

O amerykańskiej ustawie FATCA raz jeszcze

Autor: **Cezary Błaszczuk**

W opublikowanym w sierpniu 2013 r. [tekście](#) przybliżyłem czytelnikom mises.org najważniejsze postanowienia amerykańskiej ustawy FATCA i wskazałem na zagrożenia z nią związane. Starania Unii Europejskiej o ustanowienie międzynarodowego automatycznego systemu wymiany podatkowej pokazały, że obawy nie były pozbawione podstaw. Z tego też powodu chciałbym przypomnieć, czym jest FATCA i jakie są jej koszty.

Amerykańskie prawo stanowi, że każdy amerykański podatnik ma obowiązek rozliczyć się z dochodu z urzędem podatkowym (ang. *Internal Revenue Service*, IRS) niezależnie od tego, na terenie jakiego państwa został on uzyskany i gdzie podatnik na stałe przebywa. W razie pozyskania przez urząd informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa karno-skarbowego poza granicami kraju, sprawa przydzielana jest zagranicznej delegaturze IRS. Dotychczas w tym zakresie obowiązywał program QI (ang. *Qualified Intermediary*), który przewidywał m.in. wynagrodzenie dla pracowników zagranicznych instytucji finansowych, nawiązujących współpracę z IRS. Bankierzy, którzy zdecydowali się złożyć doniesienie na swoich klientów mogli liczyć na prowizję rzędu od 15 do 30% sumy środków odzyskanych od podatnika. Ze względu na restrykcyjne w wielu krajach podejście do tajemnicy bankowej uczestnictwo tzw. *whistleblowers* (pol. *składający doniesienie*) było jednak zbyt skromne, by zapewnić Amerykanom realny wzrost wpływów do budżetu. Zgodnie z niektórymi oszacowaniami straty związane z zatajaniem informacji przez instytucje finansowe wynoszą nawet 100 miliardów USD rocznie – z siedmiu milionów amerykańskich podatników aż sześć i pół miliona nigdy nie rozliczyło się z dochodów otrzymywanych poza ojczyzną¹.

¹ United States of America Congressional Record. PROCEEDINGS AND DEBATES OF THE 111th CONGRESS, SECOND SESSION, 111 Cong. Rec. S1635-36, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-2010-03-17/pdf/CREC-2010-03-17-pt1-PgS1633-8.pdf>, s. 4, 18.02.2014.

W konsekwencji zdecydowano się zmienić podejście do współpracy i zamiast zachęty, zastosowano groźbę. Ustawa FATCA została przyjęta jeszcze w 2010 r. jako część antykryzysowego pakietu HIRE (ang. *Hiring Incentives to Restore Employment Act*), lecz weszła w życie 31 grudnia 2012 r. Ze względu na wątpliwości, związane z jej stosowaniem oraz koszty dostosowania się do jej zapisów, do dziś nie obowiązuje ono w pełni wszystkich podmiotów. Zobowiązuje ona zagraniczne instytucje finansowe (ang. *Foreign Financial Institutions, FFI*) do identyfikacji podatników i przekazywania informacji na temat rachunków klientów- podatników amerykańskich do IRS. Instytucje, które zlekceważyłyby ten obowiązek, zostaną obciążone 30% podatkiem u źródła (ang. *withholding tax*) wszystkich płatności (w tym także odsetek i dywidend) dokonanych na ich rzecz z terytorium USA. Biorąc pod uwagę, że nawet instytucje finansowe niedziałające bezpośrednio na terenie Stanów Zjednoczonych otrzymują przekazy, wychodzące z tego państwa, zakres podmiotowy nowego prawa jest wyjątkowo szeroki. Ustawowa definicja instytucji finansowej obejmuje zarówno podmioty przyjmujące depozyty pieniężne, przechowujące aktywa finansowe, inwestujące na rzecz innych osób, jak i uczestniczące w obrocie papierami wartościowymi. Zawiera w sobie polskie banki, domy maklerskie, fundusze inwestycyjne, a nawet zakłady ubezpieczeń. Przywilejem wyłączenia spod ustawowego reżimu raportowania cieszy się jedynie wąska grupa podmiotów – m.in. banki centralne, instytucje rządowe, czy organizacje międzynarodowe. Nie dziwi zatem, że FATCA od samego początku budziła kontrowersje. Jeszcze w 2011 r. szereg instytucji finansowych z Europy i Australii podniosło, że skomplikowane i rygorystyczne przepisy poskutkują zamykaniem kont i ograniczeniem dostępności usług finansowych dla klientów z USA. Z kolei wpływowe stowarzyszenie ACFCS (ang. *Association of Certified Financial Crime Specialists*) wykazało, że koszty pełnej implementacji nowego prawa, przy korzyściach rządu co najwyżej 800 mln. USD dla budżetu federalnego, wynieść mogą nawet 10 mld (*sic!*) USD². Co więcej, zagraniczne instytucje finansowe zmuszone zostałyby do przejęcia niejako funkcji IRS, działając poza granicami

² <http://www.financialtransparency.org/2011/09/28/you-do-the-math-adding-up-the-costs-of-complying-with-fatca>, 18.02.2014.

jurysdykcji urzędu. Mało kto przewidział jednak najprostsze rozwiązanie – Amerykanie, żyjący poza ojczyzną zaczęli masowo zrzekać się obywatelstwa³.

Interesująco wygląda określony w ustawie przegląd rachunków, które mogą zostać poddane reżimowi FATCA. Skanowanie tych, które zostały otwarte przed 30 czerwca 2014 r. odbywa się na podstawie tzw. poszlak amerykańskich (ang. *US Indicia*). O tym, że posiadacz rachunku może być podatnikiem amerykańskim mogą świadczyć: obywatelstwo amerykańskie, miejsce urodzenia w USA, adres zamieszkania w USA, amerykański numer telefonu, numer TIN, przebywanie na terenie USA co najmniej 183 dni w ciągu ostatnich trzech lat, instrukcja na przelewy do USA, pełnomocnictwo bądź upoważnienie do podpisywania osoby z USA, polecenie przesyłania wyciągów bankowych do USA. W razie odmowy przekazania stosownych informacji, bądź, w przypadku wypełnienia powyższych przesłanek, zgody na raportowanie do IRS, klient traktowany jest jako tzw. oporny posiadacz rachunku (ang. *recalcitrant account holder*). Jego rachunek zostaje zamknięty i obciążony częściową konfiskatą. Ponieważ FATCA inaczej traktuje już istniejące rachunki o saldzie przekraczającym 1 mln USD (ang. *high-value accounts*) oraz pozostałe rachunki (ang. *other pre-existing accounts*) (te z wyższym saldem są skanowane ręcznie), doradzanie klientom w zakresie sposobów uniknięcia regulacji FATCA – podział rachunków, usunięcie przesłanki „amerykańskości” czy manipulowanie stanem sald – jest surowo zabronione. Instytucje zobowiązane są do wypracowania procedur weryfikacyjnych nowych klientów, stworzenia stosownej dokumentacji oraz - po 3 latach od wejścia w życie ustawy - do przeprowadzania wewnętrznych kontroli i tzw. kwalifikowanej certyfikacji. Ostatnie z wyżej wymienionych zadań należą do kompetencji tzw. odpowiedzialnego pracownika (ang. *responsible officer*) czyli pracującego na etacie, niezależnego funkcjonariusza instytucji finansowej, zajmującego się opracowaniem programu zgodności z wymogami FATCA i ich egzekwowaniem.

Raportowanie do IRS odbywa się na mocy zawartego z urzędem porozumienia, po rejestracji na przygotowanym specjalnie w tym celu portalu internetowym. Instytucje finansowe przekazują urzędowi dane osobowe, numery

³ <http://www.foxnews.com/politics/2013/08/12/americans-renouncing-citizenship-in-record-numbers-look-to-avoid-tax/?test=latestnews>, 18.02.2014.

identyfikacji podatkowej (ang. *Taxpayer Identification Number*, TIN), miejsce zamieszkania, bilanse rachunków, wpłaty i wypłaty środków podatników amerykańskich. FATCA przewiduje także możliwość uzyskania przez podmioty zagraniczne tzw. statusu *deemed-compliant*, tj. podmiotu zasadniczo podporządkowanego. Uzyskanie tego statusu skutkuje zwolnieniem z konieczności zawierania porozumienia z IRS i raportowania klientów. Mogą go uzyskać jednak tylko te instytucje finansowe, które zobowiążą się nie otwierać rachunków podatnikom amerykańskim i wprowadzą procedury uniemożliwiające korzystanie im ze swoich produktów.

Nie ulega wątpliwości, że wymuszanie stosowania amerykańskiego prawa wewnętrznego na terytorium innych państw jest zasadniczo sprzeczne z zasadą suwerenności — fundamentem prawa międzynarodowego publicznego. Powstrzymując się jednak od oceny politycznej, wskazać należy na niezwykle problematyczny konflikt pomiędzy obowiązkami, które nakłada ustawa, a regulacjami krajowymi. Zapisów FATCA nie da się bowiem pogodzić z aktualnie obowiązującymi prawem bankowym (tajemnica bankowa, przetwarzanie danych osobowych przez banki), a także przepisami ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (tajemnica maklerska), ustawy o funduszach inwestycyjnych (tajemnica zawodowa), ustawy o ochronie danych osobowych (zasady przetwarzania danych osobowych), czy ustawy o usługach płatniczych.

Pomimo początkowych oporów do programu przystąpiły instytucje finansowe z całego świata. Groźba nałożenia podatku okazała się skutecznym, zachęcającym zagraniczne instytucje finansowe do współpracy argumentem. W przypadku Polski dla umożliwienia podmiotom dostosowania się do FATCA konieczne jest dokonanie zmian w prawie. W opinii polskiego Ministerstwa Finansów, wyrażonej podczas spotkania w Urzędzie Komisji Nadzoru Finansowego jesienią 2013 r., zmiany w przepisach prawa polskiego wprowadzone w związku z FATCA powinny wejść w życie do 1 lipca 2014 r. Najpopularniejszym stosowanym na świecie rozwiązaniem jest dostosowanie prawa krajowego poprzez umowy międzynarodowe – z ewentualną następczą implementacją. Wyrazem współpracy na płaszczyźnie międzypaństwowej w tym zakresie jest podpisywanie tzw. porozumień IGA (ang. *Intergovernmental Agreement*). W przypadku Polski teoretycznie porozumienie to już parafowano (IGA modelu I — z zasadą wzajemności), lecz z przesłanego do Związku Banków

Polskich pod koniec grudnia 2013 r. komunikatu Ministerstwa Finansów wynika, że strona amerykańska nie zatwierdziła jeszcze wynegocjowanej umowy. Dopiero po formalnym zatwierdzeniu Komitet Stały Rady Ministrów będzie mógł wyrazić zgodę na podpisanie parafowanej umowy.

Wynegocjowany model porozumienia IGA zapewnia polskim instytucjom finansowym komfort przekazywania informacji raz do roku, w dodatku nie do IRS, a krajowego Ministerstwa Finansów. Udało się także wynegocjować klauzulę najwyższego uprzywilejowania, skutkiem czego w przypadku zapewnienia przez USA innej stronie korzystniejszych warunków implementacji FATCA, zostaną one rozszerzone również na Polskę. Jak wynika z wydanego niedawno Memorandum of Understanding przesunięto także w stosunku do polskich instytucji finansowych termin na dostosowanie się do postanowień FATCA na okres do 30 września 2015 r., w dodatku z możliwością wyjątkowego przedłużenia o rok.

W tym stanie rzeczy należy zwrócić uwagę, że istotą omawianego problemu jest nadmierna restrykcyjność amerykańskiego prawa podatkowego. USA jest jednym z dwóch (obok Państwa Erytrei) państw, które opodatkowuje swoich obywateli, nawet jeśli mieszkają i uzyskują oni dochód poza ojczyzną. To z tego źródła wywodzą się pozostałe problemy amerykańskiej gospodarki. Jak zauważył L. von Mises, immanentną cechą aparatu przymusu jest samonapędzający się mechanizm łożenia nań⁴. Zastosowany przez prawodawcę amerykańskiego trzydziestoprocentowy podatek karny *ogranicza oszczędności i akumulację kapitału; hamuje tendencje do spadku krańcowej produktywności dóbr kapitałowych*⁵ — jednym słowem dotyka bezpośrednio całego rynku. Uznając prymat zasady równości wobec prawa, warto zwrócić uwagę na nieproporcjonalne koszty operacyjne przedsięwzięcia.

Interesujący wydaje się być w przypadku FATCA także transgraniczny aspekt uszczelniania systemu podatkowego. Po pierwsze, ściągany od podatników mieszkających za granicą kapitał nie pracuje bezpośrednio na bogactwo kraju amerykańskiego (w myśl maksymy A. Heydla)⁶. Dla rządu federalnego, który musi liczyć się z prawidłowością, iż im większe obciążenia

⁴ L. von Mises, *Ludzkie działanie*, Warszawa 2011 r., s. 622

⁵ *Ibidem*, s. 623.

⁶ „Bogactwo kraju zależy od skarbów ziemi, pracy oraz kapitału”, A. Heydel, *Dzieła zebrane*, t. I, Warszawa 2012, s. 255.

fiskalne, tym większy niekorzystny ich wpływ na gospodarkę, a w konsekwencji na wpływy z podatków, jest to sytuacja komfortowa. Powyższa zasada nie znajduje w omawianym przypadku bezpośredniego zastosowania, a budżet zostaje zasilony⁷. Po drugie, zastosowany karny podatek eksportowy na przekazy zagraniczne zubaża podmioty funkcjonujące na obcych rynkach finansowych; ale przecież podobny jest efekt rozliczanie się Amerykanów z IRS ze środków zgromadzonych w zagranicznych instytucjach finansowych. Skutkiem FATCA będzie zatem częściowy odpływ środków - głównie z europejskich i azjatyckich banków. To z kolei powodować może zahamowanie linii kredytowej (ze względu na normy płynnościowe; *vide*: CRR/CRD IV) i spowolnienie gospodarcze. W ocenie autora przykład ten dobitnie ilustruje, jak odejście od zasad klasycznego liberalizmu potencjalnie prowadzić może nie tylko do kryzysów gospodarczych, ale i politycznych. L. von Mises pisał: „Dla liberała nie istnieje przeciwstawienie polityki wewnętrznej i zagranicznej, (...) albowiem od samego początku jest liberalizm koncepcją polityczną obejmującą cały świat, i te same idee, które próbuje realizować na ograniczonym obszarze, uważa za właściwe również w szerszej sferze polityki światowej”⁸. To protekcjonizm gospodarczy, dowodził autor „Ludzkiego działania”, prowadzi do konfliktów — a nie kapitalizm i swoboda przepływu towarów, kapitału i ludzi⁹. O lekcji tej powinni pamiętać negocjatorzy tzw. Traktatu Partnerstwa Transatlantyckiego (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP), długo wyczekiwanej umowy, liberalizującej handel pomiędzy USA a UE.

⁷ Można się, bowiem zastanawiać, czy w przypadku postępujących procesów globalizacyjnych i trans granicznych we współczesnej gospodarce i rynkach kapitałowych podatek może być „przeniesiony” na inny podmiot.

⁸ L. von Mises, *Liberalizm w tradycji klasycznej*, Kraków 2009, s. 145.

⁹ *Ibidem*, s. 152 i n.