

NATALIA CIEŚLEWICZ¹

Beneficial ownership w porozumieniach *cash pooling*

Streszczenie

Cash pooling jest metodą zarządzania środkami finansowymi sprawdzającą się przede wszystkim w przedsiębiorstwach o rozbudowanej strukturze korporacyjnej i działających w ramach grup kapitałowych. Wybór danej formy *cash pooling* będzie zależał od indywidualnych preferencji przedsiębiorcy. Chociaż korzystanie z tej metody ma wiele zalet, to wciąż budzi wątpliwości prawne. W Polsce brakuje przepisów, które precyzyjnie regulowałyby tego typu porozumienia. W wielu przypadkach konstrukcja umowy o *cash pooling* przypomina umowę pożyczki. Warto jednak zwrócić uwagę na podstawowe różnice, jak na przykład to, że istotą *cash pooling* nie jest zobowiązanie do przeniesienia określonej wartości pieniężnej na określony w umowie podmiot. Te i inne specyficzne cechy porozumień *cash poolingowych* sprawiają, że nie zawsze oczywiste jest, któremu podmiotowi i na jakich zasadach można przyznać status *beneficial owner*. Dodatkowym utrudnieniem praktycznym są obowiązki weryfikacyjne narzucone na polskiego płatnika oraz konieczność działania z należytą starannością.

Słowa kluczowe: rzeczywisty właściciel, beneficial owner, zarządzanie płynnością, umowa pożyczki, odsetki, wartość rynkowa, grupa kapitałowa, pool leader, agent globalny, OECD, ceny transferowe, pula środków pieniężnych

¹ Natalia Cieślęwicz – doktorantka na interdyscyplinarnych studiach doktoranckich w Akademii Leona Koźmińskiego – *Między prawem a gospodarką*, współfinansowanych przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju; e-mail: natalia.cieslewicz@gmail.com; ORCID: 0000-0001-9570-9511.

NATALIA CIEŚLEWICZ

Beneficial Ownership in Cash Pooling Arrangements

Abstract

Cash pooling is a method of managing financial resources, which works well primarily in enterprises with an extensive corporate structure and operating within capital groups. The choice of a given form of cash pooling will depend on the entrepreneur's individual preferences. Although using this method has many advantages, it still raises legal doubts. There is a lack of provisions in Poland that would precisely regulate this type of agreement. In many cases, the design of the cash pooling agreement is similar to a loan agreement. However, it is worth paying attention to the basic differences, such as the fact that the essence of cash pooling is not an obligation to transfer a specific monetary value to an entity specified in the contract. These and other specific features of cash pooling agreements mean that it is not always obvious to which entity and on what terms an entity can be granted the status of beneficial owner. An additional, verification obligations imposed on the Polish payer and the need to act with due diligence are practical impediments.

Keywords: beneficial owner, liquidity management, loan agreement, interest, market value, capital group, pool leader, global agent, OECD, transfer prices, cash pooling

Wstęp

Jednym z bardziej palących problemów w kontekście funkcjonowania klauzuli *beneficial owner* w Polsce jest kwestia możliwości przyznania tego statusu *pool leaderowi*, zarządzającemu płynnością grupy kapitałowej w ramach struktury *cash pooling*. Warto zbadać, co zmieni się w dotychczasowym stanie wiedzy, wypracowanym przez polskie orzecznictwo w związku ze zmianą obowiązujących przepisów. Które wyroki i w jakiej części stracą na aktualności? W jakim kierunku będzie rozwijać się praktyka sądów i organów skarbowych? Co szczególnie powinni mieć na uwadze przedsiębiorcy działający w strukturze *cash pooling* po nowelizacji ustawy o CIT²? W celu odpowiedzi na powyższe pytanie niezbędna jest analiza orzecznictwa i zestawienie tez oraz argumentacji zawartych w wyrokach z najnowszym stanem prawnym. Ponadto warto również zwrócić uwagę na krajobraz międzynarodowy i zastanowić się, jak z problemem uzyskania statusu *beneficial owner* przez *pool leadera* poradziły sobie inne państwa.

Aktualnie *beneficial owner* stał się pojęciem prawa wewnętrznego. Zatem w odniesieniu do podatku u źródła („WHT”) pobieranego zwykle od dochodów biernych, istnieją aktualnie dwa podstawowe źródła preferencji: (i) tzw. zwolnienia partycypacyjne, przewidujące brak opodatkowania WHT w przypadku spełnienia warunku m.in. powiązań kapitałowych pomiędzy kontrahentami – zwolnienia te stanowią implementację dyrektyw unijnych i przewidziane są w ustawie o CIT (dla należności licencyjnych i odsetek – art. 21 ust. 3, dla dywidend – art. 22 ust. 4); (ii) preferencyjne stawki na podstawie właściwej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania („DTT”).

Cash pooling – charakterystyka

Cash pooling to metoda zarządzania środkami finansowymi sprawdzająca się przede wszystkim w przedsiębiorstwach o rozbudowanej strukturze korporacyjnej i dzia-

² Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 865 z późn. zm.), dalej: „ustawa o CIT”.

łających w ramach grup kapitałowych³. Jest to forma scentralizowanego zarządzania płynnością, odpowiadająca na problem, jakim jest to, że pomiędzy spółkami w obrębie grupy kapitałowej występują oczywiste różnice pod względem zapotrzebowania na kapitał zewnętrzny⁴. Pozyskanie kredytu jest jednak rozwiązaniem stosunkowo kosztownym oraz wiąże się z koniecznością zapłaty odsetek⁵.

Korzystanie z *cash pooling* ma wiele zalet⁶. Może doprowadzić do zwiększenia płynności finansowej, zoptymalizowania odsetek i zmniejszenia zadłużenia zewnętrznego. Głównym celem każdego *cash pooling* jest optymalizacja i wykorzystanie nadwyżek funduszy wszystkich spółek w grupie w celu zmniejszenia zadłużenia zewnętrznego i zwiększenia dostępnej płynności. Szczególnie atrakcyjne dla uczestników tej metody zarządzania płynnością będą korzyści odsetkowe⁷. Koszty finansowania na poziomie grupy zostaną zredukowane, a odpowiednie zarządzanie zapewni efektywną alokację funduszy. Dzięki ekonomii skali można w ten sposób zwiększyć zwrot z inwestycji oraz znacznie uprościć zarządzanie płynnością z perspektywy uczestniczącej spółki. Dzięki centralizacji koszty bankowe zostaną obniżone. Centralna koordynacja cyklu finansowania przyczyni się również do optymalizacji prognoz przepływów pieniężnych.

Ważne jest również odpowiednie określenie praw i obowiązków w umowie o *cash pooling* oraz opracowanie adekwatnej polityki (ang. *treasury policy*). Procesy funkcjonalne muszą być dobrze zdefiniowane z wielu powodów: bezpieczeństwa, wydajności, spójności. Szczególnie procesy skarbowe mają dość wysoki stopień złożoności. Działania skarbnika rzutują na klientów, relacje z instytucjami finansowymi, procesy księgowość, a nawet zarządzanie personelem. Zarządzanie płynnością jest ważnym procesem finansowym, który wymaga ciągłego bilansowania nadwyżek i deficytów pozycji gotówkowych w wielu podmiotach, środowiskach regulacyjnych i walutach. W przypadku średnio- i długoterminowych niedopaso-

³ J. Tymczak, *Cash pooling jako metoda optymalizacji przepływów finansowych w korporacjach finansowych*, [w:] K. Wach, A. Marjański (red.), *Uwarunkowania internacjonalizacji przedsiębiorstw w dobie gospodarki przedsiębiorczej*, Łódź–Warszawa 2018, s. 3.

⁴ M. Remlein, *Cash pooling jako instrument zarządzania środkami pieniężnymi w grupie kapitałowej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2014, 70, s. 135–145.

⁵ Zob. więcej: M. Piazzessi, M. Schneider, *Payments, Credit and Asset Prices*, „BIS Working Papers” 2018, 734, s. 6–7.

⁶ Zob. więcej: B. Czuba-Kulisińska, *Sterowanie płynnością finansową z wykorzystaniem cash pooling na przykładzie grupy kapitałowej*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Częstochowskiej. Zarządzanie” 2017, 25(1), s. 194–204.

⁷ Zob. więcej: P. Bąk, A. Sierpińska-Sawicz, *The effects of cash pooling application in funds management in a capital group in hard coal mining industry*, „Archives of Mining Sciences” 2016, 61(1), s. 95–107.

wań pieniężnych dobrym rozwiązaniem może być także skorzystanie z pożyczki wewnętrznej grupowej.

Wybór danej formy *cash pooling* będzie zależał od indywidualnych preferencji przedsiębiorcy. Kluczowe znaczenie w tym zakresie odegrają kwestie prawne, podatkowe oraz organizacja księgowości.

Cash pooling, mimo że jest popularną metodą zarządzania płynnością, wciąż wywołuje wątpliwości prawne. Niemniej jednak jest to bardzo korzystna technika dla spółek działających w ramach grupy kapitałowej. Pozwala na skuteczne uniknięcie podnoszenia kosztów związanych z możliwością wystąpienia niedoborów na koncie.

Brak normatywnej definicji umowy o *cash pooling*

Cash pooling jest cennym narzędziem, służącym do zarządzania przepływami kapitału. Pula zgromadzonych środków pieniężnych pozwala wielonarodowej grupie na scentralizowanie wewnętrznych reguł dotyczących finansowania, co pozwala na większą kontrolę, wydajność i wzrost synergii między członkami grupy. W ostatnich latach stało się jednak jasne, że uzgodnienia dotyczące łączenia środków pieniężnych grupy mogą również przyczynić się do powstania istotnych ryzyk prawnych, np. związanych z możliwością przypisania statusu *beneficial owner* właściwemu podmiotowi. Ryzyka prawne związane są także z cenami transferowymi, kosztami odsetek, których nie można odliczyć, podwójnym opodatkowaniem lub ostatecznie także karami, które mogą przewyższać korzyści.

W Polsce brakuje przepisów prawnych, które precyzyjnie określałyby sposób redagowania, podstawowe cechy i konsekwencje umowy *cash pooling*. Takich regulacji próżno bowiem szukać w prawie cywilnym lub bankowym. W polskich warunkach umowę o *cash pooling* rozpatruje się w kategoriach umowy nienazwanej, na podstawie art. 351¹ Kodeksu Cywilnego⁸. Pewna szcątkowa regulacja znajduje się jednak w Prawie bankowym⁹. Zgodnie z art. 93a ust. 1 tej ustawy w umowie zawartej ze spółkami tworzącymi podatkową grupę kapitałową w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych, reprezentowanymi przez spółkę dominującą w tej grupie, bank może określić wysokość skonsolidowanego oprocentowania dla środków zgromadzonych na rachunkach bankowych tych spółek oraz udzielonych im kredytów i pożyczek pieniężnych. W ustępie drugim tego artykułu ustawodawca wprowadza podstawowe zasady obliczania wysokości

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1145).

⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 2357 z późn. zm.).

skonsolidowanego oprocentowania na rachunkach prowadzonych dla spółek tworzących grupę kapitałową. Zgodnie z tym ustępem skonsolidowane oprocentowanie obliczane jest od kwoty, którą stanowi różnica pomiędzy sumą stanów na rachunkach bankowych spółek tworzących podatkową grupę kapitałową a sumą wierzytelności z tytułu udzielonych tym spółkom kredytów i pożyczek pieniężnych. Warto zauważyć, że przytoczona regulacja odnosi się wyłącznie do porozumień typu: *notional cash pooling*. Z tego względu przede wszystkim brakuje uregulowań dotyczących rzeczywistego *cash pooling*. Dlatego w praktyce banki jako podstawę dla *cash pooling* stosują subrogację¹⁰.

W wielu przypadkach konstrukcja umowy o *cash pooling* przypomina umowę pożyczki. Warto zatem zwrócić uwagę na podstawowe różnice. Przede wszystkim, w przeciwieństwie do umowy pożyczki, istotą *cash pooling* nie jest zobowiązanie do przeniesienia określonej wartości pieniężnej na określony w umowie podmiot. Nie znajduje tutaj też bezpośredniego zastosowania zobowiązanie do zwrotu tej samej kwoty pieniędzy. Ponadto druga strona transakcji (właściwie wielu transakcji) nie jest skonkretyzowana, gdyż to, który podmiot będzie tak naprawdę drugą stroną transakcji, jest uzależnione od bieżących potrzeb kapitałowych uczestników struktury¹¹. Wyniki analizy umowy *cash pooling* w kontekście podobieństwa do umowy pożyczki wywołują również wątpliwości w kontekście podatku od czynności cywilno-prawnych, gdyż tym podatkiem objęta jest wprost umowa pożyczki.

W umowie *cash pooling* odsetki wypłacane spółkom o ujemnym saldzie nie powinny przekraczać wartości rynkowych określonych dla przypadku, w którym spółki te nie uczestniczyłyby w takiej strukturze. Z kolei odsetki wypłacane spółkom o dodatnim saldzie nie powinny być niższe niż wartości rynkowe odsetek uzyskiwanych przez spółki, które nie uczestniczą w strukturze *cash pooling*¹². W opinii niektórych doradców podatkowych, jeżeli spółki z grupy kapitałowej nie zawierają umów między sobą, a jedynie z instytucją finansową, to nie dochodzi tym samym do faktycznego transferu środków między rachunkami tych spółek, działających w systemie *cash pooling*¹³. Odsetki wypłaca i pobiera *pool leader*, a każdy z uczestników struktury rozlicza się bezpośrednio z nim¹⁴. Konsekwentnie, nie ma możliwości,

¹⁰ J. Szlęzak-Matusewicz, *Tax risk in cash pooling agreements in polish enterprises*, „Management Theory and Studies for Rural Business and Infrastructure Development” 2014, 36(4), s. 981.

¹¹ W. Niemczyk, *Cash pooling. Aspekty teoretyczne w praktyce biznesowej przedsiębiorstw*, „Palestra” 2013, 58(1–2), s. 47–56.

¹² Ibidem, s. 57–58.

¹³ E. Matyszewska, *Cash pooling to dobry sposób na optymalizację podatkową*, „Dziennik Gazeta Prawna”, <http://www.ozog.pl/pdfs/1276594079-dziennik-gazeta-prawna-14062010-cash-pooling-to-dobry-sposob-na-optymalizacje-podatkowa.pdf> (dostęp: 22.06.2018).

¹⁴ W. Niemczyk, op. cit., s. 45–46.

żeby spółki dysponowały wiedzą o tym, która z nich w danym momencie tak naprawdę finansuje niedobory środków pozostałych uczestników. Spółki posiadające dostępne fundusze nie wiedzą także, czy fundusze te zostaną w ogóle wykorzystane, w jakiej kwocie i na rzecz którego uczestnika. W związku z tym nie dochodzi tutaj do określenia drugiej strony transakcji ani jej przedmiotu. Spółki nie mają także wpływu na rozliczenia¹⁵. W takim przypadku nie znajdują też zastosowania przepisy o cenach transferowych, z których wynika konieczność uregulowania wzajemnych stosunków podmiotów powiązanych (np. udziału w kapitale i zarządzaniu) zgodnie z zasadami rynkowymi¹⁶. O ile posiadacz rachunku grupowego nie wprowadzi stosownych ograniczeń, to każdy z uczestników struktury *cash pooling* powinien mieć możliwość wykorzystania całkowitego salda znajdującego się na rachunku grupy¹⁷.

Na podstawie dyskusji prowadzonych w ramach OECD¹⁸ odnośnie międzynarodowych systemów zarządzania płynnością można stwierdzić, że jedną z praktycznych trudności jest ustalenie, jak długo saldo powinno być traktowane jako część puli środków pieniężnych w ramach porozumienia *cash pooling*, zanim zostanie potencjalnie potraktowane jako coś innego, na przykład pożyczka terminowa¹⁹. Wynika to z założenia, że operacje dokonywane w ramach *cash pooling* mają być krótkoterminowe oraz przede wszystkim związane z zarządzaniem płynnością (ang. *liquidity-driven*). W przypadku *cash pooling* właściwe może być rozważenie, czy operacje w każdym roku dokonywane są według takiego samego wzorca. Warto również dowiedzieć się, jakie polityki w zakresie zarządzania finansami posiada dane przedsiębiorstwo, w szczególności biorąc pod uwagę, że rentowność sald jest kluczową kwestią w zarządzaniu finansami²⁰.

¹⁵ E. Matyszewska, op. cit.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Zob. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2010 r., III SA/Wa 2056/09; Wyrok NSA z dnia 7 grudnia 2010 r., II FSK 1277/09.

¹⁸ Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju („OECD”).

¹⁹ OECD, *Base Erosion and Shift Profiting (BEPS), Public Discussion Draft*, BEPS Actions 8–10, Financial Transactions, 3 July–7 September 2018, s. 9.

²⁰ Ibidem, s. 12–13.

Problem z określeniem statusu *beneficial owner* w strukturze *cash pooling*

Charakterystyczne dla Polski jest to, że większość interpretacji indywidualnych i orzeczeń odnoszących się do klauzuli *beneficial owner* zostało wydanych w związku z umowami o *cash pooling*. Jednak od 1 stycznia 2019 r. nie jest już możliwe potwierdzenie prawidłowości ustalenia spełnienia warunku rzeczywistego właściciela (w tym prowadzenia rzeczywistej działalności) w ramach interpretacji indywidualnej. Dotychczas wydane interpretacje indywidualne w tym zakresie wygasły z mocy prawa na podstawie art. 30 ust. 1 Nowelizacji²¹. Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 14b § 2a pkt 2 Ordynacji podatkowej²² przedmiotem wniosku o interpretację indywidualną nie mogą być przepisy prawa podatkowego mające na celu przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania, które odnoszą się do nadużycia przepisów prawa podatkowego, prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej lub podejmowania działań w sposób sztuczny lub bez uzasadnienia ekonomicznego. Chociaż ocena zmian w wydawaniu interpretacji indywidualnych nie jest przedmiotem niniejszej pracy, to jednak trzeba zwrócić uwagę na to, że sytuacja przedsiębiorców uległa skomplikowaniu. Dotychczas możliwość skorzystania z interpretacji indywidualnej była chętnie wykorzystywana przez przedsiębiorców dla zrozumienia sytuacji podatkowej, w której się znajdują lub w której mogą się znaleźć w przyszłości²³. Obecnie przedsiębiorcy będą musieli samodzielnie odkodować normy prawne na podstawie znowelizowanych przepisów, narażając się na większe ryzyko niż przed Nowelizacją.

Do tej pory w Polsce analiza pojęcia *beneficial owner* w orzecznictwie głównie koncentrowała się właśnie na uczestnictwie podatników w międzynarodowym systemie finansowania typu *cash pooling*²⁴. W stanie prawnym, w którym ten problem powstał, ustawa o CIT nie zawierała jeszcze definicji rzeczywistego właściciela, ani nie określała kryteriów, jakimi mieliby się kierować płatnicy oraz administracja podatkowa przy ustalaniu możliwości zastosowania klauzuli *beneficial owner*

²¹ Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018, poz. 2193), dalej: „Nowelizacja”. Zob. M. Kwaśniewski, P. Wojszko-Maciulewicz, *Rzeczywisty właściciel i rzeczywista działalność gospodarcza – co to znaczy?*, blog podatkowy Crido Taxand, 20.11.2018.

²² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 900 z późn. zm.), dalej: „Ordynacja podatkowa”, „o.p.”.

²³ Zob. np.: Związek Przedsiębiorców i Pracodawców, *Interpretacje podatkowe w Polsce*, Warszawa, wrzesień 2018.

²⁴ Zob. np. D. Gajewski, *Cash pooling – aspekty podatkowe*, „Palestra” 2013, 1–2, s. 15–16.

w danym wypadku. Takiej definicji ani wytycznych nie wskazują też DTT. Zgodnie z Komentarzem²⁵ za podmiot uprawniony do odsetek na podstawie danej DTT należy uznać taki podmiot, któremu przysługuje ostateczne władztwo nad odsetkami i nie chodzi tu o władztwo przysługujące tylko na jednym z kilku etapów transakcji. Zgodnie z powyższym dla zastosowania zwolnienia lub obniżonej stawki WHT nie wystarczy jedynie wykazanie miejsca siedziby odbiorcy odsetek, ale trzeba też potwierdzić to, że w związku przeprowadzonymi operacjami finansowymi doszło do realnego przysporzenia u odbiorcy odsetek. *Beneficial ownership* w tym kontekście rozumiany jest raczej jako własność w sensie ekonomicznym. Nie chodzi tu bowiem po prostu o tytuł własności względem uzyskiwanych odsetek.

Naczelny Sąd Administracyjny wskazywał, że status rzeczywistego właściciela przysługuje ekonomicznemu właścicielowi udostępnionego kapitału, a nie formalnemu odbiorcy samych odsetek²⁶. Zatem kiedy należności wypłacane są odbiorcy, który nie jest jednocześnie ich właścicielem, a jego kompetencje koncentrują się przede wszystkim na zarządzaniu środkami pieniężnymi, to nie można uznać takiego podmiotu za rzeczywistego właściciela. Konsekwentnie, jeżeli zgodnie z umową *cash pooling* *pool leader* ma kompetencje wyłącznie do administrowania środkami w systemie, tj. pełni funkcję pośrednika, zajmującego się dystrybucją odsetek do ich ostatecznych odbiorców, to nie dochodzi u niego do faktycznego przysporzenia w sensie ekonomicznym, nie można mu zatem przypisać statusu *beneficial owner*. W powyższych warunkach przywilej *beneficial owner* przysługuje uczestnikom struktury, którzy udostępnili swoje środki w celu pokrycia salda debetowego. Konsekwentnie także *pool leader* może skorzystać z tego przywileju, ale tylko w takim stopniu, w jakim zostały użyte jego własne środki. Trzeba zatem podkreślić, że żeby *pool leader* mógł skorzystać ze zwolnienia lub obniżonej stawki WHT, to nie będzie wystarczające wykazanie tego, że jest on właścicielem rachunku konsolidacyjnego albo że pełni w systemie funkcje zarządcze²⁷. W praktyce od polskich organów podatkowych można spodziewać się kwestionowania możliwości przypisania *pool leaderowi* statusu *beneficial owner* oraz przyznania korzyści podatkowych uczestnikom struktury, którzy przekazują nadwyżkę środków na podstawie umowy o *cash pooling*²⁸.

²⁵ OECD, *Commentary to the OECD Model Tax Convention on Income and Capital*, 2017 (dalej: „Komentarz”).

²⁶ Zob. wyrok NSA z dnia 18 marca 2016 r., sygn. akt II FSK 82/14.

²⁷ J. Dąbrowska, *Opodatkowanie dochodu nierezydentów*, [w:] M. Jamróży (red.), *Opodatkowanie dochodów transgranicznych*, Warszawa 2016, s. 28.

²⁸ Zob. np. interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 22 kwietnia 2015 r., IBPBI/2/4510-123/15/MO.

Hipotetycznie spółka wypłacająca odsetki mogłaby zastosować postanowienia DTT zawartej z państwem siedziby uczestnika, a uczestnik taki mógłby zostać uznany za rzeczywistego beneficjenta. Jednak zastosowanie takiego rozwiązania mogłoby napotkać trudności natury praktycznej. Spółka wypłacająca odsetki znalazłaby się w sytuacji, w której musiałaby zidentyfikować wszystkich uczestników struktury, których środki zostały wykorzystane w celu pokrycia ujemnego salda, a także znać wysokość odsetek przypadających każdemu uczestnikowi. Standardowo w ramach *cash pooling* uczestnik nie dysponuje tego typu informacjami. Zatem ze względu na niemożność powzięcia właściwych informacji, przypisanie statusu *beneficial owner* właściwym uczestnikom jest utrudnione lub wręcz praktycznie niemożliwe²⁹. Jeśli ostatecznym odbiorcą odsetek nie będzie *pool leader*, to spółka wypłacająca odsetki w praktyce musiałaby zastosować 20% stawkę WHT. Wobec tego typu praktycznych trudności w literaturze postulowano rozwinięcie pojęcia *beneficial ownership* w celu dostosowania się do wymogów szybko rozwijającej się i innowacyjnej branży finansowej³⁰. Jako że Nowelizacja weszła w życie stosunkowo niedawno, to nie ma jeszcze wystarczającego materiału badawczego, żeby określić efekty wprowadzonych zmian. Można jednak przypuszczać, że brak możliwości skorzystania z interpretacji indywidualnej w nowych warunkach jest znacznym utrudnieniem dla przedsiębiorców.

Po wprowadzeniu przez ustawodawcę rodzimej definicji rzeczywistego właściciela na szczególną uwagę zasługuje treść wydanej 18 maja 2018 r., przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej interpretacji indywidualnej nr 0111-KDIB1-3.4010.63.2018.3.JKT. Spółka we wniosku zadała m.in. pytanie o to, czy będzie zobowiązana, jako płatnik, do pobrania zryczałtowanego podatku od wypłacanych na rzecz agenta odsetek z tytułu ujemnego salda na rachunku transakcyjnym, tj. z tytułów wymienionych w art. 21 ust. 1 pkt 1, na podstawie art. 26 ustawy o CIT. Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej odnośnie możliwości zakwalifikowania *pool leadera* jako rzeczywistego właściciela uznał, że w modelu *cash pooling* wykorzystywanym przez wnioskodawcę *pool leader* nie będzie posiadał statusu rzeczywistego właściciela w stosunku do całości odsetek wypłacanych przez wnioskodawcę z tytułu otrzymania środków finansowych w ramach struktury *cash pooling* ze względu na pełnione przez niego funkcje w tym partykularnym systemie³¹. Zdaniem

²⁹ J. Dąbrowska, op. cit., s. 32.

³⁰ Zob. np. ibidem, s. 35–36.

³¹ Odnośnie zestawienia tej koncepcji z zasadami wprowadzonymi przez Nowelizację zob. list Macieja Wituckiego, Prezydenta Konfederacji Lewiatan: Uwagi Konfederacji Lewiatan do projektu objaśnień podatkowych z dnia 19 czerwca 2019 r. „Zasady poboru podatku u źródła” z dnia 28 czerwca 2019 r. nr KL/237/119/PP/2019 skierowany do Ministra Finansów.

Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowe nie są one tożsame z wyłącznym władztwem nad zebranymi w ramach systemu środkami finansowymi. Status osoby uprawnionej przysługuje ekonomicznemu właścicielowi udostępnionego kapitału (a nie ekonomicznemu dysponentowi samych odsetek). W interpretacji indywidualnej wskazano, że status *beneficial owner* można przypisać podmiotowi dysponującemu prawem do kapitału, w związku z którym należne będą odsetki wraz z prawem do ich zagospodarowania jak właściciel. Zostało podkreślone, że odsetki są ściśle związane z prawem, którego dotyczą (z którym związane jest ich powstanie, np. z umową pożyczki). Konsekwentnie, jeżeli właścicielami środków finansowych, od których obliczane są odsetki, są poszczególni uczestnicy *cash pooling*, to oni mogą skorzystać z klauzuli *beneficial owner*.

Przy tym we wniosku wyraźnie wskazano, że przez odsetki wypłacone na rzecz agenta (*pool leadera*) rozumie się odsetki wypłacone *pool leaderowi* jako uczestnikowi systemu, a także odsetki wypłacone za jego pośrednictwem pozostałym uczestnikom osiągającym nadwyżki finansowe. Słusznie zatem dostrzeżono w omawianej interpretacji podatkowej, że w takich warunkach *pool leaderowi* przysługuje tytuł prawny do odsetek wypłacanych przez wnioskodawcę jedynie w odniesieniu do należnej mu części odsetek. *Pool leader* bowiem w pewnej mierze funkcjonuje też jako uczestnik systemu i w takiej samej mierze można mu przyznać status *beneficial owner*. Sprawowane funkcji *pool leadera* nie jest równoznaczne z dysponowaniem władztwem nad całością środków zgromadzonych w systemie. *Pool leader* w ramach sprawowanej funkcji działa przede wszystkim na rzecz innych uczestników systemu. Otrzymuje on odsetki jedynie w celu dalszego ich przekazania uprawnionym uczestnikom struktury. Dlatego odpowiadając na przedstawione pytanie wnioskodawcy, Dyrektor Izby Skarbowej ostatecznie uznał, że *pool leaderowi* nie można przypisać statusu *beneficial owner* względem całości odsetek. Powyższe pokazuje, że trudno jest się odnosić do możliwości przypisania statusu *beneficial owner pool leaderowi* w sposób abstrakcyjny, natomiast test rzeczywistego beneficjenta trzeba każdorazowo przeprowadzać w specyficznych warunkach funkcjonowania danego systemu.

Stosowanie się do wymogów weryfikacyjnych określonych w ustawie o CIT może okazać się uciążliwe, zwłaszcza dla podmiotów funkcjonujących w strukturze *cash pooling*. Chociaż zgodnie z opublikowanym na stronie internetowej Ministerstwa Finansów Projekcie objaśnień podatkowych z dnia 19 czerwca 2019 r. „Zasady poboru podatku u źródła” nie powinny one „być interpretowane jako wprowadzające ograniczenia bądź uciążliwości dla uczciwego biznesu korzystającego w jakiejkolwiek formie z kapitału, usług, myśli technicznej, urządzeń i świadczeń wymienionych powyżej, które podlegają opodatkowaniu podatkiem u źródła” (s. 5 Projektu), to mechanizm zwrotu WHT może okazać się praktycznie niedostępny w przypadku wypłaty odsetek do podmiotów prowadzących dokumentację

w sposób, na który polski płatnik nie ma żadnego wpływu. Może się okazać, że płatnik nie będzie dysponował odpowiednimi informacjami w celu identyfikacji odbiorcy odsetek. Zdaniem Konfederacji Lewiatan może to spowodować wzrost kosztów u polskich podmiotów o ok. 25%³².

Możliwość przyznania statusu rzeczywistego właściciela w przypadku braku klauzuli *beneficial owner* w DTT

Jeszcze zanim do polskiego porządku prawnego została wprowadzona definicja rzeczywistego właściciela wraz z dodatkowymi wymogami identyfikacyjnymi, najbardziej palącym problemem była możliwość zastosowania klauzuli *beneficial owner* w strukturze *cash pooling* na podstawie DTT, która bezpośrednio nie zawiera takiej klauzuli. W orzecznictwie utrwał się pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 2014 r.³³. Zdaniem WSA jeżeli DTT nie zawiera przepisów dotyczących klauzuli *beneficial owner*, to niedopuszczalne jest uzupełnienie jej treści postanowieniami Modelowej Konwencji OECD. Orzeczenie to zapadło w oparciu o art. 11 polsko-francuskiej DTT³⁴, który nie przewiduje opodatkowania u źródła odsetek wypłacanych na rzecz spółki francuskiej. Jako że polsko-francuska DTT nie odnosi się w żaden sposób do statusu rzeczywistego właściciela, to odsetki wypłacane w ramach umowy o *cash pooling* na rzecz podmiotu z siedzibą we Francji mogą podlegać opodatkowaniu wyłącznie w tym kraju.

Wprowadzenie klauzuli *beneficial owner* do polskiego porządku prawnego budzi przede wszystkim uzasadnione wątpliwości w odniesieniu do takich DTT, które nieprecyzyjnie regulują klauzulę *beneficial owner* lub w których takiej klauzuli po prostu brak. Jako przykład można podać wspomnianą już polsko-francuską DTT, która posługuje się wyłącznie pojęciem „właściciela odsetek”, nie zaś „rzeczywistego właściciela odsetek”, co do tej pory prowadziło do sporów sądowych. W obecnej sytuacji prawnej można wnioskować, że nawet jeżeli dana DTT nie zawiera klauzuli *beneficial owner*, to można zastosować zwolnienie przewidziane wprost w ustawie o CIT, a wraz z tym także test rzeczywistego beneficjenta pozwalający uzyskać zwolnienie z WHT. Zawsze po spełnieniu odpowiednich kryteriów możliwe będzie

³² Zob. *ibidem*.

³³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 lutego 2014 r., III SA/Wa 2375/13.

³⁴ Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu w zakresie podatków od dochodu i majątku (Dz.U. z 1977 r. Nr 1, poz. 5).

przyznanie odpowiedniemu podmiotowi statusu rzeczywistego właściciela. Konsekwentnie w stanie prawnym po Nowelizacji, nawet mimo braku klauzuli *beneficial owner* w danej DTT, możliwe będzie przyznanie zwolnienia z WHT na bazie prawa wewnętrznego, gdyż zwolnienia partycypacyjne oraz preferencje wynikające z DTT nie są wobec siebie konkurencyjne. Podmiot nieuprawniony do jednej z powyższych preferencji może być uprawniony do drugiej. Zagraniczne podmioty powinny mieć zatem na uwadze nie tylko postanowienia DTT, ale też polskie prawo.

W praktyce definicja *beneficial owner* wypracowana przez międzynarodowe orzecznictwo na bazie Modelowej Konwencji OECD oraz Komentarza jest korzystniejsza (ma szerszy zakres) niż definicja rzeczywistego właściciela wprowadzona do ustawy o CIT³⁵. W rodzimej definicji rzeczywistego właściciela główny akcent został położony na możliwość swobodnego dysponowania należnością.

Wynagrodzenie *pool leadera*

Wynagrodzenie uzyskiwane przez *pool leadera* jest istotne z punktu widzenia cen transferowych, ale także pod względem ewentualnego przyznania *pool leaderowi* statusu rzeczywistego właściciela, ponieważ wynagrodzenie powinno być adekwatne do przyznanych danemu podmiotowi kompetencji, pełnionej funkcji, istotnych faktów i okoliczności, wykorzystywanych aktywów i podejmowanych ryzyk³⁶. W praktyce różne intencje mogą być przypisane danemu opisowi transakcji. Dlatego każda sprawa powinna być analizowana z uwzględnieniem charakterystycznych dla niej faktów i okoliczności.

Dla zilustrowania przykładowego podziału kompetencji w strukturze *cash pooling* można posłużyć się kazusem dyskutowanym w ramach prac nad BEPS³⁷. Załóżmy, że X jest spółką dominującą grupy, na którą składają się także spółki zależne H, J, K i L, uczestniczące systemie łączenia środków pieniężnych typu *physical cash pooling* wraz z innym podmiotem zależnym M działającym jako *pool leader*. Wszyscy uczestnicy posługują się tą samą walutą i jest to jedyna waluta w systemie. M zawiera z niepowiązaniem bankiem wewnątrzgrupowe porozumienie w sprawie *cash pooling*. Ustalenia w ramach tego systemu wiążą wszystkich uczestników, którzy wyrazili zgodę na transfery środków z lub na konto zasadnicze z punktu widzenia

³⁵ M. Szatkowska, A. Makiela, *Zmiana brzmienia klauzuli rzeczywistego właściciela to nie tylko dodatkowe obowiązki dla podatników, ale również szereg problemów praktycznych przy stosowaniu przepisów o podatku u źródła*, KPMG Frontiers in Tax. Polish edition, czerwiec 2019.

³⁶ OECD, *Base Erosion...*

³⁷ *Ibidem*.

porozumienia, należące do spółki M w celu osiągnięcia określonego salda docelowego dla każdego uczestnika struktury. Zgodnie z umową bank dokonuje wszelkich niezbędnych transferów koniecznych do osiągnięcia docelowego salda dla każdego uczestnika struktury. M skorzystał z gwarancji udzielonej przez X. Bank, będący stroną trzecią, wypłaca odsetki M, lub uzyskuje odsetki od M na podstawie ogólnej pozycji grupy (ang. *pooled position*).

Przykładowo zatem, spółka M otrzymuje nadwyżkę środków od spółek H i J oraz zapewnia fundusze spółkom K i L, które wykazują zapotrzebowanie na środki. W wyniku obowiązujących ustaleń spółka M wypłaca mniejsze odsetki bankowi lub otrzymuje od niego większe odsetki niż otrzymywałyby w przypadku braku uzgodnień dotyczących *cash pooling*. Analiza funkcjonalna pokazuje, że spółka M nie podlega ryzyku kredytowemu, które podlegają pozostali członkowie struktury *cash pooling*, a jedynie pełni funkcję koordynacyjną. Dodatkowo w tym wypadku M nie ponosi ryzyka i nie pełni tak istotnej funkcji w systemie, jaką pełni bank. Z tego względu spółka M nie powinna oczekiwać tak wysokiego wynagrodzenia, jakie uzyska bank. Ponadto bank korzysta także na spreadach. M natomiast zapewnia jedynie techniczną usługę. Chociaż powyższy przykład jest wykorzystywany głównie dla zobrazowania zagadnień z zakresu cen transferowych, to ma także walor poznawczy w kontekście statusu *beneficial owner*.

W praktyce często przyjmuje się, że wynagrodzenie *pool leadera* za realizowane usługi zarządzania płynnością uwzględnione jest w odsetkach, które przysługują mu z tytułu korzystania z płynnych środków udostępnionych przez spółkę (tj. od sald debetowych)³⁸. Wówczas pytanie o zmniejszenie wartości WHT odnosiłoby się do odsetek przewyższających wynagrodzenie *pool leadera*. Natomiast samo wynagrodzenie *pool leadera*, uwzględnione w otrzymywanych odsetkach od sald debetowych, można próbować zakwalifikować jako zyski przedsiębiorstw podlegające opodatkowaniu w państwie rezydencji. To jak wynagrodzenie *pool leadera* związane jest określeniem statusu *beneficial owner*, można prześledzić na bazie dwóch powiązanych ze sobą interpretacji indywidualnych nr S-ILPB4/423-310/13/17-S/ŁM z 5 listopada 2013 r. oraz nr S-ILPB4/423-310/13/17-S/ŁM z 17 lipca 2017 r.

Uzyskiwane przez uczestników umowy *cash pooling* wynagrodzenie w postaci odsetek jest uzyskane z tytułu czasowego finansowania debetu innych uczestników umowy. Pełna kwota wypłacanych odsetek stanowi wynagrodzenie za udostępnienie kapitału. Dlatego też zapisy umowy o *cash pooling* dotyczące wynagrodzenia za realizowane przez *pool leadera* usługi zarządzania płynnością, które jest uwzględnianie w odsetkach płaconych przez spółkę (wnioskodawcę), nie zmieniają cha-

³⁸ Zob. Interpretacja Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 5 listopada 2013 r., ILPB4/423-310/13-2/ŁM.

rakteru dokonywanych przez nią na rzecz *pool leadera* wypłat. W omawianej interpretacji indywidualnej stwierdzono również, że wynagrodzenie otrzymywane przez *pool leadera* (w wysokości różnicy między wysokością odsetek otrzymywanych przez *pool leadera* a wysokością odsetek wypłacanych przez *pool leadera*) jest związane z korzystaniem z płynnych środków pieniężnych i tym samym należy je traktować jako odsetki. Ponadto, być może, dokumentacja odnośnie statusu rzeczywistego beneficjenta powinna być zbierana łącznie z dokumentacją odnośnie cen transferowych, ponieważ te dwie kwestie mogą mieć istotny wpływ na siebie nawzajem.

Cash pooling w nowych warunkach – wzrost obowiązków płatnika

Można wyciągnąć wniosek, że istotna część problemów związanych z opodatkowaniem *cash pooling*u i możliwością zastosowania klauzuli *beneficial owner* względem *pool leadera* wynika z konieczności całościowego wzięcia pod uwagę polskiej regulacji *cash pooling*u, prawa międzynarodowego wyrażonego w danej DTT oraz postanowień Dyrektywy odsetkowej³⁹ i innych elementów prawa Unii Europejskiej, które mogą wpłynąć na daną sprawę. System prawa krajowego oraz normy prawne wynikające z danej DTT nie są idealnie dopasowane i dlatego wymagają interpretacji. Na takiej kanwie powstał chociażby problem z zastosowaniem polsko-francuskiej DTT, która nie posługuje się bezpośrednio klauzulą *beneficial owner* (w dokładnym brzmieniu). Zasadniczo konieczność operowania na różnych systemach prawnych jest przyczyną licznych sporów. Problem styku porządków prawnych istniał jeszcze przed wprowadzeniem krajowej definicji rzeczywistego beneficjenta. Wówczas mogło się wydawać, że bardziej precyzyjna regulacja krajowa może rozwiązać istniejące wątpliwości. Niektórzy autorzy jednak przestrzegali przed automatycznym wprowadzaniem krajowych regulacji *beneficial owner*, argumentując, że jest to konstrukt wyłącznie prawa międzynarodowego⁴⁰.

W najnowszym orzecznictwie europejskim coraz częściej pojawia się wskazanie na znaczenie krajowych regulacji oraz rolę krajowych organów. W 2019 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴¹ w połączonych sprawach: C-116/16 i C-117/16

³⁹ Dyrektywa Rady 2014/48/UE z dnia 24 marca 2014 r. zmieniająca dyrektywę 2003/48/WE w sprawie opodatkowania dochodów z oszczędności w formie wypłacanych odsetek, Dz. Urz. UE L 111, 15.4.2014, p. 50–78 (dalej: „Dyrektywa odsetkowa”).

⁴⁰ Zob. M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, Warszawa 2015.

⁴¹ Dalej jako „TSUE”.

uznał, że obowiązkiem organów krajowych jest odmowa przyznania przywilejów przewidzianych w Dyrektywie odsetkowej, jeżeli przywołuje się je w celu oszukań-
czym lub stanowiącym nadużycie⁴². W sytuacji, gdy przewidziany w Dyrektywie
odsetkowej system zwolnienia z WHT odsetek płaconych przez spółkę mającą
siedzibę w państwie członkowskim spółce mającej siedzibę w drugim państwie
członkowskim nie ma zastosowania, ponieważ stwierdzono oszustwo lub nad-
użycie w rozumieniu art. 5 tej dyrektywy, nie można powoływać się na swobody
zapisane w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴³ w celu podważenia
ustawodawstwa państwa spółki wypłacającej odsetki, od którego zależy wysokość
WHT⁴⁴. Podkreśla to wagę krajowych regulacji.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o CIT podatnicy, jeżeli nie mają na terytorium
Rzeczypospolitej Polskiej siedziby lub zarządu, podlegają obowiązkowi podatko-
wemu tylko od dochodów, które osiągają na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.
Taki obowiązek opodatkowania osiągniętych przez dany podmiot dochodów doty-
czy także przychodów uzyskiwanych z tytułu wypłacanych na jego rzecz odsetek
(art. 21 ust. 1 pkt 1 ustawy o CIT). Zgodnie z art. 26 ustawy o CIT osoby prawne
i jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz będące przedsię-
biorcami osoby fizyczne, które dokonują wypłat należności z tytułów wymienio-
nych w art. 21 ust. 1 ustawy o CIT oraz art. 22 ust. 1 ustawy o CIT, są obowiązane
jako płatnicy pobierać zryczałtowany WHT. Do tej pory w związku z obowiązkiem
zapłaty odsetek na rzecz uczestnika struktury *cash poolingu* ustalenie tego, komu te
odsetki są tak naprawdę należne, odbywało się przede wszystkim na bazie właści-
wej DTT, gdyż większość DTT, których stroną jest Polska, zawiera klauzulę *benefi-
cial owner*. Tylko na podstawie właściwej DTT można było stwierdzić, czy status
beneficial owner należy przyznać podmiotowi dysponującemu kapitałem warunku-
jącym powstanie odsetek (np. podmiotowi który zawarł umowę pożyczki) czy też
podmiotowi dysponującemu prawem do zagospodarowania odsetek.

Nie ulega wątpliwości, że w wyniku omawianych zmian w prawie wzrosną
obowiązki płatnika. Zgodnie z obowiązującym od 1 stycznia 2019 r. brzmieniem
art. 26 ust. 1 ustawy o CIT przy weryfikacji warunków zastosowania stawki po-
datku innej niż określona w art. 21 ust. 1 lub art. 22 ust. 1 tej ustawy, zwolnienia
lub warunków niepobrania podatku, wynikających z przepisów szczególnych lub

⁴² Judgement of the Court (Grand Chamber) In joined Cases C-116/16 and C-117/16, T Denmark, Y Denmark Aps, 26 February 2019, ECLI:EU:C:2019:135.

⁴³ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.).

⁴⁴ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2019 (requests for a preliminary ruling from the Østre Landsret, Vestre Landsret – Denmark) – N Luxembourg 1 (C-115/16), X Denmark A/S (C-118/16), C Denmark I (C-119/16), Z Denmark ApS (C-299/16) v Skatteministeriet.

DTT, płatnik jest obowiązany do dochowania należytej staranności. Przy ocenie dochowania należytej staranności uwzględnia się charakter oraz skalę działalności prowadzonej przez płatnika. W myśl wprowadzonego 1 stycznia 2019 r. art. 58a § 1 pkt 5 oraz art. 58b § 3 ordynacji podatkowej, w przypadku gdy płatnik nie przeprowadził wymaganej weryfikacji lub nie była ona adekwatna do charakteru i skali działalności płatnika, ustala się dodatkowe zobowiązanie podatkowe w wysokości 10% podstawy opodatkowania należności, w stosunku do której płatnik zastosował niższą stawkę podatku lub nie pobrał podatku. W dodatku zgodnie z art. 58c o.p. w określonych przypadkach stawka dodatkowego zobowiązania podatkowego może nawet wzrosnąć. Ostatecznie zatem to na płatniku spoczywa obowiązek weryfikacji statusu *beneficial owner* i to on musi przeanalizować odpowiednie postanowienia ustawy o CIT oraz właściwej DTT.

Na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁴⁵ instytucje obowiązane wypłacające środki są w obowiązku podjąć odpowiednie działania w celu weryfikacji beneficjenta rzeczywistego (zdefiniowanego na potrzeby tej ustawy) oraz ustalić strukturę kapitałową odbiorcy. Analogicznie do tej ustawy przydatne może być wprowadzenie przez płatnika wewnętrznych regulacji, na podstawie których będzie można zweryfikować dokonane płatności oraz właściwą dokumentację, a także przypisać odpowiednie zadania właściwym pracownikom spółki.

Praktycznie wymogi weryfikacyjne nie będą ograniczać się wyłącznie do WHT, tj. do przedmiotu opodatkowania, statusu odbiorcy płatności, stawek podatku, ale powinny uwzględniać także okoliczności faktyczne. Dodatkowo trzeba mieć na uwadze, że do płatności podlegających WHT mogą być stosowane klauzule przeciwdziałające unikaniu opodatkowania, np. GAAR (ang. *general anti-avoidance clause*) oraz SAAR (ang. *specific anti avoidance clause*)⁴⁶. Zanim zostanie dokonana płatność podlegająca opodatkowaniu WHT, płatnik powinien rozumieć, jaki jest cel gospodarczy transakcji (wyłączając z tego korzyści *stricte* podatkowe) i potrafić go uzasadnić. Powinien także być w stanie wykluczyć ewentualność zastosowania powyższych klauzul. Przydatna będzie także znajomość struktury kapitałowej odbiorcy płatności.

Przed Nowelizacją na płatniku spoczywał obowiązek weryfikacji tego, czy odbiorcy należności (np. dywidend, należności licencyjnych lub odsetek) można przypisać status *beneficial owner* na podstawie właściwej DTT, ale obowiązek ten był bardziej ograniczony niż ma to miejsce w obecnym stanie prawnym. Płatnik

⁴⁵ Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1115 z późn. zm.).

⁴⁶ M. Szatkowska, A. Makiela, op. cit.

musiał także dopełnić podstawowych obowiązków weryfikacyjnych, jeśli chciał skorzystać ze zwolnienia. Jeśli weryfikacja statusu odbiorcy należności nie przebiegła pomyślnie, należało ustalić, jaki podmiot będzie tak naprawdę ostatecznym właścicielem należności na podstawie adekwatnej DTT albo pobrać podatek zgodnie z polskimi przepisami. Chociaż polska definicja rzeczywistego beneficjenta pojawiła się już w 2017 r., to ustawa o CIT na tamten moment nie odnosiła się do procesu weryfikacji tego statusu. Dlatego w przypadku chęci skorzystania z obniżonej stawki WHT wprowadzano odpowiednie postanowienia do umów, np. w umowach *cash pooling* określano, który podmiot ma status *beneficial owner* oraz na jakiej podstawie zostało to ustalone. Uzyskiwano też niezbędne oświadczenie od odbiorców należności.

Od 2019 r. proces weryfikacji kontrahentów stał się bardziej wymagający ze względu na nowe zasady poboru WHT. Nowością jest to, że płatnicy zyskali możliwość wystosowania oświadczenia o kwalifikowaniu się do zwolnienia z WHT lub stosowania względem nich obniżonej stawki WHT lub ubiegania się o opinię o stosowaniu zwolnienia, nawet w przypadku przekroczenia limitu wypłat w wysokości 2 milionów zł.

Cash pooling w czeskiej jurysdykcji – porównanie

Polska nie jest jedynym krajem, w którym występuje ryzyko niemożności uzyskania statusu *beneficial owner* przez *pool leadera*. Podobny problem występuje chociażby w Czechach. Generalnie odsetki od pożyczki wypłacane podmiotom mającym siedzibę poza terytorium Czech są opodatkowane WHT od odsetek⁴⁷ w wysokości 15%⁴⁸. Można jednak uzyskać zwolnienie pod warunkiem wykazania statusu *beneficial owner* spółki powiązanej z czeską spółką wypłacającą odsetki do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Szwajcarii, Norwegii, Islandii czy Liechtensteinu. Właściwe czeskie organy wydają zaświadczenie o zwolnieniu. Czeskie organy podatkowe wydają takie zaświadczenie na podstawie dokumentów przedstawionych w procesie aplikacji. Do podstawowych dokumentów należy certyfikat rezydencji wydany przez organy podatkowe danego państwa członkowskiego, potwierdzenie odpowiedniej formy prawnej podmiotu zagranicznego, dokument potwierdzający powiązanie spółki czeskiej ze spółką zagraniczną, opis metodologii przyjętej dla ustalania wysokości odsetek w ramach struktury *cash*

⁴⁷ W przypadku dywidend stawka WHT wynosi 35%, zob.: Accace, 2018 Tax Guidline, Czech Republic, 2018.

⁴⁸ Ibidem.

poolingu oraz potwierdzenie, że podmiot otrzymujący odsetki jest ich ostatecznym beneficjentem⁴⁹. Podatnicy z Unii Europejskiej i Europejskiego Obszaru Gospodarczego mogą złożyć wniosek w celu zwrotu kosztów związanych z wypłatą odsetek.

Czeskie prawo, podobnie jak polskie, nie wprowadza szczegółowych regulacji odnośnie *cash pooling*. Mimo to uzgodnienia w zakresie *cash pooling* mogą zainteresować czeski bank centralny⁵⁰. Zadania nadzorcze ČNB zostały istotnie zmodyfikowane w sierpniu 2013 r., kiedy wszedł w życie dekret nr 235/2013 (decree No. 235/2013) dotyczący składania oświadczeń do ČNB. Poprzedni dekret nr 34/2003 odnoszący się do wymogów zgodności i obowiązków notyfikacyjnych bezpośrednio wymieniał *cash pooling* jako typ operacji finansowej niewymagającej zgłoszenia do ČNB. Natomiast dekret z 2013 r. już nie przewiduje takiego zwolnienia względem *cash pooling*. Wprowadza natomiast roczny limit środków, jakie mogą być wypłacone za granicę oraz otrzymane z zagranicy. Jeśli wspomniany limit zostanie osiągnięty, to odpowiedzialny podmiot musi przedstawić ČNB oświadczenie w tym przedmiocie. Trzeba jednak podkreślić, że w dekreście z 2013 r. nie pojawia się termin *cash pooling*, ale mimo to ČNB oświadczył, że będzie takie operacje traktował w granicach określonych w dekreście na równi z pożyczkami. Innymi słowy, jeżeli całkowity wolumen środków, które czeski podmiot otrzymał lub udostępnił podmiotowi w innym kraju, wynosi 100 milionów CZK lub więcej, wówczas podmiot ten musi sporządzać miesięczne wyciągi z finansowania dłużnego i przekazywać je do ČNB. Niespełnienie tego warunku stanowi w Czechach przestępstwo zagrożone karą administracyjną w wysokości do 1 miliona CZK, do nałożenia której kompetencje posiada ČNB.

Czeskie ustawodawstwo nie rozpoznaje pojęcia grupy kapitałowej, tak samo jak nie posługuje się pojęciem *cash pooling*. Niemniej jednak *cash pooling* funkcjonuje w Czechach i choć nie ma regulacji bezpośrednio zajmujących się specyfiką tego typu operacji finansowych, to istnieją reguły, których należy przestrzegać, chcąc uniknąć problemów podatkowych oraz nadmiernych obowiązków związanych z raportowaniem. Praktycznie niemożliwe jest zawarcie umowy o *cash pooling* w Czechach, jeżeli jeden podmiot nie jest udziałowcem większościowym drugiego podmiotu. Powszechną praktyką jest, że decyzje o wejściu do struktury *cash pooling* podejmowane są przez czeski odpowiednik walnego zgromadzenia lub zgromadzenia akcjonariuszy, gdyż wymagana jest ścisła kontrola nad umowami z zakresu

⁴⁹ CMS, Cash pooling, July 2013 (raport korporacyjny).

⁵⁰ Dalej jako: „ČNB”.

zarządzania środkami podpisywanymi w imieniu spółki. Decyzja o uczestnictwie w strukturze *cash pooling* może nawet wymagać zmiany umowy spółki⁵¹.

Spółka jest czeskim rezydentem, jeżeli została zarejestrowana w Czechach lub jeżeli zarządzanie i kontrola sprawowane są z Czech. Spółki będące rezydentami podlegają opodatkowaniu od dochodów globalnych. Spółki niebędące rezydentami podlegają opodatkowaniu tylko od dochodu z czeskiego źródła przychodów. Wysokość WHT w Czechach wynosi 15%. Chociaż w czeskim ustawodawstwie, podobnie jak w ustawodawstwie polskim brakuje regulacji odnoszących się wprost do pojęcia *cash pooling*, to jednak w literaturze trudno znaleźć opisy analogicznych problemów i spraw, jakie pojawiły się w Polsce w kontekście zastosowania klauzuli *beneficial owner*. Na podstawie powyższych rozważań można przypuścić, że jest to spowodowane tym, że umowa o *cash pooling* na gruncie prawa czeskiego jest mimo wszystko bardziej zbliżona do umowy pożyczki niż ta sama umowa w Polsce, choćby ze względu na komunikat ČNB odnośnie traktowania umowy *cash pooling* analogicznie do umowy pożyczki. Ponadto literatura poświęcona zagadnieniu *cash pooling* w Czechach posługuje się bezpośrednio pojęciem „pożyczki”, dla opisu operacji zachodzących pomiędzy kontami uczestników struktury⁵². Może to wynikać również z faktu, że autorami przywoływanych w tej części publikacji nie są prawnicy. Niemniej jednak pokazują one optykę praktyków w tej kwestii. W Polsce natomiast można spotkać poglądy przeciwne, starające się uwypuklić różnice między umową o *cash pooling* a umową pożyczki⁵³. Zasadniczo umowa o *cash pooling* może zostać skonstruowana różnie i na ogół będzie kwalifikowana jako umowa nienazwana. Inna będzie zatem rola instytucji finansowej udzielającej pożyczki, a inna instytucji finansowej działającej w systemie *cash pooling*. Swoboda umów wprowadza szerszy zakres możliwości ustalenia statusu *pool leadera*. W takich warunkach nie zawsze musi to być podmiot wyłącznie administrujący przepływy kapitałowe pomiędzy uczestnikami struktury. Być może po części to właśnie w ten sposób w warunkach polskich, a nie np. czeskich, pojawiła się możliwość przypisania *pool leaderowi* statusu *beneficial owner*.

⁵¹ K. Kocurek, P. Polak, *Cash Pooling in The Czech Republic*, „International Journal of Accounting and Financial Management” 2013, 12(7).

⁵² Ibidem.

⁵³ Zob. W. Niemczyk, op. cit.

Zakończenie

W tym momencie trudno przewidzieć wszystkie konsekwencje Nowelizacji, ponieważ nie ukształtowała się jeszcze praktyka organów skarbowych, w szczególności w odniesieniu do odsetek wypłacanych w ramach umowy o *cash pooling*. Skutki podatkowe tego typu umów historycznie budziły liczne kontrowersje podatkowe i można przypuszczać, że Nowelizacja nie przyniesie kresu tym kontrowersjom, szczególnie biorąc pod uwagę nowe obowiązki płatnika przewidziane w ustawie o CIT oraz jednoczesne funkcjonowanie zwolnienia partycypacyjnego oraz zwalniania na gruncie DTT. Analizy nie ułatwia także kwalifikacja umowy o *cash pooling* jako umowy nienazwanej albo serii umów, w tym umów nienazwanych.

Istotne wątpliwości wzbudziło wprowadzenie wymogu należytej staranności, obowiązującego od 1 stycznia 2019 r. wszystkie podmioty wypłacające należności objęte WHT. Obowiązek ten dotyczy wszystkich płatności, niezależnie od ich wartości. Jednocześnie ustawodawca nie wskazał w przepisach podatkowych odnoszących się do WHT, jak należy interpretować „należyta staranność” i jakie realne działania trzeba podjąć, żeby ten wymóg można było uznać za spełniony. W ustawach podatkowych określono jedynie, że przy ocenie dochowania należytej staranności uwzględnia się charakter oraz skalę działalności prowadzonej przez płatnika. Trzeba jednak mieć na uwadze, że to pojęcie może być interpretowane szeroko, w szczególności w braku skonkretyzowanych warunków. Chociaż typowo uczestnikami umowy *cash pooling* są podmioty powiązane, to nie jest to obligatoryjne rozwiązanie. W szczególności w sytuacji, w której pojawiają się trudności w weryfikacji zagranicznych odsetek, uzyskanie obniżki lub zwolnienia z WHT może okazać się praktycznie niemożliwe. Nowe przepisy mogą okazać się uciążliwe dla przedsiębiorców i utrudnić funkcjonowanie struktur *cash pooling*.

Bibliografia

Akty prawne

- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie zapobieżenia podwójnemu opodatkowaniu w zakresie podatków od dochodu i majątku (Dz.U. z 1977 r. Nr 1, poz. 5).
 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1145).
 Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 865 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 2193).

Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1115 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 900 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 2357 z późn. zm.).

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.).

Orzeczenia i interpretacje indywidualne

Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 22 kwietnia 2015 r., IBPBI/2/4510-123/15/MO.

Interpretacja Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 5 listopada 2013 r., ILPB4/423-310/13-2/ŁM.

Interpretacja Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej nr 0111-KDIB1-3.4010.63.2018.3.JKT.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2010 r., III SA/Wa 2056/09.

Wyrok NSA z dnia 7 grudnia 2010 r., II FSK 1277/09.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 lutego 2014 r., III SA/Wa 2375/13.

Judgement of the Court (Grand Chamber) In joined Cases C-116/16 and C-117/16, T Denmark, Y Denmark Aps, 26 February 2019, ECLI:EU:C:2019:135.

Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2019 (requests for a preliminary ruling from the Østre Landsret, Vestre Landsret – Denmark) – N Luxembourg 1 (C-115/16), X Denmark A/S (C-118/16), C Denmark I (C-119/16), Z Denmark ApS (C-299/16) v Skatteministeriet.

Literatura

Bąk P., Sierpińska-Sawicz A., *The effects of cash pooling application in funds management in a capital group in hard coal mining industry*, „Archives of Mining Sciences” 2016, 61(1), s. 95–107.

Czuba-Kulisińska B., *Sterowanie płynnością finansową z wykorzystaniem cash pooling na przykładzie grupy kapitałowej*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Częstochowskiej. Zarządzanie” 2017, 25(1), s. 194–204.

Dąbrowska J., *Opodatkowanie dochodu niezydentów*, [w:] M. Jamroży (red.), *Opodatkowanie dochodów transgranicznych*, Warszawa 2016.

Gajewski D., *Cash pooling – aspekty podatkowe*, „Palestra” 2013, 58(1–2).

Kocurek K., Polak P., *Cash Pooling in the Czech Republic*, „International Journal of Accounting and Financial Management” 2013, 12(7).

Niemczyk W., *Cash pooling. Aspekty teoretyczne w praktyce biznesowej przedsiębiorstw*, „Palestra” 2013, 58(1–2), s. 47–56.

- OECD, *Base Erosion and Shift Profiting (BEPS), Public Discussion Draft*, BEPS Actions 8–10, Financial Transactions, 3 July–7 September 2018.
- Piazzessi M., Schneider M., *Payments, Credit and Asset Prices*, „BIS Working Papers” 2018, 734.
- Remlein M., *Cash pooling jako instrument zarządzania środkami pieniężnymi w grupie kapitałowej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2014, 70, s. 135–145.
- Szłęczak-Matuszewicz J. *Tax risk in cash pooling agreements in polish enterprises*, „Management Theory and Studies for Rural Business and Infrastructure Development” 2014, 36(4), s. 977–987. 981
- Tymczak J., *Cash pooling jako metoda optymalizacji przepływów finansowych w korporacjach finansowych*, [w:] K. Wach, A. Marjański (red.), *Uwarunkowania internacjonalizacji przedsiębiorstw w dobie gospodarki przedsiębiorczej*, Łódź–Warszawa 2018.
- Wilk M., *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, Warszawa 2015.

Raporty korporacyjne, blogi podatkowe i inne

- Accace, 2018 Tax Guidline, Czech Republic, 2018.
- CMS, *Cash pooling*, July 2013 (raport korporacyjny).
- Kwaśniewski M, Wojszko-Maciulewicz P., *Rzeczywisty właściciel i rzeczywista działalność gospodarcza – co to znaczy?*, blog podatkowy Crido Taxand, 20.11.2018.
- Matyszewska E., *Cash pooling to dobry sposób na optymalizację podatkową*, „Dziennik Gazeta Prawna”, <http://www.ozog.pl/pdfs/1276594079-dziennik-gazeta-prawna-14062010-cash-pooling-to-dobry-sposob-na-optymalizacje-podatkowa.pdf> (dostęp: 22.06.2018).
- Szatkowska M., Makiela A., *Zmiana brzmienia klauzuli rzeczywistego właściciela to nie tylko dodatkowe obowiązki dla podatników, ale również szereg problemów praktycznych przy stosowaniu przepisów o podatku u źródła*, KPMG Frontiers in Tax. Polish edition, czerwiec 2019.
- Witucki M., Prezydent Konfederacji Lewiatan, list: Uwagi Konfederacji Lewiatan do projektu objaśnień podatkowych z dnia 19 czerwca 2019 r. „Zasady poboru podatku u źródła” z dnia 28 czerwca 2019 r. nr KL/237/119/PP/2019 skierowany do Ministra Finansów.
- Związek Przedsiębiorców i Pracodawców, *Interpretacje podatkowe w Polsce*, Warszawa, wrzesień 2018.