

Obowiązek raportowania schematów podatkowych a tajemnica zawodowa doradców podatkowych

Reporting tax schemes by a tax advisor (DAC-6 Directive) and professional secrecy

Streszczenie

Artykuł omawia główne założenia implementacji do polskiego porządku prawnego Dyrektywy DAC6 w zakresie raportowania schematów podatkowych. Historycznie podstawą wypracowania przepisów było zwalczanie agresywnej optymalizacji podatkowej. Finalny kształt przepisów krajowych i unijnych zobowiązuje do raportowania wszelkich schematów podatkowych spełniających określone cechy rozpoznawcze, gdzie jednym z głównych celów jest uzyskanie korzyści podatkowej (niezależnie, czy dane zachowanie jest agresywną optymalizacją podatkową). Artykuł obrazuje złożoność regulowanej materii, a drugostronnie pokazuje problematykę związaną z raportowaniem schematów podatkowych przez doradców podatkowych w kontekście świadczenia usług pomocy prawnej i ochrony tajemnicy zawodowej.

Słowa kluczowe: schematy podatkowe, agresywna optymalizacja podatkowa, tajemnica zawodowa doradcy podatkowego, MDR, DAC6

Abstract

The article describes the main assumptions of implementation the DAC6 Directive in the field of reporting tax schemes. Historically, the basis for

developing regulations was preventing aggressive tax optimization. The final shape of regulations requires reporting all tax schemes that meet specific criteria, where one of the main goals is to obtain a tax benefit (regardless of whether the activity is aggressive tax optimization). The article illustrates the complexity of regulated matter and shows the issues related to reporting tax schemes by tax advisors in the context of the legal assistance and professional secrecy protection.

Keywords: tax schemes, aggressive tax optimization, professional secrecy of a tax adviser, MDR, DAC6

1. Wprowadzenie

Nowelizacja przepisów Ordynacji podatkowej¹ wprowadzająca z dniem 1 stycznia 2019 r. nowy obowiązek raportowania schematów podatkowych (tzw. *Mandatory Disclosure Rules*), który to obowiązek jest formą pozyskiwania danych na temat rozliczeń podatkowych o charakterze optymalizacyjnym, wzbudza wiele kontrowersji, a samo wprowadzenie nowelizacji było wielokrotnie krytykowane, zwłaszcza przez środowisko osób trudniących się świadczeniem usług pomocy prawnej (głównie radców prawnych i doradców podatkowych). Nowe przepisy MDR były zwłaszcza krytykowane za pośpiech, z jakim zostały wprowadzone, znaczną niejednoznaczność i ogólność przy jednoczesnym nałożonym wymogu raportowania schematów podatkowych, czy też ingerencję w kwestię tajemnicy zawodowej zawodów prawniczych.

Celem tego artykułu jest z jednej strony omówienie swoistego charakteru nowo wprowadzanych regulacji prawnych i pokazanie złożoności regulowanej materii, a z drugiej strony spojrzenie na raportowanie schematów podatkowych w kontekście świadczenia usług pomocy prawnej i tajemnicy zawodowej doradców podatkowych (tj. przedstawicieli zawodów prawniczych specjalizujących się w kwestiach podatkowych).

¹ Ustawa z 23 listopada 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. z 2018 r., poz. 2193). Dalej jako: Ustawa MDR.

2. Implementacja ustawy

Nowelizacja jest w głównej mierze efektem zaimplementowania unijnej Dyrektywy Rady UE 2018/822² wprowadzającej obowiązek raportowania tzw. transgranicznych schematów podatkowych. Prace nad przepisami nakładającymi obowiązki raportowania schematów podatkowych były prowadzone już od roku 2017, tj. kiedy rozpoczęto konsultacje w sprawie wprowadzenia przepisów dotyczących obowiązków raportowania i automatycznej wymiany na terytorium Unii Europejskiej³.

Zgodnie z Dyrektywą DAC6 państwa członkowskie są zobowiązane do wprowadzenia do regulacji krajowych obowiązku raportowania o schematach podatkowych do roku 2020 – ustawodawca unijny mając na uwadze zakres nakładanych obowiązków oraz ich złożoność, dał 2,5 roku na wprowadzenia nowych rozwiązań prawnych. Ustawa MDR implementując wytyczne dyrektywy, została wprowadzona w ekspresowym tempie, okres *vacatio legis* był dość krótki i bez wprowadzeniu okresu przejściowego, a jednocześnie zgodnie z wymaganiami dyrektywy w przepisach przejściowych nałożono obowiązek wstecznego zaraportowania wdrożonych już schematów podatkowych (ustawa przewiduje różne terminy w zakresie weryfikacji i raportowania schematów transgranicznych i krajowych, co także komplikuje cały proces). Polska jako jeden z pierwszych krajów unijnych wprowadziła te obowiązki już od stycznia 2019 r. – w wielu krajach są dopiero prowadzone prace mające na celu wypracowanie rozwiązań mających na celu implementację Dyrektywy DAC6.

Historycznie podstawą wypracowania przepisów dyrektywy było zwalczanie agresywnej optymalizacji podatkowej i nałożenie obowiązków

² 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. Dalej jako: Dyrektywa DAC6.

³ Zob. Stanowisko Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych w sprawie projektu zmian dotyczących wprowadzenia do polskiego porządku prawnego obowiązku raportowania schematów podatkowych z dnia 15 listopada 2017 r., https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=06a91285-18c6-4ebe-a773-d6d46a4e4198&groupId=764034 [dostęp 5.01.2019].

raportowych w zakresie schematów, które potencjalnie mogłyby być wykorzystane do unikania opodatkowania. Jednakże zarówno przepisy Dyrektywy DAC 6, jak również polskie przepisy implementujące dyrektywę nie ograniczyły się do konieczności raportowania schematów agresywnej optymalizacji podatkowej, lecz idą znacznie dalej. Finalny kształt przepisów unijnych i krajowych zobowiązuje do raportowania wszelkich schematów podatkowych spełniających określone cechy rozpoznawcze, z tą różnicą, iż dyrektywa dotyczy schematów transgranicznych z wyłączeniem niektórych podatków (np. podatku VAT), zaś przepisy krajowe swym zakresem starały się objąć maksymalnie szeroko rozliczenia podatkowe. Widać także, iż regulacje krajowe poszerzają katalog przesłanek o kategorie mogące być różnie oceniane w zależności od momentu ich analizy (np. wpływ transakcji na podatek odroczony). Analizując zapisy ustawy MDR oraz cel, jaki przyświecał ich wprowadzeniu, można odnieść wrażenie, iż ustawodawca kolejny raz poszedł znacznie dalej niż pierwotnie zakładano, oraz że kosztem podatników stara się pozyskać maksymalnie dużą ilość informacji na temat rozliczeń podatkowych, które to informacje mogą być zbierane przez organy podatkowe dokonujące weryfikacji rozliczeń podatkowych.

Minister Finansów w odpowiedzi na dużą ilość zgłaszanych wątpliwości zarówno natury interpretacyjnej, jak też problemów czysto praktycznych, w dniu 31 stycznia 2019 r. opublikował objaśnienia dotyczące stosowania przepisów związanych z obowiązkiem przekazywania do Szefa Krajowej Administracji Skarbowej informacji o schematach podatkowych⁴, które to objaśnienia mają na podstawie art. 14n § 4 pkt 1 Ordynacji podatkowej gwarantować objęcie zainteresowanego ochroną przewidzianą w przepisach podatkowych – jest to jednak dość obszerny dokument liczący 102 strony i odpowiadający jedynie na niektóre pytania. Wydanie tych objaśnień było poprzedzone konsultacjami społecznymi, a analizując treść objaśnień, można odnieść wrażenie, iż Minister Finansów dostrzegł

⁴ Objasnienia Ministra Finansów Informacje o schematach podatkowych (MDR) z dnia 31 stycznia 2019 r., https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=864af355-652d-402d-93c6-ee9b905109c0&groupId=764034 [dostęp 7.01.2019]. Dalej jako: Objasnienia MDR.

absurdalność w zakresie gromadzenia wszelkiego rodzaju informacji na temat rozliczeń podatkowych i w pewnym zakresie starał się zawęzić obowiązki raportowe (np. wskazując, iż co do zasady raportowaniu nie podlegają ulgi podatkowe, jeżeli nie jest spełniona przesłanka głównej korzyści podatkowej).

Minister Finansów w wydanych wyjaśnieniach wskazuje, iż występowanie u danego podatnika cech schematu podatkowego nie powinno być postrzegane jako sytuacja niewłaściwa lub naganna. Uznanie uzgodnienia za schemat podatkowy w rozumieniu przepisów MDR nie jest jednoznaczne z objęciem tego uzgodnienia zakresem zastosowania klauzuli ogólnej przeciwko unikaniu opodatkowania, szczególnych regulacji przeciwdziałających unikaniu opodatkowania lub też innych właściwych regulacji. Jednocześnie Minister wyjaśnia, iż brak natychmiastowej reakcji organów podatkowych na przekazaną informację o schemacie podatkowym nie przesądza, że dany schemat podatkowy nie zostanie w przyszłości zakwestionowany. Tym samym podmiot zobowiązany, przysyłając obowiązkową informację i ujawniając wszystkie istotne dane na temat danej transakcji/zdarzenia, będzie tkwił w zawieszeniu i nie będzie mógł być pewny, czy dane czynności w ocenie organów podatkowych nie są negatywnie postrzegane – brak jest czasookresu na podjęcie działań przez organy podatkowe na taką formę samo donosu.

Oprócz wydanych objaśnień można znaleźć nieliczne artykuły prasowe czy też newslettery prawne, informujące o wprowadzonych nowych obowiązkach MDR, które w głównej mierze są publikowane przez kluczowe kancelarie doradztwa podatkowego⁵. Publikacje te mają głównie na celu poszerzenie świadomości podatników oraz zachęcenie ich do pogłębionej refleksji w zakresie swojej sytuacji podatkowej i konsekwencji, jakie mają nowe przepisy na ich sytuację podatkową.

⁵ D. Andrychowska, *Schematy podatkowe MDR – co to jest schemat podatkowy*, <https://www.frr.pl/news/855/schematy-podatkowe-mdr-co-to-jest> [dostęp 15.12.2019]; Deloitte, *Raportowanie schematów podatkowych przez instytucje finansowe*, <https://www2.deloitte.com/pl/pl/pages/tax/articles/MDR-obowiazek-raportowania-schematow-podatkowych.html> [dostęp 15.12.2019].

Można jednakże dostrzec, iż autorzy tych artykułów w wielu kwestiach mają odmienne punkty widzenia na poszczególne zagadnienia, co także obrazuje, jak problematyczne z punktu widzenia postrzegania obowiązków podatkowych są regulacje MDR. Można także odnaleźć krytykę w zakresie pośpiechu, z jakim zostały wprowadzone tak trudne w odbiorze społecznym przepisy podatkowe, które to przepisy musiały być uzupełnione bardzo obszernymi objaśnieniami podatkowymi, w wielu aspektach jeszcze bardziej pogłębiającymi wątpliwości⁶.

Częstym zarzutem pod adresem nowych regulacji MDR jest kwestia ingerencji tych przepisów w relacje, jakie powstają między podatnikiem a doradcą podatkowym, powodując pewien dyskomfort po stronie podatników, czy już samo zgłoszenie się po poradę podatkową nie będzie obarczone koniecznością zaraportowania zdarzenia jako schematu podatkowego. Dodatkowo obowiązek raportowania schematów podatkowych przez podmioty trudniące się udzielaniem pomocy prawnej (doradców podatkowych, radców prawnych, adwokatów) wzbudza wiele kontrowersji, mając na uwadze związanie tych podmiotów tajemnicą zawodową, co rodzi duży dysonans w kwestii wypełnienia obowiązków MDR⁷.

Wydaje się, iż sam ustawodawca dostrzegał ten konflikt interesów (zachowanie tajemnicy zawodowej i kwestii raportowania schematów podatkowych), co zostało w ocenie Ministra Finansów rozwiązane poprzez wprowadzenie odpowiednich zapisów ustawowych – jak wskazano w Objasnieniach MDR – „Możliwość zwolnienia doradcy podatkowego przez jego klienta z tajemnicy zawodowej w odniesieniu do

⁶ Patrz E. Zaniewicz, *Raportowanie schematów podatkowych przez biura rachunkowe*, LEX/el. 2019; patrz też: K. Koślicki, *Raportowanie schematów podatkowych z istotną luką*, <https://www.prawo.pl/podatki/mdr-1-mdr-3-kto-ma-skladac-raportowanie-schematow-podatkowych,418709.html> [dostęp 12.06.2019].

⁷ Patrz G.J. Leśniak, *Pełnomocnik zgłasza schemat podatkowy – tajemnicy nie gwarantuje*, <https://www.prawo.pl/podatki/raportowanie-schematow-podatkowych-tajemnica-zawodowa-doradcow,382608.html> [dostęp 15.12.2019]; patrz A. Kubicz, *Raportowanie schematów podatkowych: czy doradca doniesie na klienta*, <https://www.rp.pl/Postepowanie-podatkowe/302209996-Raportowanie-schematow-podatkowych-czy-doradca-doniesie-na-klienta.html> [dostęp 15.12.2019].

danego schematu podatkowego nie pozostaje w sprzeczności z nakazem zachowania tajemnicy wynikającym z ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym. Wejście w życie przepisów MDR zbiega się w czasie z nowelizacją ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (a także innych ustaw «korporacyjnych» przewidujących obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej)). W art. 37 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym dodany został pkt 2 wskazujący, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji przekazywanych na podstawie przepisów rozdziału 11a działu III Ordynacji podatkowej – w zakresie określonym tymi przepisami. Jednocześnie, zgodnie z art. 86b § 7 pkt 1 Ordynacji podatkowej, nie stanowi naruszenia obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej przekazanie informacji o schemacie podatkowym w sytuacji, w której przekazujący tę informację został zwolniony z obowiązku jej zachowania”.

3. Obowiązki nałożone ustawą

Ustawa MDR wyodrębniła trzy różne role, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania i wdrażania schematów podatkowych – rola promotora, korzystającego oraz wspomagającego. Pełnienie każdej z tych ról może skutkować powstaniem obowiązku w zakresie raportowania MDR. Jednocześnie mogą wystąpić sytuacje, kiedy dwa lub więcej podmiotów jest równocześnie objętych obowiązkiem raportowym.

Promotorem jest podmiot dokonujący opracowania, oferowania, udostępnienia lub wdrożenia schematu podatkowego. Ustawa precyzuje, że promotorem może być w szczególności radca prawny, adwokat czy też doradca podatkowy, ale również pracownik banku i instytucji finansowych doradzający klientom.

Wspomagającym jest osoba udzielająca pośrednio lub bezpośrednio pomocy, wsparcia lub porad dotyczących opracowania, wprowadzenia do obrotu, organizowania, udostępniania lub nadzorowania wdrożenia schemat podatkowego. Jako osoby w szczególności mogące pełnić rolę

wspomagającego wskazano biegłego rewidenta, notariusza, osobę świadczącą usługi księgowe, dyrektora finansowego, banki i instytucje finansowe, a także ich pracowników. Ustawa wskazuje, iż obowiązek raportowy ciąży także na podmiotach, które przy zachowaniu staranności ogólnie wymaganej w dokonywanych czynnościach, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności, obszaru specjalizacji oraz przedmiotu wykonywanych czynności, podjęła się udzielić, bezpośrednio lub za pośrednictwem innych osób, pomocy, wsparcia lub porad dotyczących opracowania, wprowadzenia do obrotu, organizowania, udostępnienia do wdrożenia lub nadzorowania wdrożenia uzgodnienia.

Korzystającym zaś w myśl Ustawy MDR jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której udostępniane jest lub u której wdrażane jest uzgodnienie, lub która jest przygotowana do wdrożenia uzgodnienia lub dokonała czynności służącej wdrożeniu takiego uzgodnienia.

Ustawa MDR wprowadza także definicję kwalifikowanego korzystającego w zakresie raportowania schematów innych niż transgraniczne, tj. korzystający, którego przychody lub koszty albo wartość aktywów w rozumieniu przepisów o rachunkowości przekroczyły w roku poprzedzającym, lub w bieżącym roku równowartość 10 mln euro, lub jeżeli udostępniane albo wdrażane uzgodnienie dotyczy rzeczy lub praw o wartości rynkowej przekraczającej równowartość 2 mln euro, lub jeżeli korzystający jest podmiotem powiązanym.

Podmiotami zobowiązanymi do raportowania schematów podatkowych są w pierwszej kolejności promotorzy (czyli głównie doradcy podatkowi, jako podmioty udzielające profesjonalnych porad prawno-podatkowych), ale też obowiązki te spoczywają na wspomagającym i w niektórych przypadkach na korzystającym – ustawodawca wskazuje, w jakich przypadkach i kto jest zobowiązany. Co do zasady korzystający będzie zobowiązany do samodzielnego raportowania schematów podatkowych, jeżeli uzgodnienie zostało opracowane przez niego samodzielnie bez pomocy promotora.

Ustawodawca dopuszcza możliwość, że podmioty zobowiązane do raportowania będą mogły powołać się na tajemnicę zawodową – wtedy obowiązek raportowania spoczywa na korzystającym wdrażającym schemat, zaś na podmiocie objętym tajemnicą zawodową ciąży ograniczony obowiązek raportowania (np. dane dotyczące ilości podmiotów objętych obowiązkiem raportowym). W tym miejscu należy zaznaczyć, iż samo związanie tajemnicą zawodową nie skutkuje brakiem raportowania, a jedynie modyfikuje zakres przekazywanych informacji. Ustawa przewiduje także możliwość zwolnienia promotora/ wspomagającego z tajemnicy zawodowej i tym samym nie będą mogli oni powołać się na zapisy dotyczące tajemnicy zawodowej i dokonać raportowania w ograniczonym zakresie.

Należy też wskazać, iż zapisy ustawy znacznie wykraczają poza zapisy Dyrektywy DAC6 (objęcie obowiązkiem raportowania schematów krajowych, objęcie zakresem ustawy schematów podatkowych dotyczących VAT, dodanie katalogu nowych przesłanek rodzących obowiązki raportowe). Tym samym implementacja dyrektywy, pomimo że spełnia wymóg implementacji przepisów unijnych, to nie prowadzi do unifikacji tych przepisów, co może rodzić duże rozbieżności w zakresie postrzegania tych obowiązków przez pryzmat polskiego i zagranicznego podatnika. Może to też być problemem w odniesieniu do zauważalnej obecnie tendencji do unifikacji przepisów krajowych i międzynarodowych, która to unifikacja ułatwia wymianę informacji podatkowych i międzynarodową współpracę w zakresie zwalczania przestępczości podatkowej (np. obowiązki w zakresie raportowania Common Reporting Standard).

4. Zakres przedmiotowy

Ustawa MDR dzieli schematy podatkowe na dwie kategorie, tj. schematy transgraniczne nałożone Dyrektywą DAC6 oraz na inne schematy podatkowe (zwane schematami krajowymi). Podział ten jest szczególnie istotny ze względu na wprowadzone zawężenie obowiązku raportowania

krajowych schematów podatkowych w odniesieniu do kwalifikowanych korzystających, jak też wprowadzony ustawą obowiązek wstecznego zaraportowania schematów podatkowych – w zakresie schematów transgranicznych obowiązek raportowania powstaje od dnia 25 czerwca 2018 r., natomiast dla innych schematów podatkowych powstaje od 1 listopada 2018 r.⁸

Ustawodawca wyróżnia także schematy standaryzowane, tj. takie, które są możliwe do wdrożenia lub udostępnienia u więcej niż jednego korzystającego bez konieczności zmiany jego istotnych założeń – w przypadku takich schematów promotor czy też wspomagający nie mogą powoływać się na tajemnicę zawodową jako przesłankę zwalniającą z obowiązku raportowego (ustawodawca jedynie ograniczył w pewnym stopniu zakres przekazywania danych).

W myśl Ustawy MDR obowiązkowi raportowania podlega schemat podatkowy, czyli uzgodnienie rozumiane jako czynność lub zespół powiązanych ze sobą czynności, w tym czynność planowana lub zespół czynności planowanych, których co najmniej jedna strona jest podatnikiem lub które mają lub mogą mieć wpływ na powstanie lub niepowstanie obowiązku podatkowego, które:

- spełnia kryterium głównej korzyści oraz posiada co najmniej jedną ogólną cechę rozpoznawczą (ustawa przewiduje aż 11 cech rozpoznawczych takich, jak np. zobowiązanie do zachowania poufności wobec osób trzecich, ustalenie wynagrodzenia uzależnionego od korzyści podatkowej, zmiana klasyfikacji dochodów/przychodów do innego źródła czy też nabycie spółki przynoszącej straty),
- lub posiada co najmniej jedną szczególną cechę rozpoznawczą (ustawodawca wyodrębnił 9 takich cech zgodnych z Dyrektywą DAC6),
- lub też posiada inną szczególną cechę rozpoznawczą (tu ustawodawca wyodrębnił 4 cechy wykraczające poza Dyrektywę DAC6 – np. wpływ na część odroczonego podatku dochodowego lub aktywów/rezerwy z tytułu podatku odroczonego na kwotę ponad 5 mln zł).

⁸ Patrz przepisy przejściowe art. 28 ust. 1 i 3 Ustawy MDR.

Co wydaje się szczególnie istotne, jedynie w odniesieniu do ogólnej cechy rozpoznawczej ustawodawca uzależnił powstanie obowiązku raportowania od spełnienia głównej korzyści. Zgodnie zaś z art. 86a § 2 ustawy MDR kryterium głównej korzyści uważa się za spełnione, jeżeli na podstawie istniejących okoliczności oraz faktów należy przyjąć, że podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej, mógłby zasadnie wybrać inny sposób postępowania, z którym nie wiązałoby się uzyskanie korzyści podatkowej rozsądnie oczekiwanej lub wynikającej z wykonania uzgodnienia, a korzyść podatkowa jest główną lub jedną z głównych korzyści, którą podmiot spodziewa się osiągnąć w związku z wykonaniem uzgodnienia. Tym samym ogólna cecha rozpoznawcza powinna być analizowana przez pryzmat powstania korzyści podatkowej – takie zestawienie wydaje się spełniać pierwotne założenia ustawodawcy w zakresie zbierania informacji o agresywnych optymalizacjach podatkowych. Należy też uznać, iż takie zestawienie przesłanki ustawowej i osiągnięcia korzyści podatkowych ogranicza zakres czynności podlegających raportowaniu do zdarzeń mających realny wpływ na zobowiązanie podatkowe, czego nie można już powiedzieć w odniesieniu do pozostałych cech rozpoznawczych, gdzie nie występuje przesłanka głównej korzyści.

Problematyczne w weryfikacji mogą być zwłaszcza inne szczególne cechy rozpoznawcze – ten typ przesłanek nie wynika z Dyrektywy DAC6, jest to dodatkowy katalog stworzony przez polskiego ustawodawcę. Jedną z takich przesłanek jest wysokość dochodów (przychodów) podatnika wynikających lub oczekiwanych w związku z wykonaniem uzgodnienia, przekraczająca łącznie w trakcie roku kalendarzowego kwotę 25 mln zł. Literalna wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, iż spełniona będzie ta przesłanka w odniesieniu do transakcji gospodarczych nie mających na celu osiągnięcie jakichkolwiek oszczędności podatkowych (np. udzielenie kredytu celowego na przejęcie innej spółki o przychodach 25 mln zł).

Ustawa MDR wprowadza także zasadę, iż raportowaniu podlegają wszystkie schematy transgraniczne, jak również schematy, gdzie korzystającym będzie podmiot powiązany. Natomiast inne schematy podlegają raportowaniu wyłącznie w sytuacji spełnienia kryterium kwalifikowanego korzystającego. Oznacza to, że każda transakcja musi być wielostopniowo analizowana – oprócz weryfikacji spełnienia cech rozpoznawczych rodzących obowiązek raportowy musi być także przeanalizowana ze względu na transgraniczność czynności, oraz czy obejmie podmioty powiązane. Następnie analiza musi dotyczyć kryteriów finansowych, które to zdarzenia mogą być trudno ocenne przed czy w trakcie realizowanych czynności.

Przykładowo jeżeli doradca podatkowy udzielając porad spółce X, nie będzie miał świadomości o wykorzystaniu informacji spisanych w formie raportu przez spółki zależne, to nie będzie miał wiedzy o powstaniu obowiązku raportowego. Mając jednakże na uwadze zapisy ustawowe mówiące o zachowaniu należytej staranności, można się zastanowić, czy doradca podatkowy jako podmiot profesjonalny i zaznajomiony z regulacjami dotyczącymi MDR może tłumaczyć się taką niewiedzą.

5. Zakres i terminy raportowania oraz sankcje karne

Ustawa przewiduje, iż obowiązek raportowania będzie należało wykonać w ciągu 30 dni od dnia następnego po udostępnieniu schematu podatkowego lub przygotowaniu do wdrożenia schematu podatkowego, lub też od dnia następnego po dniu dokonania pierwszej czynności związanej z wdrażaniem schematu podatkowego – w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpi pierwsze. Jeżeli jednak wspomagający poweźmie wątpliwości w zakresie, czy dana transakcja nie jest schematem podatkowym, to obowiązek raportowy powstaje w ciągu 5 dni od tego momentu (forma raportowania wstępnego) będący powiadomieniem innych podmiotów oraz Szefa Kas, iż takie wątpliwości zidentyfikował – jeżeli wątpliwości nie zostaną usunięte i brak będzie informacji o zaraportowaniu schematu podatkowego przez promotora lub

korzystającego, to powstanie wyżej wspomniany obowiązek raportowy liczony w terminie 30 dni od powzięcia wątpliwości (raportowanie właściwe).

Raportowanie dokonuje się w formie elektronicznej z wykorzystaniem odpowiednich formularzy XML (odpowiednio MDR1 do MDR4), a zakres informacji jest uzależniony od rodzaju składanego raportu. Raportowanie właściwe o schemacie podatkowym składa się na formularzu MDR1. Informacja o charakterze statystycznym w zakresie ilości podmiotów biorących udział w uzgodnieniu dokonuje się na formularzu MDR2. Korzystający składając deklarację podatkową, jest zobowiązany równocześnie złożyć informacje MDR3 w zakresie czynności będących elementem schematu podatkowego oraz/lub uzyskanych korzyściach podatkowych. Formularz MDR4 służy kwartalnemu raportowaniu schematów podatkowych już uprzednio zgłoszonych. Dodatkowo został przygotowany formularz MDR niezawierający numeracji, będący formularzem wspólnym dla wszystkich pozostałych formularzy. Ustawa przewiduje ograniczone formy raportowania (wypełnienie jedynie części półformularzy), jeżeli np. promotor lub wspomagający nie został zwolniony z tajemnicy zawodowej, a dotyczy on schematu, który jest możliwy do wdrożenia lub udostępnienia u więcej niż jednego korzystającego bez konieczności zmiany jego istotnych założeń, w szczególności dotyczących rodzaju czynności podejmowanych lub planowanych w ramach schematu podatkowego – w przypadku takiego schematu promotor nie może zwolnić się z obowiązku raportowania.

Zakres informacji podlegający raportowaniu jest bardzo szeroki i obejmuje zarówno dane dotyczące korzystającego, jak również streszczenie i wyczerpujący opis uzgodnienia stanowiącego schemat podatkowy, opis działalności gospodarczej, do której ma zastosowanie schemat, czy też wartość korzyści podatkowej – w formularzach występują między innymi pola opisowe o określonej ilości znaków.

Ustawa MDR przewiduje, iż promotor lub podmiot zatrudniający promotorów lub faktycznie wypłacający im wynagrodzenie (np.

doradca podatkowy), którego przychody lub koszty przekroczyły w roku poprzedzającym rok obrotowy równowartość 8 mln zł, jest zobowiązany do wdrożenia i stosowania wewnętrznej procedury w zakresie przeciwdziałania niewywiązywaniu się z obowiązku przekazywania informacji o schematach podatkowych. Niewdrożenie procedury zagrożone jest karą finansową nakładaną przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, w drodze decyzji, w wysokości do 2 mln zł. Jednakże w przypadku stwierdzenia prawomocnym wyrokiem sądu popełnienia czynu zabronionego na gruncie KKS, kara pieniężna może wynosić do 10 mln zł. Zaś za brak wypełnienia obowiązków raportowania lub nieprawidłowe raportowanie KKS przewiduje karę grzywny do 720 stawek dziennych.

Minister Finansów w Objasnieniach MDR wskazał między innymi, iż ewentualne opóźnienia dotyczące realizacji obowiązków informacyjnych nie będą rodziły negatywnych konsekwencji dla podmiotów zobowiązanych, pod warunkiem że obowiązki te zostaną prawidłowo wykonane do 28 lutego 2019 r. Natomiast w przypadku prawidłowego wykonania opóźnionych obowiązków informacyjnych w okresie od 1 marca do 30 kwietnia 2019 r. opóźnienia te będą traktowane jako przypadki mniejszej wagi.

6. Ustawa MDR a tajemnica zawodowa doradców podatkowych

Przepisy obejmujące kwestię tajemnicy zawodowej doradcy podatkowego, podobnie jak w innych korporacjach zawodowych typu adwokaci czy radcowie prawni, są normami prawnymi wynikającymi zarówno z zasad etyki zawodowej, jak i norm prawa bezpośrednio ujętych w ustawach dotyczących wykonywania danego zawodu – w przypadku doradcy podatkowego zawarte są w art. 37 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (analogiczne normy prawa zostały zawarte w art. 6 ust. 1 Prawa o adwokaturze czy art. 3 ust. 3 ustawy o radcach prawnych). Zgodnie z ust. 1 ustawy o doradztwie podatkowym doradca podatkowy obowiązany jest do zachowania w tajemnicy faktów

i informacji, z którymi zapoznał się w związku z wykonaniem zawodu. Zasady te stosuje się odpowiednio do osób zatrudnionych przez doradcę podatkowego w zakresie wykonywania przez te osoby czynności doradztwa podatkowego. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez doradców podatkowych został także wpisany do Zasad Etyki Doradców Podatkowych oraz potwierdzony rotą ślubowania doradcy podatkowego: „Przyrzekam, że jako doradca podatkowy będę wykonywać ten zawód kierując się dobrem swoich klientów, z całą sumiennością i rzetelnością, zgodnie z prawem, wiedzą, zasadami etyki zawodowej. Poznane w związku z wykonywaniem zawodu fakty i informacje zachowam w tajemnicy wobec osób trzecich”.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej obejmujący zakaz ujawniania w jakiejkolwiek formie (publicznie lub prywatnie) jakichkolwiek informacji, faktów lub dokumentów, z którymi doradca zapoznał się w związku z wykonywaniem zawodu. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej jest nieograniczony w czasie. Do czasu wprowadzenia nowych regulacji MDR panowało przekonanie, iż nawet zwolnienie doradcy z tajemnicy przez klienta nie zwalnia doradcy z zachowania tajemnicy zawodowej – takie postrzeganie tajemnicy zawodowej miało na celu zagwarantowania klientom doradców podatkowych komfortu powierzania im poufnych informacji podatkowych, finansowych lub rachunkowych, a tym samym stworzenia komfortu psychicznego ze strony podatnika, iż doradca podatkowy uzyskane informacje zachowa w tajemnicy.

Należy też wskazać, iż zgodnie z art. 196 § 2 ustawy Ordynacja podatkowa, w postępowaniu administracyjnym i podatkowym nie ma możliwości zwolnienia doradcy podatkowego przesłuchiwanego w charakterze świadka z obowiązku zachowania tajemnicy. Odmowa złożenia zeznań czy odpowiedzi na poszczególne pytania przez doradcę podatkowego nie stanowi czynu zabronionego. Warunkiem złożenia zeznań jest zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej – obowiązek składania zeznań wynika z art. 180 § 2 Kodeksu postępowania

karnego, zgodnie z którym osoby obowiązane do zachowania tajemnicy zawodowej mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/2003 zwrócił uwagę, iż ustawodawca wprowadzając obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez określoną grupę zawodową, postępuje konsekwentnie, tj. w innych ustawach, wprowadzających obowiązek składania zeznań, przewiduje możliwość zachowania milczenia przez osoby związane tajemnicą. W przeciwnym razie w pewnych sytuacjach wypełnienie obowiązku milczenia byłoby niemożliwe, a ochrona osób, w których interesie ten obowiązek wprowadzono, okazałaby się iluzoryczna.

Jak zostało już wskazane powyżej, w dacie wejścia w życie Ustawy MDR został dodany do art. 37 ustawy o doradztwie podatkowym ust. 4 pkt 2, zgodnie z którym obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji objętych przepisami MDR. Jednocześnie należy mieć na uwadze, iż regulacje MDR obejmują niezwykle szeroki zakres czynności podlegających raportowaniu, wykraczając poza zakres czynności mogących być uznane jako agresywna optymalizacja podatkowa. Jak wskazano powyżej, w Objasnieniach MDR zostało wprost wyjaśnione, iż występowanie u podatnika cech schematu podatkowego nie powinno być postrzegane jako sytuacja niewłaściwa lub naganna. Wczytując się w treść cytowanego powyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego, można by doszukiwać się uzasadnienia dla zwolnienia z zachowania tajemnicy zawodowej doradcy podatkowego w odniesieniu do czynności uznanych za szkodliwe z punktu widzenia finansów państwa, jednakże wprowadzone przepisy mają na celu umożliwienie pozyskiwania danych przez organy podatkowe wykraczające daleko poza uzasadniony interes społeczny.

Ustawa MDR przewiduje, iż doradca podatkowy nie będąc zwolniony z tajemnicy zawodowej, dokonuje raportowania MDR tylko w wąskim zakresie, podając jedynie dane o charakterze zbliżonym do danych

statystycznych – powszechne wątpliwości budzi jednakże fakt, iż do samego raportowania doradca podatkowy jest zobligowany. Jeżeli celem było przekazanie danych uniemożliwiających ujawnienie korzystającego, to jaki jest cel tego raportowania? Jeżeli zaś przyjąć, iż działanie ustawodawcy jest działaniem przemyślanym, to czy to oznacza, iż w niedalekiej przyszłości doradca podatkowy zostanie poproszony o dodatkowe informacje w ramach kontroli wypełnienia obowiązków raportowania MDR pozwalających na identyfikację podatnika?

W obecnych czasach wykorzystanie narzędzi informatycznych w zestawieniu z ilością przekazywanych danych Ministrowi Finansów umożliwia identyfikację konkretnych osób uczestniczących w operacjach gospodarczych (np. analizy STIR⁹). Tym samym fakt zaraportowania danych statystycznych budzi wątpliwości co do zachowania w tajemnicy danych podatnika. Ministerstwo Finansów powszechnie chwali się skutecznością analizy otrzymanych danych, a tym samym istnieją obawy, czy pozyskane dane nie zostaną wzajemnie powiązane w celu identyfikacji podatników raportowanych dla celów MDR. „Trzeba zauważyć, że w obliczu możliwości natychmiastowego dostępu organów podatkowych do rozliczeń podatkowych promotora (choćaby za pośrednictwem JPK) złożenie zawiadomienia o poinformowaniu klienta promotora o obowiązku ujawnienia schematu (z podaniem konkretnej daty!) w wielu przypadkach będzie pozwalać na łatwą identyfikację korzystających, którzy nie ujawnili schematu Szefowi KAS. Obowiązek złożenia przez promotora zawiadomienia może być zatem widziany jako denuncjacja klienta. Wprawdzie, jak stanowi art. 86b § 7 pkt 3 o.p., przesłanie zawiadomienia do Szefa KAS nie stanowi naruszenia obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej, ale przepis ten należy traktować w kategorii «myślenia życzeniowego». Z uwagi na wskazane wyżej okoliczności faktyczne zawiadomienie Szefa KAS o udostępnieniu schematu korzystającemu w wielu przypadkach będzie oznaczać naruszenie tajemnicy zawodowej

⁹ Dział IIIB ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, Dz. U. 2019, poz. 900.

doradcy podatkowego (adwokata, radcy prawnego)”¹⁰.

Wszelkie rozważania na temat tajemnicy zawodowej doradcy podatkowego należy jednocześnie nałożyć na odbiór społeczny nowych przepisów – zgodnie z pojawiającymi się wypowiedziami doradców podatkowych spotykają się oni z obawą podatników, iż już samo zapytanie doradcy podatkowego o opinię podatkową na temat planowanego przedsięwzięcia może skutkować powstaniem obowiązku raportowego MDR. Podatnik niejednokrotnie nie jest świadomy, czy dane rozwiązanie może rodzić jakieś konsekwencje podatkowe, czy też nie – dlatego idzie do doradcy podatkowego po pomoc, a to może skutkować obowiązkiem raportowania planowanych czynności. Doradca podatkowy nie będąc zwolniony z tajemnicy zawodowej, raportuje jedynie dane o charakterze statystycznym i jednocześnie informuje podatnika, iż on sam powinien wypełnić obowiązki raportowania MDR – to zaś wprowadza dużą dozę niepewności po stronie podatników i nieufność względem podmiotów świadczących usługi pomocy prawnej. Regulacje MDR nie przewidują działań pośrednich mających na celu z jednej strony instruowanie podatników, a z drugiej strony gwarantujących pewien poziom bezpieczeństwa w odniesieniu do świadczonej pomocy prawno-podatkowej.

7. Podsumowanie

Przedstawione powyżej regulacje MDR ze względu na niejasny i wieloaspektowy charakter rodzą wiele problemów po stronie podatników. Praktycznie każdy podmiot musi wieloaspektowo analizować transakcje gospodarcze w celu ustalenia, czy może ona stanowić schemat podatkowy i czy podlega takie zdarzenie obowiązkowi sprawozdawczemu. Analiza danych transakcyjnych musi przebiegać przy zastosowaniu gruntownego badania przesłanek (cech rozpoznawczych) oraz podmiotów uczestniczących w transakcji. Należy też mieć na uwadze, iż podmioty

¹⁰ M. Wilk, *Ujawnianie schematów podatkowych a tajemnica zawodowa doradcy podatkowego*, LEX/el. 2018.

zajmujące się udzielaniem pomocy prawnej podatnikom, na moment badania transakcji pod kątem wystąpienia przesłanki MDR skutkującej powstaniem obowiązku raportowego, mogą nie mieć wszystkich danych pozwalających na właściwą ocenę prawną, gdyż pewne zdarzenia mogą być nieznane na ten moment (np. wpływ transakcji na podatek odroczony), które to elementy mogą się uwidocznic *post factum*. W takim przypadku należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy taka transakcja podlega raportowaniu, a jeżeli tak, to czy od momentu ujawnienia się tej przesłanki, czy też racjonalnie działający podmiot powinien był przewidzieć taki wpływ na wcześniejszym etapie lub też czy raportowanie powinno być zrealizowane dopiero po ujawnieniu tej przesłanki w późniejszym okresie (wydaje się, iż na takie pytania odpowiedzi dopiero można szukać w praktyce stosowania norm prawa).

W przypadku transakcji wielopodmiotowych (np. kredyty konsorcjalne) każdy z tych podmiotów może inaczej odczytywać swoje role w transakcji, a tym samym może być różne postrzeganie obowiązków MDR. Mając na uwadze, iż ustawa jest nacechowana stwierdzeniami nieostrymi i ocennymi, a jednocześnie znacznie wykracza poza ramy Dyrektywy DAC6, podatnicy funkcjonujący w różnych jurysdykcjach podatkowych (np. oddziały zagranicznych przedsiębiorstw) mogą odmiennie odczytywać te same zdarzenia jako podlegające lub niepodlegające raportowaniu.

Kwestię wymagającą dalszych rozważań w doktrynie prawa jest relacja tych przepisów względem innych norm prawa takich jak np. przepisy dotyczące karalności za nieujawnianie przedmiotu lub podstawy opodatkowania czy też kwestia wyłączenia karalności w związku z ujawnieniem okoliczności popełnienia przestępstwa skarbowego¹¹. Organy podatkowe otrzymują od podatników na wczesnym etapie procesowania transakcji różnego rodzaju informacje (opis schematu podatkowego) i ich wpływ na rozliczenia podatkowe, a tym samym powstaje pytanie o kwestie karalności i przedawnienia karalności – wydaje

¹¹ Art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 1999 r., Nr 83 poz. 930).

się, iż wypełnienie obowiązku raportowego MDR może być właśnie przesłanką wyłączającą karalność za ujawnione przestępstwa skarbowe opisane w schemacie podatkowym.

Należy też wskazać, iż przepisy MDR negatywnie wpływają na relację podatników i podmiotów zajmujących się pomocą prawną ze względu na ingerencję przepisów MDR w obszar prawnie chronionej tajemnicy zawodowej – podatnicy boją się pytać o planowaną lub realizowaną transakcję ze względu na ryzyko uznania takiej transakcji za podlegającą raportowaniu – brak jest mechanizmu pouczenia podatnika bez sankcji raportowania, co jak się wydaje, byłoby lepszym rozwiązaniem. Osoby udzielające porad prawno-podatkowych są traktowane jako podmioty zaufania publicznego, co gwarantowane jest objęciem ich czynności i uzyskanych informacji tajemnicą zawodową – tajemnicy zawodowej nie zniesiono, jednakże wprowadzone przepisy burzą dotychczas wypracowany dorobek w tym zakresie.

Wszystkie powyższe wątpliwości, jakie pojawiają się w kontekście analizy przepisów MDR i ich uchwalania, nasuwają pytanie o zasadność wprowadzania tak trudnych w odbiorze społecznym przepisów bez gruntownych konsultacji społecznych i przy zbytnim pośpiechu, bez zagwarantowania odpowiednio długiego *vacatio legis*.

BIBLIOGRAFIA

Źródła

1. Ustawa z 23 listopada 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. z 2018 r., poz. 2193.
2. 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.
3. Ustawa z 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 1999 r., Nr 83 poz. 930).
4. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, Dz. U. 2019, poz. 900.
5. Stanowisko Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych w sprawie projektu zmian dotyczących wprowadzenia do polskiego porządku prawnego obowiązku raportowania schematów podatkowych z dnia 15 listopada 2017 r., https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=06a91285-18c6-4ebe-a773-d6d46a4e4198&groupId=764034 [dostęp: 5.01.2019].
6. Objasnienia Ministra Finansów Informacje o schematach podatkowych (MDR) z dnia 31 stycznia 2019 r., https://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=864af355-652d-402d-93c6-ee9b905109c0&groupId=764034 [dostęp: 7.01.2019].
7. Zaniewicz E., *Raportowanie schematów podatkowych przez biura rachunkowe*, LEX/el. 2019.
8. Wilk M., *Ujawnianie schematów podatkowych a tajemnica zawodowa doradcy podatkowego*, LEX/el. 2018.

Publikacje internetowe

1. Andrychowska D., *Schematy podatkowe MDR – co to jest schemat podatkowy*, <https://www.frr.pl/news/855/schematy-podatkowe-mdr-co-to-jest> [dostęp 15.12.2019].

2. Deloitte, *Raportowanie schematów podatkowych przez instytucje finansowe*, <https://www2.deloitte.com/pl/pl/pages/tax/articles/MDR-obowiazek-raportowania-schematow-podatkowych.html> [dostęp 15.12.2019].
3. Koślicki K., *Raportowanie schematów podatkowych z istotną luką*, <https://www.prawo.pl/podatki/mdr-1-mdr-3-kto-ma-skladac-raportowanie-schematow-podatkowych,418709.html> [dostęp 12.06.2019].
4. Leśniak G. J., *Pełnomocnik zgłasza schemat podatkowy - tajemnicy nie gwarantuje*, <https://www.prawo.pl/podatki/raportowanie-schematow-podatkowych-tajemnica-zawodowa-doradcow,382608.html> [dostęp 5.12.2019]
5. Kubicz A., *Raportowanie schematów podatkowych: czy doradca doniesie na klienta*, <https://www.rp.pl/Postepowanie-podatkowe/302209996-Raportowanie-schematow-podatkowych-czy-doradca-doniesie-na-klienta.html> [dostęp 5.12.2019].