

Natalia Cieślewicz\*

## KLAUZULA *BENEFICIAL OWNER* W PRAWIE CHIŃSKIM – KLUCZOWE ZAGADNIENIA

**Streszczenie.** Celem niniejszej pracy jest zbadanie rozumienia pojęcia *beneficial owner* w Chinach. Termin ten został wprowadzony do Modelowej Konwencji OECD 1977 r. w celu zapobieżenia wykorzystania art. 10–12 przez agentów, którym przysługuje prawo do dochodu. Od niedawna do polskiej Ustawy o CIT wprowadzono definicję klauzuli *beneficial owner*, co zainspirowało autora do dalszych rozważań. Fakt wprowadzenia Chin w 2001 Prawa Trustów sprawił, że warto bliżej przyjrzeć się funkcjonowaniu instytucji powiernictwa i własności uprzywilejowanej w Chinach. W przeciwieństwie do Polski Chiny nie zdecydowały się na zdefiniowanie pojęcia *beneficial owner*, ale chińska administracja podatkowa regularnie publikuje wytyczne odnośnie możliwości skorzystania przez podmiot z klauzuli *beneficial owner*.

**Słowa kluczowe:** „rzeczywisty właściciel”, prawo podatkowe, prawo międzynarodowe, umowa międzynarodowa, prawo trustów, Komentarz do Modelowej Konwencji OECD, dywidendy, odsetki, należności licencyjne, prawo chińskie<sup>1</sup>

### 1. WPROWADZENIE

Wydaje się, że klauzula *beneficial owner* ma już ugruntowaną pozycję w międzynarodowym prawie podatkowym. W związku z tym, że model konwencji zaproponowany przez OECD stał się bardzo popularny, znaczna część umów na nim oparta zawiera właśnie tą klauzulę. Trudności w uchwyceniu jednolitego znaczenia klauzuli widać chociażby na gruncie pracy C. du Toita,

---

\* Absolwentka prawa w ramach Międzyobszarowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych i Społecznych MISH, alumni Warsaw-Beijing Forum i Chinese-European Partnership for Development.

która wywołała liczne dyskusje w doktrynie<sup>1</sup>. Termin ten został w prowadzony do Modelowej Konwencji OECD 1977 r. w celu zapobieżenia wykorzystania art. 10–12 przez agentów, którym przysługuje prawo do dochodu. Potwierdza to C. Elliffe, przywołując wyniki analizy raportów i dokumentów z lat 1968–1971 J.A. Jonesa, który doszedł do wniosku, że ideą, stojącą za wprowadzeniem klauzuli, było wyeliminowanie podmiotów mających jedynie tytuł prawny do dochodu spod ochrony traktatowej<sup>2</sup>. Publikacja T. Eckera i G. Resslera natomiast pokazuje, jak to pojęcie ewoluowało od momentu wprowadzenia go do modelu OECD do dzisiaj<sup>3</sup>. Do kluczowych autorów, zastanawiających się nad prawdziwą tożsamością pojęcia i jego obecnym znaczeniem należy m.in. K. Vogel<sup>4</sup>, którego zajmował także wpływ krajowej legislacji na interpretacje międzynarodowych traktatów podatkowych.

W Polsce natomiast tę tematykę zgłębiał przede wszystkim K. Bany, który poza licznymi artykułami naukowymi<sup>5</sup> zasłynął także tłumaczeniem Modelowej Konwencji OECD<sup>6</sup> oraz Komentarza do jej artykułów. Z bardziej bieżących opracowań należy wymienić pracę Michała Wilka, która również koncentruje się na ujęciu międzynarodowym, przywołując jej zastosowania w różnych państwach. Co ciekawe, autor ostatecznie dochodzi do wniosku, że termin *beneficial owner* powinien zostać pozostawiony prawu międzynarodowego i nie do końca rozważne jest wprowadzanie własnych definicji przez poszczególne państwa<sup>7</sup>. Chociaż z teoretycznego punktu widzenia nie sposób się z tym nie zgodzić, to należy brać pod uwagę także pragmatykę życia politycznego, którego częścią jest tworzenie prawa. Państwa, chcąc mieć jak największy wpływ na możliwie szeroki katalog dziedzin życia, dążą do zwiększania liczby regulacji oraz przejmowania terminów międzynarodowych w celu uregulowania ich na gruncie państwowym.

<sup>1</sup> Por. szerzej: C.P. du Toit, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, Amsterdam 1999, s. 177–178.

<sup>2</sup> C. Elliffe, *Beneficial ownership and Double Tax Agreements*, Auckland 2012.

<sup>3</sup> T. Ecker, G. Ressler, *History of Tax Treaties-The Relevance of the OECD Documents for the Interpretation of Tax Treaties*, Vienna 2011.

<sup>4</sup> Np. K. Vogel, R. Prokisch, *General Report. Interpretation of Double Taxation Conventions*, IFA Session, Florence 1993; K. Vogel, *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, London 1997; idem, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, London 1997.

<sup>5</sup> Np. K. Bany, *Interpretacja dwustronnych konwencji o unikaniu podwójnego opodatkowania* 2015; idem, *Międzynarodowe konwencje podatkowe a unikanie opodatkowania*, 2006.

<sup>6</sup> K. Bany, *Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku*, Warszawa 2011.

<sup>7</sup> M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, Warszawa 2015.

Znaczenie nadane klauzuli *beneficial owner* ma niebagatelny wpływ na los podatnika. Jej interpretacja w różnych jurysdykcjach może być niejednolita ze względu na różnice w systemach prawnych i historię prawa danych państw oraz fakt jej zdefiniowania w wewnętrznym systemie lub jego brak, a także dojrzałości dorobku orzeczniczego. Od niedawna klauzula została wprowadzona do Ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych<sup>8</sup>. Do tej pory jednak nie miały zamęt wprowadzało często nieprecyzyjne tłumaczenie na polski terminów zawartych w umowach. Zdarzało się, że nie wiadomo było nawet, czy dane sformułowanie w ogóle miało na celu wprowadzenie klauzuli *beneficial owner*. W związku z licznymi niejasnościami Polska ostatecznie wypracowała własną definicję *beneficial ownership*, która w Ustawie o CIT jest ujęta w sposób następujący: „podmiot otrzymujący daną należność dla własnej korzyści, niebędący pośrednikiem, przedstawicielem, powiernikiem lub innym podmiotem zobowiązanym do przekazania całości lub części danej należności innemu podmiotowi”. Rozwiązanie to jest bardzo nowe, gdyż funkcjonuje od 2017 r., więc trudno na razie jednoznacznie ocenić jego wpływ na sytuację podatnika.

W tym momencie należy nadmienić, że uzyskanie statusu *beneficial owner* jest bardzo korzystne i może zmienić sytuację zarówno podmiotu otrzymującego, jak również wypłacającego odsetki, dywidendy lub należności licencyjne za granicę. W normalnych warunkach ten drugi byłby zobowiązany do pobrania podatku u źródła, jednak większość międzynarodowych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania przewiduje całkowite zwolnienie od tego podatku lub jego zmniejszenie, które uzależnione jest uzyskania statusu *beneficial owner*. Z tego względu wielu przedsiębiorców stara się spełnić to wymagania w celu wygenerowania oszczędności podatkowych.

W niniejszej pracy przyjęto, że znaczenie danego źródła prawa powinno być przeanalizowane wielopłaszczyznowo, tzn. nie jedynie przez pryzmat samej jego treści, ale także praktycznego stosowania w rozstrzygnięciach spraw międzynarodowych. Spojrzenie na stosowanie prawa jest szczególnie istotne w badaniu prawa międzynarodowego. Dlatego zostaną omówione istotne kwestie prawa polskiego, europejskiego i międzynarodowego związane z interpretacją pojęcia *beneficial owner*. Zostanie

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. z 1992 r. Nr 21, poz. 86 (dalej jako: Ustawa o CIT).

to zestawione z linią interpretacyjną przyjętą przez chińską administrację podatkową w wydanych obwieszczeniach i notach, które doprecyzowują kluczowe okoliczności sprzyjające podmiotowi statusu *beneficial owner*.

Koncepcja porównania rozwiązań prawnych z innymi państwami wydaje się zasadna, ponieważ problematyka odniesienia się do klauzuli *beneficial owner* nie dotyczy jedynie Polski, a warto sprawdzić, jakie podejścia przyjmują inne państwa. Wzrost wymiany międzynarodowej i handlu zagranicznego powinny być priorytetami naszego kraju. Jest to tym bardziej istotne, że relacje gospodarcze podlegają procesowi coraz większego zacieśniania związanego z procesami globalizacji.

## 2. WĄTPLIWOŚCI W ZAKRESIE USTALENIA WŁAŚCIWEJ DEFINICJI – UWAGI OGÓLNE

Wiele umów o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartych przez współczesne państwa zawiera klauzulę *beneficial owner*, czyli klauzulę rzeczywistego właściciela lub faktycznego beneficjenta. Historycznie znamy wiele różnych tłumaczeń tego pojęcia, jednak na ogół nie oddają one w pełni znaczenia pojęcia, wywodzącego się prawdopodobnie z brytyjskiego *common law* i prawa trustów<sup>9</sup>. To kolejna trudność dla polskiego ustawodawcy, który wprowadza do polskiego prawa pojęcie o obcym rodowodzie prawnym, którego bezpośrednia transpozycja może okazać się sztuczna i nie do końca adekwatna, ale z drugiej strony powinna być zgodna z obowiązującymi tendencjami międzynarodowymi. W celu zachowania ścisłości pojęciowej w niniejszej pracy będzie używany termin angielski. W Ustawie o CIT przyjęto tłumaczenie „rzeczywisty właściciel”. Nie oddaje ono jednak w pełni sensu tego pojęcia, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że w polskim prawie cywilnym można być po prostu właścicielem, a nie właścicielem faktycznym, a może formalnym czy teoretycznym. Niemniej jednak wybór ten nie jest wcale najgorszy z możliwych, bo jakkolwiek pojęcie właściciela jest nam dobrze znane, to np. z określeniem tego, kim jest beneficjent polskie prawo miałoby znacznie większe trudności. Być może właśnie z tego względu zrezygnowano z używania terminu „beneficjent”. Zamiast terminu „rzeczywisty” można było także użyć słowa „uprzywilejowany”, jednak to również nie wydaje się korzystniejszym wyborem, gdyż

<sup>9</sup> M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego beneficjenta...*

stopnie uprzywilejowania własności znane są przede wszystkim państwom z kręgu kulturowego *common law* i zupełnie obce polskiemu prawu.

Klauzula ma zastosowanie do wypłat dywidend, odsetek od pożyczki oraz należności licencyjnych. Jej definicji próżno jednak szukać w polskim prawodawstwie, często nawet umowy międzynarodowe nie wprowadzają własnego rozumienia tego pojęcia, dlatego bywa ona przedmiotem sporów przedsiębiorców z organami podatkowymi. Stąd też niektóre państwa dążą do wprowadzania własnych definicji, inne natomiast pozostawiają to roli prawa międzynarodowego.

Chiny nie zdecydowały się do tej pory na wprowadzenie własnej definicji *beneficial owner*, chociaż ustalenie tego statusu w Chinach dla skorzystania z przywilejów traktatowych stwarzało historycznie rozmaite trudności. Z tego względu od 2009 r. chińska administracja podatkowa wydała na ten temat kilka okólników, jak np. Obwieszczenie 601. Pierwszy z nich wymienia siedem niesprzyjających czynników dla zakwalifikowania podmiotu jako *beneficial owner*<sup>10</sup>. W 2012 r. wydano również Notę nr 30 (Public Notice 30), która wprowadziła zasadę *safe harbour* dla szczególnych nierezydentów podatkowych, chcących uzyskać korzyści traktatowe w odniesieniu do dywidend<sup>11</sup>. Mimo to organy administracji podatkowej oraz sami podatnicy napotkali wiele praktycznych problemów związanych z interpretacją pojęcia *beneficial owner* i z tego powodu spodziewają się dalszych działań Republiki Chińskiej, mających na celu objaśnienie jego stosowania w praktyce.

Na wstępie należy pokusić się jednak o przynajmniej robocze zdefiniowanie omawianego pojęcia. Jest ono najczęściej wprowadzone do treści postanowień regulujących transgraniczny przepływ dochodów biernych i służy do zapobiegania nadużyciom norm konwencji podatkowych. Zastosowanie tego pojęcia w umowie ma na celu zapobieżeniu podwójnemu opodatkowaniu i umożliwieniu uzyskiwania korzyści traktatowych jedynie podmiotom będącymi właścicielami należności w sensie ekonomicznym<sup>12</sup>. Formalne uprawnienie do otrzymywania należności będzie niewystarczające dla skorzystania z preferencji traktatowych, a zatem formalny właściciel należności nie będzie mógł uzyskać całkowitego zwolnienia lub

<sup>10</sup> <https://www.pwchk.com/en/china-tax-news/2018q1/chinatax-news-feb2018-6.pdf>.

<sup>11</sup> <https://www.pwccn.com/en/services/tax/publications/chinatax-news-feb2018-6.html>.

<sup>12</sup> Por. szerzej: K. Vern, L. Borden, *Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties*, „Canadian Current Tax” 2009, t. 19, nr 11, s. 98.

obniżonej stawki podatkowej w państwie źródła<sup>13</sup>. Mimo wprowadzenia tego terminu do wzorcowych umów podatkowych nie doczekał się on jednolitej definicji.

Żeby poprawnie zdefiniować to pojęcie na gruncie europejskim należy odnieść się do szerszego kontekstu i przeanalizować najpierw pojęcie „właściciel” (*owner*). Bardzo przejrzystą i prostą definicję zaproponował w swym orzeczeniu indyjski sąd, twierdząc, że własność to zbiór uprawnień związanych z rzeczą – przedmiotem uprawnień<sup>14</sup>. W słowniku prawniczym<sup>15</sup> można znaleźć także oddzielnie omówione pojęcie właściciela prawnego (*legal owner*), przez co rozumie się podmiot, posiadający tytuł prawny do rzeczy, z której korzyści czerpie drugi podmiot. Jak pisze S. van Weeghel: „Wydaje się, że termin *beneficial owner* został stworzony w Wielkiej Brytanii na skutek rozwoju prawa trustowego, na gruncie którego termin *beneficial owner* jest używany jako przeciwieństwo terminu *legal owner*”<sup>16</sup>. Wspomniany wcześniej słownik definiuje *beneficial owner* jako podmiot, który jest uważany za właściciela ze względu na swoje udziały w kapitale, możliwość używania oraz tytuł prawny przysługujący danemu podmiotowi. Inny słownik<sup>17</sup> natomiast podaje, że jest to podmiot, posiadający tytuł do uzyskiwania dochodu bez konieczności posiadania odpowiedniego tytułu albo uprawnień kontrolnych. Warto także zwrócić uwagę na francuski termin *bénéficiaire effectif*, który nie koncentruje swojej uwagi na wiążące praw, ale raczej na realnym odnoszeniu korzyści z transferu kapitału. Zatem czynniki, które przesądzają o tym, że mamy do czynienia z podmiotem o statusie *beneficial owner* odnoszą się przede wszystkim do cech faktycznych tego podmiotu, a nie warunków prawnych<sup>18</sup>. Wydaje się to odpowiadać współczesnej zmiennej rzeczywistości biznesowej.

Warunki uzyskania korzyści wynikające z modelowych konwencji nie przesądzają o istocie pojęcia. Na ten temat wypowiadają się natomiast

<sup>13</sup> Por. szerzej: H. Litwińczuk, *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, Warszawa 2013, s. 403.

<sup>14</sup> Indian Supreme Court ruling in the case of Swadesh Ranjan Sinha vs Haradeb Banerjee, AIR 1992 SC 1590.

<sup>15</sup> H.C. Black, *Black's Law Dictionary with Pronunciations*, Minnesota 1990, s. 63–64.

<sup>16</sup> S. van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States*, London 1998, s. 64.

<sup>17</sup> R.F. Patterson, D. Litt, *New Webster's Giant Print Dictionary*, Miami 1992.

<sup>18</sup> K. Vogel, R. Prokisch, *General Report. Interpretation of Double Taxation Conventions*, IFA Session, Florence 1993, „Cahiers de Droit Fiscal International”, Vol. LXXVIIIa, s. 59 oraz K. Bany, *Interpretacja dwustronnych konwencji o unikaniu podwójnego opodatkowania (1)*, „Przegląd Podatkowy” 2005, nr 6, s. 36.



przedstawiciele doktryny. Należy podzielić zdziwienie K. Vogela odnośnie tego, że klauzula *beneficial owner* pełni obecnie niebagatelną rolę, przesądając o wysokości podatku, a mimo to Modelowa Konwencja OECD jej nie definiuje, a Komentarz wypowiada się na jej temat dosyć lakonicznie. Klaus Vogel uważał, że jeśli państwo jest sygnatariuszem Modelowej Konwencji OECD, to jego intencją jest stosowanie jej przepisów oraz Komentarza, chyba że zachodzą szczególne okoliczności<sup>19</sup>.

Chiny nie są członkiem OECD, a w związku z tym mogą bardzo swobodnie kształtować znaczenie pojęcia *beneficial owner* na swoim terytorium. Chińska administracja podatkowa również zauważyła wiele problemów interpretacyjnych związanych z pojęciem *beneficial owner*. Z tego względu co jakiś czas decyduje się na opublikowanie oficjalnych objaśnień kwestii budzących największą wątpliwość. W 2018 r. została opublikowana długo wyczekiwana Informacja Publiczna nr 9, rewidująca Okólnik 601 oraz Informację Publiczną nr 30. Dokonała dwóch istotnych zmian: poszerzyła krąg nierezydentów, którzy mogą domagać się ochrony na bazie *safe harbour rule* oraz umożliwiła stosowanie zasady: *same country, same treaty* dla wielowarstwowych struktur holdingowych. Dzięki tym zmianom wzrastają szanse wielu nierezydentów na uzyskanie statusu *beneficial owner* w odniesieniu do dywidend.

Widać, że zarówno Polska jak i Chiny są świadome wielu problemów podatników i starają się w coraz większym stopniu ustabilizować ich sytuację. Mimo zauważalnych dobrych chęci nie należy oceniać polskich zmian pozytywnie. Dużo lepsze podejście prezentują Chiny, które na podstawie analizy spraw i zebranych informacji od podatników oraz organów podatkowych co jakiś czas publikuje aktualizacje czynników sprzyjających bądź niesprzyjających zakwalifikowaniu podmiotu jako *beneficial owner*. Na podstawie ostatnich publikacji można stwierdzić, że wprowadzane zmiany są coraz bardziej korzystne dla podatnika.

### 3. INSTYTUCJA POWIERNICTWA A ANALIZA POJĘCIA *BENEFICIAL OWNER*

Szanghaj i Hongkong to wiodące centra finansowe świata, które w 2014 r. uruchomiły mechanizm łączący transakcje wykonywane pomiędzy giełdami tych państw – Stock Connect, budzący wątpliwości w związku

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 41.

z wykorzystywaniem klauzuli *beneficial owner*. Duży problem stanowią bowiem inwestycje dokonywane przez zbiorowych inwestorów, najczęściej fundusze powiernicze albo banki dysponujące większą liczbą kont. W Europie takie fundusze (UCITS) są poddane regulacjom Unii Europejskiej<sup>20</sup>. Warto także nadmienić, że system prawny obowiązujący w Hongkongu ma swoje korzenie w czasach kolonialnych i systemie *common law*. Z tego względu umowy zawierane przez Hongkong i ich interpretacja będą o tyle ciekawe, że środowisko prawa anglosaskiego jest bardziej naturalne dla wydobycia prawdziwego znaczenia klauzuli. Chiny natomiast dostarczają dość bogatego materiału w zakresie interpretacji klauzuli. Nie każde stanowisko tego państwa jest słuszne, ale warto przeanalizować chińskie postulaty i wybrać te, które mogłyby się sprawdzić także w innych warunkach.

Zanim zostanie szerzej omówiona kwestia statusu *beneficial owner*, warto przyrzeć się uważniej mechanizmowi Stock Connect. Kiedy tylko broker z Hongkongu wykona zlecenie kupna w ramach Stock Connect, jest ono momentalnie rozliczone ze względu na połączenie między przedsiębiorstwem zajmującym się obrotem instrumentami finansowymi i rozliczeniami z Chin oraz jego odpowiednikiem z Hong Kongu. Gdy transakcja zostanie rozliczona, udziały zostają przekazane na konto ombudsmana, Central Securities Depository (CSD), który jest łącznikiem między Chinami a Hongkongiem. Inwestorzy hongkońscy oraz wszyscy zagraniczni inwestorzy będą występować jako udziałowcy powierniczy. Zasadnicze pytanie brzmi: czy ci inwestorzy mogą korzystać z klauzuli *beneficial owner*? Zgodnie z Art. 18 CSRC Securities Registration Measures<sup>21</sup> udziałowiec powierniczy może być w posiadaniu udziałów na rzecz innego podmiotu i to ów inny podmiot może ubiegać się o status *beneficial owner*. Na podobnych zasadach zarządzający aktywami dysponują udziałami na rzecz inwestorów. Dodatkowo regulacje dotyczące Stock Connect precyzyjnie określają w tym wypadku, przedsiębiorcę hongkońskiego jako udziałowca powierniczego oraz przyznają mu prawo do odnoszenia korzyści wynikających z posiadania udziałów<sup>22</sup>.

Zasadniczym wyzwaniem jest ustalenie, czy inwestorzy jako właściciele uprzywilejowani są uprawnieni do egzekwowania swoich praw i dochodzenia ich przed sądem w Chinach. Chińskie prawo nie zabrania właścicielowi

<sup>20</sup> Dyrektywa z Parlamentu Europejskiego i Rady z 2014 r., Dz.U.UE.L.2014.257.186.

<sup>21</sup> X. Quing et. al, *CSRC Released Further Details on Shanghai-Hong Kong Stock Connect*, 2014.

<sup>22</sup> *Ibidem*.



uprzywilejowanemu akcji pozwania spółki, której akcje udziałowiec ten ma w swoim portfolio. Z drugiej strony takie uprawnienie nie pojawia się bezpośrednio w chińskim prawie. Jeżeli coś nie jest przez prawo zabronione, to jest dozwolone – można przypuszczać, że ta maksyma sprawdzi się również w tym wypadku i rzeczywiście należałoby raczej stanąć na stanowisku, że wspomniany inwestor mógłby dochodzić swoich praw na drodze sądowej. Jeśli chiński prawodawca uczynił właściciela uprzywilejowanego uprawnionym, to nie może dziwić, że będzie on chciał dochodzić tego prawa przed sądem. Można zatem przypuszczać, że inwestorowi w tym wypadku przysługuje uprawnienie do pozywania. Podobnie uważa wielu chińskich prawników. Widać także, że szczególne prawa właścicieli uprzywilejowanych są uznawane przez chińskie sądy<sup>23</sup>. Dotychczas jednak żadna ze spraw nie dotyczyła mechanizmu Stock Connect. Warto także wskazać, że w prawie chińskim nie obowiązują zasada wiążącego precedensu, znana z *common law*.

W Polsce w zasadzie próżno szukać jednoznacznej kwalifikacji podmiotów do grupy odbiorców, którzy mają prawo do odnoszenia korzyści z przysługujących należności i którzy takiego przywileju nie posiadają. Ustawa Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych z 1991 r. posługiwała się jeszcze pojęciem funduszu powierniczego<sup>24</sup>. Zmieniło się to po wprowadzeniu Ustawy o funduszach inwestycyjnych z 1997 r.<sup>25</sup> regulującej w Polsce mechanizm wspólnego inwestowania. Porzuciła ona konstrukcję funduszu powierniczego, opartego na wywodzonej z *common law* koncepcji własności powierniczej. Na jej podstawie można było wyróżnić nominalnego i rzeczywistego właściciela składników majątku funduszu. Chociaż konstrukcja wywodzona z *common law* spotkała się z krytyką doktryny, to należy przyznać, że z punktu widzenia stosowania klauzuli *beneficial owner* wprowadza ona więcej pojęciowej precyzji. Obecnie Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi<sup>26</sup> odnosi

<sup>23</sup> Q, Yonghong, *Legal Issues on Nominee Holding in Equity Investment – Case Study*, [w:] *China Capital Law*, Beijing 2016, <http://www.chinacapitallaw.com/article/default.asp?id=12364>.

<sup>24</sup> Ustawa Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych, Dz.U. z 1994 r. Nr 58, poz. 239.

<sup>25</sup> Ustawa Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, Dz.U. z 2002 r. Nr 49, poz. 448.

<sup>26</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, Dz.U. z 2005 r. Nr 183, poz. 1538.

się dosyć pobieżnie do instytucji powiernictwa. Na jej szersze uwzględnienie miał zapewne wpływ rozwój relacji międzynarodowych i członkostwo w Unii Europejskiej. Do prawa instytucji wspólnego inwestowania i prawa powierniczego bezpośrednio odnosi się także obecnie obowiązująca Dyrektywa w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS)<sup>27</sup>.

Odnosząc się do funduszy inwestycyjnych, warto zwrócić uwagę na bardzo ciekawą definicję *beneficial owner* (w polskim tłumaczeniu – właściciela odsetek) zaproponowaną przez Dyrektywę w sprawie opodatkowania dochodów z oszczędności w formie wypłacanych odsetek<sup>28</sup>. Zgodnie z art. 2, podmiotem opodatkowania jest osoba fizyczna, której wypłacane są odsetki lub dla której wypłata odsetek jest zabezpieczana, chyba że osoba taka udowodni, że nie otrzymała takich odsetek ani nie zostały one zabezpieczone na jej rzecz. Oczywiście celem Dyrektywy jest efektywne opodatkowanie odsetek w państwie członkowskim miejsca zamieszkania właściciela odsetek zgodnie z przepisami krajowymi tego państwa. Potencjalny *beneficial owner* może jednak powołać się na to, że działa jedynie jako podmiot wypłacający i w związku z tym nie dysponuje władzą, jaką można by przypisać rzeczywistemu właścicielowi odsetek. Wyjątek stanowić będzie również działanie w imieniu osoby prawnej, podmiotu opodatkowanego od swoich zysków na podstawie ogólnych warunków działalności gospodarczej, UCITS – przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe lub podmiotu wypłacającego zgodnie z art. 4 ustęp 2 Dyrektywy. Ostatnim wyjątkiem jest działanie w imieniu innej osoby fizycznej, będącej właścicielem odsetek, z czym wiąże się konieczność ujawnienia podmiotowi wypłacającemu tożsamości właściciela odsetek. Sytuację doprecyzowuje art. 2 ustęp 2:

W przypadku gdy podmiot wypłacający posiada informacje wskazujące na to, że osoba fizyczna, której wypłacane są odsetki lub dla której wypłata odsetek jest zabezpieczona może nie być właścicielem odsetek, podmiot wypłacający podejmuje uzasadnione kroki w celu ustalenia tożsamości właściciela odsetek zgodnie z art. 3 ust. 2. Jeżeli podmiot wypłacający nie jest w stanie zidentyfikować właściciela odsetek, uznaje daną osobę fizyczną za właściciela odsetek<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Dyrektywa Rady z 2003 r., Dz.U. UE L 157/38.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

Wynika z tego niemal domniemanie posiadania statusu „właściciela odsetek”, co jest dość postępową koncepcją z punktu widzenia dotychczasowych rozważań. W dodatku brakuje w niej dość ważnego elementu kontroli nad należnościami.

#### 4. WARUNKI UZYSKANIA STATUSU *BENEFICIAL OWNER* W PRAWIE CHIŃSKIM

Obwieszczenie nr 601 wydane przez chińską administrację podatkową 27 października 2009 r. kładzie duży nacisk na element faktycznej kontroli przy interpretacji terminu *beneficial owner* w kontekście traktatów międzynarodowych podpisanych przez Chiny, w tym także traktatu z Hongkongiem<sup>30</sup>. Termin ten odnosi do podmiotu mającego prawo własności oraz prawo kontroli przychodu, praw lub rzeczy, będących jego źródłem. Podmiot taki musi angażować się w konkretne działania operacyjne struktury. Status *beneficial owner* może uzyskać nie tylko spółka, ale także osoba fizyczna. Wyłączone zostały jedynie spółki pośredniczące oraz agenci. Podkreślenie znaczenia elementu kontrolnego nawiązuje poniekąd do koncepcji swobody decyzyjnej K. Vogela odnośnie do znaczenia terminu. Zarówno w prawie polskim, jak i na gruncie Modelowej Konwencji OECD kwestia angażowania się w faktyczne działania operacyjne i uprawnienia kontrolne nie jest dość wyraźnie zaakcentowana, przez co pozostawia pole do interpretacji i kreatywnych argumentacji podatników. Dlatego wydaje się, że te tendencje powinny mieć wyraźniejszy wydzźwięk w polskim prawie wewnętrznym.

Obwieszczenie nr 601 wymienia też elementy, które nie sprzyjają przyznaniu podmiotowi obniżonej stawki podatku, wynikającej z zaklasyfikowania go jako *beneficial owner*. Zalicza się do nich obowiązek przekazania całych lub większości przychodów rezydentowi państwa trzeciego w określonym czasie, a także niski stopień aktywności operacyjnej, z wyłączeniem korzystania z uprawnień do źródła przychodu. Negatywnie na ocenę wpłynie także posiadanie przez spółkę małej liczby aktywów oraz pracowników, która nie odpowiada uzyskiwanemu przychodowi.

Kolejną przesłankę stanowi niewielka liczba praw do kontroli i wyzbycia się przychodu, własności, będącej jego źródłem lub praw do niej, a także nieponoszenie przez podmiot ryzyka lub ponoszenie go jedynie

<sup>30</sup> J. Liu, J. Eichelberger, *China Tax Scene*, [w:] *Intertax*, Issue 11, s. 623.

w niewielkim stopniu. Takie konkretne wyliczenie przesłanek pozytywnie wpływa na pewność prawa w Chinach. Warto też zwrócić uwagę, że chińska administracja podchodzi do pojęcia *beneficial owner* dużo bardziej restrykcyjnie niż normy zawarte w Modelowej Konwencji OECD i Komentarzu, np. poprzez porównywanie liczby pracowników do skali wypracowywanego przez spółkę przychodu. Skrajne przypadki łatwo zidentyfikować i odmówić im posiadania statusu *beneficial owner*, jednak łatwo wyobrazić sobie sprawy mniej oczywiste. Problemy z kazuistyką klauzul ogólnych widać także na bazie dyskusji na temat klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania, jaka odbywa się w Polsce w związku ze zmianą Ordynacji Podatkowej. Już w przeszłości Trybunał Konstytucyjny negatywnie wypowiedział się na jej temat przede wszystkim ze względu na próbę skategoryzowania i nadmiernego uszczegółowienia zakresu spraw, których miałyby dotyczyć. Ostatecznie zdecydowano, że w najnowszej wersji Ordynacji Podatkowej także jej nie będzie.

Dużo informacji na temat rozumienia terminu *beneficial owner* można uzyskać z okólnika (*Guoshuihan 165*) wydanego przez chińską administrację podatkową 12 kwietnia 2013 r.<sup>31</sup>, który tłumaczy to pojęcie w kontekście umowy podatkowej zawartej między Chinami a Hongkongiem. Okólnik nr 165 potwierdza postanowienia Obwieszczenia nr 601, kładąc szczególny nacisk na kazuistyczne rozpatrywanie spraw. Klauzula *beneficial owner* nie powinna jednak nieść negatywnych konsekwencji dla rezydentów Hongkongu, którzy nie przekazują dywidend do nierezydentów. Spółce utworzonej w celu realizacji danego projektu można odmówić statusu *beneficial owner*, nawet jeśli będzie mogła skorzystać ze zwolnień podatkowych zawartych w umowie. Problemy z kazuistyką klauzul ogólnych widać także na bazie dyskusji, jaka odbywa się w Polsce w związku ze zmianą Ordynacji Podatkowej. Podejrzenie dokonania w polskim obrocie prawnym legalnych czynności, służących zmniejszeniu obowiązków fiskalnych, skłoniło ustawodawcę do wprowadzenia regulacji, mającej temu zapobiec. Jednak wydaje się, że aktualnie rodzi to więcej wątpliwości niż wprowadza jasności i pewności do porządku prawa.

Chiny mają możliwość względnie autonomicznego kształtowania pojęcia *beneficial owner*, co widać w systematycznie wydawanych okólnikach z objaśnieniami, które odpowiadają na bieżące problemy z odpowiednim rozumieniem tego pojęcia. Polska jest natomiast związana nie tylko

<sup>31</sup> Guoshuihan z 10.10.2013 r., nr 165, <http://tax.mofcom.gov.cn/tax/taxfront/en>.

przepisami umów międzynarodowych, ale przede wszystkim normami Modelowej Konwencji OECD. W praktyce Chiny stosują często dość rygorystyczne podejście w zakresie nakładania podatku na nierezydentów. Wykorzystują klauzulę *beneficial owner*, żeby ograniczyć możliwość korzystania z obniżonej stawki podatkowej przez zagranicznych inwestorów, którzy muszą stosować się do chińskich okólników i odpowiednio przekształcać swoją strukturę korporacyjną. Chińska administracja dość szeroko komentuje swoje podejście do klauzuli *beneficial owner*. Jej stanowisko zmienia się jednak na przestrzeni czasu, a inwestorzy w dalszym ciągu oczekują bardziej szczegółowych wyjaśnień. Rezydenci Hongkongu spierają się z Chinami odnośnie do możliwości uzyskania zwolnień podatkowych. Wydaje się, że po wydaniu Okólnika nr 165 chińska administracja postanowiła pójść z Hongkongiem na kompromis. Hongkong stał się lokalizacją dla zagranicznych holdingów i *joint venture* z chińskimi spółkami. Okólnik nr 601 dość trafnie wskazuje jednak, że przy analizie pojęcia *beneficial owner* należy wziąć pod uwagę trzy dość istotne czynniki, takie jak: transfer istotnej części kapitału, realnej aktywności gospodarczej oraz skali działalności, na którą składa się wielkość samego przedsiębiorstwa, jego aktywów, liczba zatrudnionych osób, którą zestawia się z przychodem. Dwa pierwsze kryteria są w pełni zasadne i powinny mieć wyraźniejszy wydźwięk w polskim prawie. Niezasadne wydaje się wprowadzanie kryteriów ilościowych, np. procentowych odnośnie przekazywanego kapitału, ale raczej analizowanie tego aspektu w szerszym kontekście i w połączeniu z innymi kryteriami. Faktyczne prowadzenie działalności także stanowi wyjątkowo istotny aspekt. Problem pojawia się przy ustalaniu, kiedy funkcjonowanie spółki będzie stanowiło realną działalność. Dlatego Chiny asekuracyjnie uznały, że podmiot, któremu się odmawia statusu *beneficial owner* nie jest albo prawie nie jest aktywny biznesowo.

Nota nr 9, która weszła w życie 1 kwietnia 2018 r., zaostrzyła niektóre kryteria Obwieszczenia 601, co może stanowić wyzwanie dla niektórych nierezydentów, chcących ubiegać się o uzyskanie preferencji traktatowej. Wielonarodowe przedsiębiorstwa powinny przeanalizować, jaki wpływ na możliwość uzyskania statusu *beneficial owner* będą miały nowe wskazówki chińskiej administracji podatkowej, biorąc pod uwagę istniejące struktury inwestycyjne oraz model biznesowy. Z pewnością niektóre organizacje zdecydowały się na rozpoczęcie procesu restrukturyzacji w celu dostosowania się do nowych wymogów. Pozytywną zmianą wprowadzoną przez Notę nr 9 jest poszerzenie zakresu podmiotów, do których będą mieć

zastosowanie zasady: *same country, same treaty* oraz *safe harbour rule*<sup>32</sup>. Zgodnie z najnowszą publikacją chińskiej administracji rządowej, do czynników wpływających negatywnie na uzyskanie statusu *beneficial owner* zalicza się:

- zobowiązanie do wypłaty ponad 50% osiągniętego dochodu do państwa trzeciego w ciągu dwunastu kolejnych miesięcy (w Okólniku 601 próg zaczynał się od 60%),
- nieprowadzenie przez podmiot istotnej działalności biznesowej, do czego zalicza się ważna z punktu widzenia całego biznesu działalność wytwórcza, handlowa oraz zarządcza (to czy daną działalność można uznać za istotną zależy od funkcji sprawowanych przez podmiot w całej strukturze oraz wielkości ponoszonego ryzyka; wystarczy, że podmiot sprawuje kluczowe funkcje inwestycyjne i menadżerskie, żeby jego działalność można było uznać za istotną; jeśli jednak funkcje biznesowe i menadżerskie sprawowane przez podmiot nie mają kluczowego znaczenia, ale jego pozostała działalność jest istotna z punktu widzenia całej grupy, to podmiotowi takiemu nie można jednak przypisać statusu *beneficial owner*),
- wyłączenie dochodu od podatku w innej jurysdykcji podatkowej lub opodatkowanie go stawką minimalną,
- w odniesieniu do odsetek: jeżeli pożyczkodawca poza podstawową umową pożyczki na podstawie, której wypłacane są odsetki do nierezydenta, podpisał jeszcze jedną umowę depozytu lub pożyczki z osobą trzecią opiewającą na podobną sumę wielkość odsetek oraz czas trwania,
- w odniesieniu do należności licencyjnych: jeżeli poza podstawową umową licencyjną, odnoszącą się do danego patentu, prawa autorskiego lub technologii, podmiot podpisał jeszcze jedną umowę licencyjną dotyczącą tego samego patentu, prawa autorskiego lub technologii z osobą trzecią<sup>33</sup>.

Należy mieć na uwadze, że czynnikiem mobilizującym chińską administrację podatkową do publikowania różnego rodzaju wyjaśnień i doprecyzowania pojęć prawnych są rozwinięte rynki kapitałowe zarówno w samych Chinach, jak i u sąsiadów, np. w Hongkongu. Wydaje się, że w ostatnich czasach centrum finansowe przenosi się z Europy do Azji. Obecnie giełdy w Szanghaju i Hongkongu przewyższają pod względem kapitalizacji giełdę niemiecką, australijską, plasując się w dziesiątce największych giełd na świecie. Dodatkowo Chiny pretendują do rangi światowego mocarstwa, co

<sup>32</sup> <https://www.pwchk.com/en/china-tax-news/2018q1/chinatax-news-feb2018-6.pdf>.

<sup>33</sup> *Ibidem*.



ma swoją emanację także na gruncie prawa, a zatem, podobnie jak Stany Zjednoczone, będzie za pomocą rodzimych środków doprecyzowywać pojęcia prawa międzynarodowego. Znacznie mniejszy komfort w tym zakresie posiada Polska, której znacznie trudniej narzucić własną narrację prawną ze względu na jej pozycję w stosunkach międzynarodowych.

## 5. ZAKOŃCZENIE

Znaczenie klauzuli *beneficial owner* ewoluowało na przestrzeni lat. Obecnie można zauważyć coraz częstsze przypisywanie jej roli środka antyabuzyjnego oraz wykorzystywanie jej do przeciwdziałania nadużywaniu umów i unikaniu podwójnego opodatkowania. Jej definicji próżno szukać w Modelowej Konwencji OECD z 2010 r., chociaż znaczenie pojęcia *beneficial owner* ma wpływ na interpretowanie art. 10, 11 i 12. Należy zgodzić się z M. Wilkiem<sup>34</sup>, że do wyłączenia spółek podstawionych z zakresu pojęcia klauzuli *beneficial owner* należy podchodzić ostrożnie ze względu na niejasności związane z rozumieniem pojęcia *beneficial owner*. Autor ten wyciąga z tego wniosek, że państwa nie powinny mieć możliwości odwoływania się do krajowych definicji rzeczywistego beneficjenta, jeżeli dana umowa tego wyraźnie nie przewiduje<sup>35</sup>. Uważam, że ze względu na różnice w systemach prawnych i historycznym rozwoju rozumienia pojęć w różnych krajach, a także szeregu innych regulacji z nimi związanych w praktyce klauzula *beneficial owner* nie będzie interpretowana jedynie jako odrębny termin, należący do systemu międzynarodowego prawa podatkowego, ale coraz częściej będzie uwzględniany kontekst rozumienia krajowego. Myślę, że w przyszłości raczej coraz więcej państw będzie dążyło do wprowadzenia wewnętrznych definicji, czego przykładem mogą być niedawne zmiany w polskim prawie i jest to nieunikniony trend, na który musimy się przygotować.

## BIBLIOGRAFIA

- Bany K., *Interpretacja dwustronnych konwencji o unikaniu podwójnego opodatkowania*, „Przegląd Podatkowy” 2005.
- Bany K., *Międzynarodowe konwencje podatkowe a unikanie opodatkowania*, „Przegląd Podatkowy” 2006.

<sup>34</sup> M. Wilk, *Klauzula rzeczywistego beneficjenta...*, s. 309.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

- Ecker E., Ressler G., *Article 10: Dividends*, [w:] *History of Tax Treaties-The Relevance of the OECD Documents for the Interpretation of Tax Treaties*, Vienna 2011.
- Eliffe C., *Beneficial ownership and Double Tax Agreements*, New Zealand Institute of Chartered Accountants 2012 Tax Conference, 2012.
- Karwat P., *Nadużycie prawa w obszarze prawa podatkowego*, [w:] H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), *Nadużycie prawa. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego*, Warszawa 2003.
- Litwińczuk H. (red.), Krawat P., Pietrasiewicz W., Tetlak K., Kazanowski A., *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, Warszawa 2013.
- Liu J., Eichelberger J., *China Tax Scene*, [w:] *Intertax*, Issue 11.
- PwC China, <https://www.pwccn.com/en/services/tax/publications/chinatax-news-feb2018-6.html>.
- PwCChina, <https://www.pwchk.com/en/china-tax-news/2018q1/chinatax-news-feb2018-6.pdf>.
- Quing X et al, *CSRC Released Further Details on Shanghai-Hong Kong Stock Connect*, 2014.
- du Toit C.P., *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999.
- Vann R.J., *Beneficial Ownership. What Does History (and maybe policy) Tell Us*, Sydney 2012, <http://ssrn.com/abstract=2144038> [dostęp: 12.07.2017].
- Vogel K., *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, London 1997.
- Vogel K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, London 1997.
- Vogel K., Prokisch R., *General Report. Interpretation of Double Taxation Conventions*, IFA Session, Florence 1993, „Cahiers de Droit Fiscal International”, Vol. LXXVIIIa.
- van Weeghel S., *The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States*, London 1998.
- Wilk M., *Klauzula rzeczywistego beneficjenta (beneficial ownership) w międzynarodowym prawie podatkowym*, Warszawa 2015.

**Summary.** The underlying goal of this paper is better understanding of the beneficial ownership concept in Chinese law. This term was introduced for the first time to the OECD Model Convention 1977 with aim to prevent the use of Articles 10–12 by agents who have the claim for income. Recently this term was also introduced to Polish law and therefore it inspired the author to further investigation and analysis of its meaning and practical use. Given the fact that in 2001 China passed its Trust Law Act it becomes even more interesting to see how institutions of trusteeship and beneficial ownership function in this country. In opposition to recent changes in Polish law, China never decided to define beneficial owner, but Chinese tax administration regularly publishes updated guidelines to understanding practical use of beneficial owner clause.

**Keywords:** beneficial owner, tax law, international law, international treaty, trust law, dividends, interest, royalties, Chinese law