

# RAPORT CASP nr 2

Wybrane mechanizmy uszczelniające  
w międzynarodowym prawie podatkowym  
— polska perspektywa

# RAPORT CASP nr 2

Wybrane mechanizmy uszczelniające  
w międzynarodowym prawie podatkowym  
– polska perspektywa

redaktor naukowy – Dominik J. Gajewski  
Łukasz Jeśkiewicz  
Cezary Krysiak  
Filip Majdowski

Szanowni Państwo,

jednym z głównych celów działalności Centrum Analiz i Studiów Podatkowych SGH jest cykliczne publikowanie raportów prezentujących wyniki badań nad najistotniejszymi zagadnieniami z zakresu problematyki podatkowej.



Przekazujemy w Państwa ręce już drugi raport CASP. Ten numer poświęcony jest wybranym mechanizmom uszczelniającym w międzynarodowym prawie podatkowym, które ukazano z polskiej perspektywy. Autorzy analizują trzy bardzo istotne obszary, które wzbudzają wiele zainteresowania, jak również kontrowersji. Pierwszym z nich jest problematyka stosowania testu celu głównego w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania, ze szczególnym uwzględnieniem polskiej perspektywy. Równie inte-

resującym zagadnieniem jest klauzula nieruchomościowa w polskich umowach podatkowych i jej stosowanie na gruncie polskich przepisów podatkowych. Trzecim obszarem jest zapobieganie hybrydyzacji w polskich umowach podatkowych na przykładzie Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku. Niewątpliwą wartością opracowania jest szereg konkluzji i wniosków, które mogą być inspiracją do dyskusji merytorycznej.

**dr hab. Dominik J. Gajewski, prof. SGH**

kierownik Centrum Analiz  
i Studiów Podatkowych SGH



Centrum Analiz i Studiów Podatkowych jest interdyscyplinarną jednostką naukowo-badawczą, osadzoną w strukturze organizacyjnej Kolegium Ekonomiczno-Społecznego SGH, koordynującą analizy i studia dotyczące szeroko rozumianej problematyki podatków i ceł na poziomie Polski, Unii Europejskiej oraz globalnym.

# Misja CASP

**1** Poszerzanie i upowszechnianie naukowej i praktycznej wiedzy dotyczącej podatków i ceł w wymiarze ekonomicznym, finansowym, prawnym oraz etycznym.

**2** Dostarczanie wysoko wyspecjalizowanej i interdyscyplinarnej wiedzy na najwyższym poziomie oraz promowanie multidyscyplinarnych metod badawczych w analizach i studiach dotyczących podatków.

**3** Oferowanie – jako jednostka apolityczna – wsparcia eksperckiego i analitycz-

nego dla jednostek administracji rządowej i samorządowej, ustawowych samorządów gospodarczych, podmiotów społeczeństwa obywatelskiego i mediów, jak również podmiotów gospodarczych ściśle powiązanych ze Skarbem Państwa.

**4** Tworzenie platformy współpracy pomiędzy światem nauki, administracją publiczną, biznesem i społeczeństwem obywatelskim, mającej służyć wzmocnieniu relacji w transparentnej i twórczej współpracy tych środowisk w zakresie szeroko rozumianych podatków i ceł.

## **Recenzje**

dr hab. Ziemowit Kukulski, prof. UŁ

dr hab. Krzysztof Lasiński-Sulecki, prof. UMK

## **Redakcja naukowa**

Dominik J. Gajewski

## **Autorzy**

Łukasz Jeśkiewicz, Cezary Krysiak, Filip Majdowski

## **Redakcja językowa**

Zofia Wydra

© Copyright by Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Warszawa 2021

Wszelkie prawa zastrzeżone. Kopiowanie, przedrukowywanie i rozpowszechnianie całości lub fragmentów niniejszej publikacji bez zgody wydawcy zabronione.  
Raport stanowi zbiór opinii autorów, a nie instytucji, z którymi są związani.

Centrum Analiz i Studiów Podatkowych  
Szkoła Główna Handlowa w Warszawie  
Al. Niepodległości 162  
02-554 Warszawa  
tel./fax. 22 564 86 75  
mail: [casp@sgh.waw.pl](mailto:casp@sgh.waw.pl)  
[www.casp.sgh.waw.pl](http://www.casp.sgh.waw.pl)

**SGH** Centrum Analiz  
i Studiów Podatkowych

Wydanie I

ISBN 978-83-8030-429-1

Oficyna Wydawnicza SGH – Szkoła Główna Handlowa w Warszawie  
02-554 Warszawa, al. Niepodległości 162  
[www.wydawnictwo.sgh.waw.pl](http://www.wydawnictwo.sgh.waw.pl)  
e-mail: [wydawnictwo@sgh.waw.pl](mailto:wydawnictwo@sgh.waw.pl)

## **Druk i oprawa**

QUICK-DRUK s.c.

Zamówienie 5/1/21

Zdjęcia: adobe.com

**Centrum Analiz i Studiów Podatkowych (CASP) w Kolegium Ekonomiczno-Społecznym  
Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie**

zostało utworzone Decyzją Dziekana KES z dnia 30.10.2015 roku  
oraz Decyzją Rektora SGH Nr 14 z dnia 18.03.2016 roku.





# Spis treści

<b>Wprowadzenie</b> .....	7
---------------------------	---

## 1

<b>Praktyka stosowania testu celu głównego w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska</b> .....	9
Wstęp .....	9
1. Charakterystyka PPT .....	9
2. Stosowanie PPT .....	11
3. Typowe dylematy związane z obrotem gospodarczym w kontekście PPT .....	15
3.1. Finansowanie transakcji .....	15
3.2. Reklasyfikacja źródeł płatności .....	16
3.3. Zmiana rezydencji podatkowej .....	17
3.4. Spółka holdingowa a PPT .....	18
Wnioski .....	21

## 2

<b>Klauzula nieruchomościowa w polskich umowach podatkowych i jej stosowanie na gruncie polskich przepisów podatkowych</b> .....	23
Wstęp .....	23
1. Klauzula nieruchomościowa na gruncie Modelowej konwencji w sprawie podatku od dochodu i majątku OECD .....	23
2. Klauzula nieruchomościowa w Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku .....	25
3. Podstawy prawne stosowania klauzuli nieruchomościowej w polskim porządku prawnym – umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania .....	26
4. Implementacja klauzuli nieruchomościowej w polskich przepisach podatkowych .....	28
5. Problemy z efektywnym zastosowaniem klauzuli nieruchomościowej .....	30
6. Klauzula nieruchomościowa a inne przepisy antyabuzywne .....	33
Wnioski .....	34

### 3

<b>Zapobieganie hybrydyzacji w polskich umowach podatkowych na przykładzie Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku .....</b>	<b>37</b>
Wstęp .....	37
1. Podmioty transparentne podatkowo .....	39
1.1. Zmiany wywołane konwencją MLI .....	40
1.1.1. Klauzula transparentnego podmiotu .....	40
1.1.2. Powiązane zmiany .....	42
1.1.3. Wpływ konwencji MLI na polskie umowy podatkowe .....	43
1.2. Wpływ konwencji MLI na możliwość planowania podatkowego w polskich uwarunkowaniach .....	43
2. Podmioty o podwójnej rezydencji podatkowej .....	44
2.1. Zmiany wywołane postanowieniami konwencji MLI .....	45
2.1.1. Procedura wzajemnego porozumienia się .....	45
2.1.2. Wpływ konwencji MLI na polskie umowy podatkowe .....	46
2.2. Polska praktyka traktatowa .....	46
2.3. Wnioski praktyczne .....	47
Wnioski .....	49
<b>O Autorach .....</b>	<b>52</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>53</b>



# Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie jest poświęcone problematyce z obszaru międzynarodowego prawa podatkowego. Autorzy skupiają się na wybranych mechanizmach uszczelniających funkcjonujących w tym obszarze, a analizy dokonują w kontekście umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska. Raport składa się z trzech części, z których każda dotyczy innego mechanizmu.

Pierwsza część odnosi się do stosowania klauzuli testu celu głównego (klauzuli PPT; ang. *principal purpose test*) zawartej w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska, w kontekście praktyki międzynarodowego obrotu gospodarczego. Autor podejmuje próbę odpowiedzi na niezwykle ważne pytanie dotyczące tego, jak najskuteczniej pogodzić bezpieczeństwo międzynarodowego obrotu gospodarczego, dla którego kluczową kwestią jest pewność prawa oraz przewidywalność praktyki jego stosowania, z interesem fiskalnym, w szczególności zaś – z koniecznością zapobiegania nadużyciom towarzyszącym umowom o unikaniu podwójnego opodatkowania.

W drugiej części analizie zostaje poddana klauzula nieruchomościowa zawarta w polskich umowach podatkowych, ze szczególnym uwzględnieniem jej stosowania na gruncie polskich przepisów

podatkowych. Autor wskazuje, że w praktyce wykorzystanie tej klauzuli może jednak wiązać się z pewnymi trudnościami na gruncie zarówno prawidłowego określenia obowiązku podatkowego w prawie krajowym, jak i jego późniejszej egzekucji. Czy więc klauzula nieruchomościowa może być efektywnie stosowana w polskim systemie podatkowym i jaka może być rola innych klauzul antyabuzyjnych w realizacji prawa do opodatkowania zysków ze sprzedaży nieruchomości w państwie ich położenia?

Trzecia część opracowania dotyczy zapobiegania hybrydyzacji w polskich umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania na przykładzie Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku. Hybrydowe instrumenty i podmioty są wyjątkowo kontrowersyjne przede wszystkim ze względu na rolę, jaką odgrywają w unikaniu opodatkowania w obszarze transgranicznym. Autor prezentuje wartościową i pogłębioną analizę oraz formułuje wiele niezwykle inspirujących wniosków.

Niniejszy raport CASP SGH przedstawia więc interesującą analizę problematyki z zakresu międzynarodowego prawa podatkowego, która ma istotne znaczenie m.in. dla interesów budżetowych państwa.

**dr hab. Dominik J. Gajewski, prof. SGH**







Praktyka stosowania testu celu głównego w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska

1

# 1 Praktyka stosowania testu celu głównego w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska

## Wstęp

Przedmiotem opracowania jest zagadnienie ram stosowania klauzuli testu celu głównego (ang. *principal purpose test* – test celu głównego; dalej: klauzula PPT) zawartej w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska<sup>1</sup>, w kontekście praktyki międzynarodowego obrotu gospodarczego. Celem autora jest próba odpowiedzi na pytanie o to, jak najskuteczniej pogodzić bezpieczeństwo międzynarodowego obrotu gospodarczego, dla którego kluczową kwestią jest pewność prawa oraz przewidywalność praktyki jego stosowania, z interesem fiskalnym, w szczególności zaś – z koniecznością zapobiegania nadużyciom towarzyszącym umowom o unikaniu podwójnego opodatkowania.

<sup>1</sup> Klauzula PPT została ujęta w art. 7 ust. 1 Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku. Klauzula PPT uzupełnia kolejne umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarte przez Polskę po ratyfikacji tej konwencji przez państwo będące drugą stroną takiej umowy.

## 1 Charakterystyka PPT

Klauzula PPT stanowi podstawę prawną do kwestionowania korzyści podatkowych przyznawanych na podstawie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, jeśli osiągnięcie korzyści byłoby nieuprawnione z uwagi na cel działania osoby lub podmiotu lub stałoby w sprzeczności z celem oraz przedmiotem umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Klauzula ta ma dwa elementy konstrukcyjne: subiektywny i obiektywny. Element subiektywny sprowadza się do oceny, że dana transakcja lub uzgodnienie mają na celu uzyskanie korzyści podatkowej i osiągnięcie takiej korzyści jest głównym lub jednym z głównych celów działania podatnika<sup>2</sup>. Element obiektywny akcentuje konieczność przeprowadzenia wnikliwej i bezstronnej analizy wszelkich faktów i okoliczności danej transakcji

<sup>2</sup> Subiektywny charakter klauzuli PPT i związane z tym ryzyko dla ochrony praw podatnika były szeroko komentowane w piśmiennictwie. Tak np. M. Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, "Tax Notes International" 2014, vol. 74, no. 7. Odmienne stanowisko zajął D. Weber, *The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law*, "Erasmus Law Review" 2017, August.

lub uzgodnienia, w efekcie czego musi dojść do uprawdopodobnienia, że celem transakcji lub uzgodnienia było uzyskanie korzyści umownej. Jednak nawet uzasadnione stwierdzenie, iż celem działania było uzyskanie korzyści traktatowej, nie przesądza automatycznie o tym, że korzyść podatkowa zostanie zakwestionowana: korzyść podatkowa będzie w dalszym ciągu przysługiwała osobie korzystającej z ochrony traktatowej, jeśli pozostaje w zgodzie z przedmiotem oraz celem postanowień danej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania (*a contrario*: jedynie istotna korzyść podatkowa sprzeczna z przedmiotem lub celem umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zostanie zakwestionowana w oparciu o klauzulę PPT)<sup>3</sup>.

### Teza 1

**Przy zastosowaniu klauzuli PPT – obok subiektywnej oceny zdarzeń – należy również uwzględnić przesłanki obiektywne.**

Zastosowanie PPT będzie zatem w dużej mierze uzależnione od tego, w jakim stopniu na konkretne decyzje podatnika wpływają szersze przesłanki ekonomiczne, a na ile jego działania są podyktowane względami podatkowymi. Przyjrzyjmy się w pierwszej kolejności korelacji pomiędzy tymi dwiema przesłankami.

<sup>3</sup> Sama treść klauzuli PPT nie zawiera wskazówek dotyczących ustalania, czy dana czynność jest zgodna z przedmiotem oraz celem umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Zdaniem większości komentatorów istnieje uzasadnienie, aby cel umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania wywodzić z preambuły danej umowy oraz z komentarza do art. 1 Modelowej konwencji w sprawie podatku od dochodu i od majątku OECD. Szerzej piszą o tym m.in.: R. Kok *The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6*, "Intertax" 2016, vol. 44; B. Kuźniacki, *The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the ML: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application*, "World Tax Journal" 2018, May.

Priorytetem przedsiębiorcy jest maksymalizacja zysku z działalności gospodarczej, a tym samym zwiększenie stopy zwrotu dla jego ekonomicznych interesariuszy, zwłaszcza udziałowców (akcjonariuszy). Podatek dochodowy obciąża zysk brutto przedsiębiorcy, tj. dopiero po pomniejszeniu zysku brutto o podatki (bieżący i odroczone) uzyskamy wartość zysku netto, która (poprzez możliwość jej dystrybucji w formie np. dywidendy) realnie stanowi o przyroście majątku udziałowca. W konsekwencji zobowiązanie podatkowe, skutkujące wypływem środków pieniężnych, musi być uwzględniane w projekcjach finansowych oraz przy wycenach przedsiębiorstwa po to, aby móc określić finalną rentowność danej inwestycji dla samego przedsiębiorstwa czy też jego właścicieli<sup>4</sup>.

To, że podatek jest uwzględniany przez przedsiębiorców przy podejmowaniu wszystkich decyzji inwestycyjnych, to okoliczność obiektywna, wynikająca bezpośrednio z logiki wyliczania zysku netto, jako determinanty stopy zwrotu realizowanej przez inwestora. Działanie takie nie stanowi erozji podstawy opodatkowania, a przez wzrost absolutnej wartości majątku przynosi korzyści zarówno inwestorowi, jak i Skarbowi Państwa.

Aby zachęcać przedsiębiorców i inwestorów do zwiększania skali inwestycji oraz podnoszenia ich rentowności, państwa i rządy (w tym Polska) przyznają ulgi oraz zwolnienia podatkowe. Korzystanie przez inwestorów z takich ulg i zwolnień (w tym również z ulg i zwolnień wynikających z umów o unikaniu podwójnego opodatkowania) nie powinno być odczytywane jako działanie sprzeczne z celem i przedmiotem regulacji podatkowej, ponieważ jest w tej regulacji przewidziane *expressis verbis* i w ostatecznym rozrachunku prowadzi do zwiększenia wpływów budżetowych z tytułu podatków.

<sup>4</sup> Jako przykład można podać uwzględnianie zobowiązania podatkowego w kalkulacji wartości bieżącej netto (ang. *net present value*) danej inwestycji.



Analiza powyższych zależności odsłania jeszcze jedną cechę prawidłowo zrównoważonej relacji pomiędzy interesem fiskalnym a interesem obrotu gospodarczego. Mianowicie, wartość korzyści podatkowej z reguły stanowi ułamek zysku brutto realizowanego przez inwestora, z kolei sam zwrot brutto w ujęciu rocznym to jedynie ułamek wartości kapitału zaangażowanego przez przedsiębiorcę czy inwestora. Jeżeli zatem porównamy skalę zainwestowanych środków z korzyścią podatkową, będącą jedynie ułamkiem inwestowanych środków, to stosując zwykłe zasady logiki i arytmetyki, dojdziemy do przekonania, że uzyskanie korzyści podatkowej nie mogło być głównym celem działania przedsiębiorcy ani nawet jednym z takich celów. Głównym celem działania przedsiębiorcy w takim wypadku była chęć maksymalizacji stopy zwrotu z inwestycji i odzyskanie zainwestowanego kapitału z premią w stosunku do jego wartości nominalnej. Opisywana zależność stanie się jeszcze bardziej wyraźna, gdy spojrzysz na nią z perspektywy ryzyka, tzn. uwzględniając to, że ewentualna utrata zainwestowanych środków oznaczałaby stratę dla inwestora stanowiącą wielokrotność potencjalnej korzyści podatkowej. Również w tym wypadku trudno oczekiwać, że racjonalny inwestor narażałby swoje środki tylko po to, aby uzyskać potencjalną i wielokrotnie niższą korzyść podatkową.

Zdaniem autora dzięki zastosowaniu zabiegu opartego na PPT klauzula PPT w praktyce umożliwia przyznanie preferencji podatkowych wynikających z traktatów podatkowych, których stroną jest Polska, czynnościom stanowiącym przejaw realnego obrotu gospodarczego, legitymującego się cechami i zależnościami opisanymi powyżej. Zbieg tych zależności jest podstawą do uznania, że decyzje gospodarcze podejmowane przez przedsiębiorców czy inwestorów pasywnych nie są motywowane chęcią realizacji ulg podatkowych w oderwaniu od realnych działań gospodarczych, lecz wynikają z potrzeby maksymalizacji stopy zwrotu.

W jakich okolicznościach klauzula PPT mogłaby być zatem zastosowana? Odpowiedź na o pytanie wymaga w pierwszej kolejności bliższego przyjrzenia się praktykom i wytycznym stosowania PPT.

## 2 Stosowanie PPT

W ramach projektu badawczego ocenie podlegała praktyka stosowania PPT w odniesieniu do umów o unikaniu podwójnego opodatkowania w Polsce oraz w wybranych państwach UE (w Niemczech, Holandii i we Włoszech). Podstawowy wniosek, który nasuwa się po przeprowadzeniu analizy, jest taki, że zarówno w Polsce, jak i w pozostałych krajach praktyka w zakresie stosowania klauzuli PPT jest niezwykle ograniczona. Są tego dwie przyczyny. Po pierwsze, procedura ratyfikacji Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzonej w Paryżu dnia 24 listopada 2016 r. (ang. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting; dalej: konwencja MLI) przez poszczególne kraje trwa, a zatem nie upłynęło wystarczająco dużo czasu, aby mogło dojść do wykształcenia się praktyki<sup>5</sup>. Po drugie, wiele krajów wprowadza do przepisów krajowych normy uzależniające przyznanie korzyści traktatowej od spełnienia przez ubiegającego się o uzyskanie korzyści kryteriów, opartych na wykazaniu istnienia substratu fizycznego, ludzkiego i kapitałowego oraz na posiadaniu przynajmniej rzeczywistego odbiorcy (w przypadku dochodów pasywnych). Normy oparte na substancie są

<sup>5</sup> Należy jednak pamiętać, że klauzule oparte na PPT funkcjonują już w obrocie międzynarodowym od wielu lat (jak np. tzw. małe klauzule PPT w dwustronnych umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania czy klauzula PPT wynikająca z prawa UE), a mimo to nie doszło do wykształcenia jasnej praktyki ich stosowania.

łatwiejsze do stosowania, choć nie dotyczą one tego samego spektrum sytuacji, do których może mieć zastosowanie klauzula PPT.

## Teza 2

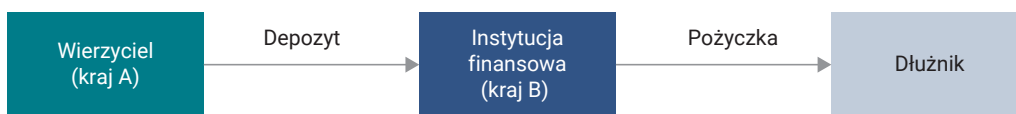
**Międzynarodowa praktyka stosowania PPT nie została wykształcona w stopniu dostatecznym, co utrudnia odpowiedź na pytanie o granice stosowania klauzuli.**

W rezultacie podstawowym źródłem wiedzy dotyczącej zakresu stosowania PPT są wskazówki zawarte w wytycznych OECD<sup>6</sup>. W dalszej części zostaną zaprezentowane wybrane przykłady stosowania klauzuli PPT, które – w ocenie autora – w sposób najpełniejszy ilustrują metodologię OECD dotyczącą kwestii PPT.

## Przykład 1

Inwestor będący rezydentem podatkowym kraju A planuje udzielić pożyczek podmiotom będącym rezydentami w krajach, z którymi kraj A nie posiada umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Konsekwencją udzielenia pożyczek byłoby opodatkowanie przy wypłacie odsetek od pożyczek zryczałtowanym podatkiem dochodowym (podatkiem u źródła) w krajach rezydencji dłużników. Zarówno jednak kraj A, jak i kraje rezydencji dłużników mają umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania z krajem B. Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarte pomiędzy krajami dłużników a krajem B oraz pomiędzy krajem A a krajem B wprowadzają zwolnienie odsetek z podatku u źródła. Inwestor z kraju A składa zatem depozyt lub pożyczka środki pieniężne bankowi będącemu rezydentem kraju B, ten zaś wykorzystuje tak uzyskane środki, aby udzielić tożsamych co do kwoty, terminu i oprocentowania pożyczek na rzecz dłużników. Przy zapłacie odsetek dłużnicy nie pobierają podatku u źródła (korzystając z ochrony traktatowej), podobnie bank nie pobiera podatku u źródła od odsetek płaconych na rzecz inwestora z kraju A. W tym przypadku zachodzi podejrzenie, że pośrednictwo banku miało na celu umożliwienie unik-

Rysunek 1. Pośrednictwo instytucji finansowej



Źródło: opracowanie własne na podstawie materiałów OECD.

<sup>6</sup> Wspólne sprawozdanie końcowe krajów OECD w sprawie tzw. działania nr 6 BEPS *Zapobieganie przyznawaniu korzyści traktatowych w nieadekwatnych sytuacjach*. OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, 2015. Więcej na ten temat: <https://www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm>.

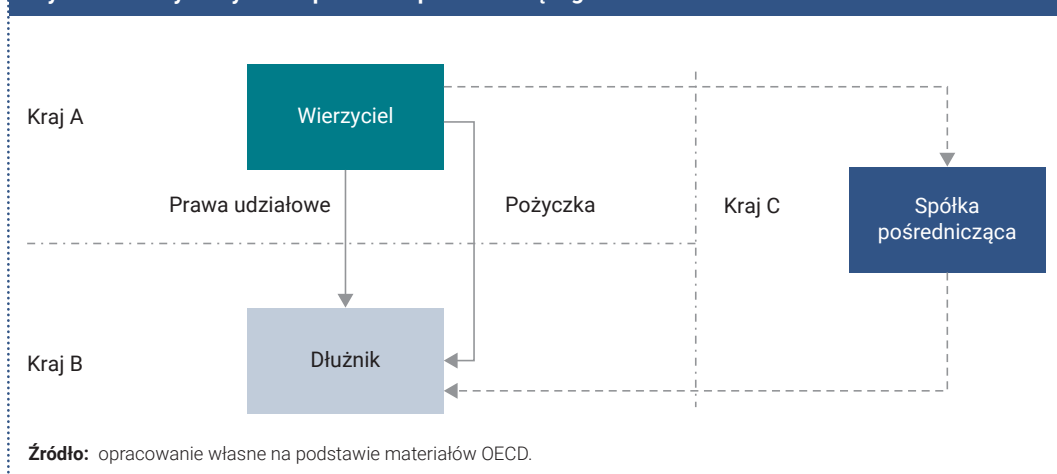
nięcia obciążenia zwrotu realizowanego przez wierzyciela z kraju A podatkiem u źródła. Można bowiem zasadnie domniemywać, że wierzyciel z kraju A mógł pożyczyć środki bezpośrednio dłużnikom, gdyby kierował się względami innymi aniżeli podatkowe.

## Przykład 2

Pożyczkodawca będący rezydentem podatkowym kraju A posiada wierzytelność z tytułu pożyczki wobec dłużnika będącego rezydentem podatkowym kraju B. Spółka z kraju B planuje wypłatę odsetek na rzecz spółki z kraju A. Podmiot będący rezydentem podatkowym kraju A jest właścicielem udziałów w spółce będącej rezydentem podatkowym w kraju B. Spółka z kraju B planuje wypłatę dywidendy na rzecz spółki A. Pomiędzy krajami A i B nie została zawarta umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania, zgodnie z którą dywidendy i odsetki płacone pomiędzy spółkami z krajów A i B podlegałyby podatkowi u źródła wedle stawek obowiązujących w kraju wypłacającego dane świadczenie (w tym wypadku kraju B). Pomiędzy krajami A i C oraz B i C zostały zawarte umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, na mocy których dywidendy i odsetki są zwolnione z podatku u źródła w kraju rezydencji wypłacające-

go te świadczenia. Na krótko przed wypłatą odsetek spółka z kraju A obejmuje instrument dłużny wyemitowany przez spółkę rezydenta podatkowego kraju C i pokrywa cenę emisyjną instrumentu wierzytelnością względem spółki w kraju B. W wyniku emisji instrumentu i cesji istniejącej wierzytelności przez spółkę z kraju A na rzecz spółki z kraju C wierzycielem z tytułu pierwotnej pożyczki udzielonej przez spółkę z kraju A staje się spółka z kraju C. Instrument dłużny objęty przez spółkę z kraju A w zamian za wierzytelność pożyczkową jest tożsamy z kwotą, walutą, momentem zapadalności, oprocentowaniem i czasem trwania dotychczasowej pożyczki pomiędzy podmiotami z krajów A i B, której wierzycielem jest obecnie spółka z kraju C. W podobny sposób spółka z kraju A przekazuje na rzecz spółki z kraju C swoje uprawnienie do dywidendy od spółki z kraju B, tj. w zamian za emisję instrumentu kapitałowego, którego zwrot jest skorelowany z wysokością i momentem wypłaty dywidendy przez spółkę z kraju B. W tym przypadku, o ile nie zostaną ustalone względy włączenia w obieg rozliczeniowy spółki z kraju C inne aniżeli chęć uniknięcia zobowiązania w podatku u źródła, należy rozważyć zastosowanie klauzuli PPT.

Rysunek 2. Wykorzystanie podmiotu pośredniczącego



Źródło: opracowanie własne na podstawie materiałów OECD.



### Teza 3

**W wytycznych OECD szczególnie mocno zaakcentowano możliwość stosowania klauzuli PPT w przypadku występowania podmiotów pośredniczących.**

Ważnym źródłem wskazań na temat możliwego stosowania klauzuli PPT w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania mogą być również wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS), które choć mają za przedmiot prawo europejskie, a nie umowy dwustronne o unikaniu podwójnego opodatkowania, bardzo często dotyczą sfery nadużycia prawa oraz europejskiego PPT. Stąd z uwagi na zbieżność pojęć orzecznictwo ETS może być posiłkowo stosowane w rozstrzyganiu kwestii spornych w obszarze nadużycia prawa na gruncie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.

Najbardziej aktualne spojrzenie na tematykę przeciwdziałania nadużywaniu dyrektyw UE w kontekście uzyskiwania zwolnień podatkowych dla dochodów pasywnych można odnaleźć w połączonych sprawach C-116/16 i C-117/16<sup>7</sup> oraz w połączonych sprawach C-115/16, C-118/16, C-119/16 oraz C-299/16<sup>8</sup>. W wyrokach tych ETS m.in. bliżej analizuje kwestię znamion braku rzeczywistej działalności gospodarczej w kontekście spółki pośredniczącej i stwierdza, że istnienie bądź nieistnienie rzeczywistej działalności gospodarczej powinno zostać wywiedzione z analizy takich

czynników, jak np.: istnienie osób zarządzających i ich przygotowanie do pełnienia funkcji w spółce, struktura bilansu odzwierciedlająca szersze operacje spółki, istnienie biura i wyposażenia, obecność pracowników. Przejawem sztuczności mogą być natomiast umowy, które powodują automatyczny transfer zysków za pośrednictwem podmiotu pośredniczącego z kraju źródła do kraju trzeciego w sytuacji, gdy odbiorca w kraju trzecim nie uzyskałby takiej samej ulgi podatkowej, jeśli inwestowałby w instrumenty emitowane przez kraj źródła bezpośrednio.

### Teza 4

**Zastosowanie PPT powinno być oparte na analizie ekonomicznej.**

Reasumując: następujące okoliczności mogą świadczyć o działaniu podjętym w celu podatkowym i mogą być analizowane na gruncie polskich traktatów o unikaniu podwójnego opodatkowania w kontekście PPT:

- jest podejmowane działanie, któremu nie towarzyszy zaangażowanie kapitałowe/aktywów ze strony inwestora, a inwestor nie ponosi ryzyka gospodarczego; dana transakcja czy struktura wprawdzie wynikają z przesłanek ekonomicznych, jednak na pewnym etapie są do nich wprowadzane zmiany, które nie wiążą się z chęcią zwiększenia skali spodziewanych korzyści ekonomicznych za cenę przejścia większego ryzyka inwestycyjnego (tj. nie są angażowane dodatkowe aktywa, skala przedsięwzięcia gospodarczego i uzyskiwane zwroty pozostają na niezmiennym poziomie); pojawia się możliwa do uzyskania korzyść podatkowa, która jednak nie jest funkcją przyrostu stopy zwrotu inwestora, ponieważ taki inkrementalny przyrost nie występuje;

<sup>7</sup> Wyrok Trybunału z dnia 26 lutego 2019 r. – wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożone przez Østre Landsret – Dania – Skatteministeriet/T Danmark (C-116/16), Y Denmark ApS (C-117/16) (Dz.Urz. UE 2019/C 139/7).

<sup>8</sup> Wyrok Trybunału z dnia 26 lutego 2019 r. – wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożone przez Østre Landsret, Vestre Landsret – Dania – N Luxembourg 1 (C-115/16), X Denmark A/S (C-118/16), C Danmark I (C-119/16), Z Denmark ApS (C-299/16)/ Skatteministeriet (Dz.Urz. UE 2019/C 139/5).

angażowane są podmioty pośredniczące, które nie pełnią istotnych funkcji lub dla których wykorzystania brakuje uzasadnienia (ang. *conduit companies*); jednak nie każdy przypadek angażowania podmiotu pośredniczącego jest motywowany względami podatkowymi, np. podmiot pośredniczący powstały w związku z systemem rozliczeń pomiędzy inwestorem głównym a mniejszościowymi czy podporządkowaniem strukturalnym (ang. *structural subordination*) jako mechaniką zabezpieczenia wierzycieli finansowych;

- w ramach transakcji nie dochodzi do przepływu towarów i usług;
- dzielenie operacji bez wyraźnej przyczyny gospodarczej w sytuacji, gdy części składowe operacji po podziale będą korzystniej traktowane podatkowo (np. sztuczny podział kontraktu budowlanego, aby uniknąć konieczności zadeklarowania zakładu przedsiębiorcy zagranicznego);
- sposób działania jest sztuczny, np. podatnik wybiera struktury lub instrumenty trudniejsze i droższe w zarządzaniu, narażające go na ryzyko gospodarcze, którego można byłoby uniknąć lub które odbiega od przyjętych praktyk rynkowych stosowanych w transakcjach pomiędzy podmiotami niepowiązanymi;
- automatyczny przepływ środków przez podmiot pośredniczący poprzez mechanizmy sprzężonych ze sobą instrumentów, zasadniczo tożsamy co do wartości, zapadalności, waluty, okresu i rentowności (ang. *back-to-back instruments*).

### 3 Typowe dylematy związane z obrotem gospodarczym w kontekście PPT

Analizując cechy konstrukcyjne klauzuli PPT, można pokusić się o kierunkową ocenę wybranych typów transakcji transgranicznych w kontekście stosowania PPT.

#### 3.1. Finansowanie transakcji

Może pojawić się pytanie, na ile wybór źródła finansowania transakcji pomiędzy finansowaniem kapitałowym a finansowaniem dłużnym podlega ocenie przez pryzmat PPT. Na wstępie należy zwrócić uwagę, że bezpośrednią konsekwencją wyboru formy finansowania będzie formuła zwrotu ekonomicznego z kapitału zaangażowanego przez inwestora. W przypadku inwestora kapitałowego zwrot będzie miał postać dywidendy, umorzenia udziałów lub kwoty likwidacyjnej, w przypadku wierzyciela finansowego będzie to np. oprocentowanie instrumentu dłużnego. W odróżnieniu od płatności dywidendowych część krajów zwalnia zwroty z instrumentów dłużnych z podatku u źródła (w przypadku Polski jest to zwolnienie na gruncie kilku umów o unikaniu podwójnego opodatkowania). W konsekwencji można zapytać, na ile wybór formy inwestowania dłużnego i w konsekwencji skorzystanie z ulgi w podatku u źródła mogą podlegać ocenie w kontekście klauzuli PPT.

Analizując tę kwestię, warto zauważyć, że zwroty ekonomiczne z instrumentów kapitałowych i dłużnych mają odmienną charakterystykę: o ile instrumenty dłużne zasadniczo wprowadzają mechanizmy ochrony zainwestowanego kapitału oraz uprawniają właściciela instrumentu do stałej stopy zwrotu, przeważnie niższej niż możliwa do osiągnięcia stopa zwrotu z instrumentu kapitałowego, o tyle instrumenty kapitałowe nie dają inwestorowi ochrony przed ryzykiem utraty wartości zainwestowanych środków, zwroty ekonomiczne z tych instrumentów są zaś wartościami rezydualnymi, uzależnionymi od zrealizowanego zysku. Inne są też częstotliwość realizacji zwrotu ekonomicznego i związany z tym przepływ pieniędzy oraz struktura zabezpieczeń.

Podjmując decyzję o wyborze instrumentu kapitałowego, inwestor kładzie na szalę ryzyko ekonomiczne związane z częściową lub nawet całkowitą utratą zainwestowanych środków, dla którego prze-

ciwwagą jest możliwość realizacji stopy zwrotu znacząco przekraczającej wysokości oprocentowania na instrumencie dłużnym. Z kolei instrument dłużny daje większe gwarancje ochrony kapitału, jednak kosztem niższego zwrotu (zatem kosztem wyższego prawdopodobieństwa zachowania kapitału następuje utrata potencjalnej wyższej korzyści ekonomicznej w postaci zwrotu).

Cel umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska, to m.in. promocja międzynarodowej wymiany handlowej oraz przepływu kapitału. Każda forma transgranicznej wymiany kapitału o charakterze rzeczywistym powinna co do zasady podlegać ochronie traktatowej. W ocenie autora nie jest rolą umów o unikaniu podwójnego opodatkowania rozstrzygnięcie, jaka forma finansowania byłaby w danej sytuacji najwłaściwsza – decyzja ta powinna być pozostawiona umawiającym się stronom. Wybór każdej z opcji będzie uzasadniony bilansem korzyści i ryzyka gospodarczego ponoszonego przez umawiające się strony<sup>9</sup>.

### Teza 5

**Wybór formy finansowania transakcji nie powinien być oceniany przez pryzmat PPT.**

### 3.2. Reklasyfikacja źródeł płatności

Kolejne ważne pytanie dotyczy tego, czy klauzula PPT może ograniczać korzyści podatkowe w sytuacji, gdy płatność z natury pasywna (podlegająca podatkowi u źródła) zostaje przemianowana na realizację zysku kapitałowego (zwolnionego z podatku u źródła), jak np. finansowanie wynagrodzenia z tytułu skupu udziałów (akcji) własnych w celu ich umorzenia z zysków zatrzymanych. To,

co łączy sytuację skupu udziałów (akcji) w celu umorzenia i sytuację wypłaty dywidendy, to fakt, że w obydwu przypadkach dokonującym płatności na rzecz udziałowca (akcjonariusza) jest spółka, w której ten udziałowiec (akcjonariusz) posiada udziały (akcje). Są też jednak istotne różnice, a w szczególności:

- wartość wynagrodzenia z tytułu skupu akcji (udziałów) własnych zasadniczo nie podlega ograniczeniom co do wysokości, z kolei górna wysokość wypłaty dywidendy wynika z przepisów kodeksu spółek handlowych oraz ustaw szczególnych;
- wypłata dywidendy pozostawia prawa udziałowe na niezmienionym poziomie, podczas gdy skup akcji własnych i ich umorzenie skutkuje redukcją liczby praw udziałowych i zmianą w parytecie udziałowym (akcyjnym) w spółce;
- patrząc przez pryzmat inwestycyjny, należy stwierdzić, że zwrot gotówkowy poprzez dywidendę umożliwia transfer gotówki odpowiadającej wysokości zysku netto oraz kapitałom zapasowym przeznaczonym na wypłatę dywidendy; z kolei w przypadku skupu udziałów własnych na wartość zwrotu gotówkowego składa się zysk netto powiększony o środki pieniężne równoważne amortyzacji (np. w przypadku przedsiębiorstw, które ponoszą znaczące wydatki inwestycyjne na początku cyklu inwestycyjnego); zatem skup udziałów własnych w analizowanym przykładzie znacząco polepsza IRR<sup>10</sup> danego inwestora;
- w niektórych okolicznościach umorzenie akcji może być instrumentem realizacji szerszych celów inwestycyjnych, w szczególności w kontekście spółek publicznych, które w ten sposób mogą chcieć zwiększyć wycenę akcji pozostających w obrocie lub bronić się przed wrogim przejęciem.

<sup>9</sup> Tak również R. Kok, *op.cit.*

<sup>10</sup> Wewnętrzna stopa zwrotu (ang. *internal rate of return*), tj. model wyceny, który poszukuje stopy dyskontowej, przy której NPV jest równe zero.



Z tych względów za niezasadne należy uznać każdorazowe i automatyczne kwestionowanie korzyści podatkowej osiągniętej w związku z potraktowaniem wypłaty ze spółki jako realizacji zysku kapitałowego (niepodlegającego podatkowi u źródła) na podstawie argumentu, że w istocie jest to dochód tożsamy z dochodem dywidendowym, a więc zasadniczo podlegającym opodatkowaniu u źródła. Nie oznacza to, że ocena możliwości takiej reklasyfikacji nigdy i w żadnych okolicznościach nie może zostać podjęta, jednak w każdej sytuacji powinna ją poprzedzić staranna analiza okoliczności towarzyszących wypłacie, w tym w szczególności: porównanie wysokości dostępnej zdolności dywidendowej z wartością wynagrodzenia wypłaconego z tytułu skupu udziałów (akcji) własnych, ocena prawnej dopuszczalności wypłaty dywidendy w miejsce skupu udziałów (akcji) własnych, analiza celów inwestycyjnych udziałowców, w przypadku spółki publicznej wycena jej walorów i ryzyka wrogiego przejęcia.

#### Teza 6

**Wybór formy dystrybucji ze spółki może podlegać ocenie PPT, należy jednak każdorazowo analizować i uwzględnić przesłanki ekonomiczne stojące za przyjętym wyborem.**

Warto postawić w tym miejscu pytanie: Czy klauzula PPT jest w ogóle właściwym środkiem do rozstrzygnięcia analizowanego problemu? O wiele skuteczniejszym rozwiązaniem mogłoby być wprowadzenie na wzór ustawodawstw niektórych państw zachodnich (np. Stanów Zjednoczonych) zasady, w myśl której każda wypłata ze spółki na rzecz jej udziałowców (akcjonariuszy) jest dla celów podatkowych dzielona na część dywidendową i część kapitałową. Część dywidendowa

podlega reżimowi podatku u źródła, część kapitałowa zaś – zasadom opodatkowania zysków kapitałowych (a więc zasadniczo opodatkowaniu w kraju inwestora).

#### 3.3. Zmiana rezydencji podatkowej

Innym przykładem działania, które można rozważać w kontekście klauzuli PPT, jest zmiana rezydencji podatkowej, zwana potocznie migracją. Prawo do zmiany rezydencji podatkowej (albo posiadania podwójnej rezydencji podatkowej) pośrednio wynika z treści umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska, oraz przepisów podatkowych poszczególnych państw. Wprawdzie migracja rodzi ujemne następstwa dla realizacji celów fiskalnych państwa, z którego podatnik przenosi swoją rezydencję podatkową, ale skutki te są ograniczane przepisami o opodatkowaniu niezrealizowanych zysków (ang. *exit taxes*) oraz przepisami dotyczącymi opodatkowania zakładu przedsiębiorcy zagranicznego.

Biorąc pod uwagę, że migracja jest usankcjonowana przepisami umów o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz prawa krajowego, za niezasadne należałoby uznać kwestionowanie wykonywania przez podatnika prawa do zmiany rezydencji podatkowej czy osiągnięcia przez niego ewentualnych korzyści podatkowych w związku z przeprowadzeniem procesu zmiany rezydencji (np. uzyskania dostępu do bardziej korzystnego traktatu podatkowego). Działanie podatnika należy uznać za mieszczące się w ramach przedmiotu i celu umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

#### Teza 7

**Zmiana rezydencji podatkowej nie powinna podlegać PPT.**

### 3.4. Spółka holdingowa a PPT

W dyskusjach dotyczących stosowania PPT wyjątkowo często pojawia się kwestia stosunku PPT do struktur wykorzystujących spółki holdingowe, tzn. spółki, których działalność polega na zarządzaniu inwestycjami w udziały, papiery wartościowe lub instrumenty dłużne. Temat nabrał szczególnego znaczenia po publikacji omawianych wyżej wyroków ETS w połączonych sprawach C-116/16 i 117/16 oraz w połączonych sprawach C-115/16, C-118/16, C-119/16 oraz C-299/16. ETS negatywnie ocenił w nich użycie podmiotów holdingowych w strukturze kapitałowej z perspektywy norm dotyczących przeciwdziałania unikaniu opodatkowania.

Wątpliwości związane z użyciem spółek holdingowych w kontekście PPT wynikają z wytycznych OECD odnoszących się do przeciwdziałania zjawisku *treaty shopping*, czemu wyraz dano m.in. w konwencji MLI. W wytycznych OECD zasadniczo za niedopuszczalne uznano wykorzystanie spółki pośredniczącej o charakterze holdingowym do osiągnięcia korzyści podatkowej w postaci obniżonej stawki podatku u źródła bądź zwolnienia z podatku w sytuacji, gdy spółka pośrednicząca nie odgrywa żadnej istotnej roli poza przewodem przepływu pieniądza i realizacją oszczędności podatkowej. W ocenie krajów OECD takie wykorzystanie spółki holdingowej jest równoznaczne z nieuprawnionym osiągnięciem korzyści umownej i powinno aktywować klauzulę PPT.

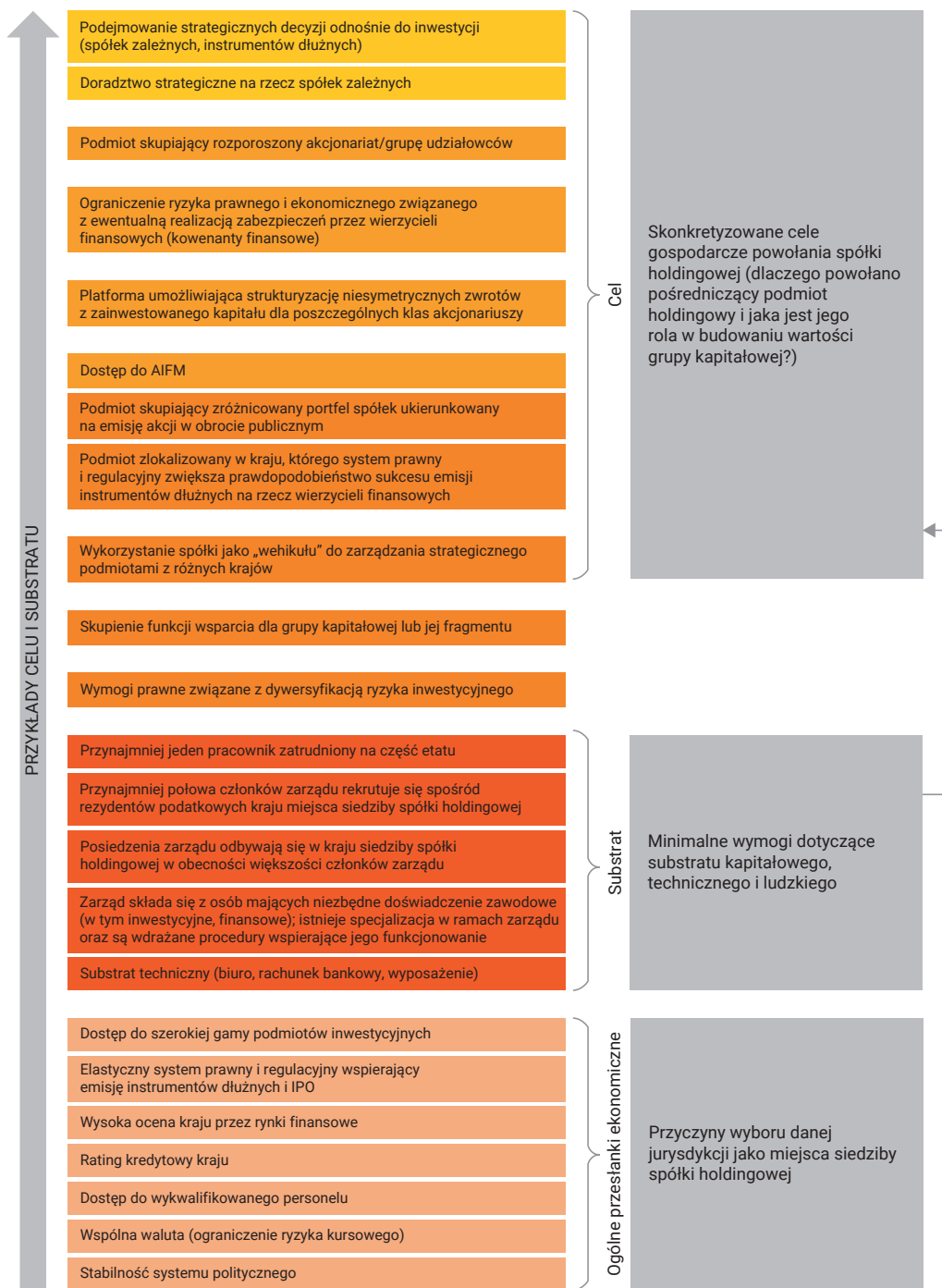
Czy jednak fakt występowania spółki holdingowej w strukturze grupy kapitałowej jest każdorazowo świadectwem nieuprawnionego osiągnięcia korzyści traktatowej? W praktyce obrotu gospodarczego można wskazać różne przykłady wykorzystania spółek o charakterze holdingowym, m.in. sytuacje podobne do tej opisanej wyżej w przykładzie 2, jednak z doświadczeń autora wynika, że nie jest to najczęstszy sposób wykorzystania spółek o charakterze holdingowym. O wiele czę-

ściej spółki holdingowe pojawiają się w strukturach grup kapitałowych z powodów innych aniżeli podatkowe. Wybrane cele gospodarcze powołania spółki holdingowej inne aniżeli względy podatkowe zostały przedstawione na rysunku 3, na którym zostały również ujęte typowe elementy substratu ludzkiego, kapitałowego i technicznego oraz szersze względy prawne i gospodarcze uzasadniające funkcjonowanie spółki holdingowej na danym terytorium.

Identyfikacja przynajmniej kilku z wyżej wymienionych czynników powinna w istotny sposób wpływać na ocenę tego, czy mamy do czynienia ze spółką holdingową osiągającą korzyści podatkowe w ramach niedozwolonych praktyk *treaty shopping*, czy też spółką realizującą szerszy cel gospodarczy, czemu sprzyja możliwość osiągnięcia przez taką spółkę korzyści podatkowej wynikającej z umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. W tym drugim przypadku należałoby przyznać spółce holdingowej prawo do takiej korzyści (np. prawo do obniżonej stawki podatku u źródła czy zwolnienia z opodatkowania zysku kapitałowego) na podstawie oceny, że osiągnięcie jej jest w tej sytuacji zbieżne z przedmiotem i celem traktatu.

W praktyce państw europejskich można wyróżnić dwa podejścia do oceny tego, czy spółkę holdingową legitymizują wystarczająco mocne argumenty ekonomiczne, aby przyznać jej prawo do skorzystania z ochrony traktatowej. Zgodnie z pierwszym podejściem analiza obejmująca trzy bloki tematyczne przedstawione na rysunku 3 powinna obejmować jedynie samą spółkę holdingową. Istnienie szerszego celu czy substratu w ramach grupy kapitałowej w tej samej jurysdykcji, ale zgrupowanego w innych podmiotach prawnych aniżeli spółka holdingowa nie jest brane pod uwagę. Podejście to stosują aktualnie Francja i po części Belgia. Jego zaletą jest łatwość analizy, wynikająca z konieczności oceny pojedynczego podmiotu, co ułatwia pracę administracji skarbowej.

Rysunek 3. Substraty spółki holdingowej



Źródło: zasoby EY.



Wadą jest rygorizm formalny i nieuwzględnianie wielu instrumentów budowy substratu zazwyczaj wykorzystywanych w obrocie gospodarczym (np. pozyskiwanie dostępu do substratu na bazie kontraktowej), w rezultacie może dojść do odmowy (ze względu na niespełnienie przesłanek formalnych) prawa do korzyści podatkowej grupie kapitałowej, która prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą i nie stosuje praktyk polegających na *treaty shopping*.

Odwrotne podejście zakłada, że wymóg treści ekonomicznej jest spełniony, o ile szersza substancja ekonomiczna oraz cel gospodarczy są identyfikowalne na poziomie grupy kapitałowej w kraju lokalizacji spółki holdingowej, przy czym poszczególne elementy substratu/celu mogą być rozmieszczone na poziomie innych spółek kontrolowanych przez daną grupę, lecz zlokalizowanych na tym samym terytorium co spółka holdingowa (elementy te niekoniecznie muszą być skupione w ramach spółki holdingowej). To podejście stosują obecnie np. Niemcy, Włochy i Szwecja. W jego ramach na samą spółkę holdingową należy patrzeć przez pryzmat prowadzenia adekwatnej rzeczywistej działalności gospodarczej, z naciskiem na przesłankę adekwatności, rozumianą jako stopień aktywności operacyjnej i wielkość substratu, uwzględniające charakter działalności prowadzonej przez holding. W kontekście spółki holdingowej minimum czynności, które powinny być realizowane przez samą spółkę, to samodzielne wykonywanie praw z udziałów, papierów wartościowych i innych instrumentów przez merytorycznie przygotowane do tego osoby zarządzające. Same operacje niezbędne do utrzymania holdingu (np. księgowość, dostęp do biura i personelu) mogą być zlecane usługowo innym podmiotom, jeśli ich posiadanie w ramach zasobów własnych nie jest koniecznym warunkiem prowadzenia działalności. W każdym przypadku powinien jednak istnieć cel ekonomiczny powołania spółki holdingowej.

W ocenie autora drugie z zaprezentowanych podejść w większym stopniu uwzględnia wymogi współczesnego obrotu gospodarczego, w szczególności dominujące we współczesnym świecie modele zaopatrzenia w produkty i usługi, w dużej części oparte na centralizowaniu funkcji zakupowych w grupie, nie zaś na ich rozpraszaniu pomiędzy poszczególne podmioty prawne. Modele koncentracji funkcji i udostępniania świadczeń na bazie usługowej nie mają nic wspólnego z optymalizacją podatkową: są podyktowane rosnącą konkurencyjnością gospodarek światowych oraz dbałością o optymalizację kosztów prowadzenia działalności gospodarczej.

Zdaniem autora ocena spółki holdingowej w kontekście klauzuli PPT nie może być więc mechaniczna, a powinna uwzględniać wszelkie okoliczności gospodarcze. Dopiero wykluczenie istotnych okoliczności gospodarczych i uprawdopodobnienie zjawiska *treaty shopping* mogą dawać podstawę do stosowania klauzuli PPT. Rekomendowane byłoby przyjęcie metodologii oceniania spółek holdingowych, w myśl której przy rozważaniu możliwości przyznania spółce holdingowej prawa do ochrony traktatowej byłyby uwzględniane szerszy cel i substrat gospodarczy, a nie zawężano by go tylko do celu i substratu występującego w obrębie jedynie samego podmiotu holdingowego.

### Teza 8

**Istnienie spółki holdingowej nie może automatycznie aktywować PPT.  
Potrzebne jest wypracowanie spójnego podejścia do podatkowego traktowania spółki holdingowej.**

## Wnioski

W ocenie autora stosowanie przez Polskę prawa traktatowego wymaga wyważenia pomiędzy względami pewności prawa a interesem fiskalnym. Klauzula PPT daje bardzo szerokie uprawnienia do kwestionowania preferencji podatkowych przyznawanych przez umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania i jednocześnie daje mgliste wyobrażenie na temat tego, jakie działania będą stanowiły naruszenie klauzuli PPT, a jakie będą akceptowane.

Wypracowanie standardów stosowania klauzuli PPT może przyczynić się do podniesienia atrakcyjności Polski w oczach międzynarodowych inwestorów poprzez zwiększenie transparentności i pewności stosowania prawa, czego wymiernym efektem będzie możliwość uwzględnienia w modelach finansowych obciążeń podatkowych w prawidłowej wysokości, a w konsekwencji większa przewidywalność odnośnie do spodziewanych zwrotów ekonomicznych z zainwestowanych środków.

Klauzula PPT będzie odgrywała ważną rolę w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Polska, jednak analiza dotychczasowej praktyki stosowania PPT w Polsce i za granicą prowadzi do kilku wniosków. Szeroki zakres oceny zawarty w klauzuli można częściowo niwelować poprzez rozszerzenie reguł technicznych. Dopiero w sytuacji, gdy analiza reguł technicznych jest niewystarczająca, zasadne byłoby rozstrzygnięcie danej kwestii w oparciu o klauzulę PPT. Biorąc pod uwagę złożoność materii będącej przedmiotem analiz opartych na celu głównym oraz spodziewany w większości przypadków istotny wymiar majątkowy analizowanych spraw, za niezbędne należałoby uznać szerokie posiłkowanie się przez administrację skarbową wiedzą ekspertów i ciał kolegialnych. W szczególności warto postulować, aby w procesie wydawania rozstrzygnięć opartych na klauzuli PPT obligatoryjnie

uczestniczyła Rada do spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania<sup>11</sup>. Należałoby także rozważyć uzupełnienie klauzuli PPT o wymóg badania rzeczywistego charakteru transakcji lub uzgodnienia, ponieważ postulat ten odwołuje się do bardziej skonkretyzowanego pojęcia, jakim jest rzeczywista działalność gospodarcza, i jest zbieżny z rekomendacjami Komisji Europejskiej<sup>12</sup>. W zakresie tematyki spółek holdingowych trzeba rozważyć zmianę podejścia do analizy ich celu oraz substratu, tzn. odejść od oceny celu/substratu konkretnego podmiotu holdingowego na rzecz analizowania szerszego substratu i celu podmiotu holdingowego w kontekście jego kraju rezydencji. Wymagany substrat powinien być adekwatny do zadań realizowanych przez podmiot holdingowy.

### Teza 9

**Wypracowanie standardów stosowania klauzuli PPT wspierałoby obrót gospodarczy poprzez zwiększenie zasady pewności stosowania prawa.**

<sup>11</sup> W obecnym stanie prawnym rozstrzygnięcia oparte na PPT mogą zapadać w wyniku postępowania przeprowadzonego przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej (dalej: Szef KAS) na podstawie art. 119g ust. 1 w zw. z ust. 8 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2019 r. poz. 900). Rada do spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania wyraża opinię co do zasadności stosowania środków ograniczających umowne korzyści na wniosek Szefa KAS złożony w toku postępowania podatkowego (Szef KAS nie ma jednak obowiązku każdorazowego zwracania się do Rady o wydanie takiej opinii) lub na wniosek strony zgłoszony w odwołaniu od decyzji Szefa KAS.

<sup>12</sup> Pkt 1 zalecenia Komisji (UE) nr 2016/136 z dnia 28 stycznia 2016 r. w sprawie wdrażania środków przeciwdziałających nadużyciom postanowień konwencji podatkowych, notyfikowanego jako dokument nr C (2016) 271.



# Klauzula nieruchomościowa w polskich umowach podatkowych i jej stosowanie na gruncie polskich przepisów podatkowych



# 2 Klauzula nieruchomościowa w polskich umowach podatkowych i jej stosowanie na gruncie polskich przepisów podatkowych

## Wstęp

Prawo do opodatkowania dochodów ze sprzedaży nieruchomości w państwie jej położenia jest często obchodzone poprzez tworzenie na ogół zagranicznych spółek nieruchomościowych i sprzedaży udziałów w nich przez nierezydenta. Skutkiem takiej czynności, polegającej *de facto* na sprzedaży nieruchomości, mogłoby być opodatkowanie zysków wyłącznie w państwie rezydencji zbywcy. Aby temu zapobiec, w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania stosuje się tzw. klauzulę nieruchomościową. W praktyce w związku z jej stosowaniem mogą pojawić się jednak pewne trudności na gruncie zarówno prawidłowego określenia obowiązku podatkowego w prawie krajowym, jak i jego późniejszej egzekucji. Powstaje zatem pytanie, czy klauzula nieruchomościowa może być efektywnie stosowana w polskim systemie podatkowym i jaka może być rola innych klauzul antyabuzyjnych w realizacji prawa do opodatkowania zysków ze sprzedaży nieruchomości w państwie ich położenia.

## 1 Klauzula nieruchomościowa na gruncie Modelowej konwencji w sprawie podatku od dochodu i majątku OECD

Klauzula nieruchomościowa jest instrumentem funkcjonującym na gruncie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, ustalającym szczególne zasady opodatkowania przychodów z tytułu przeniesienia własności udziałów lub akcji w spółce, której majątek w większości składa się z majątku nieruchomego. Co do zasady zapis dotyczący opodatkowania zbycia udziałów lub akcji w spółce nieruchomościowej jest odstępstwem od zawartej w Modelowej konwencji w sprawie podatku od dochodu i majątku OECD (dalej: MK OECD) ogólnej reguły, na której są wzorowane zawierane przez Polskę umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, a z której wynika, że przychody ze sprzedaży udziałów lub akcji podlegają opodatkowaniu w państwie rezydencji zbywcy. Oznacza to więc, że zasadniczo państwo źródła nie ma prawa do opodatkowania przychodów z tytułu zbycia udziałów lub akcji spółek.



W MK OECD oraz dwustronnych umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania co do zasady uznano, że wszelkie zyski związane z nieruchomościami powinny być opodatkowane w państwie, w którym ta nieruchomość się znajduje.

**To państwo położenia nieruchomości zatem, jako państwo źródła, powinno mieć prawo do opodatkowania nieruchomości.**

I tak w art. 6 MK OECD przyznano prawo do opodatkowania przychodów uzyskanych z nieruchomości państwu, na którego terytorium dana nieruchomość się znajduje. Na tej samej zasadzie oparta jest koncepcja opodatkowania dochodów ze zbycia nieruchomości wyrażona w art. 13 ust. 1 MK OECD.

Stosownie do art. 6 ust. 1 MK OECD dochód osiągnięty przez osobę mającą miejsce zamieszkania lub siedzibę w umawiającym się państwie z majątku nieruchomego (w tym dochód z gospodarstwa rolnego lub leśnego) położonego w drugim umawiającym się państwie może być opodatkowany w tym drugim państwie. Jednocześnie – zgodnie z art. 13 ust. 1 MK OECD – zyski osiągnięte przez osobę mającą miejsce zamieszkania lub siedzibę w umawiającym się państwie z przeniesienia tytułu własności majątku nieruchomego, o którym mowa w art. 6 i który jest położony w drugim umawiającym się państwie, mogą być opodatkowane w tym drugim państwie. Oznacza to, że zarówno przepis art. 6 MK OECD, jak i przepis art. 13 ust. 1 MK OECD odwołują się do tej samej zasady, czyli prawa do opodatkowania nieruchomości (zysków z nieruchomości lub ze sprzedaży nieruchomości) w państwie, w którym nieruchomość jest położona. Co do zasady państwo, na którego terytorium majątek nieruchomy jest położony, ma prawo czerpać zyski

z opodatkowania szeroko pojętych przychodów z tytułu zbycia takiego majątku. Prawo to wynika z nierozzerwalnej ekonomicznej więzi majątku nieruchomego z miejscem jego położenia i wzmocnione jest tym, że samo określenie, co składa się na pojęcie majątku nieruchomego, w pierwszej kolejności powinno nastąpić w oparciu o przepisy prawa krajowego państwa, na którego terytorium majątek ten się znajduje.

**Zasady te zaczęto omijać, stosując mechanizmy zmierzające do unikania opodatkowania dochodu ze sprzedaży nieruchomości w państwie ich położenia.**

Przed wprowadzeniem klauzuli nieruchomościowej art. 13 MK OECD, regulujący opodatkowanie zysków kapitałowych, zawierał ogólną zasadę opodatkowania zysków ze sprzedaży udziałów lub akcji w spółkach w państwie rezydencji zbywcy (obecny art. 13 ust. 5 MK OECD). Przepis ten stanowił podstawę praktyki omijania związanych ze zbyciem nieruchomości obowiązków podatkowych, polegającej na tym, że w ramach unikania płatności podatku od zbycia nieruchomości zakładano spółki, których majątek stanowiły nieruchomości mające podlegać zbyciu. Poprzez zbycie akcji bądź też udziałów takiej spółki kwestie podatkowe były regulowane zgodnie z prawem obowiązującym w państwie zbywcy, co pozbawiało państwo źródła zysków z opodatkowania. Skutkowało to tym, że podatnik, który uzyskiwał przychody ze zbycia nieruchomości w danym kraju, lokował je w państwach będących tzw. rajami podatkowymi, przez co unikał ciężącego na nim obowiązku podatkowego. W ramach przeciwdziałania tym praktykom wprowadzono w umowach międzynarodowych szczególne regulacje poświęcone klauzuli nieruchomościowej.

**Klauzula nieruchomościowa została po raz pierwszy wprowadzona do MK OECD w 2003 r.**

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 13 ust. 4 MK OECD z 2003 r.<sup>1</sup> zyski z przeniesienia własności akcji w spółce, których wartość w ponad 50% pochodzi bezpośrednio lub pośrednio z majątku nieruchomości położonego w drugim umawiającym się państwie, mogą być opodatkowane w tym drugim państwie. Była to pierwsza próba sformułowania autonomicznej normy podatkowej, której celem było zaniechanie praktyk uchylania się od opodatkowania przychodów ze zbycia nieruchomości poprzez sztuczne kreowanie spółek nieruchomościowych.

## **2 Klauzula nieruchomościowa w Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku**

Takie brzmienie art. 13 ust. 4 MK OECD funkcjonowało aż do wejścia w życie Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzonej w Paryżu dnia 24 listopada 2016 r., podpisanej w Paryżu dnia 7 czerwca 2017 r. (ang. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting; dalej: konwencja MLI)<sup>2</sup>. Jest to wie-

<sup>1</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2003*, OECD Publishing, Paris 2003, <https://doi.org/10.1787/mtc-cond-2003-en> (dostęp: 13.12.2020).

<sup>2</sup> Geneza i treść konwencji MLI są omówione na stronie Ministerstwa Finansów: <https://www.podatki.gov.pl/podatkowa-wspolpraca-miedzynarodowa/konwencja-ml/#geneza-i-cel-konwencji-ml> (dostęp: 13.12.2020).

lostronna umowa międzynarodowa wypracowana w wyniku działań OECD i G20, prowadzonych w ramach projektu „Base Erosion Profit Shifting” (dalej: projekt BEPS). Ma wprowadzić zmiany do dwustronnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, które zostały zgłoszone przez poszczególne państwa do objęcia konwencją.

Polska, przystępując do konwencji MLI, zadeklarowała szerokie implementowanie objętych nią rozwiązań. Do MLI zgłosiła 78 umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Ostateczna liczba polskich umów, do których będzie miała zastosowanie konwencja MLI, zależy jednak od liczby sygnatariuszy tej konwencji.

Jednym z rozwiązań zaproponowanych państwom sygnatariuszom konwencji MLI jest ujednoczenie i uszczegółowienie klauzuli nieruchomościowej poprzez przyjęcie brzmienia określonego w art. 9 konwencji MLI, zatytułowanym *Zyski z tytułu przeniesienia udziałów lub akcji lub innych praw w podmiotach, których wartość pochodzi głównie z majątku nieruchomościowego*. W przypadku umów zawierających już klauzulę nieruchomościową w pierwotnym brzmieniu (47 umów) Polska przyjęła art. 9 ust. 4 konwencji MLI w następującym brzmieniu: „(...) zyski uzyskane przez osobę mającą miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Umawiającej się Jurysdykcji z tytułu przeniesienia własności udziałów lub akcji lub porównywalnych praw, takich jak prawa w spółce osobowej lub truście, mogą być opodatkowane w drugiej Umawiającej się Jurysdykcji, jeżeli w jakimkolwiek momencie w okresie 365 dni poprzedzających przeniesienie własności tych udziałów lub akcji lub porównywalnych praw ich wartość pochodziła bezpośrednio lub pośrednio w więcej niż 50% z majątku nieruchomościowego (nieruchomości) położonego na terytorium tej drugiej Umawiającej się Jurysdykcji”. Należy jednak zaznaczyć, że implementacja tego przepisu zależy od zgodnej woli unikania podwójnego opodatkowania wyrażonej w konwencji MLI przez obie strony

zmienianej umowy. Podobne brzmienie zyskał art. 13 ust. 4 MK OECD.

**Wprowadzona zmiana treści klauzuli nieruchomościowej rozszerza prawo do opodatkowania zysków ze sprzedaży udziałów w spółce nieruchomościowej w państwie położenia nieruchomości.**

Obecnie prawo to powstanie nie tylko w sytuacji, gdy w chwili transakcji zbycia udziałów podmiot spełnia kryteria spółki nieruchomościowej, ale również wtedy, gdy te kryteria zostały spełnione w przeszłości (dokładnie zaś – w ciągu 365 dni poprzedzających dzień zbycia udziałów). Miało to zapobiec omijaniu klauzuli nieruchomościowej w dotychczasowym brzmieniu, co polegało na sztucznej zmianie wartości udziałów spółki tak, aby ich wartość w dniu zbycia udziałów nie pochodziła w ponad 50% z majątku nieruchomego. Należy dodać, że nowe brzmienie art. 13 ust. 4 rozszerza katalog podmiotów objętych klauzulą nieruchomościową o spółki osobowe czy trusty, a także inne podmioty, które nie emitują – co prawda – udziałów czy akcji, lecz w których przypadku wartość praw do udziału w ich zyskach pochodzi głównie z majątku nieruchomego<sup>3</sup>.

### **3 Podstawy prawne stosowania klauzuli nieruchomościowej w polskim porządku prawnym – umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania**

Klauzula nieruchomościowa jest instrumentem wypracowanym na gruncie międzynarodowego prawa podatkowego, który do polskiego porząd-

ku prawnego został inkorporowany w wyniku zawierania przez Polskę dwustronnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Umowy te mają w Polsce status źródeł powszechnie obowiązującego prawa, które znajduje pierwszeństwo w stosowaniu przed ustawami, jeżeli ustaw tych nie da się pogodzić z umową (art. 91 Konstytucji RP). Z atrybutu nadrzędności umów o unikaniu podwójnego opodatkowania nad przepisami prawa krajowego wynika bezpośrednio stosowanie przepisów umownych, nawet w przypadku braku odpowiadających im przepisów w ustawach podatkowych. Polskie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania są wzorowane na MK OECD, z uwzględnieniem zmian wynikających z konwencji MLI, zatem ich treść w aspekcie uregulowania klauzuli nieruchomościowej w przeważającej mierze odpowiada rozwiązaniom zawartym w międzynarodowych regulacjach.

Mając jednak na uwadze to, że umowy oznaczają wyrażoną podczas negocjacji wolę umawiających się państw, która stanowi odzwierciedlenie indywidualnych uwarunkowań danego państwa, jego sytuacji społeczno-gospodarczej oraz zjawisk podatkowych charakterystycznych dla danego środowiska podatkowego, należy stwierdzić, że wiele umów o unikaniu podwójnego opodatkowania zawiera dość istotne rozbieżności w zakresie sformułowania klauzuli nieruchomościowej.

**Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania niejednolicie podchodzą np. do definiowania kryteriów spółki nieruchomościowej.**

Pierwsza istotna różnica występująca w art. 13 ust. 4 polskich umów o unikaniu podwójnego opodatkowania dotyczy precyzyjnego określenia udziału wartości nieruchomości w ogólnym majątku spółki, który to udział obli- guje do zastosowania

<sup>3</sup> Zob. § 28.5 Komentarza do art. 13 ust. 4 MK OECD, s. 298. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2003...*, op.cit.

tej klauzuli. Podczas gdy w niektórych umowach (np. z Finlandią, Luksemburgiem, Maltą, Norwegią czy Słowacją) wskazano, że wartość akcji lub udziałów w spółce zbywanej powinna pochodzić w ponad 50% z nieruchomości, w innych umowach (np. z Austrią, Belgią, Danią, Francją, Niemcami lub ze Szwecją) zamiast odnieść się do 50-procentowego udziału wartości nieruchomości w wartości akcji lub udziałów, posłużono się sformułowaniem „głównie”.

W tym konkretnym aspekcie rozwiązanie interpretacyjne zostało wypracowane na gruncie orzecznictwa sądownoadministracyjnego, które obecnie znajduje również odzwierciedlenie w praktyce interpretacyjnej organów podatkowych. Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) wypowiedział się np. w sprawie interpretacji polsko-szwedzkiej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania<sup>4</sup>. Zinterpretował określenie „głównie”, użyte w art. 13 ust. 1 tej umowy. Spór interpretacyjny powstał w wyniku niezdefiniowania tego pojęcia na gruncie polskich ustaw podatkowych, podczas gdy w szwedzkim prawie krajowym oznacza udział co najmniej 75% majątku nieruchomego w majątku spółki. Przyjęta przez NSA interpretacja określenia „głównie” została oparta na słownikowym oraz na potocznym jego rozumieniu, z uwzględnieniem brzmienia odpowiadającego mu przepisu w MK OECD. NSA wyjaśnił, że „zarówno potoczne znaczenie wyrazu «głównie», jak też odwołanie się do Modelowej Konwencji OECD, uzasadniają tezę, że w art. 13 ust. 1 Konwencji strony ustaliły udział majątku nieruchomego w aktywach spółki sięgający co najmniej 50%”.

W świetle powstających na tym tle trudności interpretacyjnych należy uznać za pozytywną tendencję (wynikającą z doprecyzowania zawartego w MK OECD z 2003 r.) do używania wprost limitu 50% zamiast wyrażenia „głównie” w przypadku nowo zawieranych lub zmienianych umów o unikaniu

podwójnego opodatkowania. Tego rodzaju spory interpretacyjne nie powstaną w przypadku tych umów, w których klauzula nieruchomościowa uległa modyfikacji na skutek implementacji przepisów konwencji MLI (np. art. 13 ust. 4 umowy z Danią). Zgodnie z nowym brzmieniem klauzuli państwo położenia nieruchomości ma prawo do opodatkowania zysków ze zbycia spółki nieruchomościowej, jeżeli:

- zyski pochodzą z tytułu przeniesienia własności udziałów lub akcji lub porównywalnych praw, takich jak prawa w spółce osobowej lub truście, oraz
  - „w jakimkolwiek momencie w okresie 365 dni poprzedzających przeniesienie własności tych udziałów lub akcji lub porównywalnych praw ich wartość pochodziła bezpośrednio lub pośrednio w więcej niż 50% z majątku nieruchomego (...) położonego na terytorium” tego państwa.
- Wydawać by się mogło, że wyeliminowanie trudności interpretacyjnych dotyczących klauzuli nieruchomościowej na gruncie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania usunie problemy państw, na których terytorium zbywany majątek nieruchomy jest położony, z efektywnym opodatkowaniem takich zysków.

**Problematyczny jest jednak również sposób ustalania wartości majątku spółki nieruchomościowej.**

Z klauzulą nieruchomościową ujętą w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania wiążą się także inne trudności, które wynikają z praktycznego jej zastosowania i dotyczą wartości majątku spółki. Problemy interpretacyjne odnoszą się do tego, czy ustalanie wartości majątku powinno się odbywać według wartości bilansowych, czy rynkowych, oraz do ewentualnego obowiązku pomniejszenia go o zobowiązania spółki. Naprzeciw tym

<sup>4</sup> Wyrok NSA z dnia 12 stycznia 2017 r., sygn. II FSK 3155/16.



wątpliwościom wyszły organy podatkowe, które w indywidualnych interpretacjach przepisów prawa podatkowego prezentują jednolite stanowisko, że w tym przypadku należy wziąć pod uwagę wartości księgowe (bilansowe). Tego rodzaju wycena niewątpliwie upraszcza ustalenie tego, czy mamy do czynienia ze spółką nieruchomościową. Trzeba mieć na uwadze fakt, że wartość księgowa (bilansowa) aktywa może różnić się od jego wartości podatkowej, np. ze względu na różne dla celów podatkowych i bilansowych odpisy amortyzacyjne (umorzeniowe). Niemniej jednak takie ujęcie, w szczególności brak możliwości uwzględniania zobowiązań spółki, jest mniej korzystne dla udziałowców spółek. Inną kontrowersyjną kwestią jest ustalanie wartości pośredniego udziału nieruchomości w sumie bilansowej.

#### **4 Implementacja klauzuli nieruchomościowej w polskich przepisach podatkowych**

W umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania dokonuje się podziału praw do opodatkowania pomiędzy państwa strony danej umowy, jednak ich faktyczne wyegzekwowanie jest uzależnione od skonkretyzowanych obowiązków podatkowych wynikających z krajowych ustaw podatkowych. W przypadku klauzuli nieruchomościowej oznacza to, że jeśli nawet umowa o unikaniu przyznaje prawo do opodatkowania dochodu ze sprzedaży udziałów w spółce nieruchomościowej, to do realizacji tego prawa potrzebne jest istnienie wynikającego z przepisów krajowych obowiązku podatkowego realizującego prawo przyznane na gruncie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.

W polskich ustawach podatkowych w sposób szeroki określono zakres obowiązku podatkowego osób niemających miejsca zamieszkania lub siedziby na terytorium Polski (nierezydentów). Zgodnie z art. 3 ust. 2a ustawy z dnia 26 lipca 1991 r.

o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 1991 r. Nr 80, poz. 350 z późn. zm.; dalej: ustawa PIT) oraz art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 1992 r. Nr 21, poz. 86 z późn. zm.; dalej: ustawa CIT) osoby fizyczne, jeżeli nie mają na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (RP) miejsca zamieszkania, oraz podatnicy CIT, jeżeli nie mają na terytorium RP siedziby lub zarządu, podlegają obowiązkowi podatkowemu tylko od dochodów (przychodów) osiąganych na terytorium RP (ograniczony obowiązek podatkowy).

Przykładowy katalog źródeł przychodów na terytorium RP został zawarty w art. 3 ust. 2b ustawy PIT i art. 3 ust. 3 ustawy CIT. Stosownie do art. 3 ust. 2b pkt 6 ustawy PIT oraz art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy CIT za dochody (przychody) osiągane na terytorium RP przez nierezydentów uznaje się w szczególności przychody z „tytułu przeniesienia własności udziałów (akcji) w spółce, ogółu praw i obowiązków w spółce niebędącej osobą prawną lub tytułów uczestnictwa w funduszu inwestycyjnym, instytucji wspólnego inwestowania lub innej osobie prawnej lub z tytułu należności będących następstwem posiadania tych udziałów (akcji), ogółu praw i obowiązków lub tytułów uczestnictwa – jeżeli co najmniej 50% wartości aktywów takiej spółki, spółki niebędącej osobą prawną, funduszu inwestycyjnego, instytucji wspólnego inwestowania lub osoby prawnej, bezpośrednio lub pośrednio, stanowią nieruchomości położone na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub prawa do takich nieruchomości”.

Na gruncie polskich przepisów spółką nieruchomościową można zatem określić każdy podmiot, w którym wartość aktywów spółki, spółki niebędącej osobą prawną lub funduszu inwestycyjnego, instytucji wspólnego inwestowania lub innej osoby prawnej wywodzi się w co najmniej 50% bezpośrednio lub pośrednio z nieruchomości położonych na terytorium RP lub praw do takich nieruchomości. Tak sformułowany zakres przed-

miotowy obowiązek podatkowy rodzi uzasadnione pytania odnośnie do sposobu obliczania wartości aktywów spółki oraz progu udziału nieruchomości lub praw do nieruchomości w aktywach spółki ogółem. Jak już wspomniano, kwestie te znalazły odzwierciedlenie w praktyce interpretacyjnej organów podatkowych, z której wynika, że dla potrzeb ustalenia wartości majątku spółki i wartości nieruchomości należy przyjąć ich wartości bilansowe. Zdaniem organów podatkowych stanowisko takie jest zgodne ze stanowiskiem wyrażanym w doktrynie prawa podatkowego<sup>5</sup> i stanowi przejaw rozumienia realiów gospodarczych. Trudno bowiem byłoby wymagać dokonywania każdorazowo wyceny spółek, które są przedmiotem sprzedaży, i dodatkowo wyceny ich składników majątkowych. W szczególności w przypadku posiadania przez taki podmiot spółek zależnych oznaczałoby to konieczność ich wyceny. Wiązałoby się to ze znacznymi kosztami oraz komplikacjami administracyjnymi całej transakcji.

**Organy podatkowe jednoznacznie uznają, że wartości majątku spółki nie pomniejsza się o wartość jej zobowiązań, gdy porównuje się ją z wartością nieruchomości.**

<sup>5</sup> Zob.: J. Banach, *Polskie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania*, C.H. Beck, Warszawa 2000 („[...] punktem wyjścia dla tego rodzaju rozstrzygnięcia powinno być zawsze ustalenie wielkości majątku nieruchomego położonego na terytorium danego państwa, w całym majątku spółki. Ustalenia tego dokonujemy w oparciu o dane bilansowe”); M. Krawczyk, w: *Umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania z Niemcami*, M. Jamróży, A. Cloer (red.), C.H. Beck, Warszawa 2007 („Podstawą obliczeń tego udziału są dane bilansowe, niezależnie od przyjętej metody wyceny”); W. Missala, w: *Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Komentarz*, M. Zasiewska, A. Oktawiec, J. Chorążka (red.), Wolters Kluwer, Warszawa 2011 („Komentarz nie rozstrzyga, czy określając wartość majątku spółki, należy przyjąć wartość rynkową, czy ustalić ją w oparciu o dane wykazane w bilansie spółki. Wydaje się, że w większości przypadków wygodniejszą formą będzie skorzystanie z danych bilansu”).

W tym zakresie odrzuciły przeciwne stanowisko, stwierdzając, że istotą tej regulacji było opodatkowanie w kraju położenia nieruchomości sprzedazy spółki, której wartość udziałów (akcji) wynika głównie z nieruchomości. W związku z tym należy zastosować taki sposób obliczania tego stosunku, który zapewnia realizację tego celu, tj. pozwoli jednoznacznie ocenić, czy wartość udziałów (akcji) danej spółki wynika głównie z wartości nieruchomości. Zdaniem organów przyjęcie przeciwnego stanowiska (tj. pomniejszenie wartości majątku o zobowiązania spółki) nie spełnia tego warunku. Może bowiem dojść do sytuacji, w której pomimo że udział nieruchomości w tak obliczonym majątku spółki znacząco przekracza 50%, to faktycznie wartość udziałów nie wynika głównie z wartości nieruchomości, ponieważ bez pomniejszenia wartości majątku spółki o zobowiązania próg ten nie zostaje osiągnięty.

Teza ta znajduje oparcie również w komentarzu do art. 13 ust. 4 MK OECD<sup>6</sup>, w którym stwierdzono, że określenie udziału wartości nieruchomości w majątku spółki „co do zasady powinno być przeprowadzone poprzez porównanie wartości tych nieruchomości z wartością całego majątku będącego własnością spółki (...) bez uwzględnienia długów lub innych zobowiązań (bez względu na to, czy są one zabezpieczone hipoteką na przedmiotowych nieruchomościach)” (tłumaczenie własne).

Wartość aktywów ustala się na ostatni dzień miesiąca poprzedzającego miesiąc zbycia udziałów (akcji) w spółce, ogółu praw i obowiązków w spółce niebędącej osobą prawną lub tytułów uczestnictwa w funduszu inwestycyjnym albo instytucji wspólnego inwestowania. Przed wprowadzeniem do ustaw podatkowych przepisów art. 3 ust. 2b pkt 6 ustawy PIT oraz art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy

<sup>6</sup> Zob. § 28.4 komentarza do art. 13 MK OECD. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2003...*, op.cit.

CIT Ministerstwo Finansów, odnosząc się do zakresu ograniczonego obowiązku podatkowego, twierdziło, że o źródle dochodów położonych w Polsce można mówić wtedy, gdy takie źródło jest trwale związane z terytorium Polski. Uznało jednocześnie za dochody położone w Polsce dochody nierezydentów ze zbycia „praw do źródeł dochodów” (np. zbycie udziałów, akcji), gdy prowadzi ono w praktyce do „przeniesienia praw” do nieruchomości, np. gdy majątek spółki, której akcje są zbywane, składa się głównie z nieruchomości<sup>7</sup>.

Wynika z tego, że ustawodawca bardzo szeroko określił źródło przychodów związanych bezpośrednio lub pośrednio z przeniesieniem własności udziałów w spółce nieruchomościowej. Opodatkowaniu w Polsce będą podlegać przychody osiągnięte przez nierezydentów ze zbycia wszelkich form uczestnictwa w spółkach kapitałowych, spółkach niebędących osobą prawną lub innych strukturach własnościowych, o ile co najmniej 50% wartości ich aktywów stanowią nieruchomości położone na terytorium Polski lub prawa do takich nieruchomości.

W przypadku bezpośredniego zbycia praw uczestnictwa w spółce nieruchomościowej lub innym podmiocie, którego aktywa składają się głównie z nieruchomości, znajdują zastosowanie odpowiednie przepisy ustaw podatkowych, z których wynika obowiązek nierezydenta do rozliczenia podatku dochodowego z tytułu tego dochodu w Polsce. Należy jednak mieć na uwadze fakt, że egzekwowanie przez polskie organy podatkowe obowiązku samodzielnego rozliczenia się nierezydenta w Polsce może być utrudnione.

<sup>7</sup> Pismo Ministerstwa Finansów z dnia 24 lipca 2001 r. nr PB4/AK-8214-1045-277/01.

### 5 Problemy z efektywnym zastosowaniem klauzuli nieruchomościowej

Wydaje się, że w sytuacji, gdy zbywający udziały w spółce nieruchomościowej jest rezydentem państwa, z którym Polska podpisała umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania zawierającą klauzulę nieruchomościową, przy wyegzekwowaniu zaległości podatkowej, która powstała w wyniku braku samodzielnego rozliczenia się nierezydenta z podatku, pomocne mogą okazać się przepisy dotyczące wymiany informacji podatkowych (art. 26 MK OECD) oraz wzajemnej pomocy administracyjnej w poborze podatków (art. 27 MK OECD). Przy czym jeśli chodzi o wymianę informacji podatkowych, klauzula ta funkcjonuje we wszystkich zawartych przez Polskę umowach, natomiast pomoc w egzekucji zobowiązań podatkowych nie jest już rozwiązaniem powszechnie w nich stosowanym. Pomocy w egzekucji podatków można również dochodzić na podstawie Konwencji o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych, sporządzonej w Strasburgu dnia 25 stycznia 1988 r. (Dz.U. z 1998 r. Nr 141, poz. 913), zmienionej protokołem sporządzonym 27 maja 2010 r. (Dz.U. z 2011 r. Nr 180, poz. 107; dalej: konwencja strasburska). Strony tej konwencji to już 137 państw i jurysdykcji<sup>8</sup>, często takich, z którymi Polska nie ma zawartych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Wymianę informacji podatkowych oraz pomoc w egzekucji zobowiązań podatkowych zapewniają również regulacje państw członkowskich Unii Europejskiej, wynikające z implementacji dyrektyw dotyczących współpracy administracyjnej w ramach wymiany informacji podatkowych i pomocy w egzekucji<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Zob. lista sygnatariuszy konwencji: [https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status\\_of\\_convention.pdf](https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf) (dostęp: 29.09.2020).

<sup>9</sup> Dyrektywa Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchy-

W takich przypadkach organy podatkowe mają instrumenty do wyegzekwowania zaległości podatkowych, choć korzystanie z nich, w szczególności poza Unią Europejską, jest często nieefektywne i czasochłonne.

Problem pojawia się natomiast w sytuacji, gdy chodzi o egzekwowanie obowiązku samodzielnego opodatkowania dochodów ze zbycia udziałów w spółce nieruchomościowej przez rezydenta państwa, z którym Polska nie zawarła umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania lub które nie jest stroną konwencji strasburskiej.

**W takim przypadku Polska nie ma praktycznie żadnej możliwości egzekucji należności podatkowej, gdyż będący podatnikiem nierezydent jest całkowicie poza polską jurysdykcją, a nie ma mechanizmów prawnych obligujących państwo jego rezydencji do pomocy w egzekucji.**

Innym problemem jest wyegzekwowanie prawa do opodatkowania przychodów osiągniętych z tytułu zbycia udziałów w spółce nieruchomościowej przez nierezydentów, którzy w sposób pośredni kwalifikują się do zastosowania klauzuli nieruchomościowej, czyli w przypadku, gdy do zmiany struktury właścicielskiej spółki nieruchomościowej dochodzi za granicą, a Polska jest jedynie państwem, na którego terytorium nieruchomość jest położona. Trudności ze skutecznym egzekwowaniem prawa do opodatkowania w takim przypadku występują w większości państw i są podnoszone od lat na arenie międzynarodowej w dyskusjach toczących się na platformach podatkowych.

lająca dyrektywę 77/799/EWG; dyrektywa Rady 2010/24/UE z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących podatków, ceł i innych obciążeń.

W tym miejscu należy przywołać wynik prac Platformy Współpracy Podatkowej (Platform for Collaboration on Tax – PCT), która jest wspólną inicjatywą IMF, OECD, ONZ i World Bank Group, a została powołana z rekomendacji państw G20. 4 czerwca 2020 r. PCT przedstawiła raport dotyczący wybranych kwestii opodatkowania przychodów nierezydentów osiąganych pośrednio ze zbycia majątku nieruchomego (*The Taxation of Offshore Indirect Transfers – A Toolkit<sup>10</sup>*). Wskazano w nim, że zyski kapitałowe z zagranicznych transferów pośrednich (ang. *offshore indirect transfers*) praw do nieruchomości krajowych co do zasady są uwzględniane w ramach opodatkowania w ustawodawstwach krajowych, o ile są spełnione określone przepisami przesłanki, przede wszystkim odpowiednio wysoki udział aktywów nieruchomościowych w majątku ogółem. Wszystkie państwa uczestniczące w badaniu zgłaszały jednak trudności w dochodzeniu należności podatkowych z tytułu pośredniego zbycia udziałów w spółkach nieruchomościowych, głównie w sytuacji, gdy zarówno kupujący, jak i sprzedający są podmiotami zagranicznymi.

W tym kontekście państwa reprezentują dwa różne podejścia do wyegzekwowania prawa do opodatkowania przychodów z pośredniego zbycia spółek nieruchomościowych. Zgodnie z pierwszym podejściem obowiązek podatkowy jest nałożony na krajową spółkę nieruchomościową. Polega to na przyjęciu swoistej fikcji prawnej, że w momencie zmiany właścicielskiej spółki nieruchomościowej następuje zbycie i ponowne nabycie nieruchomości przez spółkę nieruchomościową, które generuje zysk kapitałowy do opodatkowania. Zgodnie z drugim podejściem podatnikiem podlegającym opodatkowaniu od zysków ze zbycia jest faktyczny zagraniczny zbywca, przy czym źródło przychodu znajduje się w państwie, w którym nie-

<sup>10</sup> <https://www.oecd.org/tax/taxation-of-offshore-indirect-transfers.htm> (dostęp: 13.12.2020).



ruchomość jest położona. To podejście znajduje obecnie odzwierciedlenie w konstrukcji polskich przepisów podatkowych.

W raporcie wskazano przykładowe rozwiązania ułatwiające zebranie informacji, które umożliwiają organom podatkowym weryfikację zmiany struktury właścicielskiej spółek nieruchomościowych oraz egzekwowanie wykonania obowiązków podatkowych przez nierezydentów. Takimi rozwiązaniami są: wprowadzenie obowiązku raportowania o transakcjach lub zmianach struktury udziałowej (nakładanego często na nabywcę udziałów lub akcji spółki nieruchomościowej), pobór podatku u źródła przez nabywcę spółki, obowiązek ustanowienia przedstawiciela podatkowego odpowiadającego za zobowiązania podatkowe z tytułu transakcji zbycia lub nawet nałożenie hipoteki przymusowej na nieruchomości.

**Wciąż istnieją umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, które nie zawierają klauzuli nieruchomościowej.**

W ich przypadku przepisy ustaw podatkowych nie skutkują przyznaniem Polsce praw do opodatkowania zysków z przeniesienia własności spółki nieruchomościowej. W związku z tym w obszarze umów międzynarodowych zaleca się m.in. rozbudowanie siatki umów o unikaniu podwójnego opodatkowania zawierających klauzulę nieruchomościową w brzmieniu dostosowanym do najnowszych rozwiązań międzynarodowych, przewidzianych m.in. w MK OECD, oraz prowadzenie ścisłej i efektywnej wymiany informacji podatkowych z zagranicznymi administracjami podatkowymi. Natomiast na gruncie krajowych przepisów podatkowych rekomendowane jest rozbudowanie obowiązków raportowania o zmianach struktury właścicielskiej spółek nieruchomościowych, w szczególności w przypadku pośredniego zbycia

spółki nieruchomościowej na rzecz nierezydentów, poprzez ustanowienie obowiązków informacyjnych oraz obowiązków płatnika spoczywających np. na krajowej spółce nieruchomościowej lub na nabywcy aktywów.

**W ostatnim czasie Polska zaproponowała nowy system opodatkowania spółek nieruchomościowych.**

I tak spółka nieruchomościowa, której udziały (akcje), ogół praw i obowiązków, tytuły uczestnictwa lub prawa o podobnym charakterze będą zbywane, jako płatnik będzie zobowiązana wpłacić 19-procentowy podatek od dochodu z tego tytułu, przy czym co najmniej jedną ze stron transakcji musi być podatnik będący nierezydentem. Co więcej, w przypadku nieposiadania przez spółkę nieruchomościową informacji o kwocie transakcji podstawą 19-procentowego opodatkowania będzie wartość rynkowa zbywanych udziałów (akcji), ogółu praw i obowiązków, tytułu uczestnictwa albo praw o podobnym charakterze. W przypadku, gdy spółka nieruchomościowa będzie nierezydentem, będzie obowiązana ustanowić w Polsce przedstawiciela podatkowego wykonującego w imieniu i na rzecz spółki nieruchomościowej, dla której został ustanowiony, obowiązki płatnika. Przedstawiciel podatkowy będzie odpowiadał solidarnie ze spółką nieruchomościową za zobowiązanie podatkowe, które przedstawiciel podatkowy rozlicza w imieniu i na rzecz tego podmiotu. Jednocześnie niedopełnienie obowiązków płatnika zostało obłożone karą pieniężną w wysokości do 1 000 000 zł.

## 6 Klauzula nieruchomościowa a inne przepisy antyabuzywne

Omówiona powyżej konwencja MLI wprowadza szczególne środki, które mają zapobiegać dokonywaniu nadużyć wobec postanowień umów podatkowych – są to klauzula zapobiegania nadużyciom traktatów (ang. *principal purpose test* – PPT) oraz uproszczona klauzula ograniczająca korzyści umowne (ang. *simplified limitation of benefits* – SLOB).

Art. 7 konwencji MLI, zatytułowany *Zapobieganie nadużyciom traktatów*, stanowi w ust. 1: „Bez względu na postanowienia Umowy Podatkowej, do której ma zastosowanie niniejsza Konwencja, korzyść w niej przewidziana nie zostanie przyznana w odniesieniu do części dochodu lub majątku, jeżeli można racjonalnie przyjąć, mając na względzie wszelkie mające znaczenie fakty i okoliczności, że uzyskanie tej korzyści było jednym z głównych celów utworzenia jakiegokolwiek struktury lub zawarcia jakiegokolwiek transakcji, które spowodowały bezpośrednio lub pośrednio powstanie tej korzyści, chyba że ustalono, że przyznanie tej korzyści w danych okolicznościach byłoby zgodne z przedmiotem oraz celem odpowiednich postanowień Umowy Podatkowej, do której ma zastosowanie niniejsza Konwencja”.

Jednocześnie odnośnie do klauzuli SLOB, uregulowanej w art. 7 ust. 8 konwencji MLI, Polska nie zdecydowała się na jej automatyczne przyjęcie, jednakże wyraziła otwartość na włączenie stosownych zapisów w wyniku dwustronnych negocjacji do zawieranych w przyszłości umów podatkowych. Pomimo ogólnego charakteru klauzuli PPT, która zostanie włączona do wszystkich polskich umów o unikaniu podwójnego opodatkowania objętych konwencją MLI<sup>11</sup>, należy podkreślić, że klauzula

<sup>11</sup> Klauzula PPT została wprowadzona do tej pory do 30 zawartych przez Polskę umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Wynika to z faktu, że nie wszystkie państwa, które podpisały konwencję MLI, zakończyły proces jej ratyfikacji.

ta ma zastosowanie do nieskonkretyzowanych stanów faktycznych ukierunkowanych na uzyskanie korzyści umownych w przypadku działania wyłącznie do tego celu, niemających wystarczającego uzasadnienia ekonomicznego. W tym kontekście klauzula PPT może mieć niewątpliwie znaczenie dla umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, które nie zawierają klauzuli nieruchomościowej. W takim przypadku odmowa korzyści podatkowej w postaci zwolnienia z podatku pobieranego przez państwo, w którym nieruchomość jest położona, uprawniałaby to państwo do opodatkowania dochodu ze zbycia udziałów w spółce nieruchomościowej. Należy jednak pamiętać, że zastosowanie klauzuli PPT jest dużo bardziej problematyczne, gdyż wiąże się z oceną postępowania i intencji podatnika będącego nie-rezydentem pod kątem celu, w jakim transakcja sprzedaży udziałów w spółce nieruchomościowej była dokonana. Tymczasem klauzula nieruchomościowa, mimo swojego antyabuzywnego charakteru, jest w praktyce przepisem dzielącym prawa do opodatkowania dochodu ze zbycia udziałów w spółce nieruchomościowej pomiędzy oba państwa (przy zastosowaniu określonej w umowie metody unikania podwójnego opodatkowania). Jest zatem dużo prostsza w zastosowaniu niż ogólna klauzula PPT.

Należy również rozważyć, czy alternatywą dla osiągnięcia skutków podatkowych porównywalnych ze stosowaniem klauzuli nieruchomościowej może być stosowanie klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania (ang. *general anti-avoidance rule*, dalej: GAAR). Klauzula ta to zespół wprowadzonych do ordynacji podatkowej przepisów uniemożliwiających podatnikom podejmowanie działań, które choć są formalnie zgodne z prawem, mają na celu jedynie bądź przede wszystkim minimalizację obciążenia podatkowego. W wyniku zastosowania klauzuli organy podatkowe będą miały prawo ocenić skutki podatkowe danej czynności

lub zespołu czynności w taki sposób, aby pominiętą powstała korzyść podatkową, jeśli czynność lub zespół czynności zostały dokonane przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej w sytuacji, gdy sposób działania był sztuczny.

**Klauzula GAAR może więc mieć zastosowanie (podobnie jak klauzula PPT) wówczas, gdy umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania nie zawiera klauzuli nieruchomościowej.**

Zgodnie z regulacjami takiej umowy opodatkowanie zysków nierezydenta ze zbycia udziałów w spółce nieruchomościowej podlegałoby bowiem opodatkowaniu wyłącznie w państwie jego rezy-

dencji, a co za tym idzie potencjalną korzyścią podatnika byłoby zwolnienie z podatku w Polsce.

### Wnioski

Realizacja prawa do opodatkowania dochodu z nieruchomości położonych w danym państwie jest uzależniona od efektywnego systemu opodatkowania przewidzianego w prawie krajowym oraz zagwarantowania sobie praw do opodatkowania w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania. W szczególności chodzi o uregulowanie możliwości nałożenia podatku w państwie położenia nieruchomości od dochodów z nieruchomości, dochodów ze zbycia nieruchomości, ale również ze zbycia udziałów w spółkach nieruchomościowych (klauzula nieruchomościowa).

Klauzula nieruchomościowa może być skutecznym sposobem przeciwdziałania praktykom unikania opodatkowania zysków ze sprzedaży nierucho-





ności w państwie ich położenia poprzez sprzedaż udziałów w spółce nieruchomościowej przez niebędącego polskim rezydentem udziałowca. Warunkiem jej skutecznego stosowania powinien być natomiast efektywny sposób poboru podatku od dochodów ze zbycia udziałów w spółce nieruchomościowej przez nierezydenta. Przepisy nakazujące samoopodatkowanie się nierezydenta nie spełniają tego kryterium, zwłaszcza w przypadku rezydentów krajów, z którymi Polska nie ma zawartej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania lub z którymi nawet nie łączy ją podstawa prawna do wymiany informacji podatkowych i wzajemnej pomocy w egzekucji zobowiązań podatkowych. Zmiana przepisów krajowych poboru podatku od sprzedaży udziałów w spółce nieruchomościowej w taki sposób, że będą *de facto* odpowiadać za niego spółki nieruchomościowe, zwiększy efektywność tego poboru. Ponieważ jednak nie wszystkie polskie umowy o unikaniu podwójnego opodat-

kowania zawierają klauzulę nieruchomościową (np. umowa z Cyprzem), w praktyce nowe polskie rozwiązania nie będą miały zastosowania wobec zbywców będących rezydentami tych państw. W takim przypadku dochody ze zbycia udziałów w spółce nieruchomościowej będą bowiem opodatkowane wyłącznie w państwie rezydencji zbywcy. Należy przy tym pamiętać, że jeśli tego typu transakcje będą służyć jako sposoby na unikanie opodatkowania, to jedynymi mechanizmami przeciwdziałającymi takim zjawiskom będą trudne w stosowaniu klauzule GAAR i PPT. Dlatego też w celu realizacji praw do opodatkowania dochodów ze zbycia nieruchomości należałoby rozszerzyć polską bazę traktatową w taki sposób, aby umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawierały przepisy dotyczące nie tylko klauzuli nieruchomościowej, lecz również wymiany informacji podatkowych oraz pomocy państw w zakresie egzekucji zobowiązań podatkowych.







Zapobieganie hybrydyzacji  
w polskich umowach  
podatkowych na przykładzie  
Konwencji wielostronnej  
implementującej środki  
traktatowego prawa  
podatkowego mające na celu  
zapobieganie erozji podstawy  
opodatkowania i przenoszeniu  
zysku

3

dr Filip Majdowski<sup>1</sup>

# 3 Zapobieganie hybrydyzacji w polskich umowach podatkowych na przykładzie Konwencji wielostronnej implementującej środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku

## Wstęp

Hybrydowe instrumenty i podmioty już dawno temu zostały uznane przez międzynarodową społeczność podatkową za „negatywne”<sup>2</sup>. Są przedmiotem krytyki, która wskazuje na sprzeczność interesów podatkowych państw w sytuacji braku wspólnego wszystkim państwom systemu prawnego lub podatkowego. Powszechnie przyjmu-

je się, że instrumenty i podmioty hybrydowe przyczyniają się do erozji podstawy opodatkowania co najmniej jednego z zaangażowanych państw, zachęcają do nieefektywnego zachowania gospodarczego, są przez zamożnych podatników wykorzystywane niezgodnie z prawem i – w ocenie władz podatkowych – szkodzą integralności systemów podatkowych większości państw na świecie.

<sup>1</sup> Autor jest wicedyrektorem w Departamencie Systemu Podatkowego w Ministerstwie Finansów; poglądy wyrażone w artykule niekoniecznie odzwierciedlają stanowisko instytucji, której autor jest pracownikiem.

<sup>2</sup> Congress International Fiscal Association, *Seminar D: Hybrid Instruments and Entities*, London 2019.

**Powodem istnienia hybrydyzacji jest zróżnicowanie przepisów podatkowych w poszczególnych państwach.**

Gdyby wszystkie państwa miały takie same zasady klasyfikowania instrumentów, podmiotów lub płatności, wówczas problem arbitrażu podatkowego nie istniałby<sup>3</sup>. Dlatego skoordynowane, wspólne podejście jest obecnie postrzegane jako remedium na ten problem. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) w 2012 r. wyróżniła cztery podstawowe typy porozumień w ramach niedopasowań klasyfikacji (ang. *hybrid mismatch*)<sup>4</sup>. Pierwszy z nich zakłada wykorzystanie instrumentów finansowych, które są odmiennie traktowane w zakresie opodatkowania przez różne jurysdykcje podatkowe. Najczęściej różnice dotyczą innego opodatkowania finansowania długiem oraz kapitałem i wynikają z odmiennego determinowania cech takiego finansowania<sup>5</sup>. Drugi typ *hybrid mismatch* to wykorzystywanie podmiotów hybrydowych. W przypadku określonych jurysdykcji podmioty te są transparentne podatkowo, podczas gdy w innych państwach stanowią podmioty opodatkowane (podmioty podatkowe)<sup>6</sup>. Trzeci typ niedopasowań klasyfikacji jest związany z jednoczesnym rozpoznanem rezydencji podatkowej w dwóch różnych jurysdykcjach podatkowych. Pozwala to na rozliczenie wydatków lub strat podatkowych w dwóch państwach. Czwarty typ *hybrid mismatch* oznacza uznawanie wybranych umów za mające charakter transferu własności (uprawnień) do określonych aktywów w kontekście prawa podatkowego, podczas gdy w innych jurysdykcjach tego typu umowy nie są uznawane za prowadzące do transferu aktywów.

<sup>3</sup> H. Ault, *Issues Related to the Identification and Characteristics of the Taxpayer*, "Bulletin – Tax Treaty Monitor" 2002, vol. 6, s. 264.

<sup>4</sup> OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements. Tax Policy and Compliance Issues*, 2012, s. 7.

<sup>5</sup> D. Gajewski, *Tarcza podatkowa dla Polski*, „Infos. Zagadnienia Społeczno-Gospodarcze” 2014, nr 22, s. 2.

<sup>6</sup> F. Majdowski, *Implementacja klauzuli antyhybrydowej oraz tzw. małej klauzuli antyabuzywnej do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych na skutek „uszczelnienia” dyrektywy o spółkach matkach i spółkach córkach*, „Przegląd Podatkowy” 2016, nr 2, s. 36.

W ramach ukończonego przez OECD w 2015 r. projektu, który miał pomóc w zapobieganiu erozji podstawy opodatkowania i transferowi zysku (ang. *base erosion and profit shifting* – BEPS), opracowano zasady w formie zaleceń, które wszystkie państwa powinny wdrożyć do krajowych porządków prawnych (raport BEPS nr 2<sup>7</sup>), kładąc kres hybrydyzacji, do której dochodzi w przypadku operacji transgranicznych. Wytyczne te można określić mianem zasad koordynacji, które uzależniają (koordynują) skutki podatkowe związane z danym instrumentem, podmiotem lub płatnością obowiązujące w jednym państwie od ich kwalifikacji podatkowej obowiązującej w innym państwie.

**Dzięki projektowi BEPS kwestia hybrydyzacji w traktatach podatkowych trafiła do mainstreamu międzynarodowej debaty po prawie 15-letniej przerwie.**

Ostatni raz OECD zajmowała się tą kwestią, opracowując raport dotyczący spółek osobowych z 1999 r.<sup>8</sup> Należy jednak pamiętać, że wytyczne z tamtego raportu odnosiły się wyłącznie do spółek osobowych, czyli nie obejmowały innych niekorporacyjnych form, w których mogą działać podatnicy, jak trusty, fundacje oraz wszelkiego rodzaju podmioty o elekcyjnej podmiotowości podatkowej (na przykładzie amerykańskich regulacji *check-the-box*), oraz nie uzyskały powszechnej akceptacji państw uczestniczących wówczas w pracach OECD<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, 2015.

<sup>8</sup> OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, 1999.

<sup>9</sup> L. Parada, *Hybrid Entities and Conflicts of Allocation of Income Within Tax Treaties: Is New Article 1(2) of the OECD Model (Article 3(1) of the MLI) the best Best Solution Available?*, "British Tax Review" 2018, vol. 3, s. 336.

Konwencja wielostronna implementująca środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzona w Paryżu dnia 24 listopada 2016 r., podpisana w Paryżu dnia 7 czerwca 2017 r. (ang. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting; dalej: konwencja MLI) modyfikuje znaczną liczbę traktatów podatkowych, w tym zdecydowaną większość umów o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartych przez Polskę. Jednym z obszarów zmian, które przyniosła ta konwencja, jest zagadnienie rozbieżności hybrydowych obejmujących klauzulę transparentnego podmiotu wraz z powiązаныmi zmianami (art. 3 konwencji MLI) oraz regułę kolizyjną podmiotu o podwójnej rezydencji podatkowej (art. 4 konwencji MLI). Klauzula transparentnego podmiotu narzuca zasady pozwalające określić, kiedy dochód podmiotu niebędącego podatnikiem podatku dochodowego (transparentnego podatkowo) jest zdolny przyciągnąć korzyści podatkowe jako dochód rezydenta podatkowego umawiającego się państwa. Reguła kolizyjna podmiotu o podwójnej rezydencji podatkowej sankcjonuje z kolei rozstrzygnięcie sporu co do rezydencji podatkowej osób innych niż osoby fizyczne w drodze procedury wzajemnego porozumienia w miejsce określanych z góry kryteriów, najczęściej przez przesłanki miejsca faktycznego (efektywnego) zarządu. Te dwie kategorie przypadków są rezultatem zabiegów mających wyeliminować hybrydyzację *stricto* umowną, czyli zachodzącą w granicach umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania i na jej gruncie wywołującą określone skutki podatkowe. Ostateczny wpływ konwencji MLI na przypadki podmiotów transparentnych podatkowo oraz podmiotów o podwójnej rezydencji podatkowej będzie można ocenić w przyszłości. Chociaż większość sygnatariuszy konwencji MLI poczyniła zastrzeżenia lub zapowiedziała taką możliwość (bezp-

średnio do zmian antyhybrydowych przystąpiła ok. jedna trzecia sygnatariuszy), znaczna część umów podatkowych zawartych przez Polskę będzie objęta zmianami w tych obszarach.

**Z 78 umów zgłoszonych przez Polskę do konwencji MLI aż 24 w mniejszym bądź większym stopniu będą dotyczyć rozwiązania antyhybrydowe, w tym wobec 13 znajdą zastosowanie obydwu rozwiązania, o których mowa w art. 3 i 4 konwencji MLI.**

## 1 Podmioty transparentne podatkowo

Fenomen hybrydyzacji podmiotowości podatkowej spółek osobowych polega na wykorzystaniu różnic w prawie krajowym poszczególnych państw w taki sposób, że w jednym państwie dana spółka osobowa jest traktowana jako podatnik podatku dochodowego, a w drugim – jest transparentna podatkowo, podczas gdy za podatników uważa się wyłącznie osoby „stojące za” tą spółką, czyli wspólników spółki.

Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania znajdują zastosowanie do osób, które są rezydentami podatkowymi w jednym bądź w obydwu państwach będących stronami takiej umowy. Stosując przepisy traktatów podatkowych, należy przeprowadzić dwustopniową analizę obejmującą weryfikację w pierwszej kolejności tego, czy dany podmiot spełnia kryteria „osoby” w rozumieniu przepisu będącego odpowiednikiem art. 3 ust. 1 Modelowej konwencji w sprawie podatku od dochodu i majątku OECD (dalej: MK OECD), oraz następnie tego, czy taka osoba jest „rezydentem podatkowym umawiającego się państwa” zgodnie z przepisem stanowiącym odwzorowanie art. 4 ust. 1 MK OECD. O tym, że spółki osobowe oraz



inne niekorporacyjne formy prowadzenia działalności gospodarczej kwalifikują się jako „osoba”, przesądzone pozytywnie w raporcie OECD na temat spółek osobowych z 1999 r., co finalnie znalazło odzwierciedlenie również w komentarzu do MK OECD<sup>10</sup>. Jeżeli chodzi o ustalenie rezydencji podatkowej, wymogiem jest podleganie opodatkowaniu ze względu na miejsce zamieszkania, miejsce stałego pobytu, siedzibę zarządu albo inne kryterium o podobnym charakterze. Skutkiem tego korzyści podatkowe z umów podatkowych nie powinny być przyznawane podmiotom transparentnym podatkowo, ponieważ takie podmioty z definicji nie mogą zostać uznane za podlegające opodatkowaniu, a przez to nie kwalifikują się jako rezydenci podatkowi któregośkolwiek z umawiających się państw.

Na gruncie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania posiadanie podmiotowości podatkowej jest o tyle istotne, że z przywilejów traktatowych mogą korzystać wyłącznie rezydenci państw stron umowy. Jeżeli w świetle wewnętrznych przepisów danego państwa spółka osobowa ma status podatnika i jest rezydentem tego państwa, to może być uprawniona do korzyści wynikających z umowy. Jeżeli natomiast spółka osobowa nie jest podatnikiem podatku dochodowego, lecz podatnikami są wspólnicy, to wspólnicy (a nie spółka osobowa) korzystają z przywilejów umowy. Ta prosta w założeniu zasada komplikuje się w przypadku spółki osobowej będącej podmiotem hybrydowym, gdy jedno z umawiających się państw kwalifikuje ją jako podmiot transparentny podatkowo, a inne państwo jako podatnika podatku dochodowego.

<sup>10</sup> C. Staringer et al., *Treaty Entitlement for Fiscally Transparent Entities: Article 1(2) of the OECD Model Convention, w: Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, M. Lang et al. (eds), Linde, Wien 2016, s. 13.

### 1.1. Zmiany wywołane konwencją MLI

W konwencji MLI przewidziano trzy uzupełniające się regulacje dotyczące podmiotów hybrydowych: art. 3 ust. 1 (sankcjonujący klauzulę podmiotu transparentnego podatkowo) jest skierowany do państwa, z którego dochód jest wypłacany (państwa źródła) do zagranicznego podmiotu hybrydowego, a w art. 3 ust. 2 i 3 (przewidujących klauzulę zabezpieczającą oraz wyjaśnienia dotyczące obowiązku eliminacji podwójnego opodatkowania) zawarto wytyczne do stosowania przez państwo wspólnika podmiotu hybrydowego (państwo rezydencji).

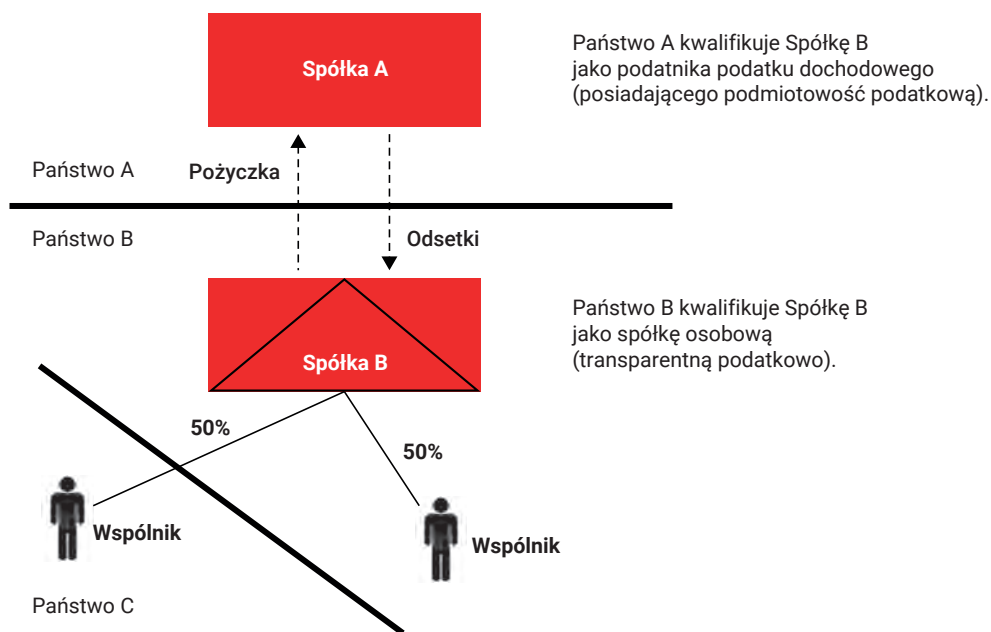
#### 1.1.1. Klauzula transparentnego podmiotu

**Poprzez wprowadzenie klauzuli transparentnego podmiotu OECD po raz pierwszy zaproponowała uwzględnienie kwestii hybrydowych podmiotów bezpośrednio w tekście umów podatkowych.**

Zgodnie z tą wytyczną dochód uzyskany przez podmiot lub strukturę, która jest uznawana w całości lub w części za transparentną podatkowo zgodnie z prawem podatkowym którejkolwiek ze stron umowy podatkowej, lub za ich pośrednictwem będzie uważany za dochód osoby rezydenta strony umowy w takim zakresie, w jakim jest traktowany jako dochód rezydenta podatkowego tego państwa. Innymi słowy, dochód osiągnięty przez podmiot transparentny podatkowo nie będzie przypisywany wspólnikowi, jeżeli państwo rezydencji wspólnika – w związku przykładowo z różnicami wynikającymi z wewnętrznego prawa podatkowego obu umawiających się jurysdykcji – nie przypisuje tego dochodu dla celów podatkowych temu wspólnikowi. Ilustruje to poniższy przykład.



**Rysunek 1. Hybrydyzacja podmiotowości podatkowej**



Źródło: opracowanie własne.

Państwo A opodatkowuje odsetki, które wypłaca Spółka A na rzecz Spółki B, ponieważ kwalifikuje odbiorcą odsetek, czyli Spółkę B, jako podatnika podatku dochodowego. Natomiast zgodnie z prawem krajowym państwa B ta ostatnia spółka jest uznawana za spółkę osobową (transparentną podatkowo), a podatnikami są właściciele Spół-

ki B. Ponieważ tylko jeden ze wspólników jest rezydentem podatkowym państwa B, to względem jedynie 50% dochodu odsetkowego uzyskanego przez tego wspólnika za pośrednictwem Spółki B będzie można zastosować postanowienia art. 11 (opodatkowanie odsetek) umowy podatkowej pomiędzy państwem A i państwem B.

Klauzula transparentnego podmiotu ma pomóc w rozwiązaniu problemu z przypisaniem dochodu, do czego może dojść przede wszystkim w relacjach pomiędzy państwem źródła, czyli państwem powstania dochodu, a państwem rezydencji, czyli państwem rezydencji podatkowej odbiorcy takiego dochodu, w kontekście osoby, której ten dochód należy przypisać, w związku z zastosowaniem postanowień umowy podatkowej. Norma usankcjonowana tą klauzulą nakazuje *de facto* zakończyć taki konflikt poprzez przyjęcie przez państwo źródła zasad rządzących przypisaniem dochodu, które obowiązują w państwie rezydencji, w celu ustalenia osoby, której będzie można przyznać korzyść traktatową<sup>11</sup>. Klauzula transparentnego podmiotu nie wpływa więc sama w sobie na to, kogo i z jakiego tytułu państwo źródła może opodatkować zgodnie ze swoim prawem wewnętrznym.

Do specyficznej sytuacji może dojść na skutek wykorzystania tzw. odwróconej hybrydy. Chodzi o przypadek, gdy państwo źródła kwalifikuje zagranicznego odbiorcę jako podmiot transparentny podatkowo i opodatkowuje odpowiednio jego wspólników, podczas gdy państwo jego pochodzenia uznaje bezpośrednio odbiorcę za podatnika podatku dochodowego. W takim przypadku rodzi się pytanie, czy państwo źródła jest uprawnione do poboru podatku u źródła według 15-procentowej stawki na mocy przepisu stanowiącego odpowiednik art. 10 ust. 2 lit. b MK OECD, ponieważ uznało, że odbiorcą dywidendy są wspólnicy, czy też państwo to powinno ograniczyć pobór podatku u źródła do stawki 5-procentowej na podstawie przepisu stanowiącego odwzorowanie art. 10 ust. 2 lit. a MK OECD, ponieważ uznało, że wspólnicy poprzez spółkę transparentną posiadają bezpośrednio (ang. *holds directly*) co najmniej 25% udziałów w spółce w państwie źródła. Kwestia

ta nie została uwzględniona w konwencji MLI ani w komentarzu do MK OECD z 2017 r., co pokazuje, że nie wszystkie aspekty związane z klauzulą transparentnego podmiotu zostały uregulowane. Polski organ podatkowy w podobnym stanie faktycznym uznał, że warunek „bezpośredniego posiadania” nie został spełniony przez wspólników podmiotu transparentnego podatkowo i odmówił prawa do zastosowania obniżonej stawki podatku u źródła (Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z 9 kwietnia 2009 r., nr IPPB5/423-30/09-2/IŚ).

### 1.1.2. Powiązane zmiany

Artykuł 3 ust. 3 konwencji MLI oraz jego odwzorowanie w art. 1 ust. 3 MK OECD wprowadzają mini-klauzulę zabezpieczającą władztwo podatkowe państwa rezydencji do opodatkowania własnego rezydenta podatkowego (ang. *saving clause*). Klauzula ta ma łagodzić pewne niedogodności, do których może dojść na skutek zastosowania art. 3 ust. 1 konwencji MLI, gdy państwo źródła jest jednocześnie państwem rezydencji jednego ze wspólników zagranicznego odbiorcy płatności. Pojawia się wówczas wątpliwość, czy państwo źródła, które przyjmuje kwalifikację podatkową państwa rezydencji i przypisuje dochód zagranicznemu odbiorcy płatności, byłoby uprawnione do opodatkowania swojego rezydenta podatkowego, który jako wspólnik partycypuje w zyskach tego odbiorcy. Klauzula zabezpieczająca neutralizuje takie ograniczenie, przywracając w pełni władztwo podatkowe państwu źródła względem jego rezydentów podatkowych. W tym wymiarze koryguje skutki zastosowania klauzuli transparentnego podmiotu.

Natomiast istotą regulacji zawartej w art. 3 ust. 2 konwencji MLI jest usunięcie wszelkich wątpliwości co do tego, że gdy obydwa państwa są państwami rezydencji, nie muszą dopuszczać do skredytowania podatku zapłaconego w drugim państwie. Do

<sup>11</sup> A. Nikolakis et al., *Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, with Respect to Fiscally Transparent Entities – Part 1*, "Bulletin for International Taxation" 2017, vol. 9, s. 480.

takiej szczególnej sytuacji może dojść, gdy jedno państwo opodatkowuje podmiot będący jego własnym rezydentem podatkowym, podczas gdy inne państwo klasyfikuje taki podmiot jako transparentny podatkowo i opodatkowuje jego współników jako własnych rezydentów podatkowych. Wracając do przykładu z zastosowania *saving clause*: państwo odbiorcy płatności, zapewniając eliminację podwójnego opodatkowania swojego rezydenta podatkowego, spółki będącej odbiorcą płatności, nie będzie zobowiązane do uwzględnienia podatku nałożonego przez państwo źródła na współnika będącego rezydentem podatkowym tego ostatniego państwa.

### 1.1.3. Wpływ konwencji MLI na polskie umowy podatkowe

Przyjęcie przepisów art. 3 konwencji MLI przez dane państwo nie jest wymagane do spełnienia minimalnego standardu<sup>12</sup>. Oznacza to, że jest możliwe odrzucenie go w całości w odniesieniu do wszystkich umów podatkowych.

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu polskiej ustawy ratyfikującej konwencję MLI,

**Polska, dążąc do zapobiegania na płaszczyźnie międzynarodowej sytuacjom stwarzającym możliwość podwójnego nieopodatkowania, opowiedziała się za wprowadzeniem art. 3 konwencji MLI do wszystkich swoich umów podatkowych objętych stosowaniem konwencji MLI, co zostało pozytywnie potwierdzone przez 18 partnerów traktatowych.**

<sup>12</sup> OECD, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, 2016, pkt 46.

Jednocześnie, zgodnie z postanowieniami art. 3 ust. 2–6 konwencji MLI, w przypadku kilkunastu z nich doszło do pewnych modyfikacji. I tak ze względu na stanowiska przyjęte przez Irlandię, Japonię, Luksemburg i Wielką Brytanię w umowach podatkowych z tymi państwami zastosowanie znajdzie jedynie art. 3 ust. 1 konwencji MLI. Natomiast w odniesieniu do pozostałych umów podatkowych wskazanych wyżej będzie uwzględniony art. 3 ust. 1 i 2 konwencji MLI. W umowach podatkowych z Hiszpanią, Irlandią, Izraelem, Japonią, Luksemburgiem, RPA oraz Turcją art. 3 ust. 1 konwencji MLI zostanie zmodyfikowany zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 3 konwencji MLI (z uwagi na rozwiązania przyjęte przez te państwa).

### 1.2. Wpływ konwencji MLI na możliwość planowania podatkowego w polskich uwarunkowaniach

Dotychczasowa polska praktyka traktatowa nie zakładała zasadniczo posługiwania się klauzulą podmiotu transparentnego podatkowo w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania. Wyjątkami w tym zakresie są: nowo podpisana, ale jeszcze nie ratyfikowana przez stronę amerykańską umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania z USA z 2013 r., umowa z Meksykiem z 1998 r. oraz umowa z Niemcami z 2003 r. Jedynie założenia dotyczące podmiotów transparentnych podatkowo z art. 1 pkt 6 lit. a z umowy z USA odpowiadają treści art. 3 ust. 1 konwencji MLI w zakresie, w jakim dochód od spółki transparentnej podatkowo „płyne” dla celów tej umowy do współników będących rezydentami tego samego państwa co spółka. Natomiast w protokole do umowy z Meksykiem oraz w art. 4 ust. 4 umowy z Niemcami założono, że spółka osobowa może zostać uznana za rezydenta podatkowego na potrzeby tych umów podatkowych, jeżeli jej dochód jest opodatkowany w państwie, w którym ma ona siedzibę.



Polskie krajowe przepisy zawierają normy w pewnym zakresie regulujące traktowanie podmiotów hybrydowych. Co do zasady podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych są – oprócz osób prawnych i spółek kapitałowych w organizacji – także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, z wyjątkiem spółek niemających osobowości prawnej. Jednakże zgodnie z art. 1 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 1992 r. Nr 21, poz. 86 z późn. zm.; dalej: ustawa CIT), obowiązującym od 2005 r., podatnikami są również spółki niemające osobowości prawnej, mające siedzibę lub zarząd w innym państwie, jeżeli zgodnie z przepisami prawa podatkowego tego państwa są traktowane jak osoby prawne i podlegają w tym państwie opodatkowaniu od całości swoich dochodów bez względu na miejsce ich osiągania. Na gruncie tej regulacji w sytuacji, gdy polska spółka dokonuje płatności (przykładowo: dywidend, odsetek lub należności licencyjnych) na rzecz spółki zagranicznej niemającej osobowości prawnej, lecz traktowanej jak podatnik w państwie swojej rezydencji, polska spółka wypłacająca powinna uznać zagraniczną spółkę odbiorcą za podatnika podatku dochodowego od osób prawnych. W rezultacie do płatności należy zastosować stawkę podatku wynikającą z umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej przez Polskę z państwem rezydencji spółki (a nie z państwem rezydencji wspólników). W polskich uwarunkowaniach norma z art. 3 ust. 1 konwencji MLI nie będzie miała więc większego znaczenia praktycznego w przypadku, gdy Polska jest państwem źródła, z uwagi na fakt, że już od 2005 r. ustawa o CIT w art. 1 ust. 3 pkt 2 „związuje” podejście Polski jako państwa źródła z podejściem państwa rezydencji spółki osobowej.

Podsumowując: transgraniczna hybrydyzacja w zakresie podmiotowości podatkowej zagranicznych spółek osobowych jest ograniczona w praktyce tym, że polskie przepisy nakazują kla-

syfikować zagraniczne podmioty zgodnie z ich kwalifikacją w państwie utworzenia. W efekcie nie powinno dochodzić do konfliktów na tym tle. W polskich uwarunkowaniach art. 3 ust. 1 konwencji MLI będzie miał więc bardziej charakter deklaratoryjny, a jego wpływ praktyczny powinien być z definicji ograniczony.

## 2 Podmioty o podwójnej rezydencji podatkowej

Tradycyjnie panuje przekonanie, że kwestia podwójnej rezydencji podatkowej nie jest problemem w zakresie dostępu do umów o unikaniu podwójnego opodatkowania i że jest to zagadnienie, które powinno zostać wyeliminowane w drodze reguł kolizji, tak żeby następnie móc poprawnie zastosować normy dystrybucyjne oraz metody eliminacji podwójnego opodatkowania<sup>13</sup>. Jednym z głównych ograniczeń w przyznawaniu korzyści umownych jest wymóg, aby osoba żądająca takich korzyści była rezydentem umawiającego się państwa dla celów podatkowych danej umowy. W świetle art. 4 ust. 1 MK OECD rezydencja podatkowa jest uzależniona od prawa wewnętrznego każdego z umawiających się państw, co może w pewnych okolicznościach prowadzić do sytuacji, w której taka osoba będzie rezydentem w obydwu państwach<sup>14</sup>.

Według OECD do takiej sytuacji może najczęściej dochodzić w przypadku, gdy jedno z państw nakłada na osoby prawne nieograniczony obowiązek podatkowy ze względu na miejsce faktycznego zarządu, podczas gdy drugie państwo wiąże rezydencję podatkową z miejscem rejestracji. Innym przykładem skutkującym podwójną rezydencją podatkową jest sytuacja, gdy obydwa państwa stosują, co prawda, ten sam łącznik podatkowy

<sup>13</sup> M. Lang, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, Linde, Wien 2013, s. 208.

<sup>14</sup> OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, 2015, pkt 45.

do określenia nieograniczonego obowiązku podatkowego (przykładowo kryterium miejsca faktycznego zarządu), ale odmiennie go interpretują<sup>15</sup>.

## 2.1. Zmiany wywołane postanowieniami konwencji MLI

Konwencja MLI wniosła istotną zmianę do umów podatkowych w zakresie rozstrzygania sporów na tle podwójnej rezydencji podatkowej osób innych niż osoby fizyczne.

### 2.1.1. Procedura wzajemnego porozumienia się

Zgodnie z art. 4 ust. 1 konwencji MLI jeśli dany podmiot może być traktowany na podstawie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania jako rezydent podatkowy więcej niż jednego państwa, wówczas umawiające się państwa powinny dojść do porozumienia co do tego, którego państwa rezydentem będzie dany podmiot w kontekście tej umowy, uwzględniając m.in. takie kryteria, jak miejsce faktycznego zarządu lub miejsce zarejestrowania. Reguła kolizyjna wyrażona w art. 4 ust. 1 konwencji MLI została wprowadzona z myślą o wyeliminowaniu przypadków transgranicznego unikania opodatkowania oraz zastąpieniu uprzednio stosowanego (pojedynczego) kryterium miejsca faktycznego zarządu (ang. *place of effective management*, dalej: PoEM) bądź wypełnieniu luki w przypadkach, gdyby umowa nie przewidywała żadnych kryteriów. Co ważne, takie rozwiązanie pozwoli również systemowo rozwiązać trudności interpretacyjne, gdy dany podmiot ma miejsce rejestracji w obydwu umawiających się państwach, a miejsce faktycznego zarządu znajduje się w państwie trzecim, co dotychczas skutkowało brakiem możliwości

<sup>15</sup> F. Majdowski, *Regulacje przeciwko hybrydyzacji na przykładzie unijnych dyrektyw przeciwko unikaniu opodatkowania – międzynarodowa harmonizacja podatków czy „tylko” próba eliminacji pewnego zjawiska?*, „Monitor Podatkowy” 2020, nr 4, s. 28.

rozwiązania sporu na tle podwójnej rezydencji podatkowej w oparciu wyłącznie o jedno kryterium – miejsce faktycznego zarządu. Procedura wzajemnego porozumienia się pozwoli rozwiązać wątpliwości, gdy do bezpośredniego określenia miejsca faktycznego zarządu należy zastosować złożone kryteria sugerujące, że taki przypadek powinien być jednak analizowany odrębnie w sposób właściwy danemu podmiotowi w danym miejscu i czasie. Godny odnotowania jest fakt, że dyspozycja zawarta w art. 4 ust. 1 konwencji MLI nie obliguje właściwych władz do skutecznego rozwiązania sporu na tle rezydencji podatkowej, a jedynie potwierdza, że powinny one dążyć do osiągnięcia takiego rezultatu<sup>16</sup>.

**W efekcie jeżeli państwa nie osiągną porozumienia w zakresie podwójnej rezydencji podatkowej, wówczas podmiotowi nie będą przysługiwały żadne korzyści z umowy, co jest kluczową zmianą względem stanu sprzed podpisania konwencji MLI.**

Komentarz do art. 4 MK OECD dostarcza pewnych wskazówek w zakresie kryteriów, które umawiające się państwa powinny wziąć pod uwagę, rozstrzygając spór w zakresie podwójnej rezydencji podatkowej. Jest to kolejny – poza dościsłymi do samego porozumienia – element dyskrecjonalności władz umawiających się państw. Chodzi w szczególności o elementy stanu faktycznego, takie jak: miejsce zebrań zarządu; miejsce, gdzie prezes oraz kierownicy zazwyczaj wykonują swoje obowiązki; miejsce, gdzie są wykonywane codzienne obowiązki zarządcze; miejsce, gdzie jest zlokalizowana centrala podatnika; państwo, którego

<sup>16</sup> H. Litwińczuk, *Międzynarodowe prawo podatkowe. Zagadnienia podatkowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 92.

prawo określa status danej osoby; miejsce, gdzie jest przechowywana dokumentacja rachunkowa. Uogólniając, można stwierdzić, że chodzi o przesłanki wskazujące na stosunki ekonomiczne i personalne jako wyrażające bliskość badanego podmiotu z danym państwem. W komentarzu dodatkowo zasugerowano uwzględnienie oceny tego, czy ustanowienie danego podmiotu jako rezydenta podatkowego jednego z umawiających się państw, a nie drugiego może prowadzić do niewłaściwego skorzystania z umowy podatkowej. To, czego brakuje w komentarzu do MK OECD, to zhierarchizowanie przywołanych przesłanek<sup>17</sup>. Nie wypowiedziano się w nim również na temat tego, jaka jest relacja wyżej wymienionych kryteriów do dotychczasowego sposobu rozumienia przesłanki PoEM, czyli jako miejsca, w którym podejmowane są kluczowe decyzje. W aktualnej wersji komentarza wskazano jedynie, że przez PoEM należy rozumieć miejsce, z którego podmiot jest w rzeczywistości zarządzany (ang. *actually managed*). Jednocześnie nie zasugerowano, aby dotychczasowy sposób rozumienia tego kryterium miał ulec modyfikacji.

### 2.1.2. Wpływ konwencji MLI na polskie umowy podatkowe

Regulacje dotyczące podwójnej rezydencji podatkowej nie stanowią minimalnego standardu konwencji MLI. Zgodnie ze swoim stanowiskiem negocjacyjnym Polska zamierza stosować wytyczne z art. 4 ust. 1 konwencji MLI do wszystkich umów podatkowych objętych konwencją. Z uzasadnienia do projektu polskiej ustawy ratyfikującej konwencję MLI wynika, że ze względu na stanowiska innych państw, które podpisały konwencję, oraz stanowisko Polski art. 4 ust. 1 konwencji MLI będzie miał zastosowanie do 19 umów zawartych

przez Polskę. Z uwagi na wybór dokonany przez Australię, Indonezję oraz Japonię w przypadku umów z tymi państwami brak porozumienia pomiędzy władzami podatkowymi będzie wykluczać jakiegokolwiek węższe porozumienie, czyli w zakresie niektórych ulg i zwolnień.

### 2.2. Polska praktyka traktatowa

W odniesieniu do kryterium rezydencji osób niebędących osobami fizycznymi większość umów o unikaniu podwójnego opodatkowania podpisanych przez Polskę zawiera na wzór MK OECD sprzed nowelizacji z 2017 r. tylko jedną regułę kolizyjną w postaci przesłanki miejsca faktycznego zarządu tej osoby. Ponadto niektóre umowy przewidują autonomiczne definicje pojęcia miejsca faktycznego zarządu podmiotu, wskazując, że jest to: miejsce w państwie, z którego ustawodawstwa podmiot wywodzi swój status prawny (tak umowa podatkowa z Albanią, Estonią), albo miejsce, w którym odbywa się faktyczne zarządzanie i kontrola nad spółką, miejsce, w którym są podejmowane decyzje na najwyższym szczeblu w sprawach zasadniczych dla zarządzania spółką, miejsce mające zasadnicze znaczenie dla zarządzania spółką z ekonomicznego i funkcjonalnego punktu widzenia oraz miejsce, w którym znajdują się najważniejsze księgi rachunkowe (tak umowa podatkowa z Gruzją).

W pozostałych polskich umowach podatkowych odwołano się do takich kryteriów, jak: miejsce zarządu (umowy podatkowe z Japonią, Włochami), miejsce rzeczywistej siedziby zarządu (umowa podatkowa ze Sri Lanką), miejsce utworzenia osoby (umowy podatkowe z Litwą, Łotwą), miejsce jej rejestracji (umowy podatkowe z Armenią, Wietnamem). Niektóre polskie umowy zawierają dodatkowe postanowienie, zgodnie z którym w razie niemożności ustalenia miejsca faktycznego zarządu należy skorzystać z procedury wzajemnego porozumienia się między władzami

<sup>17</sup> G. Maisto et al., *Dual Residence of Companies under Tax Treaties*, "ITAXS. International Tax Studies" 2018, issue 1, s. 56.

podatkowymi umawiających się państw (umowy podatkowe z Chile, Chinami, Czechami, Indonezją, Izraelem, Słowacją i Tajlandią).

### 2.3. Wnioski praktyczne

Chociaż mechanizmem określenia rezydencji podatkowej podmiotów o podwójnej rezydencji podatkowej jest porozumienie władz umawiających się państw, to takie porozumienie powinno uwzględnić określone przesłanki. W tym sensie można mówić, że przepis art. 4 ust. 3 MK OECD w dalszym ciągu postępuje się *tie-breaker rules* albo że PoEM przestało być regułą kolizyjną samą w sobie, a stało się jednym z czynników uwzględnianych w rozstrzyganiu sporu na tle podwójnej rezydencji podatkowej.

Na tym tle rysuje się interesujące zagadnienie w przedmiocie tego, jakimi przesłankami mogą kierować się polskie władze podatkowe w ewentualnym postępowaniu wzajemnego porozumienia się odnoszącym się do podwójnej rezydencji podatkowej. Pytanie dotyczące rezydencji podatkowej jest w zasadzie pytaniem o stan faktyczny, a precyzyjniej: o jego kwalifikację prawną<sup>18</sup>. W doktrynie panuje powszechne przekonanie, że w dziedzinie definiowania PoEM należy odwołać się do wskazówek OECD. Słusznie uzasadnia się takie podejście stwierdzeniem, że ponieważ umowy te nie definiują w znakomitej większości przypadków z zakresu PoEM, a łącznikowi temu należy nadać uniwersalne znaczenie, to wypada go analizować w sposób funkcjonalny, czyli zgodnie z wytycznymi zawartymi w komentarzu do MK OECD<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> M. Aleksandrowicz, J. Fiszer, S. Jędrzejewski, *Unikanie podwójnego opodatkowania*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 10, s. 46.

<sup>19</sup> A. Biegalski, *Komentarz do artykułu 4 ust. 3, w: Model Konwencji OECD. Komentarz*, B. Brzeziński (red.), Oficyna Prawa Polskiego, Warszawa 2010, s. 31.

W realiach bieżącego obrotu gospodarczego często trudno jest jednak jednoznacznie określić miejsce faktycznego zarządu. Osoby zarządzające podejmują decyzje i kierują przedsiębiorstwami, przebywając na terytorium różnych państw, co powoduje trudności z jednoznacznym określeniem miejsca wykonywania czynności zarządu. Poziom rozwoju technik komunikacyjnych umożliwia ponadto taką organizację prac osób zarządzających spółką, że może nie dochodzić w ogóle do ich fizycznego spotkania, a dyrektorzy znajdujący się w kilku państwach mogą np. brać udział w telekonferencji.

**Spory prawne powstają najczęściej w przypadkach, gdy podatnik ma „sformalizowany” zarząd za granicą i prowadzi jednocześnie działalność na terytorium Polski.**

Na to nakłada się niejednolite rozumienie przesłanki miejsca faktycznego zarządu zarówno w polskim orzecznictwie sądowym, jak i w indywidualnych interpretacjach podatkowych, które „przeplata” się z rozumieniem krajowego kryterium zarządu, wyznaczającym nieograniczony obowiązek podatkowy.

W świetle poglądów Naczelnego Sądu Administracyjnego miejsce faktycznego zarządu jest rozumiane nie tylko jako miejsce podejmowania zasadniczych decyzji przedsiębiorstwa, ale również jako miejsce, w którym odbywa się bieżące prowadzenie spraw (wyroki NSA z 18 listopada 2016 r., sygn. II FSK 2475/14 oraz sygn. II FSK 2822/14). Wskazanie „bieżącego prowadzenia spraw”, a nie „podejmowania zasadniczych decyzji” przedsiębiorstwa jest istotne. W efekcie akcent jest bowiem położony na powtarzalność i regularność, a nie na ciężar gatunkowy decyzji. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku stwierdził



natomiast, że miejsce faktycznego zarządu to miejsce, w którym są podejmowane decyzje na najwyższym szczeblu w sprawach zasadniczych dla spółki, miejsce mające zasadnicze znaczenie dla zarządzania spółką z ekonomicznego i funkcjonalnego punktu widzenia (wyrok WSA w Gdańsku z 21 września 2007 r., sygn. I SA/Gd 65/07). To sugerowałoby, że krajowe kryterium zarządu jest pojęciem szerszym niż PoEM.

Zdaniem organów podatkowych warunek posiadania zarządu, wskazany w art. 3 ust. 1 ustawy o CIT, należy odczytywać nie tylko w znaczeniu formalnym, czyli jako siedzibę organu zarządzającego, ale także w znaczeniu sprawowania na terytorium Polski zespołu czynności, które funkcjonalnie składają się na całość kształtu procesu zarządzania działalnością przedsiębiorstwa i majątkiem. Analiza interpretacji indywidualnych wskazuje natomiast na dwa podejścia dotyczące interpretacji miejsca faktycznego zarządu<sup>20</sup>. Pierwsze koncentruje się na miejscu, gdzie toczą się bieżące sprawy firmy, praktyczne, codzienne zarządzanie, tzw. *day-to-day management*<sup>21</sup> (Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z 8 października 2012 r., nr IPPB5/423-526/12-6/PS). Drugie podejście zakłada, że miejsce faktycznego zarządu to miejsce, w którym są wypracowywane i podejmowane kluczowe decyzje o charakterze zarządczym i gospodarczym, istotne i niezbędne do funkcjonowania całego podmiotu gospodarczego (Dyrektor Izby Skarbowej w interpretacji z 10 kwietnia 2013 r., nr IPPB2/415-23/13-4/LS). Zazwyczaj jest to to samo miejsce, w którym osoba lub osoby pełniące funkcje kierownicze są faktycznie obecne.

<sup>20</sup> Z. Kukulski, M. Sęk, *National Reports – Poland*, w: *Corporate Tax Residence and Mobility*, E. Traversa (ed.), EATLP International Tax Series, Amsterdam 2017, s. 12.

<sup>21</sup> J. Banach, *Rozstrzygnięcie kwestii podwójnej rezydencji w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania (podwójny domicyl podatkowy)*, „Monitor Podatkowy” 1999, nr 7, s. 8.

**Kluczową rolę w określaniu przez polskie władze podatkowe rezydencji podatkowej danego podmiotu, w tym na potrzeby ewentualnej procedury wzajemnego porozumienia się, o której mowa w art. 4 ust. 3 MK OECD, mogą odegrać szczegółowe wytyczne zawarte w ostrzeżeniach Ministerstwa Finansów z 2017 r. wydane odnośnie do miejsca zarządu spółek zagranicznych wykorzystywanych w optymalizacji podatkowej<sup>22</sup>.**

Istotny jest otwarty katalog negatywnych przesłanek, które – w ocenie Ministerstwa Finansów – mogą świadczyć o braku miejsca zarządu spółki zagranicznej w państwie jej formalnej siedziby, np.:

- członkami zarządu (dyrektorami) zagranicznej spółki są osoby fizyczne/inne podmioty pełniące te funkcje w sposób usługowy (ang. *nominee directors*);
- członkowie zarządu zagranicznej spółki są jednocześnie członkami zarządu w polskich spółkach/innych spółkach z grupy;
- członkowie zarządu zagranicznej spółki przebywają i wykonują swoje funkcje na terytorium Polski (co potwierdza np. ich rezydencja podatkowa/obywatelstwo);
- podpisywanie uchwał/umów/sprawozdań z posiedzeń zagranicznej spółki głównie przez pełnomocników w ramach tzw. usług wsparcia (ang. *corporate services*);
- korzystanie w szerokim zakresie z usług powierniczych (ang. *fiduciary services*).

<sup>22</sup> Ministerstwo Finansów, *Ostrzeżenie MF przed optymalizacją podatkową z wykorzystaniem spółek zagranicznych z uwagi na przepisy dotyczące tzw. miejsca zarządu*, Komunikat nr 3, 2017.

Uwzględniając powyższe, można oczekiwać, że Polska, rozstrzygając spór na tle podwójnej rezydencji podatkowej osoby innej niż osoba fizyczna, w procedurze wzajemnego porozumienia się będzie odwoływać się do wewnętrznego, ekspansywnego rozumienia przesłanki zarządu, konsumującego rozumienie przesłanki miejsca faktycznego zarządu.

## Wnioski

Traktowanie rozbieżności hybrydowych na gruncie polskich umów podatkowych pozostanie niejednolite po tym, gdy konwencja MLI stanie się w pełni skuteczna, niespełna jedna trzecia polskich umów podatkowych będzie bowiem uwzględniać tę kwestię w większym bądź mniejszym stopniu.

W Polsce brakuje praktyki dotyczącej hybrydyzacji zachodzącej w kontekście umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Praktyczne przykłady wykorzystywania hybrydyzacji są nieliczne, piśmiennictwo milczy zasadniczo na ten temat, tym bardziej na temat wykorzystania hybrydyzacji w sytuacjach traktatowych. Można to uzasadnić tym, że polska ustawa o CIT nakazuje patrzeć na kwalifikację podatkową zagranicznego podmiotu zgodnie z prawem państwa utworzenia tego podmiotu. Taki mechanizm rozwiązuje problem odmiennej kwalifikacji podmiotu. Zasada ta ogranicza hybrydyzację przed zastosowaniem traktatu podatkowego, co oznacza, że stosowanie art. 3 ust. 1 konwencji MLI również będzie przede wszystkim ograniczone do przypadków, w których Polska i drugie państwo sklasyfikują dany podmiot jako transparentny podatkowo.

Klauzula podwójnej rezydencji podatkowej podmiotów ma ewidentnie charakter antyabuzywny. Wprowadzenie procedury wzajemnego porozumienia się zasadniczo zmieniło sytuację sporów na tle podwójnej rezydencji podatkowej. Rozwiązanie to ma charakter nie tylko dobrowolny

(gdy państwa mogą nie dojść do porozumienia), lecz także sankcyjny (poprzez odmowę przyznania dostępu do umowy podatkowej). Odnośnie do sporów na tle kolizji jurysdykcji podatkowej w zakresie rezydencji podatkowej zmiana, którą przynosi art. 4 ust. 1 konwencji MLI i jej materialne odwzorowanie w nowym brzmieniu art. 4 ust. 3 MK OECD, nie jest jednak całkowitym *novum* w polskiej praktyce traktatowej, w której część umów podatkowych zawartych przez Polskę odwoływała się do procedury wzajemnego porozumienia się jako ostatniego możliwego rozwiązania lub wręcz definiowała to jako wyłączny sposób na rozwiązanie sporów na tle podwójnej rezydencji podatkowej osób innych niż osoby fizyczne. Wartością zmienną w tym zakresie stanie się to, że większa liczba umów będzie objęta tego typu mechanizmem, jednak nie umowy, w których kontekście podatnicy we wnioskach o indywidualne interpretacje podatkowe najczęściej dopytywali się o kwestię rezydencji podatkowej zagranicznego podmiotu (na tym tle liczba uruchomionych procedur wzajemnego porozumienia się jest mała). I tak np. umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania z Cyprzem, Luksemburgiem, Maltą czy Holandią w dalszym ciągu przewidują miejsce faktycznego zarządu jako kryterium rozstrzygnięcia sporów. W pozostałych przypadkach zmiana może polegać na nowym rozumieniu przesłanki miejsca faktycznego zarządu: polskie władze podatkowe mogą zechcieć „inkorporować” wytyczne wypracowane w kontekście rozumienia krajowego kryterium zarządu do procedury wzajemnego porozumienia się w celu rozstrzygnięcia sporu na tle kwestii podwójnej rezydencji podatkowej.

Uwzględniając powyższe, autor pragnie sformułować kilka zaleceń antyhybrydowych w zakresie polskiej polityki traktatowej, które sprzyjają zwiększeniu spójności i pewności prawa:

**1** Renegocjować bilateralnie pozostałe umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania w celu wprowadzenia klauzuli transparentnego podmiotu w tych przypadkach, w których takiej zmiany nie wprowadziła konwencja MLI.

**2** Określić w sposób pozytywny procedurę ubiegania się o przywileje traktatowe przez wspólników podmiotu hybrydowego w przypadku zastosowania klauzuli transparentnego podmiotu, tj. gdy Polska jako państwo źródła uzna zagraniczną spółkę za transparentną podatkowo w świetle kwalifikacji tej spółki w państwie jej położenia i uzna za rezydentów podatkowych drugiego umawiającego się państwa wspólników tej spółki.

**3** Zapisać wprost, że regulacje zagranicznej jednostki kontrolowanej nie „aktywują” zastosowania klauzuli transparentnego podmiotu, tj. doprecyzować, że rozumienie transparentności podatkowej jest uniezależnione od zastosowania krajowych regulacji zagranicznej jednostki kontrolowanej.

**4** Zapisać wprost w przepisie dotyczącym opodatkowania dywidend przypadkiem „bezpośredniego posiadania” udziału w spółce wypłacającej dywidendę przez podmiot hybrydowy, tj. w polskich umowach wprowadzić zmiany do artykułów stanowiących odpowiednik art. 10 ust. 2 lit. a MK OECD.

**5** Zapisać wprost w przepisach dotyczących opodatkowania pasywnych płatności (dywidend, odsetek i należności licencyjnych) przypadek, gdy odbiorcą tych płatności jest podmiot hybrydowy.

**6** Renegocjować bilateralnie pozostałe umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania w celu wprowadzenia procedury wzajemnego porozumienia się w zakresie rozwiązywania sporów na tle podwójnej rezydencji podatkowej jako mechanizmu wyłącznego i obowiązkowego w tych przypadkach, w których takiej zmiany nie wprowadziła konwencja MLI.

**7** Wypracować i opublikować kryteria, które będą stosowane przez polską administrację podatkową w procedurze wzajemnego porozumienia się w przypadkach zarządzania na odległość przedsiębiorstwem w świetle realokacji lub niemożności podróżowania spowodowanego przez pandemię COVID-19<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> OECD, *OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis*, 2020.







**DOMINIK JAN GAJEWSKI** – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor SGH kierujący Zakładem Prawa Podatkowego SGH; kierownik Centrum Analiz i Studiów Podatkowych SGH; kierownik Zespołu Analiz Ekonomicznych w Biurze Orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego; sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (od 2017 r. delegowany do Izby Finansowej NSA); redaktor naczelny czasopisma naukowego „Analizy i Studia CASP”; autor ponad 190 recenzowanych publikacji naukowych (w tym 7 monografii) z zakresu międzynarodowego i krajowego prawa podatkowego; kierownik prowadzonych w SGH studiów podyplomowych na temat podatków w krajowym i międzynarodowym obrocie gospodarczym

---



**ŁUKASZ JEŚKIEWICZ** – partner w Dziale Doradztwa Podatkowego EY, zajmującym się tematyką międzynarodowego prawa podatkowego oraz fuzji i przejęć; zawodowo związany z biurami EY w Warszawie i Londynie; absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Centrum Prawa Brytyjskiego i Europejskiego; licencjonowany doradca podatkowy i członek ACCA

---



**CEZARY KRYSIAK** – radca ministra w Departamencie Cen Transferowych i Wycen w Ministerstwie Finansów; wcześniej doradca podatkowy specjalizujący się w międzynarodowym prawie podatkowym, podatkach dochodowych, problematyce unikania podwójnego opodatkowania czy też podatkowych przepisach antyabuzyjnych; wieloletni pracownik Ministerstwa Finansów; przez blisko 10 lat główny negocjator polskich umów o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz o wymianie informacji podatkowych; wiceprzewodniczący Komitetu Ekspertów do spraw Międzynarodowej Współpracy Podatkowej ONZ

---



**FILIP MAJDOWSKI** – zastępca dyrektora w Departamencie Systemu Podatkowego w Ministerstwie Finansów, odpowiedzialnym m.in. za politykę traktatową; przed dołączeniem do służby publicznej zdobywał doświadczenie zawodowe w firmach doradztwa podatkowego z „wielkiej czwórki” oraz w biznesie; członek zarządu International Fiscal Association – oddział polski; sekretarz Rady do spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania; członek biura Komitetu do Spraw Podatkowych OECD; autor kilkudziesięciu publikacji z zakresu prawa podatkowego w polskich i zagranicznych periodykach naukowych

# Bibliografia

- Aleksandrowicz M., Fiszer J., Jędrzejewski S., *Unikanie podwójnego opodatkowania*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 10.
- Ault H., *Issues Related to the Identification and Characteristics of the Taxpayer*, „Bulletin – Tax Treaty Monitor” 2002, vol. 6.
- Banach J., *Polskie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania*, C. H. Beck, Warszawa 2000.
- Banach J., *Rozstrzygnięcie kwestii podwójnej rezydencji w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania (podwójny domicyl podatkowy)*, „Monitor Podatkowy” 1999, nr 7.
- Biegalski A., *Komentarz do artykułu 4 ust. 3*, w: *Model Konwencji OECD. Komentarz*, B. Brzeziński (red.), Oficyna Prawa Polskiego, Warszawa 2010.
- Dyrektywa Rady 2010/24/UE z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących podatków, ceł i innych obciążeń.
- Dyrektywa Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylająca dyrektywę 77/799/EWG.
- Dyrektywa Rady (UE) 2015/121 z dnia 27 stycznia 2015 r. zmieniająca dyrektywę 2011/96/UE w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich.
- Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 16 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.
- Gajewski D., *Tarcza podatkowa dla Polski*, „Infos. Zagadnienia Społeczno-Gospodarcze” 2014, nr 22.
- Kok R., *The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6*, „Intertax” 2016, vol. 44.
- Koriak O., *The Principal Purpose Test Under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?*, „European Taxation” 2016, vol. 56.
- Krawczyk M., w: *Umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania z Niemcami*, M. Jamroz, A. Cloer (red.), C. H. Beck, Warszawa 2007.
- Kukulski Z., Sęk M., *National Reports – Poland*, w: *Corporate Tax Residence and Mobility*, E. Traversa (ed.), EATLP International Tax Series, Amsterdam 2017.
- Kuźniacki B., *The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application*, „World Tax Journal” 2018, May.
- Lang M., *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, „Tax Notes International” 2014, vol. 74, no. 7.
- Lang M., *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, Linde, Wien 2013.
- Litwińczuk H., *Międzynarodowe prawo podatkowe. Zagadnienia podatkowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Maisto G. et al., *Dual Residence of Companies under Tax Treaties*, „ITAXS. International Tax Studies” 2018, issue 1.
- Majdowski F., *Implementacja klauzuli antyhybrydowej oraz tzw. małej klauzuli antyabuzywnej do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych na skutek „uszczerbnienia” dyrektywy o spółkach matkach i spółkach córkach*, „Przegląd Podatkowy” 2016, nr 2.
- Majdowski F., *Principal Purpose Test – nowa klauzula antyabuzywna do zwalczania nadużycia umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Niewygodne (i zapomniane) pytania*, „Monitor Podatkowy” 2017, nr 11.
- Majdowski F., *Regulacje przeciwko hybrydyzacji na przykładzie unijnych dyrektyw przeciwko unikaniu opodatkowania – międzynarodowa harmonizacja podatków czy „tylko” próba eliminacji pewnego zjawiska?*, „Monitor Podatkowy” 2020, nr 4.
- Ministerstwo Finansów, *Ostrzeżenie MF przed optymalizacją podatkową z wykorzystaniem spółek zagranicznych z uwagi na przepisy dotyczące tzw. miejsca zarządu*, Komunikat nr 3, 2017.
- Missala W., w: *Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Komentarz*, M. Zasiewska, A. Oktawiec, J. Chorążka (red.), Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Nikolakis A. et al., *Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, with Respect to Fiscally Transparent Entities – Part 1*, „Bulletin for International Taxation” 2017, vol. 9.

OECD, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, 2016.

OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements. Tax Policy and Compliance Issues*, 2012.

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2003*, OECD Publishing, Paris 2003, [https://doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2003-en](https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2003-en) (dostęp: 13.12.2020).

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris 2017, [https://doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2017-en](https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en) (dostęp: 13.12.2020).

OECD, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, 2017.

OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, 2015.

OECD, *OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis*, 2020.

OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, 2015.

OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, 1999.

Parada L., *Hybrid Entities and Conflicts of Allocation of Income Within Tax Treaties: Is New Article 1(2) of the OECD Model (Article 3(1) of the MLI) the Best Solution Available?*, "British Tax Review" 2018, vol. 3.

Staringer C. et al., *Treaty Entitlement for Fiscally Transparent Entities: Article 1(2) of the OECD Model Convention, w: Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, M. Lang et al. (eds), Linde, Wien 2016.

Weber D., *The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law*, "Erasmus Law Review" 2017, August.



