

Warszawa, dnia 12 grudnia 2017 r.

Szanowny Pan
Filip Światała
Dyrektor Departamentu Systemu
Podatkowego
Ministerstwo Finansów
ul. Świętokrzyska 12
00-916 Warszawa

Szanowny Panie Dyrektorze,

W dniu 20 października 2017 r. rozpoczęte zostały konsultacje podatkowe w sprawie planowanych zmian wprowadzających do polskiego porządku prawnego obowiązek raportowania schematów podatkowych – Mandatory Disclosure Rules (dalej: „MDR”). Niezależnie od rozesłanej przez Ministerstwo Finansów ankiety, z uwagi na istotny wpływ projektowanych przepisów na działalność członków Izby Zarządzających Funduszami i Aktywami (dalej: „IZFiA”, lub „Izba”), poniżej przedstawiam kompleksowe stanowisko względem proponowanych rozwiązań.

Fundusze inwestycyjne to szczególnego rodzaju osoby prawne, których przedmiotem działalności, zgodnie z ustawą z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1896 ze zm., dalej: „Ustawa o funduszach inwestycyjnych”), jest lokowanie środków pieniężnych zebranych od inwestorów. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1888 ze zm., dalej: „ustawa o CIT”) fundusze inwestycyjne objęte są zwolnieniami podmiotowym i przedmiotowym od podatku dochodowego od osób prawnych. Dzięki powyższym cechom stanowią one narzędzie przyciągające krajowych i zagranicznych inwestorów, a tym samym przyczyniające się do rozwoju gospodarki, jak również użyteczny mechanizm budowania długoterminowych oszczędności obywateli. Z tych względów stanowią one istotny element rządowego Programu Budowy Kapitału, będącego kluczowym elementem realizacji Planu na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju.

Przepisy wprowadzane przez państwa trzecie oraz zalecenia organizacji międzynarodowych wskazują na powszechnie akceptowaną tendencję do implementowania do porządków prawnych rozwiązań, które nakładają na podatników i promotorów obowiązek zgłaszania

struktur mogących wskazywać na unikanie opodatkowania. Rozwiązania w tym przedmiocie są zalecane przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju OECD (Mandatory Disclosure Rules, Action 12, 2015 Final Report OECD) oraz rozważane do wprowadzenia do porządku prawnego Unii Europejskiej (projekt DAC6 zmieniający dyrektywę 2011/16/UE).

Kształt rozwiązań legislacyjnych będących przedmiotem konsultacji podatkowych zainicjowanych przez Ministerstwo Finansów, budzi jednak istotne zaniepokojenie. Przedstawione koncepcje wykraczają poza ogólne wytyczne, które mają na celu przeciwdziałanie mechanizmom unikania opodatkowania i mogą dotyczyć stanów faktycznych niepozostających w związku ze zwalczanymi nieprawidłowościami. Mogą w szczególności objąć ustawowo uregulowaną działalność funduszy inwestycyjnych i zarządzających nimi towarzystw funduszy inwestycyjnych (dalej: „TFI”), poddając w wątpliwość legalność rozwiązań przewidzianych wprost przez ustawodawcę w celu pobudzania gospodarki.

I. Uwagi w odniesieniu do działalności członków IZFiA

W pierwszej kolejności IZFiA prezentuje uwagi dotyczące planowanych przepisów bezpośrednio w odniesieniu do działalności swoich członków, wskazując istniejące obecnie sprzeczności pomiędzy treścią planowanych przepisów, a celem istnienia wehikułów inwestycyjnych w postaci funduszy inwestycyjnych.

1. Definicja schematu podatkowego

1.1. Uwagi ogólne

Konsultowane założenia przewidują nałożenie na podatników oraz na promotorów rozwiązań optymalizacyjnych obowiązku informowania o fakcie wykorzystywania schematu podatkowego, rozumianego jako uzgodnienie, które:

- spełnia kryterium głównej korzyści oraz posiada ogólną cechę rozpoznawczą lub
- posiada szczególną cechę rozpoznawczą.

Z uwagi na cel wprowadzanych regulacji, którym jest uzyskanie przez właściwe organy podatkowe informacji o wykorzystywaniu sztucznych struktur optymalizacyjnych, konieczne jest zaprojektowanie przepisów prawa pozwalających na jednoznaczne ustalenie, jakie rodzaje czynności powinny być raportowane.

Implementowane rozwiązania powinny w sposób jednoznaczny i precyzyjny określać zakres obowiązku raportowego. W szczególności projektowane przepisy powinny:

- wyeliminować z obowiązku raportowania te rodzaje uzgodnień, które nie stanowią struktur wykorzystywanych do realizacji agresywnej optymalizacji podatkowej,
- dawać gwarancję uzyskiwania przez organy podatkowe tych informacji, które mają stanowić przedmiot weryfikacji, eliminując natomiast te stany faktyczne, które nie

wykazują cech nadużycia prawa (przeprowadzenie właściwej selekcji zdarzeń podatkowych na etapie raportowania przez podmioty zobowiązane),

- nie podważać przyjętej przez ustawodawcę polityki fiskalnej, która zakłada promowanie określonych aktywności podatników poprzez przyznanie im odpowiednich preferencji podatkowych (np. wspieranie prac badawczo-rozwojowych czy zachęcenie podatników do inwestowania środków pieniężnych),
- zagwarantować realizację konstytucyjnego obowiązku ponoszenia przez podatników ciężarów fiskalnych, przy jednoczesnym poszanowaniu zasad wolności gospodarczej i swobody umów.

Z uwagi na powyższe, niezbędne jest właściwe zdefiniowanie terminu „schemat podatkowy” przy odpowiednim ukształtowaniu elementów składowych tego pojęcia.

1.2. Kryterium korzyści głównej

Proponowana definicja kryterium korzyści głównej zakłada, że okoliczności wskazujące na potencjalne agresywne planowanie podatkowe są spełnione, gdy na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że podmiot działający rozsądnie i kierujący się praktyką przyjętą w danym rodzaju działalności **mógłby zasadnie wybrać inny sposób postępowania, z którym nie wiązałoby się uzyskanie korzyści podatkowej takiej jak oczekiwana lub wynikająca w związku z wykonaniem uzgodnienia.**

Izba wskazuje, że takie sformułowanie definicji korzyści głównej w praktyce może prowadzić do sytuacji, w której kryterium to będzie spełnione przez **każdy rodzaj postępowania inny niż ten zakładający maksymalne możliwe opodatkowanie w danej sytuacji.** W szczególności wybór jakiegokolwiek rozwiązania, które wiąże się ze skorzystaniem z przewidzianego w ustawie o CIT zwolnienia podatkowego, może powodować automatyczne uznanie, że kryterium głównej korzyści zostało spełnione. Przykładowo:

- wybór przez międzynarodowego inwestora inwestycji za pośrednictwem funduszu inwestycyjnego lub
- prowadzenie działalności w zakresie windykacji należności za pośrednictwem niestandardyzowanego sekurytyzacyjnego funduszu inwestycyjnego zamkniętego,

- spowodowałyby na gruncie proponowanego brzmienia definicji korzyści głównej uznanie kryterium jej występowania za spełnione.

Przyjęcie zaproponowanej definicji głównej korzyści może sprowadzać się do nakładania na podatników presji wyboru rozwiązania gospodarczego przewidującego maksymalne opodatkowanie danej transakcji. Obowiązek wyboru mniej korzystnego rozwiązania może wynikać ze stygmatyzacji transakcji korzystniejszej poprzez nałożenie obowiązku raportowego. To z kolei może doprowadzić do zmniejszenia atrakcyjności rozwiązań, których korzystne opodatkowanie zostało przewidziane jako zachęta do działania przez podatników w określony sposób.

Izba podkreśla, że zaproponowana forma definicji głównej korzyści nie realizuje w pełni rzeczywistych celów stanowiących podstawę dla wprowadzenia omawianej regulacji. Podstawową przesłanką dla implementowania do polskiego systemu podatkowego konsultowanych rozwiązań jest ochrona budżetu Państwa przed erozją podstawy opodatkowania. Zjawisko to jest spowodowane m.in. wykorzystywaniem przez niektórych podatników sztucznych struktur optymalizacyjnych. Fakt ten był wielokrotnie eksponowany w uzasadnieniu założeń przedstawionych do konsultacji podatkowych.

Izba pragnie jednak podkreślić, że proponowane rozwiązania nie odnoszą jednak się wprost do istoty problemu, lecz definiują korzyść podatkową w sposób maksymalnie szeroki, obejmując również te stany faktyczne, które nie pozostają w związku z działaniami mającymi znamiona nadużycia prawa. W konsekwencji możliwe jest przyjęcie, że uzyskanie korzyści podatkowej w ramach dowolnej transakcji, dla której istnieje rynkowa alternatywa, spełnia kryterium korzyści głównej.

Podsumowując powyższe, definicja głównej korzyści powinna rozstać uzupełniona o:

- wskazanie, że uzgodnienie jest lub będzie zrealizowane przede wszystkim w celu uzyskania oszczędności podatkowej, lub
- cel gospodarczy transakcji stanowi element drugorzędny dla realizacji uzgodnienia.

Przyjęcie powyższych kryteriów powinno wyeliminować kwalifikację jako spełniających kryterium głównej korzyści racjonalnych działań podejmowanych przez podatników, za jakie należy uznać wybieranie sposobów prowadzenia działalności, wobec których ustawodawca przewidział zachęty podatkowe.

Pozostanie przy obecnej propozycji, niezwykle szeroko definiującej pojęcie głównej korzyści, może spowodować konsekwencje niepożądane z perspektywy celu konsultowanych regulacji np:

- podmioty zobowiązane, stosując zasadę ostrożności, raportować będą zbyt dużą ilość uzgodnień, z których większość po szczegółowej weryfikacji przez organy podatkowe nie będzie uzgodnieniami realizującymi unikanie opodatkowania;
- powyższe z kolei będzie prowadzić do nieefektywności działań organów podatkowych, gdyż te będą alokować swoje zasoby do przypadków, które nie mają nic wspólnego z unikaniem opodatkowania;
- wygenerują niepotrzebne koszty po stronie przedsiębiorców (adresatów projektowanych norm tj. zarówno podatników, jak i podmiotów zobowiązanych do raportowania) związane z działaniami o charakterze compliance wynikającymi z projektowanych przepisów.

Izba jest przekonana, że uniknięcie powyższych niepożądanych skutków legislacji może zostać osiągnięte m.in. poprzez doprecyzowanie zakresu kryterium ogólnej korzyści, tak aby raportowane uzgodnienia jak najpełniej realizowały cel projektowanych przepisów.

1.3. Kryterium ogólnej cechy rozpoznawczej

Zgodnie z zaproponowanym brzmieniem przepisów uzgodnienie zostałoby uznane za podlegający raportowaniu schemat podatkowy, jeśli oprócz spełnienia kryterium głównej korzyści posiada ogólną cechę rozpoznawczą.

Jako ogólne cechy rozpoznawcze zaproponowane zostały:

- 1) zobowiązanie do zachowania w poufności sposobu, w jaki uzgodnienie pozwala na uzyskanie korzyści podatkowej,
- 2) zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia uzależnionego od uzyskania korzyści podatkowej lub jej wysokości,
- 3) zobowiązanie korzystającego z uzgodnienia, że w przypadku wdrożenia uzgodnienia będzie współpracował z podmiotem, który udostępnił uzgodnienie, albo zapłaci temu podmiotowi wynagrodzenie lub odszkodowanie,
- 4) zobowiązanie do zwrotu wynagrodzenia lub jego części w przypadku, gdy korzyść podatkowa nie powstanie lub powstanie w niższej wysokości,
- 5) podmiot udostępniający uzgodnienie lub korzystający faktycznie respektują lub zamierzają respektować co najmniej jedno z zobowiązań wskazanych w punktach 1-4 (faktyczne respektowanie klauzul),
- 6) na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że rozsądnie działający podmiot udostępniający uzgodnienie lub korzystający, do których nie stosowałyby się pozostałe obowiązki, chcieliby, żeby co najmniej jedno z zobowiązań wskazanych w punktach 1-4 były faktycznie respektowane (test hipotetyczny).

W opinii Izby treść ogólnych cech rozpoznawczych oznaczonych numerami 1-4 nie budzi wątpliwości.

Izba podkreśla jednak, że ogólne cechy rozpoznawcze oznaczone numerami 5 i 6 zostały sformułowane w taki sposób, że żaden podmiot zaangażowany w jakiegokolwiek relacje gospodarcze nie może wykluczyć ich zastosowania.

W odniesieniu do ogólnej cechy rozpoznawczej oznaczonej numerem 5 Izba wskazuje przykładowo, że jedyną możliwością wykluczenia jej zastosowania w związku z cechą nr 1 (zobowiązanie do zachowania poufności) jest udostępnienie treści uzgodnienia podmiotowi trzeciemu, bądź do publicznej wiadomości. W innym przypadku organy dokonujące kontroli zawsze będą mogły stwierdzić, że intencją stron było zachowanie treści uzgodnienia w tajemnicy.

Jeszcze większe pole do arbitralnej decyzji organów podatkowych pozostawia klauzula umożliwiająca uznanie cechy rozpoznawczej o numerze 5 za właściwą dla uzgodnienia, jeśli podmiot udostępniający uzgodnienie oraz korzystający jedynie zamierzają respektować co najmniej jedno ze zobowiązań wskazanych w punktach 1-4.

Podobnie pole do zbyt szerokiej interpretacji pozostawia ogólna cecha rozpoznawcza oznaczona numerem 6. Podmiot zaangażowany w uzgodnienie nie może bowiem w żaden sposób wykluczyć uznania przez organ kontrolujący, że rozsądnie działający podmiot udostępniający uzgodnienie lub korzystający nie chcieliby, aby jedno ze zobowiązań wskazanych w pkt 1-4 było faktycznie respektowane.

W ocenie Izby wprowadzenie ogólnych cech rozpoznawczych 5 oraz 6 sprawi, że przy zaproponowanej definicji głównej korzyści (obejmującej w praktyce jakiekolwiek działanie nieprzewidujące maksymalnego możliwego opodatkowania) **każde uzgodnienie (wszystkie umowy mogące wywoływać skutki podatkowe) będzie musiało ze względów ostrożnościowych podlegać raportowaniu.**

Izba zwraca uwagę, że przykładowo w systemie prawnym USA, Kanady i Portugalii przewidujących obowiązek raportowania na podstawie cechy umowy łączącej promotora i korzystającego powstaje wyłącznie w przypadku istnienia w umowie pomiędzy nimi określonych postanowień. W związku z powyższym Izba proponuje, aby katalog ogólnych cech rozpoznawczych ograniczyć do wymienionych w pkt 1-4, jako wystarczających, by raportowaniu podlegały wyłącznie uzgodnienia mogące zmierzać do uzyskania nieprzewidzianych w przepisach prawa podatkowego oszczędności podatkowych.

1.4. Kryterium szczególnej cechy rozpoznawczej

Zgodnie z zaproponowanym brzmieniem przepisów każde uzgodnienie zostałoby uznane za podlegający raportowaniu schemat podatkowy, jeśli niezależnie od spełnienia kryterium głównej korzyści oraz posiadania ogólnej cechy rozpoznawczej posiada szczególną cechę rozpoznawczą.

W ramach konsultacji zaproponowane zostały następujące szczególne cechy rozpoznawcze:

- 1) kwota podatku o określonej wysokości, którą należałoby pobrać w Polsce (gdyby nie przepisy umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania lub zwolnienia podatkowe),
- 2) zaangażowanie w uzgodnienie podmiotu mającego siedzibę lub zarząd w kraju stosującym szkodliwą konkurencję podatkową lub nie mającym miejsca zamieszkania, siedziby ani zarządu na żadnym terytorium ani w żadnym kraju,
- 3) wysokość przychodów nierezydentów osiąganych w związku z uzgodnieniem na terytorium Polski,
- 4) różnica w kwocie podatku do zapłaty, który byłby należny w związku z wykonaniem uzgodnienia od nierezydentów, gdyby byli oni polskimi rezydentami podatkowymi, a podlegającym faktycznej zapłacie podatkiem dochodowym w państwie rezydencji podatkowej,
- 5) istotny wpływ na część odroczoną podatku dochodowego lub aktywa albo rezerwy z tytułu podatku odroczonego.

Izba wskazuje, że tak sformułowane szczególne cechy rozpoznawcze powodują powstanie istotnych wątpliwości w odniesieniu do obowiązku raportowania ewentualnych uzgodnień. W szczególności w projektowanych przepisach nie zostało określone, czy próg istotności obecny w cechach 1 oraz 3-5 miałby zostać określony w umowie łączącej promotora i podatnika, czy też wynikać z faktycznej realizacji uzgodnienia.

Jeśli istotny miałby być próg faktycznie zrealizowany należy zauważyć, że w trakcie opracowywania bądź przekazania uzgodnienia promotor ani uczestnik mogą nie wiedzieć, jaki będzie jego faktyczny efekt. Przykładowo uzgodnienie polegające na realizacji inwestycji za pośrednictwem funduszu inwestycyjnego zamiast dokonania jej bezpośrednio przez osobę fizyczną lub spółkę kapitałową może spowodować przekroczenie progu szczególnej cechy rozpoznawczej nr 1 i 3, ale promotor proponujący podatnikowi (rezydentowi lub nierezydentowi) tego rodzaju rozwiązanie nie może określić wysokości oszczędności podatkowych oraz przychodów podatnika (związanych z wykorzystaną przewidzianą przez ustawodawcę zachętą do inwestowania) nie znając ostatecznej kwoty środków zaangażowanych przez podatnika w inwestycję oraz powodzenia samej inwestycji.

W opinii Izby istotne trudności praktyczne wiążą się również z określeniem wystąpienia szczególnej cechy rozpoznawczej nr 4, która wymaga od uczestników uzgodnienia uprzedniego określenia, jaki przychód zostałby osiągnięty przez nierezydenta w Polsce (co wymaga analizy hipotetycznego stanu faktycznego) oraz porównania wyniku z podatkiem, który zostanie dopiero faktycznie zapłacony w państwie jego rezydencji podatkowej.

W związku z powyższym Izba proponuje, by przy ocenie uzgodnienia jako schematu podlegającego raportowaniu nie korzystać ze szczególnych cech rozpoznawczych, poza cechą wskazaną w pkt 2 (zaangażowanie podmiotu mającego siedzibę lub zarząd w kraju stosującym szkodliwą konkurencję podatkową lub nie mającym miejsca zamieszkania, siedziby ani zarządu na żadnym terytorium ani w żadnym kraju).

2. Podmioty zobowiązane do raportowania – definicja promotora

Konsultowane założenia przewidują, że za promotora należy uznać osobę fizyczną, osobę prawną lub inną jednostkę nieposiadającą osobowości prawnej, która:

- opracowuje, udostępnia lub wdraża uzgodnienie w ramach świadczenia usług związanych z opodatkowaniem lub
- udziela, bezpośrednio lub za pośrednictwem innych osób, pomocy, wsparcia lub porad dotyczących opracowywania, udostępniania lub wdrażania uzgodnienia w zakresie jego aspektów podatkowych.

Zaproponowana definicja odnosi się w swojej treści przede wszystkim do szeroko rozumianych usług związanych ze świadczeniem pomocy w zakresie opracowania schematu i jego podatkowej implementacji. Przyjęte rozwiązania nie precyzują jednakże dostatecznie stopnia zaangażowania danego podmiotu w proces wprowadzania schematu podatkowego oraz jego wiedzy w zakresie ewentualnych skutków podatkowych wdrożenia rozwiązań. Proponowana

definicja promotora obejmuje potencjalnie każdy podmiot zaangażowany we wdrożenie uzgodnienia, w tym:

- TFI zarządzające funduszem inwestycyjnym, który zgodnie z wolą uczestnika oraz statutem funduszu dokonuje określonych działań mających dla uczestnika skutki podatkowe, których jednak TFI nie jest świadome, gdyż nie analizuje konsekwencji podatkowych przeprowadzanych działań dla innych podmiotów niż zaangażowany fundusz inwestycyjny,
- depozytariusz funduszu lub bank otwierający rachunek rozliczeniowy dla jakiegokolwiek podmiotu zaangażowanego w uzgodnienie, którego istnienia nie jest świadomy,
- dom maklerski dokonujący na zlecenie klienta transakcji, która jest częścią większego uzgodnienia, o którym dom maklerski nie został poinformowany.

Izba zwraca uwagę, że definicja promotora w proponowanym kształcie **może powodować niezgodność projektowanych przepisów z wyrażoną w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1997 r., poz. 78 nr 483, dalej: „Konstytucja”) zasadą zaufania do państwa i prawa**. W myśl wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2007 r., sygn. akt K 8/07 - "należy zaznaczyć, że ustawodawca nie może nakładać na adresatów prawa obowiązków niemożliwych do wykonania". Inaczej rzecz ujmując, prawo nie może, zgodnie z zasadą impossibilium nulla obligatio est, nakładać na obywateli obowiązków niemożliwych do spełnienia. Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie przyjął, że nie ogranicza on zakresu oddziaływania zasady ochrony zaufania wyłącznie do procesu stanowienia prawa, gdyż wyraźnie akcentuje potrzebę ochrony zaufania obywateli również w procesie stosowania prawa. **Pozostawienie definicji promotora w obecnym kształcie mogłoby natomiast powodować nałożenie obowiązku raportowania na podmioty, które nie mają wiedzy o okolicznościach mogących świadczyć o istnieniu uzgodnienia podlegającego raportowaniu, jak również nie mają narzędzi prawnych aby taką wiedzę zdobyć**. Dlatego też, obiektywnie, rzetelne spełnienie przez nie nałożonego obowiązku raportowania byłoby niemożliwe.

W opinii Izby definicja promotora powinna odnosić się do aktywności, która jest bezpośrednio zorientowana na stworzenie, udostępnienie lub kompleksowe wdrożenie schematu podatkowego. Istotne jest również, aby promotor miał wiedzę co do tego, że jego działanie może ułatwić podatnikowi uzyskanie korzyści podatkowych w sposób wypełniający znamiona unikania opodatkowania lub ma narzędzia prawne, aby taką wiedzę zdobyć.

Tym samym z definicji promotora powinny zostać wykluczone wszystkie podmioty, których rola jest ograniczona, a okoliczności wskazują że nie mają lub nie powinny mieć wiedzy o procesie tworzenia lub implementacji schematu podatkowego. Nie można więc uznać za promotora TFI, banków lub innych instytucji finansowych (w tym również pracowników tych podmiotów), które w sposób nieświadomy biorą udział w tworzeniu struktur

optymalizacyjnych (pośredniczą w otwieraniu rachunków bankowych, oferowaniu instrumentów finansowych).

Izba zwraca uwagę, że w ten właśnie sposób ukształtowane są definicje promotora w krajach, których rozwiązania stały się bazą dla zaleceń opublikowanych przez OECD. Przykładowo w Wielkiej Brytanii promotor został zdefiniowany jako „*a person, in the course of a relevant business, who is responsible for the design, marketing, organization or management of a scheme or who makes a scheme available for implementation by another person*”. Podobnymi definicjami posługują się również uregulowania Irlandii, Kanady i Republiki Południowej Afryki.

W opinii Izby przytoczona definicja promotora obecna w brytyjskim porządku prawnym jest znacznie bardziej precyzyjna i obejmuje wyłącznie **osoby, które wykonując działalność związaną z doradztwem, są odpowiedzialne za opracowanie, udostępnienie lub wdrożenie schematu podatkowego bądź które faktycznie udostępniają schemat korzystającemu**. Przyjęcie tego rodzaju definicji promotora prowadziłoby do podniesienia precyzji planowanych przepisów oraz ograniczenia obowiązków raportowych do osób faktycznie odpowiedzialnych za opracowanie, udostępnienie lub kompleksowe wdrożenie uzgodnień w ramach świadczenia usług związanych z opodatkowaniem. Definicja taka wyklucza również z obowiązku raportowania osoby, które mogą nieświadomie uczestniczyć na jakimś odcinku we wdrażaniu uzgodnienia spełniającego przesłanki schematu podatkowego, a nie mając jednak wiedzy wystarczającej do spełnienia obowiązku raportowego.

3. Podmioty zobowiązane do raportowania – warunkowy obowiązek raportowania

Konsultowane założenia przewidują, że oprócz promotora obowiązek raportowania ciążyć będzie na podmiotach: „*zobowiązanych do wykonania lub przyjmujących wynagrodzenie za wykonane czynności pozostających w zakresie ich działania w odniesieniu do uzgodnień, także w zakresie jego aspektów innych niż podatkowe*”.

Zgodnie z planami obowiązek ten ma dotyczyć w szczególności:

- biegłego rewidenta,
- notariusza,
- osobę świadczącą usługi prowadzenia ksiąg rachunkowych,
- księgowego lub dyrektora finansowego,
- bank lub inną instytucję finansową a także ich pracownika,
- osobę posiadającą kwalifikacje z dziedziny doradztwa inwestycyjnego, bankowości inwestycyjnej, zarządzania aktywami lub instrumentami pochodnymi,
- inne osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, wykonujące czynności pozostające w zakresie działania tych osób

lub posiadające podobne kwalifikacje (również w przypadku, gdy nie posiadają miejsca zamieszkania, siedziby ani zarządu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej)

Obowiązek raportowania przez te podmioty miałby dotyczyć każdej sytuacji, w której nie zostały poinformowane przez promotora lub korzystającego o wcześniejszym zgłoszeniu przez nich schematu podatkowego. Jako dodatkowe uzasadnienie objęcia wymienionych podmiotów obowiązkiem raportowania wskazany został przypadek, gdy podmioty te dostrzegły lub powinny były dostrzec, że uzgodnienie stanowi schemat podatkowy przy zachowaniu staranności ogólnie wymaganej przy dokonywanych przez nie czynnościach, oraz przy uwzględnieniu zawodowego charakteru ich działalności, obszaru specjalizacji i przedmiotu czynności.

W opinii Izby do przedstawionego powyżej obowiązku mają zastosowanie wszystkie argumenty, jakie zostały przedstawione w odniesieniu do zbyt szerokiej definicji promotora (pkt 2 powyżej). W szczególności wprowadzenie obowiązku raportowania wobec przedstawionego kręgu podmiotów i na podstawie wymienionych przesłanek spowoduje, że aby uniknąć odpowiedzialności wynikającej z niezłożenia raportu wszystkie wymienione podmioty będą musiały wobec każdej dokonywanej czynności uzyskiwać od stron oświadczenia o wcześniejszym zgłoszeniu schematu podatkowego, bądź nawet potwierdzenia faktycznego zgłoszenia schematu.

Izba podkreśla, że wymienione podmioty w większości przypadków realizują zlecone przez swoich klientów czynności nie uzyskując informacji, czy są to czynności pojedyncze, czy też będące częścią jakichkolwiek uzgodnień. Nałożenie na nie obowiązku raportowego w zaproponowanych ramach wymusi na nich gromadzenie znacznie większego zakresu informacji o kontekście dokonywanych czynności, co może w praktyce doprowadzić do paraliżu ich działalności lub co najmniej istotnego zwiększenia kosztów realizowanych przez nie usług.

W opinii Izby zaproponowane rozwiązania w zakresie wprowadzenia warunkowego obowiązku podatkowego są niecelowe oraz miałyby skutek odwrotny do zamierzonego. Zamiast uzyskania informacji o realizowanych schematach podatkowych z dodatkowych źródeł wprowadzenie tego obowiązku spowoduje konieczność raportowania przez zobowiązane podmioty każdej czynności, która nie została wcześniej zaraportowana.

W związku z powyższym Izba zwraca uwagę, że **projektowane przepisy mogą być niezgodne z wyrażoną w art. 22 Konstytucji zasadą wolności gospodarczej** („Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.”) oraz **w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasadą proporcjonalności** („Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa

lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.”). W opinii Izby stanowiłyby one nadmierną i nieuzasadnioną ingerencję w wolność prowadzenia działalności gospodarczej, naruszającą obie wspomniane zasady.

4. Tajemnica zawodowa

Co do zasady, wykonanie obowiązku informacyjnego w zakresie wykorzystywanych schematów podatkowych, zgodnie z założeniami Ministerstwa Finansów, ma ciążyć na promotorze. W obrocie prawnym istnieją jednak sytuacje, w których podmiot zobligowany do realizacji powyższego obowiązku zobowiązany jest jednocześnie do respektowania ustawowo uregulowanej tajemnicy zawodowej.

Obowiązek ten obejmuje przykładowo (art. 280 Ustawy o funduszach inwestycyjnych):

- osoby wchodzące w skład organów oraz pracowników TFI ,
- depozytariuszy,
- podmioty prowadzące rejestr uczestników funduszu,
- podmioty pośredniczące w zbywaniu i odkupywaniu jednostek uczestnictwa funduszy inwestycyjnych.

Naruszenie tajemnicy zawodowej sankcjonowane jest na gruncie Ustawy o funduszach inwestycyjnych odpowiedzialnością karną. Tajemnicę zawodową należy traktować jako zasadę, od której odstępstwa są możliwe tylko w ściśle określonych, wyjątkowych i marginalnych przypadkach. Dlatego też przyjęcie regulacji, która *ex lege* zakładałaby zwolnienie z przestrzegania tajemnicy zawodowej i nakładałaby obowiązek informowania organów podatkowych o oferowanych usługach wraz ze wskazaniem danych klientów, nie jest rozwiązaniem prawidłowym.

Wychodząc naprzeciw założeniom projektowanych przepisów, należy przyjąć, że w sytuacji, gdy promotor zobowiązany jest do respektowania tajemnicy zawodowej, obowiązek raportowy związany z wykorzystaniem schematu podatkowego należy przenieść na podatnika. Zasadnym jest jednak, aby na osoby zobowiązane ustawowo do zachowania tajemnicy zawodowej nałożyć obowiązek, który zakładałby konieczność poinformowania podatnika o tym, że:

- oferowane lub implementowane rozwiązanie może zostać uznane za schemat podatkowy,
- istnieje ustawowy obowiązek zgłoszenia wykorzystywanego schematu właściwym organom podatkowym,
- istnieje określony tryb, sposób i termin, w których powyższy obowiązek ma zostać zrealizowany.

Powyższe informacje powinny zostać przekazane w sposób rzetelny, pozwalający na faktyczne wywiązanie się przez podatników z obowiązku raportowego.

Ponadto, Izba pragnie podkreślić, że wprowadzenie regulacji w oparciu o przedstawione założenia mogłoby prowadzić do negatywnych dla TFI konsekwencji np.:

- konieczność znacznie szerszego korzystania z zewnętrznego wsparcia doradców podatkowych i prawnych w celu oceny spełnienia kryteriów przewidzianych w przepisach;
- istotnego zwiększenia kosztów działalności;
- wydłużenia czasu realizacji transakcji.

Dlatego też Izba wnosi o wnikliwe rozpatrzenie przedstawionych uwag oraz argumentów w celu wypracowania przepisów jak najpełniej realizujących zakładane cele, przy jednoczesnym ograniczeniu negatywnych skutków, które mogą się pojawić nie tylko w działalności TFI, ale całego sektora finansowego.

II. Pozostałe uwagi

W drugiej części swojego stanowiska Izba przedstawia uwagi natury ogólnej, obejmujące zgodność planowanych przepisów z deklarowanymi celami, innymi regulacjami oraz normami konstytucyjnymi.

1. Realizacja obowiązku raportowego a zakres danych uzyskiwanych przez ograny podatkowe

Przyjęcie proponowanej obecnie definicji dla kryterium korzyści głównej oraz aktualnego katalogu szczególnych i ogólnych cech rozpoznawczych zaproponowanych przez Ministerstwo Finansów, może przynieść negatywne skutki w odniesieniu do ilości informacji podatkowych, które będą trafiały do organów podatkowych.

W szczególności tak szeroko zakreślony obszar raportowania będzie prowadził do informowania o czynnościach oraz transakcjach, które nie będą opisywać struktur stworzonych dla celów uzyskiwania sztucznych korzyści podatkowych. W wyniku opisanych przez Izbę wątpliwości raportowaniu powinny bowiem podlegać niemalże każdego rodzaju uzgodnienia.

Wprowadzenie przepisów w zaproponowanym kształcie może tym samym doprowadzić do:

- nadmiernego obciążenia podatników i promotorów, którzy będą realizować obowiązek raportowy w zakresie szerszym niż wynika to z celu wprowadzanych przepisów,

- uzyskiwania przez organy podatkowe informacji podatkowych, które nie są istotne z perspektywy poszukiwania struktur optymalizacyjnych,
- większego zaangażowania osobowego i czasowego w organach podatkowych, które będą odpowiedzialne za ocenę przyjmowanych zgłoszeń.

W konsekwencji może okazać się, że mechanizm badania schematów podatkowych (choć słuszny i pożyteczny z perspektywy rzetelnych podatników) może okazać się instrumentem o niskiej wydajności, niebędącym w stanie zapewnić realizacji ustawowych celów.

Z uwagi na powyższe oraz na cel i funkcje planowanych regulacji konieczne jest takie sformułowanie definicji kryterium głównej korzyści oraz katalogu szczególnych i ogólnych cech rozpoznawczych, które będą odnosić się bezpośrednio do elementów dotyczących unikania opodatkowania. Dzięki takiemu zabiegowi organy podatkowe mogą uzyskać skuteczne i efektywne narzędzie, a podatnicy będą dostarczać informacje o schematach, które nie powinny być stosowane w obrocie gospodarczym.

2. Kryterium korzyści podatkowej a cele polityki fiskalnej państwa

Materialne prawo podatkowe prócz funkcji skarbowej stanowi również istotny instrument oddziaływania państwa na zachowanie obywateli. Udzielenie podatnikom odpowiednich ulg podatkowych, wskazanie wyłączeń lub zwolnień podatkowych może mieć bezpośredni wpływ na decyzje osobiste czy gospodarcze podatników. W ten sposób państwo zachęca do podejmowania określonych działań, z którymi łączą się korzystne konsekwencje podatkowe. Rozwiązania legislacyjne tego rodzaju zwykle uzasadnione są odpowiednimi przesłankami aksjologicznymi oraz potrzebą wywołania odpowiednich skutków społecznych lub rynkowych.

Istnieją więc przypadki, w których to sam ustawodawca motywuje podatników do wyboru rozwiązania korzystniejszego pod względem podatkowym. W opozycji do przyznanych preferencji, możliwe do wykorzystania są alternatywne rozwiązania, które przewidują wyższe opodatkowanie. Jednakże zasadne i oczekiwane przez państwo jest zachowanie, z którym ustawa wiąże oszczędność podatkową. Powyższe rozwiązania są realizowane m.in. w celu pobudzenia aktywności inwestycyjnej podmiotów gospodarczych.

Mając powyższe na uwadze, aby uniknąć kolizji celów realizowanych w ramach polityki fiskalnej, w przypadku gdy podatnicy mogą wybrać promowane przez państwo rozwiązanie podatkowe związane z uzyskaniem odpowiedniej korzyści podatkowej, obowiązek raportowania schematu podatkowego nie powinien mieć zastosowania.

3. Kryterium głównej korzyści a konstytucyjne uprawnienia podatników

Ministerstwo Finansów w konsultowanych założeniach przywołuje normę konstytucyjną, dotyczącą obowiązku ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, określonych w ustawach (art. 84 Konstytucji).

Nie ulega wątpliwości, że powyższe zobowiązania powinny być powszechnie wykonywane przez wszystkie podmioty, na które ustawy podatkowe nakładają obowiązek podatkowy. Powyższe w pełni koresponduje z art. 1 Konstytucji, który stanowi, że Rzeczypospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. Uzyskiwanie przez budżet państwa odpowiednich dochodów podatkowych, gwarantuje właściwe wykonywanie funkcji państwa, które ma w stosunku do swoich obywateli rolę służebną. Zakres obowiązku ponoszenia ciężarów publicznych nie może jednak stanowić wartości dominującej, która ignoruje lub marginalizuje pozostałe normy konstytucyjne. Obowiązek partycypowania w należnościach o charakterze publicznoprawnym nie może być pojmowany jako obowiązek absolutny.

Regulacja art. 84 Konstytucji znajduje swoje ograniczenie w zakresie praw przyznanych obywatelom w pozostałych unormowaniach ustawy zasadniczej. W szczególności rozwiązania zmierzające jego realizacji – w tym w formie uznanej i promowanej przez organizacje międzynarodowe, których członkiem jest Polska – nie mogą stać w kolizji z innymi normami ustawy zasadniczej.

Konstytucja uznaje wolność działalności gospodarczej za jeden z kluczowych elementów społecznej gospodarki rynkowej. Wskazana wartość odgrywa podstawowe znaczenie, ponieważ to między innymi na niej opiera się ustrój gospodarczy państwa. Konstytucja wprost przewiduje w art. 20, że arbitralna ingerencja władzy w sferę zachowań podmiotów gospodarczych jest sytuacją niepożądaną i nieprawidłową. Nie jest więc wskazane by państwo, wykorzystując przepisy ustaw, wpływało nadmiernie bądź arbitralnie na sposób, w jaki obywatele kształtują stosunki gospodarcze.

Co istotne, to właśnie na organizacji państwowej ciąży obowiązek poszanowania i ochrony szeroko rozumianej wolności. Państwo jest zobligowane do respektowania decyzji obywateli (w tym decyzji o charakterze gospodarczym) oraz do takiego kształtowania ustroju gospodarczego, który ułatwi funkcjonowanie obywateli w różnych dziedzinach działalności życia społecznego.

Państwo jako partner dla podmiotów gospodarczych oraz dla konsumentów, powinno szczególnie rozważyć sposób, w jaki chce ingerować w sferę wolności gospodarczej. Nie ulega wątpliwości, że nakładanie na podatników obowiązku raportowania schematów podatkowych stanowi o zaangażowaniu się w obszar, który powinien być szczególnie chroniony przez państwo, tj. w swobodę kształtowania stosunków gospodarczych. Z tej też przyczyny zakres

przedmiotowy i podmiotowy obowiązkowi zawiadamiania o wykorzystywaniu rozwiązań optymalizacyjnych powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny.

Konstytucja w art. 31 ust. 3 wskazuje, że ograniczenie praw podstawowych (w tym prawa wolności gospodarczej) może zostać dokonane jedynie w ostateczności. Z kolei wprowadzane ograniczenie lub obowiązek powinny być implementowane proporcjonalnie do nieprawidłowości, którym chce przeciwdziałać państwo.

Realizacja obowiązków raportowych w kształcie proponowanym przez Ministerstwo Finansów może wywoływać negatywne skutki w kontekście szeroko rozumianego prawa własności oraz swobody działań gospodarczych oraz sposobu kształtowania stosunków umownych. Obowiązki związane z raportowaniem schematów podatkowych w analizowanym zakresie mogą implikować ryzyko nałożenia na podatników nadmiernych ciężarów podatkowych, poprzez dorożumiane przyjęcie, że tylko zapłata najwyższych możliwych w danych okolicznościach należności publicznoprawnych jest działaniem prawidłowym. Regulacje materialnego prawa podatkowego nie narzucają natomiast odgórnego obowiązku ponoszenia ciężarów podatkowych wyłącznie w maksymalnym zakresie.

Ustawodawca niejednokrotnie pozostawia swobodę wyboru formy opodatkowania oraz umożliwia dopasowanie elementów transakcji czy porozumień do indywidualnych potrzeb podatników. Prawo podatkowe stara się odzwierciedlać stosunki społeczne i w sposób prawidłowy wyprowadzać z nich właściwe konsekwencje finansowe dla budżetu państwa. Przeciwnie założenie, zakładające odgórne wskazanie prawidłowych zdaniem organów sposobów rozliczeń, może w sposób bezpośredni ingerować w prawo własności obywateli. Przyjęcie, że dane przedsięwzięcie nie może zostać opodatkowane przy wykorzystaniu korzystniejszych warunków przewidzianych przez ustawy podatkowe, choć sposób taki jest prawidłowy i dopuszczalny, jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym zakresem wykonywania prawa własności.

W tym kontekście warto przytoczyć stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który wskazał, że: *"Konstytucja nie wyłącza możliwości nałożenia publicznoprawnych obciążeń prawa własności ponad pożytki przynoszone przez jej przedmiot, jednak dopuszczalność tego rodzaju obowiązków nie jest nieograniczona, nie mogą one bowiem w szczególności naruszać istoty prawa własności"* (wyrok z dnia 8 października 2007 r., K 20/07, OTK-A 2007, Nr 9, poz. 102).

Przedstawiony przez Ministerstwo Finansów kształt proponowanej regulacji ma wpływ na zakres umów i porozumień zawieranych pomiędzy podatnikami. Nie jest wykluczone, że określone rozwiązania umowne (korzystne z perspektywy gospodarczej i promowane przez prawo podatkowe) zaczną być przez organy podatkowe niezasadnie traktowane jako elementy modelu optymalizacyjnego. Z tego powodu mogą one stracić znaczenie dla obrotu

prawnego. Tym sposobem prawo podatkowe może niekorzystnie oddziaływać na rozwiązania umowne, wykorzystywane przez strony stosunków cywilnoprawnych.

Konfrontując cel konsultowanych regulacji z treścią norm konstytucyjnych oraz z brzmieniem zaproponowanych rozwiązań legislacyjnych, należy stwierdzić, że istnieje ryzyko nałożenia na podatników obowiązku, który byłby nieproporcjonalny do sposobu w jaki podstawowe prawa i wolności konstytucyjne mogą być wykonywane. Przede wszystkim istnieje ryzyko, że analizowane regulacje mogą objąć swoim zakresem podmioty, które:

- nie powinny realizować obowiązku raportowego,
- nie dysponują realnymi możliwościami, by z obowiązku tego się wywiązać.

W konsekwencji może dochodzić do sytuacji, w których obowiązek raportowania nie powinien znajdować zastosowania lub byłby niewłaściwie egzekwowany przez organy podatkowe. Prawidłowe ukształtowanie zakresu raportowania schematów optymalizacyjnych powinno więc uwzględniać zarówno obowiązek właściwej realizacji ciężarów publicznych, jak też szanować prawo własności i swobodę kształtowania stosunków gospodarczych.

4. Obowiązek raportowania schematu podatkowego

4.1. Moment powstania obowiązku raportowego

W ocenie Izby zdarzeniem, z którym ustawa wiązać będzie powstanie obowiązku raportowego, powinien być moment, w którym wszystkie przedmiotowo istotne elementy schematu podatkowego zostaną przedstawione przez promotora podatkowi, a podatnik wyrazi zgodę na wykorzystanie i implementację schematu.

Termin wystąpienia obowiązku raportowego nie powinien być utożsamiany z momentem przedstawienia oferty na usługę doradztwa. Podatnik po zapoznaniu się z ofertą może nie być zainteresowany wykorzystaniem danego schematu. Co więcej, może dochodzić do sytuacji, gdy oferta obejmująca schemat podatkowy zostanie przedstawiona podatnikowi wbrew jego woli. Nałożenie na podatników obowiązku raportowego, gdy uzyskali informacje o schemacie, którym nie są zainteresowani, należy uznać za przedwczesne. Nie ma bowiem gwarancji, że dany schemat będzie przez podatnika wykorzystywany, a podatnik będzie osiągał określone korzyści podatkowe. W takim wypadku nałożenie obowiązku raportowego (i ewentualnej sankcji za jego niewykonanie) stanowiłoby niezasadne rozszerzenie obowiązków publicznoprawnych. Z kolei informacje gromadzone na temat schematów przez organy podatkowe, pozyskiwane ilekroć podatnik otrzymywałby ofertę, byłyby niemiernie i nie pozwalałyby na właściwe przeprowadzanie czynności prewencyjnych wobec indywidualnych podatników.

Analogiczna argumentacja znajduje zastosowanie w kontekście ustalenia obowiązku raportowego na moment przekazania promotorowi wynagrodzenia lub zaliczki na wynagrodzenie tytułem świadczonych usług bądź też przedstawienia przez promotora ogólnych założeń schematu podatkowego. Czynności te nie wskazują jednoznacznie, że dany podatnik ma świadomość kształtu porozumień, którymi chce się związać.

Prawidłowo określonym momentem, z którym ustawa powinna wiązać moment powstania obowiązku raportowego jest dzień, w którym podatnik uzyskał informacje o wszystkich istotnych aspektach schematu podatkowego, jest świadomy sposobu w jaki zostanie on implementowany i godzi się na skorzystanie z niego. W takiej sytuacji nie ma wątpliwości, że podatnik wykorzysta schemat podatkowy i akceptuje zaproponowane rozwiązanie stanowiące element agresywnej optymalizacji podatkowej.

Chwilą, w której powyższe przesłanki mogą zostać uznane za wypełnione może być dzień podpisania umowy na usługi doradcze, w której zostaną wskazane wszystkie czynności mieszczące się w ramach schematu podatkowego. Dodatkowo fakt zmaterializowania się powyższej przesłanki może zostać zweryfikowany poprzez uzyskanie od podatnika oświadczenia o odpowiedniej treści.

4.2. Termin na realizację obowiązku raportowego

W ocenie IZFiA, termin, który będzie pozwalał podatnikom w sposób prawidłowy i kompletny sporządzić właściwe zgłoszenie schematu podatkowego, powinien wynosić nie mniej niż 30 dni.

Istotne jest, aby zgłoszenie schematu zostało sformułowane w sposób prawidłowy, pozwalający na ujawnienie wszystkich elementów istotnych, umożliwiający przeprowadzenie właściwej oceny konsekwencji podatkowych przez organy podatkowe.

W sytuacji, gdy obowiązek raportowy może ciążyć na podatniku, który sam wytworzył schemat podatkowy, może okazać się konieczne przeprowadzenie dodatkowej analizy przesłanek świadczących o występowaniu korzyści głównej. W tym zakresie niezbędne może być uzyskanie porady niezależnego doradcy, który wskaże na elementy przedmiotowo istotne schematu podatkowego.

Z wyrazami szacunku
[Podpis]

PREZES ZARZĄDU

17

prof. UW dr hab. Marcin Dyl