

**Objaśnienia podatkowe  
z 25 września 2023 r.  
dotyczące poboru podatku u źródła**

## Spis treści

### Wykaz skrótów

1. Wprowadzenie .....	3
2. Wykładnia pojęcia rzeczywistego właściciela do celów podatku u źródła .....	3
2.1. Definicja rzeczywistego właściciela w ustawach o CIT i PIT .....	3
2.1.2. Przesłanka otrzymania danej należności dla własnej korzyści i przesłanka pośrednika .....	4
2.1.3. Przesłanka prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej .....	6
2.2. Definicja rzeczywistego właściciela na gruncie ustaw o CIT i PIT a umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz dyrektywy IR i PS .....	10
2.3. Stosowanie koncepcji <i>look-through approach</i> (LTA) .....	15
2.4. Kryterium efektywnego opodatkowania .....	16

### Wykaz skrótów

BO	rzeczywisty właściciel / <i>beneficial owner</i>
CIT	podatek dochodowy od osób prawnych
dyrektywa IR	dyrektywa Rady 2003/49/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych Państw Członkowskich - w wersji skonsolidowanej: <a href="https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02003L0049-20130701">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02003L0049-20130701</a>
dyrektywa PS	dyrektywa Rady z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych Państw Członkowskich - w wersji skonsolidowanej: <a href="https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01990L0435-20070101">https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01990L0435-20070101</a>
EOG	Europejski Obszar Gospodarczy
LTA	<i>look-through approach</i>
MK OECD	Modelowa Konwencja OECD
MK OECD (1977)	Modelowa Konwencja OECD w wersji np. z 1977 roku
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
Ordynacja podatkowa	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (jednolity tekst: Dz. U. z 2021 r., poz. 2651 ze zmianami)
PIT	podatek dochodowy od osób fizycznych

podatek u źródła	zryczałtowany podatek dochodowy, o którym mowa od przychodów, o których mowa w art. 21-22 ustawy o CIT oraz art.
RP	Rzeczpospolita Polska
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	Unia Europejska
UPO	umowa albo umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania
ustawa o CIT	ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (jednolity tekst: Dz. U. z 2022 r., poz. 2587 ze zmianami)
ustawa o PIT	ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (jednolity tekst: Dz. U. z 2022 r., poz. 2647 ze zmianami)
ustawa z 29 października 2021 roku	ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r., poz. 2105 ze zmianami)

## 1. Wprowadzenie

Ustawą z 29 października 2021 roku do przepisów ustawy o CIT i ustawy o PIT wprowadzone zostały zmiany dotyczące zasad poboru przez płatników podatku u źródła w zakresie niektórych należności wypłacanych nierezydentom. Celem tych objaśnień jest wyjaśnienie sposobu interpretowania i stosowania przepisów ustawy o CIT i ustawy o PIT, w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2022 r., dotyczących obowiązku poboru przez płatników podatku u źródła, należnego od przychodów uzyskiwanych na terytorium RP przez nierezydentów, a w szczególności:

- przepisów art. 4a pkt 29, art. 21, art. 22 i art. 22c ustawy o CIT oraz
- analogicznych przepisów ustawy o PIT,

z uwzględnieniem klauzuli rzeczywistego właściciela (BO), kryterium podlegania efektywnemu opodatkowaniu w odniesieniu do przepisów dyrektyw PS i IR oraz koncepcji *look-through approach* (LTA).

## 2. Wykładnia pojęcia rzeczywistego właściciela do celów podatku u źródła

### 2.1. Definicja rzeczywistego właściciela w ustawach o CIT i PIT

Występujące na gruncie tych ustaw o określenie „rzeczywisty właściciel” zostało zdefiniowane w art. 4a pkt 29 ustawy o CIT i art. 5a pkt 33d ustawy o PIT. Jak wynika z tych przepisów, ilekroć w tych ustawach mowa jest o rzeczywistym właścicielu, to pod pojęciem tym należy rozumieć podmiot, który spełnia łącznie następujące warunki:

- otrzymuje daną należność dla własnej korzyści, w tym samodzielnie decyduje o jej przeznaczeniu i ponosi ryzyko ekonomiczne związane z utratą tej należności lub jej części;
- nie jest pośrednikiem, przedstawicielem, powiernikiem lub innym podmiotem zobowiązanym do przekazania całości lub części należności innemu podmiotowi;
- prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą w kraju siedziby, jeżeli należności są uzyskiwane w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, przy czym przy ocenie, czy podmiot prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą, uwzględnia się charakter oraz skalę działalności prowadzonej przez ten podmiot w zakresie otrzymanej należności.

### **2.1.2. Przesłanka otrzymania danej należności dla własnej korzyści i przesłanka pośrednika**

**Uwzględniając międzynarodowe znaczenie podatkowe pojęcia BO należy uznać, iż przesłanka otrzymywania należności dla własnej korzyści oraz braku zobowiązania do przekazania należności innemu podmiotowi powinny być rozpatrywane łącznie. W założeniu wykluczają one z definicji BO podmioty, które w odniesieniu do otrzymywanej należności pełnią funkcję administratora dochodu (ang. *administrator of the income*).**

Nie jest możliwe stworzenie wyczerpującej listy przesłanek kwalifikujących dany podmiot jako administratora dochodu. Należy jednak przy tym mieć na uwadze zarówno aspekty natury ekonomicznej związane z funkcją podmiotu w ramach grupy kapitałowej, jak również czynniki natury zewnętrznej, które w powiązaniu ze spełnieniem przesłanek natury ekonomicznej mogą wskazywać na pełnienie przez ten podmiot wyłącznie funkcji administratora dochodu. Są to m.in. następujące przesłanki:

- podmiot pośredniczący realizuje niewielką marżę na przekazywanych płatnościach,
- na poziomie podmiotu pośredniczącego nie dochodzi do faktycznego opodatkowania przychodu z tytułu otrzymanych należności,
- wyłącznym przedmiotem działalności podmiotu jest otrzymywanie należności i przekazywanie ich dalej,
- należności w krótkich odstępach czasu są przekazywane na rzecz innego podmiotu,
- płatności należności występują cyklicznie w regularnych odstępach czasu,
- podmiot nie dokonuje reinwestycji środków finansowych uzyskanych w związku z otrzymanymi należnościami,
- większość przychodów podmiotu pochodzi z transgranicznych płatności finansowych dokonywanych przez podmioty powiązane,
- występują znaczące pozycje w bilansie spółki w odniesieniu do zagranicznych podmiotów powiązanych,
- występuje wielopiętrowa nieprzejrzysta struktura, gdzie kolejnymi udziałowcami są inne spółki pośredniczące,
- należność jest przekazywana dalej do podmiotu, który nie skorzystałby z preferencyjnego opodatkowania przewidzianego w UPO lub dyrektywach unijnych,
- istnieje związek czasowy pomiędzy założeniem podmiotu a zmianą przepisów podatkowych gwarantujących przywileje podatkowe w innym państwie,

- podmiot znajduje się w jurysdykcji posiadającej rozbudowaną sieć umów o unikaniu podwójnego opodatkowania lub preferencyjne zasady opodatkowania pasywnych dochodów otrzymywanych ze źródeł zagranicznych,
- podatek u źródła w jurysdykcji podmiotu w odniesieniu do wypłat na rzecz nierezydentów nie występuje lub występuje w bardzo ograniczonym stopniu,
- podmiot ma swoją rezydencję w państwie zajmującym wysokie miejsce na liście bezpośrednich zagranicznych inwestycji na terytorium Polski, głównie ze względu na transgraniczne płatności finansowe, a nie działalność handlową lub produkcyjną, i jednocześnie nie występuje współmierność pomiędzy wielkością PKB tego państwa, a skalą inwestycji prowadzonych z jego terytorium.

**Administrator dochodu nie może być uznany za rzeczywistego właściciela, gdyż jego prawo do dysponowania dochodem jest ograniczone zobowiązaniem do przekazania otrzymanej należności innemu podmiotowi.** Należy wskazać, że zobowiązanie to może wynikać z formalnie zawartej umowy (zobowiązanie prawne), jednak w przypadku, gdy pomimo braku takiego zobowiązania, okoliczności faktyczne świadczą o istnieniu zobowiązania do przekazania należności, należy wskazać na istnienie zobowiązania faktycznego (czyli zobowiązania, którego istnienie ustalono na podstawie okoliczności faktycznych, takich jak np. rzeczywisty przebieg ekonomiczny transakcji), które może być decydujące przy ocenie statusu odbiorcy należności jako jej rzeczywistego właściciela.

Zobowiązanie prawne istnieje zarówno wtedy, gdy obowiązek przekazania należności występuje w sytuacji faktycznego otrzymania należności (tzw. zobowiązane związane - ang. *connected obligations*) albo nie jest uzależniony od tego (tzw. zobowiązania niezwiązane — ang. *unconnected obligations*)<sup>1</sup>. W odniesieniu do tej ostatniej kategorii zobowiązanie prawne może wystąpić w sytuacji, gdy spółka pośrednicząca nie ma wystarczających zasobów majątkowych, aby wypowiedzieć lub zmienić zobowiązanie niezwiązane. Oznacza to, że podmiot powinien być w stanie zakończyć stosunek prawny z odbiorcą płatności z tytułu zobowiązania niezwiązanego bez bycia uzależnionym od otrzymania tej części dochodu, w odniesieniu do której jego statusu rzeczywistego właściciela jest kwestionowany<sup>2</sup>.

*Na przykład spółka A wyemitowała obligacje i uzyskane finansowanie przekazała w formie pożyczki do swojej spółki zależnej B z innej jurysdykcji podatkowej. Nabywcą obligacji spółki A są inne podmioty z grupy kapitałowej. Spółka A nie ma zobowiązań wobec podmiotów niepowiązanych tylko wobec własnej grupy kapitałowej, co oznacza że nie jest w stanie samodzielnie zakończyć stosunku prawnego wobec nabywców obligacji. Spółka A nie posiada bowiem wystarczającego poziomu kapitałów własnych do pozyskania nabywców swoich obligacji z podmiotów spoza grupy kapitałowej.*

**Zobowiązanie faktyczne ustala się na podstawie wszystkich okoliczności sprawy. Co jednak istotne, kryterium to powinno być stosowane przede wszystkim w odniesieniu do podmiotów powiązanych. Kryterium to kładzie nacisk na badanie substancji ekonomicznej podmiotu pośredniczącego lub weryfikację istnienia „egzekwowalnego obowiązku” (ang. *enforceable obligation*) do przekazania należności; np. zagraniczna spółka udzielająca sublicencji nie posiada innych funduszy jak te otrzymane od polskiego**

<sup>1</sup> J. J. M. Janssen, M. S. Ganbay, What Should Be the Scope of the Beneficial Owner Concept, Intertax 2020, volume 48, issue, s. 1090.

<sup>2</sup> J. J. M. Janssen, M. S. Ganbay, What Should....., Op. cit., s. 1101.

płatnika na zapłatę na rzecz licencjodawcy z innej jurysdykcji za otrzymaną od niego licencję.

W świetle wyroku TSUE w sprawie *N Luxembourg 1*, spółka pośrednicząca, która wypłaca dalej dywidendy z uwagi na nieformalną politykę dywidendową grupy kapitałowej (czyli bez powinności umownej lub mającej umocowanie w przepisach prawa), może być uznana za zobowiązaną do przekazania należności dalej na podstawie kryterium faktycznego<sup>3</sup>.

**Obowiązek przekazania dochodu nie zawsze jednak musi polegać na przekazaniu dochodu w takiej samej formie w jakiej został on uzyskany.**

*Na przykład, jeżeli istnieje porozumienie, na mocy którego dana osoba jest zobowiązana do przekazania akcjonariuszowi wpływów z odsetek w formie dywidendy, fakt, że dochód zmienił charakter, nie jest sam w sobie wskazówką, że bezpośredni odbiorca jest właścicielem dochodu. Podobnie fakt, że dochód nie jest przekazywany natychmiast, niekoniecznie jest wskaźnikiem własności rzeczywistej. Podobnie doradca inwestycyjny może być upoważniony do przechowywania dochodu z inwestycji klienta w jego imieniu w celu ponownego zainwestowania go przez klienta zamiast natychmiastowej wypłaty temu klientowi, ale to nie czyni go faktycznym właścicielem dochodu klienta.*

**Rozważając, czy istnieje obowiązek przekazania dochodu, należy zauważyć, że obowiązek ten musi być skonkretyzowany względem otrzymanej płatności i ściśle z nią związany.** Na przykład bank działający w ramach swojej zwykłej działalności może pożyczać pieniądze (lub przyjmować depozyty) w celu udzielania pożyczek klientom. Dochody z odsetek od pożyczkobiorców będą generalnie wykorzystywane do spłacania odsetek od depozytów i finansowania oprocentowanego. Ponieważ jednak nie ma obowiązku przekazywania określonej pozycji dochodu innej osobie, bank jest ewidentnym beneficjentem otrzymywanych dochodów. Podobnie programy zbiorowego inwestowania lub fundusze emerytalne, które przekazują dochody z inwestycji inwestorom lub członkom programów w formie wypłat lub emerytur, nadal będą właścicielami rzeczywistymi tych dochodów.

### **2.1.3. Przesłanka prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej**

Mając na uwadze to, iż zawierane UPO oraz dyrektywy służą likwidowaniu barier w działalności prowadzonej przez przedsiębiorców w innych państwach i w praktyce oznaczają rezygnację przez państwo w którym dany dochód został osiągnięty, z opodatkowania takiego dochodu (lub zgodę na niższe jego opodatkowanie), jeżeli uzyskującym taki dochód jest podatnik z drugiego umawiającego się państwa lub z państwa należącego do EOG, ustawodawca przyjmuje, iż z korzyści płynących z tych umów nie powinny korzystać podmioty wykreowane w sposób sztuczny, jedynie w celu transferu środków do kolejnych podmiotów. Podmioty takie z reguły nie powinny być uznane za prowadzące rzeczywistą działalność gospodarczą w kraju, w którym zostały zarejestrowane.

Brak prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej może uzasadniać odmowę przyznania preferencji (korzyści) z UPO lub dyrektyw - preferencje te nie powinny być przyznawane podmiotom powołanym jedynie w celu uzyskania korzyści przyznawanych przez

---

<sup>3</sup> F. Majdowski, Planowanie podatkowe z wykorzystaniem zagranicznych podmiotów holdingowych - koniec pewnej epoki? Kilka uwag na tle ostatnich wyroków Trybunału Sprawiedliwości w sprawie dyrektyw podatkowych dotyczących tzw. płatności pasywnych, Przegląd Podatkowy nr 10 z 2019 roku, s. 36.

UPO (umowy te mają na celu znoszenie barier w relacjach między państwami, nie zaś przyznawanie preferencji strukturom utworzonym sztucznie w celu wygenerowania oszczędności podatkowych).

Na to, czy podmiot prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą w danym państwie, a więc czy może on korzystać z preferencji (korzyści) przewidzianej w danej UPO lub dyrektywie, powinno wskazywać istnienie substratu majątkowo-osobowego w danym państwie (tj. w państwie, z którym Polska zawarła UPO, z której to postanowień zamierza skorzystać podatnik zagraniczny lub krajowy płatnik). Brak takiego substratu pozwalającego na prowadzenie konkretnej działalności może wskazywać na nieprowadzenie rzeczywistej działalności gospodarczej podmiotu w danym państwie, a tym samym na istnienie sztucznej struktury, która - zgodnie z wytycznymi OECD oraz orzecznictwem TSUE - nie powinna korzystać z preferencji wynikających z UPO (np. obniżona stawka podatku) lub dyrektyw unijnych (zwolnienie od podatku u źródła). **Należy podkreślić, iż przesłanki prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej nie będą spełniały zarówno struktury podatkowe cechujące się całkowitą sztucznością (ang. *wholly artificial arrangement*), jak i częściową sztucznością (ang. *artificial arrangement in part*).**

Kryterium całkowitej sztuczności należy rozpatrywać przede wszystkim w kontekście wyroku TSUE w sprawie *Cadbury Schweppes*<sup>4</sup>. W świetle tego wyroku, przesłankę tę spełniają fikcyjne spółki, niewykonujące faktycznie żadnej działalności gospodarczej (tzw. spółki krzaki)<sup>5</sup>. Podmiot taki nie posiada żadnego personelu, siedziby ani wyposażenia. Pojęcie sztuczności w związku z projektem BEPS stopniowo jednak ewaluowało, zyskując większą elastyczność (stopniowalny charakter). Obecnie zatem posiadanie jednego czy dwóch pracowników nie oznacza, że kryterium sztuczności nie jest spełnione.

Zwrócił na to uwagę TSUE, wskazując że przy ocenie rzeczywistej działalności gospodarczej należy uwzględniać szczególne cechy charakteryzujące daną działalność gospodarczą, a w szczególności:

- sposób zarządzania spółką,
- bilans księgowy spółki,
- strukturę kosztów i faktycznie poniesionych wydatków,
- liczbę zatrudnionych pracowników i ich kwalifikacje oraz
- zakres pomieszczeń i wyposażenia, jakimi spółka dysponuje.<sup>6</sup>

**Innymi słowy, weryfikacja wymogu prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej nie powinna ograniczać się wyłącznie do sprawdzenia fizycznej obecności takich podmiotów w innych państwach<sup>7</sup>.** TSUE podwyższył bowiem standard sztuczności, nie ograniczając go wyłącznie do czysto sztucznej struktury<sup>8</sup>. Pod uwagę należy brać również cechy organizacyjne, gospodarcze lub inne istotne cechy grup spółek, oraz strukturę i strategię

---

<sup>4</sup> Wyrok TSUE z 12.09.2006 r. w sprawie *Cadbury Schweppes*, sygn. akt C-196/04.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pkt 68

<sup>6</sup> Wyrok TSUE (wielka izba) z 26.02.2019 r., C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, N Luxembourg 1 i in. przeciwko Skatteministeriet, EU:C:2019:134 (w skrócie: wyrok TSUE w sprawie *N Luxembourg 1*), pkt 131.

<sup>7</sup> F. Majdowski, Różnicowane kryteria zwalczania zjawiska unikania opodatkowania w podatku dochodowym od osób prawnych, *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* nr 42016, s. 86.

<sup>8</sup> J. Jankowski, *Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania (GAAR). Przepisy materialnoprawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2022, s. 76.

danej grupy<sup>9</sup>. Może bowiem dojść do sytuacji, gdy zespół transakcji lub dany podmiot będą cechować się częściową sztucznością w rozumieniu orzecznictwa TSUE<sup>10</sup>.

**A zatem fakt że spółka holdingowa spełnia przewidziane w danej jurysdykcji kryteria co do minimalnego substratu osobowo-majątkowego nie oznacza automatycznie, że kryterium sztuczności nie jest spełnione.** Należy podkreślić, że sztuczność zachodzi również w przypadku podmiotów prowadzących ograniczoną działalność gospodarczą (ang. *limited economic activity*). Wskazywać na to mogą m.in. następujące okoliczności:

- podmiot może nie wykonywać istotnych funkcji zarządczych w stosunku do posiadanego majątku;
- podmiot w ograniczonym stopniu uzyskuje przychody z własnej działalności gospodarczej<sup>11</sup>;
- podmiot nie spełnia kryterium efektywnego zarządu, gdyż w państwie siedziby znajduje się wyłącznie miejsce bieżącego administrowania sprawami<sup>12</sup>;
- brakuje wystarczająco ważnych względów gospodarczych lub handlowych uzasadniających przypisanie zysków do podmiotu, który w związku z tym nie odzwierciedla rzeczywistości gospodarczej<sup>13</sup>;
- podmiot nie wykonuje samodzielnie swoich podstawowych funkcji gospodarczych i nie korzysta z własnych zasobów.

W praktyce różne będą przesłanki prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej prowadzonej przez spółki produkcyjne/handlowe, usługowe oraz spółki zajmujące się szeroko rozumianą działalnością finansową (np. czynnościami inwestycyjnymi czy też holdingowymi). W pewnych jednak zakresach kryteria prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej pozostają uniwersalne (np. kryterium istnienia struktury funkcjonującej w oderwaniu od przyczyn ekonomicznych).

I tak przykładowo, w odniesieniu do transakcji pożyczki, weryfikując status danego podmiotu można wziąć pod uwagę przykładowo następujące czynniki:

- czy posiada własny majątek;
- czy posiada biuro w sensie materialnym;
- czy zatrudnia personel;
- czy opłaca rachunki związane z bieżącą działalnością (w tym np. za najem, za media: prąd, telefony itp.);
- czy zatrudnia (posiada) osoby zarządzające z wystarczającym doświadczeniem i wiedzą w zakresie transakcji finansowych;
- czy pożyczki otrzymane nie są powiązane z udzielonymi;
- czy posiada swój kapitał, który służy finansowaniu działalności;

---

<sup>9</sup> Wyrok TSUE z 20.12.2017 r. w sprawach *Deister Holding and Juhler Holding*, sygn. akt C-504/16 i C-613/16, pkt 74.

<sup>10</sup> Wyrok TSUE z 13.03.2007 r. w sprawie *Thin Cap GLO*, sygn. akt C-524/04, pkt 81.

<sup>11</sup> Do przychodów uzyskanych z „własnej działalności gospodarczej” nie należałoby kwalifikować przychodów o charakterze pasywnym wymienionych w art. 24a ust. 3 pkt 3 lit. b ustawy o CIT i art. 30f ust. 3 pkt 3 lit. b ustawy o PIT.

<sup>12</sup> Wyrok NSA z 18.11.2016 r., sygn. akt II FSK 2475/14.

<sup>13</sup> Rezolucja Rady z 08.06.2010 r. w sprawie koordynacji zasad dotyczących zagranicznych spółek kontrolowanych i niedostatecznej kapitalizacji w UE.



- czy podejmuje samodzielnie i na własny rachunek czynności w obrocie gospodarczym;
- czy pomiędzy podmiotem a jego właścicielem/właścicielami nie zachodzą powiązania kapitałowe i osobowe, tego rodzaju, że podmiot taki można uznać za jedynie administratora dochodu<sup>14</sup>.

**Należy zauważyć, że sztuczność w świetle orzecznictwa TSUE występuje zarówno wówczas, gdy podmiot wykorzystywany w strukturze optymalizacyjnej jest sztuczny, jak i wtedy, kiedy podmiot ten jest realny, tj. prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą, ale konkretna transakcja, której jest stroną, jest sztuczna.** Rozumienie to pokrywa się z koncepcją BO, w której dyskwalifikuje się podmiot będący administratorem dochodu (sztuczność transakcji) i nieprowadzący rzeczywistej działalności gospodarczej (sztuczność podmiotu). Trzeba podkreślić, że chociaż nieprowadzenie rzeczywistej działalności gospodarczej skutkuje nieprzyznaniem preferencji podatkowej, to jednak samo spełnienie kryterium prowadzenia takiej działalności nie gwarantuje prawa do preferencji w sposób automatyczny. Odbiorca płatności powinien bowiem spełnić także pozostałe przesłanki pozwalające na uznanie go za rzeczywistego właściciela. **Innymi słowy, jeżeli odbiorca płatności nie prowadzi rzeczywistej działalności gospodarczej, to wówczas trudno jest uznać, iż jest on rzeczywistym właścicielem płatności, a w szczególności by mógł decydować o wykorzystaniu tak pozyskanych środków. Z drugiej strony, samo prowadzenie rzeczywistej działalności gospodarczej przez taki podmiot nie jest wystarczającą przesłanką do uznania, że spełnia on warunki uznania go za rzeczywistego właściciela w stosunku do danej płatności.** Uwzględnienie w definicji rzeczywistego właściciela odwołania do prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej jest rozwiązaniem, które było już wykorzystane w praktyce międzynarodowego prawa podatkowego.

#### **Ważne!**

**Płatnik w ramach należytej staranności powinien zatem zweryfikować zagranicznego kontrahenta nie tylko pod kątem statusu rzeczywistego właściciela, ale również ocenić, czy płatność dokonywana na jego rzecz lub podmiot ten nie spełniają negatywnych przesłanek określonych w art. 22c ustawy o CIT, wykluczających możliwość stosowania zwolnień podatkowych z art. 21 ust. 3 lub art. 22 ust. 4 ustawy o CIT.**

Należy przy tym zauważyć, że zakres klauzuli antyabuzywnej z art. 22c ustawy o CIT - w świetle orzecznictwa TSUE - pokrywa się z definicją BO zaprezentowaną w MK OECD<sup>15</sup>. **W odniesieniu do art. 22c ustawy o CIT można wskazać na trzy przesłanki jej stosowania:**

- **sprzeczność uzyskanego zwolnienia z podatku pobieranego u źródła z przedmiotem i celem dyrektyw IR lub PS;**
- **uzyskanie zwolnienia było głównym lub jednym z głównych celów transakcji; oraz**
- **sztuczność działania.**

**Przesłanki te w nieco innej formie występują w krajowej definicji rzeczywistego właściciela.** Sztuczność i cel działania są związane z brakiem prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej lub pełnieniem funkcji administratora dochodu. Sprzeczność jest

<sup>14</sup> Wyrok NSA z 08.02.2023 r., sygn. akt II FSK 1278/22.

<sup>15</sup> F. The Freire, Economic Substance for Holding Companies in the Post-BEPS World and After Recent ECJ Case-Law: An Analysis of Developments in Europe, Intertax 2022, Volume 51, Issue 1, s. 16.

natomiast rozumiana jako nieuprawnione obniżenie stawki podatku pobieranego u źródła w kontekście przedmiotu i celu UPO albo dyrektywy unijnej, jakim jest również przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania.

Podstawowym celem przyjęcia dyrektywy IR było ujednoczenie zasad opodatkowania podatkiem dochodowym odsetek i należności licencyjnych wypłacanych pomiędzy spółkami mającymi siedzibę w różnych państwach członkowskich UE, poprzez wskazanie w którym z krajów (kraj płaćnika czy kraju podatnika) należności te będą opodatkowane podatkiem dochodowym. W przypadku dyrektywy PS celem takim było wyeliminowanie wielokrotnego opodatkowania zysków (dochodów) spółek w przypadku ich wypłaty na rzecz innych spółek, które zyski te włączają do swoich zysków i będą je następnie redystrybuować na rzecz kolejnych podmiotów. Celem dyrektywy IR nie było zatem, aby objęte jej treścią należności nie podlegały efektywnemu opodatkowaniu ani w państwie, w którym siedzibę ma spółka wypłacająca te należności, ani w państwie rezydencji podatkowej podmiotu uzyskującego te należności.

Wskazane dyrektywy zawierają postanowienia antyabuzyjne, które pozwalają państwu członkowskiemu na odmowę stosowania zwolnienia dyrektywowego, jeżeli taka odmowa ma na celu zapobieganie nadużyciom podatkowym (art. 5 dyrektywy IR i art. 1 ust. 2 dyrektywy PS). Uprawnienie to znalazło swój wyraz w treści art. 22c ustawy o CIT. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż stosownie do treści art. 26 ust. 1 ustawy o CIT przy weryfikacji warunków zastosowania stawki podatku innej niż określona w art. 21 ust. 1 lub art. 22 ust. 1 ustawy o CIT, zwolnienia lub warunków niepobrania podatku, wynikających z przepisów szczególnych lub umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, płaćnik jest obowiązany do dochowania należytej staranności. Przy ocenie dochowania należytej staranności uwzględnia się charakter i skalę działalności prowadzonej przez płaćnika oraz powiązania płaćnika z podatnikiem.

## **2.2. Definicja rzeczywistego właściciela na gruncie ustaw o CIT i PIT a umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz dyrektywy IR i PS**

Przyjęte w obrocie międzynarodowym cechy pojęcia i warunku BO nie kreuja wyczerpującej definicji rzeczywistego właściciela, lecz wyznaczają pewne generalne zręby tej koncepcji. Należy zauważyć, że art. 3(2) MK OECD wyznacza reguły wykładni pojęć, które zostały użyte w Konwencji, lecz nie zostały w niej zdefiniowane. **W świetle tego przepisu, pojęcia niezdefiniowane w MK OECD powinny być interpretowane przez pryzmat prawa państwa, które nakłada podatek, chyba że z kontekstu wynika inaczej.**

W Komentarzu do MK OECD (2003) zostało dodane odniesienie, że rzeczywisty właściciel powinien być postrzegany przez pryzmat przedmiotu i celu UPO, jednakże powyższe zastrzeżenie miało gwarantować, że nie będzie on postrzegany w wąskim, technicznym znaczeniu nadanym mu przez wewnętrzne ustawodawstwo niektórych krajów z systemem prawnym *civil law*.

Definicja krajowa rzeczywistego właściciela jest zatem dopuszczalna w takim zakresie, w jakim nie stoi ona w sprzeczności z przedmiotem i celem danej UPO. **W związku z tym należy przyjąć, że dla celów stosowania obniżonej stawki podatku pobieranego u źródła, przewidzianej w danej UPO, zasadne jest stosowanie definicji rzeczywistego właściciela obowiązującej na gruncie ustawy o CIT. Podobne, w przypadku dyrektyw PS i IR, ponieważ zgodnie z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu UE, dyrektywy są wiążące co do skutku, jednakże wybór sposobu jego osiągnięcia pozostaje w gestii poszczególnych państw członkowskich.**

Pojęcie „rzeczywisty właściciel” (ang. *beneficial owner*) zostało po raz pierwszy użyte w brytyjsko-amerykańskiej UPO w 1966 r. poprzez zawarcie protokołu zmieniającego jej treść. Został on wprowadzony w miejsce wyrażenia „podlega opodatkowaniu” (ang. *subject to tax clause*) w odniesieniu do dochodów z dywidend, odsetek i należności licencyjnych. Celem tej zmiany było to, aby obniżona stawka podatku pobieranego „u źródła” nie była tak jak dotąd uzależniona tylko od okoliczności, że odbiorca płatności podlega opodatkowaniu w państwie swojej rezydencji podatkowej, lecz także od tego, czy posiada on rzeczywiste władztwo nad uzyskanym z jej tytułu przychodem (ang. *income being beneficially owned*). **Należy podkreślić, że pojęcie rzeczywistego właściciela było obecne w międzynarodowym prawie podatkowym nawet przed formalnym wprowadzeniem tego pojęcia do MK OECD w 1977 roku**<sup>16</sup>. Artykuły 11 i 12 MK OECD (1963) również posługiwały się wyrażeniem „*paid [...] to a resident*...”. Przytoczone przepisy zostały zmodyfikowane w wersji MK OECD wydanej w 1977 roku. MK OECD (1977), która w art. 10 ust. 2 i art. 11 ust. 2 dodała wyrazy: „...*if the recipient is the beneficial owner of [...]*”, a w art. 12 ust. 1: „...*if such resident is the beneficial owner of [...]*”. W 2002 r. przyjęto natomiast raport *Restricting the Entitlement to Treaty Benefits*, który zawierał m.in. wyjaśnienia dotyczące znaczenia aktualizacji artykułów 10-12 MK OECD dokonanej w 1977 roku. W pkt. 21 tego raportu przewidziano m.in. nadanie pkt. 12 i 12.1 komentarza do art. 10 MK OECD (w aktualnej wersji chodzi o pkt. 12, 12.2 i 12.3) następującej treści:

- w pkt 12: *”warunek rzeczywistego właściciela został dodany, aby doprecyzować znaczenie zwrotu “paid....to a resident”. [.....] Zwrot rzeczywisty właściciel nie powinien być używany w wąskim, technicznym znaczeniu, lecz powinien być rozumiany w świetle przedmiotu i celu UPO, uwzględniając przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania”;*
- w pkt 12.1: *”niezgodne z przedmiotem i celem UPO byłoby przyznawanie ulgi w podatku u źródła podmiotowi działającemu w charakterze pośrednika w imieniu innego podmiotu, który w rzeczywistości otrzymuje dochód z tego tytułu”.*

Analogiczne wyjaśnienia dodano w Komentarzu do artykułów 11 i 12. Ani Polska, ani żadne inne państwo nie zgłosiło uwag ani zastrzeżeń do tych fragmentów MK OECD.

Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, w tym wskazane wyżej wyrażenie „*paid [...] to a resident*...”, należy interpretować przede wszystkim zgodnie z ogólną regułą interpretacyjną

---

<sup>16</sup> Do MK OECD zwrot ten został natomiast wprowadzony w 1977 roku. Jego przyjęcia domagała się Wielka Brytania, która uznawała dotychczasowe zasady opodatkowania płatności pasywnych w państwie źródła (dywidendy, odsetki i należności licencyjne) za wadliwe z uwagi na ich dużą podatność na unikanie opodatkowania z wykorzystaniem sztucznych struktur podatkowych (podstawienie podmiotu będącego jedynie formalnym właścicielem dochodu). Propozycje brytyjskie zmierzały do stosowania klauzuli rzeczywistego właściciela do wszystkich kategorii dochodów objętych MK OECD, a nie wyłącznie do dochodów pasywnych w ramach artykułów 10-12 MK OECD (dywidend, odsetek, należności licencyjnych). Ostatecznie jednak uzgodniono stosowanie tej klauzuli wyłącznie do dochodów pasywnych. W Komentarzu OECD do art. 1 MK OECD (1977) podkreślono, że wprowadzenie klauzuli rzeczywistego właściciela ma przeciwdziałać nadużywaniu przepisów umów o unikaniu podwójnego opodatkowania poprzez wykorzystywanie podmiotów pośredniczących (ang. *conduit company*) utworzonych w sposób sztuczny w jednym z państw-stron danej UPO [zob. Komentarz do art. 1. MK OECD (1977), pkt. 9-10].

zawartą w art. 31 ust. 1 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r., Nr 74, poz. 439), zgodnie z którym:

„Traktat należy interpretować w **dobrej wierze**, zgodnie ze **zwykłym znaczeniem**, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom **w ich kontekście**, oraz **w świetle jego przedmiotu i celu**”.

Ponadto, UPO należy także interpretować zgodnie z tzw. wewnętrzną regułą wykładni zawartą np. w art. 3 ust. 2 MK OECD (1963)<sup>17</sup>, uznając iż kolejne zmiany do MK OECD mają raczej charakter doprecyzowujący niż nadający nowe znaczenie.

#### **Ważne!**

**Uwzględniając powyższe przyjąć należy, iż pojęcie „rzeczywisty właściciel” obowiązuje w danej UPO niezależnie od tego, czy znajduje się w niej wprost taka klauzula w odniesieniu do dywidend, odsetek bądź należności licencyjnych. W konsekwencji brak jest podstaw do tego, aby różnicować obowiązki płatnika w zakresie należytej staranności poprzez rozróżnienie UPO zawierających i niezawierających wyrażone wprost odesłanie do pojęcia rzeczywistego właściciela<sup>18</sup>.**

**Zgodnie z treścią tego komentarza, pojęcie *beneficial owner* nie jest używane w MK OECD w wąskim, technicznym sensie, ale powinno być rozumiane w jego kontekście i w świetle przedmiotu i celów tej konwencji, w tym unikania opodatkowania i uchylania się (obchodzenia) opodatkowania<sup>19</sup>. Nie jest zatem prawidłowe rozumienie tego terminu w wąskim (formalnym) znaczeniu, sprowadzające się do tego, że podmiot na rzecz którego wypłacane są odsetki, będzie uznany za rzeczywistego właściciela tylko wówczas, kiedy ma prawny obowiązek przekazania ich kolejnemu podmiotowi.**

**Należy podkreślić, że koncepcja *beneficial ownera* zarówno w momencie jej wprowadzenia do MK OECD w 1977 r., jak i w kolejnych jej wersjach (z lat 2003 i 2014) nie zmieniła swojego pierwotnego znaczenia. W komentarzu do art. 1 MK OECD, w wersji uwzględniającej zmianę dokonaną w 1977 r., „podkreśla się znaczenie pojęcia *bénéficiaire effectif* (właściciela) wprowadzonego w szczególności w art. 10 (opodatkowanie dywidend) i art. 11 (opodatkowanie odsetek) tej modelowej konwencji oraz konieczność zwalczania oszustw podatkowych”.**

W Raporcie OECD z 1986 r., dotyczącym dwustronnych konwencji podatkowych oraz wykorzystania podmiotów pośredniczących, pojęcie rzeczywistego właściciela zostało wprost odniesione do problematyki spółek pośredniczących nieprowadzących istotnej rzeczywistej działalności gospodarczej i posiadających bardzo ograniczone władztwo nad dochodem<sup>20</sup>. W innym dokumencie OECD wprost wskazuje na zależność pomiędzy prowadzeniem istotnej rzeczywistej działalności gospodarczej a pojęciem *beneficial owner*<sup>21</sup>. W raporcie tym

<sup>17</sup> Art. 3 ust. 2 MK OECD (1963): *As regards the application of the Convention by a Contracting State any term not otherwise defined shall, unless the context otherwise requires, have the meaning which it has under the laws of that Contracting State relating to the taxes which are the subject of the Convention.*

<sup>18</sup> Jak wyjaśnia np. Wolfgang Tischbirek (w: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, wyd. 3, Londyn 1997, ss. 597-598): [...] *The requirement of beneficial ownership is designed to avoid Treaty shopping by making use of intermediaries in cases where the beneficial owner is not entitled to treaty protection. Despite the fact this term was not included in OECD MC 63, the DTC's which followed the earlier model convention will nevertheless normally not lead to any different result, on account of the general principles on the abuse of treaties [...].*

<sup>19</sup> Por. wyrok NSA z 26.07.2022 r., sygn. akt II FSK 1230/21.

<sup>20</sup> OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, 1986 r.,

<sup>21</sup> OECD, *Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue*, 1998 r., pkt 119.

wyraźnie podkreślono, że kryterium rzeczywistego właściciela nie spełniają również podmioty pośredniczące posiadające bardzo ograniczone władztwo nad tym dochodem, które w sensie ekonomicznym z niego nie korzystają<sup>22</sup>.

W precedensowej sprawie C-115/16 *N Luxembourg I*<sup>23</sup> TSUE podkreślił, iż dyrektywa IR czerpie z art. 11 MK OECD (1996) i dąży do tego samego celu<sup>24</sup>. Jest o tyle istotne, że pierwsze projekty dyrektywy IR były proponowane jeszcze w latach 90. ubiegłego wieku, a formalnie dyrektywa ta została przyjęta w 2003 r. Oznacza to, iż *de facto* właśnie wersja MK OECD (2003) została zastosowana przez TSUE, który definiując charakter **rzeczywistego właściciela stwierdził, że jest to koncepcja ekonomiczna oznaczająca podmiot, który czerpie korzyści ekonomiczne z otrzymanych odsetek, czyli dysponuje uprawnieniem do swobodnego decydowania o ich przeznaczeniu**<sup>25</sup>.

Zdaniem TSUE, użyte w przepisach pojęcie właściciela wyklucza spółki pośredniczące i powinno być rozumiane nie w wąskim i technicznym znaczeniu, lecz w sposób pozwalający uniknąć podwójnego opodatkowania i zapobiec oszustwom oraz uchylaniu się od opodatkowania<sup>26</sup>. W dalszej części tego wyroku, analizując kryteria nadużycia prawa, TSUE odniósł się do sytuacji spółki, która „*nie będąc związana takim zobowiązaniem umownym lub ustawowym, nie dysponuje «pełnym» prawem do korzystania i pobierania korzyści z tych kwot*”<sup>27</sup>.

**Mając na uwadze, iż TSUE powiązał w niniejszym wyroku ustalenie nieposiadania statusu rzeczywistego właściciela z nadużyciem dyrektyw podatkowych, można uznać, iż posiadanie pełnego prawa do korzystania i pobierania korzyści z należności jest również elementem definicji *beneficial owner*. Ma to z kolei szczególne znaczenie dla stosowania dyrektywy PS, która nie zawiera *expressis verbis* warunku rzeczywistego właściciela. TSUE potwierdził wprost, że zakaz nadużycia unijnych dyrektyw podatkowych nie musi być potwierdzony w ustawodawstwie krajowym wyraźnym przepisem transponującym klauzulę antyabuzywną<sup>28</sup>. W konsekwencji w przypadku wypłat dywidend - w ramach należytej staranności związanej z możliwością zastosowania zwolnienia z dyrektywy PS - polski płatnik powinien dokonać weryfikacji statusu rzeczywistego właściciela odbiorcy takich dywidend.**

TSUE uznał nadto, że rolą organu podatkowego nie jest identyfikacja rzeczywistego właściciela tych odsetek, lecz wykazanie, że rzekomy właściciel odsetek (podmiot, na rzecz którego dokonana została wypłata odsetek) jest jedynie spółką pośredniczącą, za pomocą której dokonano nadużycia prawa. Taka identyfikacja rzeczywistego właściciela danej należności może bowiem okazać się niemożliwa, zwłaszcza dlatego, że potencjalni właściciele odsetek nie są znani<sup>29</sup>. W pkt. 144 omawianego wyroku TSUE wskazał, że „*w przypadku gdy spółka otrzymująca odsetki posiada spółkę dominującą, która zaś sama posiada spółkę dominującą, organy podatkowe i sądy państwa członkowskiego źródła najprawdopodobniej nie są w stanie*

<sup>22</sup> OECD, Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, 1986 r., pkt 14b, R (6)-8.

<sup>23</sup> Wyrok TSUE (wielka izba) z 26.02.2019 r., C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, *N Luxembourg I* i in. przeciwko Skatteministeriet, EU:C:2019:134.

<sup>24</sup> Wyrok TSUE z w sprawie *N Luxembourg I*, pkt 90.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pkt 89.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pkt 92.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pkt 132.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pkt 111.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pkt 143.

*ustalić, która z tych dwóch spółek dominujących jest lub będzie właścicielem odsetek*". TSUE podkreślił tym samym, że stosowanie zasady *look-through approach* w odniesieniu do koncepcji *beneficial owner* na poziomie dyrektyw unijnych nie jest obowiązkiem organów podatkowych.

Należy zauważyć, że wyrok TSUE w sprawie *N Luxembourg I* wykazuje wiele cech wspólnych w rozumieniu koncepcji rzeczywistego właściciela z komentarzem do MK OECD w wersji z lat 2003 i 2014, tj.:

- zwrot rzeczywisty właściciel nie powinien być rozumiany w wąskim, technicznym znaczeniu, ale mieć takie znaczenie, które pozwala zapobiegać unikaniu opodatkowania z wykorzystaniem UPO lub dyrektyw unijnych;
- spółki pośredniczące są - co do zasady - wykluczone z definicji rzeczywistego właściciela;
- przy interpretacji warunku BO należy zastosować podejście ekonomiczne.

W uzasadnieniu wyroku z 26 lipca 2022 r. NSA wskazał na konieczność interpretowania pojęcia *beneficial owner* zgodnie z jego międzynarodowym znaczeniem podatkowym i powołał się na wyrok sądu brytyjskiego z 2 marca 2006 r. w sprawie *Indofood* jako reprezentatywny w tej kwestii. Należy wskazać, iż interpretacja pojęcia BO zaprezentowana w MK OECD oraz wyrokach TSUE znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie sądów zagranicznych.

Zwrot „*received by*” z UPO należy interpretować jako pełne władztwo i kontrolę nad funduszami (ang. *complete dominion and control*), a nie wyłącznie tymczasowe utrzymywanie fizycznego władztwa (ang. *obtaining physical possession on temporary basis*). BO nie może być podmiot podstawiony wyłącznie do dalszego transferu odsetek (ang. *merely a conduit for the passage of interest payment*). Dla oceny kryterium BO należy zastosować test istotnej rzeczywistej działalności gospodarczej (ang. *substantive economic ownership*)<sup>30</sup>. Przepisy UPO przewidują podejście ekonomiczne w zakresie ustalania statusu rzeczywistego beneficjenta należności. Nie chodzi przy tym o ściśle formalne władztwo prawne, lecz władztwo ekonomiczne nad należnością<sup>31</sup>. Pojęcie to należy odnosić do podmiotu, który w rzeczywistości i efektywnie korzysta z danej płatności<sup>32</sup>. Dany podmiot może nie być rzeczywistym właścicielem należności m.in. z następujących powodów:

- jej ekonomiczna rola miała drugorzędne znaczenie w ramach grupy kapitałowej, ponieważ wykonała zaledwie kilka transakcji finansowych na rzecz podmiotów powiązanych;
- nie istniały istotne powody ekonomiczne dla utworzenia tej spółki<sup>33</sup>.

Ogólne przesłanki takie jak: koordynacja, tworzenie relacji z klientami, koszty czy lokalne preferencje w prawie holdingowym mogą nie zostać uznane za istotne powody ekonomiczne, jeżeli dany podmiot nie posiada sprzętu biurowego, pracowników ani lokalu. Członek zarządu

---

<sup>30</sup> *Aiken Industries Inc v Commissioner of Internal Revenue* 56 TC 925 (1971).

<sup>31</sup> *N AG v Regional Tax Officer for Upper Austria* (2000) 2 ITLR 884 (The Supreme Administrative Court, Austria).

<sup>32</sup> *Re V SA* 4 ITLR 191 (The Federal Commission of Appeal in Tax Matters, Switzerland).

<sup>33</sup> *X-group 1979* (1979) 48 Archives de droit fiscal Suisse 271 at 274 (The Federal Tax Administration, Switzerland).

tego podmiotu wykonuje usługowo tę funkcję również dla innych podmiotów powiązanych z grupy<sup>34</sup>.

W zakresie kryterium władztwa nad należnością na dwie kategorie:

- posiadanie pełnego nieograniczonego władztwa (ang. *full privilege*) i
- administrowanie należnością (ang. *administrator of the income*).
- Oznacza to, iż podmiot, który co prawda prowadzi istotną rzeczywistą działalność gospodarczą, jednak nie posiada pełnego władztwa nad otrzymaną należnością nie może być uznany za rzeczywistego właściciela<sup>35</sup>.

Z analizy MK OECD, orzecznictwa TSUE oraz sądów zagranicznych wynikają dwa istotne wnioski, które zachowują swoją aktualność na gruncie krajowej definicji rzeczywistego właściciela i powinny stanowić podstawę wykładni tego pojęcia.

**Po pierwsze, klauzula ta ma charakter antyabuzywny, a więc w założeniu ma przeciwdziałać transgranicznemu opodatkowaniu z wykorzystaniem podmiotów pośredniczących.** Nie można zatem przyjąć, że podstawową funkcją tej klauzuli jest techniczne przypisanie dochodu do odpowiedniego podmiotu. Przeciwnie, stosowanie tej klauzuli ma gwarantować, że kryterium rezydencji podatkowej, jako narzędzie służące do korzystania z ochrony traktatowej przez podatników, nie jest wykorzystywane w niewłaściwy sposób.

**Po drugie, pojęcie podmiotu pośredniczącego do celów funkcji antyabuzywnej tej klauzuli nie powinno być rozumiane wąsko i ograniczane wyłącznie do pośredników działających w charakterze powiernika (przedstawiciela).**

#### **Ważne!**

**NSA w wyroku z 26 lipca 2022 r. wskazał, iż „nie można uznać za beneficial owner podmiotu, który pomimo spełnienia formalnych kryteriów uznania go za podatnika, nie prowadzi faktycznie działalności gospodarczej lub też jego aktywność jest marginalna w stosunku do uczestnictwa w przedsięwzięciu, które ma na celu unikanie opodatkowania”<sup>36</sup>.**

Z powołanego wyroku NSA wynikają również dwa inne istotne wnioski:

- w pojęciu rzeczywistego właściciela nie mieszczą się nie tylko formalni agenci (przedstawiciele), pośrednicy, ale także podmioty, które wprowadzie faktycznie korzystają z dochodu, ale mają nad nim bardzo ograniczone władztwo;
- szersze ujęcie podmiotów, które nie mogą być uznane za rzeczywistego właściciela, wynika z potrzeby zapewnienia zgodności rozumienia tego pojęcia z przedmiotem i celami MK OECD.

### **2.3. Stosowanie koncepcji *look-through approach* (LTA)**

Należy zauważyć, że stosowanie koncepcji *look-through approach* (czyli ustalania przez organ podatkowy, kto jest rzeczywistym właścicielem należności w sytuacji, gdy podmiot uzyskujący

<sup>34</sup> Re a Corporation (2002) 5 ITLR 589 (The Bundesfinanzhof, Germany).

<sup>35</sup> *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie v Société Bank of Scotland* (2006) 9 ITLR 683 (Conseil d'état, France).

<sup>36</sup> *Ibidem*.

taką należność nie jest jej rzeczywistym właścicielem) nie znajduje uzasadnienia ani w przepisach ustawy o CIT bądź ustawy o PIT, ani w przepisach Ordynacji podatkowej. W świetle opisanego wcześniej wyroku TSUE w sprawie *N Luxembourg I* oraz po wyroku NSA z 26.07.2022 r. (sygn. akt II FSK 1230/21), można i należy uznać, że organy podatkowe nie są - co do zasady - zobowiązane do stosowania tej koncepcji. Możliwość zastosowania tej koncepcji jest w zasadzie ograniczona tylko do przypadków, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki:

- wykorzystanie spółki pośredniczącej pomiędzy państwem płatnika a państwem odbiorcy należności będącego rzeczywistym beneficjentem nie skutkuje obniżeniem podatku u źródła pobieranym w państwie płatnika;
- występuje tożsamość płatności co do rodzaju w relacji płatnik - zagraniczna spółka pośrednicząca - zagraniczny odbiorca płatności będący rzeczywistym beneficjentem;
- całość struktury lub dana płatność nie jest sztuczna w rozumieniu art. 22c ustawy o CIT.

#### **2.4. Kryterium efektywnego opodatkowania**

Warunkiem skorzystania ze zwolnienia z art. 21 ust. 3 lub art. 22 ust. 4 ustawy o CIT jest m.in. wymóg, aby spółka podlegająca w innym niż RP państwie członkowskim UE lub w innym państwie należącym do EOG opodatkowaniu podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów bez względu na miejsce ich osiągnięcia, która nie korzysta ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem dochodowym od całości swoich dochodów, bez względu na źródło ich osiągnięcia. Przesłankę tą należy interpretować jako warunek podlegania efektywnemu opodatkowaniu w zakresie otrzymywanej należności<sup>37</sup>.

Wymóg efektywnego opodatkowania należy w szczególności rozumieć jako brak zwolnienia o charakterze podmiotowym czy przedmiotowym w stosunku do uzyskiwanych przychodów (dochodów). Pod uwagę należy również brać niepomniejszanie uzyskanego dochodu o hipotetyczne koszty, jak również brak możliwości uzyskania zwrotu podatku pobranego od tego dochodu bądź zaliczenia takiego podatku na poczet podatku z innych tytułów. W przypadku dywidend warunek powinien być rozumiany w ten sposób, iż podmiot otrzymujący dywidendę powinien podlegać efektywnemu opodatkowaniu w państwie członkowskim. Mając jednak na uwadze odmienną dyrektywę PS i dyrektywę IR, warunek ten powinien być odnoszony wyłącznie do aspektów podmiotowych<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Wyrok TSUE w sprawie *N Luxembourg I*, pkt. 85, 147 i 151-153, oraz wyrok NSA z 08.02.2023 r., sygn. akt II FSK 1278/22.

<sup>38</sup> Wyrok TSUE z 08.03.2017 r. w sprawie *Wereldhave*, sygn. akt C-448/15, pkt 43.