przedsiębiorca wypłacający dywidendy lub odsetki do zagranicznych inwestorów⁶⁵, posiadał certyfikat potwierdzający rezydencję podatkową (certyfikat rezydencji) odbiorcy płatności na terytorium państwa-strony umowy o UPO lub państwa członkowskiego UE i odbiorca ten spełniał materialnoprawne przesłanki skorzystania z umowy o UPO lub unijnej dyrektywy⁶⁶.

Natomiast od 1.01.2019 r., zgodnie z art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p., niezależnie od spełnienia materialnoprawnych przesłanek zwolnień, wyłączeń lub obniżonych stawek WHT z umów o UPO i unijnych dyrektyw przez zagranicznego podatnika i posiadania certyfikatu rezydencji tego podatnika przez polskiego przedsiębiorcę (płatnika), polski przedsiębiorca (płatnik) jest zobowiązany do poboru WHT według polskich stawek (19% lub 20%) od wypłat do zagranicznego podatnika w zakresie WHT zgodnie z polskimi przepisami, jeśli wypłaty na jego rzecz przekraczają w roku podatkowym łącznie kwoty 2 mln zł. Przy czym od 1.01.2019 r. do 31.12.2021 r. zobowiązanie to dotyczyło wszystkich płatności wskazanych w art. 21 ust. 1 i art. 22 ust. 1 u.p.d.o.p., a od 1.01.2022 r. ograniczone jest do płatności z art. 21 ust. 1 pkt 1 i art. 22 u.p.d.o.p., które są dokonywane na rzecz podmiotu powiązanego w rozumieniu przepisów o cenach transferowych, tj. art. 11a ust. 1 pkt 4 u.p.d.o.p.

Po dopełnieniu zobowiązania do poboru WHT według polskich stawek podatek (zagraniczny podmiot) lub płatnik (polski podmiot), jeżeli wpłacił podatek z własnych środków i poniósł ciężar ekonomiczny tego podatku, zgodnie z art. 28b u.p.d.o.p. ma prawo złożyć wniosek do organu podatkowego o zwrot zapłaconego WHT. Należy przy tym zauważyć, że wobec wypłat dywidendy, ze względu na to, że nie ma praktyki

Wreszcie rozporządzeniami z 28.12.2020 r. wobec art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p. (Dz.U. poz. 2421) i wobec art. 41 ust. 12 u.p.d.o.f. (Dz.U. poz. 2416) zawieszono zastosowanie tych przepisów do 1.07.2021 r., a następnie do 31.12.2021 r. rozporządzeniami z 25.06.2021 r. wobec art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p. (Dz.U. poz. 1159) i wobec art. 41 ust. 12 u.p.d.o.f. (Dz.U. poz. 1158).

⁶⁵ Por. art. 8 o.p. w zw. z art. 26 ust. 1 i art. 22 ust. 1 u.p.d.o.p.

⁶⁶ Zob. *supra* pkt 1 wprowadzenia.

przenoszenia ciężaru zapłaty podatku od dywidend na płatnika, uprawnionym do złożenia wniosku o zwrot WHT co do zasady był podatnik⁶⁷. Do wniosku o zwrot WHT należy dołączyć rozbudowaną dokumentację zgodnie z art. 28b ust. 1–4a u.p.d.o.p.⁶⁸ Od 1.01.2022 r. obowiązek przedłożenia dokumentacji w zakresie oświadczeń podatnika dotyczących (i) ciężenia na nim obowiązku podatkowego, (ii) posiadania przez spółkę albo zagraniczny zakład statusu „rzeczywistego właściciela” (*beneficial owner*) wypłacanych z Polski należności oraz (iii) oświadczenia podatnika, że prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą w swojej rezydencji podatkowej siedziby podatnika dla celów podatkowych, z którą wiąże się uzyskany przychód – występuje tylko, gdy z przepisów odrębnych lub umów o UPO wynika obowiązek badania spełnienia przesłanek, do których odnosi się ta dokumentacja⁶⁹.

Od stosowania mechanizmu *WHT pay & refund* można odstąpić i nie pobrać WHT lub pobrać z zastosowaniem obniżonej stawki z umowy o UPO tylko w sytuacji: (i) złożenia przez płatnika oświadczenia zgodnie z art. 26 ust. 7a u.p.d.o.p. lub (ii) uzyskania opinii o stosowaniu zwolnienia (od 1.01.2019 r. do 31.12.2021 r.) /preferencji (od 1.10.2022 r.) w WHT na podstawie przepisów implementujących unijne dyrektywy (art. 21 ust. 3–9 lub art. 22 ust. 4–6 u.p.d.o.p.) lub umów o UPO zgodnie z art. 26b u.p.d.o.p. Ponadto, od 1.01.2022 r. mechanizmu *WHT pay & refund* nie stosuje się do polskich rezydentów podatkowych⁷⁰, co jest przejawem jawnej dyskryminacji nierezydentów. Przejaw dyskryminacji podmiotów prywatnych względem Skarbu Państwa wynika natomiast ze zniesienia obowiązku dochowania należytej staranności przez Skarb Państwa w poinformowaniu podmiotów z nim powiązanych o warunkach zwolnienia z art. 17 ust. 1

⁶⁷ Zob. M. Wilk, *Znaczenie przesłanki...*, s. 23.

⁶⁸ Art. 28b u.p.d.o.p.: „3. Wniosek o zwrot podatku zawiera oświadczenie co do zgodności z prawdą faktów przedstawionych we wniosku oraz co do zgodności z oryginałem dokumentacji załączonej do wniosku. Obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w zdaniu pierwszym, istnieje także na dalszym etapie postępowania w odniesieniu do przedstawianych kolejnych faktów oraz przekazywanej uzupełniającej dokumentacji. 4. Do wniosku o zwrot podatku dołącza się dokumentację pozwalającą na ustalenie jego zasadności, w szczególności: 1) certyfikat rezydencji podatnika, przy czym przepisy art. 26 ust. 1i i 1j stosuje się odpowiednio; 2) dokumentację dotyczącą przelewów bankowych lub inne dokumenty wskazujące na sposób rozliczenia lub przekazania należności, z którymi wiązała się zapłata podatku; 3) dokumentację dotyczącą zobowiązania do wypłaty należności; 4) oświadczenie podatnika, że w stosunku do wypłacanych należności spełnione zostały warunki, o których mowa odpowiednio w art. 21 ust. 3 pkt 4 lit. b, ust. 3a i 3c lub art. 22 ust. 4 pkt 4; 5) oświadczenie podatnika, że w odniesieniu do czynności, w związku z którą składany jest wniosek o zwrot podatku, podatnik jest podmiotem, na którym ciąży obowiązek podatkowy, a także oświadczenie podatnika, że spółka albo zagraniczny zakład jest rzeczywistym właścicielem wypłacanych należności – w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1; 6) oświadczenie podatnika, że prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą w kraju siedziby podatnika dla celów podatkowych, z którą wiąże się uzyskany przychód – w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1, gdy należności są uzyskiwane w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą; 7) dokumentację wskazującą na ustalenia umowne, z powodu których płatnik wpłacił podatek z własnych środków i poniósł ciężar ekonomiczny tego podatku – w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 2; 8) uzasadnienie wnioskodawcy, że spełnione są warunki będące przedmiotem oświadczeń, o których mowa w pkt 5 i 6”.

⁶⁹ Zob. art. 28b ust. 4a u.p.d.o.p.

⁷⁰ Zob. art. 26 ust. 2eb u.p.d.o.p.

pkt 50c u.p.d.o.p.⁷¹ w stosunku do tych podmiotów powiązanych dla uniknięcia poboru WHT od odsetek lub dyskonta od obligacji lub listów zastawnych wyemitowanych przez Skarb Państwa⁷². Zagadnienie dyskryminacyjnego charakteru zmian w WHT od 1.01.2022 r., przejawiających się w postaci narodowego protekcjonizmu, wymaga uwagi; zostanie mu poświęcony pkt 2.3.6 poniżej.

W oświadczeniu płatnik musi wykazać, że: 1) posiada dokumenty wymagane przez przepisy prawa podatkowego dla zastosowania stawki podatku albo zwolnienia lub niepobrania podatku, wynikających z przepisów szczególnych (tj. implementujących unijne dyrektywy) lub umów o UPO; 2) po przeprowadzeniu weryfikacji (ww. należyta staranność), nie posiada wiedzy uzasadniającej przypuszczenie, że istnieją okoliczności wykluczające możliwość zastosowania stawki podatku albo zwolnienia lub niepobrania podatku, wynikających z przepisów szczególnych lub umów o UPO. Przy czym od 1.01.2019 r. do 31.12.2021 r. w ww. pkt 2 wymóg dochowania należytej staranności był uzupełniony o wskazanie, że płatnik „w szczególności nie posiada wiedzy o istnieniu okoliczności uniemożliwiających spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 28b ust. 4 pkt 4–6 u.p.d.o.p.”

Do tych okoliczności należało: (i) korzystanie przez podatnika (spółkę objętą zakresem zastosowania unijnych dyrektyw) otrzymującego dywidendy lub odsetki lub należności licencyjne ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na źródło ich osiągania; (ii) podatnik nie jest podmiotem, na którym ciąży obowiązek podatkowy, a spółka (podatnik) albo zagraniczny zakład nie jest rzeczywistym właścicielem (*beneficial owner*) wypłacanych należności; (iii) podatnik nie prowadzi rzeczywistej działalności gospodarczej⁷³ w kraju siedziby podatnika dla celów podatkowych, z którą wiąże się uzyskany przychód.

⁷¹ „50c) dochody osiągnięte przez podatnika, o którym mowa w art. 3 ust. 2, z odsetek lub dyskonta od obligacji: a) o terminie wykupu nie krótszym niż rok, b) dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym lub wprowadzonych do alternatywnego systemu obrotu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub na terytorium państwa będącego stroną zawartej z Rzeczpospolitą Polską umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, której przepisy określają zasady opodatkowania dochodów z dywidend, odsetek oraz należności licencyjnych – chyba że na moment osiągnięcia dochodu podatnik jest podmiotem powiązanym w rozumieniu art. 11a ust. 1 pkt 4 lub w rozumieniu art. 23m ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych z emitentem tych obligacji oraz posiada, bezpośrednio lub pośrednio, łącznie z innymi podmiotami powiązanymi w rozumieniu tych przepisów więcej niż 10% wartości nominalnej tych obligacji”.

⁷² Zob. art. 26 ust. 1ab u.p.d.o.p.

⁷³ W okresie od 1.01.2019 r. do 31.12.2021 r. prowadzenie rzeczywistej działalności gospodarczej powinno być ustalane zgodnie z przepisami o CFC, tj. art. 24a ust. 18 u.p.d.o.p. Od 1.01.2022 r. teoretycznie takiego ograniczenia już nie ma, gdyż ustawodawca nie odsyła wprost do przepisów o CFC. Niemniej jednak trudno nie brać pod uwagę wskazówek ustalenia rzeczywistej działalności gospodarczej zgodnie z przepisami o CFC, skoro pojęcie to pochodzi właśnie z tych przepisów i w tych przepisach zostało częściowo zdefiniowane przez ustawodawcę. Wykładnia systemowa nie pozwala na zignorowanie ustalania rzeczywistej działalności gospodarczej zgodnie z przepisami o CFC na potrzeby stosowania przepisów

Natomiast opinia o stosowaniu zwolnienia miała zastosowanie od 1.01.2019 r. do 31.12.2021 r. tylko do wypłat objętych zakresem zastosowania unijnych dyrektyw, wobec których podatnik lub płatnik (gdy ponosił ekonomiczny ciężar płatności WHT) wykaze spełnienie materialnoprawnych przesłanek zastosowania zwolnień z WHT⁷⁴. Przepisy te można było więc uznać za jawnie dyskryminujące między zagranicznymi podatnikami w zakresie zastosowania unijnych dyrektyw i umów o UPO. Ten stan prawny zmienił się dopiero od 1.01.2022 r., kiedy to ustawodawca umożliwił uzyskanie opinii zarówno do wypłat objętych zakresem zastosowania unijnych dyrektyw, jak i umów o UPO. W konsekwencji tego rozszerzenia, od 1.01.2022 r., wniosek dotyczy nie tylko zwolnienia z WHT, lecz także zastosowania obniżonej stawki WHT wynikającej z umów o UPO (stąd też nowa nazwa: opinia o stosowaniu preferencji). Ponadto wniosek o uzyskanie opinii o stosowaniu preferencji może być złożony przez podatnika, płatnika lub podmiot dokonujący wypłaty należności za pośrednictwem podmiotów prowadzących rachunki papierów wartościowych albo rachunki zbiorcze, a nie tylko przez podatnika lub płatnika, gdy ponoszą ekonomiczny ciężar płatności WHT. Niemniej jednak, nawet gdy wnioskodawca spełni ww. przesłanki uzyskania opinii o stosowaniu preferencji (do 31.12.2021 r. – zwolnienia), organ podatkowy odmawia wydania opinii, gdy: 1) podatnik nie spełni warunków określonych w art. 21 ust. 3–9 lub art. 22 ust. 4–6 u.p.d.o.p. albo warunków zastosowania umowy o UPO; 2) istnieją uzasadnione wątpliwości co do zgodności ze stanem rzeczywistym dołączonej do wniosku dokumentacji lub oświadczenia podatnika, że jest rzeczywistym właścicielem należności (*beneficial owner*); 3) istnieje uzasadnione przypuszczenie wydania decyzji z zastosowaniem GAAR lub art. 22c u.p.d.o.p. (mała klauzula antyabuzyjna dotycząca płatności dywidend) lub klauzul antyabuzyjnych na gruncie umów o UPO (chodzi głównie o klauzulę PPT); 4) istnieje uzasadnione przypuszczenie, że podatnik nie prowadzi rzeczywistej działalności gospodarczej w kraju swojej siedziby dla celów podatkowych⁷⁵.

W przypadku płatności poniżej 2 mln zł zastosowanie zwolnień, wyłączeń bądź obniżonych stawek z umów o UPO lub zwolnień z unijnych dyrektyw ma zastosowanie, jeśli oprócz posiadania certyfikatu rezydencji podatnika płatnik dochował należytej staranności w zakresie weryfikacji warunków zastosowania ww. korzystnych regulacji w zakresie WHT. Przy ocenie dochowania należytej staranności uwzględnia się charakter oraz skalę działalności prowadzonej przez płatnika oraz – od 1.01.2022 r. – występowanie powiązań płatnika z podatnikiem, do których odnoszą się przepisy o cenach transferowych, tj. art. 11a ust. 1 pkt 5 u.p.d.o.p.⁷⁶

Jak dotąd Ministerstwo Finansów w projekcie objaśnień z 19.06.2019 r. wskazało kilka wytycznych co do dochowania należytej staranności. Wytyczne te z jednej strony

o WHT. Inaczej byłoby, gdyby ustawodawca wprost zdefiniował rzeczywistą działalność gospodarczą w zakresie przepisów o WHT w sposób odmienny niż w przepisach o CFC.

⁷⁴ Art. 26b ust. 1 u.p.d.o.p.

⁷⁵ Art. 26b ust. 3 u.p.d.o.p.

⁷⁶ Zob. art. 26 ust. 1 zdanie czwarte u.p.d.o.p.

sugerują płatnikom dokonywanie weryfikacji zagranicznego podatnika (odbiorcy płatności), która jest tak rozbudowana i dogłębna, iż można ją utożsamiać z przeprowadzaniem postępowania równoważnego z postępowaniem przeprowadzanym przez organy podatkowe⁷⁷. Z drugiej strony projekt objaśnień bez podstawy prawnej różnicował sytuację podmiotów powiązanych (większa należyta staranność) i niepowiązanych (mniejsza należyta staranność, aczkolwiek z wieloma wyjątkami)⁷⁸ – podstawa prawna do takiego różnicowania zaczęła obowiązywać dopiero od 1.01.2022 r. Ministerstwo Finansów wskazało także w projekcie objaśnień, że:

Wzmozżona uwaga płatników powinna także zostać zachowana w przypadku dokonywania płatności **określonego rodzaju do jurysdykcji podatkowych, które mogą być szczególnie ryzykowne z perspektywy praktyki *treaty shopping* oraz *directive shopping*** (np. wypłata określonej należności do państwa, z którym zawarta przez Polskę UPO nie zakłada pobierania podatku u źródła i/lub które samo nie nakłada takiego podatku w przypadku dalszych wypłat). Podobnie **podwyższoną czujność płatników powinna wzbudzać okoliczność posługiwania się przez odbiorcę należności jedynie adresem skrytki pocztowej lub posiadanie adresu siedziby w tzw. wirtualnym biurze**⁷⁹.

Warto przy tym zauważyć, że ww. rozporządzenia zawieszające nowe zasady poboru WHT (*WHT pay & refund*) wyłączały lub ograniczały wyłącznie stosowanie mechanizmu obowiązkowego WHT zgodnie z art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p. Natomiast obowiązek

⁷⁷ Ministerstwo Finansów wskazuje: „Dochowując należytej staranności należy podejmować działania istotne z punktu widzenia zastosowania danej preferencji podatkowej w konkretnym przypadku. W szczególności dotyczy to: 1) weryfikacji otrzymanych dokumentów pod kątem ich zgodności ze stanem faktycznym (w tym na podstawie informacji dostępnych publicznie); 2) weryfikacji rezydencji podatkowej odbiorcy należności (w tym zakresie uwagę należy zwrócić na ryzyko rejestracji spółki w jednym państwie i zarządzanie jej z terytorium innego państwa – zagadnienie to zostało przedstawione w ostrzeżeniu MF przed optymalizacją podatkową z wykorzystaniem spółek zagranicznych z uwagi na przepisy dotyczące tzw. miejsca zarządu); 3) weryfikacji statusu kontrahenta jako podatnika, który uzyskuje przychód z tytułu otrzymanej należności oraz jej rzeczywistego właściciela, w tym poprzez pryzmat prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej przez ten podmiot. (...) W celu dochowania należytej staranności, w tym weryfikacji prowadzenia przez odbiorcę należności (spółkę) rzeczywistej działalności gospodarczej, płatnik może w szczególności zwrócić się do odbiorcy należności (spółki) z następującymi pytaniami oraz przeanalizować uzyskane od spółki odpowiedzi: 1) Jaki personel oraz zaplecze sprzętowe i lokalowe posiada spółka? 2) Czy członkami organu zarządzającego / dyrektorami spółki są osoby fizyczne (lub inne podmioty) pełniące te funkcje w sposób usługowy, w tym zwłaszcza osoby, które pełnią zbliżone funkcje w innych podmiotach? 3) Czy dokumenty dotyczące prowadzenia spraw spółki są podpisywane faktycznie w miejscu (kraju) jej rejestracji? 4) Czy spółka dysponuje w państwie rejestracji miejscem (wraz z niezbędną infrastrukturą/obsługą – fachowym personelem), w którym może odbywać się podejmowanie decyzji dotyczących spółki (w szczególności: posiedzenia organu zarządzającego, spotkania członków organu zarządzającego)? Czy te spotkania odbywają się tych pomieszczeniach? 5) Czy adres siedziby/biura spółki jest wykorzystywany równolegle przez wiele podmiotów? Jeżeli tak, przez ile podmiotów? Czy podmioty te są powiązane (co może uzasadniać korzystanie z tego samego biura)? 6) Czy członkowie organu zarządzającego Spółki posiadają lokalne (odpowiadające siedzibie spółki) adresy e-mail/telefony stacjonarne lub komórkowe służbowe?” (projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r.).

⁷⁸ Zob. projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r., s. 30–32.

⁷⁹ Projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r., s. 28.

dochowania należytej staranności, w tym badania statusu zagranicznego podatnika jako rzeczywistego beneficjenta (*beneficial owner*), zwłaszcza wobec płatności do spółek z jurysdykcji kojarzonych z umożliwianiem praktyk *treaty shopping* oraz *directive shopping* (w domniemaniu np. Holandia lub Luksemburg), obowiązywał w przypadku wszystkich płatników i bez względu na kwotę dokonywanych wypłat przez cały okres obowiązywania ww. rozporządzeń aż do modyfikacji przepisów o WHT, tj. od 1.01.2019 r. do 31.12.2021 r.⁸⁰

Warto także przytoczyć znacznie zawężoną od 1.01.2019 r. krajową definicję *beneficial owner* z art. 4a pkt 29 u.p.d.o.p., zgodnie z którą:

Rzeczywisty właściciel to podmiot, który spełnia łącznie następujące warunki: a) otrzymuje należność dla własnej korzyści, w tym decyduje samodzielnie o jej przeznaczeniu i ponosi ryzyko ekonomiczne związane z utratą tej należności lub jej części, b) nie jest pośrednikiem, przedstawicielem, powiernikiem **lub innym podmiotem zobowiązanym** prawnie lub **faktycznie** do przekazania całości lub części należności innemu podmiotowi, c) **prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą w kraju siedziby, jeżeli należności uzyskiwane są w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą**, przy czym przy ocenie, czy podmiot prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą, przepis art. 24a ust. 18 stosuje się odpowiednio.

Mimo że powyższa definicja ewidentnie odbiega od autonomicznego rozumienia koncepcji *beneficial ownership* w świetle międzynarodowego prawa podatkowego⁸¹, Ministerstwo Finansów w projekcie objaśnień próbowało uzasadniać zbieżność polskiej definicji z międzynarodowym rozumieniem koncepcji *beneficial ownership*, używając źródeł rozumienia tej koncepcji w skrajnie selektywny sposób. Ponadto Ministerstwo Finansów w projekcie objaśnień podkreśliło antyabuzystyczną rolę koncepcji *beneficial ownership*, a nawet sugerowało, że koncepcja ta może być stosowana „pod płaszczyzną” ustalania zagranicznego podatnika od płatności otrzymanych z Polski, nawet gdy nie jest zawarta w umowach o UPO⁸². Od 1.01.2021 r. ww. definicję koncepcji *beneficial ownership* („rzeczywistego właściciela”) zmieniono w dwojaki sposób: (i) usunięto z niej wyrażenie „prawnie lub faktycznie” odnoszące się zobowiązania do przekazania całości lub części należności innemu podmiotowi; oraz (ii) wskazano, że dla ustalenia, czy podmiot prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą, uwzględnia się charakter oraz skalę działalności prowadzonej przez ten podmiot w zakresie otrzymanej należności, usuwając w tym zakresie odniesienie do przepisów o CFC (art. 24a ust. 18 u.p.d.o.p.).

⁸⁰ Projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r., s. 32 oraz treść uzasadnienia do ww. rozporządzeń.

⁸¹ M. Wilk polskie rozumienie „rzeczywistego beneficjenta” (trafnie nazywa „egzotycznym” z punktu widzenia praktyki międzynarodowej. Zob. M. Wilk, *Znaczenie przesłanki...*, s. 21. Por. wypowiedź Sekretarza Rady Podatkowej Konfederacji Lewiatan P. Pruszyńskiego podczas Komisji Finansów Publicznych (zob. Kancelaria Sejmu RP, VIII kadencja, Biuro Komisji Sejmowych Komisji Finansów Publicznych (posiedzenie nr 370) z 17.10.2018 r., s. 35).

⁸² Zob. projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r., s. 13–26.

W uzasadnieniu do tych zmian ich autorzy z Ministerstwa Finansów wskazali, że zmiany te podyktowane były zachowaniem spójności definicji krajowej „rzeczywistego właściciela” z rozumieniem koncepcji *beneficial ownership* zaprezentowanym w Komentarzu do MK OECD (wykreślenie wyrażenia „prawnie lub faktycznie”) oraz zbliżeniem „rozumienia pojęcia rzeczywistego właściciela do jego rozumienia na gruncie międzynarodowym” (usunięcie odniesienia do przepisów o CFC)⁸³. Słuszność tego uzasadnienia będzie przedmiotem weryfikacji w kolejnych rozdziałach, w szczególności poprzez analizę międzynarodowego rozumienia koncepcji *beneficial ownership*⁸⁴.

2.3.3. Zawężenie prawa do korzyści z umów o UPO i unijnych dyrektyw za pośrednictwem krajowych przepisów instrumentalno-prawnych: *treaty overriding / dodging* i *directive overriding / dodging*

Od 1.01.2019 r. ustawodawca diametralnie zmienił normy prawne kształtujące instrumentalne obowiązki płatnika podatku od dochodów wypłacanych nierezydentom i krajową definicję koncepcji *beneficial ownership*. Jednocześnie ustawodawca bez zmian pozostawił normy materialnoprawne, konstytuujące podmiotowo-przedmiotowy zakres obowiązku podatkowego nierezydentów. Bez zmian pozostały wcześniej wspomniane preferencyjne zasady opodatkowania dochodu (zwolnienia i redukcje stawek WHT), wynikające z umów o UPO i przepisów krajowych będących implementacją dyrektyw unijnych⁸⁵. Modyfikacja przepisów o WHT, która weszła w życie 1.01.2022 r., dotyczyła tylko ww. zmiany w definicji „rzeczywistego właściciela” oraz przepisów instrumentalno-prawnych. W ten sposób Ministerstwo Finansów, autor projektu tych zmian, zrealizowało swoją intencję, która wynikała z kilku istotnych kwestii, wartych odnotowania.

Przed wszystkim w mechanizmie poboru WHT istotną rolę odgrywa instytucja płatnika, czyli osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, obowiązanej na podstawie przepisów prawa podatkowego do obliczenia i pobrania od podatnika podatku i wpłacenia go we właściwym terminie organowi podatkowemu⁸⁶. Płatnikami są np. polscy przedsiębiorcy, w tym podatnicy na gruncie CIT, wypłacający dywidendy lub odsetki do zagranicznych inwestorów⁸⁷. Z perspektywy Polski, jako państwa źródła dochodu, wygodniej więc jest nałożyć i wyegzekwować obowiązki instrumentalne na lokalnym podmiocie, niż egzekwować je od zagranicznego podmiotu.

⁸³ Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, IX kadencja, druk sejm. nr 1532, s. 89 i 91, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1532>.

⁸⁴ Zob. *infra* w szczególności rozdziały 2–6.

⁸⁵ Por. K. Knaa, M. Wilk, *Nowy system poboru...*, s. 22.

⁸⁶ Zob. art. 8 o.p.

⁸⁷ Por. art. 26 ust. 1 w zw. z art. 21 ust. 1 i art. 22 ust. 1 u.p.d.o.p.

Polska, jak każde państwo, nie może egzekwować swojego prawa, w tym prawa podatkowego, na terytorium innego państwa bez zgody tego państwa⁸⁸. Zatem Polska nie może efektywnie powoływać się na prawo do opodatkowania, jeśli egzekucja opodatkowania mogłaby zostać przeprowadzona jedynie przez podejmowanie działań na terytorium innego państwa, chyba że to ostatnie państwo wyrazi na to zgodę np. na podstawie przepisów umowy o UPO zawierającej ekwiwalent postanowień art. 27 MK OECD o wzajemnej pomocy w zakresie poboru podatków⁸⁹. W praktyce oznacza to, że prawo do poboru WHT przez Polskę jest ograniczone przez zakres możliwości Polski do egzekwowania swojego krajowego prawa podatkowego. W konsekwencji formalnie nieograniczone kompetencje ustawodawcze jurysdykcji podatkowej Polski należy odróżnić od praktycznie ograniczonej jurysdykcji do egzekwowania przepisów prawa podatkowego⁹⁰. W tym sensie można stwierdzić, że państwa potężne politycznie, ekonomicznie i militarnie, na przykład Stany Zjednoczone, mogą efektywnie realizować najszersze prawa do opodatkowania ze względu na ich największą zdolność do egzekwowania jurysdykcji podatkowej⁹¹. Dla kontrastu, polski ustawodawca, nakładając bardzo daleko idące obowiązki na lokalne podmioty (płatników WHT), potwierdził, że znaczenie Polski na arenie międzynarodowej nie jest na tyle istotne, by efektywnie pobierać WHT, nakładając i egzekwując stosowne obowiązki na zagraniczne podmioty (podatników WHT). Brak dostatecznie silnej pozycji politycznej do egzekucji podatku wobec zagranicznych podatników nie jest jednak uzasadnieniem dla wprowadzenia zmian w poborze WHT w sprzeczności ze słusznie postulowaną w polskiej doktrynie zasadą adekwatności obowiązków prawnych do faktycznych i prawnych możliwości ich realizacji przez płatnika⁹². Nowe zasady poboru WHT w Polsce nie są tylko skrajnie nieadekwatne do ww. zasady, ale i do zasady proporcjonalności konstytucyjnej i unijnej zasady proporcjonalności. Są również oderwane od rzeczywistości zjawisk, z którymi mają się mierzyć, a także szkodliwe głównie dla polskich przedsiębiorców, a więc i polskiej gospodarki.

Po pierwsze, nowe zasady poboru WHT w Polsce znacząco ograniczyły prawa podatników do skorzystania ze zwolnień, wyłączeń i obniżonych stawek WHT wynikających z materialnoprawnych norm na gruncie unijnych dyrektyw i umów o UPO. Takie prawa nie mogły być ograniczone przepisami instrumentalno-proceduralnymi przez jednostronne działania ustawodawcze. Mogły być ograniczone wyłącznie przez materialnoprawne przepisy mające na celu zwalczanie nadużyć unijnych dyrektyw

⁸⁸ Zob. np. wyrok Izby Lordów z 2.01.1955 r., *Government of India vs. Taylor*, [1955] A.C. 491 (HL).

⁸⁹ Zob. A.R. Albrecht, *The Taxation of Aliens under International Law*, „British Yearbook of International Law” 1952/29, s. 153; A.H. Qureshi, *The Freedom of a State to Legislate in Fiscal Matters under General International Law*, BIFD 1987/1, s. 21; por. A. Biegalski, *Polska jurysdykcja podatkowa*, Poznań 2000, s. 129.

⁹⁰ Zob. D. Sandler, *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation: Pushing the Boundaries*, The Hague–Boston 1998, s. 2.

⁹¹ Por. C. Ryngaert, *Jurisdiction in international law*, Oxford 2008, s. 34. Historycznie amerykańskie przepisy o CFC, a obecnie przepisy o wypełnianiu obowiązków podatkowych w stosunku do rachunków posiadanych za granicą (FATCA, ang. Foreign Account Tax Compliance Act) stanowią przykłady bardzo dużej zdolności Stanów Zjednoczonych do egzekwowania jurysdykcji ustawodawczej w zakresie opodatkowania.

⁹² Zob. M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego...*, zakończenie.

i umów o UPO w zgodzie z treścią właściwych klauzul antyabuzyjnych i orzecznictwa TSUE⁹³. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje wprost, że korzyści płynące z unijnych dyrektyw mogą być ograniczane tylko w zakresie zwalczania nadużyć w zgodzie z treścią krajowych przepisów implementujących tzw. szczególne klauzule antyabuzyjne, zawarte w tych dyrektywach, i ograniczenia te nie mogą być rozszerzane przez krajowe przepisy proceduralne *de facto* wykraczające poza szczególne klauzule antyabuzyjne⁹⁴.

Alternatywnie, aczkolwiek nie bez istotnych wątpliwości konstytucyjnych⁹⁵, odmowa korzyści płynących z dyrektyw może mieć miejsce na podstawie wykładni przepisów unijnych zgodnie z ogólną zasadą prawa UE, według której podmioty prawa nie mogą powoływać się na przepisy prawa UE w sposób noszący znamiona oszustwa lub nadużycia (ang. *general principle of the prohibition of abuse of rights under EU* – ogólna zasada zakazu nadużycia prawa unijnego)⁹⁶. Nowe zasady o poborze WHT nie spełniają żadnego z ww. kryteriów odmowy korzyści z unijnych dyrektyw i umów o UPO⁹⁷. Naruszają zarówno umowy o UPO, jak i unijne dyrektywy przez tzw. restrykcyjne nadpisanie ich postanowień bez żadnego umocowania prawnego. Takie działania można zakwalifikować jako tzw. *treaty overriding* i *directive overriding* lub *treaty dodging* i *directive dodging*. Stanowią one złamanie międzynarodowych zobowiązań Polski wobec stron-umów o UPO oraz państw członkowskich UE – złamanie zasady międzynarodowego prawa publicznego *pacta sunt servanda* usankcjonowanej w art. 26 KWPT⁹⁸, a także pośrednie naruszenie art. 9 Konstytucji RP⁹⁹. To pierwsze zjawisko jest adekwatne dla działań krajowego ustawodawcy, które pozbawiają efektywności postanowienia dyrektyw unijnych i umów o UPO w sposób bezpośredni, np. przez wymóg badania statusu rzeczywistego beneficjenta lub/i prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej wobec płatności, które nie mają takiego wymogu¹⁰⁰. Dotyczy to w szczególności

⁹³ Chodzi o art. 6 dyrektywy ATA i art. 7 ust. 1 Konwencji MLI.

⁹⁴ Zob. wyrok TSUE z 8.03.2017 r., C-14/16, Société Euro Park Service przeciwko Ministre des Finances et des Comptes publics, EU:C:2017:177, pkt 34–35, 37–40, 51–53 oraz opinia RG M. Watheleta do sprawy C-14/16 przedstawiona w dniu 26.10.2016 r., EU:C:2016:806, pkt 33–35. Por. postanowienie TSUE z 14.06.2018 r., C-440/17, GS przeciwko Bundeszentralamt für Steuern, EU:C:2018:437, pkt 40; wyrok TSUE z 20.12.2017 r., C-504/16 i C-613/16, Deister Holding i Juhler Holding A/S przeciwko Bundeszentralamt für Steuern, EU:C:2017:1009, pkt 41, 42 i 55. Zob. więcej B. Kuźniacki, *The ECJ as a Protector of Tax Optimization via Holding Companies*, „Intertax” 2019/3(47).

⁹⁵ Zob. *infra* podrozdział 6.9.

⁹⁶ Zob. wyroki TSUE w sprawach duńskich dotyczące dyrektywy IR, pkt 102, oraz dyrektywy PS, pkt 76.

⁹⁷ W odniesieniu do dyrektywy PS zob. M. Wilk, *Znaczenie przesłanki...*, s. 27–28.

⁹⁸ Zob. OECD, *Tax Treaty Override*, Paris 1989, § 7, s. R(8)–3. Zob. więcej B. Michel, *Anti-Avoidance and Tax Treaty Override: Pacta Sunt Servata?*, „European Taxation” 2013/9, s. 414–419.

⁹⁹ Por. K. Vogel, *New Europe Bids Farewell to Treaty Override*, „Bulletin – Tax Treaty Monitor” 2004/1, s. 5–8; A. Perderlitz, *Treaty Override – Revival of the Debate over the Constitutionality of Domestic Treaty Override Provisions in Germany*, „European Taxation” 2013/9, s. 445–450.

¹⁰⁰ OECD definiuje *treaty overriding* jako sytuację, w której krajowa legislacja pozbawia efektywnego zastosowania przepisy pojedynczej umowy o UPO, lub wszystkich umów o UPO z perspektywy państwa stosującego tę legislację. Zob. OECD, *Tax Treaty...*, § 2, s. R(8)–2.

wypłaty zysków przedsiębiorstw na gruncie odpowiedników art. 7 ust. 1 MK OECD w polskich umowach o UPO lub dywidend zgodnie z przepisami implementującymi dyrektywę PS. *Prima facie* zmiany w przepisach o WHT obowiązujące od 1.01.2022 r. zredukowały ten problem przez zawężenie stosowania mechanizmu *WHT pay & refund* tylko do płatności z art. 21 ust. 1 pkt 1 (odsetki i należności licencyjne) i art. 22 ust. 1 (dywidendy) u.p.d.o.p. oraz wymóg dokumentowania statusu rzeczywistego beneficjenta i prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej, tylko gdy z przepisów odrębnych lub umów o UPO wynika obowiązek badania spełnienia tych przesłanek. W praktyce jednak obie zmiany nie są precyzyjne i dlatego mogą budzić poważne wątpliwości interpretacyjne. Na przykład ustalenie, czy płatności wskazane w art. 21 ust. 1 pkt 1 u.p.d.o.p., zwłaszcza płatności za użytkowanie lub prawo do użytkowania urządzenia przemysłowego lub dostęp do *know-how*, uznaje się za objęte zakresem zastosowania odpowiedników art. 12 MK OECD w polskich umowach o UPO, czy też art. 7 tych umów, może być sporne¹⁰¹. W przypadku kwalifikacji do art. 7 umów o UPO WHT w Polsce w ogóle nie powinien mieć zastosowania, ponieważ prawo polskie do poboru WHT jest całkowicie wyeliminowane na podstawie tych umów. Podobnie sporny może być obowiązek badania statusu rzeczywistego beneficjenta lub/i prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej dla zastosowania preferencji podatkowych wynikających z unijnych dyrektyw i umów o UPO¹⁰².

Treaty dodging i *directive dodging* natomiast jest zjawiskiem bardziej wyrafinowanym, polegającym na takich zmianach krajowych definicji, np. *beneficial ownership*, a także przepisów instrumentalnych (proceduralnych), które całkowicie lub znacząco blokują skorzystanie z unijnych dyrektyw lub umów o UPO bez bezpośredniej sprzeczności z treścią ich przepisów¹⁰³.

Po drugie, nowe przepisy o WHT są tak skonstruowane, że pobór WHT w istotnej części wypłat odsetek i należności licencyjnych doprowadzi do tzw. ubruttowienia ceny o 20% (klauzule ubruttawiające), którą będą musiały zapłacić polskie przedsiębiorstwa wypłacające zagranicznym podmiotom ww. należności. To może doprowadzić do zaburzeń w bieżącej płynności finansowej polskich przedsiębiorstw, zwłaszcza z sektora transportu i innowacyjności, bazujących na współpracy z zagranicznymi kontrahentami¹⁰⁴. Niski poziom rentowności może z kolei prowadzić do zwiększonego wykorzystywania w bieżącej działalności operacyjnej polskich przedsiębiorstw

¹⁰¹ Zob. H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo podatkowe*, LEX 2020, podrozdział 12.4 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁰² Zob. *infra* rozdziały 2–4.

¹⁰³ Zob. więcej V. Arruda Ferreira, *The Improper Use of Tax Treaties by Contracting States – Tax Treaty Dodging*, IBFD Doctoral Series, Amsterdam 2021, pkt 4.3.5.

¹⁰⁴ Chociażby głośno komentowany w prasie przykład należności licencyjnych wypłacanych przez LOT do zagranicznego kontrahenta, od którego narodowy przewoźnik leasinguje samoloty pasażerskie. *Ministerstwo Finansów omal nie uziemiło LOT-u...*; E. Twaróg, *Lot wylądował w pułapce...*; E. Twaróg, *Podatkowa interwencja premiera...* Por. *infra* pkt 2.3.4 wprowadzenia.

krótkoterminowego kapitału obcego (wyżej oprocentowanego). To może z kolei skutkować dalszym obniżeniem wskaźnika bieżącej płynności finansowej i osłabieniem ich konkurencyjności, a w efekcie nawet upadłością. Od 1.01.2022 r. te problemy dotyczą tylko nierezydentów podatkowych ze względu na wykluczenie polskich rezydentów podatkowych z zastosowania mechanizmu *WHT pay & refund*¹⁰⁵. Ta zmiana rażąco dyskryminuje nierezydentów względem rezydentów.

Po trzecie, w znakomitej większości sytuacji podmiotami całkowicie odpowiedzialnymi za nadużywanie umów o UPO i unijnych dyrektyw – zakładając, że mamy do czynienia z nadużyciem, są zagraniczne międzynarodowe przedsiębiorstwa sprzedające polskim przedsiębiorstwom określone usługi, lub udzielające finansowania na realizację inwestycji spółkom celowym. W tym pierwszym przypadku zagraniczne podmioty to najczęściej kontrahenci niezależni wobec polskich przedsiębiorstw, ale mający znacznie silniejszą pozycję rynkową, np. amerykańskie międzynarodowe firmy technologiczne lub niemieckie firmy farmaceutyczne. W tym drugim – polskie przedsiębiorstwa są całkowicie zależne od zagranicznych przedsiębiorstw (dlatego określa się je mianem zagranicznych przedsiębiorstw w Polsce).

W jednym i drugim przypadku polskie przedsiębiorstwa na żadnym etapie i w żadnym zakresie nie ponoszą odpowiedzialności i nie planują abuzywnego *treaty shopping* i *directive shopping*¹⁰⁶. Mimo to właśnie polskie przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności narażone są na ryzyko ekonomicznego fiaska w wyniku wprowadzenia nowych zasad poboru WHT. Przepisy te nie są zatem przystosowane do globalnych realiów strukturalnych, towarzyszących *treaty shopping* i *directive shopping* w odniesieniu do Polski. Uderzają bowiem nie w te podmioty, co powinny. Wyjątkiem od ww. sytuacji jest tzw. *round tripping*, czyli sytuacja, w której polski przedsiębiorca pozoruje transgraniczność przepływów kapitału, by wykorzystać umowy o UPO, krajowe przepisy implementujące unijne dyrektywy (*treaty shopping* i *directive shopping*) oraz czysto krajowe preferencyjne reżimy podatkowe obcych państw w celu uniknięcia zapłaty podatku od dochodu. Następuje to w formie cyrkularnego obiegu kapitału, z ekonomicznego punktu widzenia niwelującego jakąkolwiek ekonomiczną wartość dodaną serii transakcji¹⁰⁷. Nowe zasady WHT nie uwzględniają jednak tego przypadku w szczególny sposób, a środkami prawnymi adekwatnymi do zwalczania *round tripping* są klauzule GAAR i PPT.

Po czwarte, czas na wydanie opinii o zwolnieniu to aż 6 miesięcy od dnia wpływu wniosku do organu podatkowego o jej wydanie¹⁰⁸. Czas na zwrot podatku to również 6 miesięcy od dnia wpływu wniosku o zwrot. Przy czym organ podatkowy może przedłużyć wskazany termin zwrotu podatku do czasu zakończenia weryfikacji wniosku

¹⁰⁵ Zob. art. 26 ust. 2eb u.p.d.o.p.

¹⁰⁶ Dla definicji tych pojęć zob. *infra* pkt 3.3 wprowadzenia.

¹⁰⁷ Zob. np. wyroki WSA: w Opolu z 28.02.2020 r., I SA/Op 494/19, LEX nr 2958379; w Szczecinie z 31.03.2020 r., I SA/Sz 944/19, LEX nr 2977803.

¹⁰⁸ Art. 26b ust. 5 u.p.d.o.p.

o zwrot podatku w ramach kontroli podatkowej, kontroli celno-skarbowej lub postępowania podatkowego¹⁰⁹. W praktyce prowadzi to do sztucznego zawyżenia dochodów budżetowych w pierwszej połowie danego roku podatkowego kosztem podatników. To co podatnicy zapłacą przez pierwszą połowę roku, uzyskają w ciągu kolejnych 6 miesięcy lub później w procedurze zwrotu WHT. Taki zabieg legislacyjny wydaje się efektem zamierzonego działania Ministerstwa Finansów¹¹⁰.

Po piąte, pobór WHT będzie w wielu sytuacjach następował przy pełnej świadomości podatników i organów podatkowych, że płatności, od których jest pobrany, podlegają zwolnieniom zgodnie z postanowieniami unijnych dyrektyw lub wyłączeniom/zwolnieniom lub obniżonym stawkom z umów o UPO. Nowe zasady poboru WHT zatem w dużej mierze zmniejszają efektywność umów o UPO oraz unijnych dyrektyw, narażając Polskę na ryzyko zakwestionowania tych zasad jako ograniczających prawo unijne i prawo międzynarodowe w sposób nieuzasadniony¹¹¹.

Warto tutaj zwrócić uwagę na rekomendacje OECD co do sposobu stosowania umów o UPO. W § 109 Komentarza do art. 1 MK OECD z 2017 r. wskazane jest, że:

Szereg artykułów Modelu Konwencji ogranicza prawo państwa źródła do opodatkowania dochodów pochodzących z jego terytorium. Jak zauważono w paragrafie 19 Komentarza do art. 10 w odniesieniu do opodatkowania dywidend, Model Konwencji nie rozstrzyga kwestii proceduralnych, a więc każde państwo może skorzystać z procedury przewidzianej w swoim prawie krajowym w celu zastosowania ograniczeń przewidzianych w Konwencji. Państwo może zatem automatycznie ograniczyć opodatkowanie, które pobiera zgodnie z odpowiednimi postanowieniami Konwencji, z zastrzeżeniem ewentualnej wcześniejszej weryfikacji uprawnień wynikających z umowy o UPO, lub może nałożyć podatek przewidziany w prawie krajowym, a następnie zwrócić część tego podatku, która przekraczająca kwotę podatku, jaką może pobrać na podstawie postanowień Konwencji. Zgodnie z ogólną zasadą, **automatycznie ograniczenie opodatkowania jest metodą wysoce preferowaną**. Jeżeli potrzebny jest system zwrotu podatku, powinien on być warunkowany zaobserwowanymi trudnościami w identyfikacji uprawnień do korzyści z umowy o UPO. Ponadto **w przypadku przyjęcia systemu poboru podatku i później jego zwrotu, niezwykle ważne jest, aby zwrot podatku został dokonany szybko i skutecznie, zwłaszcza jeśli nie są płacone odsetki od kwoty zwracanego podatku, ponieważ wszelkie nieuzasadnione opóźnienie w dokonaniu tego zwrotu stanowi bezpośredni koszt dla podatnika**¹¹².

¹⁰⁹ Art. 28b ust. 6 i 7 u.p.d.o.p.

¹¹⁰ Por. wypowiedź T. Rolewicz w roli przedstawiciela Krajowej Izby Doradców Podatkowych, Kancelaria Sejmu RP, VIII kadencja, Biuro Komisji Sejmowych Komisji Finansów Publicznych (posiedzenie nr 370) z 17.10.2018 r., s. 49.

¹¹¹ Zob. wyżej obserwacje dotyczące zwalczania nadużyć w WHT oraz *treaty overriding/dodging* i *directive overriding/dodging*.

¹¹² W oryg.: „A number of Articles of the Convention limit the right of a State to tax income derived from its territory. As noted in paragraph 19 of the Commentary on Article 10 as concerns the taxation

Zatem OECD wskazuje wprost, że reżim *WHT pay & refund*, taki jak obecnie funkcjonujący w Polsce, może doprowadzić do trudności we właściwym funkcjonowaniu umów o UPO. Dlatego preferowany jest reżim taki, jak funkcjonował w Polsce do końca 2018 r., czyli bezpośrednio stosowanie umów o UPO w postaci zwolnień lub obniżonych stawek WHT. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju wskazuje także, że stosowanie reżimu WHT wymaga niezwłocznego zwrotu pobranego podatku, zwłaszcza gdy podatnicy nie otrzymują odsetek od organów podatkowych od *de facto* udzielonej darmowo pożyczki organom podatkowym, sumarycznie mogącej liczyć mld zł. Na warunkach rynkowych Skarb Państwa musiałby wyemitować obligacje z określoną procentową stawką ich wykupu gwarantowaną w określonym czasie. Obecnie (luty 2022 r.) wynosi to np. 1% od okresu 3 miesięcy i 1,6% w pierwszym okresie 6-miesięcznym w stosunku rocznym od 3-letnich oszczędnościowych zmiennooprocentowych obligacji skarbowych (TOZ1224)¹¹³. Nowe zasady poboru WHT nie przewidują żadnego oprocentowania, mimo że podatek pobrany może być przetrzymywany przez Skarb Państwa przez okres 6 miesięcy lub dłużej.

Finalnie nowe zasady poboru WHT nie spełniają również minimalnych standardów Unii Europejskiej (najlepszych praktyk poboru WHT), gdyż ich wejście w życie nie obejmowało wdrożenia procedur rekomendowanych przez Komisję Europejską w „Code of Conduct on Withholding Tax” z 30.11.2017 r.¹¹⁴, a więc na ponad rok przed wejściem w życie nowych przepisów w Polsce i na 4 lata przed ich modyfikacją. Tym samym autorzy tych przepisów mieli pełną świadomość najlepszych praktyk w zakresie poboru WHT w UE. Dokument Komisji Europejskiej wskazuje m.in. na to, by proces zwrotu pobranego WHT przebiegał przy działaniach władz podatkowych, które obejmują:

- 1) udostępnienie elektronicznych formularzy, dostosowanych do potrzeb podatników i płatników, interaktywnych, kompleksowych i niewymagających objaśnień;
- 2) udzielanie proaktywnych, przejrzystych i kompleksowych wskazówek różnym rodzajom podatników (drobnym detalicznym inwestorom, funduszom emerytalnym, grupom ubezpieczeniowym, funduszom transparentnym podatkowo i ich

of dividends, the Convention does not settle procedural questions and each State is free to use the procedure provided in its domestic law in order to apply the limits provided by the Convention. **A State can therefore automatically limit the tax that it levies in accordance with the relevant provisions of the Convention, subject to possible prior verification of treaty entitlement, or it can impose the tax provided for under its domestic law and subsequently refund the part of that tax that exceeds the amount that it can levy under the provisions of the Convention.** As a general rule, in order to ensure expeditious implementation of taxpayers' benefits under a treaty, **the first approach is the highly preferable method.** If a refund system is needed, it should be based on observable difficulties in identifying entitlement to treaty benefits. Also, **where the second approach is adopted, it is extremely important that the refund be made expeditiously, especially if no interest is paid on the amount of the refund, as any undue delay in making that refund is a direct cost to the taxpayer**”.

¹¹³ <https://www.obligacjeskarbowe.pl/#:~:text=W%20pierwszym%20sze%C5%9Bciomiesi%C4%99cznym%20okresie%20odsetkowym,s%C4%85%20wyp%C5%82acane%20co%20p%C3%B3%B3%C5%82%20roku.>

¹¹⁴ European Commission, *Code of Conduct on Withholding Tax*, Ref. Ares(2017)5654449 – 20/11/2017, https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2017-12/code_of_conduct_on_withholding_tax.pdf.

inwestorom itp.) na temat różnych dochodów (dywidendy, odsetki itp.), kluczowych definicji (rzeczywisty beneficjent itp.);

- 3) komunikowanie się z podatnikami i płatnikami w sposób dostosowany do okoliczności (uwzględniając np. obowiązujące umowy o UPO) dla zaspokojenia potrzeb grup docelowych, tak aby podatnicy mogli szybko znaleźć formularze, które muszą wypełnić, i zmniejszyć liczbę błędów w tym zakresie;
- 4) udostępnianie formularzy i wskazówek nie tylko w języku polskim, lecz także w co najmniej jednym języku obcym zwyczajowym w sferze finansów międzynarodowych;
- 5) zapewnienie aktualizacji wskazówek w miarę zmian umów o UPO i przepisów krajowych, w tym implementujących dyrektywy unijne¹¹⁵.

Ministerstwo Finansów nie zaimplementowało żadnego z ww. rekomendacji Komisji Europejskiej.

2.3.4. Rozbieżne i selektywne interpretacje nowych zasad poboru WHT przez organy podatkowe w latach 2019–2021

Przepisy „towarzyszące” nowym zasadom poboru WHT, w szczególności nowa definicja koncepcji *beneficial ownership* oraz instytucja należytej staranności, których stosowanie nie podlegało zawieszeniu rozporządzeniami w latach 2019–2021, doprowadzały do rozbieżnych i selektywnych interpretacji przepisów podatkowych przez organy podatkowe. Dla przykładu, Dyrektor KIS w indywidualnej interpretacji podatkowej z 29.03.2019 r.¹¹⁶ we wniosku dotyczącym wypłaty rat leasingowych z tytułu leasingu finansowego i operacyjnego samolotów pasażerskich przez polską spółkę akcyjną (leasingobiorca), świadczącą usługi w zakresie przewozów lotniczych, krajowych i zagranicznych do spółek z Irlandii (leasingodawcy), zgodził się ze stanowiskiem wnioskodawcy, stwierdzając, że:

- 1) wskazane wypłaty rat leasingowych kwalifikują się jako zyski zagranicznych przedsiębiorstw (leasingodawców) zgodnie z art. 7 ust. 1 polsko-irlandzkiej umowy o UPO¹¹⁷ i dlatego, że te przedsiębiorstwa są rezydentami podatkowymi w Irlandii i nie posiadają w Polsce zakładu w rozumieniu art. 5 polsko-irlandzkiej umowy o UPO, ich zyski z tytułu należności leasingowych podlegają opodatkowaniu wyłącznie w Irlandii;
- 2) tym samym należności leasingowe nie będą podlegać podatkowi w Polsce, a wnioskodawca nie będzie miał obowiązku pobierania podatku pod warunkiem udokumentowania rezydencji podatkowej leasingodawcy stosownym certyfikatem rezydencji;

¹¹⁵ European Commission, *Code of Conduct...*, s. 6–10.

¹¹⁶ 0111-KDIB2-3.4010.44.2019.2.KK, LEX nr 492326.

¹¹⁷ Z dniem 1.01.2020 r. do tej umowy ma zastosowanie konwencja MLI. Zob. tekst syntetyczny: <https://www.podatki.gov.pl/media/5583/upo-pl-irl-tekst-syntetyczny-mli-pl.pdf>.

- 3) w przedmiotowej sprawie wnioskodawca, w sytuacji przekroczenia limitu 2 mln zł, na podstawie rozporządzenia wydanego w związku z art. 26 ust. 9 u.p.d.o.p. nie będzie miał obowiązku pobierania zryczałtowanego podatku („podatku u źródła”) od wypłat z tytułu należności leasingowych na rzecz leasingodawców, **co do których wnioskodawca posiada / będzie posiadał aktualne certyfikaty rezydencji podatkowej, potwierdzające miejsce siedziby dla celów podatkowych w Irlandii.**

Dyrektor KIS połączył więc skutki podatkowe wynikające z art. 7 ust. 1 polsko-irlandzkiej umowy o UPO ze skutkami wynikającymi z przepisów pierwszego rozporządzenia Ministra Finansów z 31.12.2018 r. zawieszającego zastosowanie art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p.¹¹⁸ Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 7 tego rozporządzenia „wyłącza się stosowanie art. 26 ust. 2e ustawy w przypadku wypłat należności z tytułu użytkowania lub prawa do użytkowania urządzenia przemysłowego, w tym także środka transportu, urządzenia handlowego lub naukowego”. O ile nie budzi wątpliwości powołanie się na art. 7 ust. 1 polsko-irlandzkiej umowy o UPO dla konkluzji braku prawa do poboru WHT przez Polskę od przedmiotowych płatności, o tyle oparcie się na ww. przepisach rozporządzenia dla stwierdzenia o wystarczalności posiadania certyfikatów rezydencji od irlandzkich leasingodawców jest kontrowersyjne.

Treść tego rozporządzenia wskazywała jedynie na wyłączenie zastosowania art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p. wobec płatności tego typu jak w przedmiotowym wniosku o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej. Potwierdza to również treść uzasadnienia do tego rozporządzenia:

Należy zauważyć, że **wydanie przedmiotowego rozporządzenia pozostaje zasadniczo bez wpływu na zakres zastosowania regulacji innych niż art. 26 ust. 2e ustawy.** Nie doznają więc ograniczenia podkreślone w przepisach ustawy z dniem 1.01.2019 roku m.in. obowiązek dochowania należytej staranności przy weryfikacji warunków zastosowania niższej stawki, zwolnienia lub warunków niepobrania podatku (dwa ostatnie zdania znowelizowanego art. 26 ust. 1 ustawy) czy też wprowadzone ustawą nowelizującą rozwiązania materialnoprawne (zmiana definicji rzeczywistego właściciela, zmiana treści klauzuli z art. 22c ustawy, dodatkowe zobowiązanie podatkowe czy zmiana zasad odpowiedzialności płatnika)¹¹⁹.

Podobnie wypowiedziało się Ministerstwo Finansów w projekcie objaśnień do WHT:

Rozporządzenia (zdefiniowane we wcześniejszej części niniejszego dokumentu) nie wyłączają, ani też nie ograniczają obowiązku dochowania należytej staranności. Przepisy Rozporządzeń wyłączają lub ograniczają wyłącznie stosowanie mechanizmu

¹¹⁸ Dz.U. poz. 2545 ze zm.

¹¹⁹ Zob. uzasadnienie do rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie wyłączenia lub ograniczenia stosowania art. 26 ust. 2e ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, s. 2, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12318956/katalog/12555420#12555420> lub [https://kidp.pl/files/aktyprawne/1067\(2\).pdf](https://kidp.pl/files/aktyprawne/1067(2).pdf).

obowiązkowego poboru podatku u źródła. Natomiast obowiązek dochowania należytej staranności – z uwzględnieniem powyższych wyjaśnień – obowiązuje w przypadku wszystkich płatników i bez względu na kwotę dokonywanych wypłat (tj. bez względu na to, czy kwota wypłat na rzecz jednego podatnika przekroczyła w roku podatkowym kwotę 2 mln zł)¹²⁰.

Zgodnie z obowiązkiem dochowania należytej staranności, którego nie wyłączało rozporządzenie, wnioskodawca nie mógł opierać się wyłącznie na certyfikatach rezydencji dla niepobrania WHT w Polsce od wypłat rat leasingowych do irlandzkich leasingodawców (abstrahując od niezgodności tych przepisów z ww. umową o UPO). Niezależnie więc od obowiązywania rozporządzenia, wnioskodawca zobowiązany był m.in. do weryfikacji statusu kontrahentów z Irlandii jako podatników, którzy uzyskują przychód z tytułu rat leasingowych oraz weryfikacji tego, czy mają status rzeczywistego beneficjenta, w tym poprzez pryzmat prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej przez te podmioty w Irlandii¹²¹.

Warto także zauważyć, że z opisu stanu faktycznego wynikało, iż chodzi o płatności powyżej 2 mln zł w ciągu roku wobec każdego z kilku leasingodawców. Były to więc kwoty znacząco przekraczające kilkaset tysięcy złotych, a więc istotne dla dochowania wyższego standardu należytej staranności według Ministerstwa Finansów. Ponadto wnioskodawca pytał o zastosowanie metody *relief at source* przez skorzystanie z art. 7 ust. 1 polsko-irlandzkiej umowy o UPO dla niepobrania WHT przy wypłacie rat leasingowych. W takich sytuacjach Ministerstwo Finansów również wskazało w projekcie objaśnień, że płatnik powinien przyjąć wyższy standard należytej staranności:

W ocenie Ministra Finansów dochowanie wyższego standardu należytej staranności przy wypłatach do podmiotów niepowiązanych może obejmować przykładowo **dokonywaną okresowo pogłębioną weryfikację danych o podatniku zawartych w pozyskanym certyfikacie rezydencji podatkowej poprzez ich porównanie z dokumentami posiadanymi przez płatnika, w tym umowami lub fakturami, a także z danymi powszechnie dostępnymi**. Działania te obejmować mogą w szczególności wykonanie telefonów do kontrahenta lub weryfikację charakteru adresu kontrahenta (tj. czy nie jest to adres w wirtualnym biurze) lub korzystanie z dedykowanych narzędzi eksperckich (np. aplikacji komputerowej lub kwestionariusza zawierającego liczne pytania dotyczące transakcji i informacji o podatniku). Za dochowanie należytej staranności w przypadku najistotniejszych wypłat, można uznać przykładowo uzyskanie opinii (raportu) niezależnego audytora lub doradcy podatkowego w zakresie działalności odbiorcy należności, sporządzonej na podstawie badania: a) dokumentów, b) faktycznej substancji biznesowej oraz c) przepływów finansowych tego podmiotu, jeżeli tego rodzaju opinia (raport) zostałaby płatnikowi udostępniona¹²².

¹²⁰ Zob. projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r., s. 32.

¹²¹ Zob. projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r., s. 27.

¹²² Zob. projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r., s. 32.

Ministerstwo Finansów w projekcie objaśnień wskazało także, że dochowanie należytej staranności wymaga weryfikacji rezydencji podatkowej odbiorcy należności. W kontekście tego wymogu, zdaniem Ministerstwa Finansów, szczególną uwagę należy zwrócić na ryzyko rejestracji spółki w jednym państwie i zarządzanie jej z terytorium innego państwa, co częściowo zostało przedstawione w ostrzeżeniu Ministerstwa Finansów przed optymalizacją podatkową z wykorzystaniem spółek zagranicznych z uwagi na przepisy dotyczące tzw. miejsca zarządu¹²³. Spółki inkorporowane w Irlandii często są zarządzane z terytorium innych państw, najczęściej ze Stanów Zjednoczonych¹²⁴. Co więcej, z cytowanego wcześniej raportu Polskiego Instytutu Ekonomicznego (PIE) wynika, że tylko w 2018 r. zagraniczne spółki z Irlandii wytransferowały z Polski zyski w wysokości 5 mld zł. Według szacunków PIE to właśnie transfer zysków z Polski do Irlandii przyczynia się najbardziej do zwiększania luki CIT w Polsce poprzez sztuczne transfery zysków ostatecznie wędrujące z Irlandii do państw trzecich¹²⁵. Ta kwestia została również całkowicie pominięta przez Dyrektora KIS. Ten organ podatkowy w omawianej interpretacji przyjął zupełnie odmienne podejście od tego wynikającego z zakresu delegacji ustawowej, treści rozporządzenia wraz uzasadnieniem oraz stanowiska Ministerstwa Finansów wyrażonego w projekcie objaśnień do WHT.

Dla porównania Dyrektor KIS stanął na zupełnie odmiennym stanowisku w indywidualnej interpretacji podatkowej z 21.06.2019 r., 0111-KDIB1-2.4010.172.2019.1.BG¹²⁶, która dotyczyła polskiej spółki świadczącej na rzecz klientów usługi z zakresu pozycjonowania stron internetowych w wyszukiwarkach internetowych oraz prowadzenia na rzecz klientów kampanii reklamowych z wykorzystaniem reklam. W celu świadczenia tych usług spółka nabywała internetowe usługi reklamowe od niepowiązanych spółek z Irlandii, wobec których posiadała stosowne certyfikaty rezydencji. Płatności na rzecz każdej ze spółek z Irlandii przekraczały 2 mln zł w ciągu roku podatkowego i miałyby dokonywane w okresie, w którym nie miało już mieć zastosowanie rozporządzenie zawieszające stosowanie art. 26 ust 2e u.p.d.o.p. Nie powinno to mieć jednak znaczenia

¹²³ Zob. projekt objaśnień WHT z 19.06.2019 r., s. 27. Zob. także *Ostrzeżenie MF przed optymalizacją podatkową z wykorzystaniem spółek zagranicznych z uwagi na przepisy dotyczące tzw. miejsca zarządu*, nr 003/17, 12.06.2017 r., https://mf-arch2.mf.gov.pl/web/bip/ministerstwo-finansow/wiadomosci/ostrezenia-i-wyjasnienia-podatkowe/-/asset_publisher/M1vU/content/ostrezenie-mf-przed-optymalizacja-podatkowa-z-wykorzystaniem-spolek-zagranicznych-z-uwagi-na-przepisy-dotyczace-tzw-miejsca-zarzadu?redirect=https%3A%2F%2Fmf-arch2.mf.gov.pl%2Fweb%2Fbip%2Fministerstwo-finansow%2Fwiadomosci%2Fostrezenia-i-wyjasnienia-podatkowe%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_M1vU%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1.

¹²⁴ „Ireland is the route for Japanese and American companies to Luxembourg (note that since the US is not considered a sink-OFC, companies with the structure EU country→IE→US (such as Apple) do not contribute to the conduit-OFC centrality of Ireland)” – zob. J. Garcia-Bernardo, J. Fichtner, F.W. Takes, E.M. Heemskerk, *Uncovering Offshore Financial Centers: Conduits and Sinks in the Global Corporate Ownership Network*, „Scientific Reports” 2017/7(6246), <https://www.nature.com/articles/s41598-017-06322-9>. Zob. w praktyce C. Fuest, C. Spengel, K. Finke, J. Heckemeyer, H. Nusser, *Profit Shifting and „Aggressive” Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform*, „World Tax Journal” 2013/10, s. 310–314.

¹²⁵ Zob. PIE, *Luka CIT...*, s. 17.

¹²⁶ LEX nr 501649.

dla rozpatrywanej sprawy w zakresie jej meritum, które dotyczyło tego, czy wnioskodawca będzie zobowiązany do dochowania należytej staranności w sposób inny niż posiadanie certyfikatu rezydencji spółek z Irlandii.

Dyrektor KIS zgodził się z wnioskodawcą, że płatności za nabywanie reklam od spółek z Irlandii należy zakwalifikować do zysków przedsiębiorstwa zgodnie z art. 7 ust. 1 polsko-irlandzkiej umowy o UPO, a więc podlegają opodatkowaniu tylko w Irlandii. Nie zgodził się jednak z wnioskodawcą w zakresie, w jakim wnioskodawca stanął na stanowisku, zgodnie z którym skoro polsko-irlandzka umowa o UPO wyklucza pobór WHT w Polsce od przedmiotowych płatności, to posiadanie certyfikatu rezydencji spółek z Irlandii jest wystarczające dla niepobrania WHT. Dyrektor KIS stwierdził przeciwnie, że:

W ramach należytej staranności nie można ograniczać się jedynie do weryfikacji warunków zastosowania niepobrania podatku na podstawie art. 7 ust. 1 umowy polsko-irlandzkiej. **Tym samym poza posiadaniem certyfikatu rezydencji podatnika konieczna jest weryfikacja okoliczności i warunków uzasadniających możliwość niepobrania podatku u źródła.** Płatnik wypłacający należności z tytułu usług reklamowych, **ma obowiązek sprawdzać, czy istnieją okoliczności uniemożliwiające spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 28b ust. 4 pkt 4–6 ustawy o CIT. Wyliczenie zawarte w art. 28b ust. 4 ustawy o CIT ma charakter katalogu otwartego.** Ustawodawca poprzez użycie sformułowania „w szczególności” przedstawił minimalny zakres objętej/potwierdzonej oświadczeniem weryfikacji. Niewykluczone jest, że dla dochowania należytej staranności w pewnych okolicznościach wymagane będzie także posiadanie dodatkowej dokumentacji potwierdzającej zasadność niepobrania podatku zgodnie z umową polsko-irlandzką. (...) Dokonując weryfikacji należytej staranności należy odnosić się do aspektów istotnych z punktu widzenia stosowania danej preferencji podatkowej. W szczególności dotyczy to: 1. weryfikacji statusu kontrahenta jako podatnika (rzeczywistego właściciela) w stosunku do otrzymanej należności, w tym poprzez pryzmat prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej przez ten podmiot; 2. weryfikacji rezydencji podatkowej odbiorcy należności; 3. weryfikacji otrzymanych dokumentów pod kątem ich zgodności ze stanem faktycznym (w tym na podstawie informacji dostępnych publicznie).

Innymi słowy, w tej interpretacji Dyrektor KIS zastosował się do stanowiska Ministerstwa Finansów wyrażonego w projekcie objaśnień do WHT.

Uderzające jest to, że Dyrektor KIS wydał dwie zupełnie rozbieżne indywidulane interpretacje podatkowe na gruncie nowych zasad poboru WHT, mimo że obydwa wnioski dotyczyły płatności powyżej 2 mln zł między niepowiązаныmi podmiotami z Polski i Irlandii, których kwalifikacja prawna na gruncie identycznej umowy o UPO była jednakowa i wykluczała prawo do poboru WHT w Polsce. W obydwu wnioskach rozporządzenie nie miało znaczenia do stosowania przepisów o należytej staranności, w tym weryfikacji statusu rzeczywistego beneficjenta, a stosowny przepis polsko-irlandzkiej umowy o UPO nie zawierał wymogu badania statusu rzeczywistego beneficjenta dla

braku poboru WHT od przedmiotowych płatności. To ukazuje, że nowe zasady poboru WHT doprowadziły do ich wykładni przez organy podatkowe w skrajnie selektywny sposób. Przepisy te prowadzą również do nieakceptowalnych i rozbieżnych rezultatów na gruncie wykładni prawa na poziomie niektórych sądów administracyjnych, w tym ze względu na stosowanie wymogu rzeczywistego beneficjenta polskiej wersji definicyjnej o charakterze antyabuzyjnym wobec wypłat dywidend, mimo że takiego wymogu nie zawierają materialnoprawne przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych implementujące dyrektywę PS, gdyż nie zawiera ich sama dyrektywa¹²⁷.

2.3.5. Przeniesie ciężaru weryfikacji rozliczeń w WHT z organów podatkowych na płatnika

Co do zasady, ciężar weryfikacji rozliczeń podatkowych, zwany również ciężarem dowodzenia, do wejścia w życie zmian w systemie WHT był rozłożony równomiernie między płatnika a organ podatkowy¹²⁸. Nowe zasady poboru WHT w sposób rażąco nierównomierny przerzucają ten ciężar na płatnika, co przejawia się w kilku płaszczyznach. Przy wniosku o zwrot WHT płatnik jest zobligowany do złożenia wielu oświadczeń, w których m.in. poświadcza zgodność z prawdą faktów przedstawionych we wniosku o zwrot WHT oraz zgodność z oryginałem dokumentacji załączonej do wniosku¹²⁹. Oświadczenia dotyczą m.in. statusu zagranicznego podatnika jako rzeczywistego beneficjenta uzyskiwanych płatności oraz prowadzenia przez niego rzeczywistej działalności gospodarczej¹³⁰, mimo że jedna i druga koncepcja są mocno

¹²⁷ Zob. wyrok WSA w Gliwicach z 8.01.2020 r., I SA/Gl 1083/19, LEX nr 2770605, w którym sąd stwierdził, że płatnik, oprócz spełnienia warunków zwolnienia podatkowego z art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p., dla zastosowania zwolnienia w odniesieniu do wypłat dywidend zobligowany jest również do weryfikacji oświadczeń podatnika, o których mowa w art. 28b ust. 4 pkt 5–6 u.p.d.o.p., czyli statusu spółki otrzymującej dywidendy jako rzeczywistego beneficjenta, w tym prowadzenia przez nią rzeczywistej działalności gospodarczej w państwie swojej rezydencji podatkowej. Por. wyrok WSA we Wrocławiu z 11.03.2020 r., I SA/Wr 977/19, LEX nr 2973594, w którym sąd wskazał, że „[o]koliczności z art. 28b ust. 4 pkt 5–6 ustawy o CIT nie warunkują prawa do zwolnienia podatkowego. Wpływają natomiast na możliwość bezpośredniego zastosowania przez płatnika wspomnianego zwolnienia podatkowego, w przypadku, gdy płatnik posiada wiedzę o niemożności spełnienia przez podatnika warunków z art. 28b ust. 4 pkt 4–6, czyli o m.in. o niemożności złożenia wymaganych oświadczeń”. Natomiast w wyroku z 9.07.2021 r., I SA/Po 230/21, LEX nr 3205378, WSA w Poznaniu „wpisał” badanie statusu rzeczywistego beneficjenta w dokonanie całościowej oceny, czy struktura prowadząca do wypłaty dywidendy nie jest strukturą sztuczną, co wyklucza możliwość zastosowania zwolnienia podatkowego. Kilka miesięcy wcześniej w wyroku z 27.04.2021 r., II FSK 240/21, LEX nr 3209195, NSA uznał natomiast, że dla skorzystania z prawa do zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych w odniesieniu do dywidend nie jest wymagane, by odbiorca dywidendy był jej rzeczywistym beneficjentem. Wyrok ten jednak nie był opublikowany dostatecznie szybko, by WSA w Poznaniu mógł uwzględnić jego uzasadnienie w swoim wyroku.

¹²⁸ Por. S. Presnarowicz [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, red. L. Etel, LEX 2020, art. 122.

¹²⁹ Art. 28b ust. 3 u.p.d.o.p.

¹³⁰ Art. 28b ust. 4 pkt 5 i 6 u.p.d.o.p. Przy czym nie wiadomo, o jaką definicję rzeczywistego beneficjenta chodzi, tj. o krajową z art. 4a pkt 29 u.p.d.o.p., czy też o jakąś inną, bo jeśli o krajową, to ona

niedookreślone i podatne na rozbieżne interpretacje¹³¹. Organ podatkowy zwraca WHT niezwłocznie, jeżeli wniosek o zwrot nie budzi wątpliwości, co podlega dyskrecyjnej ocenie organu podatkowego, w tym w zakresie oceny statusu rzeczywistego beneficjenta, w który – w definicji krajowej – wpisana jest przesłanka prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej¹³².

Potwierdzeniem skrajnej wręcz dyskrecjonalności organu podatkowego w zakresie oceny spełnienia przesłanek zwrotu pobranego WHT w ramach mechanizmu *WHT pay & refund*, zahaczającej o arbitralność, są omówione w pkt 2.3.4 powyżej dwie rozbieżne interpretacje podatkowe Dyrektora KIS. Kluczowym dla rozbieżności w podejściu Dyrektora KIS do oceny stanu prawnego i faktycznego mogło być to, że interpretacja pozytywna dla wnioskodawcy najprawdopodobniej dotyczyła spółki Skarbu Państwa Polskich Linii Lotniczych (PLL) LOT S.A.¹³³, natomiast interpretacja negatywna dotyczyła spółki, w której Skarb Państwa nie posiadał żadnego udziału/akcji. Takie przypuszczenie wynika z opisu stanu faktycznego – spółka akcyjna świadcząca usługi w zakresie przewozów lotniczych, krajowych i zagranicznych (być może PLL LOT) oraz spółka z o.o. sp. kom. świadcząca usługi z zakresu pozycjonowania stron internetowych i kampanii reklamowych z wykorzystaniem wyszukiwarek internetowych (zapewne spółka poza zakresem posiadania Skarbu Państwa, np. Google Poland sp. z o.o.), oraz z tego, że PLL LOT użytkuje, w ramach umów leasingu, samoloty pasażerskie od międzynarodowej amerykańskiej korporacji Boeing¹³⁴, która udziela leasingu na samoloty pasażerskie dla swoich kontrahentów z UE właśnie za pośrednictwem spółki z Irlandii (Boeing Ireland Limited)¹³⁵. Jeśli do tych faktów dodamy pojawiające się w mediach informacje o tym, że mechanizm *WHT pay & refund* mógł pogrążyć PLL LOT¹³⁶, ww. przypuszczenie nie wydaje się niewiarygodne.

już w lit. c cytowanego przepisu prawnego zawiera wymóg prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej.

¹³¹ Zob. więcej *infra* rozdziały 3, 5 i 6.

¹³² Art. 4a pkt 29 lit. c u.p.d.o.p.

¹³³ Akcjonariusze PLL LOT S.A.: Skarb Państwa – 69,30% i Polska Grupa Lotnicza (PGL) S.A. – 30,7%, <https://corporate.lot.com/pl/pl/struktura-wlasnosciowa-i-podstawowe-dane-przewozowe>. Przy czym PGL jest spółką w 100% w posiadaniu Skarbu Państwa, <https://rejestr.io/krs/717327/polska-grupa-lotnicza>, co oznacza, że PLL LOT jest w 100% posiadany przez Skarb Państwa, tj. w 69,30% bezpośrednio i w pozostałym zakresie pośrednio przez PGL.

¹³⁴ PLL LOT zamówiły w leasingu 10 Boeingów 737, w tym sześć 737 MAX 8, 13.10.2016 r., <https://www.bankier.pl/wiadomosc/PLL-LOT-zamowily-w-leasingu-10-Boeingow-737-w-tym-szesc-737-MAX-8-7480905.html> oraz P. Czarnyszewicz, *Kłótnia z Boeingiem o odszkodowania. LOT przesiądzie się do airbusów?*, „Polityka” 7.09.2021 r., <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/rynek/2133488,1,klotnia-z-boeingiem-o-odszkodowania-lot-przesiadzie-sie-do-airbusow.read>.

¹³⁵ https://www.dnb.com/business-directory/company-profiles.boeing_ireland_limited.aa4803eb7c85a0cc7eb8cf4f9a67dc.html oraz <https://services.boeing.com/leasing/transition-services/continuing-airworthiness-management-organization-camo>.

¹³⁶ *Ministerstwo Finansówomal nie uziemiło LOT-u...*; E. Twaróg, *Lot wylądował w pułapce...*; E. Twaróg, *Podatkowa interwencja premiera...*

Podobnie, w odniesieniu do wniosku o wydanie opinii o zwolnieniu, organ podatkowy odmawia wydania takiej opinii, nawet gdy płatnik wykaże spełnienie materialnoprawnych przesłanek zastosowania zwolnień z WHT, m.in. gdy istnieje uzasadnione przypuszczenie, że podatnik nie prowadzi rzeczywistej działalności gospodarczej w państwie swojej rezydencji podatkowej¹³⁷. Płatnik musi więc udowadniać określone fakty i okoliczności dla zastosowania zwolnień i obniżonych stawek WHT, natomiast organ podatkowy może odmówić mu bezpośredniego skorzystania z tych praw, gdy ma uzasadnione przypuszczenia co do braku spełnienia jednej z okoliczności występującej na gruncie przepisów instrumentalnych.

Ponadto płatnik, składając oświadczenie niezbędne do niepobrania WHT lub pobrania go w mniejszej wysokości, musi m.in. złożyć oświadczenie, zgodnie z którym „nie posiada wiedzy uzasadniającej przypuszczenie, że istnieją okoliczności wykluczające możliwość zastosowania stawki podatku albo zwolnienia lub niepobrania podatku, wynikających z przepisów szczególnych lub umów o unikaniu podwójnego opodatkowania”¹³⁸. Takie oświadczenie można uznać za nieweryfikowalne, gdyż wymaga od płatnika przedstawienia subiektywnego stosunku do faktów podlegających ocenie obiektywnej¹³⁹. Taki wymóg wydaje się być swoistego rodzaju proceduralną pułapką o silnie odstrasającym ładunku psychologicznym. Biorąc pod uwagę, że złożenie błędnego oświadczenia podlega bardzo surowej karze, sięgającej ponad 25 mln zł albo karze pozbawienia wolności, albo obu tym karom łącznie¹⁴⁰, można zakładać, że rzeczywistym celem ww. wymogu niepobrania lub pobrania w niższej wysokości WHT przez płatnika było całkowite zniechęcenia go do dokonania tej czynności¹⁴¹.

2.3.6. Jawnie dyskryminujące zmiany od 1.01.2022 r. jako przejaw narodowego protekcyjnizmu

Zmiana zasad poboru WHT wprowadzona 1.01.2019 r. okazała się tak daleko idąca i restrykcyjna, że jej zawieszenie, poza przepisami o dochowaniu należytej staranności, zostało niejako wymuszone na Ministrze Finansów w formie dziewięciu rozporządzeń. Można domniemywać, że owo wymuszenie wynikało z konieczności ochrony interesów podmiotów publicznoprawnych, w szczególności Skarbu Państwa oraz spółek Skarbu Państwa. Domniemanie to wynika z informacji przedstawionych w pkt 2.3.4–2.3.5 powyżej w kontekście PLL LOT, a także z zakresu podmiotowo-przedmiotowego zawieszenia stosowania mechanizmu *WHT pay & refund*, który

¹³⁷ Zob. art. 26 ust. 7a pkt 2 u.p.d.o.p.

¹³⁸ Zob. art. 26 ust. 7a pkt 2 u.p.d.o.p.

¹³⁹ Zob. K. Knawa, M. Wilk, *Nowy system poboru...*, s. 28.

¹⁴⁰ Zob. art. 56d § 1 k.k.s.

¹⁴¹ Abstrahując od słusznie podnoszonych w doktrynie wątpliwości, „czy jest możliwe ukaranie osoby fizycznej za stosunek psychiczny do określonych faktów manifestujący się w ich błędnej ocenie”. Zob. K. Knawa, M. Wilk, *Nowy system poboru...*, s. 28.

albo wprost dotyczył płatności dokonywanych na rzecz Skarbu Państwa lub Banku Gospodarstwa Krajowego¹⁴², albo pośrednio przez odniesienie do płatności typowych dla sektorów, w których funkcjonują spółki Skarbu Państwa, np. transportu lotniczego (PLL LOT) i morskiego (Polska Żegluga Morska, PŻM¹⁴³)¹⁴⁴. Poza ww. rozporządzeniami, o eliminację negatywnego wpływu mechanizmu *WHT pay & refund* na Skarb Państwa i spółki z jego udziałem w latach 2019–2021 można było zadbać także dzięki daleko idącej uznaniowości, graniczącej z arbitralnością, w zakresie wykładni niejasnych i skomplikowanych przepisów, czego dowodem są interpretacje Dyrektora KIS wskazane w pkt 2.3.4 powyżej.

Od 1.10.2022 r. Polska już na poziomie ustaw postanowiła usankcjonować szereg zmian, które pozwalałyby zachować *status quo* w postaci braku lub minimalnej szkody mechanizmu *WHT pay & refund* na: (i) Skarb Państwa (ii), spółki z jego udziałem oraz (iii) płatności czysto krajowe. Za najważniejsze z tych zmian można uznać te dotyczące ograniczenia stosowania mechanizmu *WHT pay & refund* tylko do płatności dokonywanych na rzecz podmiotów powiązanych w rozumieniu przepisów o cenach transferowych, tj. art. 11a ust. 1 pkt 4 u.p.d.o.p., oraz nierezydentów¹⁴⁵. To oznacza, że od początku 2022 r. wszelkie płatności dywidend, odsetek i należności licencyjnych do polskich podmiotów powiązanych będą wyłączone z mechanizmu *WHT pay & refund*, podczas gdy wszelkie wyżej wymienione płatności do zagranicznych podmiotów powiązanych będą nim objęte. W efekcie krajowi rezydenci zachowają znacząco większą płynność finansową (o 19% lub 20%) w porównaniu do podmiotów zagranicznych. Nie będą bowiem musieli pobierać WHT, już w momencie wypłaty należności, a następnie czekać na zwrot daniny przez kilka miesięcy, a w niektórych przypadkach nawet dłużej.

Należy przy tym zauważyć, że dyskryminacja jest wyraźniejsza wobec płatności dywidend niż odsetek i należności licencyjnych, ponieważ tylko art. 22 ust. 1 u.p.d.o.p. wskazuje, że WHT w Polsce podlegają wypłaty dywidend zarówno wobec rezydentów, jak i nierezydentów, podczas gdy art. 21 ust. 1 pkt 1 u.p.d.o.p. reguluje takie opodatkowanie tylko wobec wypłat odsetek czy należności licencyjnych na rzecz nierezydentów. Niemniej jednak nie można zapomnieć o art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p., który nakazuje pobrać WHT według 20% stawki krajowej, jeśli suma rocznych płatności dywidend, odsetek czy należności licencyjnych na rzecz tego samego podmiotu powiązanego przekroczy 2 mln zł w tym samym roku podatkowym. Przepis ten może zostać uznany za *lex specialis* wobec art. 26 ust. 1 u.p.d.o.p. jako wprowadzający nową kategorię płatnika nie tylko wobec dywidend, ale również odsetek i należności licencyjnych. Mogłoby to zaś oznaczać, że nawet krajowe płatności odsetek i należności licencyjnych

¹⁴² Zob. np. § 2 ust. 1 pkt 1–1a rozporządzenia z 31.12.2018 r.

¹⁴³ Jedynym udziałowcem tej spółki akcyjnej jest Skarb Państwa: https://pl.wikipedia.org/wiki/Polska_%C5%BBegluga_Morska; <http://myship.com/pzm/ships>.

¹⁴⁴ Zob. np. § 2 ust. 1 pkt 7–9 rozporządzenia z 31.12.2018 r.

¹⁴⁵ Zob. art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p.

podlegają pod mechanizm *WHT pay & refund*. Z tego powodu też od 1.01.2022 r. wprowadzony w życie został art. 26 ust. 2eb u.p.d.o.p., który wyklucza z mechanizmu *WHT pay & refund* nie tylko krajowe płatności dywidend, lecz także odsetek i należności licencyjnych, tj. wyklucza zastosowanie całego art. 26 ust. 2e u.p.d.o.p., a nie tylko jego zastosowanie wobec art. 22 u.p.d.o.p. Gdyby mechanizm *WHT pay & refund* miał zastosowanie tylko do płatności transgranicznych odsetek i należności licencyjnych, to art. 26 ust. 2eb u.p.d.o.p. nie powinien wykluczać zastosowania tego mechanizmu wobec płatności krajowych, gdyż byłoby to nieracjonalne (zbędne). Dlatego też nie sposób wykluczyć ryzyka dyskryminacji nawet w odniesieniu do odsetek czy należności licencyjnych przy obecnej treści przepisów.

Rozwiązania te jawnie dyskryminują zagraniczne podmioty powiązane (podatnicy WHT) z podmiotami krajowymi (płatnicy WHT) i ich transgraniczne transakcje z podmiotami krajowymi w porównaniu do wszystkich podmiotów krajowych w zakresie ich transakcji czysto krajowych. W odniesieniu do transgranicznych transakcji z podmiotami niepowiązanymi wykluczenie zastosowania mechanizmu *WHT pay & refund* dotyczy np. płatności spółek Skarbu Państwa na rzecz zagranicznych podatników, z którymi spółki te nie mają powiązań, np. płatności PLL LOT na rzecz Boeinga. Stosowanie mechanizmu *WHT pay & refund* jest także wykluczone wobec płatności odsetek lub dyskonta dokonywanych przez Skarb Państwa na rzecz nabywców obligacji lub listów zastawnych wyemitowanych przez Skarb Państwa bez dochowania należytej staranności w poinformowaniu podmiotów z nim powiązanych o warunkach zwolnienia z art. 17 ust. 1 pkt 50c w stosunku do tych podmiotów powiązanych¹⁴⁶. Zatem Skarb Państwa, np. wypłacając odsetki od obligacji nabytych przez spółki z jego udziałem, nie będzie musiał pobierać WHT. Dotyczy to oczywiście także innych nabywców obligacji Skarbu Państwa, w tym nierezydentów, którzy mogą spełnić definicję podmiotów powiązanych względem Skarbu Państwa z przepisów o cenach transferowych, w tym mogą to być podmioty z rajów podatkowych. Przykładowo PŻM jest 100-procentowym udziałowcem spółek z rajów podatkowych¹⁴⁷ – Bahamów, Liberii, Panamy, Vanuatu czy też Wysp Marshalla¹⁴⁸ – i Skarb Państwa posiada 100% udziałów w PŻM, a zatem pośrednio 100% udziałów w spółkach z ww. rajów podatkowych. Mimo że spółki te pochodzą z rajów podatkowych i są podmiotami powiązanymi w rozumieniu przepisów o cenach transferowych ze Skarbem Państwa, to nadal mechanizm *WHT pay & refund* nie ma zastosowania do płatności odsetek na ich rzecz dokonywanych przez Skarb Państwa bez dochowania należytej staranności przez niego. Dla porównania, jeśli odsetki wypłacane są przez polską spółkę akcyjną, w której Skarb Państwa nie ma udziałów, od wyemitowanych przez nią obligacji na rzecz powiązanej z nią spółki z UE,

¹⁴⁶ Zob. art. 26 ust. 1ab u.p.d.o.p.

¹⁴⁷ Zob. rozporządzenie Ministra Finansów z 28.03.2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych (Dz.U. poz. 600).

¹⁴⁸ https://pl.wikipedia.org/wiki/Polska_%C5%BBegluga_Morska#Schemat_organizacyjny_P%C5%BBM_w_1990[9]

to taka spółka może nie pobrać WHT od tych odsetek, tylko gdy złoży oświadczenie ww. spółce powiązanej o dochowaniu należytej staranności o warunkach zwolnienia z art. 17 ust. 1 pkt 50c u.p.d.o.p.

Summa summarum, zmiany w przepisach o WHT od 1.01.2022 r. umożliwiają Skarbowi Państwa i w wielu przypadkach spółkom z jego bezpośrednim lub pośrednim, całkowitym lub częściowym udziałem, automatycznie znaleźć się poza zakresem zastosowania mechanizmu *WHT pay & refund*. Poza zakresem tego mechanizmu znajdują się też automatycznie płatności między pozostałymi podmiotami mającymi rezydencję podatkową w Polsce, nawet jeśli są dokonywane między podmiotami powiązanymi. W efekcie ww. podmioty zachowują znacząco większą płynność finansową (o 19% lub 20%) w porównaniu do podmiotów powiązanych w zakresie płatności transgranicznych, tj. nie muszą pobierać 19% lub 20% WHT od kwoty wypłacanych należności objętych mechanizmem *WHT pay & refund* i następnie czekać na (często niepewny ze względu na znaczącą dyskrecjonalność organów podatkowych w tym obszarze) zwrot WHT kilka miesięcy (6 lub dłużej). Zmiany te wpisują się w trend reformy podatkowej w ramach „Polskiego Ładu”, która nakierowana jest m.in. na rozwiązanie prawne dyskryminujące transakcje transgraniczne względem krajowych oraz sektor państwowy względem sektora prywatnego, co można uznać za przejaw narodowego protekcyjnizmu. Poza zmianami w przepisach o WHT, w ten trend wpisują się przepisy art. 24ca ust. 14 u.p.d.o.p., które wyłączają z tzw. podatku minimalnego m.in. sektory finansowy, energetyczny i wydobywania kopalin oraz transportu drogą morską i lotniczą, w których największymi podmiotami są kluczowe spółki Skarbu Państwa¹⁴⁹, takie jak: Jastrzębska Spółka Węglowa, Tauron Polska Energia, Grupa Lotos, Polska Grupa Energetyczna, Bank Polska Kasa Opieki, Polski Koncern Naftowy Orlen, Powszechny Zakład Ubezpieczeń, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski, KGHM Polska Miedź, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo, PZM i PLL LOT¹⁵⁰.

2.3.7. *Bonum ex malo non fit*

Powyższa analiza udowadnia, że zasady poboru WHT od 1.01.2019 r. stanowią element najprawdopodobniej najgorszej jakościowo i najbardziej restrykcyjnej legislacji podatkowej w historii systemu prawa podatkowego w Polsce. Oznacza to w teorii i praktyce stworzenie narzędzia, które umożliwia organom podatkowym niemalże arbitralne przyznawanie korzyści w WHT wynikających z unijnych dyrektyw i umów o UPO, a zagranicznym podatnikom uniemożliwia przewidzenie podatkowych rezultatów

¹⁴⁹ Ł. Zalewski, *Podatek minimalny ominię niektóre spółki Skarbu Państwa*, „Gazeta Prawna”, 16.09.2021 r., <https://podatki.gazetaprawna.pl/cit/artykuly/8246909,polski-lad-odatek-minimalny-od-korporacji-spolki-skarbu-panstwa.html>.

¹⁵⁰ J. Bandura, *Największe spółki Skarbu Państwa*, „Portfel Polaka”, 7.04.2021 r., <https://portfelpolaka.pl/najwieksze-spolki-skarbu-panstwa/>; Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, *Spółki z udziałem Skarbu Państwa*, 30.06.2020 r., <https://www.gov.pl/web/premier/wykaz-spolek>.

ich działalności inwestycyjnej i biznesowej w Polsce. Norma prawna składająca się na nowe zasady poboru WHT od 1.01.2019 r., analogicznie do przepisów o MDR i GAAR, należy do legislacji, której nie sposób przypisać waloru racjonalności¹⁵¹. Do zagranicznych inwestorów reforma WHT wysłała jasny sygnał: nie ufamy wam! Za ten brak zaufania, w świetle reformy, koszty ponoszą głównie polscy przedsiębiorcy. *Bonum ex malo non fit*¹⁵² – parafrazując te słowa Seneki, można skonkludować, że ze złych przepisów prawa podatkowego nie mogą narodzić się dobre konsekwencje dla państwa i jego obywateli¹⁵³. Co więcej, zmiany w zakresie przepisów o WHT obowiązujące od 1.01.2022 r., mimo że w pewnym stopniu złagodziły ich restrykcyjność i inwazyjność, nie omieszczały doprowadzić do dyskryminujących skutków dla nierezydentów, przejawiając narodowy protekcjonizm w zakresie opodatkowania. Celem tej publikacji nie jest ocena zgodności tych przepisów z Konstytucją RP, prawem UE i prawem międzynarodowym (umowy o UPO), ale *prima facie* przepisy wydają się być sprzeczne z ww. aktami prawa wyższego rzędu, w szczególności ze względu na naruszenie zasad zakazu dyskryminacji oraz proporcjonalności.

Można domniemywać, że powyższa rzeczywistość normatywna w zakresie WHT w Polsce, poza ww. protekcjonizmem narodowym, wynika w istotnym stopniu z braku odpowiednio zbalansowanego rozumienia kluczowych pojęć i zjawisk towarzyszących płatnościom podlegającym pod WHT w Polsce. Chodzi zarazem o zjawiska i pojęcia, które mają duże znaczenie dla ustalenia dominującej roli koncepcji *beneficial ownership*, a kojarzone są często z nadużywaniem przez podatnika prawa do minimalizacji WHT: SPE, podmioty *conduit* oraz *treaty shopping* i *directive shopping*. Ze względu na ich wagę dla dalszej analizy zdefiniuję je w kolejnym punkcie.

¹⁵¹ Wobec MDR zob. A. Ladziński, D. Wasiluk, *O nieprawidłowej implementacji dyrektywy 2018/822 (MDR) i jej konsekwencjach*, PP 2019/5, s. 9–15; KIDP, *KIDP składa wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie przepisów Ordynacji podatkowej*, <https://kidp.pl/aktualnosciami.php/10/6259>. Wobec GAAR zob. M. Kondej, *Zmiany w przepisach klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania wchodzące w życie w 2019 r.*, „Praktyka Podatkowa” 2018/1, s. 18, n., https://www.researchgate.net/publication/330358821_Zmiany_w_przepisach_klauzuli_ogolnej_przeciwko_unikaniu_opodatkowania_wchodzace_w_zycie_w_2019_r_; A. Gomułowicz, *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania, czyli – Ave Caesar morituri te salutant*, PP 2019/10, s. 18 i n.; B. Kuźniacki, *Dekodowanie hipotezy GAAR: przesłanki intencji i sprzeczności oraz relacje między nimi (1)*, PP 2020/6, s. 19 i n.; B. Kuźniacki, *Dekodowanie hipotezy GAAR: przesłanka sztuczności i jej istotny wpływ na przesłankę sprzeczności (2)*, PP 2020/7, s. 27 i n.

¹⁵² Seneka: „dobro nie rodzi się ze zła”, https://pl.wiktionary.org/wiki/bonum_ex_malo_non_fit.

¹⁵³ Por. M. Wilk, *Wybrane aspekty polskiej reformy podatku u źródła (WHT) na przykładzie mechanizmu zwrotowego (WHT refund) oraz definicji rzeczywistego właściciela*, podczas webinarium IFA Polska z 10.11.2020 r., <https://www.youtube.com/watch?v=aHoNdbPmRjM>.

3. Wybrana terminologia

3.1. *Special Purpose Entities* (SPE)

Punktem odniesienia dla ustalenia wypłat zysków z Polski, które mogą budzić wątpliwości w kontekście poboru WHT, mogą być statystyki NBP z pkt 2.1 powyżej. Według NBP największymi beneficjentami wypłat dywidend i odsetek w rezultacie BIZ w Polsce są SPE z Holandii i Luksemburga (poza Niemcami).

Zgodnie z nomenklaturą OECD za SPE¹⁵⁴ można uznać podmiot (przedsiębiorstwo), który spełnia następujące pięć kryteriów:

- (i) jest osobą prawną zarejestrowaną we właściwym krajowym rejestrze danego państwa i podlega tam opodatkowaniu na zasadzie rezydencji;
- (ii) jest, bezpośrednio lub pośrednio, ostatecznie kontrolowany przez jednostkę dominującą będącą rezydentem innego państwa;
- (iii) nie ma pracowników lub ma ich niewielu, niewielka jest również produkcja oraz brak lub niewielka obecność fizyczna w państwie rezydencji;
- (iv) prawie wszystkie aktywa i pasywa tego podmiotu stanowią inwestycje w innych państwach lub z innych państw;
- (v) jego podstawową działalnością jest zajmowanie się finansowaniem w grupie podmiotów lub działalność holdingowa, która sprowadza się do przekierowywania środków finansowych od jednego do innego nierezydenta – przy czym do tej działalności, w ujęciu dziennym, zarządzanie i kierowanie lokalnymi sprawami odgrywa drobną rolę¹⁵⁵.

W nomenklaturze OECD SPE można zatem utożsamiać z podmiotem (spółką) pośredniczącym, który najczęściej służy *treaty* lub *directive shopping*¹⁵⁶. Nim przejdę do bliższego omówienia tych pojęć, chciałbym zwrócić uwagę na to, że OECD bezsprzecznie przedstawia SPE w sposób pejoratywny. Dla OECD są to podmioty, których wykorzystanie, co do zasady, nie jest zgodne z polityką inwestycyjną państw członkowskich OECD. *Special purpose entities* służą bowiem do transferowania funduszy spoza jurysdykcji, w których mają rezydencję do jeszcze innej jurysdykcji, a ich działalność nie odzwierciedla rzeczywistych inwestycji. Dlatego też, zdaniem OECD, warto rozważyć geograficzne wykluczenie alokacji FDI do SPE oraz traktowanie przepływów FDI za pośrednictwem SPE, jako oddzielną kategorię FDI¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Zwany również SPV od *special purpose vehicle*.

¹⁵⁵ Zob. OECD, *Benchmark Definition...*, § 558, s. 188.

¹⁵⁶ Dla obszernego wyjaśnienia tych pojęć wraz z przykładami zob. L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, IBFD 2008/14, s. 5–40.

¹⁵⁷ OECD, *Benchmark Definition...*, § 316, 346, 393 i 552, s. 102, 110, 126 i 186.

Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju zalicza do kategorii SPE: *financing subsidiaries, conduits, holding companies, shell companies, shelf companies and brassplate companies*¹⁵⁸. Mimo że żaden z tego typu podmiotów nie został określony jako *artificial* lub *sham*, czyli sztuczny/symulowany/pozorowany, w dorozumieniu służący działaniom abuzywnym, to często podmioty, które nazywa się mianem *conduits*, czy też *shell companies* lub *brassplate companies* kojarzone są z abuzywnym unikaniem opodatkowania¹⁵⁹. Na potrzeby analizy w celu dokonania demarkacji między właściwym (nieabuzywnym) i niewłaściwym (abuzywnym) korzystaniem z możliwości redukcji WHT w Polsce, należy bliżej przyjrzeć się przede wszystkim podmiotom *conduit*. Mają one również kluczowe znaczenie dla zrozumienia pojęć *treaty* i *directive shopping* i ustalenia dominującej roli koncepcji *beneficial ownership*.

3.2. Podmioty *conduit*

Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju przedstawia w sposób pejoratywny również jedną z kategorii SPE, czyli podmioty *conduit*. W kontekście potencjalnych nadużyć w podatku u źródła istotny jest Raport o Spółkach Conduit z 1986 r. OECD w tym dokumencie wskazuje, że *conduits* służą najważniejszej formie niewłaściwego użycia umów o UPO (ang. *improper use of tax conventions*)¹⁶⁰. Dotyczy to wykorzystywania przez nierezydentów danego państwa osób prawnych założonych w tym państwie głównie lub wyłącznie w celu uzyskania korzyści z umów o UPO, które nie są bezpośrednio dostępne przez nierezydentów. Osoby prawne działają w takich sytuacjach jako przekazniki (*conduits*) dochodu z państwa jego źródła do nierezydentów, którzy dzięki takim transakcjom przekaznikowym „niewłaściwie” korzystają z preferencji z umowy o UPO zawartej między państwem rezydencji osoby prawnej a państwem źródła dochodu. Takie sytuacje są, zdaniem OECD, często określane jako *treaty shopping*, który jest zjawiskiem niekorzystnym dla państwa źródła. Prowadzi bowiem do braku poboru WHT lub niższego poboru WHT w tym państwie. Organizacja

¹⁵⁸ OECD, *Benchmark Definition...*, § 313–314, s. 100–101. Wymienionych wyżej nazw nie sposób przetłumaczyć na język polski we właściwy i prosty sposób, który odzwierciedlałby ich znaczenie, z wyjątkiem *financing subsidiaries* i *holding companies* (pol. finansowe spółki subsydiarne i spółki holdingowe).

¹⁵⁹ Zob. W. Fitzgibbon, B. Hallman, *What is a tax haven? Offshore finance, explained*, 6.04.2020 r., <https://www.icij.org/investigations/panama-papers/what-is-a-tax-haven-offshore-finance-explained/>; W. Kenton, M. James, *Shell Corporation*, Investopedia, 24.10.2020 r., <https://www.investopedia.com/terms/s/shellcorporation.asp>; S. Picciotto, *International Business Taxation. A Study in the Internationalization of Business Regulation*, „Cambridge University Press” 1992/3(51), s. 126 i 135.

¹⁶⁰ Mimo że OECD nie wyraziła tego wprost, to w świetle kontekstu i celu Raportu o Spółkach Conduit z 1986 r. wydaje się jasne, że wyrażenie „niewłaściwe użycie umów o UPO” jest identyfikowane z nadużyciem umów o UPO. Por. OECD, *Improper use of the Convention [w:] Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed Version 21 November 2017*, Paris 2017; S. van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States*, London 1998, s. 120–124; P. Baker, *Improper use of tax treaties, tax avoidance and tax evasion [w:] United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries*, ONZ 2013, s. 383–401, <https://doi.org/10.18356/fd355079-en>.

Współpracy Gospodarczej i Rozwoju wskazuje również, że podmioty *conduit* to najczęściej spółki mające osobowość prawną, ale mogą nimi być również spółki osobowe, *trusty* lub inne podmioty¹⁶¹. Istotna jest nie tyle forma prawna *conduit*, ile posiadanie przez ten podmiot statusu rezydenta podatkowego na potrzeby stosowania umowy o UPO z państwem źródła. Inaczej podmioty *conduit* nie byłyby uprawnione do korzyści z tej umowy o UPO¹⁶².

W słowniku Międzynarodowego Biura Dokumentacji Fiskalnej (The International Bureau of Fiscal Documentation, IBFD) można znaleźć wyjaśnienie, zgodnie z którym przepływy płatności z wykorzystaniem spółek *conduit* zazwyczaj są realizowane poprzez: (i) pożyczki za pośrednictwem spółek *conduit* spółkom z państwa źródła (państwo goszczące inwestycje, np. Polska), (ii) dystrybucję zysków zagranicę w formie zwolnionej z podatku dywidendy dla ich finalnej re-inwestycji¹⁶³. Typowym przykładem wykorzystania spółek *conduit* według słownika IBFD są pożyczki typu *back-to-back*, czyli tzw. łańcuch pożyczek o tym samym terminie zapadalności, które zawierane są między dwiema lub więcej spółkami z grupy zlokalizowanymi w różnych państwach. Kwoty pożyczek wzajemnie się kompensują w całości lub prawie w całości¹⁶⁴. Ogólnie rzecz biorąc, spółki *conduit* zgodnie ze słownikiem IBFD często podlegają również zerowemu lub minimalnemu efektywnemu opodatkowaniu ze względu na to, że spółki te wypłacają uzyskany z państwa źródła (np. Polski) dochód w formie podlegającej odliczeniu od podatku, takiej jak odsetki lub należności licencyjne. W efekcie zwykle pozostawiają sobie jedynie niewielką ilość dochodu (tzw. *spread*) podlegającą efektywnemu opodatkowaniu w ich państwie rezydencji¹⁶⁵.

Wykorzystywanie spółek *conduit* kontrastuje z wykorzystywaniem tzw. spółek bazowych, które mają siedzibę głównie w jurysdykcjach o zerowym lub bardzo niskim CIT. W efekcie wykorzystanie spółek bazowych jest szkodliwe dla państw rezydencji podatników kontrolujących te spółki, prowadząc do unikania lub obniżania opodatkowania w tych państwach, w tym tzw. długoterminowych odroczeń zapłaty podatku (tzw. *long term tax deferrals*)¹⁶⁶. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju poświęciła spółkom bazowym oddzielny raport, tj. Raport o Spółkach Bazowych z 1986 r. Chociaż

¹⁶¹ Raport o Spółkach Conduit z 1986 r., § 1, s. R(6)–2.

¹⁶² Chodzi o podmioty spełniające definicję osoby, która ma rezydencję podatkową w danym państwie zgodnie z prawem tego państwa oraz postanowieniami umowy o UPO (odpowiedniki art. 1, art. 3 ust. 1 lit. a i art. 4 ust. 1 MK OECD).

¹⁶³ IBFD, *Conduit company* [w:] *Glossary*, IBFD Tax Research Platform, 2021.

¹⁶⁴ Zob. J. Chen, *Back-to-Back Loan*, Investopedia, 10.12.2020 r., <https://www.investopedia.com/terms/b/backtobackloan.asp>.

¹⁶⁵ IBFD, *Conduit company*...

¹⁶⁶ Jak trafnie wyjaśnia R.S. Avi-Yonah, odroczenie zapłaty podatku może być tożsame z wyłączeniem z opodatkowania kwoty odsetek od pożyczki równej kwocie odroczonego podatku. Jeśli takie odroczenie trwa dostatecznie długo, odsetki będą równe kwocie pożyczki. To jest tzw. odsetkowy efekt odroczeń podatkowych. Zob. R.S. Avi-Yonah, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, „Cambridge University Press” 2007, s. 124–125.

raporty te odnoszą się do dwóch koncepcyjnie odrębnych zjawisk, z których jedno jest szkodliwe dla państw źródła dochodu, a drugie dla państw rezydencji podatników otrzymujących dochód, OECD słusznie zauważyła, że często ta sama struktura jest przygotowana i wdrożona w życie w celu uniknięcia lub zmniejszenia opodatkowania w obu państwach. W takich przypadkach korzystania ze spółek *conduit* i spółek bazowych stanowi różne strony tego samego medalu, tj. niewłaściwego stosowania umów o UPO¹⁶⁷. W praktyce SPE mogą funkcjonować zarówno jako spółki bazowe, jak i spółki *conduit*, i w zależności od przypisanych im funkcji przynoszą zyski różnego rodzaju podatnikom, najczęściej są zlokalizowane w jurysdykcjach, w których efektywne opodatkowanie dochodów spółek lub innych podmiotów jest faktycznie bardzo niskie lub zerowe („klasyczne raje podatkowe”), lub w innych jurysdykcjach, które oferują szczególne zachęty podatkowe, umożliwiające uzyskiwanie korzyści podatkowych, w tym długoterminowych odroczeń podatkowych¹⁶⁸. Z kolei naturalnym środowiskiem spółek *conduit* są jurysdykcje z konwencjonalnymi systemami podatkowymi i dużą siatką umów o UPO, które jednak nie nakładają żadnego lub nakładają niewielki WHT od płatności wpływających z państw do innych państw w wyniku realizacji zagranicznych inwestycji. Najczęściej są to płatności w formie dywidend, odsetek i należności licencyjnych¹⁶⁹. Ze względu na odmienne środowisko rozwoju i sposoby funkcjonowania, funkcjonowaniu spółek *conduit* i spółek bazowych przeciwodziła się zupełnie innymi środkami prawnymi¹⁷⁰.

Końcowo OECD zauważa, że osoby prawne bywają tworzone w państwie pośredniczącym (*an intermediary country*) dla celów innych niż podatkowe, takich jak dostęp do rynków kapitałowych, (korzystne) przepisy walutowe, (stabilna) sytuacja polityczna czy też konieczność (wymogi regulacyjne) obecności w tym państwie dla realizacji inwestycji. Mimo że funkcjonowanie takich struktur pociąga za sobą konsekwencje podatkowe, w tym korzystne, nie zostały one objęte zakresem Raportu OECD *Conduit Companies* z 1986 r.¹⁷¹ Innymi słowy, OECD rozumie *conduits* tylko negatywnie jako podmioty, które służą głównie lub jedynie osiągnięciu korzyści podatkowych z umów o UPO na rzecz nierezydentów, kosztem państwa źródła. Natomiast wszelkie

¹⁶⁷ Raport o Spółkach Bazowych z 1986 r., § 4.

¹⁶⁸ Spółki bazowe są często identyfikowane jako zagraniczne spółki kontrolowane (ang. *controlled foreign companies*). Zob. OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, Paris, 5.10.2015 r., § 61; B.J. Arnold, P. Dibout, *General Report: Limits on the Use of Low-Tax Regimes by Multinational Businesses: Current Measures and Emerging Trends*, „Cahiers de droit fiscal international” 86b, „International Fiscal Association” 2001, s. 45. Na temat CFC zob. więcej B. Kuźniacki, *Controlled Foreign Companies and Tax Avoidance. International and Comparative Perspectives with Specific Reference to Polish Tax and Constitutional Law, EU Law and Tax Treaties*, Warszawa 2020; B. Kuźniacki, *Opodatkowanie zagranicznych spółek kontrolowanych (CFC): Konieczność reformy*, Warszawa 2017; B.J. Arnold, *The Taxation of Controlled Foreign Companies: An International Comparison*, „Canadian Tax Paper” No. 78, Toronto: Canadian Tax Foundation 1986.

¹⁶⁹ Zob. S. Picciotto, *International Business Taxation...*, s. 134–135.

¹⁷⁰ Zob. ww. raporty OECD o Spółkach Conduit i Spółkach Bazowych z 1986 r. Por. *infra* podrozdział 5.5.

¹⁷¹ Raport o Spółkach Conduit z 1986 r., § 2, s. R(6)–2.

podmioty, które są tworzone w celach pośredniczenia w realizacji inwestycji między państwem źródła a państwem kontrolującym ją podmiotów (nierozrytów), głównie z innych powodów niż osiągnięcie korzyści z umów o UPO, nie zawierają się w rozumieniu OECD w zakresie znaczeniowym pojęcia *conduit*.

Powyższy akapit ukazuje jedną z najważniejszych obserwacji wobec rozumienia podmiotów *conduit* przez OECD, jaką jest uznawanie za podmioty *conduit* tylko te podmioty, które są wykorzystywane w jedynym lub przynajmniej głównym celu do osiągnięcia korzyści z umów o UPO¹⁷² (przesłanka intencji). *A contrario*, wszelkie podmioty pośredniczące, które nie są wykorzystywane w głównym lub jedynym celu do osiągnięcia korzyści z umów o UPO, mimo że mają wszelkie inne cechy *conduit*, czy też SPE, nie stanowią *conduit* w świetle § 1, 2 i 3 Raportu o Spółkach Conduit z 1986 r.

Należy zauważyć, że definicja podmiotów *conduit* przez OECD budzi istotne wątpliwości w zakresie, w jakim OECD wiąże wykorzystywanie podmiotów *conduit* z *treaty shopping*, klasyfikując takie praktyki jako niewłaściwe (tj. abuzywne) korzystanie z umów o UPO, bez żadnego odniesienia do osiągnięcia korzyści z umowy o UPO sprzecznie z celem relewantnych przepisów tej umowy (przesłanka sprzeczności). Wspomniana wątpliwość wywodzi się z tego, że przesłanka sprzeczności jest nieodzowną i kluczową przesłanką niewłaściwego (abuzywnego) korzystania z umów o UPO¹⁷³. Oprócz doktryny¹⁷⁴ taką obserwację wyraża wprost OECD od 2003 r. w tzw. regule przewodniej (ang. *a guiding principle*) zawartej w Komentarzu do art. 1 MK OECD¹⁷⁵. Co więcej, przesłanka sprzeczności znajduje się również w klauzuli PPT zarówno na poziomie Konwencji MLI (art. 7 ust. 1), jak i obecnej wersji MK OECD (art. 29 ust. 9). W szerszym ujęciu uzyskanie korzyści podatkowej z pomocą struktury lub transakcji (lub ich części) sprzecznie z właściwymi przepisami prawa podatkowego stanowi pryncypialną przesłankę nadużycia krajowego prawa podatkowego oraz prawa unijnego zgodnie z krajową i unijną legislacją oraz orzecznictwem¹⁷⁶.

¹⁷² Raport o Spółkach Conduit z 1986 r., § 1, 2 i 3, s. R(6)–2.

¹⁷³ S. van Weeghel, *The Improper Use...*, s. 97 i 117; P. Baker, *Improper use...*, s. 389.

¹⁷⁴ S. van Weeghel, *The Improper Use...*, s. 97 i 117; P. Baker, *Improper use...*, s. 389.

¹⁷⁵ W wersji komentarza z 2003 r. do MK OECD reguła przewodnia była zawarta w § 9.5, a w aktualnej wersji z 2017 r. znajduje się w § 61 komentarza do art. 1 MK OECD. Zob. więcej S. van Weeghel, *A Deconstruction of the Principal Purposes Test*, „World Tax Journal” 2019/1(11), pkt 4.

¹⁷⁶ Zob. A.M. Jiménez, *The Prohibition of Abuse of EU Tax Law and the codification of the EU GAAR* [w:] *The General Anti-Avoidance Rule: Past, Present, and Future*, red. B.J. Arnold, Toronto 2020, podrozdziały 2.3–2.4; B. Kuźniacki, *Chapter 6: The GAAR (Article)* [w:] *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, red. W. Haslechner i in., „Elgar Tax Law and Practice series” 2020, § 6.51–6.90; F. Zimmer, *In Defence of General Anti-Avoidance Rules*, BIT 2019/72, rozdziały 10 i 13; B.J. Arnold, *Reflections on the Relationship Between Statutory Interpretation and Tax Avoidance* [w:] *Tax avoidance in Canada: the general anti-avoidance rule*, red. H. Erlichman, Irwin Law, Toronto 2020, s. 46–48; J. Dabner, *The Spin of a Coin – In Search of a Workable GAAR*, „Journal of Australian Taxation” 2000, s. 232–233; P.S. Atiyah, R.S. Summers, *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*, „Clarendon Press” 1987, s. 249–266. Na marginesie można zauważyć, że OECD pominęła również przesłankę nadużycia prawa podatkowego, jaką jest sztuczność działania podatnika.