

Polskie i portugalskie regulacje dotyczące obowiązkowego raportowania krajowych schematów podatkowych (MDR) – analiza porównawcza wybranych zagadnień

Polish and Portuguese regulations on mandatory disclosure rule of domestic tax schemes – a comparative analysis of selected issues

Jerzy Litwinow

Doktorant Szkoły Doktorskiej Nauk Społecznych, Zakład Historii Administracji Uniwersytetu Warszawskiego,
ORCID: 0000-0003-2453-670X

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie syntetycznej analizy prawno-porównawczej wybranych aspektów obowiązkowego raportowania krajowych schematów podatkowych w Polsce i Portugalii w związku z implementacją dyrektywy Rady (UE) 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r. zmieniającej dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania w odniesieniu do podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych¹ (tzw. dyrektywy DAC-6). Uzasadnieniem takiego porównania jest objęcie obowiązkiem raportowania – poza schematami transgranicznymi – również schematów krajowych, co nie występuje w pozostałych krajach Unii Europejskiej (UE)². Regulacje polskie – mimo wprowadzenia kryterium kwalifikowanego korzystającego – powodują w praktyce konieczność o wiele częstszego raportowania niż regulacje portugalskie, które nie mają takiego ograniczenia. Zwrócono szczególną uwagę na problem zawężenia zakresu tajemnicy zawodowej adwokatów, które w przypadku Portugalii jest o wiele bardziej ingerujące w ten zawód zaufania publicznego. W tym opracowaniu zastosowano metodę formalno-dogmatyczną i prawno-porównawczą do analizy przepisów dyrektywy, ustaw oraz pozostałych aktów prawnych. Zweryfikowano, które przepisy są efektywniejsze pod kątem celów wyznaczonych w dyrektywie 2018/822 oraz które wprowadzają mniejsze ograniczenia tajemnicy zawodowej. Uwzględniono również cele polskiego ustawodawcy wprowadzającego obowiązki w zakresie MDR³, w tym jego uzasadnienie konieczności istnienia takich obowiązków, nawet gdyby nie było dyrektywy 2018/822. Należy rozważyć *de lege ferenda* podwyższenie kary dla osób, które kierują dużymi podmiotami w Portugalii (np. będącymi częścią międzynarodowych spółek kapitałowych), a które nie raportują schematów podatkowych, oraz obniżenie kar dla pozostałych podmiotów w Polsce.

Słowa kluczowe: nauki prawne, MDR, tajemnica zawodowa (np. adwokacka), schematy krajowe.

Abstract

The aim of this paper is to present a synthetic legal and comparative analysis of selected aspects of the obligatory reporting of domestic tax schemes in Poland and Portugal in connection with the implementation of the EU Directive DAC-6. The rationale for such a comparison is the extension of the reporting obligation beyond cross-border schemes to domestic schemes, which is not present in other EU countries. Despite the introduction of the qualified beneficiary criterion, the Polish regulations result in much more frequent reporting in practice than the Portuguese regulations, which do not have such a restriction. Particular attention has been paid to the problem of the narrowing of the scope of professional secrecy of lawyers, which in the Portuguese case is much more intrusive into this profession of public trust. This article uses a formal-dogmatic and legal-comparative method to analyse the provisions of the Directive, laws and other legislation. The article is used to verify which provisions are more effective in terms of the objectives of these regulations in the context of the DAC-6 Directive and which introduce less restrictions on professional secrecy. The objectives of the Polish legislator introducing MDR obligations were also taken into account due to his justification of the need for MDR even if there was no DAC-6 directive. Consideration should be given *de lege ferenda* to introduce a higher penalty for persons managing large

entities in Portugal, e.g. those being part of international capital companies that do not report tax schemes, and lowering penalties for other entities in Poland.

Keywords: legal sciences, MDR, professional secrecy (e.g. lawyers'), national schemes.

1. WPROWADZENIE

Problem agresywnego planowania podatkowego jest poruszany od wielu lat w debacie publicznej ekspertów podatkowych różnych organizacji międzynarodowych. Mimo braku jednolitej definicji tego terminu występuje on często w oficjalnych dokumentach, np. rządowych⁴. W ślad za doktryną w niniejszej pracy to pojęcie będzie rozumiane jako znane dotąd unikanie opodatkowania⁵. Wydaje się, że to jest uzasadnione również z perspektywy założeń co do racjonalności ustawodawcy⁶.

Samo zjawisko szkodliwej optymalizacji podatkowej najbardziej nasiliło się od lat 90. XX w. w wyniku gwałtownego przyspieszenia globalizacji gospodarek poszczególnych państw, zwłaszcza po liberalizacji przepływów kapitałowych w wielu krajach. Wobec tego wzrosło zainteresowanie zagadnieniem zwalczania erozji podstawy opodatkowania gospodarek narodowych na rzecz krajów uznawanych za tzw. raje podatkowe.

W związku z tym, w wyniku osiągnięcia konsensu przez przedstawicieli różnych państw, w 2013 r. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju⁷ opracowała program piętnastu skoordynowanych na poziomie globalnym działań na rzecz przeciwdziałania erozji podstawy opodatkowania, znany jako plan BEPS (ang. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*). Jednym z jego filarów jest działanie nr 12 polegające na wprowadzeniu względem podmiotów z krajów OECD obowiązku raportowania uzgodnień uznanych za schematy podatkowe do administracji skarbowych poszczególnych państw. Finalną wersję tego działania opublikowano w 2015 r.⁸ Uznano, że państwa ze względu na ograniczenie ich władzy do zakresu własnej jurysdykcji nie są w stanie samodzielnie dostrzec niepożądanych przez nie sposobów międzynarodowej optymalizacji podatkowej i ich ograniczyć, w związku z czym potrzebują uzyskać takie informacje bezpośrednio od podatników lub ich przedstawicieli podatkowych.

W celu wdrożenia działania nr 12 do porządku prawnego państw członkowskich UE Komisja Europejska wystąpiła z inicjatywą ustawodawczą przyjęcia dyrektywy, która nałożyłaby na podatników będących rezydentami w krajach UE obowiązek raportowania schematów podatkowych przynoszących tym podatnikom korzyści podatkowe w wymiarze transgranicznym. Ta inicjatywa zakończyła się przyjęciem dyrektywy 2018/822, której głównym celem jest zwalczanie agresywnej optymalizacji podatkowej, przede wszystkim w ujęciu transgranicznym⁹.

Celem programowym przywołanej dyrektywy, uzasadniającym spełnienie zasady proporcjonalności podczas uchwalania aktów unijnych, jest prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego¹⁰, którego ocena pozostaje poza zakresem niniejszego opracowania.

Polska była jednym z pierwszych krajów UE, które zaimplementowały tę dyrektywę do swojego porządku prawnego. Jak podkreślił Minister Finansów w objaśnieniach podatkowych z dnia 31 stycznia 2019 r. w sprawie stosowania obowiązkowego schematu podatkowego w praktyce, ta instytucja

sprawozdawcza nie występowała do tej pory w Polsce¹¹. Portugalia zaimplementowała dyrektywę 2018/822 dopiero 2 lata później – w 2020 r.

W Polsce obowiązywanie regulacji z zakresu MDR od lat budzi spore wątpliwości i problemy zarówno wśród korzystających, jak i wśród promotorów. Widać to po próbach uzyskania przez podatników indywidualnych interpretacji prawa podatkowego dotyczących przepisów zawartych w rozdziale 11a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa¹². Nadal bowiem podatnicy spotykają się z odmową Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (Dyrektor KIS).

Przykładowo w postanowieniach z dnia 17 czerwca 2019 r. i z dnia 27 sierpnia 2019 r. Dyrektor KIS odmówił wszczęcia postępowania podatkowego w sprawie wniosku o udzielenie interpretacji indywidualnej ze względu na to, że przepisy z zakresu MDR nie odnoszą się wprost ani do powstania obowiązku podatkowego, ani do zobowiązania podatkowego, ergo nie mogą zapewnić funkcji ochronnej, o której mowa w art. 14k Ordynacji podatkowej, wynikającej z otrzymanej przez podatnika interpretacji¹³.

Są dwie wspólne cechy, które najbardziej wyróżniają portugalskie i polskie regulacje z zakresu MDR na tle innych krajów UE¹⁴:

- rozszerzenie „minimum unijnego”, tj. obowiązkowego raportowania schematów podatkowych, na schematy krajowe;
- objęcie obowiązkiem raportowania również innych podatków niż wskazane w dyrektywie.

W związku z tym istnieje możliwość porównania regulacji z zakresu MDR dotyczących raportowania schematów innych niż transgraniczne, obowiązujących w Polsce i Portugalii. Celem niniejszego artykułu jest analiza prawnoporównawcza przepisów o raportowaniu krajowych schematów podatkowych w ramach mechanizmu MDR w Polsce i Portugalii pod kątem ich przedmiotu (cech rozpoznawczych), specyficznych rozwiązań krajowych oraz wprowadzonych wyjątków od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, wynikających z uchwalenia przepisów krajowych implementujących dyrektywę 2018/822.

W niniejszym opracowaniu co do zasady stosuje się nomenklaturę właściwą dla przywołanej dyrektywy, czyli używa się określeń „podatnik” i „pośrednik” zamiast „promotor”, „wspomagający” i „korzystający” ze względu na potrzebę zachowania wspólnego nazewnictwa dla polskich i portugalskich regulacji.

2. POLSKIE REGULACJE Z ZAKRESU RAPORTOWANIA KRAJOWYCH SCHEMATÓW PODATKOWYCH

2.1. Zakres raportowania i specyficzne rozwiązania krajowe

Polskie regulacje z zakresu MDR, zawarte w rozdziale 11a Ordynacji podatkowej, zostały uchwalone na mocy

ustawy 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 ustaw¹⁵. Jak wskazał ustawodawca w uzasadnieniu projektu ustawy, chciałby on w ten sposób uzyskać dostęp do właściwych informacji już na etapie opracowania schematów podatkowych, które mogą być potencjalnie częścią agresywnego planowania podatkowego¹⁶. Dodatkowo sama świadomość obowiązku raportowania korzyści podatkowych osiągniętych z udostępnionego podatnikowi lub opracowanego przez niego schematu ma odstraszać go od wdrożenia schematu w praktyce¹⁷. Zakłada się również, że wprowadzenie omawianego obowiązku zmniejszy liczbę kontroli podatkowych. Ustawodawca podkreślił, że regulacje z zakresu MDR należałyby wprowadzić również wtedy, gdyby taki obowiązek nie wynikał z dyrektywy unijnej¹⁸.

Polski ustawodawca, w swojej opinii, zdecydował się skorzystać z opcji, jaką mu umożliwia dyrektywa, czyli wprowadził szczególne regulacje dotyczące raportowania schematów podatkowych przez pośredników zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej¹⁹.

Poza tym ustawodawca lakonicznie uzasadnił potrzebę rozszerzenia obowiązku raportowania schematów również na schematy *stricte* krajowe. Przede wszystkim wspominał o wzroście liczby spółek komandytowo-akcyjnych w latach 2003-2012²⁰, który jego zdaniem wynika z agresywnej optymalizacji podatkowej. Pomocniczo odwołał się do motywu 10 dyrektywy 2018/822, który przewiduje wprowadzenie dodatkowych podobnych środków do MDR, z tym zastrzeżeniem, że informacje uzyskane w wyniku zastosowania tych środków nie będą automatycznie przekazywane do innego kraju UE. Jednocześnie wprowadzono próg *de minimis* raportowania schematów innych niż transgraniczne, który określono jako kryterium kwalifikowanego korzystającego. To kryterium ma dwie odrębne formy:

- kryterium podmiotowe – przekroczenie równowartości 10 mln euro przychodów, kosztów albo wartości aktywów podmiotu korzystającego albo
- kryterium przedmiotowe – przekroczenie równowartości 2,5 mln euro rzeczy lub praw w cenach rynkowych²¹.

Podmiot powiązany z podmiotem spełniającym kryterium kwalifikowanego korzystającego uważa się za podmiot, który również spełnia to kryterium.

Należy wymienić najważniejsze specyficzne polskie rozwiązania zawarte w przepisach z zakresu MDR lub przyjęte w związku z MDR, które nie zostały wprost przewidziane w dyrektywie 2018/822:

- brak wszczynania postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe wyłącznie w oparciu o informacje przekazywane na podstawie rozdziału 11a Ordynacji podatkowej²²;
- fakultatywna możliwość zastosowania przez sąd nadzwyczajnego złagodzenia kary, jeżeli w związku z przestępstwem skarbowym nastąpiło uszczerpienie należności publicznoprawnej, pod warunkiem że sprawca w terminie złożył informację o schemacie podatkowym, a uszczerpiona należność publicznoprawna wynika bezpośrednio z zastosowania tego schematu podatkowego²³;

- zwolnienie z obowiązku przekazania informacji o krajowym schemacie podatkowym w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych podmiotów opodatkowanych tzw. estońskim CIT²⁴;
- nadawanie każdemu schematowi numeru schematu podatkowego (NSP), który jest dowodem przekazania informacji o uzgodnieniu, zwalniającym pozostałe podmioty z obowiązku raportowania;
- możliwość zwrócenia się przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej (Szef KAS) z żądaniem uzupełnienia lub wyjaśnienia wątpliwości co do złożonych formularzy MDR²⁵;
- obowiązek składania informacji MDR-3 po zakończeniu każdego okresu rozliczeniowego dotyczącego danego podatku²⁶;
- możliwość wydania przez Ministra Finansów ogólnych wyjaśnień dotyczących zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania w przypadku korzystania z jednego schematu podatkowego lub kategorii schematów podatkowych²⁷;
- obowiązek posiadania wewnętrznej procedury dotyczącej zachowania zgodności z przepisami z zakresu MDR²⁸.

Poza tym polski ustawodawca uzupełnił ogólne cechy rozpoznawcze zawarte w dyrektywie 2018/822 o kolejne dwie cechy, które są określone w art. 86a § 1 pkt 6 lit. i-k Ordynacji podatkowej, oraz wprowadził nową kategorię cech uzgodnienia, a mianowicie inne szczególne cechy rozpoznawcze ujęte w art. 86a § 1 pkt 1 ww. ustawy. Należy zauważyć, że zgodnie z Ordynacją podatkową za uzgodnienie podlegające raportowaniu są uznawane schematy, które spełniają:

- kryterium głównej korzyści i ogólnej cechy rozpoznawczej (łącznie),
- szczególną cechę rozpoznawczą albo
- inną szczególną cechę rozpoznawczą.

Dodatkowo należy zauważyć, że zakres definicji korzystającego w rozumieniu Ordynacji podatkowej jest szerszy od definicji podatnika będącej jej odpowiednikiem w dyrektywie 2018/822²⁹. Poza tym polskie regulacje wyróżniają wysokie administracyjne kary pieniężne za brak procedury wewnętrznej dotyczącej raportowania i odpowiedzialność karnoskarbową za niedopełnienie obowiązków sprawozdawczych³⁰. W przypadku braku posiadania procedury wewnętrznej kara może wynieść do 2 mln zł, w przypadku zaś naruszenia obowiązków raportowania, przede wszystkim braku raportowania lub raportowania po terminie przez osobę skazaną z art. 80f k.k.s., zatrudnioną w podmiocie bez wymaganej procedury wewnętrznej, kara może wynieść aż do 10 mln zł³¹.

Odpowiedzialności karnoskarbowej podlegają – jak za przestępstwo skarbowe – osoby, które nie dopełniają należyście ciążących na nich obowiązków raportowania schematów podatkowych. Kara grzywny może wynieść do 720 stawek dziennych, czyli maksymalnie około 24 mln zł. Poza tym m. in. może być orzeczony zakaz prowadzenia działalności gospodarczej. W przypadku mniejszej wagi odpowiada się jak za wykroczenie skarbowe³².

Jeżeli chodzi o liczbę zgłoszonych do Szefa KAS schematów podatkowych, to w 2021 r. zaraportowano ich 3085 (zarówno krajowych, jak i zagranicznych) – i to mimo czaso-

wego zawieszenia obowiązku raportowania schematów krajowych³³.

2.2. Ograniczenie tajemnicy zawodowej

Doradca podatkowy jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy faktów i informacji, o których dowiedział się podczas wykonywania zawodu³⁴. Tożsame regulacje dotyczą adwokatów i radców prawnych. Jeżeli chodzi o raportowanie schematów krajowych, to doradcy podatkowi muszą raportować w każdym przypadku schematy standaryzowane oraz również schematy inne niż standaryzowane, ale tylko w sytuacji, gdy zostali zwolnieni z obowiązku zachowania tajemnicy przez klienta³⁵.

W doktrynie podkreśla się, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie jest przywilejem nadawanym przez państwo doradcom podatkowym i innym zawodom³⁶. Doradcy są zobowiązani do zachowania tajemnicy, ale nie bez wyjątków. Umożliwienie przez prawo wprowadzenia wyjątków od zachowania tajemnicy daje ustawodawcy możliwość ingerencji w tajemnicę zawodową, zazwyczaj ze względu na interesy organów państwowych. Krajowa Rada Doradców Podatkowych (KRDP) we wniosku o zbadanie zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.³⁷ ograniczenia tajemnicy zawodowej określiła takie postępowanie prawodawcy jako działanie „dla wygody”³⁸.

Niestety nie jest łatwo o obiektywne i niezależne kryteria decydujące o ograniczeniu tajemnicy zawodowej w sytuacji, gdy ustawodawca pozostaje de facto „sędzią we własnej sprawie”. To na ustawodawcy spoczywa funkcja wyważenia interesu społeczeństwa między zachowaniem tajemnicy bez wyjątków a jej ograniczeniem ze względu na jakiś cel społeczny. Wówczas wykładnia funkcjonalna uchwalonego przepisu o ograniczeniu tajemnicy, zwłaszcza treść uzasadnienia ustawy wprowadzającej wyjątek, będzie kluczowa podczas ewentualnej oceny zgodności przepisu z Konstytucją RP.

W związku z tym wniesiony przez KRDP wniosek o zbadanie przepisów ograniczających tajemnicę zawodową, wynikający z przyjęcia regulacji z zakresu MDR³⁹, należy ocenić pozytywnie, jako działanie w interesie nie tylko ochrony wartości, jaką jest niezależność samorządu, lecz także jako działanie w interesie dobra wspólnego.

3. PORTUGALSKIE REGULACJE Z ZAKRESU RAPORTOWANIA KRAJOWYCH SCHEMATÓW PODATKOWYCH

3.1. Zakres raportowania i specyficzne rozwiązania krajowe

Portugalia przyjęła ustawę implementującą dyrektywę 2018/822 w zakresie obowiązkowego raportowania schematów w lipcu 2020 r.⁴⁰; zastąpiła ona istniejące rozwiązania krajowe⁴¹.

Regulacje portugalskie, w ślad za przywołaną dyrektywą, nie wprowadzają rozróżnienia uszczegółwiającego pojęcie „pośrednika”, tj. nie wyodrębniają dwóch kategorii podmiotów, takich jak promotor i wspomagający, lecz rozszerzają zakres definicji pośrednika o przypadki, kiedy reprezentuje on podatnika w postępowaniach podatkowych i karnoskarbowych oraz doradza mu przy tych postępowaniach⁴².

W rozdziale drugim Lei n.º 26/2020 zostały opisane schematy krajowe podlegające raportowaniu do administracji podatkowej Portugalii (Autoridade Tributária e Aduaneira – AT). Do portugalskich krajowych schematów podlegających raportowaniu należą schematy, które posiadają cechy rozpoznawcze odpowiadające zakresem kategoriom B-E cech rozpoznawczych zawartych w załączniku IV do dyrektywy 2018/822⁴³. Z kolei podatkami, które zostały objęte raportowaniem, w przypadku schematów krajowych są:

- podatek dochodowy od osób fizycznych,
- podatek dochodowy od osób prawnych,
- podatki autonomiczne związane z ww. podatkami,
- podatek od wartości dodanej,
- lokalne podatki od nieruchomości,
- lokalne podatki od uciążliwych przeniesień nieruchomości,
- opłata skarbowa.

W odróżnieniu od Polski – Portugalia nie wprowadziła progu *de minimis*, który wyłączałby stosowanie regulacji dotyczących raportowania krajowych schematów podatkowych względem mniejszych podatników lub mniejszych transakcji. W związku z tym nawet uzyskanie niewielkiej korzyści, np. w opłacie skarbowej za radą doradcy podatkowego lub adwokata, może skutkować powstaniem obowiązku sprawozdawczego. Mimo to w całym 2021 r. zaraportowano zaledwie 28 schematów krajowych i złożono 33 informacje o zwolnieniu z obowiązku raportowania⁴⁴.

Wspomniana informacja o zwolnieniu w przypadku, gdy schemat już został zgłoszony przez inny zobowiązany podmiot, jak wskazują na to przepisy ustawy i objaśnienia podatkowe wydane przez AT, jest składana wtedy, gdy schemat został zaraportowany przez⁴⁵:

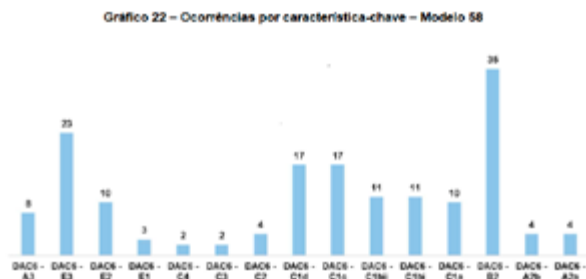
- podatnika lub pośrednika w innym kraju UE,
- innego pośrednika,
- innego podatnika.

Zgodnie z prawem portugalskim AT ma prawo opublikować na swojej stronie informacje będące ostrzeżeniami o schematach, które mogą prowadzić do uchylania się od opodatkowania (por. *evasão fiscal*)⁴⁶. W 2021 r. ukazały się trzy takie ostrzeżenia dotyczące następujących rodzajów mechanizmów:

- zmiana źródła opodatkowania z wypłaty dywidendy na spłatę długu wobec wspólnika,
- wykorzystanie darowizny akcji w celu uniknięcia lub zmniejszenia późniejszego opodatkowania zysków kapitałowych wynikających z ich zbycia,
- podział zysków poprzez obniżenie kapitału zakładowego, poprzedzony podwyższeniem tego kapitału.

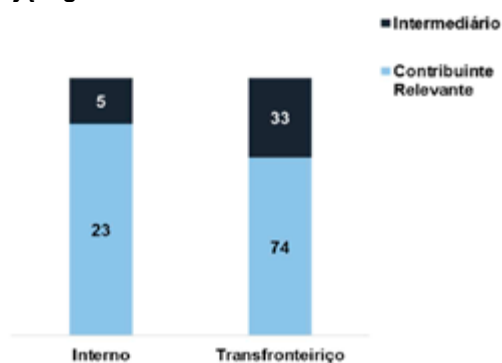
Na rysunku 1 zostały przedstawione informacje na temat częstotliwości występowania poszczególnych cech rozpoznawczych w zaraportowanych schematach w 2021 r., zarówno krajowych, jak i zagranicznych. Do najczęściej zgłaszanych schematów należą uzgodnienia prowadzące do przekształcenia dochodu w kapitał, darowiznę lub inną kategorię dochodów, które są niżej opodatkowane lub zwolnione z podatku (cecha B2). Z kolei na rysunku 2 znajdują się informacje o liczbie zaraportowanych schematów krajowych w stosunku do transgranicznych. W 2021 r. zaraportowano 28 schematów krajowych, co znaczy, że stanowiły one zaledwie około 20% wszystkich zaraportowanych schematów.

Rysunek 1. Liczba zaraportowanych schematów podatkowych w 2021 r. według cechy rozpoznawczej



Źródło: Gabinete do secretario de estado dos asuntos fiscais, dok. cyt., s. 96.

Rysunek 2. Podział zaraportowanych w 2021 r. schematów według ich rodzaju (krajowe i zagraniczne) oraz podmiotu raportującego



Źródło: Gabinete do secretario de estado dos asuntos fiscais, dok. cyt., s. 95.

3.2. Raportowanie schematów podatkowych przez pośredników

Największe kontrowersje w Portugalii wywołują regulacje dotyczące obowiązku raportowania przez pośredników zobowiązanych do zachowania tajemnicy prawnie chronionej. Zgodnie z art. 10 Lei n.º 26/2020 pośrednicy niebędący zobowiązanymi do zachowania tajemnicy prawnie chronionej raportują do AT schemat podatkowy w ciągu 30 dni od zdarzenia wywołującego powstanie tego obowiązku⁴⁷.

W przypadku gdy jednak pośrednik jest zobowiązany do zachowania umownej lub prawnej tajemnicy, jest on tylko warunkowo zwolniony z obowiązku zgłoszenia schematu podatkowego. Na początku jest on zobligowany w ciągu 5 dni od udostępnienia lub wdrożenia lub wspomagania procesu wdrożenia schematu podatkowego poinformować podatnika o tym, że to na nim ciąży obowiązek złożenia odpowiednich informacji do AT⁴⁸.

W ciągu 30 dni podatnik przesyła do pośrednika dowód zgłoszenia schematu podatkowego do AT (najczęściej na formularzu 58⁴⁹ będącym odpowiednikiem polskich formularzy MDR-1, MDR-2, MDR-4)⁵⁰. W przypadku gdy jednak podatnik nie poinformuje pośrednika o zgłoszeniu schematu do AT i nie przedstawi odpowiednich dowodów, obowiązek zaraportowania schematu przechodzi na pośrednika, który ma 10 dni na zaraportowanie schematu – nawet wtedy, jeśli jest zobowiązany do zachowania tajemnicy prawnie chronionej⁵¹.

Podatnik może się spodziewać kary za niewypełnienie swojego obowiązku w wysokości od 6 do 80 tys. euro, co w

pewien sposób łagodzi problem głębokiej ingerencji w tajemnicę prawnie chronioną, a zwłaszcza tajemnicę adwokacką⁵². Podatnik jest motywowany przez prawo do samodzielnego wypełnienia obowiązku sprawozdawczego zamiast podmiotu zobowiązanego do zachowania tajemnicy zawodowej lub umownej pod groźbą sankcji.

W innym miejscu Lei n.º 26/2020 w sposób jeszcze bardziej wyraźny podkreśla, że nawet jeśli istnieje obowiązek przestrzegania tajemnicy prawnie chronionej, pośrednik musi przekazać do AT wszystkie informacje, które są mu znane lub które są w jego posiadaniu lub pod jego kontrolą⁵³. Poza tym wspomniana ustawa wprowadza zasadę pierwszeństwa obowiązku zaraportowania schematu podatkowego nad obowiązkiem zachowania tajemnicy prawnie chronionej zarówno wobec podatnika, jak i wobec pośredników⁵⁴. Nie mogą oni powoływać się na tę tajemnicę w stosunku do obowiązków wynikających z Lei n.º 26/2020. Ustawa ta wprost zwalnia ich z jakiegokolwiek odpowiedzialności dyscyplinarnej, cywilnej lub karnej za naruszenie tajemnicy prawnie chronionej, wynikające z wypełnienia obowiązków nałożonych przez tę ustawę⁵⁵.

W związku z powyższym Provedora de Justiça (portugalski rzecznik praw obywatelskich) skierował do Tribunal Constitucional (Trybunału Konstytucyjnego) wniosek o zbadanie zgodności tych przepisów Lei n.º 26/2020 z Constituição da República Portuguesa⁵⁶ (portugalską ustawą zasadniczą)⁵⁷. Jak podkreśla się wśród adwokatów, finalna wersja regulacji z zakresu MDR i tak jest dla nich łagodniejsza od pierwotnych założeń, gdyż rząd zgodził się na nałożenie głównego ciężaru sprawozdawczego na podmiot korzystający i tylko w ostateczności na adwokatów i innych pośredników⁵⁸.

Portugalski ustawodawca implementował dodatkowo, wynikający z dyrektywy 2018/822 obowiązek okresowego raportowania informacji dotyczących schematów standaryzowanych, nazywanych w nomenklaturze portugalskiej schematami zbywalnymi (port. *comercializáveis*). W przypadku wystąpienia takich schematów pośrednicy mają obowiązek składania do AT raportu aktualizującego (port. *relatório de atualização*) zawierającego nowe informacje, które mogłyby się pojawić od czasu zaraportowania schematu lub złożenia poprzedniego raportu aktualizującego w zakresie⁵⁹:

- zmiany danych identyfikacyjnych pośredników lub podatników,
- daty wykonania pierwszej czynności powodującej powstanie obowiązku sprawozdawczego,
- zmiany państwa członkowskiego UE, do którego przynależy podatnik,
- zmiany listy podmiotów biorących udział w uzgodnieniu.

4. PORÓWNANIE REGULACJI POLSKICH I PORTUGALSKICH

4.1. Ograniczenie tajemnicy zawodowej wynikające z przyjętych przepisów z zakresu MDR

Portugalskie regulacje szczególnie wyróżniają się na tle polskich przez prawie nieograniczony obowiązek raportowania schematów przez osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy zawodowej, np. adwokackiej. Ustawodawca portugalski nieskutecznie zabezpieczył interesy samorządu adwokackiego będącego zawodem zaufania publicznego oraz in-

teresy samych podatników korzystających z usług doradczych adwokatów lub innych profesjonalnych podmiotów.

Jest tak dlatego, że z treści Lei n.º 26/2020 wynika prawdziwy wyłom w poszanowaniu tajemnicy zawodowej. Ustawa ta wprost wskazuje, że wbrew tajemnicy prawnie chronionej należy raportować schematy podatkowe pod groźbą kary pieniężnej.

Warto przypomnieć, że jedną z przyczyn, dla których zainteresowany udaje się do adwokata, doradcy podatkowego, pracownika banku czy lekarza, jest założenie, że te osoby nie zdradzą sytuacji osobistej⁶⁰ przynajmniej dopóty, dopóki nie ujawnia on swoich planów popełnienia wybranej kategorii przestępstw⁶¹. Wystąpienie u podatnika schematu podatkowego w rozumieniu dyrektywy 2018/822 nie stanowi automatycznie wypełnienia znamion czynów zabronionych polegających na uchylaniu się od opodatkowania. Stąd niezgłoszenie, np. przez adwokata, schematu podatkowego nie prowadzi do wyrządzenia społeczeństwu szkody większej od szkody powstałej w wyniku nieorganicznego wyłomu w adwokackiej tajemnicy zawodowej.

W Portugalii wyraźnie doszło do błędnego zrównoważenia dóbr, jakimi są tajemnica zawodowa i sprawiedliwość podatkowa. W dyrektywie 2018/822 co prawda jest mowa o fakultatywnej możliwości zwolnienia wybranych pośredników z obowiązku raportowania, w przypadku gdy są oni zobowiązani do zachowania tajemnicy zawodowej⁶², ale po zbilansowaniu interesów co do faktu istnienia tajemnicy zawodowej i interesu społeczeństwa w dążeniu do sprawiedliwości podatkowej należy dojść do wniosku, że istota tajemnicy nie może być w tym przypadku naruszona, lecz co najwyżej może być ograniczona.

Dyrektywy unijne nie regulują wyczerpująco wybranego zagadnienia w sposób jednolity na obszarze całej UE, lecz zobowiązują do realizacji ich celów, a przy tym pozostawiają państwom członkowskim decyzję co do sposobu ich osiągnięcia. W tym przypadku autorzy dyrektywy wychodzą z założenia, że kwestia tajemnicy zawodowej jest delikatną sferą każdego państwa i jest różnie uregulowana w zależności od historii i tradycji konstytucyjnej danego kraju⁶³.

I tak np. w Polsce istnieją dwa osobne zawody prawnicze – radcowie prawni i adwokaci, z kolei radca prawny nie występuje w innych krajach UE i stąd jest nieznanym prawodawcy unijnemu. Jednocześnie istnieje w Polsce zawód doradcy podatkowego, który jest prawnie chroniony i który posiada, podobnie jak radcowie i adwokaci, wybrane szczególne uprawnienia w zakresie doradztwa podatkowego, których nie posiadają osoby bez tego tytułu. Analogicznie – nie we wszystkich innych krajach istnieje prawnie uregulowany zawód doradcy podatkowego, np. w Portugalii i Hiszpanii⁶⁴.

W związku z tym wprowadzenie bezwzględnych regulacji respektujących tajemnicę zawodową nie jest możliwe na poziomie unijnym, stąd szczególne regulacje dotyczące raportowania schematów przez pośredników zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej powinny zostać przyjęte na poziomie ustawodawstwa krajowego. Nie można jednak zgodzić się z twierdzeniem, że skoro w dyrektywie jest mowa o możliwości zwolnienia z raportowania schematów podatkowych osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej, to każde państwo może nałożyć na osoby objęte ta-

jemnicą zawodową ów obowiązek raportowania, po prostu powołując się na intencję (motywy) twórcy dyrektywy, która rzekomo dąży do objęcia bezwzględnie każdego promotora (pośrednika) obowiązkiem sprawozdawczym. Należy zatem stwierdzić, że w wyniku błędnej interpretacji dyrektywy 2018/822 przyjęto w Portugalii przepisy, które czynią wręcz iluzoryczną ochronę tajemnicę zawodową adwokatów.

Regulacje portugalskie prowadzą do uprzywilejowania przez prawo adwokatów i innych osób zatrudnionych w podmiotach będących podatnikami korzystającymi ze schematów podatkowych względem adwokatów i innych osób, które nie są zatrudnione w takich podmiotach, lecz pełnią typową funkcję pośrednika-doradcy przy schematach podatkowych, np. pracujących w spółkach doradztwa podatkowego⁶⁵.

Dzieje się tak dlatego, że adwokaci pracujący na tzw. zasadach *in-house* nie muszą raportować schematów, ponieważ taki obowiązek spoczywa na podmiocie ich zatrudniającym, który jest podatnikiem korzystającym. Daje to przewagę konkurencyjną adwokatom zatrudnionym u korzystających względem adwokatów wykonujących praktykę zawodową w ramach kancelarii prawnej, co jeszcze bardziej uderza w niezależność adwokacką. Oczywiście te uwagi dotyczą również innych zawodów i osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej.

Polskie regulacje są o wiele bardziej zrównoważone i efektywne pod względem ochrony tajemnicy zawodowej, nawet jeśli weźmie się pod uwagę przewidziane przez prawo wyjątki od zachowania tej tajemnicy. Polski ustawodawca w ramach konsultacji podatkowych, będących formą konsultacji publicznych, przyjął model raportowania schematów z ograniczoną tajemnicą zawodową. Przede wszystkim uznał, że raportowanie standaryzowanych schematów podatkowych nie narusza tajemnicy zawodowej⁶⁶.

Podczas prac legislacyjnych dotyczących wprowadzenia obowiązku raportowania schematów podatkowych tłumaczono to w ten sposób, że nie ma możliwości ujawnienia danych identyfikujących podatnika przez przekazanie formularza MDR-1 z informacjami o ww. schemacie podatkowym ze względu na istotę tego rodzaju schematów, którą jest możliwość użycia go u większego grona odbiorców⁶⁷. W takiej sytuacji zasadne jest pytanie, czy w ogóle należało zwalniać z tajemnicy zawodowej osoby zobowiązane do jej zachowania, skoro przekazuje się informacje w sposób zanonimizowany, który z zasady nie stanowi naruszenia tajemnicy zawodowej⁶⁸.

Oczywiście poszczególne regulacje dotyczące tajemnicy zawodowej zawierają postanowienia, które obligują osoby wykonujące te zawody do zachowania w tajemnicy faktów i informacji, z którymi zapoznały się w związku z wykonywaniem zawodu, ale jak już była mowa wyżej – przedstawienie tych informacji w sposób zanonimizowany nie narusza tej tajemnicy. W związku z tym polskie regulacje w zakresie zwolnienia z tajemnicy zawodowej w związku z raportowaniem schematów standaryzowanych nie były potrzebne. Pozostaje jednak pod znakiem zapytania zgodność z samym sensem istnienia tajemnicy zawodowej raportowanie standaryzowanych schematów podatkowych przez doradców podatkowych.

Paradoksalnie można wyobrazić sobie taki scenariusz, że w niektórych przypadkach organy podatkowe mogłyby się

dowiedzieć, kogo dotyczy zaraportowany przez doradcę standaryzowany schemat podatkowy, np. przez porównanie istotnych elementów tego schematu z profilem działalności klientów doradcy lub ogólnodostępnymi informacjami. Organy mogą zidentyfikować klientów przy pomocy wystawionych przez doradcę faktur, o których podstawowe informacje są ujęte w części ewidencyjnej jednolitego pliku kontrolnego dotyczącego VAT.

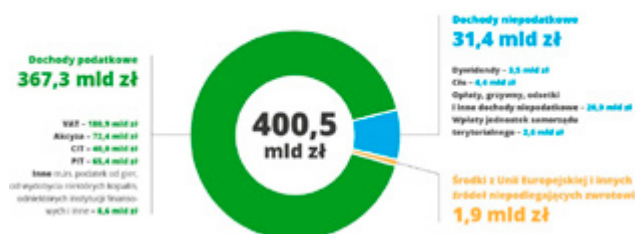
W pozostałym zakresie ograniczenia tajemnicy zawodowej również spotkały się z krytyką szeroko pojętego środowiska prawniczego. Spore wątpliwości budzi możliwość zwolnienia doradcy podatkowego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez jego klienta jako niezgodna z samą istotą tajemnicy zawodowej⁶⁹.

Krajowa Rada Doradców Podatkowych stanęła na stanowisku, że doradcy podatkowi powinni unikać zwolnienia ich przez klienta z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do schematów podlegających raportowaniu⁷⁰. Motywuje się to m.in. tym, że tajemnica zawodowa jest fundamentem rozpoczęcia i utrzymywania relacji doradcy podatkowego z klientem, a jej ograniczenie pozostaje w sprzeczności z istotą samej tajemnicy⁷¹. Należy się spodziewać, że to stanowisko będzie brane pod uwagę w ewentualnych postępowaniach dyscyplinarnych dotyczących naruszenia tajemnicy zawodowej przez doradców podatkowych, podobnie jak inne opinie i instrukcje KRDP⁷².

4.2. Przedmiot regulacji dotyczących schematów krajowych

Rysunek 3. Dochody budżetu państwa osiągnięte w 2019 r.

Dochody budżetu państwa osiągnięte w 2019 r.



Źródło: Podatki.gov.pl, *Dochody i wydatki – skąd są pieniądze w budżecie i co się z nimi dzieje*, <https://www.podatki.gov.pl/z-twoich-podatkow/dochody-i-wydatki-z-twoich-podatkow/>, dostęp: 27.10.2022.

Na rysunku 3 została przedstawiona grafika ukazująca najważniejsze dla budżetu państwa źródła dochodów w Polsce. Na przykładzie polskich statystyk można wyciągnąć pewne ogólne wnioski.

Wśród dochodów podatkowych największą rolę odgrywają VAT⁷³, akcyza, PIT⁷⁴ oraz CIT. To właśnie te podatki ze względu na duże kwoty, które one generują dla dochodów budżetowych, powinny być objęte MDR. Unikanie opodatkowania tymi podatkami powoduje największą szkodę dla budżetu państwa w ujęciu absolutnym.

VAT i podatki dochodowe dotyczą każdej działalności gospodarczej, PIT płaci zaś co do zasady każdy mieszkaniec Polski po 26. roku życia. Stąd te podatki obejmują bardzo

dużą liczbę sytuacji gospodarczych i życiowych i są najbardziej narażone na ryzyko unikania opodatkowania. Z tego powodu jest zrozumiałe, że z uwagi na coraz większy zakres regulacji tych podatków istnieje potrzeba wykrywania schematów optymalizacyjnych przy pomocy zautomatyzowanych procesów zbierania informacji.

Równocześnie jednak korzyści uzyskane z tego tytułu nie mogą przekraczać kosztów społecznych tych regulacji. Z uwagi na o wiele mniejszą rolę pozostałych podatków objętych zakresem raportowania krajowych schematów nie było pilnej konieczności rozszerzenia tego obowiązku na nie.

Należało zaniechać objęcia MDR takich podatków, jak podatek od czynności cywilnoprawnych, podatek od spadków i darowizn, ponieważ potencjalne korzyści z tego tytułu nie przewyższają kosztów społecznych w postaci zlecenia kolejnych czynności firmom doradztwa podatkowego pomagającym w raportowaniu tych schematów. Powoduje to wzrost kosztów obsługi biznesu i zwiększenie czasu poświęconego na wywiązywanie się z obowiązków względem organów podatkowych, co prowadzi do spadku atrakcyjności inwestycyjnej Polski na tle innych krajów⁷⁵.

Sens wprowadzenia regulacji z zakresu MDR w Polsce pozostaje ciągle pod znakiem zapytania, zwłaszcza jeśli chodzi o raportowanie schematów krajowych. Dzieje się tak dlatego, że nie wiadomo, w jaki dokładnie sposób ustawodawca wykorzystuje informacje pozyskane tą drogą od podatników.

Jednym z najbardziej oczywistych i klarownych sposobów sygnalizowania społeczeństwu, że w wyniku analizy otrzymanych przez Szefa KAS informacji o schematach podatkowych podejmuje się działania w kierunku ukrócenia mechanizmów optymalizacyjnych, powinny być uzasadnienia projektów aktów prawnych, przede wszystkim ustaw, zawierające takie wyjaśnienia.

W demokratycznym państwie prawa ustawodawca powinien zapewnić przejrzystość swoich działań i metod oraz wskazać przesłanki, którymi kieruje się przy wprowadzaniu nowego prawa. Tylko w ten sposób suweren reprezentowany przez parlamentarzystów, a przede wszystkim posłów, może się zgodzić na proponowaną nowelę prawną lub ją odrzucić. To zresztą jest zgodne z zasadami prawidłowej legislacji, w tym zasadami techniki prawodawczej⁷⁶. Zwłaszcza że wobec długości, częstości i skomplikowania zmian w prawie podatkowym istnieją wątpliwości, czy parlamentarzyści czytają projekty zmian. Możliwe, że ograniczają się do wybranych fragmentów uzasadnienia. Tę tezę potwierdzają różne niejasności wśród parlamentarzystów powstałe po uchwaleniu tzw. Polskiego Ładu 1.0⁷⁷.

W ustawach podatkowych ustawodawca praktycznie nie odwołuje się do wiedzy, którą uzyskał w ramach analizy otrzymanych zgłoszeń dotyczących schematów podatkowych. I tak np. w uzasadnieniu ustawy z dnia 29 października 2021 r. ani razu nie powołał się na dane uzyskane dzięki raportowaniu schematów jako przyczynę największej reformy podatkowej III Rzeczypospolitej⁷⁸.

Jedyne miejsce w owym uzasadnieniu, gdzie ustawodawca prawdopodobnie sięgnął do informacji uzyskanych dzięki przepisom o MDR, jest fragment tłumaczący wprowadzenie przepisów ograniczających tzw. przerzucanie zysków, zawar-

tych w art. 24aa ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych⁷⁹.

Ta regulacja dotyczy jednak uzgodnień transgranicznych, a nie krajowych. Dodatkowym argumentem za brakiem dostatecznej analizy otrzymanych informacji jest powołanie Forum MDR, do którego kierownictwa należą zastępcy dyrektorów i dyrektorzy departamentów podatkowych w Ministerstwie Finansów (MF)⁸⁰ oraz które poza jednym spotkaniem nie prowadzi żadnej działalności.

Jeśli chodzi o podatek od nieruchomości, sytuacja jest mniej oczywista, ponieważ nie jest on tak skomplikowany pod względem regulacyjnym jak akcyza, VAT czy podatki dochodowe i ma zastosowanie w mniejszej liczbie przypadków.

Polskie regulacje z zakresu MDR obejmują więcej podatków niż w Portugalii, gdyż co do zasady są to wszystkie podatki, do których stosuje się przepisy Ordynacji podatkowej. W Portugalii raportowaniu podlegają z kolei podatki enumeratywnie wskazane w ustawie. W obu krajach omawiany obowiązek obejmuje jednak podatek od wartości dodanej, który pozostaje poza zakresem dyrektywy 2018/822.

W związku z tym należy dojść do wniosku, że regulacje portugalskie są efektywniejsze od polskich pod względem wyważenia korzyści i strat wynikających z wprowadzenia obowiązku raportowania krajowych schematów podatkowych, z wyjątkiem objęcia tym obowiązkiem opłaty skarbowej w Portugalii. Polski ustawodawca niepotrzebnie rozszerzył zakres przedmiotowy dyrektywy 2018/822 na podatek od czynności cywilnoprawnych oraz podatek od spadków i darowizn. Objęcie regulacjami z zakresu MDR w Polsce również akcyzy należy jednak uznać za pozytywne ze względu na jej rolę dla finansów publicznych.

4.3. Pozostałe aspekty porównania polskich i portugalskich regulacji z zakresu MDR

W Portugalii w odróżnieniu od Polski istnieje możliwość publicznego wypowiedzenia się przez AT na temat otrzymanych informacji o schematach podatkowych co do ich zgodności z prawem podatkowym. AT ma ustawowe uprawnienie do publikacji informacji o schematach, które mogą prowadzić do optymalizacji podatkowej, a w ten sposób może ostrzegać podatników przed potencjalnymi niekorzystnymi skutkami korzystania z tych schematów. Jest to dodatkowa korzyść z wprowadzenia MDR w Portugalii, bo to rozwiązanie nie tylko dostarcza informacji AT, lecz także służy interesom samych podatników.

W Polsce nie ma analogicznej regulacji, co powoduje, że komunikacja z MF następuje tylko w jednym kierunku: od podatników do państwa. Nie pozwala to na osiągnięcie jednego z celów wprowadzenia MDR, którym jest dążenie do eliminacji agresywnej optymalizacji podatkowej. Standaryzowane schematy mogłyby być ogłaszane w Biuletynie Informacji Publicznej MF jako potencjalnie groźne z perspektywy optymalizacji podatkowej.

Oczywiście, jak słusznie podkreśla się w doktrynie i publikacjach MF, podleganie przez uzgodnienie obowiązku raportowania nie oznacza, że samo to uzgodnienie spełnia przesłanki do zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania, lecz przeciż może tak być⁸¹. Obecnie jedyną instytucją, która rozwiązuje ten problem, są opinie

zabezpieczające, umożliwiające eliminację ryzyka zastosowania ww. klauzuli, które nie wiążą się jednak bezpośrednio z MDR.

Istnieje natomiast, pojawiająca się przy okazji wydania objaśnień podatkowych, praktyka umieszczenia czynności na tzw. białej liście, czyli w wykazie takich uzgodnień, które nie podlegają raportowaniu⁸². Jest ona jednak dość krótka, a czynności w niej wyliczone nie budzą większych wątpliwości co do powstania obowiązku raportowania ze względu na prostotę subsumpcji przepisów o MDR do tych czynności. Jeszcze jedną wadą polskiej białej listy jest brak jej aktualizacji.

Regulacje polskie w porównaniu z portugalskimi wprowadzają większe kary finansowe za nieprzestrzeganie lub nieprawidłowe przestrzeganie przepisów o MDR. Możliwe, że duża różnica między Polską a Portugalią pod względem zaprotowanych w 2021 r. schematów podatkowych (3085 w Polsce i 135 w Portugalii) wynika z wysokości grożących kar.

W Polsce przyjęło się przesadnie ostrożnościowe podejście do raportowania schematów podatkowych, nawet takich, w których korzyść podatkowa jest następstwem normalnych zdarzeń gospodarczych (np. korzystanie z procedury uproszczonej w VAT)⁸³. Do Szefa KAS jest więc przekazywana nadmierna liczba informacji ze względu na niedookreśloność przepisów, która niesie za sobą ryzyko nałożenia wysokich kar pieniężnych⁸⁴. To właśnie wysokie kary w połączeniu z wątpliwościami podatników co do interpretacji regulacji z zakresu MDR skłaniają ich do raportowania nawet wtedy, gdy nie jest to konieczne⁸⁵.

W Portugalii wysokość grożących kar pozwala korzystającym na podjęcie ryzyka, gdyby jednak się okazało, że organy podatkowe inaczej interpretują przepisy o MDR, bez narażania się na znaczące perturbacje finansowe związane z potencjalnymi karami i bez uszczerbku wynikającego z odpowiedzialności karnoskarbowej.

Otwarta pozostaje jednak kwestia, czy wysokość portugalskich kar skutecznie odstrasza podmioty złośliwie nieraportujące schematów podatkowych z pobudek agresywnej optymalizacji podatkowej. Należy rozważyć *de lege ferenda* wprowadzenie wyższej kary dla osób kierujących dużymi podmiotami (np. będącymi częścią międzynarodowych spółek kapitałowych), które nie raportują schematów podatkowych.

Na uwagę zasługują polskie regulacje wprowadzające dodatkową cechę rozpoznawczą, która dotyczy również schematów krajowych, polegającą na tym, że wpływ na część odroczonego podatku dochodowego lub aktywa albo rezerwy z tytułu podatku odroczonego, wynikający lub oczekiwany w związku z wykonaniem uzgodnienia u korzystającego, jest istotny dla danej jednostki w rozumieniu przepisów o rachunkowości oraz przekracza w trakcie roku kalendarzowego kwotę 5 mln zł⁸⁶. Odroczonego podatek dochodowy stanowi dla przedsiębiorców korzyść podatkową i może wynikać z chęci optymalizacji podatkowej⁸⁷.

Nieuzasadnione jest jednak ulokowanie tej cechy rozpoznawczej w osobnej kategorii innej szczególnej cechy rozpoznawczej, do której nie stosuje się kryterium głównej korzyści, ponieważ powoduje to raportowanie nadmiernej liczby schematów podatkowych w sytuacji, gdy wystąpienie tej cechy

wynika ze zwykłych czynności w ramach działalności gospodarczej lub nawet działalności jednostek budżetowych.

Największą wadą portugalskich regulacji podatkowych jest brak kryterium bezpiecznej przystani (ang. *safe harbour*), które zwalniałoby małe i średnie podmioty (MŚP) z obowiązków w zakresie raportowania schematów podatkowych. MŚP, jeśli już stosują optymalizację podatkową, to ze względu na ich możliwości organizacyjne bardzo rzadko będzie to agresywna optymalizacja podatkowa, której zwalczanie jest pierwszorzędnym celem OECD, a w ślad za nią również i dyrektywy 2018/822. Dla MŚP albo nawet i dużych krajowych podmiotów, ale nieposiadających zagranicznych struktur własnościowych, raportowanie schematów oznacza dodatkowe koszty i stratę czasu na wypełnienie obowiązków sprawozdawczych.

Regulacje, które powodują, że powstanie niewielkiej korzyści podatkowej w opłacie skarbowej lub PIT wymaga dopełnienia obowiązku sprawozdawczego, co zajmuje mniej więcej tyle samo czasu, ile raportowanie wielotysięcznej korzyści podatkowej w CIT, są niesprawiedliwe i nieefektywne. Pewnie dlatego mimo wszystko liczba raportowanych schematów w Portugalii pozostaje na tak niskim poziomie.

Po prostu podmioty portugalskie najprawdopodobniej przyzwyczyły się przez lata obowiązywania krajowych przepisów sprzed dyrektywy 2018/822⁸⁸ do nieraportowania schematów ze względu na niewysokie groźące sankcje. Tworzy to patologię legislacyjną, gdzie państwo z jednej strony wprowadza powszechny obowiązek raportowania, prawie niemożliwy do zrealizowania przez MŚP, bez żadnych progów *de minimis*, a z drugiej strony określa takie sankcje za nieraportowanie, że podatnicy akceptują ryzyko ich nałożenia.

Nieznajdujące uzasadnienia w celach dyrektywy jest rozszerzenie definicji pośrednika w Portugalii o przypadki reprezentowania go przez adwokata w postępowaniach kontrolnych i karnych. Z zasady te postępowania nie mogą prowadzić do optymalizacji podatkowej, ponieważ dotyczą zdarzeń już zaistniałych, a więc niepodlegających zmianie z udziałem adwokata. Adwokat na etapie postępowań broni praw kontrolowanych, podejrzanych i oskarżonych, a nie doradza, jak wdrożyć optymalizacyjny schemat podatkowy.

Za zupełnie niezrozumiałe należy uznać wprowadzenie wysokich kar za brak wewnętrznej procedury w zakresie przeciwdziałania niewywiązywaniu się z obowiązków z obszaru MDR. Sam fakt istnienia tego obowiązku jest dyskusyjny. To podmioty zobowiązane powinny być zainteresowane opracowaniem takiej procedury. Mogłyby one mieć wolną rękę co do uznania, czy taka procedura jest im potrzebna.

Obecnie zaś w każdym podmiocie, którego obroty spełniają kryterium ustawowe i który zatrudnia doradców, adwokatów, radców lub inne osoby spełniające definicję promotorów lub faktycznie wypłaca takim osobom wynagrodzenie, musi powstać taka procedura. O ile nie będzie to podmiot zawodowo świadczący usługi doradztwa podatkowego (np. kancelaria podatkowa), będzie on musiał się zwrócić do doradców podatkowych z prośbą o przygotowanie takiej procedury, co naraża go na dodatkowe koszty działalności.

Nie do końca wiadomo, jak wprowadzenie MDR mogłoby spowodować zmniejszenie liczby kontroli podatkowych w

Polsce. Po pierwsze dlatego, że wprowadzenie MDR oznacza powstanie kolejnego obowiązku podlegającego kontroli przez organy podatkowe. Po drugie dlatego, że zgłoszone może zostać uzgodnienie, które można zakwestionować przy użyciu jednej z klauzul antyoptimalizacyjnych⁸⁹, co może spowodować wszczęcie postępowania z działu IIIA rozdział drugi Ordynacji podatkowej lub też postępowania podatkowego czy też kontroli podatkowej bądź kontroli celno-skarbowej.

Poza tym nie jest racjonalne przyjęcie założenia, że organy kontrolne zrezygnują z części rutynowych kontroli, ponieważ doprowadziłoby to do „pokusy nadużycia”, polegającej na tym, że podatnikom bardziej będzie się opłacało nie raportować, niż raportować, gdyby organy podatkowe rzeczywiście rzadziej kontrolowały podmioty nieraportujące schematów.

Podsumowując, przekazywanie informacji w ramach MDR to forma autodenuncjacji⁹⁰, która rzeczywiście ułatwia skontrolowanie podatnika, może więc jedynie skrócić czas trwania kontroli, ale nie może zmniejszyć ich liczby.

5. PODSUMOWANIE

Przeprowadzona powyżej analiza wskazuje, że w zakresie raportowania schematów krajowych przepisy portugalskie są efektywniejsze pod względem osiągnięcia celów dyrektywy 2018/822, które są relewantne nie tylko dla schematów transgranicznych, ale również krajowych. Mimo że zarówno regulacje polskie, jak i regulacje portugalskie mają i wady, i zalety, ogólny bilans jest korzystniejszy dla portugalskich, z wyjątkiem przepisów ograniczających tajemnicę zawodową.

Portugalskie rozwiązania pod względem objętych nimi podatków, z wyjątkiem braku objęcia nimi akcyzy, są efektywniejsze od polskich. Akcyza jest ważna dla interesów fiskalnych państwa, ale fakt raportowania informacji o mniej znaczących podatkach w Polsce przeważa nad brakami regulacji portugalskich.

Najważniejszym elementem decydującym o przewadze portugalskich przepisów są niższe kary groźące za niedopełnienie obowiązków z zakresu MDR oraz określenie cech rozpoznawczych w pełnej zgodności z dyrektywą. Należy rozważyć *de lege ferenda* wprowadzenie wyższej kary dla osób kierujących dużymi podmiotami w Portugalii (np. będącymi częścią międzynarodowych spółek kapitałowych), które nie raportują schematów podatkowych, oraz obniżenie kar dla pozostałych podmiotów w Polsce.

Polskie przepisy rozbudowują unijne cechy rozpoznawcze o kolejne krajowe pomysły, a przez to podmioty zobowiązane do raportowania, w obliczu zagrożenia wysokimi karami, składają nadmierną liczbę informacji.

W sferze zachowania tajemnicy zawodowej przez adwokatów i doradców podatkowych polskie przepisy, mimo że cały czas wzbudzają dyskusje w środowisku prawniczym co do ich zgodności z Konstytucją RP i dyrektywą 2018/822, lepiej chronią samorządy prawnicze przed samodzielnym raportowaniem schematów podatkowych innych niż standaryzowane.

Portugalskie regulacje wręcz w sposób oczywisty są niezgodne z prawem UE oraz konstytucyjną ochroną samorządu adwokackiego, mimo że to nie zostało jeszcze formalnie

stwierdzone. Największą jednak zagadką portugalskiej praktyki stosowania przepisów o MDR pozostaje niewielka liczba przekazywanych informacji.

Rozległość podatków i cech rozpoznawczych wraz z wysokimi grożącymi karami każe postawić pytanie, czy Szeft KAS i Minister Finansów w ogóle analizują dane, które otrzymują, wobec braku komunikatów zwrotnych ze strony tych organów. I tak, np. w uzasadnieniu ustawy z dnia 29 października 2021 r. nie powołano się ani razu na informacje otrzymywane na podstawie przepisów o MDR, stąd zasadny jest wniosek, że te organy mogą nie analizować tych informacji nawet w minimalnym stopniu.

Brak działań ze strony Forum MDR zdaje się potwierdzać tę tezę. Nie przyjęto w Polsce, w odróżnieniu od Portugalii, obowiązku okresowego cokuwartalnego raportowania aktualizacji danych zawartych w przekazanych informacjach o standaryzowanych schematach podatkowych, co – mimo literalnej niezgodności z samą dyrektywą – jest zgodne z jej celami.

Uzasadnienie wprowadzenia w Polsce regulacji z zakresu MDR – mimo pewnych zalet względem regulacji portugalskich – budzi zastrzeżenia. Teza mówiąca o zmniejszeniu liczby kontroli podatkowych nie jest zasadna, ponieważ od samego początku wdrożenie MDR nie było w stanie do tego doprowadzić.

Poza tym nie sprawdzila się w praktyce teza mówiąca o konieczności wprowadzenia obowiązku raportowania schematów podatkowych, nawet gdyby nie wynikał on z dyrektywy 2018/822, dlatego że nie odnotowano aktywności ustawodawcy w wyniku przyjęcia omawianych rozwiązań. Wygląda raczej na to, że polski ustawodawca miał na początku rzeczywiste zamierzenie korzystania z otrzymanych informacji o schematach podatkowych, ale ich ilość i stopień skomplikowania przerosły jego możliwości organizacyjne.

W związku z tym wprowadzenie wyjątków od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej wobec zastrzeżeń samorządu doradców podatkowych co do konstytucyjności tych przepisów nie było konieczne. Jest to sprzeczne również z założeniami dyrektywy 2018/822, która po pierwsze nie zmusza państw członkowskich do wprowadzania wyjątków od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, a po drugie mówi tylko o tym, że w przypadku wystąpienia pośrednika zobowiązanego do zachowania tajemnicy zawodowej państwo członkowskie powinno przenieść obowiązek raportowania na samego podatnika⁹¹.

Dodatkowo projektodawca ustawy wdrażającej w Polsce MDR nie ma racji, gdy twierdzi, że wprowadził „łagodzące” rozwiązania polegające na ochronie tajemnicy zawodowej, wyrażające się w możliwości nieprzekazania informacji przez promotora, jeżeli naruszałoby to tę tajemnicę⁹².

Dyrektywa 2018/822 nie stanowi, że co do zasady podmioty zobowiązane do zachowania tajemnicy zawodowej muszą raportować schematy podatkowe bez względu na tę tajemnicę i że państwo może (ale nie musi) wprowadzić dla nich zwolnienie z tego obowiązku. Dyrektywa ta nakłada obowiązek raportowania schematów w pierwszej kolejności na pośredników i podkreśla, że będą przypadki, gdy tymi pośrednikami będą podmioty zobowiązane do zachowania tajemnicy zawodowej. Gdy tak się stanie, obowiązek sprawa-

wodawczy powinien zostać przeniesiony na podatnika korzystającego z uzgodnienia, którego pośrednik powinien poinformować o takim obowiązku.

Interpretacja art. 8ab wprowadzonego przez dyrektywę 2018/822 łącznie z jej motywem 8 prowadzi do wniosku, że ogólną intencją prawodawcy unijnego jest zachowanie bez wyjątków tajemnicy zawodowej mimo obowiązku raportowania schematów podatkowych. To dotyczy pośredników, którym przepisy krajowe umożliwiają zachowanie tajemnicy zawodowej względem informacji podlegających raportowaniu, w zakresie wykonywania przez nich tych zawodów, czyli w granicach faktów i informacji, z którymi zapoznali się w związku z wykonywaniem zawodu⁹³.

Problem w tym, że w związku z przyjęciem przepisów o MDR zmieniono ustawy samorządowe doradców podatkowych, radców prawnych i adwokatów odpowiednio zarówno w Polsce, jak i w Portugalii. W ten sposób uznano, że poza zakresem tajemnicy zawodowej są fakty i informacje podlegające raportowaniu na podstawie regulacji z zakresu MDR. Ta zmiana jest niezgodna z opisanymi wyżej założeniami dyrektywy 2018/822. Możliwe, że to wynika m.in. z błędów w tłumaczeniu tej dyrektywy na język polski (jeśli porówna się jej wersję w języku polskim z wersją w języku angielskim).

Przypisy

- ¹ Dz. Urz. UE L 139 z 5.06.2018, s. 1, dalej: dyrektywa 2018/822.
- ² Por. W. Haslehner, K. Pantazatou, *Assessment of recent anti-tax avoidance and evasion measures (ATAD & DAC 6)*, https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/50639/1/IPOL_STU%282022%29703353_EN.pdf, s. 35, dostęp: 11.01.2023.
- ³ Ang. *Mandatory Disclosure Rules* – zasady obowiązkowego informowania o schematach podatkowych.
- ⁴ Por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1532, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/A8566521AD17EECEC125874A006F1417/%24File/1532-uzas.docx>, s. 87, dostęp: 27.10.2022.
- ⁵ P. Szymczyk, *Niedozwolona optymalizacja podatkowa i funkcjonowanie rajów podatkowych w kontekście dyrektywy 2018/822. Analiza wybranych zagadnień*, „Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2021, nr 9, s. 79.
- ⁶ Tamże.
- ⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD.
- ⁸ OECD, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Mandatory Disclosure Rules. Action 12: 2015 Final Report*, https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report_9789264241442-en#page1, dostęp: 16.10.2022.
- ⁹ Motyw 10 dyrektywy 2018/822.
- ¹⁰ Tamże.
- ¹¹ Objasnienia podatkowe z dnia 31 stycznia 2019 r. Informacje o schematach podatkowych (MDR), <https://www.podatki.gov.pl/media/4417/obja%25%9Bnienia-podatkowe-mdr-z-dnia-31-01-2019.pdf>, s. 2, dostęp: 12.10.2022.
- ¹² Tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 2651 ze zm., dalej: Ordynacja podatkowa.
- ¹³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z dnia 29 kwietnia 2021 r., II FSK 1873/20, LEX nr 3229843, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudencja/523323539/1/ii=-fsk1873-20--wyrok-naczelnego-sadu-administracyjnego?cm-RELATIONS>, dostęp: 16.10.2022.
- ¹⁴ Por. W. Haslehner, K. Pantazatou, dz. cyt., s. 35.
- ¹⁵ Dz.U. poz. 2193, dalej: ustawa z dnia 23 października 2018 r.
- ¹⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2860 (VIII kad.), <https://orka.sejm.gov>.

- pl/Druki8ka.nsf/0/9060A2C883ED1DE4C12583130069CECC/%24File/2860-uzas.docx, s. 95, dostęp: 16.10.2022.
- 17 Tamże, s. 100.
- 18 Tamże, s. 102.
- 19 Tamże, s. 98, 104.
- 20 Tamże, s. 97, 105.
- 21 Art. 86a § 4 Ordynacji podatkowej.
- 22 Art. 86h § 2 Ordynacji podatkowej.
- 23 Art. 36 § 3a ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 859 ze zm., dalej: k.k.s.
- 24 CIT – ang. *corporate income tax* (podatek dochodowy od osób prawnych). Art. 86a § 5a Ordynacji podatkowej.
- 25 Art. 86h § 1 Ordynacji podatkowej.
- 26 W dyrektywie 2018/822 jest mowa tylko o takiej fakultatywnej możliwości i nie rzadziej niż raz do roku. Por. art. 8ab ust. 11.
- 27 Art. 86k Ordynacji podatkowej.
- 28 Art. 86l Ordynacji podatkowej.
- 29 D.M. Malinowski, *Dyrektywa 2018/822 – zasady przekazywania informacji o uzgodnieniach transgranicznych i ich skutkach podatkowych*, „Przeгляд Podatkowy” 2018, nr 8, s. 4.
- 30 Art. 86m Ordynacji podatkowej i art. 80f k.k.s.
- 31 Art. 86m Ordynacji podatkowej.
- 32 Art. 34 § 2 k.k.s.
- 33 Podatki.gov.pl, *Statystyki MDR*, <https://www.podatki.gov.pl/mdr-statystyki-mdr/>, dostęp: 13.11.2022.
- 34 Por. art. 37 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 2117, dalej: ustawa z dnia 5 lipca 1996 r.
- 35 Art. 86b § 7 Ordynacji podatkowej.
- 36 Z. Raszczuk, *Mandatory Disclosure Rules (MDR) and the Professional Secrecy of a Tax Advisor*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2020, t. 34, s. 12.
- 37 Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP.
- 38 KRDP, Wniosek o zbadanie zgodności ustawy z Konstytucją RP, <https://kidp.pl/files/newsall/6259.pdf>, dostęp: 21.11.2022. Sygn. sprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym: K 13/20. Do tej pory nie odbyła się żadna rozprawa. Zob. metryka sprawy w Internetowym Portalu Orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2013/20>, dostęp: 11.01.2023.
- 39 Por. KRDP, Wniosek o zbadanie zgodności ustawy z Konstytucją RP, dok. cyt., s. 22.
- 40 Lei n.º 26/2020, de 21 de julho estabelece a obrigação de comunicação à autoridade tributária e aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal – legislação consolidada, <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2020-138516384>, dostęp: 18.10.2022, dalej: Lei n.º 26/2020.
- 41 Por. Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro estabelece deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária para prevenir e combater o planeamento fiscal abusivo, <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2008-138461852>, dostęp: 18.10.2022.
- 42 Art. 2 ust. 1 lit. e Lei n.º 26/2020.
- 43 Art. 7 Lei n.º 26/2020.
- 44 Gabinete do secretário de estado dos assuntos fiscais, *Relatório sobre o combate à fraude e evasão fiscais e aduaneiras 2021*, junho de 2022, <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DBQAAAB%2BLCAAAAAABAAzNDYwNgcAyxRA0AUAAAA%3D>, dostęp: 18.10.2022, s. 95.
- 45 Portaria n.º 304/2020 de 29 de dezembro, Diário da República, 1.ª série, N.º 251, 29 de dezembro de 2020, Pág. 458, <https://files.dre.pt/1s/2020/12/25100/0045800486.pdf>, s. 3, dostęp: 11.01.2023, dalej: Portaria n.º 304/2020; art. 10 ust. 8 Lei n.º 26/2020; AT, *Orientações gerais (guidelines) relativas à obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal*, https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/apoio_contribuinte/Regime_Comunicacao_Mecanismos_internos_transfronteiricos/Comunicacao_de_Mecanismos/Documents/Lei_26_2020_Orientacoes_Gerais_Guidelines.pdf, s. 18, dostęp: 21.10.2022.
- 46 Art. 17 ust 2 Lei n.º 26/2020.
- 47 Art. 10 ust 1 Lei n.º 26/2020.
- 48 Art. 13 ust 2 Lei n.º 26/2020.
- 49 Portaria n.º 304/2020, s. 3.
- 50 Art. 13 ust. 3 Lei n.º 26/2020.
- 51 Art. 13 ust. 4 Lei n.º 26/2020.
- 52 Art. 19 ust. 1 Lei n.º 26/2020.
- 53 Art. 10 ust. 2 Lei n.º 26/2020.
- 54 Art. 14 ust. 1 Lei n.º 26/2020.
- 55 Art. 14 ust. 2 Lei n.º 26/2020.
- 56 Constituição da República Portuguesa, <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, dostęp: 11.01.2023.
- 57 Provedor de Justiça, *Fiscalização da constitucionalidade dos artigos 10.º, n.º2, 13.º, n.º4 e 14.º, n.º 1 da Lei n.º 26/2020 de 21 de julho*, <https://www.provedor-jus.pt/documentos/fiscalizacao-da-constitucionalidade-dos-artigos-10-o-n-o2-13-o-n-o4-e-14-o-n-o-1-da-lei-n-o-26-2020-de-21-de-julho/>, dostęp: 20.10.2022.
- 58 Ordem de Advogados, *Advogados violam o sigilo profissional se revelarem o planeamento fiscal dos clientes? Provedora de Justiça envia diploma ao Constitucional*, <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2021/09/21/advogados-violam-o-sigilo-profissional-se-revelarem-o-planeamento-fiscal-dos-clientes-provedora-de-justica-envia-diploma-ao-constitucional/>, dostęp: 20.10.2022.
- 59 Art. 10 ust. 4 w związku z art. 15 ust. 1 lit. a, d, g, h.
- 60 Por. Z. Raszczuk, dz. cyt., s. 12.
- 61 Por. na przykładzie Polski art. 240 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.), z pewnymi wyjątkami, jak wskazuje na to Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO): „W opinii RPO art. 240 zagraża ponadto tajemnicom zawodowym. Obowiązek zawiadomienia o przestępstwie uchyla bowiem tajemnicę lekarską, dziennikarską, psychologiczną, adwokacką, notarialną oraz inne. Nie dotyczy to tylko duchownego (który dowiedział się o przestępstwie podczas spowiedzi) oraz obrońcy (w ramach tajemnicy obrończej)” (RPO, *RPO sugeruje zmiany karalności za niezawiadomienie o groźnych przestępstwach*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-sugeruje-zmiany-karalnosci-za-niezawiadomienie-o-groźnych-przestępstwach>, dostęp: 24.10.2022).
- 62 Art. 8ab ust. 5 dyrektywy Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylającej dyrektywę 77/799/EWG, Dz. Urz. UE L 64 z 11.03.2011, s. 1, ze zm.
- 63 Por. motyw 8 dyrektywy 2018/822.
- 64 J. Chowaniec, *Doradca podatkowy w państwach UE i OECD – przegląd wybranych zagadnień*, „Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2022, nr 4, s. 68.
- 65 Notabene adwokaci w Portugalii mogą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.
- 66 Art. 86b § 7 pkt 2 Ordynacji podatkowej.
- 67 Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2860 (VIII kad.), dok. cyt., s. 97-98.
- 68 A. Cekała, *Obowiązek udzielenia informacji prasie a tajemnica medialna*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2020, vol. 25, nr 2, s. 297.
- 69 A. Dmowski, *Tajemnica zawodowa doradcy podatkowego jako fundament zawodu zaufania publicznego*, „Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2022, nr 4, s. 53.
- 70 KRDP, *Krajowa Rada Doradców Podatkowych przyjęła stanowisko w sprawie tajemnicy zawodowej w kontekście obowiązku przekazywania informacji o schematach podatkowych*, https://kidp.pl/strona/2833_krajowa_rada_doradcow_podatkowych_przyjela_stanowisko_w_sprawie_tajemnicy_zawodowej_w_kontekście_obo, dostęp: 24.10.2022.
- 71 Tamże.
- 72 Por. Krajowa Izba Doradców Podatkowych, *Instrukcja postępowania doradcy podatkowego w trakcie przeszukania*, https://wielkopolski.kidp.pl/strona.php/77_instrukcja_postepowania_doradcy_podatkowego_w_trakcie_przeszukania.html, dostęp: 24.10.2022.
- 73 VAT – ang. *value added tax* (podatek od wartości dodanej).
- 74 PIT – ang. *personal income tax* (podatek dochodowy od osób fizycznych).
- 75 Czas spędzony w ciągu roku na wywiązanie się z obowiązków względem urzędu skarbowego wynosi w Polsce średnio 334 godz., podczas gdy średnia dla „bogatyń” krajów OECD to około 159 godz. Por. World Bank, *Ease of Doing Business in Poland*, https://archive.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/poland#DB_tax, dostęp: 27.10.2022.

- ⁷⁶ § 1 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, tekst jednolity Dz.U. z 2016 r. poz. 283.
- ⁷⁷ Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 2105 ze zm., dalej: ustawa z dnia 29 października 2021 r.
- ⁷⁸ Por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1532, dok. cyt.
- ⁷⁹ Tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 2587 ze zm. Zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1532, dok. cyt., s. 145-152.
- ⁸⁰ Zarządzenie Ministra Finansów, Inwestycji i Rozwoju z dnia 1 października 2019 r. w sprawie utworzenia Forum do spraw informowania o schematach podatkowych (MDR), Dz. Urz. Ministra Finansów, Inwestycji i Rozwoju, poz. 2.
- ⁸¹ Podatki.gov.pl, *Raportowanie schematów podatkowych (MDR)*, <https://www.podatki.gov.pl/mdr/raportowanie-schematow-podatkowych-mdr/>, dostęp: 13.11.2022.
- ⁸² Por. załącznik do objaśnień podatkowych z dnia 31 stycznia 2019 r. Informacje o schematach podatkowych (MDR), dok. cyt.
- ⁸³ M. Majkowska, *Schematy podatkowe: Firmy zgłaszają więcej, niż powinny*, <https://podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/1437056,schematy-podatkowe-firmy-zglaszaja-wiecej-niz-powinny.html>, dostęp: 21.11.2022.
- ⁸⁴ P. Szymanek, *Przyczyny składania nadmiernej liczby informacji o schematach podatkowych*, „Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2021, nr 5, s. 40.
- ⁸⁵ Tamże, s. 40.
- ⁸⁶ Art. 86a § 1 pkt 1 lit. a Ordynacji podatkowej.
- ⁸⁷ R. Burchart, *Zarządzanie rozliczaniem strat podatkowych w przedsiębiorstwie*, „Akademia Zarządzania” 2020, nr 4 (1), s. 47-50.
- ⁸⁸ KPMG, *Implementation of mandatory disclosure rules in Portugal*, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2021/04/mdr-factsheet-portugal-april-2021.pdf>, s. 1, dostęp: 21.11.2022.
- ⁸⁹ Np. art. 119a Ordynacji podatkowej (tzw. klauzula GAAR, ang. *general anti-abuse rules*).
- ⁹⁰ A. Szymacha, *Obowiązek raportowania schematów podatkowych przez korzystających wobec wolności od samooskarżania w kontekście wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka J.B. przeciwko Szwajcarii*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2021, t. CXIX, s. 107, 110.
- ⁹¹ Akapit 8 dyrektywy 2018/822 w tłumaczeniu z języka angielskiego, którym tu posłużono się ze względu na błędy stylistyczne w tłumaczeniu polskim.
- ⁹² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1532, dok. cyt., s. 104.
- ⁹³ Por. art. 37 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r.

Bibliografia

Literatura

- Burchart R., *Zarządzanie rozliczaniem strat podatkowych w przedsiębiorstwie*, „Akademia Zarządzania” 2020, nr 4 (1).
- Cekała A., *Obowiązek udzielenia informacji prasie a tajemnica medyczna*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2020, vol. 25, nr 2.
- Chowaniec J., *Doradca podatkowy w państwach UE i OECD – przegląd wybranych zagadnień*, „Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2022, nr 4.
- Dmowski A., *Tajemnica zawodowa doradcy podatkowego jako fundament zawodu zaufania publicznego*, „Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2022, nr 4.
- Haslehner W., Pantazatou K., *Assessment of recent anti-tax avoidance and evasion measures (ATAD & DAC 6)*, https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/50639/1/IPOL_STU%282022%29703353_EN.pdf, dostęp: 11.01.2023.
- KPMG, *Implementation of mandatory disclosure rules in Portugal*, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2021/04/mdr-factsheet-portugal-april-2021.pdf>, dostęp: 21.11.2022.

- Malinowski D.M., *Dyrektywa 2018/822 – zasady przekazywania informacji o uzgodnieniach transgranicznych i ich skutkach podatkowych*, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 8.
- OECD, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Mandatory Disclosure Rules. Action 12: 2015 Final Report*, https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report_9789264241442-en#page1, dostęp: 16.10.2022.
- Raszczuk Z., *Mandatory Disclosure Rules (MDR) and the Professional Secrecy of a Tax Advisor*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2020, t. 34.
- Szymacha A., *Obowiązek raportowania schematów podatkowych przez korzystających wobec wolności od samooskarżania w kontekście wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka J.B. przeciwko Szwajcarii*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2021, t. CXIX.
- Szymanek P., *Przyczyny składania nadmiernej liczby informacji o schematach podatkowych*, „Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2021, nr 5.
- Szymczyk P., *Niedozwolona optymalizacja podatkowa i funkcjonowanie rajów podatkowych w kontekście dyrektywy 2018/822. Analiza wybranych zagadnień*, „Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2021, nr 9.

Źródła internetowe

- Krajowa Izba Doradców Podatkowych, *Instrukcja postępowania doradcy podatkowego w trakcie przeszukania*, https://wielkopolski.kidp.pl/strona.php/77_instrukcja_postepowania_doradcy_podatkowego_w_trakcie_przeszukania.html, dostęp: 24.10.2022.
- KRDP, *Krajowa Rada Doradców Podatkowych przyjęła stanowisko w sprawie tajemnicy zawodowej w kontekście obowiązku przekazywania informacji o schematach podatkowych*, https://kidp.pl/strona/2833_krajowa_rada_doradcow_podatkowych_przyjela_stanowisko_w_sprawie_tajemnicy_zawodowej_w_kontekście_obo, dostęp: 24.10.2022.
- Majkowska M., *Schematy podatkowe: Firmy zgłaszają więcej, niż powinny*, <https://podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/1437056,schematy-podatkowe-firmy-zglaszaja-wiecej-niz-powinny.html>, dostęp: 21.11.2022.
- Ordem de Advogados, *Advogados violam o sigilo profissional se revelarem o planeamento fiscal dos clientes? Provedora de Justiça envia diploma ao Constitucional*, <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2021/09/21/advogados-violam-o-sigilo-profissional-se-revelarem-o-planeamento-fiscal-dos-clientes-provedora-de-justica-envia-diploma-ao-constitucional/>, dostęp: 20.10.2022.
- Podatki.gov.pl, *Dochody i wydatki – skąd są pieniądze w budżecie i co się z nimi dzieje*, <https://www.podatki.gov.pl/z-twoich-podatkow/dochody-i-wydatki-z-twoich-podatkow/>, dostęp: 27.10.2022.
- Podatki.gov.pl, *Raportowanie schematów podatkowych (MDR)*, <https://www.podatki.gov.pl/mdr/raportowanie-schematow-podatkowych-mdr/>, dostęp: 13.11.2022.
- Podatki.gov.pl, *Statystyki MDR*, <https://www.podatki.gov.pl/mdr/statystyki-mdr/>, dostęp: 13.11.2022.
- RPO, *RPO sugeruje zmiany karalności za niezawiadomienie o groźnych przestępstwach*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-sugeruje-zmiany-karalnosci-za-niezawiadomienie-o-groznych-przestepstwach>, dostęp: 24.10.2022.
- World Bank, *Ease of Doing Business in Poland*, https://archive.doing-business.org/en/data/exploreeconomies/poland#DB_tax, dostęp: 27.10.2022.

Akty prawne

- Constituição da República Portuguesa, <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, dostęp: 11.01.2023.
- Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro estabelece deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária para prevenir e combater o planeamento fiscal abusivo, <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2008-138461852>, dostęp: 18.10.2022.
- 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, ze zm.
- 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.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

Lei n.º 26/2020, de 21 de julho estabelece a obrigação de comunicação à autoridade tributária e aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal – legislação consolidada, <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2020-138516384>, dostęp: 18.10.2022.

Portaria n.º 304/2020 de 29 de dezembro, Diário da República, 1.ª série, N.º 251, 29 de dezembro de 2020, Pág. 458, <https://files.dre.pt/1s/2020/12/25100/0045800486.pdf>, dostęp: 11.01.2023.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, tekst jednolity Dz.U. z 2016 r. poz. 283.

Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym, tekst jednolity Dz.U. z 2021 r. poz. 2117.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.

Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 859 ze zm.

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 2587 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.

Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 2105 ze zm.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 2651 ze zm.

Zarządzenie Ministra Finansów, Inwestycji i Rozwoju z dnia 1 października 2019 r. w sprawie utworzenia Forum do spraw informowania o schematach podatkowych (MDR), Dz. Urz. Ministra Finansów, Inwestycji i Rozwoju, poz. 2.

Orzecznictwo

Wyrok NSA z dnia 29 kwietnia 2021 r., II FSK 1873/20, LEX nr 3229843, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/523323539/1/>

ii-fsk-1873-20-wyrok-naczelnego-sadu-administracyjnego?cm=URLATIONS, dostęp: 16.10.2022.

Inne źródła

AT, *Orientações gerais (guidelines) relativas à obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal*, https://info.portaldasfinancas.gov.pt/apoio_contribuinte/Regime_Comunicacao_Mecanismos_internos_transfronteiricos/Comunicacao_de_Mecanismos/Documents/Lei_26_2020_Orientacoes_Gerais_Guidelines.pdf, dostęp: 21.10.2022.

Gabinete do secretario de estado dos asuntos fiscais, *Relatório sobre o combate à fraude e evasão fiscais e aduaneiras 2021*, junho de 2022, <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DBQAAAB%2BLCAAAAAAABAAzNDYwNgcAyxRA0AUAAAA%3D>, dostęp: 18.10.2022.

KRDP, Wniosek o zbadanie zgodności ustawy z Konstytucją RP, <https://kidp.pl/files/newsall/6259.pdf>, dostęp: 21.11.2022.

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: 12.10.2022.

Provedor de Justica, Fiscalização da constitucionalidade dos artigos 10.º, n.º2, 13.º, n.º4 e 14.º, n.º 1 da Lei n.º 26/2020 de 21 de julho, <https://www.provedor-jus.pt/documentos/fiscalizacao-da-constitucionalidade-dos-artigos-10-o-n-o2-13-o-n-o4-e-14-o-n-o-1-da-lei-n-o-26-2020-de-21-de-julho/>, dostęp: 20.10.2022.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1532, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/A8566521AD17EECE-C125874A006F1417/%24File/1532-uzas.docx>, dostęp: 27.10.2022.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2860 (VIII kad.), <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9060A2C883ED1DE4C12583130069CECC/%24File/2860-uzas.docx>, dostęp: 16.10.2022.