

DOROTA JAKUBOWSKA*

ZNACZENIE *BENEFICIAL OWNER* W KONTEKŚCIE KONTRAKTÓW *TOTAL RETURN SWAP* ORAZ *FUTURES*. ANALIZA ORZECZNICTWA SĄDÓW SZWAJCARSKICH Z POLSKIEJ PERSPEKTYWY

Streszczenie. Artykuł szczegółowo omawia przełomowe wyroki szwajcarskiego Sądu Federalnego dotyczące problematyki ustalenia rzeczywistego beneficjenta w przypadku transakcji na instrumentach pochodnych. Wskazuje kluczowe przesłanki, na których oparł się Sąd dokonując wykładni pojęcia *beneficial owner*. Na tle wyroków Sądu Federalnego zaprezentowano także rozstrzygnięcia polskich organów podatkowych i sądów administracyjnych dotyczące beneficjenta rzeczywistego.

Słowa kluczowe: Rzeczywisty beneficjent, instrumenty pochodne, podatek u źródła

1. WPROWADZENIE

Mimo, iż klauzula rzeczywistego beneficjenta (z ang. *beneficial ownership*, z niem. *Nutzungsberechtigung*) została wprowadzona do Konwencji Modelowej OECD blisko czterdzieści lat temu dotychczas nie udało się wypracować jej definicji. Od dawna w literaturze międzynarodowego prawa podatkowego stawiane są postulaty przyjęcia takiej definicji. Wskazuje się, iż międzynarodowy konsensus co do znaczenia tej klauzuli i zakresu jej stosowania przyczyniłby się do ujednoczenia stosowania i wykładni umów o unikaniu podwójnego

* Doktor nauk prawnych, doktor nauk humanistycznych, doradca podatkowy, pracuje w dziale międzynarodowego prawa podatkowego PwC.

opodatkowania. Wprowadzone ostatnią aktualizacją z lipca 2014 r. nowe wyjaśnienia w Komentarzu do KM OECD dotyczące *beneficial ownership* wychodzą naprzeciw tym oczekiwaniom, lecz nie rozwiewają ostatecznie wszystkich wątpliwości. Niektóre sformułowania mogą stać się wręcz powodem nowych rozbieżności, w zależności od podmiotu odwołującego się do tych wyjaśnień. Zdaniem autorki, ostateczny kształt i zakres tej konstrukcji zostanie w praktyce wypracowany w orzecznictwie sądowym, niekoniecznie polskim¹.

W niniejszym artykule zostaną omówione przełomowe wyroki szwajcarskiego Sądu Federalnego (Bundesgericht, dalej jako: BGer) z 5 maja 2015 roku w sprawie klauzuli *beneficial ownership* w kontekście transakcji *total return swap* (dalej również jako: TRS, swap całkowitego dochodu) oraz kontraktów *futures*. Są to pierwsze wyroki poruszające problematykę *beneficial owner* w kontekście transakcji na instrumentach pochodnych. Według szacunków wysokość roszczeń o zwrot pobranego w Szwajcarii podatku u źródła związanego z rynkiem derywatów waha się w granicach 1 do 2 miliardów franków szwajcarskich².

Na tle przedmiotowych orzeczeń zostanie w dalszej kolejności poruszony problem wykładni pojęcia *beneficial owner* w praktyce polskich organów podatkowych i sądów administracyjnych.

2. AKTUALIZACJA KOMENTARZA DO KM OECD Z 2014 R.

I JEJ WPŁYW NA ZAKRES ZNACZENIOWY POJĘCIA *BENEFICIAL OWNER*

Analiza zmian dokonanych w 2014 r. w Komentarzu do KM OECD wskazuje, że zakres znaczeniowy pojęcia *beneficial owner* został wyraźnie zawężony do podmiotów, które mają prawo do używania i korzystania

¹ Jako przykład można wskazać wyrok w sprawie *Indofood International Finance Ltd V. JP Morgan Chase Bank NA*, wyrok *Canada przeciwko Prevost Car Inc.*, wyrok holenderskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Royal Dutch Shell* przywołane w opracowaniu: M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, Warszawa 2015, s. 115–155. Patrz również: B. Rodak, *Ustalanie beneficial owner w praktyce*, [w:] *Opodatkowanie dochodów transgranicznych*, M. Jamroży (red.), Warszawa 2016; W. Morawski, *Właściciel (beneficial owner) dywidendy*, „Przegląd Podatkowy” 10/2010, s. 53; M. Zdyb, *Instytucja właściciela faktycznego (beneficial owner) w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania*, „Przegląd Podatkowy” 6/2009, s. 25–29.

² K. Fontana, *Erfolg für Schweizer Fiskus*, *Neue Züricher Zeitung*, 5.05.2015, <http://www.nzz.ch/wirtschaft/erfolg-fuer-schweizer-fiskus-1.18536129>, dostęp: 26/09/2016.

z otrzymanych dochodów biernych, a ponadto których prawa nie zostały ograniczone umowny zobowiązaniem (umownym/kontraktowym lub ustawowym) do przekazania otrzymanej płatności innemu podmiotowi, które to zobowiązanie może wynikać bądź z dokumentacji prawnej bądź z okoliczności faktycznych i ekonomicznych sprawy. Nie oznacza to, że samo faktyczne dalsze przekazanie dochodu będzie należało uznać za wykluczające status rzeczywistego beneficjenta u odbiorcy dywidendy.

Komentarz wyraźniej niż dotychczas kładzie nacisk na faktyczne okoliczności towarzyszące uzyskaniu przedmiotowych dochodów i towarzyszące im przepływy pieniężne. Zgodnie ze zmienionym Komentarzem do art. 10 KM OECD jeżeli odbiorca dywidendy ma faktyczne prawo do korzystania i dysponowania otrzymanym dochodem (dywidendą) nie będąc ograniczonym w wyniku obowiązku umownego lub ustawowych do przekazania otrzymanego dochodu osobie drugiej, wówczas jest on „rzeczywistym właścicielem”. Autorzy Komentarza podkreślili także, że art. 10 KM OECD mówi o rzeczywistym właścicielu dywidendy w przeciwieństwie do właściciela akcji lub udziałów, które czasami mogą być dwiema odrębnymi osobami³.

Zgodnie z nowym brzmieniem pkt. 12.4 Komentarza do KM OECD odbiorca płatności nie może zostać uznany za rzeczywistego beneficjenta gdy:

- 1) istnieje obowiązek prawny (umowny lub ustawowy) do przekazania otrzymanych dochodów; oraz
- 2) gdy istnieje stosunek zależności pomiędzy otrzymaniem płatności a jej dalszym przekazaniem.

Niekorzystne dla przyjęcia statusu *beneficial owner* odbiorcy dywidendy może być jedynie takie zobowiązanie dalszego przekazania, które związane jest z otrzymaniem płatności. Niewystarczające jest wykluczenie statusu rzeczywistego beneficjenta, jeśli odbiorca dochodów przeznacza je na pokrycie innych zobowiązań bez wykazania, że pomiędzy ich uzyskaniem a przekazaniem zachodzi powiązanie⁴. Komentarz do Konwencji Modelowej OECD precyzuje, że w odniesieniu do transakcji finansowych odbiorcy płatności nie można odmówić statusu rzeczywistego beneficjenta tylko w związku z przesłankami wskazującymi na faktyczne dalsze przekazanie otrzymanych płatności⁵. Z wprowadzonych do Komentarza zmian wynika,

³ *Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku*, wersja skrócona, przeł. K. Bany, Warszawa 2016, s. 233.

⁴ *Ibidem*, s. 42.

⁵ *Ibidem*, s. 42.

zatem, iż przy ustalaniu czy odbiorca dywidendy jest rzeczywistym beneficjentem należy uwzględnić nie tylko fakt przekazania otrzymanego dochodu, ale również zależność występującą pomiędzy jego otrzymaniem a przekazaniem wynikającą z uprzednich ustaleń/porozumień.

Zaprezentowane w dalszej części artykułu wywody sądów szwajcarskich przedstawiają na czym w praktyce polega (może polegać) badanie takiej zależności.

3. KLAUZULA *BENEFICIAL OWNERSHIP* W NAJNOWSZYCH ORZECZENIACH SĄDÓW SZWAJCARSKICH

3.1. Uwagi ogólne

Podstawowe pytanie, przed którym stanął szwajcarski Sąd Federalny dotyczyło możliwości uznania za rzeczywistego beneficjenta banku duńskiego, który w związku z zawartymi z kontrahentami z państw Europy Zachodniej i USA transakcjami typu *total return swap* bądź kontraktami *futures* nabywał akcje spółek szwajcarskich a następnie otrzymywał z tytułu posiadanych akcji dywidendy, których równowartość bądź jej część była przekazywana kontrahentom transakcji na instrumentach pochodnych.

W dotychczasowym orzecznictwie szwajcarskich sądów dominowała tendencja, zgodnie z którą odmowa zwrotu podatku u źródła następowała w oparciu o nadużycie bądź obejście postanowień umów podatkowych a nie ze względu na brak po stronie odbiorcy legitymowania się statusem *beneficial ownership*. Przywołane poniżej wyroki BGer zapowiadają istotną zmianę w dotychczasowej praktyce szwajcarskiej judykatury. Wydaje się, iż bodźcem do tego była ostatnia aktualizacja Komentarza OECD w tym zakresie.

Dla prawidłowego zrozumienia orzeczeń wydanych przez szwajcarski BGer niezbędne jest krótkie wyjaśnienie następujących zagadnień: mechanizmu funkcjonowania *Verrechnungssteuer* tj. szwajcarskiego podatku u źródła oraz istoty instrumentów pochodnych, które legły u podstaw stanów faktycznych będących przedmiotem orzekania BGer tj. kontraktu terminowego *futures* oraz kontraktu *swap* całkowitego dochodu tj. *total return swap*.

3.2. Verrechnungssteuer

Podstawę dla pobieranego w Szwajcarii podatku u źródła, tzw. Verrechnungssteuer stanowi ustawa z 13 października 1965 r.⁶ Podatek u źródła pobierany w Szwajcarii pełni dwie funkcje: na płaszczyźnie prawa wewnętrznego pełni funkcje zabezpieczającą, na płaszczyźnie międzynarodowej jest elementem ostatecznie obciążającym uzyskane dochody. Z uwagi na te funkcje można wyróżnić dwa etapy: w pierwszym podatek zostaje pobrany w związku z uzyskaniem świadczenia, podlegającego opodatkowaniu tym podatkiem. W drugim etapie podatek jest przy spełnieniu określonych warunków wynikających z danej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania i wydanych do niej wewnętrznych regulacji prawa krajowego na wniosek osoby uprawnionej w całości lub częściowo zwracany. O ile osoba dłużnika płatności i jego rezydencja jest stosunkowo łatwa do ustalenia o tyle ustalenie osoby uprawnionej do otrzymania zwrotu pobranego podatku (rzeczywistego beneficjenta) w przypadku złożonych produktów finansowych nie jest łatwe w praktyce⁷.

3.3. Istota i charakterystyka total return swap

Swap całkowitego dochodu jest instrumentem, który pozwala dwóm stronom transakcji na wymianę przepływów pieniężnych związanych z określonym aktywem, bez kupna albo sprzedaży tego aktywu⁸. Z uwagi, iż kontrakty swap nie są kontraktami standaryzowanymi, strony mogą swobodnie określić rodzaj instrumentu bazowego, walutę, termin rozliczeń, cenę wykonania oraz częstotliwość płatności⁹. Podkreślić należy fakt, iż w swapie całkowitego dochodu prawa własności do aktywów bazowych nie są zmieniane. Nie występuje także początkowa wymiana kapitałów. Inwestor zajmujący długą pozycję, z jednej strony, otrzymuje przepływy pieniężne związane z aktywem (odsetki, dywidendy, premie) tak jakby był bezpośrednim właścicielem. Z drugiej strony jest zobowiązany do zapłaty kontrahentowi (właścicielowi aktywów) premię wyliczaną o stawkę

⁶ Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer, (VStG), SR 642.21.

⁷ M. Nordi, J. Schudel, *Finanzprodukte und Verrechnungssteuerrückerstattung- ausgewählte Aspekte*, IFF Forum für Steuerrecht 2016, s. 39.

⁸ E. Leszczyńska, *Rynek kontraktów swap w Polsce*, Warszawa 2003, s. 26.

⁹ A. Dmowski, *Opodatkowanie pochodnych instrumentów finansowych podatkiem dochodowym od osób prawnych, Aspekty prawne, podatkowe i bilansowe*, Warszawa 2014, s. 132.

referencyjną, np. LIBOR¹⁰. Wskazuje się, że kontrakty swap w praktyce mogą być wykorzystywane m.in. do osiągnięcia zysków z alternatywnego źródła przychodów¹¹. Kontrakty swap, w tym kontrakty TRS są zawierane z reguły na rynku typu OTC (ang. Over the Counter Market), który jest rynkiem zdecentralizowanym, niepodlegającym ścisłym regulacjom jak rynek instrumentów notowanych na giełdzie zapewniając stronom transakcji prywatność i anonimowość¹².

3.4. Istota kontraktu *futures*

Kontrakt *futures* jako instrument finansowym jest rodzajem umowy zawartej pomiędzy kupującym a sprzedającym za pośrednictwem giełdy, w której sprzedający zobowiązuje się sprzedać określony instrument bazowy za ściśle określoną cenę w ściśle określonym terminie¹³. Instrumentem bazowym w kontrakcie future mogą być obligacje, waluta, indeksy giełdowe. Obrót tymi kontraktami dokonuje się na giełdzie papierów wartościowych. Ich rozliczenie następuje codziennie. Są to kontrakty w pełni wystandaryzowane, tj. określony jest instrument bazowy, termin realizacji kontraktu oraz jego wielkość¹⁴.

4. WYROKI SĄDÓW SZWAJCARSKICH W SPRAWIE *TOTAL RETURN SWAP* TRS

4.1. Stan faktyczny

W stanie faktycznym, w którym zapadł przedmiotowy wyrok bank z siedzibą w Kopenhadze (dalej: bank duński) zawarł wiele transakcji typu *total return swap* (swap całkowitego dochodu, dalej: TRS) z kontrahentami z państw europejskich (Niemiec, Francji, Wielkiej Brytanii) oraz Stanów Zjednoczonych. W dacie zapadalności poszczególnych kontraktów TRS bank duński był zobowiązany do zapłaty kwoty odpowiadającej wzrostowi wartości instrumentu bazowego łącznie z przypadającymi na niego dywidendami. W zamian za to kontrahenci zobowiązani byli do zapłaty zmiennych odsetek (LIBOR) powiększonych o ustaloną marżę. W celu

¹⁰ E. Leszczyńska, *op. cit.*, s. 26.

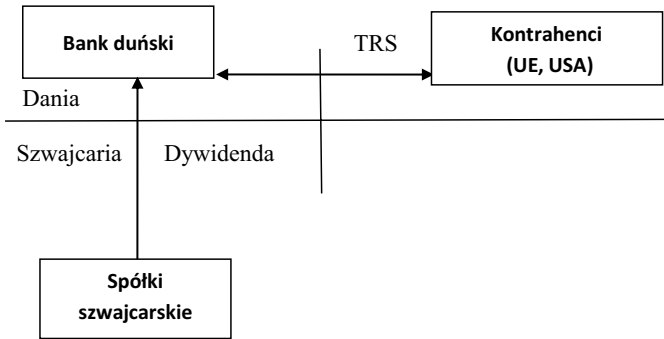
¹¹ A. Dmowski, *op. cit.*, s. 132.

¹² E. Leszczyńska, *op. cit.*, s. 27.

¹³ A. Dmowski, *op. cit.*, s. 120.

¹⁴ *Ibidem*, s. 121.

zabezpieczenia ryzyka związanego z kontraktami TRS bank duński nabył za pośrednictwem biura maklerskiego akcje w spółkach szwajcarskich. Wszystkie kontrakty TRS zostały zawarte przed datą wypłaty dywidendy. Nabyte akcje były następnie po dacie dywidendy zbywane.



Dywidendy wypłacone przez spółki szwajcarskie na rzecz banku duńskiego podlegały na podstawie szwajcarskiego prawa podatkowego¹⁵ opodatkowaniu tzw. *Verrechnungssteuer* w wysokości 35% (art. 13 ust. 1 lit. a VStG). W przypadku zagranicznych odbiorców dywidend zapłata *Verrechnungssteuer* prowadziła do ostatecznego rozliczenia obciążeń podatkowych w kraju źródła. Jednocześnie art. 21 ust. 1 lit. a VStG stanowił, iż uprawnione roszczenie o zwrot potrąconego przez dłużnika podatku *Verrechnungssteuer* przysługuje temu, komu w momencie wymagalności opodatkowanego świadczenia przysługiwało prawo do korzystania (z niem. *Recht zur Nutzung*) z wartości majątkowej (*Vermögenswert*), będącej podstawą opodatkowania.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania pomiędzy Szwajcarią a Danią z 23 listopada 1973 r., (dalej: Umowa CH-DK) dywidendy, które płaci spółka z siedzibą w jednym z umawiających się państw (tu: w Szwajcarii) osobie mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim z umawiających się państw (tu: Dania) podlegają opodatkowaniu tylko w tym drugim państwie (tu: Dania). Zgodnie natomiast z art. 26 ust. 1 Umowy CH-DK Szwajcaria ma prawo do opodatkowania dywidend podatkiem u źródła. Tak pobrany podatek jest o ile jego pobranie jest ograniczone postanowieniami Umowy na wniosek zwracany (art. 26 ust. 2 Umowy CH-DK). Art. 26 ust. 4 Umowy CH-DK wymaga

¹⁵ Art. 1 ust. 1 Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer, (VStG), SR 642.21.

aby wnioski o zwrot zapłaconego w Szwajcarii podatku zawierały urzędowe zaświadczenie państwa rezydencji podatnika wnioskującego o zwrot, iż spełnia on w państwie rezydencji warunki objęcia go nieograniczonym obowiązkiem podatkowym.

Pomimo, iż bank duński był niewątpliwie rezydentem o nieograniczonym obowiązku podatkowym w Danii, szwajcarskie organy podatkowe w decyzji z 29 lipca 2010 r. odmówił zgody na zwrot pobranego w roku 2007 w wysokości 45'060'313 fr. i w roku 2008 w wysokości 8'505'000 fr. podatku *Verrechnungssteuer* pobranego od wypłaconych na rzecz banku duńskiego dywidend. Przeciwnie. Zażądały od duńskiego banku zwrotu oddanego za rok 2006 *Verrechnungssteuer* w wysokości 37'856'735,55 (zwiększonego o odsetki za zwłokę w wysokości 5%). Swoje stanowisko organy podatkowe oparły na twierdzeniu, iż bank nie mógł zostać uznany za rzeczywistego beneficjenta a co za tym idzie nie przysługiwało mu zgodnie z Umową CH-DK roszczenie o zwrot zapłaconego podatku. Bank nadużył korzyści płynących z umowy CH-DK.

4.2. Wyrok Bundesverwaltungsgericht BVG A-6537/2010 z 7.03.2012

Bank duński zaskarżył decyzję szwajcarskich władz podatkowych. Federalny Sąd Administracyjny (Bundesverwaltungsgericht, dalej: BVG) w wyroku z 7 marca 2012¹⁶ odmówił słuszności stanowiska organów podatkowych przyznając rację podatnikowi (bankowi duńskiemu).

BVG wskazał, iż koncepcja *beneficial owner* służy ocenie intensywności relacji pomiędzy podmiotem a przedmiotem opodatkowania z perspektywy gospodarczej. Patrząc przez pryzmat *substance over form* koncepcja *beneficial owner* odwołuje się do rzeczywistości gospodarczej a nie formy cywilnoprawnej¹⁷. To kogo należy uznać za odbiorcę płatności w rozumieniu art. 10 ust. 2 KM OECD określa się nie według kryteriów formalnych ale gospodarczych. Jako warunek przyznania korzyści wynikających z umów podatkowych uzależnia on przyznanie tych korzyści od zakresu uprawnień podatnika odnośnie używania dochodów.

Jeśli osoba jest zobowiązana do przekazania dochodów wskazuje to, iż jej uprawnienie do podejmowania decyzji o wykorzystaniu tych dochodów (z niem. *Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verwendung dieser*

¹⁶ Wyrok Bundesverwaltungsgericht z dnia 7 marca 2012, sygn. A-6537/2010.

¹⁷ Pkt 3.4.1. uzasadnienia wyroku BVG; B. Baumgartner, *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz*, Zürich 2010, s. 102.

Einkünfte) jest ograniczone. Uprawnienie do decydowania może zostać ograniczone przez faktyczny obowiązek dalszego przekazania dochodu w takim zakresie, iż osoba której to dotyczy nie może zostać uznana za rzeczywistego beneficjenta¹⁸. W pierwszej kolejności istotna jest zależność pomiędzy uzyskaniem dochodów a obowiązkiem ich przekazania. Uwzględnić należy również zależność pomiędzy obowiązkiem przekazania dochodów a ich uzyskaniem¹⁹. W dalszej kolejności należy uwzględnić ponoszenie ryzyk związanych z tymi dochodami, jako wskazówki przy kwalifikacji rzeczywistego beneficjenta. Miarodajne w związku z tym jest szczególnie ustalenie, kto ponosi ryzyko w sytuacji braku wypłaty dywidendy²⁰. Dla oceny *beneficial ownership* należy odnieść się do momentu płatności dochodów, tu: wypłaty dywidendy. Wystąpienie w danych okolicznościach jedynie krótkiego okresu dysponowania dochodami nie stoi na przeszkodzie przyjęciu *beneficial ownership*²¹. Koncepcja *beneficial owner* nie zawiera elementów subiektywnych np. zamiar nadużycia umów. Motywy wyboru danej struktury nie są istotne dla pytania o istnienie *beneficial ownership*²².

Odnosząc powyższe uwagi do analizowanego stanu faktycznego, Federalny Sąd Administracyjny wskazał, iż kluczowe dla ustalenia czy bank duński należy uznać za rzeczywistego beneficjenta jest rozstrzygnięcie, w jakim zakresie skarżącej przysługiwało uprawnienia do podejmowania decyzji o wykorzystaniu wypłaconych jej dywidend²³. Szwajcarskie organy podatkowe uznały, bowiem, iż skarżąca (tu: duński bank) była na podstawie transakcji TRS zobowiązana do przekazania otrzymanych dywidend w pełnej wysokości kontrahentom z różnych państw Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych. Sąd zauważył jednakże, iż wbrew twierdzeniom szwajcarskiej administracji podatkowej z zawartych przez skarżącą umów nie wynikał żaden prawny obowiązek przekazania uzyskanych dochodów. Zobowiązanie skarżącej wynikające z zawartych umów polegało na zapłacie na rzecz kontrahentów kwoty odpowiadającej wzrostowi wartości (łącznie

¹⁸ Pkt 3.4.2. uzasadnienia wyroku BVG.

¹⁹ Pkt 3.4.2. uzasadnienia BVG; B. Baumgartner, *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz*, Zürich 2010, s. 139.

²⁰ Pkt 3.4.2. uzasadnienia BVG; B. Baumgartner, *Das Konzept...*, s. 124 i 146.

²¹ Pkt 3.4.2. uzasadnienia BVG; J. Misteli, *Dividenden-Stripping*, Bern 2001, s. 132.

²² Pkt 3.4.2. uzasadnienia BVG; B. Baumgartner, *Das Konzept...*, s. 128.

²³ In welchem Umfang die Beschwerdeführerin die Entscheidungsbefugnis über die Verwendung der ihr ausgeschütteten Dividenden innehatte patrz: pkt 6.2.1. uzasadnienia BVG.

z przypadającymi dywidendami) osiągniętej w czasie trwania transakcji swap. Z dostępnych dokumentów nie wynikało cywilnoprawne zobowiązanie do zabezpieczenia tych transakcji bądź do zakupu odpowiednich akcji.

Z uwagi na przyjęcie, iż ograniczenie do rozporządzania danym dochodem może wynikać także z faktycznego (będącego przeciwieństwem prawnego) zobowiązania do jego przekazania, BVG wskazał, iż istotne było udzielenie odpowiedzi na pytanie czy na skarżące ciążył obowiązek zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości dywidendy również w przypadku braku jej pozyskania, a także czy skarżąca pozyskałaby dywidendy w sytuacji braku obowiązku zapłaty na rzecz kontrahentów kwoty odpowiadającej wysokości dywidendy. W badanym przypadku na oba pytania należało, zdaniem BVG, udzielić odpowiedzi twierdzącej. Niezależnie od tego czy bank duński sam otrzymał dywidendy był on zobowiązany do zapłaty na rzecz swoich kontrahentów (stron transakcji TRS) kwoty odpowiadających jej wysokości. Ponadto, skarżąca mogła niezależnie od kontraktów TRS decydować w sprawie nabycia przedmiotowych akcji i uzyskania w związku z tym dywidend. Brak zależności pomiędzy transakcjami TRS a nabyciem akcji przez skarżącą wskazuje, iż bankowi duńskiemu faktycznie przysługiwało uprawnienie do podejmowania decyzji o wykorzystaniu otrzymanych dywidend. Na skarżące, zdaniem sądu, nie ciążył żaden faktyczny obowiązek przekazania otrzymanych dywidend²⁴.

Sąd odrzucił twierdzenie organu podatkowego, zgodnie z którym duński bank nie może zostać uznany za rzeczywistego beneficjenta ponieważ wypłacona na jego rzecz dywidenda nie pozostaje u niego. Zdaniem sądu, miarodajny jest moment płatności dochodu, tu: wypłaty dywidendy. W odniesieniu do tego momentu należy ocenić uprawnienie do decydowania o wykorzystaniu dochodu. Odrzucić należało zatem ocenę *ex post* czy kwota dywidendy gospodarczo pozostaje u skarżące²⁵.

²⁴ Krytycznie do przyjętego przez BVG rozróżnienia obowiązku prawnego i przeciwstawienie jemu obowiązku faktycznego odniósł się M. Lang. Jego zdaniem dywagację sądu dotyczące faktycznego obowiązku dotyczyły pytania, czy z okoliczności faktycznych można było wywieść obowiązek przekazania dywidendy. Wywiedzenie tego obowiązku z okoliczności faktycznych oznaczałoby, iż należałoby przyjąć iż chodzi w rzeczywistości o obowiązek prawny. M. Lang, *Schweizer Grundsatzurteil zum Beneficial Owner nach DBA-Recht*, „Steuer und Wirtschaft International” 2012, s. 229.

²⁵ Pkt 6.2.1. uzasadnienia BVG.

Przeciw uznaniu skarżącej za rzeczywistego beneficjenta nie przemawia także przejecie przez kontrahentów kontraktów TRS ryzyka związanego z uzyskiwanymi w ten sposób dochodami²⁶.

Sąd odrzucił również argument organów podatkowych odnoszący się do motywów (nabycie akcji, krótko przed wypłatą dywidendy celem przekazania uzyskanej z tytułu posiadanych akcji dywidendy trzeciej stronie za pomocą transakcji TRS bez pobrania podatku u źródła) zawarcia transakcji TRS oraz nabycia akcji mających, zdaniem organów, na celu nadużycie korzyści płynących z umowy CH-DK. Zdaniem sądu, koncepcja rzeczywistego beneficjenta nie zawiera elementów subiektywnych dlatego też zarówno motywacje transakcji jak również okres utrzymywania akcji należy sprawdzić przez pryzmat nadużycia umowy²⁷.

W badanym stanie faktycznym Federalny Sąd Administracyjny nie dopatrywał się jednakże nadużycia umowy CH-DK. Wskazał, iż do każdej umowy międzynarodowej ma zastosowania zasada dobrej wiary, która winna być przestrzegana przy jej stosowaniu²⁸. Odwołując się do judykatury²⁹, sąd podkreślił, iż w umowach międzynarodowych dotyczących podwójnego opodatkowania, które nie zawierają klauzuli zapobiegającej ich nadużyciu, o jej nadużyciu można mówić jedynie wówczas gdy nie jest prowadzona rzeczywista działalność gospodarcza bądź działalność aktywna. Skarżąca (bank duński) dysponowała w państwie swojej siedziby zarówno odpowiednią strukturą techniczną jak również personalną co czyniło bezzasadnym zarzut nadużycia korzyści wynikających z umowy³⁰.

4.3. Wyrok Bundesgericht BGer 2C_364/2012 z 5.05.2015

4.3.1. Dorozumiane przyjęcie klauzuli *beneficial owner*

Poglądu Bundesverwaltungsgericht (BVG) nie podzielił Bundesgericht (BGer), który w wyroku z 5.05.2015 uznał stanowisko BVG za nieprawidłowe.

²⁶ Pkt 6.2.2. uzasadnienia BVG; B. Baumgartner, *Das Konzept...*, s. 376.

²⁷ Pkt 6.2.3 uzasadnienia BVG.

²⁸ Wyrok Bundesgericht z dnia 4 kwietnia 2006, sygn. 2A.416/2005, pkt 3.1.

²⁹ Wyrok Bundesgericht z dnia 28 listopada 2005, sygn. 2A.239/2005, pkt 3.6.3; R. Matteotti, *Die Verweigerung der Entlastung von der Verrechnungssteuer wegen Treaty Shoppings*, „Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht“ 2007, nr 75, s. 795.

³⁰ Patrz: pkt. 7.1. i 7.2. uzasadnienia BVG.

W pierwszej kolejności BGer odniósł się do pozostawionego przez BVG jako otwartego pytania o dopuszczalność przyjęcia, czy kryterium *beneficial owner* jest zawarte w Umowie CH-DK w sposób dorozumiany (z niem. *implizit*). Faktycznie bowiem art. 10 Umowy CH-DK zawartej w 1973 r. przyznawał wyłączne prawo do opodatkowania dochodów z dywidend państwu miejsca zamieszkania lub siedziby osoby z drugiego państwa strony umowy nie warunkując po stronie odbiorcy wystąpienia *beneficial ownership*³¹. Jedynym kryterium decydującym o opodatkowaniu w państwie rezydencji i w konsekwencji zwolnieniu z opodatkowania w państwie źródła było kryterium rezydencji odbiorcy w drugim państwie. Zdaniem BGer takie unormowanie stanowiło w międzynarodowej praktyce umów o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartych przez Szwajcarię pewną osobliwość z uwagi, iż większość z zawartych umów rozdzielała rozszczenia podatkowe z tytułu dochodów z dywidend pomiędzy państwo źródła i państwo rezydencji. W opinii BGer taka regulacja może skłaniać do jej nadużywania celem uzyskania umownych korzyści podatkowych. BGer odwołując się do przeważającego stanowiska w szwajcarskiej literaturze międzynarodowego prawa podatkowego wskazał, iż zgodnie z nią jest dopuszczalne a nawet konieczne w perspektywie potencjalnego

³¹ Na gruncie polskich umów podatkowych podobny problem pojawił się m.in. w kontekście wykładni zapisów art. 11 Umowy między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu w zakresie podatków od dochodu i majątku. DZ. U. 1977 nr 1, poz. 5. WSA w Warszawie w wyroku z dnia 30.09.2013 r., sygn. III SA/Wa 759/13 odrzucił dopuszczalność uwzględniania kryterium *beneficial ownership* z uwagi na fakt, że umowa polsko-francuska nie posługiwała się tym kryterium. NSA rozpatrując skargę kasacyjną od wyroku WSA z 30.09.2013 r. nie odniósł się do zagadnienia dopuszczalności odwoływania się do *beneficial ownership* w umowach, w których nie jest ono wskazane w sposób wyraźny, wskazując że kluczowe znaczenie ma ustalenie osoby podatnika, zob. wyrok NSA z 18.03.2016 r., sygn. II FSK 82/14. Należy zaznaczyć, że orzecznictwo polskich sądów administracyjnych w kwestii dopuszczalności powoływania się na klauzulę *beneficial ownership* w umowach, w których brak jest tej klauzuli jest niejednolite, z tym że tendencją dominującą jest odrzucanie powoływania się na tą klauzulę w umowach, w których nie występuje. Przeciwnko wypowiedział się m.in.: NSA w wyroku z dnia 10.11.2015 r., sygn. II FSK 2225/13; WSA na gruncie umowy polsko-szwedzkiej w wyroku z 24.03.2010 r., sygn. III SA/ Wa 2055/09; oraz wyroki WSA na gruncie umowy polsko-finskiej z 22.04.2010 r., sygn. I SA/Ke 176/10; oraz z 17.02.2012 r., sygn. III SA/Wa 1287/11; NSA w wyroku na gruncie umowy polsko-norweskiej w wyroku z 7.12.210 r., sygn. II FSK 1277/09. Za: WSA na gruncie umowy polsko-francuskiej w wyroku z dnia 18.02.2011 r., sygn. I SA/Lu 736/10.

nieuzasadnionego roszczenia o przyznanie korzyści umownych dokonanie wykładni umów sięgając do dorozumianego kryterium rzeczywistego beneficjenta³². Tylko prawdziwie uprawniony (z niem. *der wahre Berechtigte*) może podnosić roszczenia o przyznanie korzyści podatkowych płynących z umów. Jak zauważył BGer kryterium *beneficial owner* zostało wyrażone w niektórych umowach w sposób wyraźny. Jednakże zdaniem BGer, obowiązuje ono również generalnie dla wszystkich umów podatkowych, ponieważ chodzi w nim o wyjaśnienie punktu, który odzwierciedla pogląd reprezentowany przez wszystkie państwa³³. Ma ono zastosowanie do wszystkich zawartych przez Szwajcarię umów, również do tych umów – pochodzących z wcześniejszych okresów – które odwołują się tylko do płatności osobie mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim państwie. W przeciwnym razie umowie takiej towarzyszyłby jedynie formalno-prawny punkt widzenia³⁴.

Celem uzasadnienia stanowiska, iż w Umowie CH-DK klauzula *beneficial ownership* obowiązuje w sposób dorozumiany BGer przywołał zasady wnikające z Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów (dalej: KW) wskazując, iż państwa na podstawie art. 26 KW zobowiązane są do realizacji zawartych umów zgodnie z zasadą dobrej wiary. Dobra wiara oraz przedmiot i cel traktatu uwzględnia się przy każdorazowym zastosowaniu umów międzynarodowych. Zasada dobrej wiary jak też zasady wynikające z art. 31 ust. 1 KW wynik wykładni poddają „testowi absurdu” (z niem. *Absurditätstest*). Jeśli zwykle znaczenie jakiegoś postanowienia ustalone w oparciu o wykładnię językową, systemową i celową oraz o uzupełniające środki wykładni (art. 32 KW) w konkretnym przypadku prowadzi do oczywiście sprzecznego z sensem lub nierozsądnego wyniku, którego strony umowy opierając się o zasadę dobrej wiary nie chciały osiągnąć, wówczas wynik ten należy w oparciu o tę zasadę skorygować. Oczywiście sprzeczny z sensem i nierozsądny wynik, którego strony kierując się zasadą dobrej wiary, nie chciały osiągnąć, występuje w sytuacji, gdy jedynie formalnie podstawiony a nie rzeczywiście

³² Pkt 4.2. rozważań BGer, w którym sąd przywołuje m. in. R. Danon, *Le concept de beneficiaire effectif dans le Cadre du MC OCDE*, IFF Forum für Steuerrecht 2007, s. 40; M.R. Jung, *Tax treaties and tax avoidance*, Länderbericht Schweiz, Cahier de droit fiscal international 2010, 95a, s. 788; B. Baumgartner, *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz*, Diss, Zürich 2010, s. 229.

³³ Pkt 4.2. uzasadnienia BGer, w którym sąd odwołuje się do stanowiska P. Locher, *Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz*, Bern 2005, s. 152.

³⁴ Pkt 4.2. uzasadnienia BGer.

uprawniony odbiorca dywidendy jest ustanowiony celem uzyskania korzyści płynących z umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania³⁵.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanego przypadku, BGer zauważył, iż zarówno w Danii jak też Szwajcarii przyjmuje się, iż warunkiem zastosowania zwolnienia w państwie źródła jest posiadanie przez odbiorcę dywidendy statusu *beneficial owner* (z niem. *Nutzungsberechtigung*)³⁶. Sąd zauważył także, że za przyjęciem klauzuli *beneficial ownership* w Umowie CH-DK w sposób dorozumiany przemawia sporządzony do tejże Umowy Protokół z 21 sierpnia 2009, w którym kryterium to zostało w odniesieniu do art. 10 Umowy CH-DK wyraźnie przyjęte oraz na wydanej przez Bundesrat informacji do Protokołu, w której stwierdzono, że takie rozumienie od dawna towarzyszyło Umowie a wprowadzając Protokołem zmianę czyniło je jedynie wyraźnym idąc za doprecyzowaniem w Konwencji Modelowej OECD³⁷.

Sąd wskazał, iż zgodne rozumienie w obu państwach pozostaje także w zgodzie z tym, co w międzynarodowym prawie podatkowym może zostać określone jak najmniejszy wspólny mianownik do oceny kryterium rzeczywistego beneficjenta. Od początku wśród różnych państw przyjęte było założenie, zgodnie z którym sensem umów o unikaniu podwójnego opodatkowania nie mogło być przyznawanie korzyści również takim osobom lub spółkom, których związek z państwem rezydencji był jedynie natury formalnej i które w związku z tym były jednie podstawiane lub włączane celem roszczenia pretensji do umownych korzyści³⁸. Jako przykład wskazywano podmioty nominowane, zastępców oraz powierników. Wraz z pojawieniem się i rozwojem instrumentów finansowych i dyskusją w ich kontekście o kryterium rzeczywistego beneficjenta pozostawało jasnym, że nie chodzi o inne, surowsze kryterium oceny ale podkreślenie już istniejącego³⁹.

4.3.2. *Beneficial ownership* jako warunek roszczenia o przyznanie korzyści umownych

Ustalając znaczenie klauzuli *beneficial ownership* BGer przyjął, iż jest ona warunkiem przyznania korzyści umownych. Określa ona, co słusznie uznał sąd niższej instancji, intensywność relacji pomiędzy podmiotem a przedmiotem opodatkowania odpowiednio do zakresu uprawnień do

³⁵ Pkt 4.3.2 uzasadnienia.

³⁶ Pkt 4.4 uzasadnienia.

³⁷ Pkt 4.4.1 uzasadnienia.

³⁸ Pkt 4.4.3. uzasadnienia.

³⁹ *Ibidem*.

podejmowania decyzji odnośnie wykorzystania otrzymanego dochodu⁴⁰. Istotnym elementem *beneficial ownership* jest uprawnienie do rozporządzania (z niem. *Verfügungsberechtigung*), w analizowanym przypadku, otrzymaną dywidendą. Odbiorcą dywidendy należy uznać za rzeczywistego uprawnionego, jeśli może nią w pełni rozporządzać i czerpać z niej w pełni korzyści nie będąc w tym ograniczonym zobowiązaniem wynikającym z ustawy lub umowy. Jak wynika z określenia w języku angielskim (z ang. *beneficial owner*) chodzi o cechy własności i gospodarczej kontroli. Niemieckie określenie (z niem. *Nutzungsberechtigung*) podkreśla, że nie należy go rozumieć w wąskim technicznym bądź formalno-prawnym sensie, ale uwzględnić okoliczności gospodarcze⁴¹. Ograniczające zobowiązanie wynika zasadniczo z dokumentów prawnych, może jednak także opierać się na faktach i okolicznościach, z których wyraźnie wynika, że odbiorca nie ma pełnego prawa rozporządzania i korzystania (z niem. *Verfügungs- und Nutzungsberechtigung*). Nie jest istotne czy w innym państwie faktycznie następuje uzyskanie korzyści⁴².

4.3.3. Elementy wykluczające uznanie *beneficial ownership* u odbiorcy dochodów

BGer wskazał na przyjętą przez sąd niższej instancji koncepcję określenia rzeczywistego odbiorcy opracowaną przez B. Baumgartner. W przedstawionym opracowaniu autor ten wskazuje, że uprawnienie do rozporządzania należy potwierdzić, jeżeli odbiorca przedmiotowych dochodów może w momencie ich wypłaty podjąć samodzielnie nie tylko bardzo ograniczone decyzje tylko przynajmniej pewne/określone decyzje (z niem. *gewisse Entscheidungen*). Nie można przyjąć istnienia uprawnienia do podejmowania decyzji w sytuacji, w której osoba otrzymane dochody musi przekazać z uwagi na istniejące już w momencie wypłaty umowne zobowiązanie lub faktyczne ograniczenia. Faktyczne ograniczenia występują przy kumulatywnym spełnieniu dwóch zależności: z jednej strony otrzymanie dochodów uwarunkowane jest obowiązkiem ich przekazania, z drugiej strony obowiązek przekazania dochodów uzależniony jest od ich otrzymania⁴³. BGer podkreślił, że zobowiązanie do przekazania dochodu może wynikać

⁴⁰ Pkt 5.1. uzasadnienia.

⁴¹ Pkt 5.2.1. uzasadnienia.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Por. B. Baumgartner, ... ; pkt 5.2.2. uzasadnienia.

nie tylko z (bezpośredniego) prawnego obowiązku ale może również istnieć przy „faktycznym zobowiązaniu” do przekazania. Przy tym drugim chodzi zasadniczo o czynniki ekonomiczne, które prowadzą do (pośredniego) prawnego (przede wszystkim umownego) zobowiązania. Ma to miejsce szczególnie w przypadku, gdy zobowiązanie do przekazania nie jest zastrzeżone bezpośrednio tylko wynika z okoliczności faktycznych⁴⁴. Nie jest możliwe uznanie istnienia prawa do dysponowania uzyskanym dochodem gdy przy uwzględnieniu zarówno płaszczyzny prawnej jak też faktycznej i gospodarczej wypłacona dywidenda jest w takiej formie i rozmiarze odprowadzana z państwa rezydencji, która nie może już pozwolić aby państwo źródła ograniczało bądź też zrezygnowało ze swojego władztwa podatkowego na korzyść drugiego państwa⁴⁵.

BGer wskazał, iż Federalny Sąd Administracyjny słusznie stwierdził, iż rozpatrywanie czy kwota dywidendy pozostała w banku duńskim czy została przez niego przekazana jest oceną czynią *ex post*. Należy kierować się przede wszystkim momentem wypłaty dochodu, tu: wypłaty dywidendy. BGer zastrzegł jednak, że jeśli sytuacja istniejąca w momencie wypłaty ma zostać sprawdzona przez całość wszystkich ważnych okoliczności, wówczas okoliczności te obejmują także późniejsze przekazanie dochodów, zwłaszcza, że przekazanie to zostało ustalone już przed terminem wymagalności⁴⁶.

Druga zależność, obok kwestii przekazania uzyskanych dochodów, mająca znaczenie przy rozstrzygnięciu czy w danej sytuacji mamy do czynienia z uprawnionym/rzeczywistym beneficjentem analizowana przez BGer dotyczyła związku pomiędzy obowiązkiem ich przekazaniem a uzyskaniem wychodząc naprzeciw pytaniu o podmiot ponoszący ryzyko transakcji. Im ryzyko odbiorcy związane z obowiązkiem przekazania dochodów mniejsze, tym bardziej przemawia to za odmową uznania odbiorcy za rzeczywistego beneficjenta. W badanym stanie faktycznym odnosiło się to do kwestii istnienia obowiązku po stronie duńskiego banku do świadczeń pieniężnych w sytuacji braku płatności z państwa źródła tj. dywidend szwajcarskich spółek. W sprawie ryzyko to obejmowało nie tylko brak wypłaty dywidendy przez spółkę w państwie źródła ale także ryzyko strat kursowych, ryzyko kredytowe. Zasadnicze pytanie dotyczyło

⁴⁴ Pkt 5.2.2. uzasadnienia.

⁴⁵ B. Baumgartner s. 130, pkt 5.2.2. uzasadnienia.

⁴⁶ Pkt 5.2.5. uzasadnienia.

obowiązku przekazania ustalonych płatności w sytuacji nieotrzymania dywidendy z państwa źródła.

BVG uznał, iż pomiędzy zawarciem transakcji *total return swap* a zawarciem przez bank duński transakcji nabycia akcji nie istniała żadna prawna współzależność. Z umów dotyczących *total return swap* nie można było, zdaniem BVG, wyprowadzić ani obowiązku ich zabezpieczenia poprzez kupno odpowiednich instrumentów bazowych, ani obowiązku dalszego przekazania otrzymanych dywidend. Zgodnie z zasadą *substance over form* nie istniało również żadne zobowiązanie faktyczne do ich dalszego przekazania. Obie zawarte przez bank transakcje (tj. TRS i nabycie instrumentów bazowych) były niezależne od siebie, ponieważ z jednej strony bank otrzymałby dywidend niezależnie od istniejącego obowiązku przekazania kwoty dywidendy na rzecz kontrahentów, z drugiej strony bank miał obowiązek do zapłaty kwoty dywidendy kontrahentom również gdyby jej nie otrzymał. Świadczyło to o braku współzależności pomiędzy tymi transakcjami.

BGer wskazał, iż faktycznie bank duński nie był zobowiązany ani prawnie ani faktycznie do zabezpieczenia zawieranych transakcji na instrumentach pochodnych poprzez nabycie stosownych akcji. Brak takiego obowiązku nie może być z wielu powodów uznany za miarodajny⁴⁷.

Mimo braku takiego obowiązku BGer zauważył, iż bank duński zawierał transakcje zabezpieczające równocześnie i bez wyjątku wraz z zawarciem kontraktów *total return swap* i w odpowiadającym im wolumenie. Taka prawidłowość występowała również przy zamknięciu kontraktów i odsprzedaży akcji⁴⁸. Zdaniem BGer powodem tego było zabezpieczenie się banku duńskiego tj. jeśli bank duński w ramach kontraktów *total return swap* zobowiązał się do przekazania swoim kontrahentom kwoty odpowiadającej dywidendzie i zyskom kursowym na szwajcarskich akcjach, wówczas w jego własnym bezpośrednim interesie leżało zabezpieczenie się poprzez nabycie instrumentów bazowych (tu: akcji) celem pozyskania kwoty, będącej przedmiotem kontraktów *total return swap*⁴⁹. Poprzez odpowiednie ukształtowanie tych kontraktów umożliwiające zostało także dokonanie transakcji na akcjach. Postawione do dyspozycji banku kwoty odsetek i marża mogły zostać przeznaczone jako odsetki pasywne na

⁴⁷ Pkt 6.3. uzasadnienia.

⁴⁸ Pkt 6.3.1. uzasadnienia.

⁴⁹ Pkt 6.3.2. uzasadnienia.

nabycie obcego kapitału przez co bank mógł zrealizować nabycie akcji i pozyskanie dywidendy⁵⁰.

Inny ważny powód zawarcia transakcji zabezpieczającej związany był z faktem, iż w wyniku odpowiednich zapisów w kontraktach *total return swap* transakcje te nie wiązały się po stronie banku duńskiego z żadnym istotnym ryzykiem⁵¹. W przypadku odnotowania zysku przypadającego na objęty kontraktami koszyk akcji bank był odpowiedzialny za jego zapłatę/przekazanie na rzecz kontrahentów. W przypadku odnotowania straty za jej objęcie byli odpowiedzialni kontrahenci. To samo dotyczyło potencjalnych dywidend. Ryzyka ze strony banku zostały zabezpieczone. Bez zabezpieczenia polegającego na kupnie instrumentów bazowych nie doszłoby do zawarcia kontraktów *total return swap* na ustalonych w nich warunkach⁵². Gdyby nie specyficzne elementy (odsetki jako podstawa do nabycia akcji oraz przejęcie a w każdym razie wystarczająco pokryte ryzyko), ukształtowane w kontraktach *total return swap* nie dokonano by transakcji zabezpieczających tego rodzaju i w ten sposób. Stąd, w każdy razie należy przyjąć zależność pomiędzy transakcjami na akcjach a kontraktami *total return swap*⁵³.

BGer uznał, iż ukształtowanie obu transakcji (kontraktów *total return swap* i transakcji zabezpieczającej) nie pozwalało przyjąć, iż w ich wyniku doszło do przeniesienia na bank uprawnień do rozporządzania uzyskanym dochodem. Nie zostały przeniesione jakiegokolwiek ryzyka z nimi związane. Stąd BGer odmówił uznania banku za rzeczywistego beneficjenta otrzymanych dywidend.

Zastrzegł jednocześnie, że prawo do zwrotu *Verrechnungssteuer* przy kontraktach *total return swap* nie jest generalnie i bez wyjątku wykluczone. Istotne jest ukształtowanie zawieranych transakcji na instrumentach pochodnych. W relacji pomiędzy Szwajcarią a Danią w przypadku takiego ukształtowania transakcji jakie wystąpiły w badanej sprawie tj. transakcji krótkoterminowych i w pełni zabezpieczonych związanych z akcjami przypadającymi na okres wypłaty dywidendy i charakteryzującymi się dalszymi specyficznymi elementami należy odmówić przyjęcia spełnienia kryterium rzeczywistego beneficjenta⁵⁴.

⁵⁰ Pkt 6.3.3. uzasadnienia.

⁵¹ Pkt 6.3.4 uzasadnienia.

⁵² *Ibidem*.

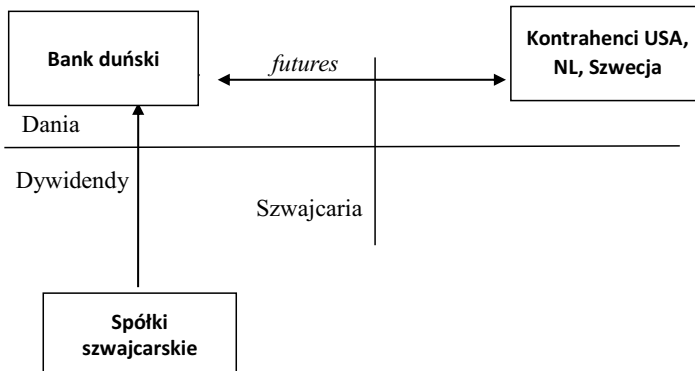
⁵³ Pkt 6.3.5. uzasadnienia.

⁵⁴ Pkt 7.1. uzasadnienia.

5. KONTRAKTY FUTURES

5.1. Stan faktyczny

Analogiczny zakres znaczenia *beneficial owner* zarysował BGer w wydanym tego samego dnia, tj. 5.05.2015 r. wyroku dotyczącym kontraktów *futures*. W badanym stanie faktycznym bank z siedzibą w Kopenhadze zakupił 19.02.2007 r. 40 000 akcji spółek indeksu SMI za kwotę 3 745 000 000 CHF. W tym samym dniu bank sprzedał w tej samej wysokości kontrakty *futures* na indeks giełdowy SMI z terminem wygaśnięcia (realizacji) na 15.03.2007 dla osób z miejscem zamieszkania/siedzibą z innych państw aniżeli Dania czy Szwajcaria. W dniu realizacji bank duński nie dokonał zamknięcia tylko odpłatnie przedłużył termin realizacji kontraktów („roll”)⁵⁵ poprzez ponowną sprzedaż do 15 czerwca 2007. Wówczas nastąpiło rozliczenie kontraktów *futures* i sprzedaż w tym samym dniu posiadanych akcji. Przypadające na akcje dywidendy zostały wypłacone po potrąceniu 35% podatku u źródła⁵⁶.



5.2. Wyrok BGer 2C_895/2012 z dnia 5.05.2015

BGer rozpoczął analizę od pytania, czy bank był zobowiązany do przekazania otrzymanych dywidend. Punktem wyjścia były kwoty leżące u podstaw transakcji. W pierwszej fazie w dniu 19.02.2007 bank sprzedał za

⁵⁵ Bank skupił kontrakty *futures* i jednocześnie ponownie sprzedał taką samą ilość kontraktów z datą realizacji na 15.06.2007.

⁵⁶ Pkt 6.1. uzasadnienia. Dodać należy, iż w przedstawionym stanie faktycznym nie zostały ostatecznie ustalone wszystkie jego elementy, przede wszystkim nie wyjaśniono uzgodnień odnoszących się do cen kontraktów *futures*. Takie ustalenia musiały zaistnieć aby można było przyjąć faktyczne przekazanie otrzymanych przez bank dywidend stronom kontraktów *futures* w związku z ich ceną.

kwotę 3 734 000 000 CHF kontrakty *futures*. Ich cena w dniu 15.03.2007 r. wynosiła 3 475 400 000 CHF. Z operacji na kontraktach wynikał zysk w wysokości 258 600 000 CHF. Jednocześnie na 15.03.2007 odnotowano spadek wartości zakupionych 19.02.2007 papierów wartościowych, których wartość wyniosła 270 800 000 CHF. Z tego łączna strata wyniosła 12 200 000 CHF, do której doszły jeszcze koszty finansowania (5 462 916,67 CHF) i koszty transakcji (z 19.02. i 15.03.2007) w łącznej wysokości 250 000 CHF. Przy kwocie dywidendy w wysokości 19 700 000 CHF dawało to w pierwszym okresie łączny zysk 1 787 083,33 CHF⁵⁷.

Data operacji/treść	Operacje związane z obrotem akcjami		Operacje na kontraktach <i>futures</i>	
	zakup	sprzedaż	sprzedaż	zakup
19.02.2007	3 734 000 000,00		3 734 000 000,00	
	wartość akcji na:		wartość kontraktów na:	
15.03.2007		3 463 200 000,00		3 475 400 000,00
zysk/strata		-270 800 000,00		258 600 000,00
zysk/strata łącznie				-12 200 000,00
Koszty finansowania				5 462 916,67
Koszty transakcyjne				250 000,00
Wynik skorygowany o koszty				-17 912 916,67
Kwota dywidendy				19 700 000,00
Zysk/strata całkowita na transakcjach				1 787 083,33

W drugiej fazie kontrakty *futures* zostały 15.03.2007 r. sprzedane za 3 446 200 000 CHF. Ich cena 15.06.2007 wynosiła 3 724 032 000 CHF co dawało stratę 277 832 000 CHF. Równolegle w tym samym okresie odnotowano na koszyku akcji indeksu SMI zysk w wysokości 248 800 000 CHF. Strata opiewała zatem na 29 032 000 CHF. Do tego doszły koszty finansowania (20 426 453,33 CHF) i koszty transakcji (250 000 CHF). Przy całkowitej kwocie dywidendy w wysokości 52 700 000 CHF całkowity zysk w okresie pomiędzy 15.03 i 15.06.2007 wyniósł 2 991 546,67 CHF⁵⁸.

⁵⁷ Pkt 6.2.1 uzasadnienia.

⁵⁸ Pkt 6.2.2 uzasadnienia.

Data operacji/treść	Operacje związane z obrotem akcjami		Operacje na kontraktach <i>futures</i>	
	zakup	sprzedaż	sprzedaż	zakup
II faza				
15.03.2007	brak danych*		3 446 200 000,00	
	wartość akcji na:		wartość kontraktów na:	
15.06.2007	brak danych		3 724 032 000,00	
zysk/strata	248 800 000,00		-277 832 000,00	
zysk/strata łącznie			-29 032 000,00	
Koszty finansowania			20 426 453,33	
Koszty transakcyjne			250 000,00	
Wynik skorygowany o koszty			-49 708 453,33	
Kwota dywidendy			52 700 000,00	
Zysk/strata całkowita na transakcjach			2 991 546,67	

* W opisie stanu faktycznego omawianego wyroku nie wskazano za jaką kwotę zostały nabyte akcje. Podano tylko kwotę zysku z tytułu posiadanych akcji.

Z całej transakcji na kontraktach *futures* od lutego do czerwca kwota pozostała bankowi wyniosła 1 787 083,33 CHF tj. ok. 9% kwoty dywidendy (19 700 000 CHF), bądź 0,04% łącznej kwoty transakcji. W czerwcu bank zatrzymał dla siebie zysk w wysokości 2 991 546,67 CHF co stanowiło 6,6% kwoty dywidendy (52 700 000 CHF) i ok. 0,08% łącznej kwoty transakcji⁵⁹.

Oznaczało to, że bank z otrzymanej dywidendy zatrzymał dla siebie niewielki procent. Nie pozwalało to zdaniem BGer na wykluczenie szkodliwego przekazania (z niem. *schädliche Weiterleitung*)⁶⁰.

5.2.1. Dywidenda a koszty finansowania transakcji

BGer wskazał, że sąd niższej instancji (*Bundesverwaltungsgericht*) analizując stan faktyczny nie uwzględnił wystarczająco m.in. aspektu finansowania dokonanych transakcji w kontekście wystąpienia zależności pomiędzy otrzymanymi dywidendami a zobowiązaniem do zwrotu kosztów finansowania w ramach struktury koncernu. Mimo, iż przy transakcjach o takim wolumenie finansowanie obcym kapitałem nie powinno dziwić, to jednak w analizowanej sprawie zwraca uwagę fakt, iż zostało ono pokryte przez jedynego pożyczkodawcę, którym był koncern, tj. szwedzka spółka

⁵⁹ Pkt 6.2.3. uzasadnienia.

⁶⁰ Pkt 6.3. uzasadnienia.

matka, do którego należał bank. Ta okoliczność była zdaniem BGer o tyle ważna, na co zwróciły również uwagę szwajcarskie organy podatkowe, że na podstawie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania pomiędzy Szwecją a Szwajcarią podatek u źródła nie jest w pełni zwracany tylko obowiązuje stawka 15%⁶¹. Pojawić się może zatem pytanie czy dokonywane przez spółkę córkę, tu: bank duński kluczowe transakcje nie były w rzeczywistości podejmowane na korzyść spółki matki. BGer przyjął, że z uwagi na przedstawione przez szwajcarskie organy podatkowe poszlaki a także brak wykazania i udowodnienia przez skarżącą dokładnych kwot kosztów finansowania – „można i należy przyjąć”, że zawyżone kwoty kosztów (kwoty podane przez skarżącą okazały się bowiem bardzo zawyżone) służyły do przekazania części uzyskanej dywidendy podmiotom ze struktury koncernu lub spółce matce⁶².

BGer zbadał czy szkodliwe przekazanie otrzymanych dywidend nie nastąpiło również przez cenę zakupu i sprzedaży przedmiotowych akcji. Jak słusznie zauważyły szwajcarskie organy podatkowe było rzeczą wyjątkową, że bank w jednym dniu lutego 2007 r. sprzedał kontrakty *futures* na indeks SMI o wartości 3,7 Ml CHF przez co wygenerował obrót na tych kontraktach, który był o 1/3 większy od codziennego całkowitego obrotu tej giełdy w lutym tego roku (2,7 ml franków) w ciągu dnia⁶³.

Transakcja takiej wielkości zakłada nie tylko dokonanie jej pomiędzy znanymi sobie kontrahentami, ale także ustalenie jej warunków. Nie miałyby ona miejsca pomiędzy niezależnymi osobami trzecimi, szczególnie w odniesieniu do kształtowania jej ceny⁶⁴.

Zrealizowany przez bank duński zysk z transakcji na akcjach był, jak podkreślały szwajcarskie organy podatkowe, ustalony już w momencie zawierania transakcji. Uzyskana przez bank kwota nie wynika z warunków rynkowych, ale była efektem ustaleń pomiędzy znającymi się kontrahentami. Nie wyklucza tego fakt, że bank korzystał z usług dwóch różnych brokerów i wykorzystał dwie różne giełdy, bowiem dwie strony mogły uzgodnić składanie w systemie w określonym czasie przeciwstawnych, wzajemnie uzgodnionych zleceń na akcje określonego gatunku. Na zewnątrz jest utrzymany pozór transakcji zawartej pomiędzy dwoma niezależnymi podmiotami mimo, że transakcja dochodzi

⁶¹ Pkt 7.2.1. uzasadnienia.

⁶² Pkt 7.2.2. uzasadnienia.

⁶³ Pkt 8.1. uzasadnienia.

⁶⁴ Pkt 8.1.1. uzasadnienia.

do skutku pomiędzy znajdującymi się stronami⁶⁵. Uzgodnienie takie miało miejsce w pierwszym rzędzie w odniesieniu do transakcji na akcjach.

Obok bardzo dużej wartości dokonanych transakcji szwajcarskie organy podatkowe zwróciły uwagę na krótkie odstępy czasu w których miały one miejsce tj. pomiędzy zakupem papierów wartościowych 19 lutego 2007 r., wypłatą dywidendy oraz sprzedażą tych akcji w czerwcu. Zarówno w przypadku transakcji związanej z nabyciem akcji jak również transakcji związanych z kontraktami *futures* bank potwierdził, że były dokonywane przez tego samego brokera Y. Ponadto bank przyznał, że w przypadku transakcji na akcjach broker Y był nie tylko pośrednikiem, ale działał jako principal. Nabycie akcji od osób trzecich zostało ujawnione w jego księgach by bezpośrednio potem zbyć je jako strona przeciwna transakcji na rzecz baku. Również przy zbyciu przez bank broker Y wystąpił jako strona przeciwna i nabył je bądź zbył dalej działając we własnym imieniu i na własny rachunek. Y był rezydentem Wielkiej Brytanii. W umowie pomiędzy Szwajcarią a Wielką Brytanią dla dochodów z dywidend przewidziana jest 15 % stawka podatku⁶⁶.

Zdaniem BGer obie transakcje (z 19.02 i 15.06.2007) pomiędzy bankiem a brokerem Y były uzgodnione i tak jak przyjęły to szwajcarskie organy podatkowe stanowiły transakcje karuzelowe, z niem. *Kreisgeschäfte* między znajdującymi się stronami⁶⁷.

To specyficzne ukształtowanie transakcji jako indywidualnie ustalonej transakcji karuzelowej pomiędzy znajdującymi się stronami miało bezpośrednie oddziaływanie na mechanizm ustalania ceny. Sąd zauważył, iż od strony formalnej zgadza się, że ustalone pomiędzy bankiem a brokerem Y transakcje na akcjach nie były żadnymi pozagiełdowymi i bilateralnie wynegocjowanymi transakcjami *Over the Counter* (OTC) tylko były to giełdowe *Block trades* częściowo określane również jako *OTC-type*. Stąd nie jest co do zasady nieprawdą jednakże jest mylące kiedy bank wywodzi, że nabycie akcji przez brokera na giełdzie nastąpiło po cenie rynkowej⁶⁸.

Miarodajne jest, że w konkretnych okolicznościach przy kupnie i sprzedaży nie chodziło o standardowe i anonimowe transakcje, które podlegałyby typowemu mechanizmowi giełdowemu. Raczej chodziło o specyficznie wynegocjonowane pojedyncze transakcje dużych rozmiarów z indywidualnie

⁶⁵ Pkt 8.1.2. uzasadnienia.

⁶⁶ Pkt 8.2.1. uzasadnienia.

⁶⁷ Pkt 8.2.2. uzasadnienia.

⁶⁸ *Ibidem*.

uzgodnionym mechanizmem tworzenia ceny, które najpierw był ustalone pomiędzy bankiem a brokerem Y (tj. regularnymi partnerami transakcyjnymi) i poprzez które uzyskane dywidendy w pełnym rozmiarze, w jakim nie pozostawały w banku mogły być przekazane brokera Y⁶⁹.

Sąd wskazał, że istotne okoliczności sprawy wskazują, że taki mechanizm został zastosowany nie tylko w transakcjach pomiędzy bankiem a brokerem Y ale także pomiędzy tym ostatnim a dalszymi stronami transakcji. Jak wynikało bowiem z informacji udzielonej przez bank, w realizacji transakcji związanych z akcjami brało udział ośmiu kontrahentów z trzech różnych państw (USA, Szwecji i Holandii).

Mając to na uwadze organy podatkowe wskazały, że przeciw przyjęciu standardowego i anonimowego zrealizowania transakcji przemawiają dwa argumenty. Z jednej strony dziwi, że w transakcjach o takim wolumenie nie brało udziału więcej stron z różnych państw. Z drugiej strony zastanawia, dlaczego akcje te zostały wkrótce znów sprzedane do tych kilku krajów, których umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania ze Szwajcarią przewidują tzw. *Sockelbelastnug* 15%⁷⁰.

5.2.2. *Dividenden-Stripping*

Uwzględniając powyższe organy podatkowe doszły do wniosku, że w badanej sprawie doszło do tzw. *Dividenden-Stripping*. Celem uzyskania przez te osiem osób ew. spółek (w stanie faktycznym nie zostało ustalone, kto był stroną dalszych transakcji na przedmiotowych akcjach) spoza Danii i Szwajcarii korzyści wynikającej z umowy pomiędzy wymienionymi państwami właściciele akcji, którym przysługiwał tylko ograniczone roszczenie o zwolnienie z opodatkowania w Szwajcarii na krótko przed terminem wypłaty dywidend posiadane przez nich pakiety akcji szwajcarskich spółek notowanych na giełdzie odstępowwały brokerowi a przez niego dalej na rzecz banku. Bank stawał się tymczasowym właścicielem akcji otrzymując wypłacane dywidendy. Krótko po terminie wypłaty bank sprzedawał przedmiotowe pakiety brokerowi Y a ten odsprzedawał je następnie pierwotnym właścicielom przy jednoczesnym przekazaniu znacznej części otrzymanych dywidend⁷¹.

BGer nie zgodził się ze stanowiskiem BVG jakoby wskazane przez organy podatkowe przyjęcie *Dividenden-Stripping* nie wynikało z przedstawionych

⁶⁹ Pkt 8.2.2. uzasadnienia.

⁷⁰ Pkt 8.3.1. uzasadnienia.

⁷¹ Pkt 8.3.1. uzasadnienia.

okoliczności. Sąd niżej instancji uznając argumenty skarżącej (banku) wskazał, że jedyne co można stwierdzić, to fakt, iż skarżąca dokonywała transakcji zakupu i sprzedaży z inwestorami ze Szwecji, USA i Holandii. Nic nie przemawiało zaś za tym, że akcje te zostały z powrotem sprzedane do tych krajów. Równie dobrze całość mogła zostać sprzedana do jednego z nich⁷².

BGer nie przyjął jednak tych wywodów BVG. Z jednej strony transakcje pomiędzy skarżącą a brokerem Y stanowiły karuzele, co przyznała sama skarżąca. Ten sam mechanizm należało przyjąć dla transakcji pomiędzy brokerem Y a stosunkowo niewielką liczbą kontrahentów będących stronami transakcji⁷³.

Z drugiej strony sąd niższej instancji oparł się przy ocenie transakcji brokera z jego kontrahentami o stan informacji, które strona skarżąca była gotowa ujawnić.

5.2.3. Spełnienie przesłanek wykluczających *beneficial ownership*

BGer przyjął za spełnioną pierwszą współzależność, która wyłączyła przyjęcie istnienia po stronie banku duńskiego cechy rzeczywistego beneficjenta, tj. istnienie obowiązku przekazania uzyskanych dywidend. Skarżąca (bank) utrzymywała przedmiotowe akcje krótki okres czasu, po którym zbywała je brokerowi Y, który w dalszej kolejności sprzedawał je pierwotnym właścicielom. Wynikiem tego było przekazanie dużej części uzyskanej dywidendy poza Danię bądź Szwajcarię poprzez ukształtowanie cen na transakcjach akcjami wykorzystując model *stepping stone*. Zgodnie z nim przekazanie z państwa rezydencji następuje nie w formie przychodu ale poprzez koszt. Kwota uzyskana w państwie rezydencji zostaje pomniejszona o wydatki (z niem. *Ausgaben*) wypłacone nierezydentom⁷⁴.

BGer zbadał także czy spełniona została druga współzależność tj. czy przekazywane były tylko te dochody, które faktycznie zostały uzyskane⁷⁵. BGer odwołując się do wcześniejszych wywodów dotyczących nieuwzględnienia przez sąd niższej instancji kwestii porozumień dokonanych pomiędzy brokerem a jego kontrahentami i oparcia się wyłącznie na zakresie informacji udzielonych przez bank wskazał, że rola banku jako podmiotu podstawionego polegała na uzyskaniu przedmiotowych dywidend szwaj-

⁷² Pkt 8.3.2 uzasadnienia.

⁷³ Pkt 8.3.2. uzasadnienia

⁷⁴ Pkt 8.5. uzasadnienia.

⁷⁵ Pkt. 9–9.3 uzasadnienia.

carskich spółek i przekazania ich w większości pierwotnym właścicielom akcji⁷⁶. Ponadto bank nie ponosił istotnych ryzyk związanych z kompleksową transakcją⁷⁷. Straty na kursach akcji zostały zabezpieczone poprzez zawarcie paralelnie do nabycia akcji kontraktów *futures*. Dotyczyło to także ryzyka związanego z brakiem wypłaty dywidendy. Z uwagi na nieujawnienie przez bank nie tylko tożsamości stron ale także treści transakcji zawartych w dalszej kolejności przez brokera nie można było, zdaniem BGer, ostatecznie ustalić zakresu ryzyka. Jak słusznie podniosły organy podatkowe ryzyko banku było biorąc pod uwagę niewielkie kwoty, które pozostawały w banku z całej transakcji niewielkie. Żadna spółka nie podejmuje dużego ryzyka kiedy spodziewany dochód jest niewielki. Bank nie przedstawił również konkretnie z czym związane było ponoszone przez niego ryzyko. Stąd należało, zdaniem sądu przyjąć, że obowiązek dalszego przekazania ograniczał się tylko do dochodów faktycznie uzyskanych, a co za tym idzie spełniona została druga współzależność wykluczająca uznanie banku za rzeczywistego beneficjenta⁷⁸.

6. WNIOSKI I PRAKTYCZNE WSKAZÓWKI PŁYNĄCE Z WYROKÓW SĄDÓW SZWAJCARSKICH DLA RYNKU DERYWATÓW

Z przytoczonych orzeczeń BGer wynika, że wystarczające jest istnienie faktycznego obowiązku przekazania dochodów uzyskanych z instrumenty podstawowego dla odmowy uznania banku za uprawnionego beneficjenta a w konsekwencji dla niedokonania zwrotu pobranego od tych dochodów podatku. W publikacjach omawiających konsekwencje wydanych orzeczeń odnośnie użytego przez sąd sformułowania o „faktycznym obowiązku przekazania” pojawiają się uwagi, że sąd przyjmując istnienie faktycznego zobowiązania do przekazania otrzymanych dochodów miał na myśli prawne zobowiązanie, którego nie można wprawdzie wystarczająco udowodnić, które jednak wynika z istniejących okoliczności/poszlak, ponieważ może wystąpić faktyczne przekazanie ale nie faktyczne zobowiązanie do przekazania.

W sytuacji faktycznego przekazania bez istnienia ku temu zobowiązania uzasadniona jest weryfikacja odmowy przyznania korzyści umownych z punktu widzenia ich nadużycia a nie z punktu widzenia nie uznania

⁷⁶ Pkt 9.2. uzasadnienia.

⁷⁷ Pkt 9.3. uzasadnienia.

⁷⁸ *Ibidem*.

odbiorcy za rzeczywistego beneficjenta. Z analizy orzeczeń BGer wynika, że w kontekście transakcji na instrumentach pochodnych nie może zostać uznana za rzeczywistego beneficjenta osoba w przypadku wystąpienia następujących przesłanek:

- zakup i realizacja dochodu z instrumentu bazowego następuje z uwagi na dokonane wcześniej ustalenie o przekazaniu tego dochodu,
- istnieje prawny obowiązek przekazania dochodu uzyskanego na instrumencie bazowym przy czym profil wypłaty instrumentu pochodnego jest ściśle powiązany z profilem instrumentu podstawowego,
- wystawca instrumenty pochodnego nie ponosi ryzyka lub ryzyko to jest niewielkie,
- transakcje mają krótkie okresy wymagalności,
- transakcje dokonywane są na krótko przed planowaną datą dywidendy⁷⁹.

Obok obowiązku przekazania uzyskanych dochodów wynikającego z umownego zobowiązania (a w przypadku braku dowodów świadczących z okoliczności faktycznych wskazujących na istnienie tego obowiązku) przesłanką determinującą odmowę uznania danego odbiorcy dywidendy za rzeczywistego beneficjenta jest wystąpienie zależności wystąpienia przychodów z instrumentów finansowych od realizacji przychodów na instrumencie bazowym a także wystąpienie zależności pomiędzy kupnem i realizacją przychodów z instrumentu bazowego od istniejącego zobowiązania do ich przekazania.

Związek pomiędzy przychodami z instrumentu bazowego a wypłatą na produkcie finansowym musi być tego rodzaju, że obowiązek przekazania uzyskanych przychodów z instrumentu podstawowego jest warunkiem dla jego zakupu a nie odwrotnie tj. następuje realizacja przychodów z instrumentu bazowego tylko dlatego, że doszło/lub dojdzie do zawarcia transakcji, która będzie prowadzić do przekazania przychodów instrumentu bazowego. Takiej zależności brakuje gdy posiadacz instrumentu bazowego jest wolny co do wyboru jakie zawrze kontrakty wykorzystując uzyskane przychody instrumentu bazowego⁸⁰. O wystąpieniu takiej zależności nie można mówić również w sytuacji gdy emitent instrumentu pochodnego sam decyduje o środkach służących zabezpieczeniu jego ryzyka.

⁷⁹ Por. M. Nordi, J. Schudel, *Finanzprodukte und Verrechnungssteuerrückerstattung- ausgewählte Aspekte*, IFF Forum für Steuerrecht 2016, s. 62.

⁸⁰ B. Baumgartner, *Beneficial ownership*, s. 934.

Natomiast zależność taką należałoby przyjąć wszędzie tam gdzie przedmiotowe przychody są realizowane tylko dzięki innemu kontraktowi/transakcji co do którego nie ma wyboru⁸¹. Wskazuje się, że pomiędzy obiema stronami uczestniczącymi w transakcjach musi wystąpić porozumienie aby można było przyjąć wystąpienie szkodliwej zależności⁸². Należy podkreślić, iż podniesiony przez BGer krótkoterminowy charakter dokonywanych transakcji odnosił się nie tyle do faktycznego okresu, w którym dany instrument znajdował się u inwestora co do czasu trwania kontraktu⁸³.

Z analizy uzasadnienia BGer wynika, że beneficial ownership jest samodzielną przesłanką dla dokonania zwrotu pobranego u źródła podatku a nie konkretyzacją klauzuli nadużycia umów. Przy uwzględnieniu wyjaśnień zawartych w Komentarzu OECD oznacza to, że w przypadku obrotu pochodnymi instrumentami finansowymi na otwartym rynku na transparentnych i równych warunkach samo faktyczne przekazanie przychodów przy użyciu instrumentów pochodnych nie może prowadzić do wyłączenia statusu beneficial owner u emitującego je podmiotu⁸⁴.

Należy zauważyć, że BGer w związku z odmową uznania banku jako rzeczywistego beneficjenta odstąpił od badania i analizy czy w przedmiotowych stanach faktycznych doszło także do nadużycia postanowień umów podatkowych bądź do uchylenia się od opodatkowania. Takie postępowanie BGer uwzględnia zmiany wprowadzane przez OECD w ramach BEPS, w których także postuluje się aby w pierwszej kolejności poddać badaniu wystąpienia klauzuli *beneficial ownership* a dopiero w drugim kroku sprawdzić czy – w stosunkach międzynarodowych – nie występuje nadużycie korzyści umownych – a w stosunkach krajowych – czy nie doszło do próby uchylenia się od opodatkowania.

⁸¹ Ibidem, s. 934. W związku z tym w przypadku prawdziwych transakcji zabezpieczających nie można przyjąć istnienia takiej zależności

⁸² B. Baumgartner, *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz*, s. 138.

⁸³ M. Nordi, J. Schudel, *Finanzprodukte und Verrechnungssteuerrückerstattung-ausgewählte Aspekte*, IFF Forum für Steuerrecht 2016, s. 54.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 39.

7. WYKŁADNIA POJĘCIA *BENEFICIAL OWNER* W PRAKTYCE POLSKICH ORGANÓW PODATKOWYCH I SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH – ZARYS PROBLEMATYKI

7.1. Definicja *beneficial owner* w polskim prawie podatkowym

Na tle zaprezentowanych wyroków rodzi się pytanie o wykładnię terminu *beneficial owner* w praktyce polskich organów podatkowych i sądów administracyjnych. Do końca 2016 roku brak było w prawie polskim definicji legalnej tego pojęcia. Dopiero od 1 stycznia 2017 roku wprowadzono do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych termin „rzeczywistego właściciela”. Jak wynika z uzasadnienia do ustawy wprowadzającej definicję *beneficial owner*, celowe jest wprowadzenie normatywnej definicji rzeczywistego właściciela, aby doprecyzować, iż spółka otrzymująca należności licencyjne i odsetki (na gruncie ustawy o pdop wymóg *beneficial owner* nie został zastrzeżony dla odbiorcy otrzymującego dochody z dywidend) powinna być ich rzeczywistym właścicielem, tj. powinna otrzymywać je dla własnej korzyści, a nie jako pośrednik na rzecz innych podmiotów⁸⁵. W uzasadnieniu wskazano, że definicja rzeczywistego właściciela odpowiada klauzuli *beneficial ownera* jako koncepcji międzynarodowego prawa podatkowego⁸⁶.

Zgodnie z nowo dodanym art. 4a ust. 1 pkt 29 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych⁸⁷, „rzeczywisty właściciel” to „podmiot otrzymujący daną należność dla własnej korzyści, niebędący pośrednikiem, przedstawicielem, powiernikiem lub innym podmiotem zobowiązanym do przekazania całości lub części danej należności innemu podmiotowi”.

Wprowadzona definicja potwierdza znaczenie terminu *beneficial owner*, jakim dotychczas posługiwały się w swojej praktyce interpretacyjnej organy podatkowe i sądy administracyjne. Na gruncie polskim problem interpretacyjny *beneficial owner* pojawia się w większości z wydanych orzeczeń w kontekście umów *cash pooling* i możliwości uznania *pool leadera*, jako rzeczywistego właściciela.

⁸⁵ Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych dostępne na stronie: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=669>, s. 10.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 11.

⁸⁷ Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych z dnia 15 lutego 1992 r., Dz.U. nr 21, poz. 86, ze zm.

7.2. Attribution of income approach jako kryterium ustalenia rzeczywistego beneficjenta

W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego w kontekście problematyki *beneficial ownership* przyjmuje się, iż kluczowe dla określenia osoby rzeczywistego beneficjenta jest w pierwszej kolejności ustalenie osoby podatnika. Pytanie to zmierza, co do zasady do wskazania osoby, której należy przypisać dochód. Takie podejście sądów polskich pozwala na postawienie tezy o przyjęciu przez polską judykaturę kryterium przypisania dochodu (z ang. *attribution of income approach*) dla ustalenia osoby rzeczywistego beneficjenta, przy czym prawem decydującym o przypisaniu dochodu do osoby miałyby być wewnętrzne prawo podatkowe państwa źródła. Teza ta znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku NSA z dnia 12 września 2013 r., sygn. II FSK 2636/11; wyroku NSA z dnia 18 marca 2016 r., sygn. II FSK 82/14, wyroku NSA z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. II FSK 3107/14.

Powyższe stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego uwzględnia podejście polskich organów podatkowych. Jak wskazano powyżej, w Polsce z problematyką *beneficial ownership* mamy do czynienia najczęściej w związku z umowami typu *cash pooling*. W tego typu umowach, które polegają na zorganizowanym systemie zarządzania płynnością finansową z punktu widzenia podatku dochodowego kluczowe znaczenie ma ustalenie czy pool leader może zostać uznany za rzeczywistego beneficjenta, a w konsekwencji czy płacone na jego rzecz odsetki mogą zostać zwolnione z opodatkowania w Polsce. Polskie organy podatkowe, co do zasady odmawiają uznania za rzeczywistego beneficjenta podmiotu pełniącego funkcje pool leadera wskazując na następujące powody⁸⁸:

– status osoby uprawnionej (rzeczywistego beneficjenta) przysługuje ekonomicznemu właścicielowi udostępnionego kapitału, a nie ekonomicznemu dysponentowi samych odsetek. Agent/pool leader nie jest osobą uprawnioną do odsetek (tzw. „beneficial owner”), gdyż jest tylko ich odbiorcą, a nie

⁸⁸ Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu w interpretacji indywidualnej z dnia 10 października 2013 r., sygn. ILPB4/423-246/13-3/ŁM; Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach w interpretacji indywidualnej z 3 lutego 2014 r., sygn. IBPBI/2/423-1456/13/MS, Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu w interpretacji indywidualnej z 5 listopada 2013 r., sygn. ILPB4/423-310/13-2/ŁM, Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z 20 czerwca 2013 r., sygn. IPPB5/423-199/13-6/JC.

jest ich właścicielem, a jego rola sprowadza się do zarządzania środkami pieniężnymi, jakie wpłyną od uczestników systemu *cash-poolingu*,

– agent/*pool leader* realizuje jedynie funkcję pośrednika, nie ma tytułu prawnego do odsetek wypłacanych przez danego uczestnika *cash pooling* (z wyjątkiem odsetek części odsetek, która przysługuje mu jako jednemu z uczestników systemu),

– wierzytelność z tytułu udostępnienia kapitału innym uczestnikom *cash pooling* podmiot udostępniający kapitał ma wobec pozostałych podmiotów a nie wobec *pool leader*.

Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego artykułu poniżej przywołane zostaną przykłady jednych z ostatnio wydanych orzeczeń NSA i interpretacji organów podatkowych dotyczących wykładni pojęcia *beneficial owner*. Przywołane rozstrzygnięcia mają na celu ukazanie problematyki rzeczywistego beneficjenta na gruncie polskim nie zawężając istoty zagadnienia do umów *cash pooling*.

7.3. *Beneficial owner* – osoba uprawniona pośrednio

W wyroku z dnia 11 marzec 2015 r., sygn. II FSK 212/13 NSA musiał rozstrzygnąć czy możliwe jest zastosowanie art. 11 ust. 3 lit e) umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania z Niemcami w sytuacji wypłaty odsetek na rzecz banku słoweńskiego będącego agentem, który był zobowiązany do przekazania otrzymanej kwoty niemieckiemu kredytodawcy. W przedmiotowej sprawie kredytodawcami były dwa podmioty: jeden podmiot z siedzibą w Niemczech (podmiot L), drugi z siedzibą na Słowacji (podmiot N). Podmiot z siedzibą na Słowacji (bank słoweński) był jednocześnie agentem (dalej: „Agent”). Każda płatność otrzymana przez Agenta miała być przez niego przekazywana na rachunek podmiotu L oraz podmiotu N. Kluczowa w przedmiotowej sprawie okazała się wykładnia art. 11 ust. 3 lit. e) Umowy PL-DE. Organy podatkowe I i II instancji oraz Wojewódzki Sąd Administracyjny uznały że wskazany przepis nie ma zastosowania gdyż przekazanie odsetek niemieckiemu kredytodawcy miało miejsce za pośrednictwem Agenta, który nie był jednocześnie odbiorcą odsetek i osobą uprawnioną do odsetek mającą siedzibę w Niemczech. Wojewódzki Sąd Administracyjny podkreślił, że za odbiorcą odsetek uznać należy podmiot, który otrzymuje (odbiera) odsetki, zaś za osobą uprawnioną do odsetek należy uznać podmiot, któremu przysługuje prawo do odsetek wynikające z określonego tytułu prawnego.

Stanowisko WSA w sprawie interpretacji art. 11 ust. 3 zostało odrzucone przez Naczelną Sąd Administracyjny. Przede wszystkim NSA odwołując się do zasad wykładni prawa międzynarodowego podkreślił znaczenie wykładni kontekstualnej i celowościowej przy interpretacji umów o unikaniu podwójnego opodatkowania podkreślając że wykładnia przedmiotowego artykułu uwzględniająca kontekst wynikający z Komentarza do Modelowej Konwencji OECD, nie wskazuje – tak jak przyjął to WSA – że wynikająca z tego przepisu norma ma zastosowanie tylko wówczas, gdy odsetki są bezpośrednio wypłacane osobie uprawnionej do odsetek.

W pierwszej kolejności NSA przywołał cel wprowadzenia klauzuli „osoby uprawnionej” (*beneficial owner*) wskazując, że została ona wprowadzona do Modelowej Konwencji aby przeciwdziałać nadużyciom umów o unikaniu podwójnego opodatkowania przez podmioty rezydujące w krajach trzecich (tj. niebędących stroną danej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania), działające na terenie umawiającego się państwa przez pośredników, agentów. Zgodnie z Komentarzem do KM OECD w sytuacji, gdy płatność dokonywana jest na rzecz pośrednika będącego rezydentem określonego państwa, który następnie przekazuje tę płatność ostatecznemu odbiorcy, państwo, w którym powstaje dana płatność nie jest zobowiązane do zastosowania wobec tego pośrednika postanowień umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania (wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2013 r., II FSK 2873/11). Zdaniem NSA nie oznacza to natomiast braku możliwości zastosowania postanowień umowy wobec ostatecznego odbiorcy odsetek, który jako faktyczny odbiorca jest „osobą uprawnioną do odsetek”. Cechą „osoby uprawnionej do odsetek” (*beneficial owner of the interest*) jest ostateczne czerpanie korzyści z prawa do odsetek. Zdaniem NSA „odbiorca odsetek” nie musi być odbiorcą bezpośrednim, ale istotnym jest, aby jako odbiorca faktyczny, (a nie pośrednik) był „osobą uprawnioną” do odsetek.

Takie stanowisko NSA oznaczało w praktyce, potwierdzenie stanowiska skarżącej spółki, że jako płatnik była uprawniona do zastosowania przepisów Umowy PL-DE UPO w sytuacji wypłaty odsetek na rzecz podmiotu będącego Agentem ze Słowacji przy założeniu, że osobą uprawnioną jest podmiot z Niemiec będący osobą uprawnioną pośrednio.

7.4. Emitent euro obligacji a *beneficial ownership*

Teza zaprezentowana w wyroku NSA z dnia 11 marzec 2015 r., sygn. II FSK 212/13, posłużyła jako argument w wydanej dnia 28 kwietnia 2017 r. interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej

w przedmiocie uznania za rzeczywistego właściciela pożyczkodawcy ze Szwecji będącego jednocześnie emitentem obligacji.

W stanie faktycznym, w którym została wydana interpretacja, polska spółka kapitałowa (Wnioskodawca, Pożyczkobiorca, Spółka) zaciągnęła pożyczkę od swojej spółki zależnej z siedzibą w Szwecji (Pożyczkodawca). Działalność Pożyczkodawcy obejmowała wspomaganie usług finansowych i ubezpieczeniowych. Środki, z których została wypłacona pożyczka zostały pozyskane w wyniku emisji euro obligacji przez Pożyczkodawcę. Odzwierciedlały to odpowiednie zapisy prospektu emisyjnego z dnia 25 sierpnia 2011 r. Zabezpieczeniem realizacji wykonania zobowiązań Pożyczkodawcy wobec nabywców euro obligacji była gwarancja udzielona przez Pożyczkobiorcę. Pożyczkobiorca jako gwarant zobowiązał się do pokrywania wszystkich nieprzewidzianych wydatków zarówno swoich jak i Pożyczkodawcy (emitenta euroobligacji) dotyczących emisji wliczając w to m.in.:

- honorarium i wydatki dot. doradztwa podatkowego i audytorskiego, honorarium przedstawiciela fiskalnego,
- wszystkie koszty wydania, uwierzytelnienia, dostarczenia euroobligacji,
- koszty wyemitowania euroobligacji na Luksemburskiej Giełdzie Papierów Wartościowych, koszty prawne zaciągnięte przez B., S., U. AG połączone z wydaniem euroobligacji,
- koszty uzyskania rankingu kredytowego akcji.

Umowa Pożyczki została zawarta 14 lutego 2012 r. w Szwecji. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem umowy kwota pożyczki wyniosła całość kwoty uzyskanej z emisji obligacji. Kwota ta miała zostać wypłacona niezwłocznie po uzyskaniu przez Pożyczkodawcę środków z euro obligacji. Sporządzonym do umowy pożyczki aneksem, kwota pożyczki została pomniejszona o kwotę dyskonta a oprocentowanie pożyczki ustalono w wartości wyższej od oprocentowania emitowanych przez Pożyczkodawcę obligacji. Jak wynikało ze stanu faktycznego, spłata kwoty pożyczki zgodnie z ustaleniami ma nastąpić wraz z odsetkami i innymi kosztami w tym dyskontem najpóźniej na jeden dzień przed datą wykupu obligacji.

Prezentując swoje stanowisko Spółka podniosła, że zgodnie z wolą ustawodawcy wyrażoną w uzasadnieniu do projektu ustawy wprowadzającej definicję rzeczywistego właściciela, pojęcie to ma być tożsame z międzynarodowym określeniem *beneficial owner*. Celem podkreślenia międzynarodowego wymiaru pojęcia *beneficial owner* Spółka przywołała m.in. orzeczenia w sprawie *Indofood International Finance Ltd, Prévost Car Inc.* przeciwko

Canada, wyroki w sprawie Real Madrid. Wśród najistotniejszych elementów identyfikujących faktycznego odbiorcę płatności Spółka wymieniła m.in.:

- dowolne dysponowanie przez odbiorcę płatności własnymi dochodami i majątkiem;
- w sytuacji transakcji między podmiotami powiązаныmi porównywanie warunków i przebiegu analizowanej transakcji do transakcji realizowanych między niepowiązаныmi podmiotami;
- ustalenie celów, jakim służyć miały transakcje dokonywane przez uczestników transakcji i badanie relacji, w jakich pozostają motywy podatkowe do gospodarczego uzasadnienia podejmowanych działań.

Zdaniem Spółki, Pożyczkodawca spełnia przesłanki do uznania za „rzeczywistego właściciela” odsetek, ponieważ:

a. „Pożyczkodawca jest prawnym odbiorcą odsetek należnych z tytułu Umowy Pożyczki z dnia 14 lutego 2012 r., jak również otrzymuje kwoty należne od Wnioskodawcy z tytułu umowy pożyczki na swój rachunek bankowy. W konsekwencji, Pożyczkodawca jest odbiorcą należności odsetkowych, co stanowi okoliczność wskazującą na wypełnienie przesłanki rzeczywistego właściciela;

b. Dokumentacja stanowiąca podstawę emisji obligacji, jak również udzielenia pożyczki została po stronie Pożyczkodawcy podjęta przez uprawnione organy Pożyczkodawcy umocowane do czynności prawnych, w tym zaciągania zobowiązań w jej imieniu;

c. Pożyczkodawca czerpie korzyści ekonomiczne z podpisanej z Wnioskodawcą umowy pożyczki, ponieważ oprocentowanie pożyczki jest wyższe niż oprocentowanie emitowanych przez Pożyczkodawcę obligacji. Z tego powodu kwota płaconych przez Wnioskodawcę odsetek jest wyższa niż kupony odsetkowe wypłacane przez Pożyczkodawcę obligatariuszom. W związku z powyższym nieprawdziwa byłaby teza, że Pożyczkodawca tylko pośredniczy w przekazaniu płatności odsetkowych, gdyż faktycznie osiąga dochód, który jest opodatkowany w Szwecji;

d. Pożyczkodawca zgodnie ze swoją działalnością statutową prowadzi działalność w zakresie wspomagania usług finansowych i ubezpieczeniowych”.

Powyższe stanowisko Spółki Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej uznał za prawidłowe.

Zdaniem autorki, przedstawiony stan faktyczny może budzić wątpliwości, czy Pożyczkodawca będący jednocześnie emitentem euro obligacji faktycznie powinien zostać uznany za rzeczywistego właściciela,

a w konsekwencji czy otrzymane przez niego dochody w postaci odsetek powinny korzystać ze zwolnienia na podstawie art. 21 ust 3 ustawy o CIT.

Przed wszystkim zwraca uwagę korelacja czasowa zachodząca pomiędzy spłatą pożyczki wraz z odsetkami a datą wykupu euro obligacji. Jak wynika z ustaleń pomiędzy Pożyczkodawcą/emitentem a Pożyczkobiorcą spłata kwoty pożyczki ma nastąpić najpóźniej na jeden dzień przed datą wykupu obligacji.

Wątpliwości budzi również fakt brak ponoszenia przez Pożyczkodawcę ryzyka związanego z wykupem obligacji. W treści Umowy subskrypcji Wnioskodawca jako gwarant zobligował się do pokrywania wszystkich nieprzewidzianych wydatków zarówno swoich jak i Pożyczkodawcy dotyczących emisji.

Podniesiony przez Spółkę argument jakoby kwota odsetek od pożyczki przewyższała kwotę dyskonta obligacji bez podania wartości liczbowych i odniesienia ich do warunków rynkowych nie może zostać uznany za wystarczający⁸⁹.

Nie ulega wątpliwości, że organ podatkowy w procedurze wydawania indywidualnych interpretacji ocenia i odnosi się do przedstawionego stanu faktycznego. W opinii autorki, przedstawiony stan faktyczny nie został przedstawiony w sposób wyczerpujący, do czego zobowiązuje art. 14b par. 3 ustawy ordynacja podatkowa⁹⁰. Organ podatkowy, jako organ interpretujący, obowiązany jest stwierdzić czy we wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej wnioskodawca w sposób pełny i wyczerpujący przedstawił zaistniały stan faktyczny, a więc czy w oparciu o ten stan możliwa jest ocena stanowiska wnioskodawcy w sprawie oceny prawnej tego

⁸⁹ W tym miejscu należy wskazać m.in. na praktykę administracji skarbowej USA, która w podobnych stanach faktycznych odmawiała uznania za rzeczywistego beneficjenta podmiotu, którego dochód był możliwy w związku z otrzymaniem odsetek z tytułu udostępnienia środków finansowych (pożyczki) otrzymanych od innego podmiotu powiązanego. Tak przykładowo rozstrzygnięcia Internal Revenue Services, Revenue ruling nu. 84-152, 1984-2 C.B. 381. W przedmiotowej sprawie szwajcarska spółka matka udzieliła pożyczki spółce córce z Holandii (oprocentowanej stawką 10%), która następnie udzieliła pożyczki (11% oprocentowanie) spółce zależnej w USA, którym 100% udziałowcem była spółka szwajcarska. Amerykańskie organy podatkowe uznały, że dochód z odsetek od spółki amerykańskiej nie przysługiwał spółce zależnej z Holandii lecz szwajcarskiej spółce matce. Por. również Revenue ruling nu. 84-153, 1984-2 C.B. 383. Szerzej patrz: A. Meindl-Ringler, *Beneficial Ownership in International Tax Law*, Series on International Taxation 58, Alphen aan den Rijn 2016, s. 203-204.

⁹⁰ Ordynacja podatkowa z dnia 29 sierpień 1997 r., Dz.U. nr 137, poz. 926, ze zm.

stanu faktycznego⁹¹. W przypadku, gdy przedstawiony przez wnioskodawcę stan faktyczny nie ma charakteru wyczerpującego, organ podatkowy jest zobowiązany do wezwania wnioskodawcy do uzupełnienia stanu faktycznego stosując odpowiednio art. 169 par. 1 w zw. z art. 14h ustawy ordynacja podatkowa. Przywołane przepisy ustawy ordynacja podatkowa regulują procedurę doprecyzowania stanu faktycznego. Informacje zaprezentowane w stanie faktycznym nie zawierały, zdaniem autorki, wszystkich faktów i okoliczności istotnych dla ustalenia czy odbiorca powinien zostać objęty zakresem znaczenia *beneficial owner*.

7.5. *Beneficial ownership* a system poboru podatku u źródła w Szwajcarii

Analizując orzeczenia szwajcarskich organów podatkowych i sądów nasuwa się pytanie o czynniki, które sprawiły, że szwajcarskie organy podatkowe nabrały wątpliwości i odmówiły potraktowania banku duńskiego jako rzeczywistego beneficjenta. Faktycznie bowiem bank duński nabył papiery wartościowe, z tytułu których została wypłacona mu dywidenda. Jego działalność w Danii miała charakter działalności aktywnej. Bank dysponował odpowiednim zapleczem technicznym i personalnym do prowadzenia swojej podstawowej działalności. Przede wszystkim kluczowa jest odpowiedź, w jaki sposób organy podatkowe na etapie wniosku o zwrot szwajcarskiego podatku ustaliły, że otrzymane dywidendy pozostają w związku z transakcjami na instrumentach pochodnych a co za tym idzie poddały w wątpliwość uznanie banku za rzeczywistego beneficjenta.

Możliwość pozyskania niezbędnych informacji zmierzających do wstępnego zweryfikowania atrybutu rzeczywistego beneficjenta u odbiorcy dają szwajcarskim organom podatkowym pytania zawarte w formularzu, które podmiot zagraniczny występujący z wnioskiem o zwrot pobranego u źródła podatku jest zobligowany przedłożyć⁹². Wśród zawartych w formularzu pytań znajdują się m.in.: Czy wierzyciel wypłaconych dochodów (z niem. *Ertragsgläubiger*) był uprawniony do korzystania z wartości majątkowych, z których dochody zostały wypłacone?, Czy dochody zostały zainkasowane na własny rachunek? Jeśli tak, to czy tytuły (papiery wartościowe)

⁹¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 16 listopada 2011 r., sygn. I SA/Kr 1643/11; <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7FD195E3FF>, dostęp 25 czerwca 2017 r.

⁹² Formularze dostępne na: <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/verrechnungsteuer/verrechnungssteuer/dienstleistungen/ausland.html>, dostęp: 12.09.2016.

zostały nabyte do własnego portfela akcji (nostro/depozyt papierów wartościowych) nie były nabyte na rachunek osób trzecich/klientów?, Jeśli tak, to czy tytułu te w momencie wymagalności były wypożyczone, tj. czy były częścią tzw. *securities-lending-transaktion*?

Wszystkie te pytania mają na celu wstępną kontrolę czy odbiorcą dywidendy jest rzeczywistym beneficjent a w konsekwencji czy słuszne jest dokonanie zwrotu pobranego podatku *Verrechnungssteuer*.

7.6. *Beneficial ownership* a system poboru podatku u źródła w Polsce

Na gruncie polskiego systemu pobierania podatku u źródła, do końca 2016 r. to na płatniku ciążył obowiązek ustalenia czy odbiorca dywidendy, odsetek czy należności licencyjnych jest ich rzeczywistym beneficjentem. Status odbiorcy wymienionych dochodów pod kątem *beneficial ownership* nie był de facto weryfikowany. Weryfikacji tej nie służyły składane przez płatników deklaracje. Zarówno deklaracja CIT-7 jak i deklaracja CIT-6R wskazują na podatnika – odbiorcę dochodu. Także w informacji IFT-2/IFT-2R w polu C należy wskazać podatnika (odbiorcę należności, z ang. *recipient*). Żaden z tych formularzy nie posługuje się zwrotem *beneficial owner* co czyni zasadnym pytanie czy podatnik – odbiorca, dywidendy, odsetek czy należności licencyjnych, którego dotyczą ww. formularze winien mieć statusu *beneficial owner*. Trudno bowiem przyjąć *ad hoc*, że powtarzający się w tych formularzach wyraz „podatnik” należy interpretować w rozumieniu rzeczywistego beneficjenta. A zatem formularze, za których prawidłowość wypełnienia ponosi odpowiedzialność płatnik, nie dawały w ogóle możliwości ustalenia kto jest rzeczywistym beneficjentem wypłacanych z Polski dochodów. Wskazują jedynie na podatnika.

Wprowadzona z początkiem 2017 r. zmiana w zakresie art. 26 ust. 1f ustawy pdop nie daje gwarancji prawidłowego ustalenia rzeczywistego beneficjenta. Powoduje jedynie przeniesienie ciężaru odpowiedzialności za ustalenie rzeczywistego beneficjenta z płatnika na odbiorcę ww. dochodów. To, bowiem na odbiorcy ww. dochodów spoczywa obecnie obowiązek złożenia stosownego oświadczenia, że pozostaje w stosunku do nich rzeczywistym beneficjentem. Brak złożenia stosownego oświadczenia będzie podstawą dla płatnika do odmowy niepobrania podatku.

Z punktu widzenia systemu poboru podatku u źródła w Polsce wprowadzenie obowiązku składania stosownego oświadczenia przez odbiorcę dochodu nie zabezpiecza przed przyznaniem korzyści podatkowych

w postaci obniżonego opodatkowania u źródła lub braku takiego opodatkowania podmiotom nieuprawnionym. Należałoby zastanowić się nad wprowadzeniem do prawa krajowego testu weryfikacji klauzuli *beneficial ownership* (opartego o klauzule *limitation of benefits*, w skrócie LoB)⁹³ tak by można było skutecznie weryfikować czy wypłacone za granicę dochody bierne nie podlegają dalszemu przekazaniu do państwa trzeciego w związku z np. realizacją transakcji na instrumencie pochodnym, dla którego instrumentem bazowym byłyby akcje polskich spółek.

Alternatywą mogłoby być wprowadzenie zmian systemowych i oparcie poboru podatku u źródła na rozwiązaniu obowiązującym w Szwajcarii.

Wskazać należy, iż zaprezentowane w wyrokach z 5.05.2015 r. stanowisko BGer dotyczące zakresu znaczenia klauzuli *beneficial owner* jest odmienne od poglądów prezentowanych w polskim piśmiennictwie. M. Wilk, autor monografii poświęconej klauzuli rzeczywistego beneficjenta podkreśla, iż kluczową rolę dla określenia zakresu znaczenia rzeczywistego beneficjenta powinien mieć test o charakterze prawnym oraz prawo do rozporządzania uzyskanym dochodem⁹⁴. Kluczowy dla uznania danej osoby za rzeczywistego beneficjenta jest brak prawnie egzekwowalnego zobowiązania odbiorcy do przekazania otrzymanych dochodów podmiotowi trzeciemu⁹⁵. Autor ten wskazuje, iż dla uznania, że odbiorca dochodu nie ma prawa do rozporządzania nim, konieczne jest, aby elementem stosunku prawnego pomiędzy nim (odbiorcą, przyp. wł.) a osobą trzecią było uzyskanie dochodu od dłużnika odbiorcy i przekazanie go tej osobie trzeciej⁹⁶. Wydaje się, iż tak sformułowane przesłanki uznania danej osoby za rzeczywistego beneficjenta oraz postulat testu o charakterze prawnym nie mogą być skutecznym narzędziem do wykluczenia roszczeń osób nieuprawnionych wykorzystujących transakcje na instrumentach pochodnych do przyznanie korzyści umownych.

⁹³ Szerzej o LoB, patrz: D. Jakubowska, A. Oktawiec, M. Małkiewicz, *Konwencja Wiedeńska wyzwaniami dla osób i spółek prowadzących działalność na rynkach zagranicznych*, Lipiec 2017, s. 8 i n. <https://www.pwc.pl/pl/pdf/mli-raport-pwc.pdf>.

⁹⁴ M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, Warszawa 2015, s. 243.

⁹⁵ M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) po zmianach w Komentarzu do Konwencji Modelowej OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku z 2014 r.*, „Przegląd Podatkowy” 9/2015, s. 52.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 53.

8. KONKLUZJE

Zdaniem autorki, system poboru podatku u źródła w Polsce nie pozwala de facto na skuteczną weryfikację statusu rzeczywistego beneficjenta u odbiorców dochodów biernych. Płatnik dokonując potrącenia podatku u źródła w praktyce nie musi dysponować wiedzą czy wypłacane przez niego środki pozostaną u odbiorcy czy też będą przez niego przekazywane innemu podmiotowi. Problem *beneficial ownership* nie jest w Polsce, zdaniem autorki, dostatecznie rozpoznany. Świadczą o tym i jednocześnie przyczyniają się do tego orzeczenia polskich sądów administracyjnych. Jak już zaznaczono powyżej większość z nich dotyczy dopuszczalności uznania za rzeczywistego beneficjenta pool leadera. Ani organy podatkowe ani sądy rozpatrując stan faktyczny, w którym pojawia się problem rzeczywistego beneficjenta nie przeprowadzają analizy całokształtu okoliczności, które zadecydowały m.in. o uczynieniu *pool leaderem* podmiotu z danego państwa, w sytuacji, gdy funkcje taką mogliby spełniać uczestnicy systemu cash pooling z innych państw. W rozstrzygnięciach organów podatkowych poza zakresem analizy pozostaje badanie intencji stron danej transakcji, alokacja ryzyk czy też cel wykorzystywania podmiotów z innej jurysdykcji podatkowych. Przede wszystkim nie jest badane (lub jest badane w sposób powierzchowny) wystąpienie przesłanki umownego zobowiązania do przekazania otrzymanego dochodu innemu podmiotowi. Są to kwestie, które w rozstrzyganych przez szwajcarskie sądy sprawach dotyczących instrumentów pochodnych okazały się kluczowe dla ustalenia czy bank duński powinien być zostać uznany za rzeczywistego beneficjenta otrzymanych dywidend.

Wyroki szwajcarskiego BGer wpisują się w istniejącą aktualnie w międzynarodowym prawie podatkowym tendencję ustalania zakresu znaczeniowego pojęcia *beneficial owner* od przypadku do przypadku tj. przy okazji rozstrzygania konkretnych spraw. Szczególne znaczenie omówionych rozstrzygnięć BGer polega na tym, że są to pierwsze wyroki poruszające problem *beneficial ownership* na gruncie transakcji na instrumentach pochodnych.

Z uwagi, iż wartość roszczeń o zwrot szwajcarskiego podatku u źródła jest szacowana na 1 do 2 miliardów franków rozstrzygnięcie BGer można określić, jako ważne z punktu widzenia bezpieczeństwa interesu narodowego. Na straży tego interesu stanął szwajcarski sąd najwyższy wytyczając

wąską granicę zakresu znaczenia *beneficial owner* w przypadku transakcji z udziałem instrumentów pochodnych. Potwierdzeniem przyjętego sposobu weryfikacji kryterium rzeczywistego beneficjenta może być kolejny wyrok z 2 października 2015 r. dotyczący kontraktów typu *futures*. Zwraca uwagę fakt, iż BGER w badaniu czy podmiot występujący o zwrot szwajcarskiego podatku u źródła należy uznać za rzeczywistego beneficjenta nie ograniczył się do analizy prawnej transakcji związanej z wypłatą dywidendy. Weryfikacji zostały poddane transakcje związane z instrumentem pochodnym oraz zachodząca współzależność pomiędzy tymi transakcjami a wypłatą dywidendy. Mimo, iż nie istniała pomiędzy nimi żadna zależność prawna, sąd nie miał wątpliwości, że są one powiązane gospodarczo i z tej perspektywy ocenił czy odbiorca dywidendy był jej rzeczywistym beneficjentem.

Znajomość kryteriów, na których oparł się BGER może okazać się wskazówką dla polskich organów podatkowych i sądów administracyjnych w przypadku konieczności ustalenia czy odbiorca dochodów jest jednocześnie ich rzeczywistym beneficjentem.

BIBLIOGRAFIA

- Baumgartner B., *Das Konzept des beneficial owner im international en Steuerrecht der Schweiz*, Diss, Zürich 2010.
- Danon R., *Le concept de beneficiaire effectif dans le Cadre du MC OCDE*, IFF Forum für Steuerrecht 2007.
- Dmowski A., *Opodatkowanie pochodnych instrumentów finansowych podatkiem dochodowym od osób prawnych, Aspekty prawne, podatkowe i bilansowe*, Warszawa 2014.
- Fontana K., *Erfolg für Schweizer Fiskus*, Neue Züricher Zeitung, 5.05.2015.
<https://www.pwc.pl/pl/pdf/mli-raport-pwc.pdf>.
- Jakubowska D., Małkiewicz M., Oktawiec A., *Konwencja Wielostronna wyzwaniem dla osób i spółek prowadzących działalność na rynkach zagranicznych*, Lipiec 2017.
- Jung M.R., *Tax treaties and tax avoidance*, Länderbericht Schweiz, Cahier de droit fiscal international 2010, 95a.
- Lang M., *Schweizer Grundsatzurteil zum Beneficial Owner nach DBA-Recht*, „Steuer und Wirtschaft International” 2012.
- Leszczyńska E., *Rynek kontraktów swap w Polsce*, Warszawa 2003.
- Matteotti R., *Die Verweigerung der Entlastung von der Verrechnungssteuer wegen Treaty Shoppings*, „Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht“ 2007.
- Meindl-Ringler A., *Beneficial Ownership in International Tax Law*, Series on International Taxation 58, Alphen aan den Rijn 2016.
- Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku*, wersja skrócona, przeł. K. Bany, Warszawa 2016.

- Morawski W., *Właściciel (beneficial owner) dywidendy*, „Przegląd Podatkowy” nr 10, 2010.
- Nordi M., Schudel J., *Finanzprodukte und Verrechnungssteuerrückerstattung-ausgewählte Aspekte*, IFF Forum für Steuerrecht 2016.
- Rodak B., *Ustalenie beneficial owner w praktyce*, [w:] *Opodatkowanie dochodów transgranicznych*, M. Jamróży (red.), Warszawa 2016.
- Wilk M., *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) po zmianach w Komentarzu do Konwencji Modelowej OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku z 2014 r.*, „Przegląd Podatkowy”, nr 9, 2015.
- Wilk M., *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, Warszawa 2015.
- Zdyb M., *Instytucja właściciela faktycznego (beneficial owner) w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania*, „Przegląd Podatkowy”, nr 6, 2009.

Abstract. The article discusses in detail the groundbreaking judgments of the Swiss Federal Court regarding the issue of determining the beneficial owner in transactions involving derivatives. It indicates the key grounds on which the Swiss Federal Court relied on by interpreting the concept of beneficial owner. In the context of these judgments of the Swiss Court, the decisions of the Polish tax authorities and administrative courts regarding the beneficial owner were also presented.

Keywords: Beneficial owner, derivative instruments, withholding tax (WHT)