

BOGUMIŁ BRZEZIŃSKI

Uniwersytet Jagielloński

bogumil@umk.pl

ORCID: 0000-0003-3923-5627

KRZYSZTOF LASIŃSKI-SULECKI

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

kls@umk.pl

ORCID: 0000-0002-8380-8392

WOJCIECH MORAWSKI

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

wmoraw@umk.pl

ORCID: 0000-0002-2396-9434

***Look-through approach* w kontekście
klauzuli *beneficial owner* mającej
zastosowanie przy opodatkowaniu dywidend –
źródła transformacji niebezpiecznej koncepcji
antyabuzywnej w instrument ochrony
interesów podatnika i płatnika¹**

**Look-through approach in the context of the beneficial owner clause
applicable to the taxation of dividends – sources of transformation of
a dangerous anti-abuse concept into an instrument to protect the
interests of the taxpayer and the tax remitter**

¹ Publikacja powstała w ramach projektu badawczego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki nr 2019/35/B/HS5/00554 pt. Wykładnia prawa podatkowego w kontekście upływu czasu.

Streszczenie. Publikacja dotyczy analizy zagadnienia skutków wypłaty dywidendy do podmiotu, który nie może być uznany za *beneficial owner*. Na tym tle zaprezentowano analizę koncepcja *look-through approach*. Wskazano na aksjologiczne i normatywne uzasadnienie tej koncepcji. Interesujące jest to, że faktyczną przyczyną jej pojawienia się w orzecznictwie polskich sądów i praktyce administracyjnej był projekt aktu interpretacyjnego, który zresztą nigdy nie został zatwierdzony przez Ministra Finansów.

Słowa kluczowe: beneficial owner; look-through approach; ruling podatkowy; akt interpretacyjny.

Abstract. This article analysis an issue of the effects of a payment of dividends to an entity that cannot be considered as a beneficial owner. Against this background, an analysis of the look-through approach is presented. The axiological and normative justification of this concept is indicated. It is interesting that the actual reason for its appearance in the jurisprudence of Polish courts and administrative practice was a draft interpretative act which, incidentally, has never been approved by the Minister of Finance.

Keywords: beneficial owner; look-through approach; tax ruling; interpretative act.

1. Wprowadzenie

Analizowany problem ma dwie warstwy. Pierwsza – najbardziej widoczna – to zagadnienie skutków wypłaty dywidendy do podmiotu, który nie może być uznany za *beneficial owner*. Wiąże się z tym koncepcja *look-through approach*. Ale można też w sprawie tej widzieć kolejną warstwę, która ma bardziej ogólne znaczenie. Tym drugim aspektem sprawy jest tryb „wejścia” tej koncepcji do polskiego orzecznictwa. Dość rzadko się zdarza, aby projekt aktu interpretacyjnego był tak często przywoływany w orzecznictwie i miał praktyczne znaczenie dla ukształtowania się jakiejś linii orzeczniczej. Oba aspekty problemu uzasadniają podjęcie jego analizy. Celowe wydaje się tu postawienie pytania, czy brak wyraźnej podstawy prawnej do zastosowania tytułowej koncepcji oznacza, że rzeczywiście takiej podstawy prawnej nie da się wywieść z innych przepisów? Istotne jest zbadanie znaczenia projektu aktu interpretacyjnego dla prak-

tyki orzeczniczej polskich organów wydających interpretacje indywidualne oraz sądów.

2. *Look-through approach* – założenia koncepcji

Koncepcja *look-through approach* jest jedną z koncepcji orzeczniczych (nic nie stoi jednak na przeszkodzie, aby miała ona wyraźną podstawę prawną), która nie jest ściśle związana z konkretną regulacją prawa podatkowego. Polega ona na pominięciu istnienia jakiegoś podmiotu prawnego i przypisaniu zysków osiągniętych przez ten podmiot innemu podmiotowi, który „stoi za nim”. Ów pomijany podmiot uznawany jest za nieistotny z punktu widzenia gospodarczego. Jego nieistotność wynikać może z faktu sztucznego pojawienia się go w strukturze transakcji gospodarczej. W pewnym sensie koncepcja ta może być traktowana jako prowadząca do „odkrycia” sensu gospodarczego całego ciągu operacji gospodarczej, co polega na pominięciu tych elementów, które (mimo tego, że formalnie, w sensie prawa cywilnego, istnieją) nie są kluczowe z punktu widzenia gospodarczego, a jednocześnie prowadziłyby do sytuacji charakteryzującej się zniekształceniem skutków podatkowych tej struktury. Koncepcja ta wiąże się z negatywną oceną istnienia pomijanego elementu operacji gospodarczej.

W języku polskim trudno poprawnie oddać tę koncepcję. Dosłownie można by ją tłumaczyć jako „koncepcja spojrzenia przez”. Można ewentualnie próbować używać zwrotu nawiązującego do transparentności działań pomijanego podmiotu, ale to mogłoby zbyt kojarzyć się z problematyką podmiotowości podatkowej.

Przykładowo, na tle art. 17 Modelu Konwencji OECD (dalej: MK OECD) dotyczącego opodatkowania artystów i sportowców stwierdzono:

„8. Paragraph 1 applies to income derived directly and indirectly by an individual artiste or sportsman. In some cases the income will not be paid directly to the individual or his impresario or agent. For instance, a member of an orchestra may be paid a salary rather than receive payment for each separate performance: a Contracting State where a performance takes place is entitled, under paragraph 1, to tax the proportion of

the musician's salary which corresponds to such a performance. Similarly, where an artiste or sportsman is employed by e.g. a one person company, the State where the performance takes place may tax an appropriate proportion of any remuneration paid to the individual. In addition, where its domestic laws "look through" such entities and treat the income as accruing directly to the individual, paragraph 1 enables that State to tax income derived from appearances in its territory and accruing in the entity for the individual's benefit, even if the income is not actually paid as remuneration to the individual."²

W polskiej wersji komentarza OECD użyto zwrotu: „jeżeli ustawodawstwo danego państwa pozwala nie zauważać takich jednostek”³. To przykład tłumaczenia może nie dosłownego, ale dość dobrze oddającego istotę tej instytucji.

3. Zakres zastosowania koncepcji *look-through approach* – zła i dobra twarz koncepcji

Oczywiście koncepcja ta nie pojawia się tylko w kontekście opodatkowania sportowców; należy raczej przyjąć, że art. 17 MK OECD to margines jej stosowania. Już w raporcie dotyczącym spółek podstawionych z 1986 r.⁴ jako rozwiązania, które mogą służyć zwalczaniu niewłaściwego wykorzystywania umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, wskazano

² OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017. Full version*, OECD 2019, *Commentary on Article 17*, <https://www.oecd.org/tax/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-full-version-9a5b369e-en.htm> (dostęp: 7.02.2023 r.). Szerzej na ten temat: A.J. Juarez, *Limitation to the Cross-Border Taxation of Artistes and Sportsmen under the Look-Through Approach in Article 17 (1) of the OECD Model Convention*, "European Taxation" 2003, nr 11, s. 409–419.

³ K. Bany (tłum.), *Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku. Wersja skrócona*, Warszawa 2000, s. 185. Tak samo nowsza wersja: K. Bany (tłum.), *Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku. Wersja skrócona. Lipiec 2010*, Warszawa 2011, s. 332.

⁴ *Double Tax Conventions and the Use of Conduit Companies*, OECD Paris 1986.

wiele instrumentów szczególnych, wymierzonych przeciwko wybranym mechanizmom unikania opodatkowania, takim jak *look-through approach*, *exclusion approach*, *subject-to-tax approach* oraz *bona fide approach* (w raporcie omówiono istotę tych instytucji oraz zasugerowano szkielet unormowań, które mogłyby być przyjęte przez umawiające się państwa w umowach o UPO).⁵

Klauzula (a częściej z punktu widzenia formalnego: koncepcjaorzecznicza albo doktrynalna) *look-through* była więc traktowana jako rodzaj klauzuli antyabuzywnej, nieraz postrzegana w pewnym powiązaniu z klauzulą *beneficial owner* jako też swoistej klauzuli antyabuzywnej.

Tymczasem w kontekście klauzuli *beneficial owner* koncepcja *look-through approach* pokazuje swoją lepszą twarz, a wręcz staje się instrumentem ochrony interesów podatnika.

Zgodnie z art. 10 MK OECD:

1. Dywidendy, które płaci spółka mająca siedzibę na terytorium jednego Umawiającego się Państwa osobie mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium drugiego Umawiającego się Państwa, mogą być opodatkowane przez drugie Umawiające się Państwo.
2. Dywidendy te mogą być opodatkowane także w tym państwie, w którym spółka wypłacająca dywidendę ma swoją siedzibę, i zgodnie z prawem tego państwa, ale jeżeli osoba uprawniona do dywidend (ang.: *beneficial owner*) ma miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim umawiającym się państwie, to podatek tak wymierzony nie może przekroczyć (...).⁶

Zastosowanie klauzuli *beneficial owner* powoduje, że podmiot, który otrzymuje dywidendę (lub inną wypłatę), nie może skorzystać z korzystnego rozwiązania podatkowego (niższa stawka) przewidzianego w umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania. W istocie jego istnienie jest więc niedostrzegane z punktu widzenia tej korzystnej regulacji prawnej

⁵ M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, Warszawa 2015, s. 44 i n.

⁶ Typowa treść art. 10 MK OECD oparta na: K. Bany (tłum.), *Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku. Wersja skrócona. Lipiec 2010*, Warszawa 2011, s. 35. Przepis ten przewiduje różne wysokości stawek obniżonych.

dotyczącej obniżonej stawki podatkowej. Nie oznacza to pełnej transparentności podatkowej podmiotu, który otrzymuje faktycznie dywidendę, jednak nie zostanie on uznany za „podmiot uprawniony” (*beneficial owner*), a tylko nie zostanie dostrzeżony w kontekście niższej stawki podatku u źródła. Oznacza to, że podmiot ten byłby podmiotem, który jest podatnikiem podatku od dywidendy. Problem w tym, że wskutek tego zapłaci on podatek według zwykłej stawki podatkowej.

W tym kontekście koncepcja *look-through* oznacza dopełnienie okoliczności pominięcia istnienia tego podmiotu także z punktu widzenia stosowania innych regulacji prawa podatkowego. W pewnym uproszczeniu można uznać, że łączne zastosowanie koncepcji *beneficial owner* i koncepcji *look-through* skutkuje w swoisty sposób pełną transparentnością podmiotu, który faktycznie otrzymuje dywidendę lub inne świadczenie, ale nie będzie uznany za spełniający wymagania niezbędne do otrzymania statusu *beneficial owner* (podmiotu uprawnionego). Podmiot, który otrzymuje dywidendę, ale nie jest uznawany za *beneficial owner*, nie tylko więc nie skorzysta z niższej stawki podatkowej, ale nie zostanie obciążony podatkiem w ogóle.

Jego miejsce zajmie natomiast podmiot uznany za *beneficial owner*, a więc najczęściej ten, któremu on z kolei przekaże dywidendę. Konsekwentnie też ocena, jaka stawka znajdzie zastosowanie do dywidendy, będzie odbywała się przez pryzmat statusu podmiotu, który jest uznany za *beneficial owner*, nieraz na podstawie innej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

4. *Look-through* – podejście polskiego Ministerstwa Finansów oraz organów podatkowych

Koncepcja *look-through approach* nie jest więc – co oczywiste – jedynie instrumentem służącym zwalczaniu optymalizacji podatkowej. Nie w każdym zresztą wypadku zastosowanie klauzuli *beneficial owner* wiązać się musi ze zwalczaniem niezasadnej optymalizacji podatkowej. Koncepcja ta zakłada bowiem konsekwentne podejście do problemu, jakim jest sytuacja pojawienia się podmiotu, który z punktu widzenia podatko-

wego powinien być pominięty przy ustalaniu konsekwencji podatkowych zdarzenia. Koncepcja ta sprowadza się nie tylko do odmowy korzyści podatkowych, które hipotetycznie byłyby przyznane temu podmiotowi, ale na kompletnym pominięciu faktu jego istnienia. Podatnik nie otrzymuje korzyści, których mógłby się spodziewać z uwagi na ściśle formalne spełnienie warunków do ich uzyskania, ale też jego sytuacja nie ulega pogorszeniu w stosunku tej, w jakiej by się znalazł, gdyby nie podjął działania, które zostało uznane za nieakceptowalne z punktu widzenia interesów fiskalnych państwa źródła. Takie podejście jest w pełni zrozumiałe w toku stosowania rozwiązań o charakterze antyabuzywnym lub do niego zbliżonym. Zmierzają one przecież bowiem do tego, aby czynności sztuczne, mające na celu uzyskanie korzyści podatkowej zastąpić – na potrzeby podatkowe – odpowiednimi czynnościami, których racjonalnie dokonałby podmiot kierujący się celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej.

Bez wątpienia zasadnie zastosowanie tej koncepcji zaproponował polski Minister Finansów w projekcie objaśnień do przepisów dotyczących poboru podatku u źródła z dnia 19 czerwca 2019 r.⁷ W tym projekcie, który nadal nie zmaterializował się w formie objaśnień, stwierdzono:

Podsumowując powyższe, funkcjonujące na gruncie prawa międzynarodowego (UPO) pojęcie *beneficial owner*, które odpowiada polskiemu pojęciu rzeczywistego właściciela, stanowi koncepcję służącą przyznawaniu korzyści podatkowej jedynie tym podmiotom, które w danych okolicznościach nie działają w charakterze pośrednika. Należy więc przyjąć, że nie każdy podmiot, który jest bezpośrednim odbiorcą należności i przedstawia polskiemu płatnikowi certyfikat rezydencji określonego państwa, jest uprawniony do skorzystania z uprawnień przewidzianych w UPO łączącej Polskę z tym państwem. W konsekwencji:

- odwołując się do zaprezentowanego wyżej celu zawierania UPO, a także
- mając na uwadze, że zgodnie z art. 31 ust. 1 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, «traktat należy interpretować w dobrej wierze,

⁷ <https://www.gov.pl/web/finanse/konsultacje-podatkowe-w-sprawie-objasnien-do-przepisow-w-zakresie-zasad-poboru-podatku-u-zrodla> (dostęp: 7.02.2023 r.).

zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu»,

zasadne jest uznać, że podmioty pośredniczące, a więc te, które co do zasady nie spełniają definicji rzeczywistego właściciela, nie powinny korzystać z uprawnień przyznawanych przez poszczególne UPO. Niemniej jednak z przewidzianych w UPO i prawie Unii Europejskiej (tzn. Dyrektywy PS i IR) mogą korzystać inwestorzy (udziałowcy) z kraju objętego tymi postanowieniami, jeżeli są oni podatnikami w stosunku do otrzymanej należności i spełniają inne warunki przewidziane dla tych uprawnień (np. w określonych sytuacjach posiadają status rzeczywistego właściciela). Rozwiązanie to odpowiada koncepcji znanej pod nazwą «look through approach»⁸.

Analogiczne wnioski mają zastosowanie w przypadku wypłat należności podlegających preferencyjnemu traktowaniu na podstawie przepisów unijnych dyrektyw podatkowych (tj. Dyrektywy PS i Dyrektywy IR). Jak zauważył TSUE, analiza całokształtu okoliczności faktycznych umożliwia sprawdzenie czy doszło do nadużycia poprzez sztuczną konstrukcję (np. wykorzystanie spółki utworzonej nie ze względów odzwierciedlających rzeczywistość ekonomiczną i nieprowadzącej rzeczywistej działalności gospodarczej).

Co warto zauważyć, okoliczność, iż powyżej wskazany projekt objaśnień nie został przyjęty, nie oznacza, że meritum prezentowanej koncepcji nie jest akceptowane.

Przykładowo w interpretacji Dyrektora KIS z dnia 14 czerwca 2022 r. (0111-KDIB2-1.4010.128.2022.2.AR)⁸ podatnik zadał pytanie o zastosowanie prezentowanej koncepcji, stwierdzając:

Zatem sytuacja, w której otrzymujący dywidendy i spółka, której dalej jest też przekazywana ta dywidenda, mają siedzibę w tym samym kraju UE, nie nosi znamion oszustwa lub nadużycia prawa do zwolnienia od dywidendy podatku dochodowego. W takiej bowiem sytuacji bez względu na to, która z tych spółek otrzymałaby dywidendę, mogłaby ona i tak skorzystać z prawa do zwolnienia wypłacanych dywidend od podatku

⁸ Wszystkie interpretacje indywidualne cytowane na podstawie Systemu Informacji Celno-Skarbowej EUREKA, administrowanej przez Krajową Informację Skarbową <https://eureka.mf.gov.pl/> (dostęp: 7.02.2023 r.).

u źródła przewidzianego w Dyrektywie. Jednocześnie w takiej sytuacji brak jest «wystąpienia subiektywnego elementu w postaci woli uzyskania korzyści wynikającej z uregulowania Unii poprzez sztuczne stworzenie warunków wymaganych dla jej uzyskania» (zob. wyrok w sprawie C-116/16), skoro bez względu na to, czy istniałaby spółka pośrednicząca, czy też nie, prawo do skorzystania z przywilejów wynikających z przepisów Dyrektywy i tak przysługiwałoby. Powyższe wnioski znajdują również potwierdzenie na gruncie koncepcji «look-through approach». Jak zauważył bowiem Minister Finansów w «Projekcie objaśnień podatkowych dotyczących zasad poboru podatku u źródła» z dnia 19 czerwca 2019 r.: « (...) zasadne jest uznać, że podmioty pośredniczące, a więc te, które co do zasady nie spełniają definicji rzeczywistego właściciela, nie powinny korzystać z uprawnień przyznawanych przez poszczególne UPO. Niemniej jednak z przewidzianych w UPO i prawie Unii Europejskiej (tzn. Dyrektywy PS i IR) mogą korzystać inwestorzy (udziałowcy) z kraju objętego tymi postanowieniami, jeżeli są oni podatnikami w stosunku do otrzymanej należności i spełniają inne warunki przewidziane dla tych uprawnień (np. w określonych sytuacjach posiadają status rzeczywistego właściciela). Rozwiązanie to odpowiada koncepcji znanej pod nazwą *look-through approach*». Koncepcja ta potwierdza, że – w przypadku wypłaty dywidendy, gdy odbiorca dywidendy i spółka, której ta dywidenda jest dalej przekazywana, mają miejsce siedziby dla celów podatkowych w tym samym państwie – nie ma przeszkód, aby zastosować zwolnienie od opodatkowania dywidendy przewidziane w umowie w sprawie unikania podwójnego opodatkowania zawartej z tym państwem lub przewidziane w Dyrektywie. Podsumowując, w świetle przepisów Dyrektywy i wiążących organy podatkowe i sądy wyroków TSUE, należy badać, czy odbiorca dywidendy uprawniony jest do zwolnienia od podatku dochodowego wynikającego z art. 22 ust. 4 ustawy o CIT, nie przez pryzmat tego, czy ten odbiorca jest rzeczywistym właścicielem tej dywidendy w świetle definicji zawartej w art. 4a pkt 29 ustawy o CIT, lecz przez pryzmat tego, czy: – struktura, w ramach której funkcjonuje odbiorca dywidendy, jest sztuczna, i – została stworzona w celu uniknięcia opodatkowania.

Rozważana sytuacja polegała na tym, że za jednym podmiotem, który nie został uznany za *beneficial owner*, „stał” kolejny, który otrzymał środki dla siebie, a więc był na pewno podmiotem uprawnionym. Organ interpretacyjny uznał, że sytuacja tego drugiego podmiotu jest relewantna

dla oceny zasad opodatkowania środków wypłacanych „fizycznie” pierwszemu podmiotowi. Niestety organ odstąpił od uzasadnienia stanowiska, które uznał za prawidłowe, co jednak może oznaczać, że akceptuje nie tylko meritum poglądu wnioskodawcy, ale także jego uzasadnienie.

Analogicznie wygląda treść interpretacji indywidualnej Dyrektora KIS z dnia 20 lipca 2020 r. (0111-KDIB1-2.4010.292.2022.4.EJ), która jednak zapadła na tle problemu operacji gospodarczej *cash pooling*. Tak samo zaakceptowano pogląd wnioskodawcy w interpretacji indywidualnej Dyrektora KIS z dnia 16 marca 2022 r. (0111-KDIB2-1.4010.15.2022.2.BJ). W tej sprawie istniała spółka, która dokonywała technicznych rozliczeń między różnymi podmiotami i oczywiście nie została ona uznana za *beneficial owner*. Organ interpretacyjny racjonalnie uznał, że należy ją pominąć właśnie na podstawie koncepcji *look-through*. Kolejnym przykładem zastosowania koncepcji *look-through approach* jest interpretacja Dyrektora KIS z dnia 18 marca 2020, znak 0114-KDIP2-1.4010.534.2019.2.JC, w której organ interpretacyjny zaakceptował (odstąpił od uzasadnienia) stanowisko wnioskodawców, iż: „przy każdej pojedynczej płatności należy zastosować *look-through approach* i ustalić, czym definitywnym przysporzeniem jest dana płatność”.

Zasadniczo więc organy interpretacyjne akceptują analizowaną tutaj koncepcję⁹.

Z takim podejściem do istoty koncepcji *look-through* oraz konsekwencji w jej zastosowaniu należy się zgodzić. Gdyby stało się ono częścią polskiego porządku prawnego, to byłoby ono przykładem uczciwego i zbalansowanego rozstrzygnięcia problemu zwalczania optymalizacji podatkowej oraz ochrony praw podatników. Istnieje z pewnością konsensus, iż jest to rozwiązanie aksjologicznie zasadne. Przedmiotem rozważań stanie się więc tylko wskazanie podstaw prawnych takiego toku rozumowania, który zaprezentowano w przywołanym projekcie Ministerstwo Finansów. O ile bowiem koncepcja ta zasługuje na akceptację, o tyle tryb jej „wdrożenia” musi już budzić obawy podatników, zwłaszcza że została ona ujęta w projekcie, który nie wszedł na razie formalnie w życie. Z dru-

⁹ M. Boniecka, „Look through approach” w *kontekście nowego mechanizmu poboru podatku u źródła*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 3, s. 24–25.

giej strony, wydając objaśnienia i to w nich chcąc zmaterializować koncepcję *look-through approach*, Minister Finansów jasno dał do zrozumienia, że nie traktuje jej jako nowości prawnej. Oznacza to, że – nawet w ocenie Ministra Finansów – koncepcja ta może znaleźć zastosowanie także do zdarzeń sprzed wejścia w życie objaśnień. Gdyby było inaczej, to zostałyby ona wprowadzona w drodze zmian prawa, a nie wydania objaśnień.

5. *Look-through approach* w kontekście wykładni językowej przepisów prawa podatkowego w orzecznictwie podatkowym

Koncepcja *look-through* budzi pewne wątpliwości w kontekście ściśle językowego rozumienia umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Otóż umowa ma zastosowanie do podatnika, który jest rezydentem danego państwa (i który osiąga przychód z danej operacji), co nie jest tożsame z uznaniem tego podmiotu za posiadającego przymiot *beneficial owner*. Może być więc tak, że odbiorca dywidendy zostanie uznany za podatnika podatku w kraju swej siedziby (X), ale nie będzie on jednocześnie rzeczywistym odbiorcą dywidendy, za którego zostanie uznany podmiot z kraju trzeciego (Y). Jednak podmiot z kraju trzeciego może nie zostać uznany za podmiot otrzymujący dochody z kraju, z którego dywidenda została wypłacona (Z). W rozważanym wypadku prowadziłoby to do takiego skutku, że nie można byłoby stosować umowy między państwami Y i Z.

Takie poglądy można spotkać w wyroku z dnia 26 listopada 2019 r. (I SA/GI 727/19, orzeczenie nieprawomocne)¹⁰, w którym Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach stwierdził:

W badanej sprawie przedmiotem kontroli Sądu była interpretacja indywidualna przepisów prawa podatkowego, przy czym – co istotne dla granic

¹⁰ Wszystkie wyroki polskich sądów administracyjnych cytowane na podstawie Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych (CBOSA), <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/cbo/query> (dostęp: 7.02.2023 r.).

rozpoznania niniejszej skargi – jej przedmiotem była zasadność opodatkowania zryczałtowanym podatkiem dochodowym odsetek wypłacanych podmiotowi zagranicznemu (C S.A.) oraz kwestia płatnika tego podatku (art. 21 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b ustawy podatkowej). Według strony skarżącej, na Spółce jako na płatniku w latach 2017 i 2018 nie spoczywał obowiązek pobrania zryczałtowanego podatku dochodowego od wypłaconych odsetek z tytułu Obligacji Wewnętrznych wypłaconych na rzecz nierezydenta – spółki C S.A. z siedzibą w Wielkiej Brytanii, a to z tego powodu, że spółce tej nie można przypisać statusu rzeczywistego odbiorcy odsetek a jedynie status podmiotu pośredniczącego. Zdaniem organu natomiast, nawet jeżeli C S.A., na rzecz której wypłacane są odsetki, nie jest ich rzeczywistym, ostatecznym właścicielem (co nie było przedmiotem interpretacji), to osiąga z tego tytułu przychód na terenie Polski. Zatem, niezależnie od tego, kim są obligatariusze Obligacji Wewnętrznych 2, spółkę brytyjską należy uznać za podatnika, co z kolei determinuje ocenę, że skarżąca Spółka jest płatnikiem zryczałtowanego podatku dochodowego od wypłaconych należności odsetkowych z tytułu emisji obligacji.

Przedmiot sporu w badanej sprawie w istocie ogranicza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy Spółka, przekazując na rzecz podmiotu zagranicznego odsetki, będzie zobowiązana jako płatnik do pobrania zryczałtowanego podatku dochodowego. Powtórzyć przyjdzie, że strona skarżąca, wskazując na brak powyższego obowiązku, akcentowała dwie okoliczności:

- pierwszą, że spółka zagraniczna nie jest podatnikiem ww. podatku, gdyż nie jest finalnym odbiorcą odsetek, a tylko pośrednikiem w dalszym ich przekazywaniu;
- drugą, że obowiązki płatnika zostały w takiej sytuacji uregulowane w art. 26 ust. 2 a i 2b ustawy podatkowej, a nie w art. 26 ust. 1 tej ustawy.

(...)

W ocenie Spółki w przedstawionym stanie faktycznym zastosowanie znajdą przepisy ust. 2a i 2b art. 26 jako *lex specialis* wobec jego ust. 1. Jak wskazała Spółka, należności z tytułu odsetek przekazała na rzecz C S.A., która to spółka – jako pośrednik – dokona dalszego przekazania należności. Przekazanie należności nastąpiło więc na rzecz podmiotu zagranicznego i nie dotyczyło rachunku zbiorczego – co w konsekwen-

cji oznacza, że w przedstawionym przez Spółkę stanie faktycznym zastosowanie będzie miała reguła ogólna wynikająca z art. 26 ust. 1 u.p.d.o.p. Sąd podziela ocenę organu interpretacyjnego, iż o tym, czy C S.A. jest podatnikiem decyduje fakt uzyskiwania przez nią przychodów z tytułu odsetek na terenie RP, nie zaś posiadanie statusu tzw. *beneficial owner* (w rozumieniu art. 4a pkt 29 u.p.d.o.p.) wobec tej należności, ponieważ w przypadku przychodów z odsetek podatnikiem jest ten podmiot, który uzyskuje przychód z tego tytułu, nie zawsze będąc rzeczywistym beneficjentem/właścicielem należności. Jak trafnie zauważył organ, ustalenie faktycznego beneficjenta odsetek ma wpływ wyłącznie na ustalenie prawa do zwolnienia przychodów od opodatkowania, nie zaś ustalenie statusu podatnika.

Kluczowe są ostatnie słowa cytowanego fragmentu uzasadnienia wyroku. Opierając się tylko na ściśle rozumianej wykładni językowej, takie stanowisko sądu oczywiście ma jakieś uzasadnienie, gdyż kryteria uznania podmiotu za *beneficial owner* nie są tożsame z kryteriami uznania go za osobę mającą miejsce zamieszkania w danym państwie (czyli będącą rezydentem tego państwa). Problem tkwi w tym, że sąd zdaje się przedstawiać tylko na prostej wykładni językowej, czego w obliczu tak trudnego problemu z zakresu międzynarodowego prawa podatkowego nie można uznać za satysfakcjonujące. Konwencja wiedeńska o prawie traktatów¹¹ nie przywiązuje bowiem tak dużego znaczenia do wykładni językowej, jak ma to miejsce w wypadku wykładni krajowego prawa podatkowego w Polsce.

W innych orzeczeniach sądy nie wyraziły wprost swojego podejścia do koncepcji *look-through*, ale znajdują się w nich poglądy, które nawiązują do tego toku rozumowania.

Przykładowo w wyroku WSA w Krakowie z 21 lutego 2019 r. (I SA/Kr 989/18, orzeczenie nieprawomocne) można przeczytać:

Jak słusznie zauważył organ, pojęcie rzeczywistego beneficjenta (*beneficial owner*) nie zostało zdefiniowane na gruncie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Z Komentarza do Konwencji Modelowej

¹¹ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990, Nr 74, poz. 439, dalej: konwencja wiedeńska lub k.w.p.t.).

OECD wynika tymczasem, że postanowienia umów (konwencji) o unikaniu podwójnego opodatkowania w zakresie dotyczącym odsetek mają zastosowanie jedynie w przypadku, gdy to podmiot uzyskujący odsetki posiada status rzeczywistego odbiorcy (*beneficial owner*), czyli jest podmiotem, którego prawo do dysponowania otrzymaną płatnością nie ma wyłącznie formalnego charakteru. Co do zasady w sytuacji, gdy płatność dokonywana jest na rzecz pośrednika będącego rezydentem określonego państwa, który następnie przekazuje tę płatność ostatecznemu odbiorcy, państwo w którym powstaje dana płatność, nie jest zobowiązane do zastosowania wobec tego pośrednika postanowień umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Treść Komentarza do Konwencji Modelowej OECD podlegała pewnym modyfikacjom od momentu wprowadzenia do niej kryterium „osoby uprawnionej”. Jednak żadna z wersji Komentarza nie podważa powyższych reguł. Sam bowiem fakt bycia rezydentem określonego państwa i otrzymania płatności nie jest wystarczającym warunkiem do skorzystania z postanowień umów o unikaniu podwójnego opodatkowania w sytuacji, gdy prawo do dysponowania dochodem ma ograniczony charakter. Oznacza to, że postanowienia umów o unikaniu podwójnego opodatkowania mają zastosowanie do podmiotów będących faktycznymi odbiorcami odsetek. W ocenie Sądu przedstawiona przez organ wykładnia przepisów prawa podatkowego w kontekście postanowień Konwencji polsko-szwedzkiej pozostaje w zgodzie z celem Modelowej Konwencji OECD.

Treść uzasadniania nie jest może jednoznaczna, ale sąd stwierdza: „państwo, w którym powstaje dana płatność, nie jest zobowiązane do zastosowania wobec tego pośrednika postanowień umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania”. Takie sformułowanie sugeruje akceptację dla koncepcji *look-through*, gdyż pozwala pominąć istnienie pośrednika i – jak można domniemywać – nie stosować umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania dotyczącej pośrednika.

Jednak dalej sąd stwierdził:

Końcowo należy zauważyć, iż trafnie wskazał organ w zaskarżonej decyzji, iż ogólna zasada kierująca opodatkowaniem odsetek wypłacanych przez rezydenta polskiego na rzecz rezydenta państwa członkowskiego została uregulowana w ustawie o podatku dochodowym od osób praw-

nych. Dopiero w przypadku stwierdzenia, iż w danej sytuacji zastosowanie ma umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania, może dojść do wyłączenia opodatkowania dochodu bądź zaliczenia podatku zapłaconego w jednym państwie na poczet podatku należnego w innym państwie. Jak wynika z prawidłowo ustalonego przez organ stanu faktycznego sprawy, skarżąca Spółka dokonała wypłaty przedmiotowych odsetek na rzecz CPF, który to podmiot, jak przekonywująco wykazano w ramach przeprowadzonego postępowania, nie posiadał statusu rzeczywistego beneficjenta otrzymanych odsetek. W konsekwencji trafnie przyjął organ, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdą jedynie uregulowania ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych.

Wskazuje to na niejednoznaczność stanowiska sądu, który chyba nie rozpatrywał sporu w kontekście koncepcji *look-through*.

Z treści uzasadnień wyroków widać dość wyraźnie, że sądy nie zmierzyły się jeszcze z tą koncepcją w sposób gruntownie przemyślany i nie wyraziły w sposób jasny swojego stanowiska. Wyciąganie wniosków z krótkich wzmianek w orzeczeniach wydaje się być obciążone pewną dozą ryzyka.

Niestety, gdy wydawało się, że problem koncepcji *look-through* będzie w jednej ze spraw osią sporu przed sądem administracyjnym, to spór został rozstrzygnięty na podstawie przepisów o przedawnieniu zobowiązań podatkowych (wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 20 lutego 2020 r., I SA/Go 797/19, orzeczenie nieprawomocne).

Do analizowanej koncepcji zdaje się nawiązywać WSA w Gliwicach w wyrokach z 30 stycznia 2020 r. (I SA/Gl 1490/19, analogicznie wyroki: I SA/Gl 1488/19, I SA/Gl 1491/19) na tle polsko-koreańskiej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, stwierdzając:

W Umowie zastrzeżono bowiem, że odbiorca odsetek musi być ich właścicielem. Jednakże w ocenie Sądu zastrzeżenie to, wbrew twierdzeniu organu interpretacyjnego nie może być rozumiane jako „wypłata bezpośrednia na rzecz właściciela”, bowiem tylko w takim wypadku właściciel może być odbiorcą odsetek. Zdaniem Sądu rozumienie pojęcia „odbiorca odsetek jest ich właścicielem” należy rozumieć w ten sposób, że podmiot ostatecznie otrzymujący odsetki jest równocześnie ich właścicielem. Ro-

zumienie takie wynika z założenia, że pod pojęciem tym nie może mieścić się sytuacja, w której odbiorca odsetek otrzymuje ją nie dla własnej korzyści, a jako podmiot zobowiązany do jej przekazania w całości lub części innemu podmiotowi, w tym takiemu, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie trzecim. Innymi słowy, aby doszło do spełnienia przesłanki wynikającej z ww. przepisu właściciel odsetek powinien być równocześnie ich odbiorcą końcowym. Nie chodzi więc o to, aby „odbiorca odsetek” był odbiorcą bezpośrednim, ale o to, by jako odbiorca faktyczny (a nie pośrednik) był ich właścicielem, a zatem „osobą uprawnioną” do odsetek. Innymi słowy, by ostatni podmiot w łańcuchu transakcji przelewów „odsetek” był jego właścicielem i ma siedzibę na terenie drugiego z umawiających się Państw.

Już wcześniej w wyroku NSA z 11 marca 2015 r. (II FSK 215/13) wskazano, że w sytuacji, gdy płatność dokonywana jest na rzecz pośrednika będącego rezydentem określonego państwa, który następnie przekazuje tę płatność ostatecznemu odbiorcy, państwo nie jest zobowiązane do zastosowania właściwej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania do pośrednika. Nie oznacza to natomiast braku możliwości zastosowania postanowień odpowiedniej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania wobec ostatecznego odbiorcy płatności z tytułu odsetek, który jako faktyczny odbiorca jest „osobą uprawnioną do odsetek”. Jak wskazał sąd, nie chodzi o to, aby odbiorca odsetek był odbiorcą bezpośrednim, ale o to, by to odbiorca faktyczny (a nie pośrednik) był osobą uprawnioną do odsetek.

Niekiedy sąd, nie uwzględniając analizowanej koncepcji, wskazuje, że po prostu w tym konkretnym wypadku „nie pasowała” ona do sprawy:

Odnosząc się do kolejnego z zarzutów skargi, w ocenie Sądu w realiach niniejszej sprawy brak było też podstaw do uwzględnienia w sprawie tzw. koncepcji look-through approach. Założeniem tej koncepcji jest uzyskanie statusu rzeczywistego właściciela przez podatnika, na rzecz którego pośrednik (przedstawiciel czy inny podmiot) przekazują daną płatność, dzięki czemu polski płatnik należności będzie miał możliwość skorzystania z preferencyjnych zasad opodatkowania podatkiem u źródła.

Jest to koncepcja, z którą wiąże się możliwość zastosowania umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania państwa siedziby rzeczywistego właściciela danej należności, a nie jej bezpośredniego odbiorcy. Zaznacza

się również, że omawiana koncepcja nie została wprost zawarta w obowiązujących przepisach updog dotyczących podatku u źródła [tak: M. Boniecka, „Look through approach” w kontekście nowego mechanizmu poboru podatku u źródła, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” nr 3/2020, s. 22 i 24, I. Krzemińska, Zastosowanie tzw. koncepcji look through w płatnościach transgranicznych, *Kazus Podatkowy* stycznia 2020, s. 34]. W ocenie Sądu, wypracowana w doktrynie międzynarodowego prawa podatkowego koncepcja look through approach zakłada jedynie, że w przypadku występowania pośredników w płatnościach należności płatnik powinien stosować przepisy odpowiedniej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej z państwem, którego rezydentem jest rzeczywisty beneficjent wypłacanej należności.

Należy jednakże w tym miejscu zauważyć dodatkowo, iż skarżąca, odwołując się do koncepcji look through approach, nie wskazywała konkretnych podmiotów mających być według niej w dalszej kolejności rzeczywistymi beneficjentami wypłacanych przez nią odsetek, jak również nie złożyła ich certyfikatów rezydencji będących w świetle art. 26 ust. 1 updog jednym z warunków zastosowania wobec nich zwolnienia.

Niezależnie od braku umocowania koncepcji look through approach w przepisach updog w brzmieniu obowiązującym w omawianym okresie rozliczeniowym, zauważyć też trzeba, że nie precyzuje ona do kogo, płatnika czy też organu podatkowego, należy wskazanie rzeczywistego beneficjenta wypłacanych należności. Jednakże niewątpliwie warunkiem zastosowania postanowień jakiegokolwiek umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania jest przedłożenie aktualnych na moment korzystania z ewentualnego zwolnienia certyfikatów rezydencji podatnika. Nie ma wątpliwości, że przepis 26 ust. 1 updog warunkuje zastosowanie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania od posiadania certyfikatu rezydencji podatnika. W świetle umów o unikaniu podwójnego opodatkowania wzorowanych na modelu konwencji OECD należy przyjąć, że przez podatnika, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy o PDOP, należy rozumieć rzeczywistego beneficjenta wypłacanych przez płatnika należności. Jak wynika bowiem z powyższych rozważań, tylko ten podmiot może korzystać z postanowień umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.¹²

¹² Wyrok WSA w Opolu z dnia 9 września 2022 r., I SA/Op 155/22, orzeczenie nieprawomocne.

Warto jeszcze zwrócić uwagę na orzecznictwo sądów obcych, które może być wskazówką co do tendencji orzeczniczych w międzynarodowym prawie podatkowym, których nie można pomijać przy wykładni polskich umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Znamienny jest tu wyrok Sądu Wschodniej Danii, z dnia 3 maja 2021 r. (B-1980-12 Duńskie Ministerstwo Podatków przeciwko NetApp). Wyrok ten zapadł po słynnych wyrokach w sprawach duńskich Trybunału Sprawiedliwości UE, które spowodowały niemalże zamieszanie także w polskiej praktyce podatkowej. Stan sprawy był taki (w dużym uproszczeniu, gdyż istota sporu o *beneficial owner* nie ma znaczenia dla analizowanego problemu), iż dywidenda od podmiotu duńskiego trafiła do spółki cypryjskiej, potem do spółki bermudzkiej, aby finalnie trafić do podmiotu w USA. Spółka cypryjska nie została uznana za *beneficial owner*, a więc odmówiono preferencyjnego opodatkowania dywidendy na podstawie umowy cypryjsko-duńskiej i dyrektywy unijnej. Po latach sporów sąd duński wydał dość rozbudowane orzeczenie, w których istotne z punktu widzenia sporu jest zastosowanie w istocie koncepcji zbliżonej do *look-through approach*. Otóż sąd uznał, że ponieważ możliwa byłaby bezpośrednia wypłata dywidendy ze spółki duńskiej do amerykańskiej bez nałożenia duńskiego podatku u źródła, a także ponieważ wykazano, że wypłata nastąpiła w ramach planu repatriacji dywidendy do amerykańskiej spółki dominującej grupy, to nie doszło do nadużycia prawa ani w zakresie duńsko-cypryjskiej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, ani też dyrektywy w sprawie spółek dominujących i spółek zależnych. Wyprowadza się z tego wniosek, iż w wyroku tym wprost zaakceptowano praktykę *look through*¹³.

¹³ <https://wts.com/global/publishing-article/20210625-denmark-fsml~publishing-article?language=en> (dostęp: 7.02.2023 r.). Sprawa była następnie rozpatrzona przez duński Sąd Najwyższy <https://tpcases.com/denmark-vs-netapp-aps-and-tdc-a-s-january-2023-supreme-court-cases-69-2021-79-2021-and-70-2021/> (dostęp: 7.02.2023 r.).

6. Zasady wykładni umów o unikaniu podwójnego opodatkowania

Koncepcja *look through approach* nie ma jednoznacznej, wyraźnej podstawy prawnej. Nie oznacza to oczywiście, że trzeba ją uznać za pozbawioną podstawy prawnej w ogóle, a więc bezprawną, gdyż podstawy prawne mogą mieć bardziej lub mniej jednoznaczny charakter.

Swoistym paradygmatem wykładni umów o unikaniu podwójnego opodatkowania jest ich interpretacja w oparciu o zasady skodyfikowane w konwencji wiedeńskiej. Zagadnienie to można uznać za na tyle oczywiste, że niewymagające szerszego uzasadnienia¹⁴.

Wiąże się z tym kwestia odmiennych niż w wypadku prawa krajowego metod wykładni umów podatkowych. W doktrynie zazwyczaj przyjmuje się, że w wypadku wykładni umów o unikaniu podwójnego opodatkowania można stosować znacznie szerszy katalog środków interpretacji prawa niż to ma zastosowanie na gruncie prawa ściśle krajowego¹⁵.

Uzasadnieniem jest tu treść art. 31 i 32 k.w.p.t. Zgodnie z tymi przepisami:

Art. 31

Ogólna reguła interpretacji

1. 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.
2. Dla celów interpretacji traktatu kontekst obejmuje, oprócz tekstu, łącznie z jego wstępem i załącznikami:
 - a) każde porozumienie dotyczące traktatu, osiągnięte między wszystkimi stronami w związku z zawarciem traktatu;

¹⁴ Np. C. Garbarino, *Judicial interpretation of tax treaties. The use of the OECD commentary*, Cheltenham, UK-Northampton, USA, 2016, s. 16 i n., V. Uckmar, *Double Taxation Conventions* [w:] A. Amatucci (red.), *International Tax Law*, Kluwer Law International 2006, s. 156–158.

¹⁵ Oczywiście nieraz takie podejście jest przedmiotem sporów; patrz przykład z włoskiej praktyki: C. Garbarino, *Legal Interpretation of Tax Law: Italy* [w:] R.F. Brederode, R. Krever (red.), *Legal Interpretation of Tax Law*, Wolters Kluwer 2014, s. 241–243.

- b) każdy dokument sporządzony przez jedną lub więcej stron w związku z zawarciem traktatu, przyjęty przez inne strony jako dokument odnoszący się do traktatu.
- 3. Łącznie z kontekstem należy brać pod uwagę:
 - a) każde późniejsze porozumienie między stronami, dotyczące interpretacji traktatu lub stosowania jego postanowień;
 - b) każdą późniejszą praktykę stosowania traktatu, ustanawiającą porozumienie stron co do jego interpretacji;
 - c) wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami.
- 4. Specjalne znaczenie należy przypisywać wyrazowi wówczas, gdy ustalono, że taki był zamiar stron.

Art. 32

Uzupełniające środki interpretacji

Można odwoływać się do uzupełniających środków interpretacji, łącznie z pracami przygotowawczymi do traktatu oraz okolicznościami jego zawarcia, aby potwierdzić znaczenie wynikające z zastosowania artykułu 31 lub aby ustalić znaczenie, gdy interpretacja oparta na artykule 31:

- a) pozostawia znaczenie dwuznacznym lub niejasnym albo
- b) prowadzi do rezultatu wyraźnie absurdalnego lub nierozsądnego.

7. Cel umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania

W świetle art. 31 ust. 1 k.w.p.t. znaczenie w procesie wykładni mają więc nie tylko użyte słowa, ale także cel traktatu. Mamy więc do czynienia z sytuacją odmienną od tej, do której jesteśmy przyzwyczajeni w procesie wykładni krajowego prawa podatkowego. W jego wypadku zwracanie uwagi na cel (czyli osiągnięcie dochodów budżetowych) prowadziłoby do skutków, które byłyby oczywiście nie do zaakceptowania z punktu widzenia zarówno aksjologicznego, jak i standardów konstytucyjnych (takich jak zasada ustawowego nakładania podatku).

Celem umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania jest uniknięcie podwójnego opodatkowania, ale nie dopuszczenie do uniknięcia opodatkowania w ogóle. Z treści typowego art. 10 umowy o unikaniu po-

dwójnego opodatkowania wynika, że celem stron umowy jest doprowadzenie do sytuacji, gdy dywidendy wypłacane przez spółkę zależną na rzecz spółki dominującej (o ile są one dość silnie powiązane kapitałowo) nie są opodatkowane w kraju źródła lub są opodatkowane w sposób preferencyjny w stosunku dywidend wypłacanych podmiotom, które nie są dostatecznie głęboko powiązane kapitałowo. Świadczy o tym różnicowanie stawek podatku w kraju źródła w zależności do stopnia powiązań kapitałowych między podmiotem wypłacającym a otrzymującym dywidendę. Wprowadzenie klauzuli *beneficial owner* w gruncie rzeczy wzmacnia realizację tego celu. Dzięki temu ze zwolnienia nie skorzysta spółka, która tylko „udaje” spółkę dominującą, gdyż została „podstawiona”. Cel ten współgra z celem zasadniczym, jakim jest uniknięcie podwójnego opodatkowania.

Odmowa uznania podmiotu otrzymującego faktycznie dywidendę za *beneficial owner* oznaczałaby naruszenie zasad przyjętych w trakcie negocjacji umowy, gdyż kraj źródła osiągnąłby nieoczekiwane korzyść podatkową zastosowałby wyższą stawkę podatkową niż ta, która „normalnie” miałaby zastosowanie. Stałoby się tak mimo tego, że istnieje (ale w innym kraju) inny niż otrzymujący dywidendę podmiot, który może być uznany za *beneficial owner* i mógłby skorzystać z umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania łączący kraj jego rezydencji z krajem, z którego pochodzi dywidenda.

Trudno to uzasadnić koniecznością zwalczania nadużyć podatkowych z kilku względów. Przede wszystkim pojawienie się problemów z potraktowaniem podmiotu, który otrzymuje dywidendę, odsetki lub należności licencyjne nie zawsze jest skutkiem jakichś nieprawidłowych z punktu widzenia prawnego działań podatnika. Nawet w orzecznictwie polskich sądów administracyjnych można wskazać wyroki, w których co prawda zasadnie odmówiono podmiotowi otrzymującemu płatność przymiotu bycia podmiotem uprawnionym do tej płatności (*beneficial owner*), ale jednocześnie sąd nie dopatrył się w działaniach podmiotu wypłacającego (płatnika) nawet minimalnych nieprawidłowości. Przykładowo w wyroku z dnia 3 stycznia 2020 r. (III SA/Wa 1276/19, CBOSA) WSA w Warszawie uznał, że nie można obciążyć płatnika odpowiedzialnością

za niepobranie podatku u źródła, gdy nie był on w stanie ustalić rezydencji rzeczywistego odbiorcy płatności.

Nie jest zatem uprawnione podchodzenie do sytuacji, gdy odbiorca dywidendy lub innej płatności, do której ma zastosowanie klauzula *beneficial owner* (odsetki, należności licencyjne), jako do działania, które w każdym wypadku będzie mieć cechy optymalizacji podatkowej. Niekiedy tak kształtuje się tryb operacji na rynku finansowym, że potencjalny płatnik nie jest w stanie ustalić rzeczywistego odbiorcy swej płatności, a niekiedy pojawiają się problemy związane ze stosowaniem tak niejasnej koncepcji prawnej jak *beneficial owner*. Po prostu płatnik może się pomylić co do oceny, czy podmiot, któremu wypłaca środki, jest ich uprawnionym odbiorcą (*beneficial owner*). Jednoznacznej definicji pojęcia *beneficial owner* po prostu nie ma, a liczba orzeczeń, która rozważana jest w literaturze zagranicznej i konkluzje wypływające z tych rozważań, wskazują, że jest to pojęcie sporne.

Zasadne więc będzie uznanie – za polskim Ministrem Finansów – że cel umowy przemawia za zastosowaniem *look-through approach*. Takie podejście zapewni realizację celu nie tylko umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania łączącej Polskę z państwem, którego rezydentem jest podmiot otrzymujący dywidendę, ale niemający statusu *beneficial owner*, ale i umowy łączącej Polskę z państwem rezydencji „prawdziwego” *beneficial owner*. W żadnym wypadku nie dojdzie przez to do zmniejszenia ciężaru opodatkowania w skali globalnej.

8. Dobra wiara

Dobra wiara w procesie wykładni umów międzynarodowych to pojęcie dość trudne do jednoznacznego zdefiniowania¹⁶. Niewątpliwie wywodzi się to pojęcie z rzymskiego *bona fides*. Dobrze oddaje jego istotę cytat

¹⁶ R.X. Resch, *Not in Good Faith – A Critique of the Vienna Convention Rule of Interpretation Concerning its Application to Plurilingual (Tax) Treaties*, “British Tax Review” 2016, nr 3, s. 307–328.

z F. Engelena¹⁷ przywoływany niejednokrotnie w piśmiennictwie¹⁸: „has strong connotations with such moral virtues as honesty, fairness, reasonableness and trustworthiness”.

Trzeba sobie zadać pytanie, czy zgodnie z zasadami dobrej wiary postępowaloby państwo wykorzystujące klauzulę *beneficial owner* do zwiększenia wysokości swoich wpływów podatkowych kosztem innych państw?

Skoro uznajemy, że podmiot pierwotnie traktowany jako *beneficial owner* faktycznie nim nie jest, a więc jest w istocie podmiotem „zbędnym”, który został sztucznie włączony w strukturę biznesową, to należy do problemu podchodzić konsekwentnie. Kierując się dobrą wiarą, należy po prostu usnąć go z pola rozstrzygania problemu. Takie pełne pominięcie istnienia pośrednika przy ocenie skutków podatkowych transakcji jest w pełni zgodne z tym, co nazywamy dobrą wiarą, bo jest po prostu uczciwe wobec państw, które zawarły umowy międzynarodowe z państwem polskim, a w dalszej kolejności wobec podmiotów gospodarczych, których funkcjonowanie umowy te miały ułatwiać.

9. Zasada proporcjonalności

Warto nadmienić, że błąd w ustaleniu podmiotu spełniającego niedookreślone (czy ściślej: w ogólnie nieokreślone) wymogi *beneficial owner* ma kolosalne skutki, jeśli *look-through approach* zostanie odrzucony. Oznaczałoby to bowiem wyłączenie stosowania rozwiązań eliminujących podwójne opodatkowanie, czyli działanie wbrew celowi umów w sprawie unikania podwójnego opodatkowania, które Polska zawarła tak z krajem, gdzie rezydentem jest podmiot będący pośrednikiem, jak z krajem, gdzie znajduje się podmiot mający status *beneficial owner*.

W konsekwencji doprowadziłoby to do zwiększenia kwoty zobowiązania podatkowego w Polsce bez jednoczesnego zmniejszenia tego ciężaru

¹⁷ F. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, Amsterdam 2004, s. 123.

¹⁸ P. Arginelli, *Multilingual Tax Treaties: Interpretation, Semantic Analysis and Legal Theory*, Amsterdam 2015, s. 182.

w innych państwach. Przypomnieć należy, że takie konsekwencje nastąpiłyby w sytuacji, w której nie da się właściwie precyzyjnie określić, jaki jest zakres semantyczny pojęcia *beneficial owner*. W skrajnym wypadku można stwierdzić, że przecież właściwie ostatecznie zawsze jest nim jakaś osoba fizyczna, która posiada akcje czy udziały, bo to taka osoba – mniej czy bardziej bezpośrednio – wpłynie na operacje gospodarcze i finansowe podatnika. Tyle tylko, że oznaczałoby, iż żadna osoba prawna nie spełnia wymogów *beneficial owner*, a w konsekwencji umowy w sprawie unikania podwójnego opodatkowania nie miałyby do takich osób zastosowania. Jest to celowy przykład wykładni *ad absurdum*, który ma na celu wykazanie potrzeby wzmożonej ostrożności, z jaką należy podchodzić do zawężania zakresu semantycznego pojęcia *beneficial owner* przy jednoczesnym odrzuceniu koncepcji *look-through*. Takiego podejścia nie dałoby się pogodzić z zasadą proporcjonalności, która jest ogólną zasadą prawa – także prawa podatkowego.

10. Podsumowanie

Look-through approach to koncepcja dość niejednoznaczna. W rozważanym powyżej przypadku pokazuje ona swoją bardziej przyjazną twarz. Pozwala ona doprowadzić do sytuacji, gdy nawet przekazanie dywidendy do kraju trzeciego poprzez spółkę, która nie stanowi podmiotu uprawnionego (*beneficial owner*), nie spowoduje opodatkowania u źródła według stawki krajowej. Koncepcja ta dopełnia skutki zastosowania koncepcji *beneficial owner*, a jednocześnie łągodzi skutki błędu w ustaleniu podmiotu, który powinien być traktowany jako *beneficial owner*. Intrygujące jest to, że inspiracją do akceptacji tej koncepcji w Polsce był projekt objaśnień podatkowych, które nigdy nie zostały przyjęte. Jednak nie oznacza to, że nie ma ona podstawy prawnej, a więc jest w jakimś stopniu „bezprawna”. Oczywiście tą podstawą prawną nie jest projekt interpretacji ogólnej, który można traktować tylko jako swoistą inspirację w procesie „odkrywania” teź podstawy prawnej. Projekt ten zdaje się wywierać znaczący wpływ na praktykę organów interpretacyjnych, które traktują go jako wyraz intencji Ministra Finansów.

Bibliografia:

- Arginelli P., *Multilingual Tax Treaties: Interpretation, Semantic Analysis and Legal Theory*, IBFD, Amsterdam 2015.
- Boniecka M., „Look through approach” w kontekście nowego mechanizmu poboru podatku u źródła, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 3, s. 21–27.
- OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital. Full version*, 2017, *Commentary on Article 17*, OECD 2019, <https://www.oecd.org/tax/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-full-version-9a5b369e-en.htm>.
- OECD, *Double Tax Conventions and the Use of Conduit Companies*, OECD Paryż 1986.
- Engelen F., *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, Amsterdam 2004.
- Garbarino C., *Judicial interpretation of tax treaties. The use of the OECD commentary*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK-Northampton, USA 2016.
- Garbarino C., *Legal Interpretation of Tax Law: Italy* [w:] R.F. Brederode, R. Krever (red.), *Legal Interpretation of Tax Law*, Wolters Kluwer 2014.
- Juarez A.J., *Limitation to the Cross-Border Taxation of Artistes and Sportsmen under the Look-Through Approach in Article 17 (1) of the OECD Model Convention*, „European Taxation”, 2003, nr 11, s. 409–419.
- Bany K. (tłum.), *Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku. Wersja skrócona*, Wolters Kluwer, Warszawa 2000.
- Bany K. (tłum.), *Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku. Wersja skrócona. Lipiec 2010*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Resch R.X., *Not in Good Faith – A Critique of the Vienna Convention Rule of Interpretation Concerning its Application to Plurilingual (Tax) Treaties*, „British Tax Review” 2016, nr 3, s. 307–328.
- Uckmar V., *Double Taxation Conventions* [w:] A. Amatucci (red.), *International Tax Law*, Kluwer Law International 2006.
- Wilk M., *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.