

ARKADIUSZ NAWROCKI¹

Czarne listy oaz podatkowych

Streszczenie

Czarne listy sporządzone przez OECD są najbardziej wpływowym narzędziem w walce przeciwko rajom podatkowym. Dzięki swemu autorytetowi i przewodniej roli wśród międzynarodowych organizacji gospodarczych, używany przez OECD termin „raje podatkowe” zaczął być uznawany za negatywny.

Kraje zareagowały na olbrzymi wzrost sektora rajów podatkowych poprzez wprowadzenie określonych przepisów prawnych i administracyjnych ograniczających transfery finansowe do rajów podatkowych, a także wytoczyły sądowe procesy o oszustwa. Głównym celem tych działań było zapobieganie temu, by lokalni podatnicy nie ukrywali swych dochodów w rajach podatkowych. By nadmiernie nie ograniczać zasadnego handlu międzynarodowego i transgranicznej działalności inwestycyjnej, krajowe przepisy wymierzone w raje podatkowe zwykle wyznaczają granicę pomiędzy działalnością rajów podatkowych a rzeczywistym biznesem międzynarodowym i stosują się tylko do tych pierwszych.

Słowa kluczowe: raje podatkowe, czarne listy, oazy podatkowe, OECD, konkurencja podatkowa

¹ Mgr Arkadiusz Nawrocki – prawnik w londyńskim biurze Deutsche Banku; e-mail: arek.nawrocki@gmail.com; ORCID: 0000-0002-7433-2230.

ARKADIUSZ NAWROCKI

Black lists as an instrument preventing the use of tax havens

Abstract

Black lists are the most influential in the project against tax havens. By relying on its authority and pre-eminence among economically-oriented international organisations, the OECD’s use of the expression “tax havens” started being regarded as endowed with a pejorative meaning.

Countries have reacted to the massive growth of tax haven sectors by enacting specific legislation and administrative rules aiming at curbing transfers to tax havens, and judicially attacked tax haven transactions as shams. The main purpose of these measures was to prevent local taxpayers from sheltering income in tax havens through the use of formal structures lacking economic substance. In order not to unduly restrict legitimate international trade and cross-border investment activities, domestic anti-tax haven regulations generally draw a line between tax haven operations and legitimate international business activities, and apply only with reference to the former.

Keywords: black lists, tax havens, tax evasion, tax avoidance

Czarne listy jako środek zapobiegający korzystaniu z oaz podatkowych

Czarne listy sporządzone przez OECD są najbardziej wpływowym narzędziem w walce przeciwko rajom podatkowym². Istotnie, w podjętej przez OECD próbie uregulowania konkurencji podatkowej, organizacja czerpała dużą część swej politycznej władzy w społeczności międzynarodowej ze zdolności do kategoryzowania i etykietowania. Dzięki temu autorytetowi i przewodniej roli wśród międzynarodowych organizacji gospodarczych, używany przez OECD termin „raje podatkowe” zaczął być uznawany za negatywny³.

Raport OECD z 1998 roku rzeczywiście po raz pierwszy wprowadził swego rodzaju „test reputacji” określający granice pojęcia „raje podatkowe”⁴. OECD sama przyznała, że określenie „raj podatkowy” potencjalnie pasuje do wielu, a może nawet wszystkich krajów, ze względu na ich wewnętrzną niejasność. Raje podatkowe zostały zatem zdefiniowane przez OECD jako kraje, które mają niewielkie podatki własne, lub nie nakładają ich wcale, ponadto „oferują się jako” miejsca lub „są uznawane za” miejsca, z których nierezydenci mogą skorzystać, by uniknąć podatków w swoich macierzystych krajach. Z tego względu test reputacji opiera się o to, jak strony trzecie odbierają określoną jurysdykcję. Gdyby termin „raj podatkowy” był używany tylko w odniesieniu do kraju o zerowych lub bardzo niskich podatkach od określonych rodzajów dochodów lub oferującego określony poziom poufności i tajności, definicja ta, stosowana dosłownie, mieściłaby w sobie wiele krajów uprzemysłowionych. Oto wyjaśnienie testu reputacji: kraj jest rajem podatkowym, jeśli na taki wygląda, i jeśli jest za taki uważany przez inne kraje⁵.

Zatem w związku z ogromną elastycznością tego określenia i trudnością w sporządzeniu obiektywnej listy rajów podatkowych, OECD, przy pomocy inicjatyw FSF i FATF, podjęła decyzję o opublikowaniu tzw. „czarnej listy”. Celem czarnej listy jest po prostu zagrożenie reputacji, a co za tym idzie rentowności sektorów

² J.C. Sharman, *Havens in a Storm: The Struggle for Global Tax Regulation*, New York 2006, s. 104.

³ Ibidem, s. 104.

⁴ Ibidem, s. 109–112.

⁵ R.A. Gordon, *Tax Havens and Their Use by United States Taxpayers – An Overview*, 12.01.1981, s. 26; R. Palan, *Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty*, „International Organization” 2002, 1, s. 151–176; R. Palan, J.P. Abbott, *State Strategies in the Global Political Economy*, London 1996, s. 168.

finansowych małych krajów. Wyrażenie „raj podatkowy” wywołuje skojarzenie z unikaniem podatków, praniem brudnych pieniędzy i nielegalnymi dochodami z handlu narkotykami, a żaden szanujący się kraj nie chce być z czymś takim powiązany. Sukces raju podatkowego zależy więc w największym stopniu od reputacji. Jako że raje podatkowe oferują całkowicie zastępowalne usługi (choć niektóre z nich wykształciły pewien poziom specjalizacji w celu stworzenia bądź wejścia do niszowych rynków), reputacja jest główną cechą rozróżnienia pomiędzy nimi. W celu przyciągnięcia większych ilości inwestycji i bardziej dochodowych biznesów, raje podatkowe muszą mieć dobrze zorganizowane systemy finansowe i pielęgnować swój obraz miejsc bezpiecznych i stabilnych⁶.

Odnoszące sukcesy raje podatkowe są szczególnie uzależnione od swego rodzaju reputacji, która zbliżona jest do „zaufania”, gdyż inwestorzy inwestujący w rajach podatkowych zwykle zakładają, że odzyskają zainwestowane pieniądze. Istnieje zatem odwrócony związek pomiędzy informacją i reputacją: z racjonalnego punktu widzenia im więcej informacji jest dostępnych, tym ważniejsza staje się reputacja. Z bardziej socjologicznej perspektywy, im mniej informacji jest dostępnych, tym więcej uczestników rynku może kierować się reputacją. Z tego względu reputacja może być traktowana jako główny atut raju podatkowego, ale jednocześnie jako jego najbardziej wrażliwy punkt. Utrata reputacji dla raju podatkowego oznacza bowiem utratę zagranicznych inwestycji.

W tym aspekcie umieszczanie na czarnej liście może być w szerokim sensie uznane za formę politycznej sankcji. Tak zwana strategia „wytknięcia i zawstydzenia” może być postrzegana jako środek wybrany przez międzynarodowe organizacje do wywierania presji na upartych małych krajach poprzez osłabienie ich reputacji w oczach międzynarodowych inwestorów. Istotnie, zgodnie z oczekiwaniami OECD, kraje wskazane na liście opublikowanej w roku 2000 natychmiast zareagowały i oświadczyły, że nie są rajami podatkowymi⁷. Takie podejście jest, co zrozumiałe, ostro krytykowane przez kraje umieszczane na listach.

Listy „rajów podatkowych” z roku 2000 oraz „niewspółpracujących rajów podatkowych” z roku 2002 sporządzone przez OECD w świetle prawa między-

⁶ G.P. Gilligan, *Overview: Markets, Offshore Sovereignty and Onshore Legitimacy*, [w:] D. Masciandaro (red.), *Global Financial Crime: Terrorism, Money Laundering, and Offshore Centres*, Aldershot 2004, s. 44; A.C. Hudson, *Placing Trust, Trusting Place: On the Social Construction of Offshore Financial Centres*, „Political Geography” 1998, 17, s. 928; A.C. Hudson, *Off-shores On-shore: New Regulatory Spaces and Real Historical Spaces in the Landscape of Global Money*, [w:] R. Martin (red.), *Money and the Space Economy*, Chichester 1999, s. 139–154; The IMF Report, *Caribbean Offshore Financial Centers: Past, Present, and Possibilities for the Future*, Working Paper no. 88, Washington 2002, s. 18.

⁷ Special Report – The Bahamas, Lloyd’s List, 10.03.2000 Bahamas; J.C. Sharman, *Havens in a Storm...*, s. 107.

narodowego nie tworzyły normatywnych obowiązków. Jednakże czarne listy zostały bardzo szybko przyjęte i szeroko rozpowszechnione wśród krajów członkowskich i krajów spoza OECD. Trudności w uzyskaniu jednoznacznej definicji raju podatkowego w ramach krajowego prawa (co wymuszałyby sprawdzenie wszystkich krajowych legislacji w krajach całego świata) sprawiły, że istnieje tendencja do opierania się o istniejące listy, w szczególności te ustalone przez uznane organizacje międzynarodowe, takie jak OECD⁸.

Zazwyczaj jednostronne środki przeciwko rajom podatkowym opierają się na tych listach i mogą składać się z wielu działań ukierunkowanych na kraje znajdujące się na owych listach. Listy te są zatem wykorzystywane do identyfikacji krajów, co do których należy zmienić podejście, ale nie dostarczają procedury określania, które jurysdykcje się do tego kwalifikują. Mogą ustanawiać obowiązek zgłaszania wszystkich transakcji z wymienionymi jurysdykcjami lub nakładać na te transakcje dotkliwe podatki u źródła. Mogą zabraniać odliczeń, jeśli transakcje przechodzą przez wymienione jurysdykcje. Obywatele rezydujący w rajach podatkowych mogą podlegać podatkowi dochodowemu nawet wówczas, gdy zerwą wszelkie inne związki ze swoim macierzystym krajem. Przepisy o CFC oraz określone regulacje w zakresie cen transferowych również mogą być stosowane na podstawie czarnych list. Główne skutki pojawienia się na czarnej liście rozprzestrzeniają się i rozbrzmiewają szeroko na trzech poziomach: państw, pośredników finansowych i inwestorów indywidualnych. Pojawienie się na czarnej liście obniża pewność inwestorów w zakresie możliwości wykorzystania raju podatkowego do jakiegokolwiek celu. Przejawia się to w zmniejszeniu udziału lub całkowitym wycofaniu się z raju podatkowego umieszczonego na takiej liście zarówno inwestorów, jak i dostawców usług rachunkowych, ubezpieczeniowych, bankowych i prawnych. Jest bardzo prawdopodobne, że indywidualni inwestorzy, po usłyszeniu, pośrednio lub bezpośrednio, o czarnych listach sporządzonych przez międzynarodowe organizacje i wdrożeniu krajowych przepisów przeciwko rajom podatkowym, będą trzymać się z dala od wymienionych na liście krajów⁹.

Międzynarodowi dostawcy usług finansowych również wycofali się z określonych jurysdykcji w efekcie umieszczenia ich na czarnej liście. Inni z kolei nałożyli specjalne restrykcje na transakcje z jurysdykcji znajdujących się na czarnej liście lub wprowadzili dodatkowe opłaty, by pokryć koszty wzmożonej kontroli, nawet jeśli te środki nie są wymagane lub zalecane przez ich rządy krajowe. Ponadto procedury umieszczania na czarnej liście wywierają presję na poziomie państwo-

⁸ Pacific Islands Forum Secretariat, *International Tax and Banking Issues*, Economic Ministers' Meeting, Majuro, Marshall Islands 2003.

⁹ J.C. Sharman, *Havens in a Storm...*, s. 120.

wym, gdyż mogą być one interpretowane jako zagrożenie dla gospodarki lub załamanie się działalności gospodarczej w przypadku braku podjęcia zobowiązań wynikających z raportów. Paradoksalnie, jeśli cel inwestora osiągany jest dzięki temu, że brakuje spójności i prawnej niejasności, w obliczu skutecznej presji zewnętrznej na reformy w konkurencyjnych jurysdykcjach, wówczas można spodziewać się wzrostu inwestycji umieszczanych w raju podatkowym¹⁰.

Skuteczność czarnych list

Instrument czarnej listy w ewidentny sposób jest podstawą międzynarodowych starań w zakresie zwalczania rajów podatkowych. Fakt, że większość jurysdykcji umieszczonych na pierwszej czarnej liście zostało usuniętych z kolejnych raportów, powinien prowadzić do wniosku, że raje podatkowe usunięte z listy wprowadziły regulacje zgodne z „międzynarodowymi standardami” (tj. wyrażoną w określonym czasie zgodę stron trzecich, które uznawały daną jurysdykcję za „raj podatkowy”). Na pierwszy rzut oka ogólny efekt mechanizmu czarnych list powinien być oceniony pozytywnie. Jeśli umieszczenie jurysdykcji na czarnej liście szkodzi jej reputacji, wówczas kwestie honoru powinny pomóc w obniżeniu udziału podmiotów piorących brudne pieniądze, unikających podatków i podejrzanych inwestorów.

W literaturze akademickiej poddano pod obserwację różne dane w celu zmierzenia, jak i w jakim stopniu, kraje uznane za raje podatkowe zareagowały na czarną listę. Masciandaro¹¹ zauważył, że pomimo groźby czarnej listy niektóre jurysdykcje opóźniały lub rezygnowały ze zmiany swych zasad, potwierdzając tym samym brak chęci do współpracy. Analizując to zjawisko, stwierdził, że raje podatkowe oferują usługi finansowe dla terrorystów i organizacji przestępczych poprzez pobłażliwe regulacje prawne w zakresie finansów, a pobłażliwa regulacja prawna w zakresie finansów stanowi niezależną zmienną. Mimo że każda reforma regulacyjna zgodna z międzynarodowymi standardami wystarczała do udowodnienia, że kraj stara się być jurysdykcją współpracującą, Masciandaro wyraził przypuszczenie, że pobłażliwe regulacje prawne w zakresie finansów mogą być strategiczną zmienną zależną dla krajowych decydentów chcących zmaksymalizować korzyści płynące z wybranej polityki. W efekcie, biorąc pod uwagę strukturalne cechy i zalety własnych krajów, decydenci mogą świadomie przyjąć regulacje prawne zachęcające kapitał niewiadomego pochodzenia (pranie brudnych pieniędzy) lub

¹⁰ D. Masciandaro, *False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries*, „European Journal of Law and Economics” 2005, 20, s. 26.

¹¹ Ibidem, s. 18.

przeznaczenia (finansowanie organizacji terrorystycznych) i z wyboru stać się jurysdykcją niewspółpracującą.

Wykaz jest definiowany przez Masciandaro jako „swego rodzaju więź ze stroną trzecią”, która wywołuje dwa efekty. Po pierwsze umacnia zaangażowanie kraju. Po drugie zwiększa specyficzną naturę inwestycji w reputację. Zgodnie z tym poglądem rzeczywistym efektem czarnej listy jest zwiększenie oczekiwanych korzyści narodowych, a nie wzmocnienie międzynarodowego oddziaływania politycznego: kraj zaangażowany w pranie brudnych pieniędzy po umieszczeniu na czarnej liście prawdopodobnie nie wyjdzie z rynku, a raczej wzmocni na nim swoją pozycję. Ogólny rezultat analizy Masciandaro jest taki, że czarna lista sama w sobie nie przynosi oczekiwanych efektów, gdyż umieszczanie na czarnej liście powinno być ściśle powiązane z innymi odpowiednimi inicjatywami i środkami zaradczymi ze strony społeczności międzynarodowej, które należy oceniać w średnim i długim okresie.

Kudrle¹² stosuje analizę przy użyciu autoregresyjnego zintegrowanego modelu średniej ruchomej (ARIMA) rozwiniętą przez Boxa i Jenkinsa¹³ w celu określenia wpływu czarnej listy i ujawnia dziesięć jurysdykcji o znaczących niespójnościach: trzy wykazywały inny wpływ czarnej listy OECD, a inny czarnej listy FATF, sześć wykazywało niespójne rezultaty w zakresie różnych miar inwestycyjnych z tej samej listy (różnego rodzaju) a jedna wykazała obie niespójności. Z dwudziestu trzech jurysdykcji, które miały jakieś stałe znaczące rezultaty, osiem miało jeden znaczący współczynnik (albo „początek”, albo „koniec”), sześć miało dwa (różnego rodzaju), a dziewięć miało trzy lub więcej. Z jurysdykcji o jakichkolwiek stałych znaczących rezultatach osiemnaście było zgodnych z oczekiwaniami, tj. inwestycje zmniejszały się po umieszczeniu na czarnej liście lub zwiększały się po zdjęciu z listy, podczas gdy pięć było przewrotnych, zgodnych z sugestią Masciandaro, że niektóre jurysdykcje mogą wykorzystywać fakt umieszczenia na czarnej liście, jak wskazano powyżej.

Kudrle nie sprowadza całej swojej analizy do wniosku, że czarne listy stworzyły ważną systemową różnicę w zakresie rozmiaru bogactwa rajów podatkowych opartego o system bankowy. Nie zgadza się z twierdzeniem, że inwestorzy w dużym stopniu warunkują swoje zachowanie od tego, czy jurysdykcja podatkowa poza jej granicami jest oficjalnie uznawana za szkodliwą. Według Kudrle wyniki te muszą wzbudzać wątpliwości na temat bezpośredniego znaczenia „wystąpienia” dotyczących zdolności rajów podatkowych do przyciągania i utrzymywania zagranicznych

¹² R.T. Kudrle, *Did blacklisting hurt the tax havens?*, „Journal of Money Laundering Control” 2009, 1, s. 33–49.

¹³ G.E.P. Box, G.M. Jenkins, *Time-Series Analysis: Forecasting and Control*, San Francisco 1970.

inwestorów finansowych, gdy takie akty nie są bezpośrednio powiązane z czymś bardziej namacalnym, czyli rzeczywistym rozwojem sytuacji w raju podatkowym lub działaniami politycznymi zza granicy. Raje podatkowe są nadal bardzo wrażliwe na łatki i etykiety, jakie mogą przyczepić im obcokrajowcy, ale zarówno uczestnicy wydarzeń, jak i akademicy komentatorzy mogli przecenić zdolność samych tylko słów do wyrządzania szkody.

W świetle powyższych rezultatów wydaje się, że mechanizm czarnej listy nie jest powszechnie uważany za skuteczny instrument, tym niemniej nie można również stwierdzić, że jego wprowadzenie nie przyniosło żadnego efektu. Nie da się zaprzeczyć, że jurysdykcje podatkowe zdjęte z czarnej listy zaczęły spełniać wymagania międzynarodowych inicjatyw regulacyjnych. Jednakże czarne listy nie wydają się być właściwym środkiem promującym współpracę ze strony wskazanych krajów. Czarne listy są często, z uwagi na ich silny polityczny charakter, bardzo arbitralne i niekompletne¹⁴. Podsumowując, badania pokazują, że czarne listy nie mogą być traktowane ani jako skuteczny instrument ograniczający pranie brudnych pieniędzy i wykroczenia podatkowe, ani jako właściwa strategia prowadząca do stworzenia nowych regulacji w zakresie podatków międzynarodowych¹⁵.

Przepisy chroniące macierzyste oazy podatkowe

Kraje zareagowały na olbrzymi wzrost sektora rajów podatkowych poprzez wprowadzenie określonych przepisów prawnych i administracyjnych ograniczających transfery finansowe do rajów podatkowych, a także wytoczyły sądowe procesy o oszustwa. Głównym celem tych działań było zapobieganie temu, by lokalni podatnicy nie ukrywali swych dochodów w rajach podatkowych. By nadmiernie nie ograniczać zasadnego handlu międzynarodowego i transgranicznej działalności inwestycyjnej, krajowe przepisy wymierzone w raje podatkowe zwykle wyznaczają granicę pomiędzy działalnością rajów podatkowych a rzeczywistym biznesem międzynarodowym i stosują się tylko do tych pierwszych. Warto zauważyć, że jednostronne odpowiedzi na raje podatkowe ze strony krajów o wysokich podatkach dowodzą wspólnej reakcji na ten problem. Pomimo oczywistych technicznych różnic w przyjmowanych regulacjach, biorących pod uwagę różne tradycje prawne tych krajów, większość krajowych środków wymierzonych w raje podat-

¹⁴ G. Rawlings, J.C. Sharman, *National Tax Blacklists: A Comparative Analysis*, „Journal of International Taxation” 2006, 9, s. 64.

¹⁵ J.C. Sharman, *International Organisations, Blacklisting and Tax Haven Regulation*, Uppsala, Sweden, 13–18.04.2004.

kowe opiera się na wspólnym modelu. I to właśnie OECD odegrała kluczową rolę w promowaniu tego modelu ukierunkowanego na neutralizację korzyści lub bardziej preferencyjnego traktowania w kwestiach podatkowych dostarczanych przez wskazaną jurysdykcję.

Najpopularniejsze jednostronne środki zaradcze wprowadzone przez większość krajów są następujące: (i) prawo nadzorujące zagraniczne spółki (przepisy i zasady o CFC), (ii) ceny transferowe, (iii) re-charakteryzacja dochodu, (iv) zakaz lub ograniczenie odliczania wydatków, (v) przepisy o rezydencji podatkowej, (vi) zasady niedostatecznej kapitalizacji oraz (vii) prawo check-the-box. W niniejszej publikacji przedstawiono krótkie podsumowanie krajowych środków. Głębsza analiza wykracza poza zakres obecnego opracowania. Powodem krótkiego przeglądu jest to, że ich wspólną cechą jest ukierunkowanie na kraje wymienione na czarnej liście.

Przepisy o CFC są zbiorem krajowych regulacji, które bardzo rozwinęły się w ostatnich dekadach¹⁶. Po Raporcie z 1998 roku, w którym OECD sugerowała swym członkom ścisłe stosowanie przepisów o CFC lub wprowadzenie ich, jeśli nie były w użyciu¹⁷, spora liczba jurysdykcji o wysokich podatkach zaczęła stosować przepisy o CFC nie tylko w odniesieniu do rajów podatkowych, ale także do spółek zlokalizowanych w innych krajach, które przy okazji korzystały ze zmniejszonego opodatkowania. Pomimo różnic w zakresie i stosowaniu w każdym krajowym prawie podatkowym, większość przepisów o CFC ma wspólne cechy. Jako że

¹⁶ Szerzej w tym temacie: B.J. Arnold, *The Taxation of Controlled Foreign Corporations: An International Comparison*, „Canadian Tax Paper” 1986, 78; P. Eckl, *The Tax Regime for Controlled Foreign Corporations*, „European Taxation” 2003, 1: s. 2–7; F. Stockmann, *Controlled Foreign Corporations*, Darmstadt 2001; B.J. Arnold, *Controlled foreign corporation rules, harmful tax competition, and international taxation. Report of proceedings of the first world tax conference: taxes without borders*, Toronto 2000, 171–176. A.M.C. Smith, *Controlled foreign corporation regime: partial exemption for non-resident investors*, „Asia-Pacific Tax Bulletin” 1999, 3, s. 87–93; L. Burns, *Controlled foreign companies. Taxation of foreign source income*, Melbourne 1992; M. Lang, *European Union – CFC Legislation and Community Law*, „European Taxation” 2002, 9, s. 374–379; idem, *CFC legislation: Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Law*, Vienna 2004; idem, *CFC regulations and double taxation treaties*, „Bulletin for International Fiscal Documentation” 2003, 2, s. 51–58; M.N. Mbwa-Mboma, *Treaty trumps domestic CFC rules*, „International Tax Review”, 2002, 9, s. 18–20; C. Sacchetto, *Compatibilità della legislazione CFC Italiana con le norme convenzionali e con l’ordinamento comunitario*, „Diritto e pratica tributaria internazionale” 2002, 1(2), s. 13–38; D. Sandler, *Tax treaties and controlled foreign company legislation: pushing the boundaries*, Haga 1998; D. Sandler, J. Li, *The relationship between domestic anti-avoidance legislation and tax treaties*, „Canadian Tax Journal” 1997, 5, s. 891–958; G. Turner, *The legitimacy of CFC legislation within the Community*, „The EC Tax Journal” 2007, 1, s. 23–47; S. Whitehead, *CFC legislation and abuse of law in the community*, [w:] *The influence of European law on direct taxation: recent and future developments*, Alphen aan den Rijn 2007, s. 1–16; J.D.B. Oliver, *The OECD Model and Controlled Foreign Company Regimes*, „Intertax” 1995, 11, s. 556–557.

¹⁷ OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Paris 1998, paragrafy 40–42; OECD, *Controlled Foreign Company Legislation*, Paris 1996.

dochód uzyskany za granicą poprzez firmy zagraniczne lub inne podobne spółki zwykle jest opodatkowany dopiero po powrocie do macierzystego kraju właściciela, przepisy o CFC celują w ograniczenie zjawiska odraczenia podatku dochodowego do momentu sprowadzenia zagranicznych dochodów do kraju. Głównym wynikiem przepisów o CFC jest przypisanie zagranicznych dochodów do ich udziałowców rezydentów, niezależnie do dystrybucji. Niektóre przepisy o CFC opierają się na tzw. „odpowiedzialności przebijającej”, zgodnie z którą zagraniczna spółka uznawana jest za fiskalnie transparentną (metoda pełnego przeglądu). Inne z kolei stosują się do tzw. „metody uznanej dystrybucji dywidendy”, zgodnie z którą dochód uzyskany przez zagraniczną spółkę jest opodatkowany w rękach udziałowców rezydentów, tak jakby podział dywidendy został dokonany.

Jeśli chodzi o elementy dochodu podlegające przypisaniu, istniejące modele mogą opierać się na tzw. podejściu jurysdykcyjnym lub tzw. podejściu transakcyjnym. Pierwsze polega na przypisaniu wszystkich dochodów wytworzonych przez zagraniczną spółkę, niezależnie od ich źródła. W drugim macierzysty kraj udziałowca nakłada podatki tylko na dochód pasywny, który zwykle jest bardziej mobilny, tj. dywidendy, odsetki, tantiemy.

Warto również podkreślić, że zagraniczna jurysdykcja, której spółka podlega przepisom o CFC, może być przez niektóre kraje zidentyfikowana za pomocą czarnej listy lub za pomocą metod porównawczych rozważających podatek krajowy i zagraniczny. Te drugie mogą składać się z porównania albo (i) nominalnych stawek podatkowych (stawek ustalonych przepisach podatkowych), albo (ii) efektywnych stawek podatkowych (stawek płaconych jako procent od „rzeczywistego” dochodu, a nie dochodu podlegającego opodatkowaniu) lub (iii) rzeczywistych opłaconych stawek podatkowych (kwoty, jakie byłyby zapłacone w kraju rezydencji udziałowca CFC). Zwykle krajowe akty prawne uwzględniają różne okoliczności, w których stosuje się przepisy o CFC w odniesieniu do minimalnego udziału w zagranicznej spółce, typu spółek zagranicznych mieszczących się w tych przepisach, a także uznania za zagraniczną spółkę kontrolowaną rezydencji spółki zagranicznej, sposobu przypisywania dochodu zagranicznego oraz zagranicznego kredytu podatkowego. Dość często można również uniknąć przepisów o CFC, jeśli wystąpią ściśle określone okoliczności, takie jak znaczący rozmiar działalności prowadzonej przez spółkę zagraniczną, określone poziomy dochodu lub brak praktycznego stosowania ulgi podatkowej. Zwykle to rezydent udziałowiec musi dostarczyć dowodu ich istnienia.

Termin „ceny transferowe” odnosi się do procesu wartościowania transakcji pomiędzy powiązаныmi stronami. Opisuje on praktykę stosowaną w celach podatkowych zwykle przez międzynarodowe grupy spółek polegającą na ustalaniu cen w transakcjach wewnątrzfirmowych w taki sposób, by przesunąć zyski po-

między różnymi krajami (niekoniecznie rajami podatkowymi)¹⁸. Sztucznie ustalane ceny przyniosą efekt w postaci zmniejszenia dochodów podlegających opodatkowaniu w krajach o wysokich podatkach, a zwiększenia dochodów w krajach o niskich podatkach. Kwestie cen transferowych pojawiają się w szerokim wachlarzu transakcji międzynarodowych, takich jak transfery środków trwałych, transfery wartości niematerialnych w drodze sprzedaży lub darowizny i pobierania tantiem, dostawy usług (w tym finansowych), wynajem mienia, umowa leasingowa i umowy dotyczące współdzielenia kosztów.

Przepisy w zakresie cen transferowych zwykle umożliwiają administracji podatkowej ponownie ustalenie ceny transakcji zgodnie z zasadą długości ramienia, czyli w wysokości, jaka byłaby ustalona pomiędzy niezwiązanymi ze sobą stronami, w takich samych lub podobnych warunkach rynkowych. W ostatnich dekadach kwestia cen transferowych skupiła na sobie uwagę OECD, która zbadała ich skutki i ustaliła powszechnie uznawane ramy, wewnątrz których cena transferowa transakcji może być wyznaczana przez władze podatkowe zaangażowanego kraju oraz podatników. Ponadto OECD zaproponowała zestaw metod obliczania cen w oparciu o ceny porównywalne, marże, zyski, podobne transakcje lub funkcje. Ceny transferowe dość często podnoszą kwestię podwójnego opodatkowania, gdyż ceny ustalone zgodnie z zasadą długości ramienia przez władze podatkowe jednego państwa mogą nie być akceptowane przez władze podatkowe innej jurysdykcji.

Niektóre kraje mogą odczuć erozję bazy podatkowej wywołaną przez wykorzystanie jurysdykcji o niskich podatkach do zmiany charakterystyki niektórych kategorii dochodów podlegających różnemu traktowaniu pod względem podatkowym. Na przykład, gdy zyski kapitałowe są opodatkowane wyżej niż dywidendy, re-charakteryzacja polega na zmianie dywidendy w zyski kapitałowe, jeśli dywi-

¹⁸ J.C. Pagan, J.S. Wilkie, *Transfer Pricing Strategy in a Global Economy*, Amsterdam 1993; G. Maisto, *Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Price*, General Report, „IFA Cahiers” 1992, 77A; C. Adams, R. Coombes, *Global transfer pricing: principles and practice*, London 2003; S.R.F. Plasschaert, *International transfer pricing*, Deventer 1988; R. Turner, *Study on transfer pricing*, Ottawa 1996; A.W. Stroud, C.D. Masters, *Transfer pricing*, London 1991; C.R. Emmanuel, M. Mehafdi, *Transfer pricing*, London 1994; T. Miyatake, *Transfer pricing and intangibles*, Amersfoort 2007; S.R.F. Plasschaert, *Transfer pricing and multinational corporations: an overview of concepts, mechanisms and regulations*, Hants 1979; J.F. Spierdijk, *Transfer pricing and multinational enterprises*, Deventer 1981; B. Gouthière, S. Edge, *Transfer pricing: European rules and practice*, Washington 1995; N. Boidman, *Transfer pricing: foreign rules and practice outside of Europe*, Washington 1995; S.R.F. Plasschaert, *Transfer pricing in multinational enterprises: a clarification of concepts and issues*, Antwerp 1979; G. Maisto, *Transfer pricing in the absence of comparable market prices*, Deventer 1992; J.P. Warner, *Transfer pricing: introductory materials*, Washington 1995; D.I. Meyer, A.D. Webber, *Transfer pricing: judicial strategy and outcomes*, Washington 1995; M. Markham, *The transfer pricing of intangibles*, London 2005; G. Maisto, *The transfer pricing penalties report*, European Commission, Brussels 2005; S.G. Sherwood, S.P. Hannes, J.P. Goeke, *Transfer pricing: records and information*, Washington 1995; J.P. Warner, H.B. McCawley, *Transfer pricing: the Code and the Regulations*, Washington 1995.

denda jest wypłacana w celu uniknięcia podatku od zysków kapitałowych. Ta sama zasada może być stosowana, jeśli zyski kapitałowe są opodatkowane korzystniej niż dywidenda. W podobny sposób przepisy o niedostatecznej kapitalizacji re-charakteryzują niedozwolone odsetki w dywidendę, co zwykle jest związane z podatkami u źródła.

Inna krajowa reguła przeciwdziałająca unikaniu podatku polega na ograniczaniu lub odmawianiu odliczenia wydatków poniesionych na rzecz spółek lub osób rezydujących w jurysdykcjach o niskich lub zerowych podatkach. Celem tego przepisu jest powstrzymanie podatników przed zmianą baz podatkowych w jurysdykcjach o niskich podatkach i może odnosić się do powiązanych i niepowiązanych stron. Niektóre jurysdykcje pozwalają na odliczenia, jeśli są one uzasadnione ekonomicznie lub przewidują szczególnie przeniesienie ciężaru dowodu na podatnika w zakresie selektywnego i znaczącego charakteru płatności. W tym celu krajowe ustawodawstwo może wymagać przedłożenia władzom podatkowym obszernej dokumentacji.

Jako że konkurencja podatkowa prowadzi do emigracji podatników, zakładania zagranicznych oddziałów spółek i transferowania aktywów, kraje o wysokich podatkach stosują istotne kryteria w celu określenia rezydencji podatników, a co za tym idzie nieograniczonego obowiązku podatkowego. Szeroko akceptowany jest fakt, że rezydencja podatkowa osoby fizycznej zwykle wiąże się z miejscem jej zamieszkania, a firmy – z miejscem jej głównej siedziby, jednakże istnieją przepisy zapobiegające fikcyjnemu transferowaniu miejsca rezydencji do krajów o niskich podatkach lub nakładaniu podatków wyjścia. Zgodnie z tym, jeśli osoba fizyczna wyemigruje do jurysdykcji o niskich podatkach, jej macierzysty kraj rezydencji może traktować ją jako swojego rezydenta jeszcze przez pewien czas, chyba że osoba ta dostarczy dowodu, że faktycznie mieszka lub prowadzi znaczącą działalność gospodarczą w innej jurysdykcji. Dla kontrastu transfer siedziby spółki może być sam w sobie uznany za zwiększenie odpowiedzialności podatkowej. Podatek wyjścia nakładany jest w celu zapobiegania ucieczce podatników od opodatkowania „zasobów ukrytych” w akcjach, aktywach biznesowych lub rentach.

Przepisy o fikcyjnej rezydencji generalnie opierają się na założeniu, że firma założona zgodnie z prawem danego kraju pozostaje jego podatkowym rezydentem, nawet jeśli faktyczna siedziba główna przeniesiona jest do innego kraju. Czasem jednak, gdy rezydencja opiera się na miejscu założenia działalności gospodarczej, ciągła rezydencja bywa oparta na lokalizacji siedziby głównej.

Określenie „niedostateczna kapitalizacja” jest zwykle używane w celu opisania „ukrytej kapitalizacji spółki” poprzez nadmierne pożyczki¹⁹. Przepisy o niedostatecznej kapitalizacji celują w sztuczne wykorzystanie kredytu zamiast kapitału

¹⁹ OECD, *Issues on International Taxation no. 2 – Thin Capitalisation*, Paris 1987.

własnego przez udziałowców wyłącznie w celu osiągnięcia korzyści podatkowych. Kredyt zwykle wiąże się z odsetkami, które można odliczyć od podatku, natomiast dywidendy nie podlegają odliczeniu. Wypłata odsetek na rzecz udziałowców, która podlega pod te przepisy, jest dla celów podatkowych traktowana na równi z dywidendą od kapitału własnego.

Można wyróżnić kilka różnych koncepcji (lub ich kombinacji) w określaniu minimalnego poziomu odsetek aktywowującego przepisy o niedostatecznej kapitalizacji. Niektóre kraje przyjmują zasadę długości ramienia, która opiera się na ogólnych regułach cen transferowych i zależy od tego czy, i w jakich warunkach strona niezwiązana mogłaby zapewnić środki kredytowe na takiej samej podstawie jak strona związana. Inne jurysdykcje ustalają specjalny minimalny wskaźnik dług/kapitał, kolejne zaś ograniczają tę praktykę, polegając na swoich ogólnych przepisach zapobiegających unikaniu podatku.

Termin „check-the-box” odnosi się do szczególnego typu przepisów obowiązujących w USA, wyznaczających podział krajowych i zagranicznych podmiotów na korporacje, spółki i podmioty opodatkowane na poziomie udziałowców. Podmioty nieposiadające osobowości prawnej mogą „zaznaczyć” odpowiednią kratkę na formularzu i w ten sposób wybrać swoją sytuację pod względem podatkowym. W przypadku braku wyboru stosowane są standardowe procedury dotyczące obowiązków podatkowych i jednostka będzie traktowana albo jako korporacja, albo jako spółka. Jednostka z góry uznana za korporację nie może dokonać żadnego wyboru. Źródło takiej regulacji leży w potrzebie zapobieżenia przenoszenia dochodów przez firmy zlokalizowane w jurysdykcjach o niskich podatkach poprzez upraszczanie kwestii tego czy firma jest korporacją czy spółką.

Według reguły check-the-box zagraniczne podmioty, które przez jedną jurysdykcję mogą być uznane za korporacje, a przez inne za podmiot opodatkowany na poziomie udziałowców, oferowały spółkom rezydentom możliwość do przeniesienia dochodów. Taka sytuacja zwykle występuje w przypadku dochodów pasywnych, gdy spółka zależna znajdująca się w jurysdykcji o niskich podatkach otrzymuje odsetki od innej spółki zależnej znajdującej się w kraju o wysokich podatkach, gdzie odsetki zwykle można odliczyć. Gdy jedna jurysdykcja uznaje jednostkę z kraju o niskich podatkach za podmiot opodatkowany na poziomie udziałowców, to nie powinny pojawić się wypłaty z tytułu odsetek, gdyż wraz ze swą spółką-matką traktowane są jak jeden podmiot. Dlatego dzięki regułom check-the-box można uniknąć takich problemów²⁰. Poza jednostkami hybrydowymi, które uzyskują

²⁰ D.R. Sicular, *The New Look-Through Rule: W(h)ither Subpart F?*, „Tax Notes International” 2007, 6: 589–623; J.M. Calianno, J.M. Cornett, *Guardian Revisited: Proposed Regs Attack Guardian and Reverse Hybrids*, „Tax Notes International” 2006, 4: 305–316.

korzyści podatkowe dzięki innemu traktowaniu w USA, a innemu w zagranicznej jurysdykcji, istnieją również hybrydowe instrumenty ułatwiające unikanie podatków dzięki temu, że w jednej jurysdykcji są traktowane jako dług, a w innej jako kapitał²¹.

Bibliografia

- Adams C., Coombes R., *Global transfer pricing: principles and practice*, London 2003.
- Arnold B.J., *Controlled foreign corporation rules, harmful tax competition, and international taxation. Report of proceedings of the first world tax conference: taxes without borders*, Toronto 2000.
- Arnold B.J., *The Taxation of Controlled Foreign Corporations: An International Comparison*, „Canadian Tax Paper” 1986, 78.
- Boidman N., *Transfer pricing: foreign rules and practice outside of Europe*, Washington 1995.
- Box G.E.P., Jenkins G.M., *Time-Series Analysis: Forecasting and Control*, San Francisco 1970.
- Burns L., *Controlled foreign companies. Taxation of foreign source income*, Melbourne 1992.
- Calianno J.M., Cornett J.M., *Guardian Revisited: Proposed Regs Attack Guardian and Reverse Hybrids*, „Tax Notes International” 2006, 4: 305–316.
- Eckl P., *The Tax Regime for Controlled Foreign Corporations*, „European Taxation” 2003, 1: 2–7.
- Emmanuel C.R., Mehafdi M., *Transfer pricing*, London 1994.
- Foley S., *U.S. Outbound: Cross border Hybrid Instrument Transactions to gain Increased Scrutiny During IRS Audit*, <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=24101&SID=692834&TYPE=20>
- Gilligan G.P., *Overview: Markets, Offshore Sovereignty and Onshore Legitimacy*, [w:] D. Masciandaro (red.), *Global Financial Crime: Terrorism, Money Laundering, and Offshore Centres*, Aldershot 2004.
- Gordon R.A., *Tax Havens and Their Use by United States Taxpayers – An Overview*, 12.01.1981 USA.
- Gouthière B., Edge S., *Transfer pricing: European rules and practice*, Washington 1995.
- Hudson A.C., *Off-shores On-shore: New Regulatory Spaces and Real Historical Spaces in the Landscape of Global Money*, [w:] R. Martin (red.), *Money and the Space Economy*, Chichester 1999: 139–154.
- Hudson A.C., *Placing Trust, Trusting Place: On the Social Construction of Offshore Financial Centres*, „Political Geography” 1998, 17: 928.

²¹ S. Foley, *U.S. Outbound: Cross border Hybrid Instrument Transactions to gain Increased Scrutiny During IRS Audit*, <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=24101&SID=692834&TYPE=20>; A. Kraymal, *International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization*, „Houston Business and Tax Law Journal” 2005, <http://www.hbtlj.org/v05/v05Krahmalar.pdf>

- Kraymal A., *International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization*, „Houston Business and Tax Law Journal” 2005, <http://www.hbtlj.org/v05/v05Krahmalar.pdf>
- Kudrle R.T., *Did blacklisting hurt the tax havens?*, „Journal of Money Laundering Control” 2009, 1: 33–49.
- Lang M., *CFC legislation: Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Law*, Vienna 2004.
- Lang M., *CFC regulations and double taxation treaties*, „Bulletin for International Fiscal Documentation” 2003, 2: 51–58.
- Lang M., *European Union – CFC Legislation and Community Law*, „European Taxation” 2002, 9: 374–379.
- Maisto G., *The transfer pricing penalties report*, Brussels (European Commission) 2005.
- Maisto G., *Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Price (General Report at Cancun Congress)* „IFA Cahiers” 1992, 77A.
- Markham M., *The transfer pricing of intangibles*, London 2005.
- Masciandaro D., *False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries*, „European Journal of Law and Economics” 2005, 20.
- Mbwa-Mboma M.N., *Treaty trumps domestic CFC rules*, „International Tax Review” 2002, 9.
- Meyer D.I., Webber A.D., *Transfer pricing: judicial strategy and outcomes*, Washington 1995.
- Miyatake T., *Transfer pricing and intangibles*, Amersfoort 2007.
- OECD, *Controlled Foreign Company Legislation*, Paris 1996.
- OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Paris 1998.
- OECD, *Issues on International Taxation no. 2 – Thin Capitalisation*, Paris 1987.
- Oliver J.D.B., *The OECD Model and Controlled Foreign Company Regimes*, „Intertax” 1995, 11.
- Pacific Islands Forum Secretariat, *International Tax and Banking Issues*, Economic Ministers’ Meeting, Majuro, Marshall Islands, 2003.
- Pagan J.C., Wilkie J.S., *Transfer Pricing Strategy in a Global Economy*, Amsterdam 1993.
- Palan R., Abbott J.P., *State Strategies in the Global Political Economy*, London 1996.
- Palan R., *Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty*, „International Organization”, 2002, 1: 151–176.
- Plasschaert S.R.F., *International transfer pricing*, Deventer 1988.
- Plasschaert S.R.F., *Transfer pricing and multinational corporations: an overview of concepts, mechanisms and regulations*, Hants 1979.
- Plasschaert S.R.F., *Transfer pricing in multinational enterprises: a clarification of concepts and issues*, Antwerp 1979.
- Rawlings G., Sharman J.C., *National Tax Blacklists: A Comparative Analysis*, „Journal of International Taxation” 2006, 9.
- Sacchetto C., *Compatibilità della legislazione CFC Italiana con le norme convenzionali e con l’ordinamento comunitario*, „Diritto e pratica tributaria internazionale” 2002, 1(2): 13–38.
- Sandler D., Li J., *The relationship between domestic anti-avoidance legislation and tax treaties*, „Canadian Tax Journal” 1997, 5: 891–958.

- Sandler D., *Tax treaties and controlled foreign company legislation: pushing the boundaries*, Haga 1998.
- Sharman J.C., *Havens in a Storm: The Struggle for Global Tax Regulation*, New York 2006.
- Sharman J.C., *International Organisations, Blacklisting and Tax Haven Regulation*, Uppsala, Szwecja, 13–18.04.2004.
- Sherwood S.G., Hannes S.P., Goeke J.P., *Transfer pricing: records and information*, Washington 1995.
- Sicular D.R., *The New Look-Through Rule: W(h)ither Subpart F?*, „Tax Notes International” 2007, 6: 589–623.
- Smith A.M.C., *Controlled foreign corporation regime: partial exemption for non-resident investors*, „Asia–Pacific Tax Bulletin” 1999, 3: 87–93.
- Special Report – The Bahamas, Lloyd’s List, Bahamas 10.03.2000.
- Spierdijk J.F., *Transfer pricing and multinational enterprises*, Deventer 1981.
- Stockmann F., *Controlled Foreign Corporations*, Darmstadt 2001.
- Stroud A.W., Masters C.D., *Transfer pricing*, London 1991.
- The IMF Report, *Caribbean Offshore Financial Centers: Past, Present, and Possibilities for the Future*, Working Paper no. 88, Washington 2002.
- Turner G., *The legitimacy of CFC legislation within the Community*, „The EC Tax Journal” 2007, 1: 23–47.
- Turner R., *Study on transfer pricing*, Ottawa 1996.
- Warner J.P., McCawley H.B., *Transfer pricing: the Code and the Regulations*, Washington 1995.
- Warner J.P., *Transfer pricing: introductory materials*, Washington 1995.
- Whitehead S., *CFC legislation and abuse of law in the community*, [w:] D. Weber (red.), *The influence of European law on direct taxation: recent and future developments*, Alphen aan den Rijn 2007, 1–16.