

Warszawa, 24 października 2023 r.

Sz. P.
Artur Soboń
Sekretarz stanu
Ministerstwo Finansów

Dotyczy: konsultacji podatkowych projektu objaśnień podatkowych dotyczących przepisów o podatku u źródła (WHT)

Szanowny Panie Ministrze!

W związku z prowadzonymi przez Ministerstwo Finansów konsultacjami *podatkowymi projektu objaśnień podatkowych dotyczących przepisów o podatku u źródła (WHT)*, dalej jako: „**Projekt Objasnień**”, w imieniu Polskiej Izby Nieruchomości Komercyjnych, Polskiej Rady Centrów Handlowych, Polskiego Związku Firm Deweloperskich oraz Krajowej Izby Gospodarczej – Komitetu ds. Nieruchomości, pragniemy przekazać poniżej nasze uwagi do Projektu.

--

I. Uwagi ogólne

Chcemy podkreślić, że wspieramy cel i sens wydawania objaśnień podatkowych w stosunku do skomplikowanych i wymagających złożonej interpretacji przepisów, a do takich należą niewątpliwie obecne przepisy dotyczące podatku u źródła w Polsce, w tym koncepcja „rzeczywistego właściciela”

Jednocześnie zwracamy uwagę, że objaśnienia powinny być dla podatników zrozumiałe, w możliwie największym stopniu odzwierciedlać realia biznesowe i gospodarcze, a także odpowiadać na zgłaszane przez przedsiębiorców postulaty.

Objaśnienia podatkowe – w odróżnieniu od interpretacji ogólnych – powinny zatem obejmować sferę praktycznego zastosowania przepisów¹. Omawiając przykładowe sytuacje, objaśnienia mają ułatwić odbiorcom (w przypadku podatku u źródła przede wszystkim płatnikom) zrozumienie objaśnianych

¹ K. Teszner [w:] *Ordynacja podatkowa. Tom I. Zobowiązania podatkowe. Art. 1-119zzk. Komentarz aktualizowany*, red. L. Etel, LEX/el. 2023, art. 14(a).

przepisów, a w przypadku zastosowania się do otrzymanych wskazówek – zagwarantować tym odbiorcom ochronę.

Doskonały przykład stanowić tu mogą objaśnienia podatkowe dotyczące opodatkowania VAT zbycia nieruchomości komercyjnych, które w znacznym stopniu poprawiły komfort funkcjonowania wszystkich podmiotów z branży nieruchomości komercyjnych poprzez proste i ściśle nawiązujące do rzeczywistości gospodarczej wskazówki.

W naszej ocenie zaprezentowany Projekt Objasnień – w obecnym kształcie – nie wpisuje się w powyższe założenia. Z uwagi na walor praktyczny, objaśnienia podatkowe powinny uwzględniać realne potrzeby i możliwości uczestników obrotu gospodarczego. Tymczasem konsultowany Projekt Objasnień stawia przedsiębiorcom rygorystyczne i niejednokrotnie niemożliwe do spełnienia wymogi. Z lektury treści Projektu Objasnień można wręcz odnieść wrażenie, że zaproponowane wskazówki nie tylko nie ułatwiają interpretacji i stosowania przepisów o podatku u źródła, ale wręcz dodatkowo komplikują otoczenie prawne – zaprzeczając tym samym funkcjom praktycznym i ochronnym, które stały u podstaw wprowadzenia instytucji objaśnień do systemu polskiego prawa podatkowego. Szczegółowe uwagi przedstawiamy poniżej.

Jednocześnie rolą objaśnień może być co najwyżej wzmacnianie pewności prawa, poprzez dodatkowe wyjaśnienie sposobu funkcjonowania przepisów. Objasnienia nie mogą wykraczać poza to co wynika z litery danej regulacji, a przede wszystkim nie mogą one służyć uzupełnieniu luk ustawowych czy kreowaniu nowych zasad, które nie wynikają z prawa podatkowego. W tym kontekście w dalszych szczegółowych uwagach podkreślamy w których obszarach, naszym zdaniem, objaśnienia wykraczają poza możliwy sposób rozumienia sensu językowego poszczególnych przepisów, a co za tym idzie nabierają niedozwolonego, prawotwórczego charakteru.

W naszej ocenie, przedstawiony do konsultacji Projekt Objasnień:

- a) w aktualnym kształcie jeszcze bardziej komplikuje sytuację polskich płatników i podatników i nie realizuje funkcji praktycznej i ochronnej, której istotą jest wyjaśnienie zasad spełniania obowiązków podatkowych przez podatników / płatników. Przedstawiony Projekt Objasnień tego nie realizuje z uwagi na częste korzystanie ze sformułowań nieostrych (np. „**niewielka** marża”, „**znaczące** pozycje w bilansie, „**krótkie** odstępy czasu”), zawarcie w nim list / wyliczeń warunków niejednokrotnie niemożliwych do spełnienia czy licznych fragmentów będących analizą prawno-podatkową, które utrudniają praktyczne zrozumienie oczekiwań stawianych firmom. Projekt Objasnień w obecnym kształcie wydaje się być bardziej skierowany do

administracji skarbowej niż wspierać płatników w bezpiecznym stosowaniu preferencji w podatku u źródła;

- b) Projekt Objaśnień znacząco rozszerza interpretację pojęcia rzeczywistego właściciela płatności (nawet w stosunku do pierwotnego projektu objaśnień z 2019 roku), a także prezentuje odmienne podejście w takich aspektach jak chociażby koncepcja *look-through approach*. Warto w tym miejscu wskazać, że na podstawie projektu objaśnień z 2019 roku, mimo braku ku temu podstaw, zaczęła kształtować się praktyka interpretacyjna organów podatkowych, w oparciu o którą podatnicy podejmowali decyzje biznesowe. W naszej ocenie, Projekt Objaśnień w obecnym kształcie może wpłynąć na wzrost spraw spornych i generować dalsze opóźnienia w procedowaniu spraw w zakresie podatku u źródła, które już w chwili obecnej są zauważalne (np. w zakresie wydawania opinii o stosowaniu preferencji);
- c) dotyczy jedynie zagadnienia rzeczywistego właściciela jako części problematyki podatku u źródła i poza jego zakresem pozostaje bardzo duża część przepisów przysparzających podatnikom / płatnikom problemów praktycznych, choćby obowiązków płatników w zakresie należytej staranności, czy tzw. mechanizmu pay and refund;
- d) wskazuje iż Objaśnienia mają zastosowanie do przepisów obowiązujących od 1 stycznia 2022 r., jednocześnie nie odnosząc się w ogóle do poprzednich okresów rozliczeniowych, w szczególności lat 2019-2021, co w naszej ocenie pogłębi aktualny chaos interpretacyjny;
- e) w obecnym kształcie jest w wielu obszarach dyskryminujący dla innych jurysdykcji Unii Europejskiej w kontekście zasad / swobód UE (swobody przepływu kapitału / jednolitego rynku);
- f) nie tworzy żadnych safe harbor / nie wskazuje żadnych minimalnych progów dla podatników, których spełnienie gwarantowałoby spełnienie definicji rzeczywistego właściciela. Czyni to bardzo trudnym skorzystanie z preferencji w podatku u źródła przez podmioty rynku kapitałowego jak spółki holdingowe czy spółki finansujące, pomimo ich powszechności oraz głębokiego i niekwestionowanego uzasadnienia gospodarczego (znajdującego odzwierciedlenie choćby w przepisach dotyczących polskich funduszy inwestycyjnych będących de facto holdingami grupującymi inwestorów czy rzeczywistości wielu spółek giełdowych). Projekt Objaśnień idzie znacznie dalej niż rozwiązania w zakresie podatku u źródła proponowane obecnie na poziomie Unii Europejskiej, mające uniemożliwić stosowanie preferencji w zakresie podatku u źródła przez podmioty fasadowe (Dyrektywa Rady ustanawiająca przepisy mające na celu zapobieganie nadużywaniu przedsiębiorstw

fasadowych do celów podatkowych i zmieniająca dyrektywę 2011/16/UE, tzw. „**Dyrektywa ATAD 3**”) czy ujednociające zasady poboru podatku u źródła w przypadku płatności dokonywanych na rynku regulowanym (Council Directive on Faster and Safer Relief of Excess Withholding Taxes, tzw. dyrektywa „**FASTER**”). Dyrektywa ATAD 3 w szczególności nakreśla minimalne wymogi w zakresie tzw. substancji biznesowej, jednocześnie nie przewidując automatycznego wykluczenia spółek holdingowych, czy spółek finansujących z zakresu preferencji WHT. Literalne odczytywanie wymogów zawartych w Projekcie Objaśnień de facto takie wykluczenie może wprowadzać, co stoi w sprzeczności z zasadami postulowanymi na gruncie legislacji unijnej;

- g) Projekt Objaśnień nie uwzględnia rzeczywistości gospodarczej i powszechnie występującego rozdzielania funkcji, ryzyk, aktywności także pomiędzy krajami. Polska mocno wspiera i korzysta z rozwoju branży business outsourcing i tworzenia globalnych centrów usług wspólnych na terenie naszego kraju, które oferują miejsca pracy dla specjalistów. Tym bardziej powinniśmy zrozumieć i uwzględnić w naszej legislacji (tu: w Projekcie Objaśnień) rzeczywistość gospodarczą, w której jeden podmiot nie zatrudnia osób do wszystkich funkcji jakich potrzebuje tylko skupia się na swojej podstawowej działalności (np. zarządzaniu portfelem czy finansowaniem), a pozostałe zleca innym podmiotom z grupy lub spoza grupy. Projekt Objaśnień tymczasem zmierza w stronę penalizowania takich rozwiązań poprzez utrudnianie prawa do korzystania z preferencji wynikających z regulacji międzynarodowych.

Niedostosowanie Projektu Objaśnień do rzeczywistości gospodarczej można zilustrować następującym przykładem inwestycji dwóch osób Pana Kowalskiego i Pani Nowak, z których każda dysponuje kapitałem pozwalającym na zakup np. jednego mieszkania. Jednocześnie uważają oni, że rozsądniej jest zdywersyfikować inwestycje i lepiej połączyć siły, aby wspólnie kupić dwa mieszkania. W naturalny sposób w przypadku jednego skrajnego niepowodzenia każdy traci tylko połowę. Jednocześnie z powodów prawnych nie chcą posiadać mieszkań we współwłasności (w oczywisty sposób utrudnia to zarządzanie), a zatem decydują się na powołanie spółki, która zgromadzi ich majątek i zainwestuje w dwa mieszkania, a uzyskiwane czynsze będzie wypłacać regularnie do Pana Kowalskiego i Pani Nowak (po odjęciu kwot niezbędnych do utrzymania mieszkań). W praktyce będzie to jedyny cel tej spółki, jednocześnie będzie to niewątpliwie cel biznesowy i rzeczywista działalność – łączenie funduszy obu osób, nabycie i utrzymywanie majątku, dystrybucja zysków. Taka działalność nie wymaga biura innego niż np. adres w domu jednego z inwestorów. Jednocześnie inwestorzy mogą mieć możliwość wsparcia swojego kapitału finansowaniem – podmioty finansowe chętnie udzielą kredytu pod zastaw nieruchomości, a to z kolei umożliwi kupno większej liczby mieszkań niż pierwotne dwa, a tym samym dalszą dywersyfikację ryzyka i osiągnięcie korzyści skali (banki mając zabezpieczenie oczekują niższego

zwrotu niż inwestor prywatny, a zatem nadwyżka przy udanej inwestycji z np. 4 mieszkań z finansowaniem zewnętrznym będzie wyższa niż z 2 mieszkań bez finansowania). Niestety banki oczekują zabezpieczeń na majątku spółki, a tym samym w przypadku zgromadzenia aktywów/mieszkań w jednym podmiocie kredyt z jednego mieszkania może zagrozić drugiemu mieszkaniu w przypadku niepowodzenia. Z tego względu Pan Kowalski i Pani Nowak za pośrednictwem swojej spółki (Holding) powołują 4 nowe spółki (SPV), każdą dla jednego kredytu i jednego mieszkania. Dzięki temu w przypadku niepowodzenia nie mają ryzyka, że bank zajmie inne mieszkanie niż to, które finansuje. Niezależnie same banki też preferują (wręcz narzucają) takie rozdzielenie majątku z tego samego powodu – bank A finansujący i zabezpieczony na lokalu A nie chce, aby ryzyko z lokalu finansowanego i zabezpieczonego przez bank B mogło być zaspokojone poprzez np. zajęcie lokalu A.

Inwestycje ruszają, zaczynają generować przychody, po spłacie banku każda wolna gotówka ponad koszty z każdej SPV jest wypłacana regularnie do Holdingu, a Holding regularnie, tak szybko jak to możliwe wypłaca Panu Kowalskiemu i Pani Nowak. Oczywiście możliwe jest też, że część środków zostanie zainwestowana w kolejną spółkę – to zależy od tego czy Pani Nowak i Pan Kowalski chcą przeznaczyć środki na inne cele (np. konsumpcję, inwestycję w inne obszary, z kim innym) czy reinwestycje – to element strategii inwestycji/dystrybucji zysków. Ta skala (4 mieszkania) umożliwia im już też zastanowienie się czy chcą inwestować w jednym kraju czy dwóch lub trzech (to już element strategii inwestycyjnej).

Pan Kowalski i Pani Nowak nie chcą też tworzyć osobnych zespołów (zatrudniać osób) zajmujących się innymi niż kluczowe dla inwestycji decyzjami/działaniami i np. księgowość, sprzątanie mieszkań, remonty, projektowanie wnętrz, szukanie najemców zlecają innym wykwalifikowanym podmiotom. Sami zaś podejmują kluczowe decyzje – w co zainwestować swój majątek, czy i jakie uzyskać finansowanie, w jakiej cenie wynająć mieszkanie, czy i kiedy sprzedaż mieszkanie. Jeżeli dodamy jeszcze opcję, że inwestorzy są z dwóch różnych krajów, to muszą jeszcze wybrać kraj, w którym utworzą spółkę – nie zawsze wspólnie uzgodnionym będzie ten, w którym jeden z nich mieszka na stałe (a z definicji będzie to kraj, w którym jeden z nich nie mieszka).

Powyższy przykład ilustruje naturalne i oczywiste decyzje inwestycyjne osób fizycznych, a jednocześnie oczywiste cele i samą ideę istnienia „spółek”. Nie powinno budzić wątpliwości, że spółki powołane przez obu inwestorów mają swój cel gospodarczy, prowadzą działalność, której w tej formie i skali nie da się prowadzić inaczej, a zatem powinny być traktowane jako całkowicie uzasadnione i legalne podmioty gospodarcze. Niestety czytając Projekt Objasnień trudno oprzeć się wrażeniu, że powinny być one traktowane podejrzliwie i nie zasługiwać na preferencje przyznawane podmiotom gospodarczym na podstawie umów międzynarodowych czy też polskich przepisów. W szczególności

spółki obu inwestorów będą dokonywać płatności cyklicznych (s.4 Projektu Objaśnień), nie mają istotnego personelu, biura czy innych składników majątku (s. 7 i 8 Projektu Objaśnień), zlecają usługi innym podmiotom itp.

Jednocześnie powyższy przykład po odpowiednim zwiększeniu skali i poziomu komplikacji (ilość inwestorów, wartość aktywów, modele finansowania, itp.) ilustruje znakomicie podstawowe czynniki decydujące o sposobie inwestowania w nieruchomości komercyjne na całym świecie oraz wynikających z tego strukturach. Inwestorzy grupują środki w holdingach, które następnie rozdzielają je na poszczególne grupy ryzyka, regiony inwestycji, w strukturach, które zapewniają m.in. elastyczność w uzyskaniu zewnętrznego finansowania, oddzielenie ryzyka generowanego przez jedną inwestycję od pozostałych inwestycji, dystrybucję przychodów z inwestycji w sposób umożliwiający spłatę zobowiązań na wyższym poziomie (poza finansowaniem danego projektu/SPV podmioty zewnętrzne mogą udzielać finansowanie zabezpieczonego grupą aktywów – np. kilkoma SPV z jednego kraju – i ono z reguły będzie udzielane na poziomie wyższym niż poszczególne SPV).

Na marginesie należy również dodać, że w podobny sposób inwestowanie odbywać się może w papiery wartościowe (np. obligacje rządowe, akcje) – tu również istotna jest dywersyfikacja ryzyka, rozdzielenie majątku na potrzeby inwestycji, szybkie wypłaty z SPV wolnych środków. W podobny sposób działają też duże korporacje, w tym polskie, które tworzą spółki celowe, grupują określone ryzyka czy działalności (w tym usługi wewnętrzne dla całej grupy) w jednym podmiocie, jednym kraju. Całej tej rzeczywistości gospodarczej Projekt Objaśnień zdaje się nie uwzględniać lub wręcz uważa, że zasługuje ona na penalizację poprzez zakaz stosowania uzgodnionych międzynarodowo preferencji.

W związku z powyższym, wnosimy o daleko idące zmiany w Projekcie Objaśnień i wypracowanie, w oparciu o zastrzeżenia i uwagi ze strony biznesu, gospodarczo możliwych, biznesowo uzasadnionych i proporcjonalnych kosztowo kryteriów analizy statusu rzeczywistego właściciela biorących pod uwagę rzeczywistość gospodarczą i stosowane rozwiązania, z których również Polska w ogromnym stopniu korzysta.

W tym kontekście wskazujemy obszary, które powinny być uwzględnione w dalszych pracach.

Dodatkowo proponujemy uwzględnić w dalszych pracach:

- a) skorzystanie z rozbudowanej i szeroko dyskutowanej koncepcji weryfikacji podmiotów opisanej w Dyrektywie ATAD 3;
- b) rozszerzenia objaśnień o tematy należytej staranności płatnika, stosowania mechanizmu *pay and refund*, czy możliwości stosowania podejścia „skonsolidowanej substancji”.

- c) wskazanie praktycznych przykładów, *case studies* (np. do klasycznej spółki holdingowej czy spółki finansującej, do spółki typu CUW).

II. Uwagi szczegółowe

1. Przesłanka otrzymania należności dla własnej korzyści i przesłanka pośrednika (str. 4-6 Projektu Objasnień)

Projekt Objasnień zawiera szereg odniesień do kluczowego elementu definicji rzeczywistego właściciela, tj. warunku otrzymywania należności dla własnej korzyści oraz niepełnienie funkcji pośrednika.

1.1 Przykładowe okoliczności wskazujące na to, że dany podmiot jest jedynie administratorem dochodu

Uwagi ogólne

Wymienienie 14 „przykładowych” sytuacji sugerujących administrowanie dochodem przez dany podmiot nie może prowadzić do wyjaśnienia wątpliwości i ułatwienia stosowania prawa przez podatników – przeciwnie będzie skutkowało powstawaniem problemów interpretacyjnych. W szczególności nie wiadomo czy do uznania za administratora dochodu wystarczy spełnienie choćby jednego warunku (co byłoby rozwiązaniem skrajnym i niewątpliwie błędnym) oraz czy są okoliczności istotniejsze i mniej ważne. Dodatkowo, spora część przesłanek jest opisana w bardzo szeroki sposób.

Po pierwsze, ponownie nie prowadzi to do zwiększenia jasności (potencjalne zbiory obejmują praktycznie wszystkie podmioty). Po drugie, zdecydowana większość przykładów obejmuje naturalne i uzasadnione praktyki biznesowe, czego przykładem może być choćby opisana wcześniej uproszczona sytuacja gospodarcza dwóch inwestorów.

Wszystkie powyższe uwagi powodują, że lista warunków uznania za administratora dochodu podana w Projekcie Objasnień jest niepraktyczna, niestosowalna lub wręcz szkodliwa w kontekście celu objaśnień. W naszej ocenie, należy skupić się na przesłankach, które nie powinny być uznawane za kontrowersyjne (stworzenie rozwiązania typu „safe harbour”) oraz już wypracowanych i istniejących rozwiązaniach. Przykładem może być przesłanka związana z nierynkową marżą, wypłatą należności na rzecz podmiotu z jurysdykcji stosującej szkodliwą konkurencję podatkową, testy proponowane w Dyrektywie ATAD 3. Powinno to zwiększyć pewność stosowania prawa i walor objaśnień,

pozostawiając pozostałe elementy ocenie w trakcie kontroli. Dodatkowo, postulujemy podkreślenie, że wystąpienie którejkolwiek z tych przesłanek nie może od razu implikować braku statusu rzeczywistego właściciela, bo na każdy z tych aspektów należy patrzeć z uwzględnieniem całości aspektów ekonomicznych i biznesowych dla których dany podmiot występuje w strukturze.

Poniżej przedstawiamy szczegółowe uwagi dotyczące tych zastrzeżeń:

- *podmiot pośredniczący realizuje niewielką marżę na przekazywanych płatnościach,*

Wprowadzenie nowego (i całkowicie niejasnego) pojęcia jest również niezrozumiałe w kontekście funkcjonujących zasad podatkowych wynikających z zasady *arm's length*. Nie odnoszenie się do tych regulacji (występujących i bardzo rozbudowanych w przepisach polskich oraz praktyce zagranicznej, w tym OECD) rodzi pytania czy tamte zasady tworzą jakieś inne rozwiązania nieadekwatne do podatku u źródła. Trudno uzasadnić pogląd, że na potrzeby podatku u źródła należy osiągać inne rezultaty niż wynikające z rynku.

- *na poziomie podmiotu pośredniczącego nie dochodzi do faktycznego opodatkowania przychodu z tytułu otrzymanych należności,*

Literalne rozumienie tego warunku będzie powodować, że podmiot korzystający ze zwolnienia z opodatkowania dywidend (preferencje uzgodnione w ramach Unii i również w polskim systemie podatkowym) przysługującego na podstawie Dyrektywy PS będzie automatycznie spełniać jeden z warunków do uznania za administratora dochodu. Warunek ten jest zatem błędnie sformułowany i sprzeczny z dalszą częścią Projektu Objaśnień, która zdaje się właściwie sugerować, że korzystanie ze zwolnienia z opodatkowania dywidendy na gruncie implementacji przepisów Dyrektywy PS nie wpływa na pozycję w zakresie podatku u źródła. Jednocześnie przesłanka rodzi wątpliwości w zakresie preferencji dla wypłat dywidend wynikających z umów o unikaniu podwójnego opodatkowania (dalej: **UPO**). Dodatkowo, „faktyczne opodatkowanie” można niewłaściwie rozumieć wąsko jako konieczność zapłaty podatku, co nie wystąpi w sytuacji uwzględnienia strumienia w przychodach opodatkowanych, ale powstania straty w łącznym wyniku – sytuacja oczywista także w polskim systemie podatku dochodowego.

- *wyłącznym przedmiotem działalności podmiotu jest otrzymywanie należności i przekazywanie ich dalej,*

Na rynku funkcjonuje wiele grup kapitałowych, które wykorzystują w swoich strukturach podmioty mające na celu otrzymywanie należności i przekazywanie ich dalej i jednocześnie korzystanie z takich podmiotów nie ma nic wspólnego z nadużyciami podatkowymi. Przykładem takiego rozwiązania są tzw.

„shared service centres” (centra usług wspólnych – CUW). Są to najczęściej osobne podmioty w strukturach grupy kapitałowej, których celem jest nabywanie dóbr / usług (najczęściej wsparcia) globalnie dla grupy od zewnętrznych dostawców i następnie swoiste rozdzielanie ich do poszczególnych spółek operacyjnych. Podmioty te rozpoznają na swojej działalności marżę. Podobnie fundusze grupujące różnych inwestorów powstałe na gruncie różnych form prawnych (także w polskiej praktyce często są to zwykłe spółki) mają na celu najczęściej zebranie środków z różnych inwestycji i ich dystrybucję do wspólników. Brak jakiegokolwiek przesłanki dla której taka działalność (przy braku innych czynników wskazujących na sztuczność) prowadziłaby do ograniczeń w prawie do stosowania uzgodnionych międzynarodowo preferencji.

- *należności w krótkich odstępach czasu są przekazywane na rzecz innego podmiotu,*

W sposób naturalny grupy uzyskujące finansowanie na poziomie skonsolidowanym (lub fundusze gromadzące inwestorów w ramach strategii stałych wypłat) muszą oczekiwać od swoich inwestycji (spółek celowych) regularnych wypłat. W przeciwnym wypadku nie byłoby możliwe obsługiwanie kredytu grupowego lub zaspokajanie oczekiwań inwestorów. Także korporacje działają z uwzględnieniem interesu swoich udziałowców i mogą w pewnych okolicznościach, takich jak np. wypłata dywidendy z zysków ze sprzedaży dużej inwestycji przez spółkę zależną, dążyć do szybkiego przekazania środków udziałowcom. Regularne płatności lub krótki odstęp czasu między otrzymaniem a wypłatą środków w takich sytuacjach nie jest wskaźnikiem braku statusu rzeczywistego właściciela, ale wyrazem odpowiedzialnego zarządzania środkami. Rzeczywistość gospodarcza nie jest zero jedynkowa i stosowanie tego kryterium w sposób jednoznaczny i absolutny może prowadzić do pokrzywdzenia podatników, którzy posiadają w pełni uzasadnioną gospodarczo strukturę prowadzenia biznesu. W naszej ocenie wskazana przesłanka powinna uwzględniać kontekst i motywacje podmiotów gospodarczych.

- *płatności należności występują cyklicznie w regularnych odstępach czasu,*

W rzeczywistości gospodarczej, wiele rynkowych i legalnych transakcji, takich jak spłata odsetek od finansowania czy opłaty licencyjne, opiera się na regularnych i cyklicznych płatnościach (miesięcznie, kwartalnie, rocznie). Kryterium to nie jest również powszechnie akceptowane w międzynarodowym prawie podatkowym jako wskaźnik braku statusu rzeczywistego właściciela. Można rozważyć wprowadzenie kryterium oparte o natychmiastowe (kilka dni) wypłacenie całej otrzymanej kwoty do innego podmiotu w sposób powtarzalny lub wskazujący na powtarzalność. W przeciwnym wypadku kryterium to penalizować będzie typowe operacje gospodarcze – naturalnym działaniem przedsiębiorstwa, któremu zbliża się termin spłaty dużego zobowiązania, jest zapewnienie sobie wpływu środków na jego realizację. Często wręcz w sytuacji refinansowania bankowego całość nowego

finansowania przekazywana jest na spłatę poprzedniego zobowiązania w tym samym dniu. W naszej ocenie wysoce niepokojące jest pokazywanie w negatywnym świetle operacji całkowicie normalnych i typowych dla biznesu. Pozostawienie tej przesłanki będzie powiększać niezrozumienie przez aparat skarbowy działania biznesu.

Dodatkowo praktyka rynkowa w zakresie wypłaty dywidend, np. w przypadku formuł takich jak REIT, również sugeruje, że regularność wypłat jest powszechną i akceptowaną praktyką. Notowane REIT-y nieruchomościowe posiadające holdingi regionalne mogą oczekiwać regularnych przepływów zysków z czynszu.

- *podmiot nie dokonuje reinwestycji środków finansowych uzyskanych w związku z otrzymanymi należnościami,*

Kryterium to stanowi kolejny przykład przedstawiania w negatywnym świetle normalnych zjawisk gospodarczych. Trudno doszukiwać się w jakichkolwiek przepisach czy oczekiwaniach do biznesu, aby reinwestował on uzyskane środki. Reinwestycja środków nie jest jedynym ani głównym celem działania wszystkich podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym. Takie podmioty działają w swoim interesie lub w interesie swoich udziałowców i w zależności od sytuacji rynkowej oraz strategicznych celów, mogą zdecydować, że wypłata dywidendy jest bardziej właściwa niż reinwestycja środków.

- *większość przychodów podmiotu pochodzi z transgranicznych płatności finansowych dokonywanych przez podmioty powiązane,*

Poza kolejnym nieprecyzyjnym terminem i okresem oraz ograniczeniem swobody działania (czyli wskazywaniem jakie działania są preferowane) należy zwrócić uwagę na szczególną sytuację transakcji w ramach jednolitego rynku Unii Europejskiej. Zgodnie z punktem 1) preambuły Dyrektywy IR, jednolity rynek ma cechy rynku krajowego. Transakcje między spółkami różnych Państw Członkowskich nie powinny być traktowane mniej korzystnie podatkowo niż transakcje między spółkami tego samego Państwa Członkowskiego.

Stosowanie tej przesłanki bez uwzględnienia kontekstu jednolitego rynku Unii Europejskiej może prowadzić do dyskryminacji spółek zagranicznych, np. finansowych, w porównaniu z polskimi spółkami o podobnym charakterze.

- *występują znaczące pozycje w bilansie spółki w odniesieniu do zagranicznych podmiotów powiązanych,*

W pierwszej kolejności, w naszej ocenie, nie jest jasne, czego w zasadzie miałyby dowodzić ta przesłanka w kontekście analizy statusu rzeczywistego właściciela, jak należałoby to weryfikować i z jakiego powodu liczne transakcje z podmiotami zagranicznymi Ministerstwo uznaje za niewłaściwe.

Wskazana przesłanka jest na tyle szeroka, że może prowadzić do nieporozumień oraz niejasności w praktyce podatkowej. Na rynku zdarzają się niejednokrotnie sytuacje, w których spółki należące do międzynarodowych grup kapitałowych prowadzą działalność operacyjną wyłącznie albo w przeważającej mierze ze swoimi podmiotami powiązаныmi z zagranicy (np. produkują towary i odsprzedają je do innych spółek z grupy). Sama ta okoliczność powoduje, że spełnią podany warunek, pomimo tego, że pozycje w bilansie spółki mogą w ogóle nie mieć związku z płatnościami pasywnymi. Co więcej istnieje wiele spółek, które działają wyłącznie na rzecz zagranicznych odbiorców – niewątpliwie eksporterzy będą mieć „znaczące pozycje w bilansie od zagranicznych kontrahentów” (np. należności za dostawy albo zobowiązania z tytułu zaliczek uzyskanych na poczet dostaw). Trudno zrozumieć, dlaczego takie sytuacje miałyby podobne spółki zagraniczne stawiać w niekorzystnej sytuacji.

Dodatkowo, stosowanie tej przesłanki bez uwzględnienia kontekstu jednolitego rynku Unii Europejskiej może prowadzić do dyskryminacji spółek zagranicznych, w porównaniu z polskimi spółkami o podobnym charakterze.

- *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,*

Wskazujemy, że przesłanka mówiąca o „należności, która jest przekazywana dalej do podmiotu, który nie skorzystałby z preferencyjnego opodatkowania przewidzianego w UPO lub dyrektywach unijnych” może być odbierana jako dyskryminująca wobec ponad 100 państw, z którymi Polska nie posiada podpisanych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Jednocześnie zawiera określenia szerokie, niejasne i w żaden sposób nie związane z definicją rzeczywistego właściciela – wydaje się, że podmiot wykorzystujący dywidendę z Polski, aby zakupić towar z kraju spoza UE (albo sfinansować lub wypłacić kwoty do swoich udziałowców) nie ma prawa do bycia uznanym za rzeczywistego właściciela.

Ponownie kryterium zdaje się sugerować, że podmioty zaciągające zobowiązania (lub po prostu kupujące towary) z krajów, które są poza UE należy traktować podejrzliwie i pozbawiać uzgodnionych preferencji.

Ponadto, wskazujemy, że przerwienie obowiązku badania dwóch powyższych warunków na płatnika, w szczególności w odniesieniu do płatności realizowanych na rzecz podmiotów niepowiązanych jest nieproporcjonalne, niesprawiedliwe i trudne (a często wręcz niemożliwe) z perspektywy praktycznej. W kontekście warunku mówiącego o tym, że istnieje związek czasowy pomiędzy założeniem podmiotu a zmianą przepisów podatkowych gwarantujących przywileje podatkowe w innym państwie, Projekt Objasnień nie tłumaczy dodatkowo w jaki sposób płatnik miałby w praktyce przeanalizować czy sprawdzić spełnienie tego warunku. Dodatkowo, przesłanka ta prowadzi do generalnego podejrzenia wobec wszystkich podmiotów przypadkowo założonych w czasie zmian przepisów, które w ostatnim czasie następują bardzo często.

- *podmiot znajduje się w jurysdykcji posiadającej rozbudowaną sieć umów o unikaniu podwójnego opodatkowania lub preferencyjne zasady opodatkowania pasywnych dochodów otrzymywanych ze źródeł zagranicznych,*

Wskazana przesłanka może mieć potencjalnie dyskryminujący charakter w kontekście jednolitego rynku Unii Europejskiej. Każde z Państw Członkowskich ma prawo do konkurencji podatkowej i gospodarczej w ramach UE.

Dodatkowo, wskazujemy, że sama Polska posiada bardzo rozbudowaną sieć umów o unikaniu podwójnego opodatkowania (ponad 90) i oferuje liczne zachęty podatkowe w postaci np. IP Box czy niskiej stawki podatku (19% ale także preferencyjna 9%). Niezależnie, rozbudowana sieć umów o unikaniu podwójnego opodatkowania wydaje się być pozytywną przesłanką, a nie negatywną. Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania nakładają na sygnatariuszy obowiązki wymiany informacji podatkowych i kraje o niskim poziomie transparentności podatkowej / raje podatkowe często nie posiadają rozbudowanej bazy umów o unikaniu podwójnego opodatkowania (dla przykładu Saint Lucia, która znajduje się na krajowej liście podmiotów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową, technicznie posiada tylko jedną umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania, która obejmuje kilkanaście krajów z rejonu Karaibów).

- *podatek u źródła w jurysdykcji podmiotu w odniesieniu do wypłat na rzecz nierezydentów nie występuje lub występuje w bardzo ograniczonym stopniu,*

Wskazana przesłanka może mieć potencjalnie dyskryminujący charakter w kontekście jednolitego rynku Unii Europejskiej. Każde z Państw Członkowskich ma prawo do konkurencji podatkowej i gospodarczej w ramach UE.

Kwestia braku lub ograniczonego występowania podatku u źródła w jurysdykcji podmiotu jest kolejnym aspektem, który należy analizować w kontekście konkurencyjności podatkowej w ramach UE.

- *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.*

Wskazana przesłanka może mieć potencjalnie dyskryminujący charakter w kontekście jednolitego rynku Unii Europejskiej, w szczególności analizując aktualny status krajów dokonujących największych BIZ w Polsce. Dodatkowo trudno racjonalnie zakładać, żeby analiza statusu danej jurysdykcji w tym kontekście (międzynarodowe dane makroekonomiczne) była elementem badania rzeczywistego właściciela. Wskazujemy również iż istnieją oficjalne, publikowane przez Radę UE oraz Ministerstwo Finansów listy jurysdykcji, które stosują szkodliwą konkurencję podatkową. Postulujemy więc, aby z kategorii podmiotów, które mogą być uznane za podejrzane na podstawie tego kryterium, wykluczyć jurysdykcje Unii Europejskiej i ograniczyć się wyłącznie do krajów i terytoriów opublikowanych na krajowych i unijnych listach jako stosujących szkodliwą konkurencję podatkową.

1.2 Przesłanka pośrednika, tj. przekazywanie otrzymanej należności innemu podmiotowi

Projekt Objaśnień wskazuje, że sytuacja pośredniczenia (obowiązku przekazania należności) występuje m.in. w sytuacji istnienia zobowiązania prawnego do takiego przekazania. Aby uniknąć uznania, że w danej sytuacji zachodzi zobowiązanie prawne, 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.

W naszej ocenie, zdolność do zakończenia stosunku prawnego z odbiorcą płatności może prowadzić do nieuzasadnionych ograniczeń w praktykach finansowania wewnątrzgrupowego. W Polsce, takie struktury finansowania, jak emisja obligacji przez spółkę i przekazanie środków do spółki zależnej, są powszechnie stosowane i mają legitymację biznesową (praktyka rynku obligacji korporacyjnych Catalyst). Uwzględnienie możliwości zakończenia stosunków prawnych z podmiotami powiązanymi powinno być więc traktowane jako kryterium wtórne, a nie jako główna przesłanka.

Dodatkowo, Projekt Objaśnień wskazuje, że sytuacja pośredniczenia może występować w przypadku nieformalnych polityk dywidendowych.

W naszej ocenie, odniesienie się w Projekcie Objaśnień do formalnych polityk dywidendowych byłoby wskazane. Polityka dywidendowa, w tym jej regularność i wielkość, jest częścią strategicznego zarządzania przedsiębiorstwem i nie powinna być używana jako kryterium do kwestionowania statusu

rzeczywistego właściciela. Regularne wypłaty (przychody) z zainwestowanego kapitału są jedną z możliwych strategii działania inwestycyjnego i nie powinny być one utożsamiane z brakiem działalności czy statusem administratora.

W praktyce, holdingi regionalne są często wykorzystywane do zastosowania praktyki 'ring-fencing', czyli izolowania grup aktywów w celu minimalizacji ryzyka. Ta struktura ma legitymację biznesową i nie powinna być poddawana dyskryminacji podatkowej. Jest to szczególnie istotne w kontekście swobody przedsiębiorców do kształtowania swoich struktur prawnych.

Jednocześnie, w niektórych sektorach (zwłaszcza w przypadku inwestorów finansowych) często oczekuje się efektywnej i regularnej dystrybucji dochodów, zwłaszcza gdy nie ma sensownej możliwości ich reinwestycji na poziomie holdingu regionalnego.

Dodatkowo, wskazujemy, że kategoryczne kwestionowanie polityk dywidendowych (bez różnicowania w zależności od konkretnego przypadku, który mógłby mieć znamiona funkcji administratora), może doprowadzić do istotnych zakłóceń działalności części podmiotów na rynku kapitałowym, których cały model biznesowy opiera się właśnie m.in. na posiadaniu zdefiniowanej polityki dywidendowej. Dotyczy to np. funduszy dywidendowych, czy podmiotów / wehikułów typu joint venture, które skupiają kilku inwestorów wnoszących do nich kapitał – w takiej sytuacji uregulowanie polityki dywidendowej w kontekście czy to działalności danego podmiotu, czy pierwszeństwa / podziału / wysokości wypłacanego zysku jest normalną biznesową praktyką. Należy również wskazać, że także na warszawskiej giełdzie istnieją spółki, które świadomie określają się jako „dywidendowe” zachęcając w ten sposób akcjonariuszy, do inwestowania obiecując stałe, coroczne wypłaty, a tym samym dochody bez wychodzenia z inwestycji. Ponownie całkowicie zrozumiała i legalna praktyka biznesowa stawiana jest w niekorzystnych świetle.

Zgodnie z Projektem Objaśnień, do spełnienia przesłanki pośrednika może też dojść w sytuacji, gdy nie ma tożsamości między otrzymaną i przekazywaną płatnością i nie ma między nimi silnej korelacji czasowej.

Płatności uzyskiwane z tytułu należności pasywnych wcześniej czy później zostaną wykorzystane na ich wypłatę do udziałowca, uregulowanie własnych zobowiązań, czy reinwestycję i tym samym zostaną przekazane do innych podmiotów. Wskazana przesłanka jest zbyt ogólna i nie bierze pod uwagę niuansów prowadzenia działalności, w związku z czym należałoby ją sprecyzować poprzez dodanie, że w przypadku standardowych zdarzeń i działań biznesowych (takich jak np. regulowanie bieżących kosztów, zobowiązań, itd.) nie znajduje zastosowania.

2. Przesłanka prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej (*business substance*)

2.1 Specyfika spółek holdingowych i finansujących

Projekt Objaśnień praktycznie w ogóle nie odnosi się do istoty działalności spółek holdingowych i finansujących, które ze swojej specyfiki i faktu ciągłego otrzymywania płatności pasywnych są jednym z głównych adresatów przepisów w zakresie podatku u źródła.

Jednocześnie, Projekt Objaśnień wspomina o tym, że oprócz fizycznej obecności danego podmiotu w innym państwie, należy brać pod uwagę cechy organizacyjne, gospodarcze lub inne istotne cechy grup spółek, oraz strukturę i **strategię danej grupy** (str. 8). W tym kontekście, zwracamy uwagę na to, że Projekt Objaśnień właściwie nie definiuje na czym te kryteria, tj. „cechy organizacyjne, gospodarcze lub inne istotne cechy grup spółek, oraz struktura i strategia danej grupy”, miałyby polegać i jaki ma być ich wpływ na status w podatku u źródła. Znacznie osłabia to walor praktyczny objaśnień. Niezależnie, zwracamy też uwagę na powszechność występowania holdingów regionalnych w globalnych strukturach inwestycyjnych – podany wcześniej przykład struktury wspólnej inwestycji Pana Kowalskiego i Pani Nowak w jasny sposób pokazuje jakie są podstawowe cele i powody biznesowe tworzenia takich podmiotów na poziomie krajowym czy regionalnym.

Działalność holdingów mimo posiadania ograniczonej ilości aktywów (w tym personelu) jest w znakomitej większości przypadków motywowana względami biznesowymi. Są to zarówno powody związane z zapewnieniem bezpieczeństwa prawnego wynikającego z separacji aktywów (rozproszenie ryzyka), tworzenia przedsięwzięć o charakterze „joint venture”, efektywności zarządczej / kosztowej czy też spójnej strategii działania na danym obszarze rynku. Mogą to być wreszcie powody regulacyjne czy „historyczne” związane z utworzeniem danej struktury, czy takie jak: skalowanie działalności, bardziej zindywidualizowane, odzwierciedlające lokalne zwyczaje i kulturę prawną zarządzanie, ochrona przed wrogim przejęciem, ułatwienie dostępu do finansowania, zwłaszcza na poziomie regionalnym, czy wreszcie wejście na dany rynek (np. unijny) z poziomu jednej jurysdykcji.

Dość częstym zjawiskiem w praktyce gospodarczej jest również wprowadzenie do grupy kapitałowej dedykowanego podmiotu finansującego. Wyodrębnienie prawne funkcji finansującej w ramach grupy pozwala na lepsze rozpoznanie poziomu zapotrzebowania poszczególnych spółek z grupy na finansowanie oraz dostępność bardziej elastycznego i mniej sformalizowanego finansowania niż gdyby było ono uzyskiwane bezpośrednio przez daną spółkę operacyjną od podmiotu niepowiązanego (np. banku). Pozwala to również na oddzielenie działalności finansowej (w tym związanych z nią ryzyk) od działalności holdingowej / operacyjnej.

Wydaje się, że z uwagi na specyficzny status podmiotów holdingowych oraz finansujących, ich sytuacja powinna być uregulowana poprzez wprowadzenie jasnych, weryfikowalnych przesłanek,

pozwalających uznać, że po ich spełnieniu podatnik ten ma prawo korzystać z określonych ulg lub zwolnień podatkowych w zakresie podatku u źródła. Niezależnie od formy regulacji, powinna ona uwzględniać odrębności tych podmiotów, w szczególności brak konieczności posiadania rozbudowanej struktury aktywów czy licznego personelu.

Stąd zasadne wydaje się wprowadzenie do objaśnień konstrukcji typu „safe harbour” (bezpieczna przystań), wraz ze wskazaniem zestawu przesłanek, które będą mogły być wykorzystywane przy ocenie czy płatnik dochował należytej staranności przy weryfikacji warunków dla skorzystania z preferencji w podatku u źródła. Spełnienie tych przesłanek powodowałoby automatyczne uznanie danego podmiotu za rzeczywistego właściciela określonych płatności, natomiast w przypadku braku ich spełnienia, ocenie powinien zostać poddany całokształt okoliczności, w tym uzasadnienie biznesowe związane z funkcjonowaniem spółki holdingowej / finansującej w grupie kapitałowej. Uzasadnienie biznesowe mogłoby uwzględniać zarówno przesłanki istniejące na moment dokonywania oceny, jak i historyczne przesłanki wprowadzenia spółki holdingowej / finansującej do struktury grupy kapitałowej. Możliwe byłoby również wprowadzenie mechanizmu, który wymieniałby przykładowe przesłanki, które świadczyłyby o braku istnienia uzasadnienia biznesowego.

2.2 Brak uwzględnienia w Projekcie Objaśnień koncepcji tzw. *consolidated substance*

Koncepcja *consolidated substance* zakłada możliwość badania substancji odbiorcy należności na gruncie skonsolidowanym, tj. z uwzględnieniem działalności prowadzonej przez spółki powiązane zlokalizowane w danej jurysdykcji, w ramach której wspierane są funkcje odbiorcy płatności (np. świadczone są usługi zarządzania, wsparcia itp.).

Mając na uwadze charakter struktur, w których funkcjonują spółki holdingowe i finansujące, stoimy na stanowisku, że ocena rzeczywistej działalności gospodarczej prowadzonej przez dany podmiot w danym kraju powinna być dokonana na gruncie skonsolidowanym.

Zauważenia wymaga fakt, że często względy biznesowe oraz prawne decydują o rozdzieleniu określonych aktywów pomiędzy kilka podmiotów działających w tym samym państwie. Niewątpliwie w taki sam sposób działają polskie grupy kapitałowe, w tym także podmioty z sektora publicznego – często korzysta się np. ze scentralizowanej księgowości, marketingu czy IT. Trudno w praktyce wyobrazić sobie oczekiwanie, aby każda spółka każdy element swojej działalności realizowała przez własne zasoby ludzkie. Nie zmienia to jednak faktu, iż w danej jurysdykcji na poziomie skonsolidowanym dana grupa posiada wystarczające zaplecze majątkowo-osobowe. Taka sytuacja będzie miała miejsce przykładowo, jeżeli w danym państwie utworzony został podmiot pełniący funkcje tzw. centrum usług wspólnych, które świadczy usługi na rzecz podmiotów powiązanych w tym

spółki holdingowej i finansującej (przykładowo w zakresie usług finansowych, księgowych, prawnych, IT itp.). Inną tego typu sytuacją będzie przypadek, gdy jedna spółka pełni wskazane funkcje zarówno na własne potrzeby jak i w charakterze usługowym na rzecz spółki holdingowej lub finansującej (przykładowo funkcje te zostały wydzielone do spółki zależnej, która świadczy wskazane usługi na rzecz swojej spółki dominującej).

Co więcej, w praktyce funkcjonowania dużych grup kapitałowych zauważalna jest wręcz tendencja, niezależna od profilu działalności podmiotu, do korzystania z usług wyspecjalizowanych podmiotów do realizacji określonych funkcji, co wielokrotnie pozwala na redukcję kosztów ich obsługi. Realia biznesowe, w szczególności zakres działalności holdingów oraz spółek finansujących rzadko efektywnie wymusza konieczność zatrudniania przez tę spółkę znacznej ilości pracowników. Ponadto, w rozbudowanych grupach kapitałowych posiadających niejednokrotnie w strukturach dziesiątki podmiotów, dla większej efektywności kosztowej działalności tych podmiotów są one zarządzane z poziomu odrębnych spółek zatrudniających pracowników.

Z uwagi na powyższe, postulujemy dopuszczenie w Projekcie Objaśnień możliwości realizacji przesłanki prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej również przy uwzględnieniu koncepcji *consolidated substance*.

2.3 Przesłanki sztuczności struktury

Projekt Objaśnień wskazuje przykładowe okoliczności, które mogą świadczyć o tym, że dany podmiot spełnia kryterium sztuczności i tym samym nie powinien być uznany za prowadzący rzeczywistą działalność gospodarczą (str. 8 Projektu). Poniżej przedstawiamy swoje komentarze do wskazanych w Projekcie przesłanek.

- *podmiot może nie wykonywać istotnych funkcji zarządczych w stosunku do posiadanego majątku,*

W naszej ocenie, trudno ocenić gdzie zaczyna i kończy się istotność funkcji zarządczej. Przykładowo, z punktu widzenia praktyki rynkowej funkcjonowania spółek holdingowych, decyzje o dalszym trzymaniu udziałów, ich zbyciu, nabyciu nowych udziałów, reinwestycji zysków, itp. są często decyzjami o charakterze strategicznym, które rzadko podejmowane są wyłącznie z poziomu dyrektora zarządzającego, najczęściej są to decyzje podejmowane przy współudziale lub pod kierunkiem uzgodnionym z centralą. Warunek sformułowany w ten sposób nie odzwierciedla zatem realiów biznesowych. Co więcej również w wielu przypadkach umowy spółek pozostawiają określone decyzje w gestii wspólników (udziałowców) ograniczając w tym zakresie zakres działania zarządu. Ponownie normalna praktyka biznesowa zgodna ze swobodą prowadzenia działalności przedstawiana jest w

negatywnym świetle. W połączeniu z całkowitym brakiem jasności tego kryterium prowadzić to będzie do sporów oraz daleko idącej ingerencji Projektu Objasnień w swobodę działalności.

- *podmiot w ograniczonym stopniu uzyskuje przychody z własnej działalności gospodarczej,*

W naszej ocenie, zupełnie niezrozumiałym jest intencja, aby działalność prowadzoną przez holdingi uznawać za inną działalność niż działalność gospodarcza. Wydaje się, że taka intencja przyświeca zastrzeżeniu, iż do ‘własnej działalności gospodarczej’ nie należy klasyfikować przychodów wskazanych w art. 24a ust. 3 pkt 3 lit. b ustawy o CIT. Działalność holdingów i zarządzanie aktywami jest jedną z grup w ramach Polskiej Klasyfikacji Działalności, która stanowi systematykę działalności gospodarczych (przykładowo 64.20.Z czy [70.10.Z.](#)). Powyżej, zarówno w przykładzie inwestycji Pana Kowalskiego i Pani Nowak, jak i w dalszych komentarzach, wskazaliśmy szereg powodów istnienia holdingów i ich funkcji gospodarczej.

W praktyce rynkowej działania grup kapitałowych można obecnie zauważyć daleko idącą specjalizację biznesu, która wynika przede wszystkim z dążenia do ograniczenia ryzyka gospodarczego do jednego podmiotu. W ramach grup kapitałowych często zakładane są spółki holdingowe, czy finansujące, które mają swoje własne specyficzne cele gospodarcze. W przypadku spółek holdingowych oznacza to dominację przychodów pasywnych w postaci zysków z tytułu udziału w zyskach, w przypadku spółek finansujących - należności odsetkowych. Brak posiadania innego rodzaju przychodów nie świadczy w żadnym stopniu o braku prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej przez te podmioty. Jest wręcz przeciwnie - uzyskiwanie przez spółki holdingowe, czy finansujące znaczących przychodów innych niż przychody pasywne wymienione w przepisach o zagranicznej spółce kontrolowanej (bez większego uzasadnienia biznesowego) mogłoby właśnie kreować poczucie sztuczności jako sytuacji niespójnej z realiami rynku, a ponadto kreować ryzyka dla prowadzonego biznesu. Oczekiwanie, że holding będzie osiągał przychody z działalności np. produkcyjnej czy dystrybucyjnej (czego zdaje się Ministerstwo Finansów oczekiwać) w praktyce biznesowej mogłoby doprowadzić do zwiększenia ryzyka dla majątku przedsiębiorcy. Rozdzielenie działalności inwestycyjnej i finansującej ma również ten walor, że pozwala separować ryzyka związane z działalnością gospodarczą i obciążanie nimi innych aktywów.

Ponadto, wskazany warunek stoi w sprzeczności z celami wyrażonymi w preambule Dyrektywy PS, w szczególności z punktami (3)–(5) preambuły. Zgodnie z tymi punktami, zwolnienie z opodatkowania dywidend ma na celu konsolidację spółek z różnych państw członkowskich celem stworzenia rynku jednolitego, zwiększenia ich produktywności oraz zwiększenia ich siły konkurencyjnej na poziomie międzynarodowym. Jednocześnie, **możliwość korzystania ze zwolnienia nie powinna być utrudniana przez ograniczenia, niedogodności lub zakłócenia wynikające w szczególności z przepisów**

podatkowych państw członkowskich. Wskazujemy, że wymóg posiadania różnych rodzajów przychodów stanowi tego typu utrudnienie. Zastosowanie takiego kryterium może prowadzić do dyskryminacji podmiotów działających w ramach jednolitego rynku Unii Europejskiej.

- *podmiot nie spełnia kryterium efektywnego zarządu, gdyż w państwie siedziby znajduje się wyłącznie miejsce bieżącego administrowania sprawami,*

Wskazujemy, że Projekt Objaśnień nie precyzuje na czym od strony praktycznej ma polegać kryterium efektywnego zarządu (np. w zakresie tego ile razy członkowie zarządu muszą się spotkać w kraju siedziby spółki, jaki jest dozwolony sposób procedowania spraw i podejmowania decyzji itd.). Postulowane byłoby przedstawienie bardziej precyzyjnych wskazówek w tym zakresie. Podobnie określenie „administrowanie sprawami” wydaje się być niejasne, tym bardziej, że takie zadania z reguły również są w gestii zarządu spółek. Nawet jeśli są one cedowane na inne osoby z racji skali działania, to nie zmienia to faktu, że to zarząd decyduje o formie i sposobie „administrowania”. Przykładowo niewątpliwie składanie deklaracji podatkowych może być uznane za „administrowanie sprawami” i często też zarządy delegują te czynności do innych osób z organizacji. Nie zmienia to faktu, że w sytuacji prowadzenia czynności karnoskarbowych organy podatkowe to na zarząd nakładają często odpowiednie kary zakładając, że mimo oddelegowania to te osoby są odpowiedzialne za raportowanie podatków. Tym samym także z tej perspektywy widać, że również administrowanie wiąże się z zarządzaniem spółką.

- *brakuje wystarczająco ważnych względów gospodarczych lub handlowych uzasadniających przypisanie zysków do podmiotu, który w związku z tym nie odzwierciedla rzeczywistości gospodarczej,*

W naszej ocenie, bardziej adekwatne w przypadku tej przesłanki byłoby posługiwanie się pojęciem „uzasadnionych przyczyn ekonomicznych”, które posiada mocniej utrwalone rozumienie na gruncie podatku dochodowego od osób prawnych (np. w kontekście przepisów o opodatkowaniu reorganizacji). Obecne treść wprowadza kolejne określenie mające ten sam cel z perspektywy ustawodawcy, co wydaje się nie mieć uzasadnienia, a na pewno zwiększy niepewność.

- *podmiot nie wykonuje samodzielnie swoich podstawowych funkcji gospodarczych i nie korzysta z własnych zasobów,*

W praktyce biznesowej nie jest rzadkością, że zasoby osobowe są zlokalizowane w spółce serwisowej, a nie bezpośrednio w spółce holdingowej, czy w przypadku branży nieruchomościowej – w spółce posiadającej aktywa nieruchomościowe. Ma to uzasadnienie w efektywności operacyjnej oraz zarządzaniu ryzykiem. Korzystanie z „własnych zasobów” w dzisiejszym świecie, który pozwala na

specjalizację działalności gospodarczej i wykorzystanie zasobów zewnętrznych do świadczenia wyspecjalizowanych usług, byłoby również kosztowo nieracjonalne. Tak jest w przypadku np. usługi najmu, usług księgowych czy o charakterze compliance. Projekt objaśnień nie wskazuje również jak należałoby rozumieć „niesamodzielne wykonywanie podstawowych funkcji gospodarczych” i jakie podstawowe funkcje gospodarcze należy mieć na uwadze. W naszej ocenie, te niespójności można by częściowo wyeliminować sięgając do uzasadnienia Dyrektywy ATAD3.

Ponadto, w naszej ocenie, ogromną wartością dodaną byłoby odniesienie się w treści objaśnień do koncepcji *consolidated substance*, co opisano szerzej w pkt 2.2. powyżej i ograniczenie się w tym punkcie wyłącznie do wskazania kluczowych obszarów substratu majątkowo-osobowego, tj. kwestii posiadania biura / odpowiedniego miejsca do prowadzenia działalności, zasobów osobowych (personelu i zarządu) oraz aktywów - tak aby pozostawić je na poziomie, który nie będzie narzucał a priori jednoznacznej negatywnej oceny substancji biznesowej holdingu.

2.4 Należyta staranność płatnika

Należyta staranność, a badanie art. 22c ustawy o CIT

Jak wskazano w części „ogólne uwagi” niniejszego pisma, Projekt Objaśnień nie odnosi się kompleksowo do tematu należytej staranności, który jest jednym z najbardziej palących problemów polskich płatników podatku u źródła. Niezależnie, na str. 9 Projektu Objaśnień, Ministerstwo Finansów zdecydowało się punktowo wskazać, że należyta staranność płatnika obejmuje również weryfikację zagranicznego odbiorcy pod kątem spełnienia art. 22c ustawy o CIT, tj. sztuczności i braku uzasadnienia gospodarczego dla zastosowania zwolnienia z tytułu Dyrektywy PS oraz Dyrektywy IR jako warunków uniemożliwiających skorzystanie z preferencji.

Oceniamy negatywnie próbę przerwania na polskiego płatnika oceny abuzowości struktury w ramach należytej staranności.

Przed wszystkim art. 22c ustawy o CIT został skierowany do podatników podatku u źródła i nie powinien mieć wpływu na obowiązki płatnika. Wynika to stąd, że przesłanki zastosowania zwolnień z podatku dochodowego dla dochodów (przychodów) z tytułu różnych rodzajów płatności zostały uregulowane odrębnie od warunków, które muszą być spełnione przez płatnika w celu niepobierania podatku dochodowego od tych dochodów (przychodów) w związku z zastosowaniem zwolnienia.

Przykładowo, przesłanki zastosowania zwolnienia z podatku dochodowego dla dochodów (przychodów) z tytułu udziału w zyskach osób prawnych zostały wymienione w art. 22 ust. 4, 4c, 6, art. 22b i właśnie obowiązującym od 1 stycznia 2016 r. art. 22c ustawy o CIT. Natomiast warunki, od których

spełnienia uzależnione jest **uprawnienie do niepobierania podatku dochodowego przez płatników** w zw. z zastosowaniem ww. zwolnienia zostały uregulowane w art. 26 ust. 1, 1c i 1f ustawy o CIT. Adresatami pierwszej z ww. grup przepisów (tj. art. 22 ust. 4, 4c, 6, art. 22b i art. 22c ustawy o CIT) są podatnicy, natomiast drugiej (tj. art. 26 ust. 1, 1c i 1f u.p.d.o.p.) – płatnicy tego podatku. Analogicznie również wygląda sytuacja w odniesieniu do zwolnienia z podatku u źródła np. odsetek (art. 21 ust. 1 ustawy o CIT).

Skoro zatem obowiązki podatników, które muszą zostać spełnione w celu zastosowania zwolnienia z podatku u źródła, zostały uregulowane odrębnie od obowiązków płatników, od których spełnienia uzależnione jest prawo do zaniechania poboru tego podatku, to regulacji tych nie można ze sobą mieszać.

Takie rozumienie powyższych regulacji prezentują również sądy administracyjne. Przykładowo, jak wskazał WSA w Warszawie w wyroku o sygn. akt III SA/Wa 2679/21 „(...) *przepis art. 22c u.p.d.o.p. należy do grupy przepisów regulujących warunki zwolnienia z podatku dochodowego dla dochodów (przychodów) z tytułu udziału w zyskach osób prawnych. Adresatem tego przepisu są niewątpliwie podatnicy uzyskujący dochody (przychody) z tytułu udziału w zyskach osób prawnych. Przepis ten nie został natomiast skierowany do płatników podatku od ww. dochodów (przychodów), w związku z czym nie może być źródłem jakichkolwiek obowiązków, które na nich spoczywają*”.

Niezależnie od powyższego, wykonanie przez płatnika badania stanu faktycznego przez pryzmat art. 22c ustawy o CIT jest nieproporcjonalne, nieracjonalne i trudne (a często wręcz niemożliwe) z perspektywy praktycznej. Projekt Objaśnień nie tłumaczy dodatkowo w jaki sposób płatnik miałby w praktyce przeanalizować czy sprawdzić spełnienie tego warunku. Z tych względów rekomenduje się wprowadzenie obiektywnych przesłanek, których wystąpienie powinno przesądzać o dochowaniu przez płatnika należytej staranności przy weryfikacji omawianych okoliczności.

Należyta staranność, a badanie przesłanki rzeczywistego właściciela na gruncie zwolnienia wynikającego z Dyrektywy PS

Projekt Objaśnień wskazuje na str. 13, że polski płatnik, chcąc skorzystać ze zwolnienia podatkowego WHT wynikającego z Dyrektywy PS na wypłacie dywidendy, jest zobowiązany do weryfikacji statusu rzeczywistego właściciela przez odbiorcę dywidendy.

Taka interpretacja nie znajduje uzasadnienia w treści przepisów – ani polskich ani unijnych. Po pierwsze w przepisach Dyrektywy PS nie ma wskazanego wprost obowiązku posiadania statusu rzeczywistego właściciela dywidend jako warunku uzyskania zwolnienia z podatku u źródła. Niedopuszczalne jest więc

wywodzenie z jej regulacji przesłanki rzeczywistego właściciela dywidendy. Płatnik nie powinien mieć więc obowiązku dochowywania w tym zakresie należytej staranności.

Ministerstwo Finansów wydaje się przedstawiać koncepcję rzeczywistego właściciela na gruncie Dyrektywy PS jako środek antyabuzywny. Takie działanie jest jednak błędne ze względu na cele Dyrektywy PS. W doktrynie wskazuje się, że operacyjny cel Dyrektywy PS obejmuje eliminację podwójnego opodatkowania w sensie prawnym (w państwie źródła), jaki i w sensie ekonomicznym (zwolnienie również w państwie rezydencji)².

Należy podkreślić, że to cel dyrektywy wyznacza zakres jej zastosowania, stąd wszelkie koncepcje wychodzące poza jej cel, są wywodzone w sposób nieuprawniony. Skoro zatem celem Dyrektywy PS jest prawne i ekonomiczne wyeliminowanie podwójnego opodatkowania dywidend, czyli zapewnienie neutralności podatkowej dla ich wypłaty pomiędzy podmiotami transgranicznymi, to wywodzona przez Ministerstwo Finansów koncepcja rzeczywistego właściciela jako środka antyabuzywnego jest błędna.

Z prawidłowo zinterpretowanych celów Dyrektywy PS – tj. wyeliminowania podwójnego opodatkowania dywidend z punktu widzenia prawnego i ekonomicznego – nie wynika konieczność posiadania przez uzyskującego przychody z dywidendy statusu rzeczywistego właściciela. Nie zmienia ona obowiązków podatnika i przesłanek zwolnienia, które zostały wyraźnie uregulowane w stosownych przepisach krajowych. Jednocześnie skoro w krajowych przepisach brak takich rozwiązań, to przyjmując (całkowicie błędną) koncepcję Ministerstwa Finansów, należałoby uznać, że Dyrektywa PS została wadliwie zaimplementowana do krajowego porządku prawnego, co jednak nie może być wykorzystywane na niekorzyść podatników/płatników.

Niezależnie od powyższego warto podkreślić, że zgodnie z poglądami wyrażonymi w orzecznictwie sądów administracyjnych³, już sam fakt posiadania udziałów czy akcji w podmiocie wypłacającym dywidendy oznacza, że dana spółka jest uprawniona do otrzymania dywidendy.

2.5 Pojęcie rzeczywistego właściciela w kontekście prawa międzynarodowego

Projekt Objaśnień wskazuje, że:

² B. Kuźniacki, *Rzeczywisty beneficjent a podatek u źródła*, Warszawa 2022, s. 376: „(...) celem tej dyrektywy «jest zwolnienie dywidend (...) z podatku potrącanego u źródła dochodu oraz wyeliminowanie podwójnego opodatkowania takiego dochodu na poziomie spółki dominującej». Osiągnięcie tego celu operacyjnego ma prowadzić do określenia zasad opodatkowania, które są neutralne z punktu widzenia konkurencji, aby umożliwić przedsiębiorstwom dostosowanie się do wymogów rynku wewnętrznego, zwiększyć ich produktywność oraz zwiększyć ich siłę konkurencyjną na poziomie międzynarodowym”.

³ M.in. wyrok WSA we Wrocławiu z 11 marca 2020 r., sygn. I SA/Wr 977/19 czy wyrok WSA w Łodzi z 9 listopada 2020 r., sygn. I SA/Łd 322/20.

- (i) 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 (str. 12).
- (ii) 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 (str. 10);

Oba stanowiska zaprezentowane przez Ministerstwo Finansów w naszej ocenie, nie znajdują uzasadnienia w kontekście wykładni prawa międzynarodowego i powinny zostać usunięte.

Ad. (i)

W przypadku, gdy treść umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania nie posługuje się pojęciem rzeczywistego właściciela, zgodnie z regułami wykładni językowej (zakaz wykładni synonimicznej), nie jest możliwe implementowanie tej koncepcji do tak brzmiącej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Stanowisko takie jest prezentowane przez doktrynę, tak B. Kuźniacki⁴:

*„Spośród wszystkich polskich ratyfikowanych umów o UPO (ponad 80), polskie ekwiwalenty wyrażenia beneficial owner znajdują się w znakomitej większości, tj. we wszystkich, z wyjątkiem umów o UPO: z Pakistanem z 1974 r., z Tajlandią z 1978 r., z Hiszpanią z 1979 r., ze Sri Lanką z 1980 r., z Bośnią i Hercegowiną z 1985 r. (umowa z Socjalistyczną Federacyjną Republiką Jugosławii) z Czarnogórą i Serbią (umowa z Federalną Republiką Jugosławii z 1997 r.) oraz z Rosją z 1992 r. **W przypadku takich umów nie ma możliwości zastosowania polskiej definicji koncepcji beneficial ownership ani żadnej innej tego typu, czyli koncepcji o zabarwieniu antyabuzywnym.** Można natomiast, dokonując właściwej wykładni słów „wypłacane... osobie mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę”, ustalić właściwego podatnika, który jest odbiorcą dywidend, odsetek i należności licencyjnych, w praktyce sprowadzając ten proces do ustalenia rzeczywistego beneficjenta od tych dochodów w autonomicznym, międzynarodowym rozumieniu tej koncepcji, tj. doprecyzowania alokacji dochodu do podatnika dla potrzeby właściwego zastosowania ekwiwalentów art. 10, 11 i 12 MK OECD w polskich umowach o UPO.”*

Ad. (ii)

⁴ „Rzeczywisty Beneficjent a podatek u źródła”, Warszawa 2022, s. 346.

W żadnej z umów o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartych przez Polskę nie ma zawartej definicji rzeczywistego właściciela. Jednakże nie można w takiej sytuacji przyjąć, iż pojęcie to nie jest zdefiniowane przez poszczególne takie umowy, ponieważ w takiej sytuacji znaczenie to jest nadawane przez komentarz do Modelowej Konwencji OECD. W związku z powyższym, jako że to komentarz do Modelowej Konwencji OECD wypełnia pojęcie rzeczywistego właściciela, nie można przyjąć, aby z kontekstu przepisów poszczególnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania wynikało, że powinno ono być definiowane przez przepisy sygnatariusza.

Stanowisko o braku możliwości definiowania pojęcia rzeczywistego właściciela na gruncie UPO poprzez pryzmat krajowych przepisów potwierdza też doktryna. B. Kuźniacki twierdzi np.⁵:

*„W odniesieniu do prawa międzynarodowego z analizy w pkt 2.10.4 powyżej wynika wprost, że jedyne funkcjonalne znaczenie koncepcji beneficial ownership na potrzeby stosowania umów o UPO **jest w pełni autonomiczne względem prawa krajowego. Potrzeba autonomicznego, międzynarodowego znaczenia koncepcji beneficial ownership była eksponowana od początku funkcjonowania tej koncepcji w międzynarodowym obrocie prawnym** i wynikała wprost ze kanonów wykładni umów o UPO oraz potrzeby jej symetrycznego rozumienia przez państwo rezydencji i państwo źródła dla właściwego stosowania umów o UPO. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju *expressis verbis* wyraziła konieczność autonomicznego rozumienia koncepcji beneficial ownership w § 12, 8 i 4 odpowiednio do art. 10, 11 i 12 MK OECD z 2003 r. poprzez nacisk na rozumienie tej koncepcji w kontekście umowy o UPO oraz w świetle jej celów. Następnie w § 12.1, 9.1 oraz 4 Komentarza odpowiednio do art. 10, 11 i 12 MK OECD z 2014 r. OECD doprecyzowała, że autonomiczne rozumienie koncepcji beneficial ownership należy wywieść w pierwszej kolejności z jej najbliższego kontekstu, tj. słów „wyłacono... rezydentowi”. **W tych paragrafach Komentarza OECD także dobitnie odrzuciła możliwość odnoszenia się do krajowego znaczenia koncepcji beneficial ownership**, stwierdzając, że „termin beneficial owner został dodany dla rozwiązania potencjalnych trudności wynikających z użycia słów „wyłacone... osobie mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę”, intencją było jego interpretowanie w tym kontekście i nie odnoszenie się do żadnego technicznego znaczenia wynikającego z prawa wewnętrznego danego państwa”. **Treść Komentarza została całkowicie utrzymana w jego najnowszej i zarazem najbardziej aktualnej wersji z 2017 r.**”*

Na marginesie należy też podkreślić, że na poziomie międzynarodowym pojęcia rzeczywistego właściciela i prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej są dwoma niezależnymi i odrębnymi konceptami, które nie powinny być ze sobą mieszane. Tym samym, prowadzenie rzeczywistej

⁵ „Rzeczywisty Beneficjent a podatek u źródła”, Warszawa 2022, s. 303-304.

działalności gospodarczej nie powinno stanowić elementu badania rzeczywistego właściciela na potrzeby stosowania preferencji wynikających z umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.

3. Stosowanie koncepcji look through approach (LTA)

Projekt Objaśnień wskazuje, że praktyczna realizacja koncepcji look through approach polega na ustalaniu **przez organ podatkowy**, kto jest rzeczywistym właścicielem należności, w sytuacji gdy podmiot uzyskujący taką należność nie jest jej rzeczywistym właścicielem. Wg Projektu Objaśnień stosowanie LTA nie znajduje uzasadnienia na gruncie polskich przepisów, chyba, że dotyczy sytuacji ściśle sprecyzowanych w Projekcie (str. 15-16). Wówczas organ podatkowy ma możliwość, ale nie obowiązek zastosowania LTA.

W naszej ocenie, takie podejście prezentuje wąskie spojrzenie na koncepcję LTA. W szczególności, Projekt Objaśnień nie odnosi się do sytuacji, w której to sam podatnik / płatnik (a nie organ) powołuje się na koncepcję LTA i przedstawia dowody potwierdzające status BO podmiotu. Z Projektu nie wynika, czy w takiej sytuacji organy będą honorować tę koncepcję w celu skorzystania z preferencji w zakresie podatku u źródła przysługujących na gruncie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, czy wynikających z Dyrektyw PS oraz IR. W naszej ocenie, **objaśnienia powinny jasno wskazywać, czy w takiej sytuacji możliwe jest zastosowanie stawki WHT wynikającej z UPO zawartej przez Polskę z krajem, w którym rzeczywisty odbiorca jest rezydentem lub zwolnienia na gruncie Dyrektyw.**

Dodatkowo, obecne stanowisko Ministerstwa Finansów stoi w sprzeczności z pozytywnym podejściem do tej koncepcji, które zostało przedstawione na gruncie poprzedniego projektu objaśnień w zakresie podatku u źródła z 19 czerwca 2019 r. Obecny Projekt Objaśnień nie wskazuje z czego wynika zmiana podejścia w tym zakresie, w szczególności biorąc pod uwagę brak jakichkolwiek zmian legislacyjnych mogących mieć wpływ na taką zmianę.

Wreszcie, w naszej ocenie, przy interpretacji koncepcji LTA należy uwzględnić tezy z wyroków polskich sądów administracyjnych, które pozwalają podatnikom / płatnikom na korzystanie z tego mechanizmu. Tytułem przykładu, NSA⁶ w jednym ze swoich wyroków wskazał, że 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. Nie oznacza to natomiast braku możliwości zastosowania postanowień umowy wobec ostatecznego odbiorcy odsetek, który jako faktyczny odbiorca jest „osobą uprawnioną do odsetek”. Stąd, w ocenie NSA, błędne jest stanowisko, że umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania znalazłaby

⁶ Wyrok NSA z dnia 11 marca 2015 r., sygn. II FSK 215/13.

zastosowanie jedynie wówczas, gdy odsetki wypłacane zostały bezpośrednio osobie uprawnionej. Podobnie na ten temat zapatrywały się wojewódzkie sądy administracyjne⁷.

Do wskazanego zagadnienia odniósł się również TSUE w wyrokach z 26 lutego 2019 r. dotyczących stosowania zwolnienia dla odsetek z Dyrektywy IR. Jak wskazał TSUE sama okoliczność, że spółka, która otrzymuje odsetki w państwie członkowskim, nie jest ich „właścicielem”, nie musi oznaczać, że przewidziane w Dyrektywie IR zwolnienie nie ma zastosowania. Wydają się bowiem możliwe przypadki, w których takie odsetki są zwolnione na tej podstawie w państwie źródła, jeżeli spółka je otrzymująca przekazuje je właścicielowi mającemu siedzibę w Unii i spełniającemu także wszystkie przesłanki ustanowione w Dyrektywie I/R dla skorzystania z takiego zwolnienia.

Ani polskie sądy administracyjne ani TSUE nie przewidują podobnych zastrzeżeń dla stosowania koncepcji LTA, jak zostało to przedstawione w Projekcie Objaśnień.

Zwracamy również uwagę na wewnętrzną sprzeczność tego fragmentu. Z jednej strony wskazuje się bowiem, że brak jest podstaw prawnych żeby LTA stosować, z drugiej stosowanie LTA zostaje jednak dopuszczone w określonym zakresie.

Z treści Projektu Objaśnień nie wynika również w jaki sposób praktycznie stosować koncepcję „look through approach” również w innych aspektach tj. w szczególności:

- w zakresie składania oświadczeń płatnika (czy płatnik może od razu w treści oświadczenia wskazać, że stosuje tę koncepcję i takie oświadczenie będzie go chronić),
- czy kontrahent może wystąpić o opinię zabezpieczającą, mimo że płatność nie jest na jego rzecz, ale jest on rzeczywistym właścicielem płatności?
- na czyją rzecz powinna zostać wystawiona informacja IFT-2?

Kwestie te powinny zostać odpowiednio zaadresowane w Projekcie Objaśnień.

4. Kryterium efektywnego opodatkowania

Zgodnie z Projektem Objaśnień, możliwość skorzystania ze zwolnień na gruncie Dyrektywy PS oraz Dyrektywy IR jest uzależniona od spełnienia warunku podlegania efektywnemu opodatkowaniu w zakresie otrzymywanej należności (str. 16). Projekt Objaśnień wskazuje, że efektywne opodatkowanie w zakresie dywidend na gruncie Dyrektywy PS należy rozumieć jako brak zwolnienia podmiotowego u

⁷ Wyroki WSA w Gliwicach z 4 lutego 2020 r., sygn. I SA/GI 1488/19 oraz 30 stycznia 2020 r., sygn. I SA/GI 1490/19, jak również wyroki WSA z dnia 14 września 2023 r., sygn. akt III SA/Wa 1513/23 oraz III SA/Wa 1513/23 (uzasadnienie ustne).

odbiorcy płatności. Inaczej kwestia ta wygląda jednak na gruncie Dyrektywy IR, gdzie w zakresie efektywnego opodatkowania należy uwzględnić zarówno brak zwolnienia podmiotowego jak i opodatkowanie samej płatności, z uwzględnieniem niepominiejszania uzyskanego dochodu o hipotetyczne koszty, jak również braku możliwości uzyskania zwrotu podatku pobranego od tego dochodu bądź zaliczenia takiego podatku na poczet podatku z innych tytułów.

Należy podkreślić, iż dostrzeżenie przez Ministerstwo Finansów „aspektu podmiotowego” wynikającego z Dyrektywy PS, jako warunku dla możliwości zastosowania przepisów art. 22 ust. 4 ustawy o CIT jest znaczącym i pozytywnym krokiem w kierunku uwzględnienia postulatów podatników, opartych na dotychczasowej wieloletniej linii orzeczniczej sądów administracyjnych oraz dotychczasowej do roku 2022 praktyce organów podatkowych. Stanowisko Ministerstwa Finansów winno zostać w konsekwencji przyjęte przez Lubelski Urząd Skarbowy w zakresie w jakim wydaje on opinie o stosowaniu preferencji w trybie art. 26b ustawy o CIT.

Tym niemniej należy jednak zauważyć, iż w zakresie tzw. przesłanki „efektywnego opodatkowania” Ministerstwo Finansów wydaje się poprzez interpretowanie tej przesłanki jako cyt. „warunku podlegania efektywnemu opodatkowaniu w zakresie otrzymywanej należności” dokonywać nadinterpretacji przepisów Dyrektyw PS oraz Dyrektywy IR.

W odniesieniu do Dyrektywy IR, zwracamy uwagę, że warunek "efektywnego opodatkowania" na dzień dzisiejszy nie wynika bezpośrednio z jej treści, o czym świadczą mogą po pierwsze próby zmiany Dyrektywy w tym zakresie zapowiadane od 2011 (i linki do tej zmiany, strona 5 - [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0714/COM_COM\(2011\)0714_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0714/COM_COM(2011)0714_EN.pdf)) oraz fakt, że kwestia ta była przedmiotem zapytania prejudycjalnego do TSUE.

Nawet przyjmując, że warunek efektywnego opodatkowania powinien znaleźć zastosowanie w przypadku Dyrektywy IR, Projekt Objasnień nie wyjaśnia w szczegółach, w jakiej sytuacji dochodziłoby do jego spełnienia. W szczególności, nie ma jasności, jakie znaczenie ma dla warunku „efektywnego opodatkowania” autonomiczna możliwość stosowania przez inne państwa członkowskie zachęt podatkowych związanych z lokowaniem kapitału w tych krajach - takich jak ulgi, odliczenia, zwolnienia czy preferencyjne stawki podatkowe.

W odniesieniu do Dyrektywy PS, należy zauważyć, iż w przypadku dywidend dochód ten wypłacany jest przez spółkę zależną z jej zysku netto jako tzw. zysk podzielony, tj. po opodatkowaniu podatkiem dochodowym. Tym samym dochód ten jest już efektywnie opodatkowany w państwie siedziby jednostki zależnej. W konsekwencji powyższego, warunkiem wystarczającym dla stosowania

Dyrektywy PS jest warunek braku zwolnienia podmiotowego, rozumianego jako brak zwolnienia danego rodzaju podatnika (wg formy prawnej) z opodatkowania podatkiem dochodowym, w tym brak możliwości wyboru takiego zwolnienia z opodatkowania lub brak opodatkowania dochodów danego rodzaju podatnika stawką podatku 0%.

W związku tym, co jest uwidocznione w treści Dyrektywy PS, gdy spełniony jest warunek podmiotowego podlegania opodatkowaniu jednostki dominującej jako danego typu podatnika w kraju jego rezydencji podatkowej, wówczas konsekwencją zasady braku podwójnego opodatkowania dochodu w ramach grupy kapitałowej tym samym rodzajem podatku dochodowego jest ustanowienie co do zasady zwolnienia przedmiotowego dla dywidend jako zysków podzielonych po stronie jednostki dominującej oraz konsekwentnie braku poboru podatku u źródła od wypłacanych dywidend przez jednostkę zależną - oczywiście z zastrzeżeniem spełnienia pozostałych warunków Dyrektywy PS, w szczególności dotyczących wysokości udziału jednostki dominującej w jednostce zależnej, okresu ich posiadania, czy posiadania określonej formy prawnej przez jednostkę dominującą i jednostkę zależną. W taki też sposób dokonano implementacji postanowień Dyrektywy PS do ustawy o CIT w zakresie wskazanym w postanowieniach art. 20 ust. 3 (dla dochodów otrzymywanych z zagranicy przez polskie jednostki dominujące) i art. 22 ust. 4 (dla wpłat dywidend przez polskie jednostki zależne).

Przeciwnie rozumowanie, prezentowane ostatnio przez Lubelski Urząd Skarbowy, uzależniające możliwość korzystania ze zwolnienia z art. 22 ust. 4 ustawy o CIT od braku zwolnienia przedmiotowego dywidend z opodatkowania odpowiednikiem polskiego podatku dochodowego od osób prawnych w kraju jednostki dominującej skutkuje:

1. praktycznym wyłączeniem możliwości stosowania Dyrektywy PS na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, ponieważ co do zasady większość państw członkowskich UE, w tym Polska, implementowała Dyrektywę PS do swojego porządku prawnego poprzez ustanowienie zwolnienia przedmiotowego z opodatkowania dywidend po stronie otrzymującej ją jednostki dominującej,
2. faktycznie prowadzi do sprzecznego z Dyrektywą PS podwójnego opodatkowania na poziomie grupy kapitałowej zysku podzielonego, jakim jest dywidenda wypłacana z zysku netto jednostki zależnej, tj.:
 - i. po raz pierwszy na poziomie podatku dochodowego od osób prawnych płaconego przez jednostkę zależną zasadniczo od zysku brutto przed opodatkowaniem,
 - ii. po raz drugi na poziomie podatku, który byłby pobierany u źródła w momencie wypłaty dywidendy przez jednostkę zależną, bowiem taka dywidenda nie stanowi co do zasady u

wypłacającego ją podatnika kosztu uzyskania przychodu, tj. nie obciąża wyniku finansowego brutto i co do zasady po stronie jednostki dominującej zwolnionej przedmiotowo z opodatkowania dywidendy brak byłoby możliwości potrącenia od jej dochodu podatku dochodowego pobranego u źródła w państwie jednostki zależnej.

W tym więc zakresie stoimy na stanowisku, iż podnoszone przez Ministerstwo Finansów spełnienie w odniesieniu do wypłaty dywidend „warunku podlegania efektywnemu opodatkowaniu w zakresie otrzymywanej należności” w kontekście „aspektu podmiotowego” jednostki dominującej jako podatnika podatku dochodowego od osób prawnych, wynikającego z Dyrektywy PS winno być doprecyzowane poprzez wskazanie, że efektywne opodatkowanie należności rozumiane jest nie jako li tylko opodatkowanie dochodu z dywidendy u jednostki dominującej lub przy zwolnieniu przedmiotowym dywidendy z opodatkowania w kraju jej siedziby opodatkowanie u źródła w momencie wypłaty dywidendy przez jednostkę zależną, ale że uwzględnia już okoliczność opodatkowania dochodu grupy kapitałowej przez jednostkę zależną, z którego to następnie jest wypłacana należność w postaci dywidendy jako zysku podzielonego. Tylko takie bowiem podejście prowadzi do uniknięcia podwójnego opodatkowania zysków z dywidend, co jest przesłanką Dyrektywy PS implementowanej do polskiej ustawy o CIT.

Tylko również w takim zakresie pojmowania treści tej Dyrektywy PS logicznym jest uwzględnienie w niej zwolnienia przedmiotowego dywidend od opodatkowania po stronie jednostki dominującej (vide art. 4 Dyrektywy), przy jednoczesnym uzależnieniu możliwości stosowania postanowień tej Dyrektywy PS przez jednostkę zależną w zakresie jej zwolnienia z obowiązków w podatku u źródła, od spełnienia warunku braku zwolnienia z opodatkowania podatkiem dochodowym (rozumianego jako zwolnienie podmiotowe) jednostki dominującej w kraju jej rezydencji podatkowej (vide art. 2 w związku z art. 5 Dyrektywy).

Projekt Objaśnień nie wskazuje również co w sytuacji, gdy należność nie będzie efektywnie opodatkowana nie z uwagi na zwolnienie ale np. na stratę podmiotu, który ją otrzymuje.

--

Wierzmy, że zawarte w niniejszym piśmie uwagi wiodących organizacji przedsiębiorców działających w branży nieruchomości znajdą akceptację Pana Ministra i ich uwzględnienie zostanie odzwierciedlone w ostatecznej wersji objaśnień.

Z poważaniem -

Signature Not Verified

Dokument podpisany przez Agnieszka
Maria Hryniewiecka Jachowicz
Data: 2023.10.24 15:07:19 CEST

Podpisany elektronicznie przez
Krzysztof Jacek Poznański
24.10.2023

Polska Izba Nieruchomości Komercyjnych

KONRAD

PŁOCHOCKI

Elektronicznie podpisany
przez KONRAD
PŁOCHOCKI
Data: 2023.10.24 14:56:23
+02'00'

Polski Związek Firm Deweloperskich

Polska Rada Centrów Handlowych



PODPIS ZAUFANY

DARIUSZ

FUDALI

24.10.2023 15:32:55 (GMT+2)

Dokument podpisany elektronicznie
podpisem zaufanym

**Krajowa Izba Gospodarcza
Komitet ds. Nieruchomości**