

## **Instrukcja oceny miejsca faktycznego zarządu spółki zarejestrowanej za granicą**

### **I. Uwagi ogólne**

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych [dalej: updop], podatnicy, jeżeli mają siedzibę lub zarząd na terytorium Polski, podlegają obowiązkowi podatkowemu od całości swoich dochodów, bez względu na miejsce ich osiągnięcia (nieograniczony obowiązek podatkowy). Dla uznania danego podmiotu za podlegający nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Polsce wystarczającym jest zatem **spełnienie tylko jednego** z dwóch wskazanych warunków.

Warunek posiadania zarządu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 updop, należy odczytywać nie tylko w znaczeniu formalnym (tj. siedziby organu zarządzającego), ale także w znaczeniu **sprawowania na terytorium Polski zespołu czynności, które funkcjonalnie składają się na całokształt procesu zarządzania jego działalnością i majątkiem**.

Jeżeli więc spółka formalnie zarejestrowana jest za granicą, natomiast w rzeczywistości posiada zarząd w Polsce, to wówczas zastosowanie art. 3 ust. 1 updop **pozwala na przypisanie jej nieograniczonego obowiązku podatkowego i opodatkowanie całości jej dochodów w Polsce**, niezależnie od tego w jakim państwie zostały one uzyskane.

Wątpliwości co do miejsca siedziby/zarządu pojawiają się zwykle w kontekście międzynarodowym. Stwierdzenie posiadania funkcjonalnego zarządu na terytorium Polski oraz kryterium formalnej siedziby na terytorium obcego państwa może bowiem doprowadzić do konfliktu w ocenie rezydencji podatkowej. **Wydany przez właściwe władze podatkowe certyfikat rezydencji nie przesądza jeszcze, że dany podmiot jest rezydentem tego właśnie państwa**. W takim przypadku wymagane jest odwołanie się do reguł kolizyjnych zawartych we właściwej umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania [dalej: DTT], zwykle do przepisu art. 4 ust. 3 (w przypadku tekstu właściwej umowy opartego na Konwencji Modelowej OECD). Przepis ten zawiera tzw. klauzulę *tie-breaker*, która ustala hierarchię związków podatnika z danym terytorium i za kryterium decydujące uznaje miejsce faktycznego (efektywnego/rzeczywistego) zarządu (*place of effective management*). Faktyczny zarząd rozumiany jest jako rzeczywiste wykonywanie czynności zarządczych w danym miejscu.

Mając na uwadze rozwiązania przyjęte w większości zawartych przez Polskę DTT, przedstawiony komentarz znajdzie odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do rozumienia pojęcia faktycznego zarządu na gruncie DTT.

Poniżej wskazano listę przykładowych czynników, które należy brać pod uwagę przy ocenie czy spółka [dalej: SPV] występująca w strukturze właścicielskiej/kapitałowej polskich podatników, mająca formalnie siedzibę za granicą, posiada miejsce faktycznego zarządu na terytorium Polski.

## II. Czynniki, które powinny podlegać analizie przy ocenie miejsca faktycznego zarządu SPV

Spełnienie przez SPV szeregu wskazanych poniżej czynników może sugerować, że miejsce faktycznego zarządu SPV znajduje się na terenie Polski, a nie w państwie jej formalnej rejestracji.

### A. Miejsce wykonywania czynności zarządczych

Konieczna jest ocena **gdzie są podejmowane istotne/kluczowe decyzje dotyczące funkcjonowania SPV<sup>1</sup>**, jak i bieżące decyzje w ramach codziennego zarządzania, a także gdzie jest prowadzony nadzór nad ich implementacją.

Należy uwzględnić fakt, że możliwe jest podejmowanie decyzji za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Innymi słowy, miejsce zarządzania niekoniecznie musi mieć charakter stały, a decyzje mogą być podejmowane w różnych miejscach na świecie lub nawet w trakcie podróży. Jednakże dla ustalenia, gdzie istotnie podejmowane są te decyzje liczy się także to, **gdzie zostały faktycznie przygotowane przez fachowy personel i gdzie zostały zebrane i przetworzone dane lub dokonane analizy do podjęcia tych decyzji.**

Przykładowe pytania jakie należy zadać dla oceny miejsca faktycznego wykonywania czynności zarządczych:

<b>Poniżej podano pytania, a w kolumnach obok przedstawiono przykładowe odpowiedzi wskazujące, że zarząd mieści się w Polsce lub ewentualnie nie mieści się w kraju formalnej rejestracji spółki typu SPV.</b> <i>Pytania w tabelach poniżej mają charakter pomocniczy, decyzja co do ustalenia miejsca zarządu powinna być podejmowana na podstawie całokształtu okoliczności jednoznaczne odpowiedzi nie zawsze będą występowały (na przykład, jeśli istnieje dokumentacja dotycząca podejmowanych decyzji, to należy zbadać, czy jest ona szczątkowa czy też normalna dla prowadzonej działalności – zatem odpowiedź „tak” musiałaby zostać poddana dalszej ocenie).</i>	<b>Tak</b>	<b>Nie</b>
1) Czy wizyty członków organu zarządzającego SPV w państwie jej siedziby są czynnościami formalnymi, polegają na podjęciu uchwały lub podpisaniu umowy, których treść została ustalona/wynegocjowana w Polsce?	T	
2) Czy dokumenty dotyczące prowadzenia spraw SPV podpisywane są faktycznie w Polsce? <i>Należy podkreślić, że dokument oznaczony jako podpisany za granicą powinien podlegać ocenie, czy rzeczywiście okoliczności dotyczące</i>	T	

<sup>1</sup> Np. w zakresie strategii SPV, kierunków zarządzania i rozwoju SPV, analizy sytuacji finansowej SPV, zaciągania znacznych zobowiązań, sprzedaży istotnych składników majątku, wykonywania praw wspólnika w spółkach zależnych, a także wyznaczania osób, które działają w imieniu SPV.

wytworzenia tego dokumentu wskazują na proces podejmowania decyzji za granicą.		
3) Czy uchwały lub umowy podpisywane są głównie przez pełnomocników lub członków zarządu niezwiązanych na co dzień z prowadzeniem spraw SPV – tj. SPV często lub wyłącznie korzysta z usług tzw. <i>corporate services</i> , zapewnianych zwykle przez kancelarię prawną/podatkową/księgową lub innych podmiot zakładający/dostarczający SPV <sup>2</sup> [dalej: dostawca SPV]?	T	
4) Czy pełnomocnicy lub członkowie zarządu poświęcają cały czas swojej pracy na rzecz SPV (tj. są na pełnym etacie w SPV lub też SPV płaci za 40 godzin pracy jednej osoby tygodniowo)?		N
5) Czy miejsce zlecenia zadań i wydawania poleceń pracownikom SPV znajduje się w Polsce (np. pracownicy otrzymują korespondencje e-mail lub telefony pochodzące z Polski)?	T	
6) Czy składanie zamówień kontrahentom SPV/zawieranie przez SPV umów odbywa się w Polsce? <i>Należy podkreślić, że istotną częścią tych procesów jest nie tylko miejsce formalnego podpisania dokumentów, ale także miejsce ich negocjowania i miejsce, gdzie fachowy personel dokonuje analiz potrzebnych zarządowi do podjęcia decyzji.</i>	T	
7) Czy miejsce zamieszkania lub odpowiednio siedziby pracowników wyższego szczebla lub istotnych zleceńobiorców SPV znajduje się w Polsce?	T	
8) Czy decyzje dotyczące SPV konsultowane są głównie z polskimi doradcami (w tym doradcami podatkowymi, prawnymi i ekonomicznymi)?	T	
9) Czy istnieje dokumentacja dotycząca zadań wykonywanych przez członków (zwłaszcza zagranicznych) organu zarządzającego SPV (w szczególności: korespondencja dotycząca prowadzenia spraw SPV, e-maile z poleceniami do personelu, e-maile lub notatki dotyczące spotkań i negocjacji z dostawcami/odbiorcami)?		N
10) Czy SPV dysponuje w państwie rejestracji miejscem (wraz z niezbędną infrastrukturą/obsługą – fachowym personelem), w którym może odbywać się podejmowanie decyzji dotyczących SPV (w szczególności: posiedzenia organu zarządzającego, spotkania członków organu zarządczego)?		N
11) Czy adres siedziby/biura SPV jest jedynie adresem formalnym, wykorzystywanym równolegle przez wiele podmiotów (w szczególności podmiotów niepowiązanych, gdy dany adres jest oferowany usługowo)?	T	

<sup>2</sup> Co do zasady, SPV powinna posiadać dokumenty potwierdzające poniesienie wydatków na takie usługi oraz innego typu usługi zapewniane przez dostawcę SPV.

<i>W spółkach typu conduit company/shelf company często zdarza się usługa zapewniana adresu zwykle oferowana przez dostawcę SPV - registered office address</i>		
12) Czy Polscy członkowie organu zarządzającego dysponują za granicą stałym biurem lub innym miejscem do wykonywania czynności oraz personelem obsługującym?		N
13) <i>Jeżeli odpowiedź na pytanie poprzednie jest twierdząca:</i> Czy członek organu zarządzającego zazwyczaj przebywa w tym miejscu w godzinach pracy (w szczególności: członek organu zarządzającego niebędący rezydentem państwa siedziby SPV)?		N
14) Czy są dowody na przebywanie członków organu zarządzającego i kadry kierowniczej, niebędących rezydentami państwa siedziby SPV, w państwie siedziby SPV (np. bilety lotnicze/hotel lub mieszkanie/transport)?		N

## B. Skład organu zarządzającego<sup>3</sup>

15) Czy członkami organu zarządzającego (dyrektorami) SPV są osoby fizyczne (lub inne podmioty <sup>4</sup> ) pełniące te funkcje w sposób usługowy <sup>5</sup> lub nominowani dyrektorzy tzw. <i>nominee directors</i> (usługa standardowo zapewniana przez dostawcę SPV)?	T	
16) Czy ci członkowie organu zarządzającego świadczą takie usługi <sup>6</sup> równoległe również dla innych podmiotów (w szczególności podmiotów niepowiązanych)?	T	
17) Czy ci członkowie zarządu poświęcają cały czas swojej pracy na rzecz SPV (tj. są na pełnym etacie w SPV lub też SPV płaci za 40 godzin pracy jednej osoby tygodniowo)?		N
18) Czy członkowie organu zarządzającego SPV nie wykonujący swoich funkcji usługowo <sup>7</sup> przebywają i wykonują swoje funkcje na terytorium Polski (co potwierdza np. ich rezydencja podatkowa/obywatelstwo/ośrodek interesów życiowych)?	T	
19) Czy członkowie organu zarządzającego posiadają doświadczenie zawodowe/kwalifikacje w zakresie branży/biznesu prowadzonego przez SPV?		N

<sup>3</sup> Zarząd/rada dyrektorów/rada zarządzająca/*board of directors/management board*.

<sup>4</sup> W niektórych jurysdykcjach (np. na Cyprze) możliwe jest pełnienie takich funkcji nie tylko przez osoby fizyczne, ale też inne podmioty np. spółki.

<sup>5</sup> Chodzi o usługowe pełnienie takich funkcji w sytuacji świadczenia tych usług dla więcej niż dwóch podmiotów niepowiązanych ze sobą kapitałowo choćby w sposób pośredni.

<sup>6</sup> Chodzi o usługowe pełnienie takich funkcji w sytuacji świadczenia tych usług dla więcej niż dwóch podmiotów niepowiązanych ze sobą kapitałowo choćby w sposób pośredni.

<sup>7</sup> W rozumieniu przedstawionym w przypisie j.w.

20) Czy członkowie organu zarządzającego SPV pełniący te funkcje w sposób usługowy <sup>8</sup> lub nominowani dyrektorzy są jednocześnie członkami zarządu w polskich spółkach (mających polską rezydencję podatkową)?		N
21) Czy udział członków organu zarządzającego mających polskie obywatelstwo lub polską rezydencję podatkową w posiedzeniach/zebraniach często następuje za pośrednictwem pełnomocnika ( <i>proxy</i> )?	T	
22) Czy członkowie organu zarządzającego SPV posiadają lokalne (odpowiadające siedzibie SPV) adresy e-mail/telefony stacjonarne lub komórkowe służbowe/wizytówki?		N

**C. Faktyczna możliwość funkcjonowania SPV i prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej oraz zakres takiej działalności:**

23) Czy istnieje faktyczna możliwość prowadzenia spraw SPV w państwie jej siedziby np. dostępne jest biuro/sala konferencyjna/ odpowiednie wyposażenie (meble i sprzęt biurowy, komputery, sprzęt IT) oraz środki łączności (telefon, skrzynki e-mail, strona www)?		N
24) <i>Jeżeli odpowiedź na pytanie poprzednie jest twierdząca:</i> Czy ww. środki są jednocześnie oferowane wielu niepowiązanym podmiotom?	T	
25) Czy środki komunikacji przeznaczone dla SPV (służbowe skrzynki e-mail SPV, służbowe nr telefonów) są faktycznie wykorzystywane w kontaktach z kontrahentami/pracownikami itp.?		N
26) Czy SPV zatrudnia personel na umowę o pracę?		N
27) Czy SPV zatrudnia personel na podstawie innej umowy zawartej pomiędzy SPV a osobą fizyczną świadczącą usługi?		N
28) Czy SPV zatrudnia jedynie (lub niemal jedynie) personel administracyjny (zwłaszcza, gdy zatrudnione osoby jednocześnie świadczą usługi na rzecz innych podmiotów, w tym w szczególności podmiotów niepowiązanych/ innych klientów dostawcy SPV)?	T	
29) Czy SPV posiada rachunek bankowy w państwie swojej siedziby?		N
30) Czy SPV ma rzeczywistą aktywność na swoim rachunku bankowym? Jeśli tak, to czy skala tej aktywności przewyższa aktywność na rachunku bankowym w polskim banku?		N

<sup>8</sup> Chodzi o usługowe pełnienie takich funkcji w sytuacji świadczenia tych usług dla więcej niż dwóch podmiotów niepowiązanych ze sobą kapitałowo choćby w sposób pośredni.

<i>(nie jest tak, gdy większość zobowiązań SPV jest regulowanych z rachunków innych podmiotów, np. członków organów zarządzających/wspólników/dostawcy SPV)</i>		
31) Czy dostęp do konta bankowego SPV jest realizowany w Polsce (zwłaszcza – wyłącznie w Polsce lub w innych krajach nie będących siedzibą SPV)?  <i>(np. logowania do serwisu bankowego następują z Polski lub z innych krajów nie będących siedzibą SPV, numery IP logują się poza krajem siedziby SPV)</i>	T	
32) Czy operacje bankowe SPV są zlecane w Polsce bądź następuje częste pobieranie gotówki kartą „firmową” z bankomatów w Polsce?	T	
33) Czy SPV ponosi koszty administracyjne swojej działalności w szczególności wynagrodzenia (np. wynagrodzenia członków organu zarządzającego są ponoszone przez SPV czy też przez inne spółki z grupy czy też nie ustalono takich wynagrodzeń w ogóle)?		N
34) <i>Jeżeli odpowiedź na pytanie poprzednie jest twierdząca:</i>  Czy wynagrodzenia członków organu zarządzającego SPV odpowiadają formalnemu zakresowi ich obowiązków i odpowiedzialności (np. czy nie są rażąco niskie w stosunku do wynagrodzeń, jakie rynkowo oczekiwaliby menedżerowie wysokiego szczebla z danej branży)?		N
35) Czy SPV dokonuje outsourcing’u większości swoich podstawowych funkcji (m.in. szerokie korzystanie przez SPV z tzw. usług <i>domiciliation/nominee</i> bądź faktyczne wypełnianie tych funkcji przez podmiot z grupy mający siedzibę na terytorium Polski np. wspólników)?	T	
36) Czy SPV/jej pracownicy koordynują i sprawują nadzór nad wykonywaniem zleconych usług, wskazanych w powyższym pytaniu?		N
37) Czy majątek SPV jest adekwatny do pełnionych przez nią funkcji?  <i>(np. czy posiada środki trwałe, czy ma zawarte umowy leasingowe, czy ma majątek obrotowy)</i>		N
38) Czy w siedzibie SPV przechowywana jest jej dokumentacja księgowa/korporacyjna/prawna?		N

#### **D. Inne czynniki**

39) Czy istnieje rzeczywiste biznesowe uzasadnienie włączenia SPV do struktury właścicielskiej/kapitałowej? Czy korzyści biznesowe są istotne w porównaniu do korzyści podatkowych?		N
---	--	---

<i>O braku takiego uzasadnienia może przykładowo świadczyć fakt, że inicjatywa w zakresie założenia SPV wyszła od doradców podatkowych podatnika, a założenie SPV nie ma podstaw biznesowych dla działalności gospodarczej grupy.</i>		
40) Czy zakres faktycznej działalności SPV jest bardzo wąski?  <i>Przykładowo: przeprowadzenie przez SPV tylko jednej transakcji, o której decyzja zapadła w Polsce – np. przeniesienie własności udziałów/akcji/certyfikatów inwestycyjnych, udzielenie jednej pożyczki lub kilku pożyczek podmiotom z tej samej grupy, emisja obligacji.</i>	T	
41) Czy włączenie SPV do struktury miało formę nabycia gotowej spółki (tzw. <i>shelf company</i> )?	T	
42) Czy dochodzi do korzystania w szerokim zakresie z usług powierniczych (tzw. <i>fiduciary services</i> - np. powołanie nominalnych udziałowców - <i>nominee shareholder</i> )?	T	
43) Czy zgromadzenia wspólników ( <i>shareholders meeting</i> ) odbywają się w państwie siedziby SPV?		N
44) Czy SPV była w przeszłości wykorzystywana przez inne grupy kapitałowe w celu wykonania jednorazowych transakcji o znaczących kwotach?	T	

### III. Zakład SPV na terytorium Polski

Na marginesie należy wskazać, że jeśli okazałoby się niemożliwe ustalenie, że SPV posiada na terytorium Polski miejsce faktycznego zarządu, wówczas można dokonać analizy, czy na terytorium Polski powstał stały zakład SPV w rozumieniu umów o unikaniu podwójnego opodatkowania (*permanent establishment*).

Jeśli bowiem znaczna część decyzji dotyczących SPV jest podejmowana na terytorium Polski (o czym może przykładowo świadczyć fakt, że większość członków organu zarządzającego SPV przebywa i zazwyczaj wykonuje swoje funkcje na terytorium Polski), to można twierdzić, że na terytorium Polski powstaje „dodatkowe” miejsce zarządu SPV, stanowiące zakład SPV w rozumieniu DTT zawartych przez Polskę (w większości DTT: art. 5 ust. 2 lit. a w zw. z art. 7 DTT).

Zyski takiego zakładu, które można przypisać do działań podejmowanych w Polsce, mogą podlegać opodatkowaniu w Polsce (art. 7 DTT, art. 3 ust. 3 pkt 1 updop).

### IV. Często wykorzystywane schematy

Poniżej wskazano przykłady często wykorzystywanych schematów optymalizacyjnych opartych na SPV z siedzibą w jurysdykcjach o korzystnym systemie podatkowym, które mogą być podważone w drodze ustalenia, że miejsce faktycznego zarządu SPV znajduje się na terytorium

Polski. Możliwe też jest, że miejsce faktycznego zarządu znajduje się na terytorium innego kraju niż kraj formalnej siedziby spółki. W tym przypadku decyzje mogą być podejmowane faktycznie w innym kraju niż kraj siedziby wskazany w dokumentach spółki :

- 1) SPV działająca jak **spółka holdingowa** (tzw. *HoldCo*):
  - do SPV transferowane są płatności z tytułu dywidend, jak również odsetek, należności licencyjnych oraz usług niematerialnych (np. zarządzania, doradztwa itp. - *head office charges, management fees, management and consultancy services*)
  - częste lokalizacje: Luksemburg, Holandia, Cypr, Malta, Dania, Wielka Brytania
  - w tych przypadkach możliwe jest, że spółka jest „pusta” tzn. że jest to tylko adres wykorzystywany przez organizację nie mającą rzeczywistego substratu organizacyjnego, materialnego ani czynnika ludzkiego – zatem taka spółka nie jest rzeczywistym rezydentem, lecz jej faktyczną rezydencję należy ustalić – w tym przypadku nie ma do niej zastosowania ani umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania, ani przepisy wewnętrzne polskie, stosowane do spółek w określonych państwach, np. na terenie EOG, chyba że spółka taka wykaże, że jest faktycznie zarządzana z innego kraju objętego taką umową o unikaniu podwójnego opodatkowania lub znajdującego się na terenie EOG.
- 2) SPV **finansowa/finansująca** (tzw. *FinCo*), wykorzystywana do pozyskiwania finansowania dla spółek z grupy, otrzymująca od polskich podmiotów płatności z tytułu odsetek:
  - częste lokalizacje: Szwecja, Luksemburg, Holandia, Cypr, Francja
  - pozostałe uwagi jw.
- 3) SPV posiadająca **znaki towarowe**, otrzymująca płatności z tytułu licencji:
  - częste lokalizacje: Szwajcaria, Cypr, Luksemburg, Malta, Holandia
  - częste branże: odzieżowa, FMCG
  - pozostałe uwagi jw.
- 4) SPV zakładane wyłącznie w celu **przeniesienia własności udziałów/akcji/certyfikatów inwestycyjnych**:
  - częste lokalizacje: Cypr, Luksemburg, Malta
  - SPV zakładana często wyłącznie w celu dokonania jednej, konkretnej transakcji
  - pozostałe uwagi jw.
- 5) SPV o funkcji ograniczonej do posiadania **certyfikatów inwestycyjnych** w polskich FIZ i otrzymywania z nich płatności:
  - częste lokalizacje: Cypr, Luksemburg, Holandia, Malta, Wielka Brytania
  - częste branże: nieruchomości/działalność deweloperska, telekomunikacja
  - pozostałe uwagi jw.
- 6) **Dyrektorzy w SPV z siedzibą na Malcie/Libanie**:
  - z uwagi na możliwość optymalizacji rozliczeń dyrektorów (polskich rezydentów podatkowych) na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych, w strukturach



polskich grup kapitałowych występują spółki z siedzibą na Malcie/Libanie, w których znaczna część dyrektorów to polscy rezydenci podatkowi, przebywający głównie w Polsce,

- w tym przypadku stwierdzenie, że spółka nie jest rezydentem maltańskim lub libańskim oznacza, że polscy dyrektorzy de facto zarządzają spółką będącą rezydentem polskim i nie mogą korzystać z postanowień umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, a ich dochody z tytułu zasiadania w zarządzie spółki maltańskiej lub libańskiej podlegają opodatkowaniu w Polsce w całości.