

DOI: 10.5604/01.3001.0015.2924

Niedozwolona optymalizacja podatkowa i funkcjonowanie rajów podatkowych w kontekście dyrektywy 2018/822. Analiza wybranych zagadnień

Illegal tax optimisation and operation of tax havens in the context of Directive 2018/822. Analysis of selected issues

dr Przemysław Szymczyk

Dyrektor Departamentu Systemu Podatkowego w Ministerstwie Finansów, wykładowca na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

Jeremiasz Kalus

Doktorant Szkoły Doktorskiej Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, aplikant adwokacki, pracownik Departamentu Systemu Podatkowego w Ministerstwie Finansów

Streszczenie

Historia zjawiska transgranicznego unikania opodatkowania oraz wykorzystywania do tego celu podmiotów lokowanych w rajach podatkowych sięga początków XX w. Instytucja raportowania schematów podatkowych jest natomiast istotnym kamieniem milowym w procederze ograniczania powyższej praktyki przez państwa członkowskie Unii Europejskiej (UE) oraz Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD). Koncepcja ta została wdrożona do unijnego systemu prawnego przez dyrektywę Rady (UE) 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r. zmieniającą dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania w odniesieniu do podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych¹, której celem było zniechęcenie podatników do korzystania z tzw. wehikułów podatkowych, pozwalających na uszczuplenie należności publicznoprawnych. Obowiązek ujawniania schematów ma skutkować stopniową redukcją przypadków, kiedy podatnik zdecyduje się podjąć ryzyko sięgnięcia po agresywne planowanie podatkowe. Co istotne, takie rozwiązanie jest także korzystne dla samych przedsiębiorców, ponieważ raportowanie schematów w znacznym stopniu ogranicza liczbę zbędnych kontroli podatkowych. W niniejszym artykule poruszono wybrane zagadnienia dotyczące powyższej tematyki, ze szczególnym uwzględnieniem genezy rajów podatkowych, próby ich zdefiniowania, wyjaśnienia mechanizmów związanych z unikaniem opodatkowania, jak również historii tych instytucji i prawodawstwa w tym zakresie.

Niniejszy artykuł zawiera prywatną opinię autorów i nie może być utożsamiany z oficjalnym stanowiskiem Ministerstwa Finansów.

Słowa kluczowe: schematy podatkowe, MDR, raje podatkowe, unikanie opodatkowania, optymalizacja podatkowa, DAC6, Rada do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania.

Abstract

The history of cross-border tax avoidance phenomenon and the use of entities located in tax havens for this purpose dates back to the beginning of the 20th century.

The institution of reporting tax schemes is an important milestone in the process of limiting the above practice by the Member States of the European Union (EU) and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). The above concept was implemented in the EU legal system by Council Directive (EU) 2018/822 of 25 May 2018 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements, the purpose of which was to discourage taxpayers from using so-called tax vehicles, allowing the reduction of public law liabilities. The obligation to disclose schemes is to result in a gradual reduction of cases when a taxpayer decides to take the risk of resorting to aggressive tax planning. Importantly, this solution is also beneficial for the entrepreneurs as scheme reporting significantly re-

duces the number of unnecessary tax audits. This article deals with selected issues related to the above topics, with particular emphasis on the genesis of tax havens, attempts to define them, explaining the mechanisms related to tax avoidance, as well as the history of these institutions and legislation in this area.

Keywords: tax schemes, MDR, tax havens, tax avoidance, tax optimisation, DAC6, Council for Counteracting Tax Avoidance

1. WPROWADZENIE

Dyrektywa 2018/822 była jednym z przełomowych narzędzi w dziedzinie zwalczania niedozwolonej optymalizacji podatkowej i mechanizmów związanych z tzw. erozją podstawy opodatkowania². Uchwalenie powyższego aktu, a następnie jego implementacja do krajowych porządków prawnych stanowi przejaw wpisywania się działań UE oraz jej poszczególnych państw członkowskich w ogólnosiwiatowy trend polegający na przeciwdziałaniu zjawisku unikania opodatkowania z jednoczesną budową solidaryzmu społecznego, które mają doprowadzić do ugruntowania odpowiedzialności podmiotów rynkowych, a zwłaszcza największych przedsiębiorców, za interesy społeczne, w tym za budżety państw, gdzie podmioty te prowadzą działalność gospodarczą. Z uwagi na nowatorski charakter regulacji oraz ogólną formułę dyrektywy jako aktu wyznaczającego jedynie kierunkowe założenia legislacyjne – niektóre z przyjętych na gruncie polskim szczególnych rozwiązań budziły istotne i często uzasadnione wątpliwości zarówno ze strony środowiska profesjonalnych pełnomocników³, jak i ze strony samych podatników⁴. Niemniej, mimo kontrowersji narastających wokół instytucji raportowania schematów podatkowych należy uznać, że co do zasady stanowi ona element skutecznej walki z agresywną optymalizacją podatkową, czego potwierdzeniem są w szczególności efekty fiskalne wdrożonych instrumentów.

2. TŁO HISTORYCZNE DYREKTYWY 2018/822

Automatyczna wymiana informacji podatkowych stanowi jak dotąd szczególnie efektywną metodę w zakresie przeciwdziałania unikaniu opodatkowania z wykorzystaniem struktur międzynarodowych. Początku działań noszących znamiona transgranicznej nielegalnej optymalizacji podatkowej w Europie należy upatrywać w okresie po II wojnie światowej, kiedy zaczął się kształtować jednolity rynek w ramach ówczesnej Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali. Konsolidacja wymiany handlowej i ułatwienia w przepływie towarów i środków pieniężnych między państwami członkowskimi otworzyły drogę do kontynentalnych inwestycji kapitałowych. Dzięki temu przedsiębiorcy mogli w wygodny sposób korzystać z dobrodziejstw jurysdykcji podatkowych poszczególnych państw Wspólnoty Europejskiej (WE).

Problem nieprawidłowości w rozliczaniu międzynarodowych zobowiązań podatkowych zaczął być dostrzegany przez władze wspólnotowe w drugiej połowie XX w., szczególnie po utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (EWG), co wynikało z rozszerzenia wymiany gospodarczej na towary inne niż węgiel i stal (w większości kontrolowanych przez przedsiębiorstwa państwowe). Kształtująca się wówczas perspektywa konkurencji podatkowej miała źródło głównie w budowaniu polityki fiskalnej WE⁵. Państwa członkowskie posiadały natomiast znaczną swobodę w ustalaniu wewnętrznych stawek podatkowych, a jedynym wymogiem było prze-

strzeganie wymogu harmonizacji podatków pośrednich (w szczególności akcyzy i VAT). Ówczesne władze WE postulowały, aby przepisy podatkowe były neutralne i zapobiegały szkodliwej konkurencji podatkowej, jednak głosy te nie znalazły odzwierciedlenia w „twardym” prawodawstwie, a zatem nie były wiążące z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Wspólnotę, będącą organizacją o stosunkowo krótkiej historii, tworzone jako tzw. Europę ojczyzn⁶, co oznacza, że wszelka integracja, w tym podatkowa, musiała się odbywać przy użyciu narzędzi harmonizacyjnych. Skutki podjętej polityki można było dostrzec zwłaszcza w obszarze prawodawstwa, które opierało się jedynie na niewiążących dyrektywach. Przełomowe dla regulacji unikania opodatkowania były lata 70. ubiegłego wieku, kiedy to pojawiły się pierwsze koncepcje, aby uregulować tę materię w prawie WE.

Pierwszym aktem na szczeblu unijnym dotyczącym opisywanego zjawiska stała się dyrektywa 77/799/EWG z dnia 19 grudnia 1977 r.⁷ W dokumencie tym zasygnalizowano międzynarodowy charakter występującego problemu oraz podkreślono konieczność opracowania i wdrożenia metod walki z nielegalną optymalizacją podatkową na poziomie ponadnarodowym. W związku ze wspomnianym już brakiem dostatecznej integracji państw członkowskich powyższy akt zyskał jedynie wymiar deklaratoryjny, nie pozwalał bowiem na zobowiązanie poszczególnych krajów do podjęcia żadnych konkretnych działań.

Kolejne prace zostały podjęte dopiero w roku 2004, kiedy przygotowano projekt nowelizujący. Dyrektywa 2004/56/WE⁸ zmieniła dyrektywę 77/799/EWG, usprawniła i rozszerzyła zawarte w dotychczasowym akcie zasady. Dokument w sposób wyraźny zwracał uwagę na znacznie postępujący wzrost przestępczości związanej z unikaniem opodatkowania i transgranicznymi oszustwami podatkowymi, powodującymi znaczne straty w dochodach państw członkowskich. Głównym celem nowelizacji była jednak przede wszystkim pogłębiona współpraca w zakresie wymiany informacji podatkowych oraz usystematyzowanie obowiązków zrzeszonych krajów w tym obszarze (np. ograniczono prawo do odmowy udzielenia informacji państwu wnioskującemu jedynie do wąskiego katalogu przypadków).

Nowelizacja opracowana w 2011 r. wprowadziła dalsze zmiany. W uzasadnieniu projektu dyrektywy 2011/16/UE⁹ stwierdzono, że poprzednie wersje dyrektywy 77/799/EWG, mimo wielu precedensowych rozwiązań i instrumentów prawnych, nie stanowią już odpowiedniego narzędzia do stawiania czoła nowym problemom. Wskazano również, że praktyczna współpraca mogąca przeciwdziałać negatywnym zjawiskom na gruncie podatkowym wymaga wdrożenia bardziej efektywnych działań, wykorzystujących istniejące regulacje w podatkach pośrednich. Rozwiązaniem tych problemów mogłoby być przede wszystkim polityczne zaangażowanie państw członkowskich oraz oparcie nowej legislacji na mierzalnych

wskaźnikach, gwarantujących, że każde państwo członkowskie udziela faktycznej i pełnej pomocy innym członkom. W zmienionym akcie zaangażowano również do współpracy struktury Europejskiego Urzędu ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (The European Anti-Fraud Office – OLAF), który został ustanowiony jako baza operacyjna dla organów administracyjnych państw członkowskich UE.

Równocześnie w 2011 r. OECD wydała raport, którego tematem były inicjatywy w zakresie przejrzystości i ujawniania informacji podatkowych. We wrześniu 2013 r. państwa członkowskie OECD oraz państwa G20 przyjęły 15-punktowy plan przeciwdziałania erozji podstawy opodatkowania¹⁰. Plan ten zakładał 15 działań w ramach trzech kluczowych filarów. W tamtym czasie priorytetowym działaniem OECD stała się intensywne kampania wobec UE, mająca na celu uzmysłowienie potrzeby ściślejszej kontroli i zbadania roli profesjonalnych pośredników w procesie optymalizacji podatkowej.

Parlament Europejski, który dostrzegł prawidłowość i potrzebę nakreśloną przez OECD, wezwał UE do szerszej analizy wskazanych aspektów. Grupa G20 poparła zalecane działania w ramach BEPS, a większość państw członkowskich UE przyjęła na siebie zobowiązanie do ich wdrożenia. Powyższe kwestie stały się bezpośrednią przyczyną zmiany dyrektywy 2011/16/UE, a jej głównym skutkiem była implementacja BEPS 12¹¹ jako dyrektywy 2018/822.

3. OPTIMALIZACJA PODATKOWA

„Optymalizacja podatkowa” jest jednym z powszechnie używanych określeń do opisanego zjawiska zmniejszenia koniecznych do uregulowania danin publicznych. Wyraz „optymalizacja” pochodzi z języka łacińskiego, gdzie „optimus” oznacza „najbardziej sprzyjające warunki, najkorzystniejsze stadium lub fazę”¹². Definicja ta jest zbieżna z definicją ze *Słownika języka polskiego PWN*, zgodnie z którym optymalizacja to „organizowanie działań, procesów w taki sposób, aby dały jak największe efekty przy jak najmniejszych nakładach” oraz „poszukiwanie za pomocą metod matematycznych najlepszego, ze względu na wybrane kryterium, rozwiązania danego zagadnienia gospodarczego, przy uwzględnieniu określonych ograniczeń”¹³.

Określenie „optymalizacja podatkowa” nie jest jednak terminem ustawowym, wywiedzione zostało bowiem przez doktrynę i praktykę prawa podatkowego, w szczególności przez doradców podatkowych¹⁴, toteż trudno jest określić jego ścisły zakres znaczeniowy. W obrocie prawnym pojawia się również wiele innych pojęć, takich jak unikanie opodatkowania, oszczędzanie podatkowe czy planowanie podatkowe, których zakresy znaczeniowe często się krzyżują albo relacja między poszczególnymi terminami jest sporna lub niejasna, co dodatkowo utrudnia sformułowanie jednolitej definicji optymalizacji podatkowej. Jedyną pewną wspólną cechą wszystkich powyższych pojęć jest zmniejszenie wysokości podatków, różnica dotyczy zaś legalności działań składających się na ten efekt.

Optymalizacja podatkowa z założenia stanowi działanie zgodne z prawem¹⁵. Przykładem dozwolonej i legalnej optymalizacji podatkowej może być wybór opodatkowania podatkiem liniowym zamiast domyślnej skali podatkowej czy wspólne rozliczanie dochodów małżonków. Oczywiście takie

działania w żadnym stopniu nie mogą zostać uznane za niedozwolone, ponieważ to ustawodawca pozwala na ich stosowanie. Granicę dozwolonej optymalizacji podatkowej wyznaczają zatem same przepisy prawa. Nie jest to jednak jedyny wymóg, wielu podatników próbuje bowiem dostosować swoją sytuację prawną do korzystniejszych rozwiązań podatkowych przez działania pozorne, np. generowanie dodatkowych kosztów prowadzenia działalności gospodarczej w celu zmniejszenia dochodu podlegającego opodatkowaniu czy też sytuowanie rezydencji podatkowej w państwie o atrakcyjniejszym systemie fiskalnym, podczas gdy faktyczne dochody uzyskiwane są gdzie indziej. W tych wypadkach podatnicy podejmują więc iluzoryczne czynności mające na celu wywołanie skutków skierowanych wyłącznie na uzyskanie korzyści podatkowej, czyli unikanie opodatkowania¹⁶.

Kiedy mówi się zatem o negatywnych skutkach zmniejszenia należności publicznych, za każdym razem należy to odnosić do zjawiska „unikania opodatkowania”, a nie „optymalizacji podatkowej”. Sama dyrektywa 2018/822 posługuje się określeniem „agresywne planowanie podatkowe”, co wydaje się niepoprawne. Planowanie podatkowe jest bowiem definiowane jako stosowanie najkorzystniejszych podatkowo przepisów prawa celem redukcji obowiązku podatkowego¹⁷, wyboru najkorzystniejszego sposobu finansowania inwestycji czy też formy prowadzenia działalności gospodarczej¹⁸. W doktrynie i nauce prawa podatkowego planowanie podatkowe to termin używany często zamiennie względem optymalizacji podatkowej, lecz pierwsze pojęcie ma szerszy zakres znaczeniowy, ponieważ obejmuje optymalizację podatkową oraz wspomniany już wybór najkorzystniejszych warunków prowadzenia działalności gospodarczej i jej finansowania. Nadmienić należy, że w dalszym ciągu działania te nie noszą znamion pozorności i są w pełni zgodne z prawem. Przysłowiowe „agresywne” wydaje się mieć z tej perspektywy kluczowe znaczenie, nadające owym działaniom niepożądanego charakteru. Niemniej wskazać należy, że skoro w ustawodawstwie funkcjonuje pojęcie odnoszące się bezpośrednio do opisywanego zjawiska (unikanie opodatkowania), to niezasadne jest posługiwanie się innym terminem. Jeśli zatem przyjmie się jako założenie racjonalność ustawodawcy¹⁹, jak również uwzględni się zasadę zakazu wykładni homonimicznej²⁰, niezasadne jest przypisywanie różnym pojęciom tego samego znaczenia²¹. Wynika z tego, że prawodawca powinien był posłużyć się terminem „unikanie opodatkowania” zamiast „agresywne planowanie podatkowe”, gdyż dysonans ten powoduje brak spójności wewnętrznej w prawie implementowanym do polskiego porządku prawnego.

4. RAJE PODATKOWE

Nie jest możliwe ustalenie konkretnej daty powstania pierwszych rajów podatkowych. Najwcześniejsze wzmianki o terytoriach stosujących korzystne rozwiązania podatkowe pochodzą z okresu końca I wojny światowej i dotyczą przede wszystkim Szwajcarii i Liechtensteinu, które m.in. z powodu niższego opodatkowania kapitału zagranicznego i sektora bankowego²² wpisywały się poniekąd w dzisiejszą definicję rajów podatkowych. W późniejszym okresie okazało się jednak, że rozwiązania przyjęte w ustawodawstwie niektórych państw europejskich były wzorowane na amerykańskich ju-

rydykcjach stanów New Jersey i Delaware, które już w początkach XX w. stworzyły przyjazną politykę dla inwestorów zagranicznych dzięki korzystnym warunkom opodatkowania i łatwości podejmowania działalności gospodarczej²³. Istotną rolę w kształtowaniu rajów podatkowych odegrała również Wielka Brytania, która umożliwiła zakładanie przedsiębiorstw na swoim terytorium bez opłacania jakichkolwiek podatków. Opodatkowaniu podatkiem dochodowym podlegały wówczas jedynie zyski osiągnięte na terytorium kraju. Spółki, które były zarejestrowane w Wielkiej Brytanii, lecz faktyczną działalność prowadziły w innym państwie, nie miały natomiast obowiązku uiszczania żadnych podatków²⁴. W wyniku tych regulacji powstała istotna luka podatkowa, która sprawiła, że Wielka Brytania stała się w latach 30. XX w. rzeczywistym rajem podatkowym. Powyższa strategia została wkrótce zaadaptowana przez terytoria zamorskie Wielkiej Brytanii (zwłaszcza Bermudy i Bahamy, a później Kajmany) jako sposób na przyciągnięcie inwestorów zagranicznych.

Rozkwit „ery rajów podatkowych” nastąpił w okresie postkolonialnym, tj. w drugiej połowie XX w. Nowo powstałe państwa szukały bowiem sposobów na zasilenie gospodarki, ponieważ brakowało im odpowiedniego zaplecza finansowego. Rozwiązaniem wskazanego problemu mogło być zatem zachęcenie inwestorów zewnętrznych do lokowania kapitału na tych terytoriach. Kontynuacja drogi wytyczonej wcześniej przez Wielką Brytanię wydawała się w tym zakresie doskonałą metodą. Mimo pojawiających się w międzyczasie wątpliwości plan został zrealizowany, gdyż inwestorzy wykazali się znacznie większą inicjatywą niż zakładano, i we własnym zakresie wybudowali niemal całą lokalną infrastrukturę (głównie w sektorze hotelowo-rekreacyjnym). Gospodarka państw postkolonialnych zaczęła się rozwijać w szybkim tempie.

Problemem, którego nie przewidziano, był natomiast równoległy napływ osób ukrywających majątek pochodzący z nielegalnych źródeł, co z czasem zaczęto jednak akceptować. Spowodowało to zainteresowanie ze strony międzynarodowej opinii publicznej, która coraz częściej zadawała pytania dotyczące działalności świeżo powstałych państw i żądała informacji o nowych „inwestorach” licznie przybywających na ich terytoria. Raje podatkowe, aby chronić swoje jedyne źródła dochodu, odmawiały udzielania informacji na ten temat, co powodowało antagonizmy w stosunkach międzynarodowych. Kraje te były postrzegane jako terytoria stosujące nieuczciwą konkurencję podatkową i działające na szkodę innych państw. Uruchomiono więc proces ich wykluczenia z wszelkich relacji gospodarczych i handlowych tak, aby zmusić je do respektowania ustaleń międzynarodowych.

OECD i jej państwa członkowskie były pierwszymi, które wdrożyły tę strategię. Pod wpływem nacisków międzynarodowych niektóre kraje, jak np. Filipiny, zmieniły swoją politykę wewnętrzną i zdecydowały się zawrzeć umowy o współpracy oraz wymianie informacji na gruncie podatkowym i finansowym. Inne, takie jak Hongkong, kontynuują swoją politykę do dziś i nie poddają się naciskom zewnętrznym. Do krajów postrzeganych obecnie jako raje podatkowe należą m.in. Panama, Republika Dominikany czy Fidżi²⁵.

Raje podatkowe jako zjawisko fiskalne są wyjątkowo trudne do zdefiniowania (podobnie jak optymalizacja podatkowa). Wynika to przede wszystkim z różnic w systemach

prawnych poszczególnych państw, sytuacji politycznej oraz postrzegania na arenie międzynarodowej. Oczywiście punktem wspólnym wszystkich rajów podatkowych jest niewątpliwie korzystne opodatkowanie przedsiębiorców zagranicznych. W przypadku konieczności oceny, czy dane państwo może zostać zakwalifikowane do kategorii rajów podatkowych, najczęściej sięga się po wytyczne OECD z 1998 r.²⁶, które wskazują cztery główne cechy takich jurysdykcji, a mianowicie:

- 1) brak podatku dochodowego lub podatek dochodowy o czysto nominalnym charakterze,
- 2) brak efektywnej wymiany informacji podatkowych z innymi państwami,
- 3) brak transparentności,
- 4) brak istotnych działań zmierzających do wprowadzenia efektywnej wymiany informacji podatkowych z innymi państwami.

Jak wynika z powyższych wytycznych, sama wartość podatku dochodowego (jego brak lub symboliczna stawka) nie stanowi najważniejszego czynnika warunkującego uznanie danego państwa za raj podatkowy. Często istotniejszymi przesłankami są anonimizacja prowadzonej działalności gospodarczej oraz brak wymiany informacji z innymi państwami. Taki układ sprawia, że obszary stosujące powyższe praktyki stają się niejako „schronieniem” dla osób, które nierzadko prowadzą bezprawną działalność i chcą ukryć swoje źródła dochodów.

5. RAPORTOWANIE SCHEMATÓW PODATKOWYCH

Zgodnie z uzasadnieniem dyrektywy 2018/822 oraz założeniami, które przyświecały prawodawcy unijnemu przy tworzeniu powyższego aktu prawnego, ideą raportowania schematów podatkowych jest zapobieganie unikaniu opodatkowania już w początkowej fazie planowania działań do tego celu zmierzających. Bezsprzecznie istotną rolę w tym obszarze, zwłaszcza pod względem możliwości wczesnego diagnozowania potencjalnie niedozwolonych działań noszących znamiona unikania opodatkowania, często odgrywają profesjonalni pełnomocnicy związani z zawodami prawniczymi²⁷ (doradcy podatkowi, adwokaci, radcy prawni), ale także księgowi, biegli rewidenci, notariusze czy wreszcie sami podatnicy. W dotychczasowej praktyce organów podatkowych konieczne było żmudne poszukiwanie podmiotów, które w swojej dokumentacji wykazywały nieprawidłowości, w celu wytypowania ich do kontroli skarbowej. Instytucja raportowania schematów podatkowych jest niejako „odwróceniem” kolejności działań kontrolnych, w których to sam podmiot przewidujący możliwość dokonania operacji mogącej stanowić schemat podatkowy zobowiązany jest ją zgłosić do Krajowej Administracji Skarbowej (KAS). W ten sposób organy fiskalne mogą zawęzić zakres poszukiwania ograniczając go do zgłoszonych przypadków. Oczywiście takie działanie nierzadko bywa do pewnego stopnia mylące, nieprawidłowości mogą bowiem występować w zakresie czynności nieraportowanych jako schematy podatkowe. W celu eliminacji tego ryzyka ustawodawca zabezpieczył obowiązek raportowania sankcjami o charakterze zarówno administracyjnym²⁸, jak i karnoskarbowym²⁹, a ponadto zobligował określone podmioty, w których ryzyko wystąpienia schematów podatkowych bywa

podwyższone (np. firmy doradztwa podatkowego o wskazanych w ustawie cechach³⁰), do tworzenia tzw. procedury wewnętrznej mającej na celu prawidłowe postępowanie w przypadku powstania schematu podatkowego.

Implementacja przepisów dyrektywy 2018/822 do polskiego porządku prawnego stworzyła wiele wątpliwości na gruncie tak interpretacyjnym, jak i aksjologicznym³¹. W tekście implementowanym do Ordynacji podatkowej występują bowiem liczne zmiany, które zostały przełożone w sposób odmienny od tekstu pierwotnego (np. instytucja pośrednika czy kategoryzacja cech rozpoznawczych). Zauważyć również należy, że polski ustawodawca implementował opisywane przepisy w zakresie dalej idącym od dyrektywy, tj. objął obowiązkiem raportowymi także tzw. schematy krajowe. Ponadto pewne wątpliwości budzą takie zagadnienia, jak tajemnica zawodowa pełnomocników profesjonalnych, dolegliwość kar czy obowiązki raportowe po stronie jednostek samorządu terytorialnego.

6. ODDZIAŁYWANIE MDR NA RAJE PODATKOWE I ZJAWISKO UNIKANIA OPODATKOWANIA

Instytucja raportowania schematów podatkowych wywarła bez wątpienia znaczny wpływ na możliwości unikania opodatkowania. Znajduje to potwierdzenie m.in. w danych ukazujących wpływy budżetowe pochodzące z podatków dochodowych oraz VAT. W porównaniu do analogicznego okresu z 2020 r. największy wzrost nastąpił w zakresie podatku od towarów i usług, gdzie przychody zwiększyły się o 9,2%, następnie podatku dochodowego od osób fizycznych (7,1%) oraz podatku dochodowego od osób prawnych (5,7%)³². Równie korzystne wyniki uzyskano w zakresie liczby raportowanych schematów podatkowych, których w 2019 r. (gdy przepisy zaczęły obowiązywać) zgłoszono około 8 tys., podczas gdy do końca czerwca 2021 r. było to już 27 tys. zgłoszeń.³³ Statystyki te pokazują, że wpływy budżetowe pochodzące z podatków rosną proporcjonalnie do liczby raportowanych schematów podatkowych. Oczywiście opisany wzrost jest wynikiem synergicznych działań podejmowanych w różnych obszarach gospodarki i podatków (np. uszczelniania systemu VAT). Należy również wspomnieć o licznych zmianach w prawie, które utrudniły optymalizację podatkową, jak chociażby ogólna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania (tzw. GAAR – ang. *General Anti-Avoidance Rule*), która pozwala organom fiskalnym zakwestionować skutki podatkowe formalnie zgodnej z prawem czynności, jeśli została ona dokonana przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej, w sytuacji gdy sposób działania był sztuczny.

Istotną skuteczność wykazał także w tym zakresie aspekt „prewencyjny” instytucji raportowania schematów podatkowych, ponieważ podatnicy (lub ich profesjonalni pełnomocnicy) – mając na uwadze konieczność zgłoszenia określonych rozwiązań do KAS – często z nich rezygnują, ponieważ wiedzą, że w przeciwnym razie narażają się na bezpośrednie ryzyko ujawnienia niedozwolonej struktury optymalizacyjnej.

W Ordynacji podatkowej określono tzw. cechy rozpoznawcze schematów podatkowych, czyli najpopularniejsze działania noszące znamiona unikania opodatkowania oraz najczę-

ściej występujące rodzaje transakcji z rajami podatkowymi, które służą do tego samego celu.

Pierwszą kategorią są tzw. ogólne cechy rozpoznawcze wskazane w art. 86a § 1 pkt 6 Ordynacji podatkowej. W tym katalogu znajdują się cztery typy działań, które mogą tworzyć³⁴ schemat podatkowy. Zostały one opisane w lit. e, f, g oraz h ww. przepisu.

Pierwsze z nich (lit. e) polega na nabywaniu albo wykorzystywaniu w inny sposób straty jednego podmiotu (np. z podatkowej grupy kapitałowej) w celu zmniejszenia przychodów innej spółki. Strategia ta była dość powszechnym i trudnym do wykrycia sposobem unikania opodatkowania, ale w 2017 r. Ministerstwo Finansów wystosowało ostrzeżenie³⁵ informujące, że takie działanie może być traktowane jako unikanie opodatkowania.

Kolejna grupa czynności (lit. f) zakłada zmianę kwalifikacji albo zasad opodatkowania, czego efektem jest faktycznie niższe opodatkowanie. Tego typu praktyki są również dość często spotykane w obrocie gospodarczym, np. sztuczne dzielenie kontraktów, które następnie realizuje kilka spółek powiązanych³⁶, korzystających z preferencyjnej stawki opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych (9%)³⁷.

Następna grupa czynności (lit. g) opiera się na tzw. okrężnym obiegu środków finansowych i pośrednictwie podmiotów niepełniących istotnych funkcji gospodarczych, czyli na fikcyjnym obrocie finansowym. Cecha ta łączy w sobie zarówno czynności unikania opodatkowania, jak i udział w nich podmiotów z rajów podatkowych. Z jednej strony bowiem może polegać na generowaniu kosztów (np. za usługi niematerialne) przez podmioty krajowe rozliczające się na podstawie ryczałtu od przychodów ewidencjonowanych³⁸, a z drugiej – przez podmioty tworzące tzw. łańcuch optymalizacyjny i zlokalizowane w rajach podatkowych³⁹.

Ostatnią grupą czynności (lit. h) są transakcje z państwami o korzystnych reżimach podatkowych, podlegające zaliczeniu do kosztów uzyskania przychodu. Co prawda ustawa nie posługuje się wprost pojęciem „raju podatkowego”, ale kryteria w postaci określenia stawki podatku dochodowego na poziomie poniżej 5% albo zerowej oraz korzystanie z całkowitego zwolnienia podatkowego lub objęcie płatności preferencyjnymi zasadami opodatkowania wydaje się nie pozostawiać w tym zakresie żadnych wątpliwości. Warto zaznaczyć, że powyższy przepis nie dotyczy wyłącznie państw wymienionych w regulacjach wykonawczych Ministra Finansów w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową⁴⁰, lecz wszystkich państw spełniających wskazane warunki. Ponadto cecha ta dotyczy jedynie podmiotów powiązanych, stąd wydaje się, że np. transakcje handlowe z przedsiębiorstwami, która są lokowane w rajach podatkowych, a które nie wykazują między sobą powiązań, nie będą obciążone obowiązkami raportowymi na gruncie MDR.

Kolejną grupę stanowią tzw. szczególne cechy rozpoznawcze, opisane w art. 86a § 1 pkt 13 Ordynacji podatkowej. Wszystkie cechy wyliczone w tej grupie odnoszą się do relacji z państwami, które mogą być określone mianem „raju podatkowego”. Lit. a w powyższym przepisie wskazuje bowiem wprost na brak rezydencji podatkowej w żadnym z

państw albo na rezydencję podatkową w „kraju stosującym szkodliwą konkurencję podatkową” przy dokonywaniu transakcji podlegających zaliczeniu do kosztów uzyskania przychodu między podmiotami powiązаныmi. Należy zwrócić uwagę, że podobne kryterium zostało już opisane w ogólnych cechach rozpoznawczych w art. 86a § 1 pkt 6 lit. h Ordynacji podatkowej, jednakże w tym wypadku przepis odnosi się wyraźnie do konkretnych państw ujętych we wskazanych tam aktach krajowych i międzynarodowych (np. powoływany już unijny wykaz jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych). Trzeba ponadto podkreślić, że zgodnie z art. 86a § 1 pkt 10 lit. b takie uzgodnienie nie musi spełniać kryterium głównej korzyści, aby zostało uznane za schemat podatkowy.

Art. 86a § 1 pkt 13 lit. b dotyczy natomiast zjawiska dokonywania odpisów amortyzacyjnych w różnych państwach względem tego samego środka trwałego, co powoduje wielokrotne pomniejszenie przychodu na podstawie raz poniesionych kosztów. Taka sytuacja może wystąpić m.in. w przypadku różnic w podatkowej kwalifikacji kosztów odpisów amortyzacyjnych na gruncie poszczególnych jurysdykcji podatkowych (np. jednoczesna całkowita lub częściowa amortyzacja tego samego środka trwałego u jego właściciela i leasingobiorcy mających miejsce zamieszkania, siedzibę lub zarząd w różnych państwach⁴¹, co wpływa niekorzystnie na podstawę opodatkowania i tym samym powoduje nienależne korzyści podatkowe).

Kolejna cecha (lit. c) dotyczy sytuacji, gdy dochód albo majątek korzysta z metod mających na celu unikanie podwójnego opodatkowania w więcej niż jednym państwie. Aby można było uznać, że schemat podatkowy posiada tę cechę, podatnik musi korzystać z metod unikania opodatkowania względem tego samego dochodu albo majątku z co najmniej dwóch różnych tytułów prawnych (np. w wyniku podwójnej rezydencji podatkowej lub przez rozbieżności w umowach międzynarodowych o charakterze bilateralnym albo multilateralnym).

Następna cecha (lit. d) odnosi się do różnicy w wartości aktywów zaliczanych do kosztów uzyskania przychodu, gdzie w jednym państwie jest ona co najmniej 25% niższa niż w innym. Cecha ta dotyczy każdej postaci przeniesienia własności (nie tylko umowy sprzedaży), ale też faktycznego przeniesienia aktywów (np. jako aportu do spółki) zarówno między podmiotami w państwach UE, jak i w sytuacji, gdy jeden z podmiotów nie ma siedziby na terytorium UE. Co istotne, cecha ta nie dotyczy już wyłącznie podmiotów powiązanych, lecz także instytucji i osób niezależnych od siebie.

Przedostania z cech (lit. e) odnosi się do możliwości uniknięcia obowiązkowej wymiany informacji między państwami. Problem ten wiąże się głównie z rajami podatkowymi, które nie przekazują informacji o podmiotach lokujących kapitał na ich obszarach. Osoby chcące skorzystać z „dobrodrojeństwa anonimizacji” często jednak wykorzystują fakt zawierania umów TIEA (ang. *Tax Information Exchange Agreements*) przez raje podatkowe z niektórymi państwami i dzięki lokowaniu spółek w tych krajach unikają obowiązku wymiany informacji. Zjawisko to jest nazywane nabywaniem korzyści umownych⁴².

Ostatnia ze szczególnych cech rozpoznawczych (lit. f) dotyczy zagadnienia nieprzejrzystej struktury własności prawnej lub trudności w ustaleniu beneficjenta rzeczywistego (ostatecznego odbiorcy zysku). Cecha ta ponownie może być rozpatrywana w aspekcie unikania opodatkowania na poziomie krajowym, gdzie struktura podmiotów jest na tyle złożona, że określenie beneficjenta rzeczywistego będzie wysoce utrudnione, a czasem nawet niemożliwe. W aspekcie ponadnarodowym nieprzejrzysta struktura własności występować będzie wówczas, gdy w celu anonimizacji danego podmiotu – współnikami, udziałowcami albo akcjonariuszami staną się osoby albo jednostki pochodzące np. z rajów podatkowych. Dodatkowym czynnikiem komplikującym określenie właściwych powiązań między poszczególnymi jednostkami może być wykorzystanie akcji lub udziałów na okaziciela albo instytucji powierników i dyrektorów nominowanych⁴³ (instytucje te często występują w prawie *common-law*). Istotne znaczenie w kontekście powyższej cechy rozpoznawczej miała implementacja w 2018 r. do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2015/849⁴⁴, która wprowadziła obowiązek stworzenia Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych⁴⁵ będącego jednym z narzędzi przeciwdziałania unikaniu opodatkowania w przedmiotowym zakresie.

Ostatnią grupą cech są tzw. inne szczególne cechy rozpoznawcze, opisane w art. 86a § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej. Wystąpienie innej szczególnej cechy rozpoznawczej, podobnie jak szczególnej cechy rozpoznawczej, nie wymaga spełnienia kryterium głównej korzyści, lecz wiąże się z przekroczeniem określonego w przepisie progu kwotowego. Cechy te nie wskazują na istnienie konkretnych działań mających na celu unikanie opodatkowania, ale ze względu na duże wartości transakcji w obszarach „wrażliwych” zasadna jest konieczność ich raportowania.

Pierwsza z omawianych cech ma za zadanie przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania przez odroczenie w czasie aktywizacji przychodów lub kosztów podatkowych przekraczających kwotę 5 mln zł. Cechę tę należy odnieść do definicji korzyści podatkowej z art. 3 pkt 18 lit. a Ordynacji podatkowej, gdzie oprócz niepowstania i obniżenia należności podatkowej przewidziano również odsunięcie w czasie powstania zobowiązania podatkowego.

Kolejna cecha dotyczy sytuacji, gdy płatnik podatku dochodowego byłoby zobowiązany do pobrania podatku przekraczającego w trakcie roku kalendarzowego kwotę 5 mln zł, gdyby w tym zakresie nie funkcjonowały zwolnienia podatkowe albo postanowienia umów w przedmiocie unikania podwójnego opodatkowania. Zaznaczyć należy, że najczęściej sytuacja ta będzie występowała w zakresie tzw. podatku u źródła, gdzie powstaje „hipotetyczny” obowiązek jego zapłaty, który następnie może zostać wyłączony dzięki przedstawieniu odpowiednich dokumentów (np. certyfikatu rezydencji) i zastosowaniu odpowiednich postanowień umów międzynarodowych dotyczących podwójnego opodatkowania⁴⁶.

Następna cecha dotyczy dochodów przekraczających 25 mln zł uzyskanych przez podatnika niebędącego polskim rezydentem podatkowym, który w Polsce obciążony jest jedynie tzw. ograniczonym obowiązkiem podatkowym. Chodzi zatem o dochody wynikające z płatności do podmiotów za-

granicznych z tytułu m.in. odsetek, praw autorskich, znaków towarowych, opłat licencyjnych, usług niematerialnych lub dywidend (art. 21 i 22 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1406 ze zm.).

Ostatnia cecha dotyczy natomiast hipotetycznej sytuacji, gdy odniesiona korzyść z tytułu różnicy między polskim podatkiem dochodowym wynikającym z tzw. nieograniczonego obowiązku podatkowego względem analogicznej sytuacji w innym państwie wynosi co najmniej 5 mln zł. Mowa w tym miejscu o przypadku, gdy podmiot odnosi korzyść podatkową z powodu usytuowania swojej rezydencji podatkowej w innym państwie, a uzgodnienie ma związek z terytorium Polski. Innymi słowy, gdyby dany podatnik był wówczas polskim rezydentem podatkowym, to zapłaciłby wyższy podatek. Jeżeli zatem wskazana różnica przekracza kwotę 5 mln zł, wtedy powstaje w tym zakresie obowiązek zaraportowania schematu podatkowego.

7. KLAUZULA PRZECIWKO UNIKANIU OPODATKOWANIA

Od dnia 15 lipca 2016 r. obowiązują przepisy, które umożliwiają Szefowi KAS stosowanie generalnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania⁴⁷. Regulacje te określają granice legalnej optymalizacji podatkowej. Klauzula generalna znajduje zastosowanie do czynności dokonanej głównie w celu osiągnięcia korzyści podatkowej lub gdy jednym z głównych celów było osiągnięcie takiej korzyści. Podjęta czynność nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej albo jej przepisu, jeżeli sposób działania był sztuczny, tzn. jeżeli nie zostałby zastosowany przez podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami, w dominującej mierze z uzasadnionych przyczyn ekonomicznych.

Szef KAS, oceniając, czy sposób działania był sztuczny, bierze pod uwagę m.in.:

- 1) nieuzasadnione dzielenie operacji,
- 2) angażowanie podmiotów pośredniczących mimo braku uzasadnienia ekonomicznego lub gospodarczego,
- 3) elementy prowadzące do uzyskania stanu identycznego lub zbliżonego do stanu istniejącego przed dokonaniem czynności,
- 4) elementy wzajemnie się znoszące lub kompensujące,
- 5) ryzyko gospodarcze przewyższające spodziewane korzyści inne niż podatkowe w takim stopniu, że należy uznać, iż działający rozsądnie podmiot nie wybrałby tego sposobu działania,
- 6) sytuacje, w których osiągnięta korzyść podatkowa nie ma odzwierciedlenia w poniesionym przez podmiot ryzyku gospodarczym lub jego przepływach pieniężnych,
- 7) wystąpienie zysku przed opodatkowaniem, który jest nieznaczny w porównaniu do korzyści podatkowej niewynikającej bezpośrednio z rzeczywiście poniesionej straty ekonomicznej,
- 8) angażowanie podmiotu, który nie prowadzi rzeczywistej działalności gospodarczej lub nie pełni istotnej funkcji ekonomicznej, lub który posiada siedzibę lub miejsce zamieszkania w kraju lub na terytorium stosującym szkodliwą konkurencję podatkową.

W przypadku stwierdzenia, że dane czynności służą do unikania opodatkowania, Szef KAS w drodze decyzji określa skutki podatkowe takich czynności, tak jak gdyby podmiot kierował się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej. Jeżeli okoliczności wskazują, że osiągnięcie korzyści podatkowej było jedynym celem dokonanej czynności, skutki podatkowe określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby czynności nie dokonano.

Przed zastosowaniem art. 119a Ordynacji podatkowej nie chroni interpretacja indywidualna. Ponadto Szef KAS odmówił wydania takiej interpretacji, jeśli uzna, że w danej sprawie może być zastosowana klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania.

Z kolei do ochrony podatnika przed postępowaniem w sprawie obejścia prawa służy opinia zabezpieczająca (w zakresie objętym opinią). Opinia taka jest wydawana na wniosek przez Szefa KAS, jeśli przedstawione we wniosku okoliczności wskazują, że do korzyści podatkowej wynikającej z czynności nie ma zastosowania GAAR.

Zasadność zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania w indywidualnych sprawach ocenia Rada do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania. Opinia Rady jest wydawana na wniosek Szefa KAS w toku postępowania lub na wniosek strony zawarty w odwołaniu od decyzji wydanej z zastosowaniem GAAR. Rada opiniuje również projekty ustaw podatkowych i zmian w przepisach prawa podatkowego zawartych w pozostałych aktach normatywnych związanych z przeciwdziałaniem unikaniu opodatkowania⁴⁸. Ostatnimi czasy rola Rady coraz bardziej się zwiększa, czego przejawem jest m.in. rosnąca liczba trafiających do niej wniosków o wydanie opinii. Przykładowo tylko w lipcu 2021 r. Rada wydała 6 uchwał dotyczących m.in. sztucznego obniżenia podstawy opodatkowania w podatku od nieruchomości⁴⁹ czy też osiągania korzyści podatkowej przez pozorne kreowanie dodatniej wartości firmy między podmiotami powiązаныmi⁵⁰.

8. PODSUMOWANIE

Działalność rajów podatkowych, jak i zjawisko unikania opodatkowania występuje w obrocie prawnym i gospodarczym od początku XX w. Protoplastami tej działalności w Europie były Szwajcaria i Liechtenstein z uwagi na wdrożoną przez te państwa korzystną politykę w sektorze bankowym, a poza kontynentem europejskim – amerykańskie stany Delaware i New Jersey w zakresie udogodnień związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. W późniejszym okresie do tego grona dołączyła również Wielka Brytania i terytoria jej podległe. Rozkwit „ery rajów podatkowych” nastąpił w okresie postkolonialnym, kiedy to nowo powstałe państwa mierzyły się z problemem odbudowy lub tworzenia od podstaw gospodarek narodowych. W wyniku wzmożonego napływu do rajów podatkowych osób posiadających majątek pochodzący często z nielegalnych źródeł – terytoria te zaczęły być dyskryminowane w międzynarodowych stosunkach gospodarczych, co miało wymusić na nich zmianę prowadzonej polityki fiskalnej. W wielu przypadkach strategia ta przyniosła sukces, inne terytoria natomiast wciąż pozostają obszarami stosującymi

szkodliwą konkurencję podatkową mimo wzmocnionych wysiłków ze strony OECD i UE.

Odpowiedzią państw na nieprawidłowe działania niektórych terytoriów było wdrożenie odpowiedniego ustawodawstwa międzynarodowego, które wraz z kolejnymi nowelizacjami wykształciło coraz skuteczniejsze narzędzia do walki z unikaniem opodatkowania i rajami podatkowymi. Zwieńczeniem tych działań stało się przyjęcie przez UE dyrektywy 2018/822 wprowadzającej instytucję raportowania schematów podatkowych. Akt ten identyfikował źródło problemu w zakresie tworzenia mechanizmów umożliwiających unikanie opodatkowania i jednocześnie zobligował szereg podmiotów do ujawniania niedozwolonych struktur celem umożliwienia skutecznej kontroli przez organy skarbowe. Wpływ instytucji raportowania schematów podatkowych na raje podatkowe i unikanie opodatkowania opiera się w dużej mierze na ukształtowaniu trzech grup tzw. cech rozpoznawczych, które odzwierciedlają działania uszczuplające obowiązki podatkowe i jednocześnie obligują zgłaszanie ich do Szefa KAS. Istotną rolę w procesie zwalczania nielegalnych optymalizacji odgrywa również Rada do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania, która jako niezależny organ analizuje możliwość zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania na gruncie przedkładanych jej do zaopiniowania przypadków działań mogących potencjalnie stanowić unikanie opodatkowania.

Ostatnimi czasy działalność rajów podatkowych stopniowo traci na popularności w związku z powszechnym dostrzeganiem szkodliwości tego procederu oraz ściślejszą współpracą międzynarodową mającą na celu przeciwdziałanie mu. Kolejne państwa decydują się porzucić dotychczasową nieuczciwą politykę podatkową na rzecz promowania pozytywnego wizerunku swego kraju w stosunkach międzynarodowych. Niezwykle istotne znaczenie w powyższym zakresie ma opinia publiczna i kurcząca się akceptacja społeczna podobnych działań, co wymusza na rządzących i instytucjach międzynarodowych podejmowanie zdecydowanych kroków w celu zwalczania negatywnego zjawiska związanego z unikaniem opodatkowania. Coraz częściej zasada solidaryzmu społecznego i dbałości o publiczne interesy obywateli przejmują w tej sferze prymat, zwłaszcza wobec konieczności współpracy gospodarczej i finansowej przy usuwaniu skutków pandemii COVID-19.

Przypisy

- ¹ Dz. Urz. UE L 139 z 5.06.2018, s. 1, dalej: dyrektywa 2018/822. Dyrektywa ta bywa też potocznie nazywana dyrektywą MDR (ang. *Mandatory Disclosure Rules*).
- ² Ang. *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), zob. *Action 12. Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements*, w: OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, <https://read.oecd.org/10.1787/9789264202719-en>, s. 22-23, dostęp: 9.09.2021.
- ³ Zob. uzasadnienie wniosku Krajowej Rady Doradców Podatkowych do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 grudnia 2019 r., sprawa K 13/20, https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F-677227444%2FK_13_20_wns_2019_12_17_ADO.pdf, dostęp: 9.09.2021.
- ⁴ Zob. wyrok NSA z dnia 28 stycznia 2021 r., I FSK 1703/20, ONSAIWSA 2021, nr 3, poz. 51.
- ⁵ A. Krajewska, w: *Podatki w Unii Europejskiej. Harmonizacja czy konkurencja podatkowa?*, S.I. Bukowski, M.K. Pypec (red.), Radom 2007, s. 255.
- ⁶ Zgodnie z doktryną gen. Charles'a De Gaulle'a.
- ⁷ Dyrektywa Rady z dnia 19 grudnia 1977 r. dotycząca wzajemnej pomocy właściwych władz Państw Członkowskich w dziedzinie podatków bezpośrednich (77/799/EWG), Dz. Urz. WE L 336 z 27.12.1977, s. 15, ze zm., dalej: dyrektywa 77/799/EWG.
- ⁸ Dyrektywa Rady 2004/106/WE z dnia 16 listopada 2004 r. zmieniająca dyrektywę 77/799/EWG dotyczącą wzajemnej pomocy właściwych władz Państw Członkowskich w obszarze podatków bezpośrednich, niektórych podatków akcyzowych oraz opodatkowania składek ubezpieczeniowych oraz dyrektywę 92/12/EWG w sprawie ogólnych warunków dotyczących wyrobów objętych podatkiem akcyzowym, ich przechowywania, przemieszczania oraz kontrolowania, Dz. Urz. UE L 359 z 4.12.2004, s. 30.
- ⁹ Dyrektywa Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylająca dyrektywę 77/799/EWG, Dz. Urz. UE L 64 z 11.03.2011, s. 1, dalej: dyrektywa 2011/16/UE.
- ¹⁰ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, dz. cyt.
- ¹¹ Zob. tamże, *Action 12. Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements*, s. 22-23.
- ¹² *Optimum*, w: *Wikisłownik*, <https://pl.wiktionary.org/wiki/optimum>, dostęp: 9.09.2021.
- ¹³ *Optymalizacja*, w: *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/optimalizacja.html>, dostęp: 10.08.2021.
- ¹⁴ A. Lodziński, *Prawne granice optymalizacji podatkowej*, „Przegląd Podatkowy” 2008, nr 6, s. 18.
- ¹⁵ Zob. m.in. S. Kudert, M. Jamroży, *Optymalizacja opodatkowania dochodów przedsiębiorstw*, Warszawa 2013, s. 24 i K. Gruzziel, *Istota i założenia optymalizacji podatkowej – wybrane aspekty*, „Zeszyty Naukowe SGGW – Ekonomia i Organizacja Gospodarki Żywnościowej” 2009, nr 77, s. 175-186.
- ¹⁶ Art. 199a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 1540, dalej: Ordynacja podatkowa.
- ¹⁷ Tak: D. Koreń, *Kształtowanie obciążeń podatkowych w stosunkach międzynarodowych*, „Monitor Podatkowy” 2014, nr 8, s. 12.
- ¹⁸ D. Gajewski, *Zarządzanie ryzykiem podatkowym holdingów międzynarodowych*, „Monitor Podatkowy” 2016, nr 9, s. 23.
- ¹⁹ Zasada wyrażona np. w wyroku NSA z dnia 22 marca 2019 r., II OSK 1166/17, LEX nr 2687016.
- ²⁰ Zob. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 144-152.
- ²¹ Tak np. w wyroku NSA z dnia 6 czerwca 2017 r., II OSK 2520/15, LEX nr 2351682.
- ²² R. Palan, *History of tax havens*, „History & Policy”, Londyn 2009.
- ²³ A. Margarida, P.R. Mourao, *Tax havens or tax hells? A discussion of the historical roots and present consequences of tax havens*, „Financial Theory and Practice” 2013, vol. 37 (3), s. 311-360.
- ²⁴ Por. wyrok House of Lords z dnia 23 lipca 1928 r. w sprawie Egyptian Delta Land and Investment Co. Ltd v. Todd (H.M. Inspector of Taxes), https://library.cronerri.co.uk/cch_uk/btc/14-tc-119, dostęp: 9.09.2021.
- ²⁵ Unijny wykaz jurysdykcji odmawiających współpracy do celów podatkowych przyjęty przez Radę w dniu 22 lutego 2021 r., zob. Konkluzje Rady w sprawie zmienionego unijnego wykazu jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych (2021/C 66/10), Dz. Urz. UE C 66 z 26.02.2021, s. 40.
- ²⁶ OECD, *Countering Offshore Tax Evasion. Some Questions and Answers on the Project*, 28 September 2009, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/42469606.pdf>, dostęp: 10.08.2021.
- ²⁷ Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 2193 ze zm.
- ²⁸ Art. 86m § 1 Ordynacji podatkowej.
- ²⁹ Art. 80f ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 408 ze zm.
- ³⁰ Art. 86l Ordynacji podatkowej.
- ³¹ Zob. A. Lodziński, D. Wasiluk, *O nieprawidłowej implementacji dyrektywy 2018/822 (MDR) i jej konsekwencjach*, „Przegląd Podatkowy” 2019, nr 5, s. 9-16.
- ³² *Podatki 2021: Rosną wpływy z większości podatków*, https://www.podatki.biz/artykuly/podatki-2021-rosna-wplywy-z-wiekszosci-podatkow_16_47164.htm, dostęp: 12.08.2021.
- ³³ *Statystyki MDR*, <https://www.podatki.gov.pl/mdr/statystyki-mdr/>, dostęp: 12.08.2021.

- ³⁴ Po spełnieniu pozostałych wymogów istnienia schematu podatkowego, m.in. kryterium głównej korzyści.
- ³⁵ Ministerstwo Finansów, *Ostrzeżenie Ministerstwa Finansów przed optymalizacją podatkową w ramach podatkowych grup kapitałowych*, Nr 004/2017, 26 czerwca 2017 r., https://mf-arch2.mf.gov.pl/web/bip/ministerstwo-finansow/wiadomosci/ostrezenia-i-wyjasnienia-podatkowe/-/asset_publisher/M1vU/content/ostrezenie-ministerstwa-finansow-przed-optymalizacja-podatkowa-w-ramach-podatkowych-grup-kapitalowych, dostęp: 9.09.2021.
- ³⁶ Ministerstwo Finansów, *Objaśnienia podatkowe z dnia 31 stycznia 2019 r. Informacje o schematach podatkowych (MDR)*, <https://www.podatki.gov.pl/media/4417/obja%C5%9Bnienia-podatkowe-mdr-z-dnia-31-01-2019.pdf>, dostęp: 9.09.2021, dalej: objaśnienia Ministerstwa Finansów w zakresie MDR.
- ³⁷ Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1406 ze zm., dalej: ustawa z dnia 15 lutego 1992 r.).
- ³⁸ Zgodnie z ustawą z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne, tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1905 ze zm.
- ³⁹ K. Turaliński, *Jak legalnie nie płacić podatków. Raje podatkowe i spółki off-shore*, Warszawa 2014, s. 53-55.
- ⁴⁰ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych, Dz.U. poz. 600.
- ⁴¹ Objąszenia Ministerstwa Finansów w zakresie MDR, dok. cyt.
- ⁴² Ang. *treaty shopping*.
- ⁴³ K. Turaliński, dz. cyt., s. 31.
- ⁴⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE, Dz. Urz. UE L 141 z 5.06.2015, s. 73.
- ⁴⁵ Rozdział 6 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 1132 ze zm.
- ⁴⁶ Zob. art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r.
- ⁴⁷ Art. 119a Ordynacji podatkowej, dodany na mocy ustawy z dnia 13 maja 2016 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 846).
- ⁴⁸ Art. 119m § 2 Ordynacji podatkowej.
- ⁴⁹ Zob. uchwała nr 9/2021 Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania z 22 lipca 2021 r., <https://www.gov.pl/attachmen-t/4a24c157-84d3-430b-828c-a2352eaa5cc1>, dostęp: 14.08.2021.
- ⁵⁰ Zob. uchwała nr 2/2021 Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania z 16 czerwca 2021 r., <https://www.gov.pl/attachmen-t/2cfeba4e-0043-4d7c-ab59-2f60d7287af3>, dostęp: 14.08.2021.

Bibliografia

Literatura

- Gajewski D., *Zarządzanie ryzykiem podatkowym holdingów międzynarodowych*, „Monitor Podatkowy” 2016, nr 9.
- Gruziel K., *Istota i założenia optymalizacji podatkowej – wybrane aspekty*, „Zeszyty Naukowe SGGW – Ekonomia i Organizacja Gospodarki Żywnościowej” 2009, nr 77.
- Jamroży M., Kudert S., *Optymalizacja opodatkowania dochodów przedsiębiorstw*, Warszawa 2013.
- Koreń D., *Kształtowanie obciążeń podatkowych w stosunkach międzynarodowych*, „Monitor Podatkowy” 2014, nr 8.
- Krajewska A., w: *Podatki w Unii Europejskiej. Harmonizacja czy konkurencja podatkowa?*, S.I. Bukowski, M.K. Pypec (red.), Radom 2007.
- Ladziński A., *Prawne granice optymalizacji podatkowej*, „Przegląd Podatkowy” 2008, nr 6.
- Ladziński A., Wasiluk D., *O nieprawidłowej implementacji dyrektywy 2018/822 (MDR) i jej konsekwencjach*, „Przegląd Podatkowy” 2019, nr 5.
- Margarida A., Mourao P.R., *Tax havens or tax hells? A discussion of the historical roots and present consequences of tax havens*, „Financial Theory and Practice” 2013, vol. 37 (3).
- Morawski L., *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002.

- Palan R., *History of tax havens*, „History & Policy”, Londyn 2009.
- Turaliński K., *Jak legalnie nie płacić podatków. Raje podatkowe i spółki off-shore*, Warszawa 2014.

Źródła internetowe

- Optimum*, w: *Wikisłownik*, <https://pl.wiktionary.org/wiki/optimum>, dostęp: 9.09.2021.
- Optymalizacja*, w: *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/optimalizacja.html>, dostęp: 10.08.2021.
- Podatki 2021: Rosną wpływy z większości podatków*, https://www.podatki.biz/artykuly/podatki-2021-rosna-wplywy-z-wiekszosci-podatkow_16_47164.htm, dostęp: 12.08.2021.
- Statystyki MDR*, <https://www.podatki.gov.pl/mdr/statystyki-mdr/>, dostęp: 12.08.2021.

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE, Dz. Urz. UE L 141 z 5.06.2015, s. 73.
- Dyrektywa Rady 2004/106/WE z dnia 16 listopada 2004 r. zmieniająca dyrektywę 77/799/EWG dotyczącą wzajemnej pomocy właściwych władz Państw Członkowskich w obszarze podatków bezpośrednich, niektórych podatków akcyzowych oraz opodatkowania składek ubezpieczeniowych oraz dyrektywę 92/12/EWG w sprawie ogólnych warunków dotyczących wyrobów objętych podatkiem akcyzowym, ich przechowywania, przemieszczania oraz kontrolowania, Dz. Urz. UE L 359 z 4.12.2004, s. 30.
- Dyrektywa Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylająca dyrektywę 77/799/EWG, Dz. Urz. UE L 64 z 11.03.2011, s. 1.
- Dyrektywa Rady (UE) 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r. zmieniająca dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania w odniesieniu do podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych, Dz. Urz. UE L 139 z 5.06.2018, s. 1.
- Dyrektywa Rady z dnia 19 grudnia 1977 r. dotycząca wzajemnej pomocy właściwych władz Państw Członkowskich w dziedzinie podatków bezpośrednich (77/799/EWG), Dz. Urz. WE L 336 z 27.12.1977, s. 15, ze zm.
- Konkluzje Rady w sprawie zmienionego unijnego wykazu jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych (2021/C 66/10), Dz. Urz. UE C 66 z 26.02.2021, s. 40.
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych, Dz.U. poz. 600.
- Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 1132 ze zm.
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 408 ze zm.
- Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 846.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1406 ze zm.
- Ustawa z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne, tekst jednolity Dz.U. z 2020 r. poz. 1905 ze zm.
- Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 2193 ze zm.
- Ustawa z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 2123.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 1540.

Orzecznictwo

Wyrok House of Lords z dnia 23 lipca 1928 r. w sprawie Egyptian Delta Land and Investment Co. Ltd v. Todd (H.M. Inspector of Taxes), https://library.cronerico.uk/cch_uk/btc/14-tc-119, dostęp: 9.09.2021.

Wyrok NSA z dnia 6 czerwca 2017 r., II OSK 2520/15, LEX nr 2351682.

Wyrok NSA z dnia 22 marca 2019 r., II OSK 1166/17, LEX nr 2687016.

Wyrok NSA z dnia 28 stycznia 2021 r., I FSK 1703/20, ONSAiWSA 2021, nr 3, poz. 51.

Inne źródła

Ministerstwo Finansów, Objasnienia podatkowe z dnia 31 stycznia 2019 r. Informacje o schematach podatkowych (MDR), <https://www.podatki.gov.pl/media/4417/obja%C5%9Bnienia-podatkowe-mdr-z-dnia-31-01-2019.pdf>, dostęp: 9.09.2021.

Ministerstwo Finansów, *Ostrzeżenie Ministerstwa Finansów przed optymalizacją podatkową w ramach podatkowych grup kapitałowych*, Nr 004/2017, 26 czerwca 2017 r., [https://mf-arch2.mf.gov.pl/web/bip/ministerstwo-finansow/wiadomosci/ostrzezenia-i-wyjasnienia-podat-](https://mf-arch2.mf.gov.pl/web/bip/ministerstwo-finansow/wiadomosci/ostrzezenia-i-wyjasnienia-podatkowe/-/asset_publisher/M1vU/content/ostrzezenie-ministerstwa-finan-)

[sow-przed-optymalizacja-podatkowa-w-ramach-podatkowych-grup-kapitalowych](https://mf-arch2.mf.gov.pl/web/bip/ministerstwo-finansow/wiadomosci/ostrzezenia-i-wyjasnienia-podatkowe/-/asset_publisher/M1vU/content/ostrzezenie-ministerstwa-finan-sow-przed-optymalizacja-podatkowa-w-ramach-podatkowych-grup-kapitalowych), dostęp: 9.09.2021.

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, <https://read.oecd.org/10.1787/9789264202719-en>, dostęp: 9.09.2021.

OECD, *Countering Offshore Tax Evasion. Some Questions and Answers on the Project*, 28 September 2009, <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/42469606.pdf>, dostęp: 10.08.2021.

OECD, *Tax and Development. Principles to enhance the transparency and governance of tax Incentives for investment in developing countries*, <https://www.oecd.org/tax/tax-global/transparency-and-governance-principles.pdf>, dostęp: 9.09.2021.

Uchwała nr 2/2021 Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania z 16 czerwca 2021 r., <https://www.gov.pl/attachment/2cfeba4e-0043-4d7c-ab59-2f60d7287af3>, dostęp: 14.08.2021.

Uchwała nr 9/2021 Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania z 22 lipca 2021 r., <https://www.gov.pl/attachment/4a24c157-84d3-430b-828c-a2352eaa5cc1>, dostęp: 14.08.2021.

Wniosek Krajowej Rady Doradców Podatkowych do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 grudnia 2019 r., sprawa K 13/20, https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F-677227444%2FK_13_20_wns_2019_12_17_ADO.pdf, dostęp: 9.09.2021.