

Jakub Jankowski* 

ZNACZENIE KONCEPCJI *LOOK THROUGH* APPROACH W PODATKU U ŹRÓDŁA

Streszczenie: W artykule omówiono problemy, jakie może wywołać stosowanie koncepcji LTA na gruncie podatku u źródła. Analizie poddano istotę tej koncepcji oraz poszczególne przesłanki jej stosowania. Podjęto również próbę wskazania najczęstszych błędów, które prowadzą do niewłaściwego rozumienia tej instytucji.

Słowa kluczowe: podatek u źródła, dywidenda, rzeczywisty właściciel, spółka pośrednicząca, umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania

THE CONCEPT OF LOOK THROUGH APPROACH IN WITHHOLDING TAX

Abstract: The article examines the problems that may arise from application of look through approach concept on the grounds of withholding tax regime. The analysis covered the essence of this concept as well as particular conditions of its application. An attempt was also made to determine the most frequent mistakes, that lead to inappropriate understanding of this institution.

Keywords: withholding tax, dividend, beneficial owner, conduit company, double tax treaties

* Doktor nauk prawnych, członek Rady ds. Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania, e-mail: j.jankowski@onet.eu, <https://orcid.org/0000-0003-0830-5346>



Received: 3.03.2025; Revised: 9.06.2025; Accepted: 24.06.2025.

© by the author, licensee University of Lodz – Lodz University Press, Lodz, Poland. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution license CC-BY-NC-ND 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>)

Funding information: Not applicable. **Conflicts of interests:** None. **Ethical considerations:** The Author assures of no violations of publication ethics and takes full responsibility for the content of the publication. **The percentage share of the author in the preparation of the work is:** 100%. **Declaration regarding the use of GAI tools:** not used.

1. WPROWADZENIE

W niniejszym artykule zostaje podjęta próba przedstawienia właściwego znaczenia instytucji *look through approach* (dalej: LTA) na gruncie podatku u źródła¹. W doktrynie prawa podatkowego oraz orzecznictwie sądów administracyjnych nie występuje aktualnie konsensus co do charakteru tej koncepcji oraz poszczególnych przesłanek jej stosowania. Powoduje to falsyfikację znaczenia tej instytucji w obszarze podatku u źródła (dalej: WHT).

2. KONSTRUKCJA PODATKU U ŹRÓDŁA A *LOOK THROUGH APPROACH*

Przepisy ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych² zobowiązują płatnika podatku u źródła do pobrania podatku w dniu wypłaty wybranych należności za granicę. W WHT występuje więc szczególny tryb rozliczenia, ponieważ podatnikiem jest podmiot zagraniczny, ale obowiązki związane z rozliczeniem tego podatku w Polsce spoczywają na polskim podmiocie, który wypłaca świadczenie będące przychodem zagranicznego podmiotu. To na płatniku ciąży obowiązek związany z prawidłowym naliczeniem i pobraniem WHT. Poprawne określenie zasad opodatkowania tym podatkiem, w tym możliwość stosowania stawek obniżonych albo zwolnień zawartych w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania (dalej: UPO) lub dyrektywach Rady: 2011/96/UE z dnia 30 listopada 2011 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich³ lub 2003/49/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych Państw Członkowskich⁴, wymaga ustalenia, czy i jaki podmiot jest rzeczywistym właścicielem należności (dalej: BO)⁵. Kwestia ta jest skomplikowana, gdy w łańcuchu płatności pojawia się kilka podmiotów, a rzeczywistym właścicielem należności jest niekoniecznie bezpośredni odbiorca. **Wówczas kluczowe znaczenie ma koncepcja LTA, ponieważ pozwala na zastosowanie preferencji podatkowych (obniżonych stawek**

¹ Poglądy zaprezentowane w niniejszej publikacji stanowią prywatną opinię autora.

² Tekst jedn. Dz.U. z 2025 r., poz. 278 – dalej: u.p.d.o.p.

³ Dz.U. UE L. z 2011 r. Nr 345, s. 8 ze zm. – dalej: dyrektywa PS.

⁴ Dz.U. UE L. z 2003 r. Nr 157, s. 49 ze zm. – dalej: dyrektywa IR.

⁵ Art. 26 ust. 1 u.p.d.o.p.

WHT lub zwolnień) w zakresie podatku u źródła w odniesieniu do rzeczywistego właściciela płatności – niezależnie od tego, czy jest on jej bezpośrednim odbiorcą. W przypadku braku możliwości zastosowania LTA zachodzi konieczność poboru WHT przez polskiego płatnika według stawki podstawowej w wysokości 19% lub 20%, w zależności od rodzaju płatności.

3. FALSYFIKACJA KONCEPCJI LTA W PRAKTYCE NIEKTÓRYCH ORGANÓW PODATKOWYCH ORAZ SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH

Błąd nr 1. Uzależnianie stosowania LTA od posiadania przez rzeczywistego właściciela statusu podatnika

Pierwszym istotnym błędem metodologicznym w zakresie prawidłowego rozumienia koncepcji *look through approach* jest uzależnianie możliwości jej zastosowania od posiadania przez rzeczywistego właściciela należności statusu podatnika na terytorium Polski. Innymi słowy, rzeczywisty właściciel powinien być równocześnie podmiotem osiągającym przychód na terytorium RP z tytułu tej wypłacanej należności. **Przypisanie rzeczywistemu właścicielowi atrybutu podatnika w przypadku pominięcia bezpośredniego odbiorcy należności jest niejako następczą konsekwencją zastosowania koncepcji LTA, jednakże nie powinno to oznaczać, iż warunkiem wyjściowym jest, aby rzeczywisty właściciel jeszcze przed jej zastosowaniem posiadał status podatnika.** O byciu podatnikiem decyduje fakt uzyskiwania przychodów z tytułu danej należności na terenie Polski, nie zaś posiadanie statusu rzeczywistego właściciela. Innymi słowy, bezpośredni odbiorca należności jest zawsze podatnikiem w stosunku do przychodu osiągniętego z tego tytułu na terytorium Polski, jednakże nie implikuje to automatycznie uzyskania statusu rzeczywistego właściciela. **Dla możliwości zastosowania zwolnienia z WHT (na podstawie dyrektyw unijnych albo UPO) status podatnika nie jest istotny, ponieważ w tym zakresie znaczenie ma wyłącznie status rzeczywistego właściciela.** W projekcie objaśnień z 2019 r. kwestia ta zdaje się jednak być rozumiana odmiennie. Z jednej strony podnosi się, iż „[...] z przewidzianych w UPO i prawie Unii Europejskiej (tzn. Dyrektywy PS i IR) mogą korzystać inwestorzy (udziałowcy) z kraju objętego tymi postanowieniami, jeżeli są oni podatnikami w stosunku do otrzymanej należności i spełniają inne warunki przewidziane dla tych uprawnień (np. w określonych sytuacjach

posiadają status rzeczywistego właściciela)⁶. Jak wynika z powyższego fragmentu, dla zastosowania LTA kluczowe znaczenie ma posiadanie nie statusu BO, lecz atrybutu podatnika. Jednocześnie w dalszej części podkreśla się, iż podmiot pośredniczący, którego jedyną funkcją w odniesieniu do płatności lub jej części jest jej przekazanie dalej, nie spełni kryterium bycia podatnikiem z uwagi na brak powstania po jego stronie przychodu (trwałego i definitywnego przysporzenia majątkowego)⁷. W świetle tej koncepcji warunkiem dla zastosowania danej UPO ma być ustalenie osoby podatnika, a więc tego, wobec kogo powstał obowiązek podatkowy, a dopiero potem – w kontekście ustaleń dotyczących jego rezydencji – zastosowanie właściwej umowy międzynarodowej w sprawie zapobiegania podwójnemu opodatkowaniu i sprawdzenie, czy UPO zawiera klauzulę rzeczywistego właściciela⁸. **W projekcie objaśnień z 2019 r. wskazano więc, że LTA jest dopuszczalne wobec podmiotów będących rzeczywistym właścicielem należności oraz podatnikiem w rozumieniu art. 3 ust. 2 u.p.d.o.p.** Z zakresu tego wykluczono podmiot pośredniczący, którego jedyną funkcją jest przekazywanie należności dalej, co ma uzasadniać niespełnienie przesłanki bycia podatnikiem (brak trwałego i definitywnego przysporzenia majątkowego). **Zabieg zastosowany w projekcie objaśnień z 2019 r. w tym fragmencie nie jest jednak spójny, ponieważ nie wskazuje, o jaki rodzaju podmiotu pośredniczącego chodzi w odniesieniu do rzeczywistego właściciela.** Należy zauważyć, że w świetle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) bazujących na Komentarzu OECD do Modelowej Konwencji (dalej: Komentarz do MK OECD) spod zakresu pojęcia rzeczywistego właściciela należy wykluczyć dwie kategorie podmiotów:

- 1) powiernika (przedstawiciela) wyznaczonego do działania w miejsce innego podmiotu, zwykle w bardzo ograniczonym zakresie, bądź posiadającego tytuł prawny do dochodu innego podmiotu, lub który otrzymuje i rozporządza środkami finansowymi dla kogoś innego;
- 2) każdy inny faktycznie pośredniczący podmiot, który, chociaż jest formalnie właścicielem dochodu, ma nad nim bardzo ograniczone władztwo⁹.

⁶ Projekt objaśnień podatkowych pt. *Zasady poboru podatku u źródła* z 19 czerwca 2019 r., s. 15, <https://www.gov.pl/web/finanse/konsultacje-podatkowe-w-sprawie-objasniendo-przepisow-w-zakresie-zasad-poboru-podatku-u-zrodla> (dostęp: 1.03.2025) – dalej: projekt objaśnień z 2019 r.

⁷ *Ibidem*, s. 17.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Wyrok NSA z dnia 26 lipca 2022 r., sygn. II FSK 1230/21.

W pojęciu rzeczywistego właściciela nie mieszczą się nie tylko formalni agenci (przedstawiciele), ale także podmioty, które wprawdzie faktycznie korzystają z dochodu, ale mają nad nim bardzo ograniczone władztwo. W projekcie objaśnień z 2019 r. odwołano się do pojęcia podmiotu pośredniczącego, co mogłoby sugerować, że chodzi o podmiot z pkt 2, jednakże brak definitywnego przysporzenia majątkowego zdaje się sugerować powiernika (przedstawiciela) z pkt 1. **Z jednej strony dopuszcza się LTA w stosunku do rzeczywistego właściciela, jednakże jednocześnie sugeruje się, iż ustalenie osoby podatnika jest elementem tej koncepcji. Powołane w projekcie objaśnień z 2019 r. wyroki NSA, mające uzasadniać taką wykładnię, odnoszą się tylko pośrednio do tego problemu¹⁰. W wyrokach tych NSA podkreślił, że podmiot pełniący funkcję pool leade-ra w systemie cash pooling nie może skorzystać z postanowień UPO w zakresie otrzymywanych odsetek, ponieważ nie mógł być uznany za podatnika w rozumieniu art. 3 ust. 2 u.p.d.o.p. Naczelny Sąd Administracyjny nie odnosił się przy tym zupełnie do kwestii *look through approach* w stosunku do rzeczywistego właściciela. Należy przyjąć, że powiernik (przedstawiciel) nie spełnia również przesłanki bycia podatnikiem i w tym zakresie nie jest możliwe zastosowanie odpowiedniej UPO, a co za tym idzie – jedynie w odniesieniu do spółek pośredniczących z pkt 2, które posiadają ograniczone władztwo nad należnością, ale uwzględniają ją w swoich przychodach podatkowych, można rozważać stosowanie koncepcji LTA.**

Należy przyjąć, iż koncepcja podatnika nie zastępuje instytucji rzeczywistego właściciela. Przyjęcie odmiennej wykładni skutkuje *de facto* niemożliwością zastosowania koncepcji LTA w stosunku do osoby podatnika, ponieważ podmiot taki nie jest w ogóle oceniany pod kątem posiadania władztwa ekonomicznego nad posiadaną należnością¹¹. Brak czytelnej kore-

¹⁰ Wyroki NSA: z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. II FSK 3107/14; z dnia 20 października 2017 r., sygn. II FSK 2594/15; z dnia 29 czerwca 2018 r., sygn. II FSK 1674/16.

¹¹ Tezę taką zdaje się sugerować Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 28 listopada 2024 r. (sygn. I SA/Gl 712/24, orzeczenie nieprawomocne). Uznał on, iż „[w] niniejszej sprawie, jak już wyżej wskazano, bezpośrednia wypłata dywidendy odbywała się i będzie się odbywać na rzecz spółki węgierskiej, a nie skarżącego. Podmiot zagraniczny uzyskał zatem na terenie Rzeczypospolitej Polskiej dochód, a to w świetle art. 3 ust. 2 upod. oznacza, że stał się podatnikiem od uzyskanego dochodu. O tym, czy węgierska spółka jest podatnikiem, decyduje fakt uzyskiwania przez nią przychodów z tytułu dywidendy, nie zaś posiadanie statusu tzw. beneficial owner wobec tej należności. Podatnikiem jest ten podmiot, który uzyskuje przychód z tego tytułu, nie

lacji pomiędzy instytucją podatnika i rzeczywistego właściciela może skutkować przyjęciem wykładni pozbawiającej możliwości zastosowania zwolnienia dyrektywowego bądź obniżonej stawki z UPO (zob. przykład 1)¹².

Przykład 1

Polska spółka Alfa Sp. z o.o. wypłaca dywidendę do belgijskiej spółki matki Beta, posiadającej 100% udziałów. Spółka Beta, odgrywająca rolę spółki pośredniczącej, przekazuje następnie dywidendę do amerykańskiej spółki Certus (rzeczywistego właściciela dywidendy), która jest jedynym udziałowcem spółki belgijskiej. W stosunku do spółki Beta nie można zastosować zwolnienia z dyrektywy PS, ponieważ nie posiada statusu rzeczywistego właściciela. Umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania z USA nie znajduje natomiast zastosowania ze względu na fakt, iż spółka Certus nie jest podatnikiem w stosunku do dywidendy wypłacanej z Alfa Sp. z o.o. Spółka Alfa musi pobierać 19% WHT przy wypłacie dywidendy do Belgii¹³.

Instytucja podatnika służy ustaleniu podmiotu osiągającego przychód na terytorium RP. W odniesieniu do takiego podmiotu możliwe jest zastosowanie zwolnienia z dyrektywy czy też właściwej UPO, pod warunkiem posiadania statusu rzeczywistego właściciela. **Jeżeli jednak podmiot taki nie posiada statusu BO, wówczas należy zastosować LTA poprzez pominięcie tego podatnika (spółka Beta) i zastosowanie UPO lub zwolnienia dyrektywowego w odniesieniu do kolejnego podmiotu w łańcuchu.** Innymi słowy, LTA powinna być stosowana dopiero wówczas, gdy podatnik (podmiot osiągający przychód na terytorium RP), będący pierwszym w łańcuchu odbiorcą należności, nie jest jednocześnie jej rzeczywistym właścicielem. Rzeczywistym właścicielem należności nie jest podmiot, **który, pomimo spełnienia formalnych kryteriów uznania go za podatnika,** nie prowadzi faktycznie działalności gospodarczej lub też jego aktywność jest marginalna w stosunku do uczestnictwa w przedsięwzięciu mającym na celu unikanie opodatkowania¹⁴. Naczelny Sąd Administracyjny

zawsze będąc rzeczywistym beneficjentem należności. W konsekwencji słuszne jest stanowisko organu co do tego, że zwolnienie z art. 17 ust. 1 pkt 58 updop, rozpatrywać należy w odniesieniu do spółki węgierskiej, a nie skarżącego funduszu”.

¹² K. Knawa, *Podatek u źródła – czyli o poprawieniu niektórych błędów oraz o tych, które nadal wymagają dopracowania*, „Przegląd Podatkowy” 2023, nr 5, s. 18.

¹³ Interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Administracji Skarbowej z dnia 9 sierpnia 2024 r., nr 0111-KDIB2-1.4010.301.2024.1.B.

¹⁴ Wyrok NSA z dnia 26 lipca 2022 r., sygn. II FSK 1230/21.

rozdziela zatem kwestię rzeczywistego właściciela i statusu podatnika. Należy przy tym zauważyć, że pogląd ten jest ugruntowany od co najmniej dekady w orzecznictwie sądów administracyjnych. Przykładowo, NSA w wyroku z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. II FSK 2873/11, wskazuje: „**Sam bowiem fakt bycia rezydentem określonego państwa i otrzymania płatności nie jest wystarczającym warunkiem do skorzystania z postanowień umów o unikaniu podwójnego opodatkowania w sytuacji, gdy prawo do dysponowania dochodem ma ograniczony charakter.** Oznacza to, że postanowienia umów o unikaniu podwójnego opodatkowania mają zastosowanie do podmiotów będących faktycznymi odbiorcami odsetek”¹⁵. Z perspektywy możliwości zastosowania koncepcji LTA nie chodzi więc o to, aby „odbiorca należności” był odbiorcą bezpośrednim, ale o to, by jako rzeczywisty właściciel (a nie pośrednik) był „osobą uprawnioną” do należności na gruncie danej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. **W przypadku pominięcia bezpośredniego odbiorcy należności w związku ze stosowaniem LTA i przypisania przychodu z tytułu tej należności do rzeczywistego właściciela ten ostatni powinien być uznany za podatnika**¹⁶. Zastosowanie LTA wymaga, aby w przypadku pominięcia bezpośredniego odbiorcy należności rzeczywisty właściciel otrzymał faktycznie płatność od tego odbiorcy oraz uwzględnił przychód z tego tytułu w swoim wyniku podatkowym¹⁷.

Koncepcja *look through approach* powinna być rozpatrywana w kontekście dwóch zasadniczych celów umów o unikaniu podwójnego opodatkowania¹⁸. Klauzula rzeczywistego właściciela pozwala na zapobieganie unikaniu opodatkowania poprzez wyłączenie z korzyści traktatowych przewidzianych w UPO podmiotów podstawionych, odgrywających rolę tzw. spółek pośredniczących. W połączeniu zaś koncepcji LTA z instytucją rzeczywistego właściciela realizowany jest drugi cel UPO, jakim jest eliminowanie międzynarodowego podwójnego opodatkowania dochodu. Dzięki LTA zastosowanie znajduje bowiem wówczas UPO z państwem rzeczywistego właściciela, a nie podmiotu pośredniczącego, i na tej podstawie możliwe jest zastosowanie obniżonej lub zerowej stawki WHT. **W uproszczeniu**

¹⁵ Podobnie NSA w wyroku z dnia 11 marca 2015 r., sygn. II FSK 215/13.

¹⁶ Wyrok NSA z dnia 11 czerwca 2024 r., sygn. II FSK 1161/21.

¹⁷ E. Kemmern, *Preface to arts 10 to 12*, [w:] *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (Fourth Edition)*, red. E. Reimer, A. Rust, Alphen aan den Rijn 2015, s. 722.

¹⁸ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 29 października 2024 r., sygn. I SA/Po 472/24, orzeczenie nieprawomocne.

można uznać, że łączne zastosowanie koncepcji BO i LTA skutkuje pełną transparentnością podmiotu bezpośrednio otrzymującego płatność, tj. nie jest on uznany za spełniający wymagania niezbędne do otrzymania statusu podmiotu uprawnionego na gruncie danej UPO¹⁹. Podmiot, który otrzymuje należność i nie jest uznawany za rzeczywistego właściciela, nie skorzysta więc z preferencji podatkowej w WHT wynikającej z UPO. Konsekwencje podatkowe wypłaty należności powinny zostać określone w odniesieniu do ich rzeczywistego właściciela²⁰. Dochodzi więc do pominięcia istnienia jakiegoś podmiotu prawnego i przypisania zysków osiągniętych przez ten podmiot innemu podmiotowi, który „stoi za nim”²¹. **Tak więc *look through approach* w tej konfiguracji (w połączeniu z BO) to instrument służący właściwemu stosowaniu UPO**²². Płatnik powinien stosować przepisy odpowiedniej UPO z państwem, którego rezydentem jest rzeczywisty właściciel należności (a więc pomijając pośrednika przy kwalifikacji danej płatności do celów podatkowych)²³. O „nierozzerwalności” koncepcji LTA i BO świadczy również wprowadzenie *look through approach* w projekcie objaśnień z 2019 r. jako mechanizmu „łagodzącego” nowe wymagania co do określania rzeczywistego właściciela danej należności, obowiązujące od 1 stycznia 2019 r.²⁴

Klauzula rzeczywistego właściciela została dodana do MK OECD w 1977 r. i zgodnie z nią preferencja wynikająca z danej UPO była należna, tylko jeżeli rezydent umawiającego się państwa – będący odbiorcą należności – był zarazem jej rzeczywistym właścicielem: „if the recipient is the beneficial owner of the dividends (interest)”. W 1995 r. w art. 10 ust. 2 i art. 11 ust. 2 MK OECD (w 1997 roku w art. 12 ust. 1) związek

¹⁹ O. Witnicki, *Spółki holdingowe jako rzeczywisty właściciel oraz pośrednik dywidendy*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2024, nr 12, s. 94.

²⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 3 stycznia 2025 r., sygn. III SA/Wa 2385/24, orzeczenie nieprawomocne.

²¹ B. Brzeziński, K. Lasiński-Sulecki, W. Morawski, *Look-through approach w kontekście klauzuli beneficial owner mającej zastosowanie przy opodatkowaniu dywidend – źródła transformacji niebezpiecznej koncepcji antyabuzywnej w instrument ochrony interesów podatnika i płatnika*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2022, nr 4, s. 31.

²² I. Krzemińska, W. Majkowski, *Zastosowanie tzw. look-through approach przez polskiego płatnika podatku u źródła (WHT)*, „Przegląd Podatkowy” 2021, nr 2, s. 32.

²³ I. Krzemińska, *Zastosowanie tzw. koncepcji look through w płatnościach transgranicznych*, „Kazus Podatkowy” 2020, styczeń, s. 34.

²⁴ M. Boniecka, *„Look through approach” w kontekście nowego mechanizmu poboru podatku u źródła*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 3, s. 22.

pomiędzy „odbiorcą należności” i „rzeczywistym właścicielem” został rozerwany i odtąd przepisy te przewidują, że preferencje wynikające z UPO stosuje się, jeżeli BO jest rezydentem drugiego państwa („if the beneficial owner of the dividends/interest is a resident of the other Contracting State”). Zmiana ta potwierdza, iż aby skorzystać z preferencji wynikających z UPO, rzeczywisty właściciel nie musi być równocześnie (bezpośrednim) odbiorcą należności wypłacanej przez płatnika²⁵. Interpretacja ta została następnie potwierdzona w Komentarzu OECD z 2014 r. i poprzedzających go pracach przygotowawczych z 2012 r. poprzez usunięcie słowa „such” w art. 10 ust. 2 i art. 11 ust. 2 MK OECD, które błędnie mogłoby prowadzić do wniosku, że dywidendy (odsetki) muszą być wypłacane bezpośrednio na rzecz rezydenta umawiającego się państwa, co byłoby problematyczne w przypadku, gdy bezpośredni odbiorca i BO byłiby rezydentami dwóch różnych państw²⁶. Tak więc, gdy spółka pośrednicząca oraz BO są rezydentami dwóch innych jurysdykcji niż państwo źródła, LTA powinno być nadal możliwe do zastosowania²⁷. W 2014 r. została dokonana w Komentarzu do MK OECD zmiana mająca potwierdzić również tę okoliczność²⁸.

Co więcej, z Komentarza do art. 10 ust. 2, art. 11 ust. 2 i art. 12 ust. 1 MK OECD znowelizowanych w latach 2003 i 2005 wprost wynika, że preferencje odnoszące się do podatku należnego państwu źródła pozostają dostępne, jeżeli między BO a płatnikiem działa pośrednik, taki jak agent lub przedstawiciel mający siedzibę w umawiającym się państwie lub w państwie trzecim, ale BO dywidend (odsetek, należności licencyjnych) jest rezydentem państwa-strony danej UPO²⁹.

²⁵ B. Malek, *Beneficial Ownership and Income Receipt under Double Taxation Conventions: Considerations following the Planet Case*, „ASA” 2022–2023, vol. 91, no. 4, s. 175.

²⁶ G. Pati, *Articles 10 and 11 of the OECD Model and the Commentaries on the OECD Model (2017): When Clarifications Raise Further Doubts*, „Bulletin for International Taxation” 2021, January, s. 34.

²⁷ E. Kemmern, *Preface to arts 10 to 12...*, s. 713.

²⁸ W. Haslehner, *Dividends. Art. 10*, [w:] Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (Fourth Edition), red. E. Reimer, A. Rust, Alphen aan den Rijn 2015, s. 783

²⁹ „Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an **intermediary**, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, **is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State**” – pkt 12.7 komentarza do art. 10 MK OECD 2017.

Błąd nr 2. LTA jako mechanizm zwalniający płatnika z obowiązku poboru WHT

Drugim istotnym błędem metodologicznym w zakresie prawidłowego rozumienia koncepcji LTA jest traktowanie tej instytucji jako mechanizmu zwalniającego polskiego płatnika z obowiązku poboru WHT w przypadku, gdy bezpośredni odbiorca należności nie jest jej rzeczywistym właścicielem. **Należy podkreślić, że brak statusu rzeczywistego właściciela przez podmiot otrzymujący należność bezpośrednio nie oznacza, iż po stronie tego podmiotu nie powstaje przychód i nie ma podstaw do zastosowania art. 21 ust. 1 albo art. 22 ust. 1 u.p.d.o.p. przewidującego stawkę podstawową WHT w wysokości 19% lub 20%**³⁰. Oznacza to tylko tyle, że w odniesieniu do podmiotu niebędącego rzeczywistym właścicielem należności nie jest możliwe zastosowanie zwolnienia dyrektywowego na mocy przepisów krajowych (art. 21 ust. 3 albo art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p.) albo zwolnienia z umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania³¹.

W niektórych wyrokach można spotkać się z poglądem, iż LTA jest koncepcją niemającą umocowania prawnego w treści aktualnie obowiązujących przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych³². **Należy jednak zauważyć, iż osią sporu pomiędzy podatnikiem a organem podatkowym jest *de facto* to, czy płatnik WHT jest zwolniony z obowiązku poboru podatku u źródła, jeżeli bezpośredni odbiorca nie jest rzeczywistym właścicielem, a jednocześnie nie zostało ustalone, który z podmiotów w łańcuchu płatności pełni tę funkcję.** W świetle argumentów podnoszonych przez podatników obowiązek ustalenia rzeczywistego właściciela płatności przechodzi na organ podatkowy, który jest zobowiązany do zastosowania LTA. **Naczelny Sąd Administracyjny, odnosząc się do takiej argumentacji, nie wskazywał na „brak umocowania prawnego” LTA w kontekście braku możliwości zastosowania tej koncepcji, lecz wyłącznie w kontekście braku podstaw do uznania zarzutu płatnika o niezastosowaniu tej koncepcji przez organ podatkowy.** Sądy krajowe powtarzają w tym zakresie kluczowe tezy z wyroków Trybunału

³⁰ Tak też NSA w wyroku z dnia 16 listopada 2022 r., sygn. II FSK 598/20.

³¹ *Ibidem*.

³² Tak np. NSA w wyroku z dnia 18 kwietnia 2023 r. (sygn. II FSK 400/21) uchylającym wyrok WSA w Poznaniu (sygn. I SA/Po 324/20) ze względów niezwiązanych z LTA (brak spójności językowej polskiej i szwedzkiej UPO). W zakresie LTA NSA podtrzymał stanowisko WSA.

Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w tzw. sprawach duńskich³³, iż do organu podatkowego „nie należy identyfikacja właściciela tych odsetek, lecz wykazanie, że rzekomy właściciel odsetek jest jedynie spółką pośredniczącą, za pomocą której dokonano nadużycia prawa”³⁴.

Błąd nr 3. Warunek bezpośredniego posiadania udziałów (akcji) wyłącza możliwość stosowania LTA do podmiotu innego niż bezpośredni udziałowiec (akcjonariusz)

Przepisy dyrektyw unijnych PS oraz IR oraz niektóre umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarte przez Polskę zawierają warunek w postaci bezpośredniego posiadania udziałów (akcji) w kapitale spółki wypłacającej należność jako przesłankę zastosowania obniżonej stawki WHT lub zwolnienia z WHT.

W przypadku dyrektywy PS warunek ten został wskazany na gruncie ustawodawstwa krajowego w ramach art. 22 ust. 4 pkt 3 u.p.d.o.p. Przepis ten wskazuje na warunek bezpośredniego posiadania udziałów w wysokości co najmniej 10% w kapitale spółki wypłacającej dywidendę przez zagranicznego odbiorcę dywidendy. **Powstaje wówczas pytanie, czy możliwe jest w ogóle zastosowanie koncepcji LTA w odniesieniu do zwolnienia dywidendowego z art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p. ze względu na warunek bezpośredniego posiadania udziałów**³⁵. Analizując tę kwestię w oderwaniu od tego, czy art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p. zawiera warunek posiadania statusu rzeczywistego właściciela przez odbiorcę dywidendy, można dojść do wniosku, iż literalne brzmienie art. 22 ust. 4 pkt 3 u.p.d.o.p. wyklucza taką możliwość. Kwestia ta nie jest jednak jednoznaczna, ponieważ dyrektywa PS nie posługuje się wymogiem bezpośredniego posiadania udziałów, lecz zwrotem „a minimum holding of 10% in the capital of a company”³⁶. **Trudno jednak uznać, iż sformułowanie „udział w kapitale” należy rozumieć jako**

³³ Wyrok TSUE z dnia 26 lutego 2019 r. w połączonych sprawach C115/16, C118/16, C119/16 i C299/16.

³⁴ Zob. wyrok NSA z dnia 26 lipca 2022 r., sygn. II FSK 1230/21.

³⁵ Do celów niniejszej publikacji przyjęto, iż warunek rzeczywistego właściciela w odniesieniu do wypłacanej dywidendy obowiązuje pomimo braku takiego wymogu w redakcji art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p. (zob. wyroki NSA: z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. II FSK 1588/20, z dnia 13 czerwca 2024 r., sygn. II FSK 1209/21, opowiadające się za istnieniem takiego warunku w kontrze do wyroków NSA z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. II FSK 1277/22 oraz z dnia 9 października 2024 r., sygn. II FSK 78/22, prezentujących odmienny pogląd).

³⁶ Art. 3 ust. 1 lit. a pkt i dyrektywy PS.

bezpośredni stosunek prawny między spółką dominującą a spółką zależną z perspektywy możliwości zastosowania LTA i interpretować je zawężająco³⁷. Artykuł 22 ust. 4 u.p.d.o.p. w żadnym miejscu nie wymaga, aby to spółka uzyskująca dochody (przychody) z dywidend jako rzeczywisty właściciel posiadała bezpośrednio nie mniej niż 10% udziałów (akcji) w kapitale spółki wypłacającej³⁸. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku w sprawach połączonych C-116/16 i C-117/16³⁹ w sposób generalny dopuścił możliwość stosowania LTA na gruncie dyrektywy PS. W pkt 111 niniejszego wyroku TSUE jednoznacznie wskazuje, że w przypadku, gdy rzeczywisty właściciel dywidendy ma rezydencję podatkową poza terytorium Unii Europejskiej, wówczas brak możliwości zastosowania zwolnienia z WHT przewidzianego w art. 5 dyrektywy PS jest automatyczny i nie ma związku ze stwierdzeniem oszustwa lub nadużycia prawa⁴⁰. **Trybunał wskazuje więc, iż zwolnienie z WHT na podstawie dyrektywy PS jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy rzeczywisty właściciel dywidendy ma siedzibę do celów podatkowych na terytorium Unii Europejskiej. Z wyroku TSUE nie wynika przy tym, że rzeczywistym właścicielem dywidendy musi być jej bezpośredni odbiorca, aby możliwe było zastosowanie zwolnienia z WHT.** W pkt 113 TSUE wyjaśnia, iż dla realizacji celów dyrektywy PS wystarczające jest, aby rzeczywistym właścicielem dywidendy była którakolwiek ze spółek w łańcuchu płatności, objęta zakresem podmiotowym tejże dyrektywy⁴¹. Taka koncepcja wykładni ma też swoje

³⁷ Niektóre sądy prezentują jednak wykładnię zawężającą, np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 września 2024 r., sygn. III SA/Wa 1525/24, orzeczenie nieprawomocne czy wyrok WSA w Lublinie z dnia 30 października 2024 r., sygn. I SA/Lu 332/24, orzeczenie nieprawomocne.

³⁸ Wyroki WSA w Warszawie: z dnia 14 września 2023 r., sygn. III SA/Wa 1513/23 i III SA/Wa 1514/23; z dnia 17 października 2023 r., III SA/Wa 1586/23, orzeczenia nieprawomocne.

³⁹ Wyrok TSUE z dnia 26 lutego 2019 r., w połączonych sprawach C-116/16 i C-117/16.

⁴⁰ Punkt 111: „Co więcej, gdy właściciel uiszczonych dywidend ma siedzibę do celów podatkowych w państwie trzecim, odmowa zwolnienia przewidzianego w art. 5 dyrektywy 90/435 w żaden sposób nie jest wynikiem stwierdzenia oszustwa lub nadużycia prawa”.

⁴¹ Punkt 113: „Mechanizmy dyrektywy 90/435, a w szczególności jej art. 5, zostały wobec tego wprowadzone z myślą o sytuacjach, w których – bez ich zastosowania – wykonanie przez państwa członkowskie ich władztwa podatkowego mogłoby prowadzić do tego, że zyski wypłacane przez spółkę zależną na rzecz jej spółki dominującej byłyby podwójnie opodatkowane (wyrok z dnia 8 marca 2017 r., Wereldhave Belgium i in., C448/15,

umocowanie w pkt 3 i 11 preambuły dyrektywy PS, który wprost stanowi, że w przypadku łańcucha podmiotów stosowanie zwolnienia podatkowego z WHT na poziomie spółki zależnej wypłacającej dywidendę oraz zwolnienia z podatku dywidendy na poziomie spółki dominującej **ma zapewnić brak opodatkowania dywidend w łańcuchu płatności**. Celem dyrektywy PS jest zatem zwolnienie dywidend przekazywanych w łańcuchu płatności aż do poziomu spółki dominującej. Tak samo stosowanie zwolnienia na zasadzie koncepcji LTA zapewnia nieopodatkowanie dywidendy przekazywanej jej rzeczywistemu właścicielowi (spółce dominującej z UE) przez łańcuch spółek zależnych (pośredników) i tym samym służy realizacji celu tej dyrektywy⁴². Ostatecznie możliwość zastosowania LTA na gruncie zwolnienia dywidendowego z art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p. potwierdził NSA, powołując się właśnie na argumentację TSUE⁴³. **Uwzględniając zatem argumentację TSUE opartą na celach dyrektywy PS, należy uznać, iż warunek bezpośredniego posiadania udziałów jest spełniony, gdy wszystkie podmioty w łańcuchu płatności kaskadowo spełniają ten warunek w kolejnej spółce w łańcuchu. Wówczas każda kolejna spółka otrzymująca dywidendę powinna spełniać warunek bezpośredniego posiadania udziałów względem kolejnej spółki wypłacającej, a nie względem pierwszej spółki wypłacającej.** Stosowanie koncepcji LTA na gruncie dyrektywy PS jest więc dopuszczalne, jednakże nie może pozostawać w sprzeczności z celami tej dyrektywy wskazanymi przez TSUE. Brak sprzeczności zachodzi w jednej z następujących sytuacji:

EU:C:2017:180, pkt 39). Mechanizmy takie nie mogą natomiast mieć zastosowania, jeżeli właścicielem dywidend jest spółka mająca siedzibę do celów podatkowych poza Unią, ponieważ w takim wypadku zwolnienie z podatku u źródła z tytułu rzeczonych dywidend w państwie członkowskim, z którego je wypłacono, mogłoby prowadzić do tego, że dywidendy te nie byłyby skutecznie opodatkowane w Unii”.

⁴² „Celem niniejszej dyrektywy jest zwolnienie dywidend i innych zysków podzielných wypłacanych przez spółki zależne ich spółkom dominującym z podatku potrącanego u źródła dochodu oraz wyeliminowanie podwójnego opodatkowania takiego dochodu na poziomie spółki dominującej. [...] Jeżeli grupy przedsiębiorstw są zorganizowane w formie łańcucha spółek i zyski są wypłacane poprzez taki łańcuch spółek zależnych na rzecz spółki dominującej, podwójne opodatkowanie powinno zostać wyeliminowane poprzez zwolnienie albo poprzez kredyt podatkowy. W przypadku kredytu podatkowego spółka dominująca powinna móc potrącić wszelkie podatki zapłacone przez którąkolwiek ze spółek zależnych zorganizowanych w łańcuchu, pod warunkiem, że spełnione są wymogi określone w niniejszej dyrektywie” – pkt 3 i 11 Preambuły do dyrektywy PS.

⁴³ Wyrok NSA z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. II FSK 1588/20.

- 1) gdy rzeczywistym właścicielem dywidendy jest podmiot z UE lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG), lub
- 2) gdy dywidenda jest co najmniej jednokrotnie opodatkowana na terytorium UE lub EOG⁴⁴.

Przepisy art. 21 ust. 3 u.p.d.o.p. wprowadzające możliwość zwolnienia z WHT transgranicznych wypłaty odsetek i należności licencyjnych dokonywanych pomiędzy podmiotami powiązanymi w ramach UE (EOG) zawierają warunek bezpośredniego posiadania udziałów przez rzeczywistego właściciela. Różnica w stosunku do art. 22 ust. 4 pkt 3 u.p.d.o.p. polega jednak na tym, iż w przypadku odsetek i należności licencyjnych bezpośredni odbiorca należności powinien być również jej rzeczywistym właścicielem (art. 21 ust. 3 pkt 4 lit. a u.p.d.o.p). **Przepisy dyrektywy IR w przeciwieństwie do dyrektywy PS wprost przewidują wymóg posiadania statusu rzeczywistego właściciela przez odbiorcę należności⁴⁵, jednakże nie wiążą go z przesłanką bezpośredniego posiadania udziałów⁴⁶.** Należy również zauważyć, iż ustawodawca, implementując dyrektywę IR, w przypadku płatności pomiędzy spółkami siostrami rozdziela kwestie bezpośredniości posiadania udziałów i rzeczywistego właściciela⁴⁷. Należy również wskazać, iż TSUE na gruncie dyrektywy IR wskazał, iż „sama okoliczność, że spółka, która otrzymuje odsetki w państwie członkowskim, nie jest ich »właścicielem«, nie musi oznaczać, że przewidziane w art. 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49 zwolnienie nie ma zastosowania. Wydają się bowiem możliwe przypadki, w których **takie odsetki są zwolnione na tej podstawie w państwie źródła, jeżeli spółka je otrzymująca przekazuje je właścicielowi mającemu siedzibę w Unii i spełniającemu także wszystkie przesłanki ustanowione w dyrektywie 2003/49 dla skorzystania z takiego zwolnienia**”⁴⁸. Trybunał dopuszcza zatem możliwość zastosowania zwolnienia dyrektywowego IR w stosunku do innego podmiotu niż bezpośredni odbiorca, pod warunkiem pełnienia funkcji rzeczywistego właściciela⁴⁹. **Warunek bezpośredniego**

⁴⁴ Podobnie WSA w Warszawie w wyroku z dnia 12 września 2024 r., sygn. III SA/Wa 1527/24, orzeczenie nieprawomocne.

⁴⁵ Art. 1 ust. 1 dyrektywy IR.

⁴⁶ Zob. art. 3 lit. b dyrektywy IR.

⁴⁷ Art. 21 ust. 3a u.p.d.o.p.

⁴⁸ Wyrok TSUE z dnia 26 lutego 2019 r. w połączonych sprawach C115/16, C118/16, C119/16 i C299/16, pkt 94.

⁴⁹ J. Calderón, J.S. Ribeiro, *The complex situation of intermediary holding companies in the EU after the CJEU landmark decisions on the „Danish cases”*, „UNIO – EU Law Journal” 2020, vol. 6, no. 1, s. 71.

posiadania udziałów jest spełniony, gdy wszystkie podmioty w łańcuchu płatności kaskadowo spełniają warunek bezpośredniego posiadania udziałów w kolejnej spółce w łańcuchu.

Błąd nr 4. Brak rozpoznania kryterium efektywnego opodatkowania jako warunku zastosowania LTA na gruncie dyrektywy IR

W przypadku łańcucha płatności dywidendowej na podstawie dyrektywy PS transfer dywidendy pomiędzy kolejnymi podmiotami powinien być neutralny podatkowo. W tym ostatnim przypadku eliminowanie wielokrotnego opodatkowania dywidendy polega na tym, aby poziom opodatkowania dywidendy przekazywanej w łańcuchu spółek zależnych na rzecz spółki dominującej – niezależnie od liczby takich spółek uczestniczących w przekazywaniu podzielonego zysku – był na analogicznym poziomie jak przy ciężarze opodatkowania zysków podzielonych spółki, przekazywanych następnie ich odbiorcy (wspólnikowi) niebędącemu spółką w rozumieniu dyrektywy PS⁵⁰. Cel ten jest osiągany poprzez stosowanie zwolnienia z WHT w państwie spółki zależnej wypłacanej dywidendy oraz zwolnienia z opodatkowania podatkiem dochodowym otrzymywania dywidendy w państwie siedziby spółki dominującej. **Dyrektywa IR przewiduje zaś wyłącznie zwolnienie z WHT należności w państwie siedziby spółki wypłacającej, z jednoczesnym zachowaniem jednokrotnego opodatkowania w państwie siedziby spółki otrzymującej należność.** W tym przypadku zastosowanie do łańcucha płatności odsetek/należności licencyjnych pomiędzy spółkami z różnych krajów członkowskich nie powinno skutkować konsekwencjami podatkowymi sprzecznymi z celami dyrektywy IR, tj. tym, czy w każdym państwie członkowskim spełniony jest warunek efektywnego opodatkowania⁵¹. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na zasadniczą odmienność celów dyrektyw IR oraz PS, dlatego też koncepcję *look through approach* należy rozpatrywać odrębnie w stosunku do poszczególnych reżimów będących podstawą zastosowania zwolnienia lub obniżonej stawki WHT, tj. dyrektywy PS, dyrektywy IR oraz UPO.

⁵⁰ Szerzej na ten temat w J. Jankowski, P. Luzak, *Efektywne opodatkowanie odbiorcy dywidend na gruncie art. 22 ust. 4 pkt 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych jako warunek stosowania zwolnienia z podatku u źródła*, „Przegląd Podatkowy” 2025, nr 2, s. 36.

⁵¹ Na temat rozumienia kryterium efektywnego opodatkowania w odniesieniu do odsetek i należności licencyjnych zob. interpretacja ogólna Ministra Finansów z dnia 20 listopada 2024 r., nr DD9.8202.2.2024.

Błąd nr 5. Niezrozumienie warunku tożsamości płatności jako centralnej przesłanki stosowania LTA w przypadku zwolnień z WHT na podstawie dyrektyw PS i IR

W przypadku zwolnień dyrektywowych (art. 21 ust. 3 albo art. 22 ust. 4 u.p.d.o.p.) płatność nie powinna zmieniać swojego charakteru co do rodzaju w ramach łańcucha płatności aż do jej otrzymania przez rzeczywistego właściciela⁵². W przeciwnym wypadku mogłoby dochodzić do sytuacji, w której w ramach neutralnego podatkowego transferu płatności pomiędzy spółkami powstałaby nieuzasadniona korzyść podatkowa sprzeczna z celami poszczególnych dyrektyw (zob. przykład 2).

Przykład 2

Alfa Sp. z o.o. dokonuje wypłaty dywidendy na rzecz jedyne go udziałowca – spółki Beta z państwa B (państwa członkowskiego UE). Następnie spółka Beta dokonuje przekwalifikowania płatności na odsetki i wypłaca je na rzecz swojej spółki matki, posiadającej 100% udziałów, z państwa C (spółki Celta z państwa członkowskiego UE). Spółka Celta wypłaca natomiast otrzymane odsetki pod postacią dywidendy do spółki Deren z państwa członkowskiego D (jedynego udziałowca spółki Celta). Spółka Deren jest rzeczywistym właścicielem otrzymywanej dywidendy. Alfa, Beta, Celta i Deren spełniają definicję spółki w rozumieniu przepisów dyrektyw IR i PS.

Przyjmując, iż spółka Alfa nie pobiera w stosunku do wypłacanej dywidendy WHT na podstawie koncepcji LTA, ponieważ identyfikuje spółkę Deren jako rzeczywistego właściciela, to w ramach łańcucha płatności pomiędzy spółką Alfa a spółką Deren nie tylko mamy do czynienia z neutralnym podatkowo transferem dywidendy w ramach UE do poziomu rzeczywistego właściciela (spółka Deren), **lecz powstaje dodatkowo również korzyść w postaci pomniejszenia dochodu podatkowego spółki Beta poprzez zaliczenie do kosztów podatkowych wypłacanych odsetek. Jednakże korzyść w żaden sposób nie jest niwelowana przez pobierany WHT w Polsce czy też opodatkowanie otrzymanych odsetek na poziomie spółki Celta z państwa C.** Sytuację dobitnie prezentuje poziom opodatkowania

⁵² Podobnie duński Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 września 2024 r., nr UfR 2024.5235 H.

płatności w ramach kolejnych etapów jej przekazywania z Alfa Sp. z o.o. aż do poziomu BO:

- 1) wypłata dywidendy z Polski do Beta jest zwolniona z WHT w Polsce na podstawie art. 5 dyrektywy PS;
- 2) otrzymanie dywidendy przez spółkę Beta w państwie B jest zwolnione z podatku dochodowego na podstawie art. 4 dyrektywy PS;
- 3) wypłata odsetek przez spółkę Beta do spółki matki z państwa C jest zwolniona z WHT w państwie B na podstawie art. 1 ust. 1 dyrektywy IR;
- 4) otrzymanie odsetek przez spółkę Celta nie jest opodatkowane ze względu na lokalne ustawodawstwo podatkowe;
- 5) wypłata dywidendy ze spółki Celta do spółki Deren jest zwolniona z WHT w państwie C na podstawie art. 5 dyrektywy PS;
- 6) otrzymanie dywidendy w państwie D przez spółkę Deren jest zwolnione z opodatkowania podatkiem dochodowym na podstawie art. 4 dyrektywy PS.

O ile zatem w przypadku niezmienności tożsamości płatności (dywidenda w całym łańcuchu spółek od Alfa Sp. z o.o. do rzeczywistego właściciela) wysokość płaconych podatków przez poszczególne podmioty w łańcuchu nie ma żadnego znaczenia z perspektywy celów dyrektywy PS, o tyle jednak w sytuacji rodzajowej zmiany tożsamości płatności (na odsetki pomiędzy spółkę Beta a spółkę Celta) skutkuje to efektem podatkowym sprzecznym z założeniami tej dyrektywy.

Należy przy tym zauważyć, że warunek tożsamości płatności znajduje swoje umocowanie w przepisach ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, które wyłączają możliwość zastosowania danego zwolnienia w przypadku, gdy płatność ma inny charakter. Zwolnienie odsetkowe z WHT (art. 21 ust. 3 u.p.d.o.p.) nie ma zastosowania do przychodów uznawanych za podział zysku⁵³. Ponadto reżim zwolnienia partycypacyjnego (art. 20 ust. 3 u.p.d.o.p.) przewidziany dla polskich spółek otrzymujących dywidendy z UE (EOG) nie znajduje zastosowania, gdy otrzymana dywidenda w państwie siedziby spółki wypłacającej w jakiejkolwiek formie podlega zaliczeniu do kosztów uzyskania przychodów, odliczeniu od dochodu, podstawy opodatkowania lub od podatku spółki wypłacającej⁵⁴.

⁵³ Art. 21 ust. 6 pkt 1 u.p.d.o.p.

⁵⁴ Art. 20 ust. 16 u.p.d.o.p.

Błąd nr 6. Nieuzasadnione rozszerzanie koncepcji LTA na spółki bazowe

Zakres podmiotowy zastosowania LTA niejednoznacznie określa MK OECD. W obecnym § 12.7 Komentarza do art. 10 MK OECD odwołuje się do LTA tylko w kontekście agenta oraz powiernika. Komentarz, opisując koncepcję rzeczywistego właściciela, posługuje się natomiast triadą: agent, powiernik i spółka pośrednicząca⁵⁵. Można zatem potencjalnie argumentować, że w § 12.7 celowo opuszczono spółki pośredniczące i na gruncie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania LTA odnosi się wyłącznie do agenta i powiernika. Pogląd taki wydaje się jednak nieuprawniony, ponieważ pkt 12.7 odnosi się do „an intermediary, such as an agent or nominee”, czyli obejmuje wszelkie kategorie pośredników, w tym działających w charakterze agenta lub powiernika. W pkt 12.3 zawarta jest definicja spółki pośredniczącej jako „the formal owner, it has, as a practical matter, **very narrow powers** which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or **administrator acting on account of the interested parties**”. Spółka pośrednicząca jest to więc podmiot posiadający formalne (tytularne) władztwo nad należnością, które w praktyce ma bardzo ograniczony charakter i działa w charakterze administratora dochodu⁵⁶. Nie wydaje się, aby administrator dochodu miał być traktowany na gruncie pkt 12.7 inaczej niż agent lub powiernik. W pkt 12.4 wskazano natomiast wyraźnie, iż w przypadku tych trzech kategorii (agent, powiernik, spółka pośrednicząca) przesłanki oceny, czy bezpośredni odbiorca należności jest rzeczywistym właścicielem, są tożsame⁵⁷. Ponadto MK OECD posługuje się pojęciem sprzeczności z przedmiotem i celem UPO zarówno w odniesieniu do agentów i powierników (pkt 12.2), jak i spółki pośredniczącej (pkt 12.3). O ile zatem nie powinno budzić wątpliwości to, iż LTA na gruncie Komentarza do MK OECD obejmuje również spółki pośredniczące, o tyle jednak należy zauważyć, że koncepcja ta nie ma charakteru nieograniczonego⁵⁸. **Kluczowe znaczenie dla wyznaczenia zakresu LTA w przypadku spółki pośredniczącej ma raport OECD pt. Umowy o unikaniu podwójnego**

⁵⁵ Pkt 12.3 i 12.4 do art. 10 Komentarz do MK OECD 2017.

⁵⁶ Komentarz do MK OECD do pkt 12.3 w dalszej części wprost odnosi się do „an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person”.

⁵⁷ „In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the direct recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person”.

⁵⁸ Pkt 12.7 wprost stanowi: „Subject to other conditions imposed by the Article”.

opodatkowania i wykorzystanie spółek pośredniczących z 1986 r.⁵⁹ Spółka taka jest wykorzystywana do uniknięcia WHT w państwie źródła poprzez zastosowanie UPO pomiędzy państwem źródła a państwem spółki pośredniczącej, a nie UPO pomiędzy państwem źródła a państwem rzeczywistego właściciela należności⁶⁰. W przykładach *treaty shopping* zamieszczonych w tym raporcie akcent położony jest na państwo źródła i przerzucenie dochodu z tej właśnie jurysdykcji z wykorzystaniem spółki pośredniczącej. W przypadku spółek pośredniczących dochodzi do fizycznego przepływu należności z państwa źródła do rzeczywistego właściciela poprzez te podmioty. Zupełnie inaczej wygląda sytuacja w przypadku spółek bazowych (*base companies*), które nie są wymienione w Komentarzu do MK OECD w części dotyczącej rzeczywistego właściciela. Charakterystyka tych podmiotów została przedstawiona w raporcie OECD pt. **Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania i wykorzystanie spółek bazowych z 1986 r.**⁶¹ Są one zazwyczaj zakładane w państwach o niskim poziomie opodatkowania w celu odroczenia/obniżenia opodatkowania w państwie rezydencji udziałowca poprzez przypisanie dochodu transferowanego z państwa źródła do spółki bazowej (tzw. *primary sheltering*). Dochód ze spółki bazowej nie jest więc zazwyczaj wypłacany do jej udziałowców, co jest typowe dla spółek pośredniczących. Jeżeli dochodzi do wypłaty, to zazwyczaj jest ona dokonywana pod innym tytułem niż pierwotna wypłata pomiędzy państwem źródła a państwem spółki bazowej⁶². W raporcie stwierdzono, iż w takiej sytuacji państwo źródła nie jest zobowiązane do stosowania koncepcji LTA⁶³. **W konsekwencji na gruncie Komentarza do MK OECD należy przyjąć, iż LTA jest możliwa tylko do płatności tożsamych rodzajowo, zachodzących pomiędzy państwem źródła, spółki pośredniczącej oraz państwem rzeczywistego właściciela**⁶⁴.

⁵⁹ OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, Paris 1986.

⁶⁰ „[...] situation of this kind, where a company situated in a treaty country is acting as a conduit for channeling income economically accruing to a person in another State who is thereby able to take advantage ‘improperly’ of the benefits provided by a tax treaty” – *ibidem*, s. 2.

⁶¹ OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*, Paris 1986.

⁶² *Ibidem*, s. 5.

⁶³ „[...] it cannot be accepted that the source country is obliged to waive or reduce its tax under a treaty with the country of residence. Such an obligation would result clearly from the OECD Model only where the base company is resident in country R by the criteria of Article 4” – *ibidem*, s. 21.

⁶⁴ Zob. *Canada vs. Husky Energy Inc.*, 13 listopada 2023 r., Tax Court, numer sprawy: 2023 TCC 167, pkt 261.

Błąd nr 7. Jednolite rozumienie przesłanki bezpośredniości posiadania udziałów na gruncie dyrektyw unijnych (PS i IR) oraz UPO

W polskiej praktyce traktatowej UPO przewidują trzy różne warianty w zakresie warunku posiadania udziałów przez rzeczywistego właściciela w spółce wypłacającej dywidendę:

- 1) bezpośrednie posiadanie udziałów – rzeczywisty właściciel powinien posiadać udziały bezpośrednio w spółce wypłacającej dywidendę (wariant nr 1)⁶⁵;
- 2) bezpośrednie lub pośrednie posiadanie udziałów – rzeczywisty właściciel może posiadać udziały w spółce wypłacającej dywidendę również pośrednio (wariant nr 2)⁶⁶;
- 3) UPO nie precyzuje, czy udziały muszą być posiadane bezpośrednio, czy pośrednio przez rzeczywistego właściciela (wariant nr 3)⁶⁷.

Warunek bezpośredniego posiadania udziałów (wariant nr 1) nie jest więc regułą, dlatego w przypadku, gdy wprost nie został on wyrażony w umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania, pośrednie posiadanie udziałów nie powinno wykluczać możliwości stosowania koncepcji LTA⁶⁸.

Przykład 3

Spółka Beta z jurysdykcji B posiada 100% udziałów w spółce Omega. Spółka Omega z jurysdykcji Y jest jednym udziałowcem w Alfa Sp. z o.o. Spółka Alfa wypłaca dywidendę na rzecz spółki Omega (podmiotu

⁶⁵ Na przykład art. 10 ust. 2 pkt a UPO Polska – Luksemburg: „[...] jeżeli właścicielem jest spółka (inna niż spółka osobowa), której bezpośredni udział w kapitale spółki wypłacającej dywidendy wynosi co najmniej 10 procent i posiadała ona ten udział przez nieprzerwany 24-miesięczny okres poprzedzający dzień wypłaty dywidendy”.

⁶⁶ Na przykład art. 10 ust. 2 pkt a UPO Polska – Kazachstan: „[...] jeżeli odbiorcą dywidend jest spółka, której udział w kapitale spółki wypłacającej dywidendy wynosi bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 20 procent”.

⁶⁷ Na przykład art. 10 ust. 2 UPO Polska – Czechy: „[...] ale jeżeli osoba uprawniona do dywidend ma miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim Umawiającym się Państwie, to podatek w ten sposób ustalony nie może przekroczyć 5 procent kwoty dywidend brutto” lub art. 10 ust. 2 pkt a UPO Polska – Wielka Brytania: „[...] jeśli osoba uprawniona do dywidend jest spółką mającą siedzibę w drugim Umawiającym się Państwie i posiada w dniu wypłaty dywidend nie mniej niż 10 procent udziałów (akcji) w kapitale spółki wypłacającej dywidendy i posiadała lub będzie posiadać takie udziały (akcje) przez nieprzerwany 24-miesięczny okres, w którym dokonano Wypłaty”.

⁶⁸ M. Ćwik-Burszewska, *Artykuł 10. Dywidendy*, [w:] *Model Konwencji OECD. Komentarz*, red. B. Brzeziński, Warszawa 2010, s. 730.

niebędącego BO), która z kolei dokonuje wypłaty dywidendy do spółki Beta, będącej rzeczywistym właścicielem. UPO pomiędzy Polską a jurysdykcją B przewiduje dwie stawki WHT w przypadku wypłaty dywidend: 5% w przypadku bezpośredniego lub pośredniego posiadania udziałów oraz 15% w pozostałych przypadkach.

Spółka Alfa, stosując LTA, pomija Y, będącego pośrednikiem i stosuje UPO pomiędzy Polską a jurysdykcją B, gdzie znajduje się spółka będąca rzeczywistym właścicielem otrzymywanej dywidendy. Z uwagi na brak warunku bezpośredniego posiadania udziałów w spółce Alfa przez rzeczywistego właściciela w UPO pomiędzy Polską i jurysdykcją B możliwe jest zastosowanie stawki 5%. W omawianym przykładzie UPO zawierało brzmienie warunku posiadania udziałów w wariantcie nr 2. W przypadku brzmienia w wariantcie nr 3 wynik zastosowania LTA byłoby podobny. Należy przy tym zauważyć, że to, czy umowa pomiędzy Polską a Y zawiera warunek bezpośredniego posiadania udziałów, nie ma znaczenia.

Warunek bezpośredniości w wariantcie nr 1 na gruncie UPO powinien być przy tym interpretowany inaczej niż w przypadku dyrektywy PS. Celem tej ostatniej jest zapewnienie nieopodatkowanego transferu dywidendy przekazywanej jej rzeczywistemu właścicielowi (spółce dominującej z UE) przez łańcuch spółek zależnych (pośredników) na terytorium Unii Europejskiej. Tymczasem UPO rozdziela władztwo podatkowe pomiędzy dwoma jurysdykcjami, dlatego rozumienie bezpośredniości jako „kaskadowe posiadania udziałów poprzez łańcuch spółek zależnych” w tym zakresie nie jest możliwe. Skutkiem tego jest to, iż rzeczywisty właściciel będzie pozbawiony prawa do zastosowania obniżonej stawki wynikającej z danej UPO.

Przykład 4

Spółka Beta z jurysdykcji B posiada 100% udziałów w spółce Omega. Spółka Omega z jurysdykcji Y jest jednym udziałowcem w Alfa Sp. z o.o. Spółka Alfa wypłaca dywidendę na rzecz spółki Omega (podmiotu niebędącego BO), która z kolei dokonuje wypłaty dywidendy do spółki Beta, będącej rzeczywistym właścicielem. UPO pomiędzy Polską a jurysdykcją B przewiduje dwie stawki WHT w przypadku wypłaty dywidend: 5% w przypadku bezpośredniego posiadania udziałów oraz 15% w pozostałych przypadkach.

Z uwagi na warunek bezpośredniego posiadania udziałów w spółce Alfa przez rzeczywistego właściciela w UPO pomiędzy Polską a jurysdykcją B możliwe jest zastosowanie stawki 15%, a nie 5%.

Odmienność warunków bezpośredniości na gruncie UPO oraz dyrektywy PS nie jest niczym szczególnym, ponieważ w niektórych krajach UE przesłanka bezpośredniości w ogóle wyklucza możliwość stosowania LTA w odniesieniu do zwolnienia dyrektywowego, podczas gdy na gruncie UPO przesłanka ta jest interpretowana bardziej liberalnie (np. w Holandii, Włoszech czy Hiszpanii)⁶⁹.

4. PODSUMOWANIE

Niewątpliwie koncepcja *look through approach* nie jest tworem pozanormatywnym. Jej błędne zrozumienie w niektórych wyrokach sądowych wynika częściowo z niezasadnego utożsamiania tej instytucji z wymogiem, iż zagraniczny odbiorca należności powinien posiadać statusu podatnika, jako koniecznym do zastosowania odpowiedniej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania. Należy przy tym zauważyć, że LTA nie ma charakteru nieograniczonego i jej zastosowanie w każdej sytuacji nie jest możliwe. Kluczowe znaczenie dla prawidłowego zastosowania tej koncepcji przez płatnika jako umożliwiającej stosowanie zwolnienia z podatku u źródła ma ustalenie, jaki reżim prawny jest podstawą tego zwolnienia (dyrektywa PS, dyrektywa IR czy UPO). W każdym z tych przypadków przesłanki zastosowania LTA będą bowiem odmienne.

BIBLIOGRAFIA

- Boniecka M., „*Look through approach*” w kontekście nowego mechanizmu poboru podatku u źródła, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 3.
- Brzeziński B., Lasiński-Sulecki K., Morawski W., *Look-through approach w kontekście klauzuli beneficial owner mającej zastosowanie przy opodatkowaniu dywidend – źródła transformacji niebezpiecznej koncepcji antyabuzywnej w instrument ochrony interesów podatnika i płatnika*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2022, nr 4.
- Calderón J., Ribeiro J.S., *The complex situation of intermediary holding companies in the EU after the CJEU landmark decisions on the „Danish cases”*, „UNIO – EU Law Journal” 2020, vol. 6, no. 1.

⁶⁹ KPMG, *Beneficial ownership, governance and substance trends across the EU*, b.r., <https://kpmg.com/xx/en/our-insights/workforce/part-2-beneficial-ownership-trends-across-the-eu.html> (dostęp: 15.02.2025).

- Ćwik-Burszewska M., *Artykuł 10. Dywidendy*, [w:] *Model Konwencji OECD. Komentarz*, red. B. Brzeziński, Warszawa 2010.
- Haslehner W., *Dividends. Art. 10*, [w:] *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (Fourth Edition)*, red. E. Reimer, A. Rust, Alphen aan den Rijn 2015.
- Jankowski J., Luzak P., *Efektywne opodatkowanie odbiorcy dywidend na gruncie art. 22 ust. 4 pkt 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych jako warunek stosowania zwolnienia z podatku u źródła*, „Przegląd Podatkowy” 2025, nr 2.
- Kemmern E., *Preface to arts 10 to 12*, [w:] *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (Fourth Edition)*, red. E. Reimer, A. Rust, Alphen aan den Rijn 2015.
- Knawa K., *Podatek u źródła – czyli o poprawieniu niektórych błędów oraz o tych, które nadal wymagają dopracowania*, „Przegląd Podatkowy” 2023, nr 5.
- KPMG, *Beneficial ownership, governance and substance trends across the EU*, b.r., <https://kpmg.com/xx/en/our-insights/workforce/part-2-beneficial-ownership-trends-across-the-eu.html> (dostęp: 15.02.2025).
- Krzemińska I., *Zastosowanie tzw. koncepcji look through w płatnościach transgranicznych*, „Kazus Podatkowy” 2020, styczeń.
- Krzemińska I., Majkowski W., *Zastosowanie tzw. look-through approach przez polskiego płatnika podatku u źródła (WHT)*, „Przegląd Podatkowy” 2021, nr 2.
- Malek B., *Beneficial Ownership and Income Receipt under Double Taxation Conventions: Considerations following the Planet Case*, „ASA” 2022–2023, vol. 91, no. 4.
- OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*, Paris 1986.
- OECD, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, Paris 1986.
- Pati G., *Articles 10 and 11 of the OECD Model and the Commentaries on the OECD Model (2017): When Clarifications Raise Further Doubts*, „Bulletin for International Taxation” 2021, January.
- Witnicki O., *Spółki holdingowe jako rzeczywisty właściciel oraz pośrednik dywidendy*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2024, nr 12.