

Opinia w sprawie w sprawie listy przesłanek dochowania należytej staranności po stronie nabywcy w transakcjach krajowych w kontekście prawa do odliczenia podatku naliczonego

I. UWAGI OGÓLNE

W związku z rozpoczęciem przez Ministra Rozwoju i Finansów (dalej: **MRiF**) konsultacji podatkowych w sprawie listy przesłanek dochowania należytej staranności (dalej: **Lista**) po stronie nabywcy w transakcjach krajowych w kontekście prawa do odliczenia podatku naliczonego¹, Związek Pracodawców Business Centre Club (dalej: **ZP BCC**) przedstawia swoje rekomendacje dotyczące powyższego zagadnienia w oparciu o opinie przedstawione przez przedsiębiorców.

Chcielibyśmy przy tym podkreślić, że ZP BCC z uznaniem przyjęło informację MRiF o rozpoczęciu konsultacji podatkowych w tym zakresie – naszym zdaniem jest to dobry krok w kierunku uszczelnienia systemu podatkowego, a także zapewnienia ochrony uczciwym przedsiębiorcom przed kwestionowaniem przez organy podatkowe ich rozliczeń w sytuacji, gdy w łańcuchu transakcji doszło do wyłudzenia VAT. Wierzymy również, że wprowadzenie listy przyczyni się do zwiększenia pewności i bezpieczeństwa obrotu, a w dłuższej perspektywie – również do wyeliminowania z rynku wielu nieuczciwych i nierzetelnych podmiotów.

Jednakże, aby lista spełniła pokładane w niej nadzieje, w naszej ocenie, już na etapie projektowania jej założeń, należałoby uwzględnić szereg kwestii istotnych zarówno dla jej skuteczności, jak i celu. Warto mieć na względzie, że w naszej ocenie dwoma głównymi celami Listy powinny być:

- 1) stworzenie mechanizmu dla organów podatkowych do oceny należytej staranności kupieckiej; oraz
- 2) wskazanie przedsiębiorcom możliwie najszerszego katalogu czynności jakie mogą oni podejmować w celu przeprowadzenia prawidłowego procesu weryfikacyjnego swoich kontrahentów – tak, aby nie zostali posądzeni o brak należytej staranności kupieckiej.

Efektom stosowania Listy powinno być z jednej strony ograniczenie sporów z organami podatkowymi w zakresie tego, jakie czynności stanowią o dochowaniu należytej staranności kupieckiej, z drugiej zaś realna ochrona uczciwych przedsiębiorców w sytuacjach, gdy w ramach zawieranych przez nich transakcji lub na odrębnym etapie obrotu doszło do wyłudzenia / nieprawidłowości w VAT, o czym przedsiębiorca nie wiedział ani przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wiedzieć. Częstokroć organy podatkowe kwestionują bowiem prawo do odliczenia VAT lub prawo do zastosowania stawki 0% uzasadniając to właśnie brakiem dochowania należytej staranności kupieckiej, które to pojęcie pozostaje niedookreślone i różnie interpretowane w praktyce.

W ocenie ZP BCC kluczowym elementem Listy, który należałoby określić na obecnym etapie prac jest zakres jej zastosowania, tzn. określenie w odniesieniu do jakich transakcji znalazłaby ona zastosowanie. Zgodnie z obecną propozycją MRiF objęłaby ona jedynie nabycia krajowe. Naszym

¹ Zawiadomienie o rozpoczęciu konsultacji podatkowych z dnia 30 czerwca 2017 r. znak PT3.8101.9.2017 opublikowane na stronie internetowej Ministerstwa Finansów: www.mf.gov.pl/

zdaniem zawężenie problematyki przesłanek dochowania należytej staranności jedynie do nabyć krajowych byłoby rozwiązaniem połowicznym i w efekcie nieskutecznym. Organy podatkowe również często jak nabycia krajowe kwestionują transakcje, w wyniku których dochodzi do nabycia towaru i przemieszczenia towaru z innego kraju UE (wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów – WNT), jak i transakcje sprzedaży i przemieszczenia towaru do innego kraju UE lub poza jej granice (wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów – WDT i eksport) – transakcje te na potrzeby niniejszej opinii określane będą jako transakcje zagraniczne.

Częstokroć bowiem podmioty nierzetelne lub grupy przestępcze działają w celu wyłudzenia VAT, tworząc szereg podmiotów będących w łańcuchu transakcji zarówno po stronie dostawców jak i nabywców (np. w innym kraju UE). Tym samym, nieświadomy i rzetelny podmiot, który znajdzie się w takim łańcuchu transakcji, pomimo spełniania wymogów Listy wciąż będzie narażony na zakwestionowanie przez organy podatkowe swoich rozliczeń np. prawa do zastosowania stawki 0% na WDT.

Tym samym, w celu umożliwienia wykazania należytej staranności kupieckiej jak największej liczbie podmiotów gospodarczych, w naszej ocenie wskazana Lista powinna odnosić się również do wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów i wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów. Dodatkowo, Lista mogłaby znaleźć również zastosowanie w przypadku oceny dochowania przez podatnika należytej staranności w ramach eksportu towarów. Wydaje się, że dopiero w tak określonym zakresie będzie mogła ona spełnić zarówno pokładane w niej nadzieje jak i zrealizować stawiane jej cele.

Z uwagi na mechanizmy konstrukcji podatku VAT wykorzystywane do uzyskiwania niezgodnych z prawem korzyści, na obecnym etapie prac Lista powinna znaleźć zastosowanie jedynie w odniesieniu do oceny spełnienia przez podatnika przesłanki dochowania należytej staranności w zakresie obrotu towarami, nie obejmując swym zakresem świadczenia usług.

Ostatecznie, w naszej ocenie, sposób opracowania Listy, jak i określne w niej mechanizmy nie powinny pozwalać na jej wykorzystanie przez nieuczciwych podatników jako narzędzia do wyłudzenia podatku VAT z pokrzywdzeniem uczciwych podatników. W innym bowiem przypadku, Lista stanie się *de facto* instrukcją dla nierzetelnych podatników / grup przestępczych, w jaki sposób mogą oni wyłudzać podatek VAT od Skarbu Państwa.

Poniżej przedstawiamy szczegółowe rekomendacje co do kształtu i formy Listy. Uważamy, że nasze propozycje mogą być punktem wyjścia dla MRiF do dalszych prac. Z uwagi na wyjątkową istotność zagadnienia dla wszystkich przedsiębiorców, jak również wiedzę i doświadczenia członków ZP BCC w tym zakresie, deklarujemy swoją gotowość do dalszej współpracy i konsultacji podczas prac nad stworzeniem Listy odpowiadającej faktycznym realiom rynkowym oraz realizującej założone powyżej cele.

II. KSZTAŁT I ZASADY STOSOWANIA LISTY

1. Charakter Listy

Zagadnienie dobrej wiary podatnika oraz dochowania przez niego należytej staranności w kontekście prawa do odliczenia podatku VAT jest szeroko prezentowane zarówno w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: **TSUE**) jak również Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: **NSA**).

Przykładowo TSUE w wyroku z dnia 21 czerwca 2012 r. (sprawy połączone C-80/11 Mahageben oraz C-142/11 David) przypomniał, że fundamentalną zasadą systemu VAT jest jego neutralność dla podatników, a prawo do odliczenia może zostać ograniczone tylko w wyjątkowych przypadkach. TSUE

wskazał, że podatnicy mają prawo działać w zaufaniu do swoich kontrahentów i w sytuacji, gdy okaże się, że w łańcuchu transakcji doszło do jakichś uchybień, to nie stanowi to wystarczającej przesłanki do pozbawienia danego podatnika prawa do odliczenia – organy podatkowe celem zakwestionowania tego prawa podatnika powinny w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, że podatnik wiedział lub przynajmniej mógł wiedzieć, że transakcja w której uczestniczył miała na celu wyłudzenie podatku VAT.

Inną kwestią, która została poruszona przez TSUE, a która jest niezmiernie istotna w świetle prac MRIF nad ostatecznym kształtem Listy, jest kwestia nadużywania przez organy podatkowe koncepcji należytej staranności poprzez oczekiwanie od podatników podejmowania w każdym przypadku rozległych czynności celem weryfikacji kontrahenta. Zgodnie zaś z orzecznictwem TSUE podatnik powinien dokonać szczegółowej weryfikacji kontrahenta ponad standardy wynikające ze zwykłej staranności kupieckiej jedynie w sytuacji, gdy nabrał on wątpliwości odnośnie do wiarygodności swojego kontrahenta w ramach okoliczności danej transakcji.

W szczególności we wskazanym powyżej wyroku, TSUE stwierdził, że: *„organy podatkowe nie mogą w sposób generalny wymagać, by podatnik zamierzający skorzystać z prawa do odliczenia podatku VAT badał, czy wystawca faktury za towary lub usługi, których odliczenie ma dotyczyć, jest podatnikiem, czy dysponuje towarami będącymi przedmiotem transakcji i jest w stanie je dostarczyć oraz czy wywiązuje się z obowiązku złożenia deklaracji i zapłaty podatku VAT, w celu upewnienia się, że podmioty działające na wcześniejszych etapach obrotu nie dopuszczają się nieprawidłowości lub przestępstwa, albo żeby podatnik ten posiadał potwierdzające to dokumenty. Co do zasady bowiem to do organów podatkowych należy dokonywanie niezbędnych kontroli podatników w celu wykrycia nieprawidłowości i naruszeń przepisów prawa w zakresie podatku VAT oraz karanie podatników winnych takich nieprawidłowości lub naruszeń.”*

Zaprezentowane powyżej stanowisko znalazło swoje potwierdzenie także w wyroku TSUE z dnia 22 października 2015 r. w polskiej sprawie C-277/14 PPUH Stehcamp v. Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi, stwierdził, że: *„jeżeli określone w szóstej dyrektywie materialne i formalne przesłanki powstania prawa do odliczenia zostały spełnione, niezgodne z zasadami funkcjonowania prawa do odliczenia przewidzianymi przez tę dyrektywę jest sankcjonowanie odmową możliwości skorzystania z tego prawa podatnika, **który nie wiedział i nie mógł wiedzieć**, że w ramach danej transakcji dostawca dopuścił się przestępstwa lub że inna transakcja wchodząca w skład łańcucha dostaw, wcześniejsza lub późniejsza w stosunku do tej, której dokonał ów podatnik, została zrealizowana z naruszeniem przepisów o podatku VAT”*.

Praktyka organów podatkowych, zgodnie z którą podatnik powinien w ramach każdej transakcji dokonywać niemal nieograniczonej weryfikacji swoich kontrahentów, została zakwestionowana w ostatnim czasie także w wyrokach NSA (por. wyrok NSA z 16 lutego 2017 r. sygn. akt I FSK 1278/15, z 23 grudnia 2016 r. sygn. akt I FSK 522/15).

NSA zwrócił także uwagę, że zgodnie z orzecznictwem TSUE dopiero powzięcie wątpliwości co do rzetelności kontrahenta powoduje konieczność jego dokładnej weryfikacji. Nie można zatem w sposób generalny wymagać, by podatnik badał, czy jego kontrahent jest zarejestrowany na potrzeby VAT, dysponuje towarami będącymi przedmiotem transakcji oraz jest w stanie dostarczyć asortyment czy też wywiązuje się z obowiązku złożenia deklaracji i zapłaty VAT. Co więcej organ nie ma prawa wymagać od podatnika kontrolowania swoich kontrahentów w zakresie wykraczającym ponad to, co jest przyjęte na rynku – tj. żądania, aby podatnik kolekcjonował dokumenty kontrahenta inne niż te, których oczekiwać należy od przeciętnego, starannego przedsiębiorcy (tzw. *„model starannego kupca”*).

Biorąc powyższe pod uwagę, aby można było zakwestionować dobrą wiarę podatnika, należy **jednoznacznie** wykazać, że:

- 1) miał on świadomość uczestnictwa w nielegalnym procederze – wiedział o nim, tj. był jego aktywnym uczestnikiem albo pomimo posiadania wiedzy o tym procederze godził się na uczestnictwo w nim; albo
- 2) powinien był wiedzieć, że jego kontrahenci są nierzetelni – tj. nie dochował należytej staranności w zakresie weryfikacji swoich kontrahentów.

Opracowywana lista dotyczyłaby drugiej z ww. okoliczności tj. sytuacji, gdy w ramach transakcji lub na odrębnym - wcześniejszym lub późniejszym etapie łańcucha obrotu - doszło do wyłudzenia podatku / nieprawidłowości w rozliczeniach VAT, a podatnik przy zawieraniu transakcji nie działał ze świadomością uczestnictwa w nielegalnym procederze. W takich bowiem sytuacjach, z uwagi na ocenny charakter przesłanki zachowania należytej staranności kupieckiej, bardzo często powstają spory pomiędzy organami podatkowymi a podatnikami dotyczące kwestii, czy w okolicznościach danej sprawy podatnik zachował należyłą staranność.

Odnosząc się zaś do należytej staranności (niezbędnej do wykazania dobrej wiary), należy wskazać, że w kontekście przeprowadzania transakcji handlowych oznacza to takie zachowanie przedsiębiorcy, który w realiach prowadzonej działalności gospodarczej m.in. odpowiednio dobiera kontrahentów oraz weryfikuje ich wiarygodność. W wypadku braku świadomości podatnika co do istnienia nieprawidłowości w łańcuchu transakcji, organ podatkowy, aby zakwestionować prawo do odliczenia VAT musi wykazać, że podatnik powinien był mieć wątpliwości co do danej transakcji a następnie nie zweryfikował w odpowiednim zakresie swoich kontrahentów. Innymi słowy, że nie dochował należytej staranności, a tym samym nie charakteryzuje się dobrą wiarą. Fakt niedochowania należytej staranności musi być jednoznacznie udowodniony przez organ podatkowy – nie można go w żadnym zakresie domniemywać w szczególności z działań innych niż podatnik podmiotów.

Zachowanie przez podatnika należytej staranności należy zawsze badać na moment zawierania transakcji. Jakiegokolwiek następcze działania kontrahentów mogące wskazywać na ich nieuczciwość, nie mogą mieć żadnego znaczenia przy badaniu dobrej wiary podatnika w ramach zawieranych przez niego transakcji, gdyż często nie ma on ani wiedzy o nich, ani wpływu na działania lub zaniechania swoich kontrahentów.

Lista przesłanek dochowania należytej staranności kupieckiej powinna stanowić dla organów podatkowych realny i wiążący model (wzór) oceny działań podatnika w zakresie dochowania przez niego należytej staranności kupieckiej w ramach danej transakcji. Spełnienie wymogów Listy, tj. podjęcie czynności przez nią przewidzianych oraz pozytywny efekt tej weryfikacji (rozumiany jako spełnienie warunków pozwalających na uznanie, że podatnik dochował należytej staranności), spowodowałyby, że organy podatkowe nie mogłyby kwestionować dochowania przez danego podatnika należytej staranności kupieckiej w ramach danej transakcji.

Dla podatników omawiana Lista powinna stanowić pomocnicze narzędzie stosowane przez nich w codziennej praktyce gospodarczej celem weryfikacji kontrahentów - będą oni bowiem mogli sprawdzić czy dokonywane przez nich czynności weryfikacyjne faktycznie składają się na należyłą staranność kupiecką w rozumieniu MRiF czy też powinni podjąć dodatkowe / inne czynności, aby dochować należytej staranności. Jednocześnie Lista nie powinna stanowić dla nieuczciwych przedsiębiorców instrukcji postępowania, w jaki sposób oszukać swoich kontrahentów i wyłudzić podatek VAT.

Biorąc pod uwagę szeroko zakrojone działania MRiF mające na celu uszczelnianie systemu podatkowego, wprowadzenie Listy powinno być potraktowane jako element tych działań, który w dłuższej perspektywie przełoży się na utrudnienie nieuczciwym i nierzetelnym podmiotom

funkcjonowania na rynku. W tym kontekście wprowadzenie Listy powinno wiązać się również z wykorzystywaniem przez MRiF mechanizmów nadzoru nad organami administracji i monitorowania wypełniania przez te organy ich ustawowych obowiązków - szereg czynności weryfikacyjnych podejmowanych przez podatników przy użyciu opracowanej Listy może się bowiem opierać się na informacjach i danych pozyskanych od organów podatkowych lub innych organów państwa.

Przykładowo, weryfikacja rejestracji kontrahenta na potrzeby VAT-u (która powinna być jednym z głównych elementów Listy) odbywa się w oparciu o portal prowadzony przez Ministerstwo Finansów. Również przyznawanie odpowiedniej koncesji (np. w zakresie obrotu paliwami) jest elementem sformalizowanej procedury obejmującej weryfikację podmiotu ubiegającego się o jej udzielenie. Zarówno rejestracja danego podmiotu na potrzeby VAT, jak i przyznanie koncesji, powinno nastąpić po przeprowadzeniu szczegółowej weryfikacji danego podmiotu przez organy administracji państwowej – w przeciwnym razie informacja o tym, że kontrahent spełnił wszelkie istotne wymogi administracyjne związane z prowadzeniem działalności gospodarczej nie będzie niosła za sobą jakiegokolwiek treści dla podatnika weryfikującego jego rzetelność, a tym samym – pozostanie ona bez znaczenia dla oceny dochowania przez niego należytej staranności kupieckiej.

Zwracamy przy tym uwagę, że podatnicy działają w zaufaniu do organów państwowych i nie powinni odpowiadać za ich zaniedbania w zakresie wypełniania ustawowych obowiązków. Niemożliwe jest przy tym stworzenie Listy bez wykorzystania wyników pracy poszczególnych instytucji Państwa – w wielu przypadkach to jedynie organy władzy państwowej posiadają uprawnienia do dokonania odpowiedniej weryfikacji danego podmiotu, a podatnik polega na ustalonych przez te organy informacjach.

2. Zakres Listy

Lista powinna znaleźć zastosowanie do oceny dochowania należytej staranności przez podatnika w zakresie następujących transakcji:

- krajowe nabycie towarów,
- wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów (WNT),
- wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów (WDT), oraz
- eksport towarów.

Zgodnie z tym, co już zostało wskazane w Uwagach ogólnych, celem Listy powinno być uszczelnienie systemu podatkowego w zakresie podatku VAT, a także zwiększenie bezpieczeństwa obrotu dla podatników działających w dobrej wierze. W związku z powyższym, naszym zdaniem Lista powinna znaleźć zastosowanie w odniesieniu nie tylko do badania dochowania należytej staranności podatników w przypadku nabyć krajowych, lecz również w odniesieniu do WNT, jak i WDT oraz eksportu towarów.

Tylko w razie objęcia Listą wszystkich wskazanych typów transakcji, działania MRiF mające na celu eliminowanie nadużyć w podatku VAT, a także ochronę wynikającą z zastosowania się przez uczciwych podatników do wskazanych w Liście czynności, miałyby szansę osiągnąć realny skutek.

Zdajemy sobie przy tym sprawę, że w inny sposób może przejawiać się zachowanie przez danego podatnika należytej staranności przy transakcjach zakupu (WNT i nabycie krajowe), w inny natomiast przy transakcjach sprzedaży (w szczególności WDT i eksportu towarów). W naszej ocenie opracowana Lista powinna uwzględniać tę specyfikę – por. część III niniejszej opinii.

3. Zastosowanie Listy

Ocena zachowania należytej staranności kupieckiej za pomocą Listy powinna mieć zastosowanie do każdej transakcji dokonywanej przez podatnika. Oczywistym wydaje się jednak, że w sytuacji, w której podatnik dokonuje wielu transakcji - często setek lub tysięcy każdego dnia - niemożliwe byłoby przeprowadzanie wszystkich czynności weryfikacyjnych dla każdej transakcji.

Tym samym, część czynności z Listy powinna być dokonywana na moment dokonania pierwszej transakcji (nawiązania współpracy), natomiast w przypadku późniejszych transakcji z tym samym kontrahentem, niektóre z czynności składających się na należyłą staranność powinny być dokonywane cyklicznie.

Szczegółowe propozycje, które z elementów weryfikacji transakcji powinny być sprawdzane każdorazowo na moment przeprowadzania transakcji, a które wyłącznie okresowo (np. kwartalnie) zostały opisane w części III niniejszej opinii.

4. Forma prawna Listy

Aby omawiana Lista spełniła założone cele, tj. zapewniała przedsiębiorcom realną ochronę przed kwestionowaniem przez organy podatkowe rozliczeń z tytułu podatku VAT, pożądanym byłoby, aby Lista przybrała formę prawną, która zagwarantuje skuteczność powołania się na nią przez przedsiębiorców. Innymi słowy, zastosowanie się do warunków wynikających z Listy powinno chronić podatników.

W przypadku spełnienia przez podatnika warunków do stwierdzenia dochowania należytej staranności kupieckiej zgodnie z Listą oraz jednoczesnym zakwestionowaniu jej przez organ podatkowy – podatnik powinien mieć możliwość skutecznego podniesienia w odwołaniu / skardze do sądu zarzutu w tym zakresie. W naszej ocenie, należałoby rozważyć opublikowanie Listy wraz z wyjaśnieniami w formie objaśnień podatkowych, regulowanych przez przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa² (dalej: **Ordynacja podatkowa**).

Zgodnie z art. 14a §1 pkt 2 Ordynacji podatkowej Minister właściwy do spraw publicznych dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy podatkowe, w szczególności wydając z urzędu ogólne wyjaśnienia przepisów prawa podatkowego dotyczące stosowania tych przepisów (objaśnienia podatkowe) - przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów, Trybunału Konstytucyjnego lub Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W naszej opinii Lista przesłanek dochowania należytej staranności powinna zostać opublikowana w formie objaśnień podatkowych odnoszących się do:

- art. 86 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług³ (dalej: **ustawa o VAT**), który stanowi generalną podstawę prawa przedsiębiorcy do odliczenia podatku naliczonego w zakresie transakcji krajowych jak również w ramach wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów;
- art. 42 ustawy o VAT w zakresie warunków zastosowania przez podatnika stawki 0% do wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów; oraz
- art. 41 ustawy o VAT w zakresie warunków zastosowania przez podatnika stawki 0% do eksportu towarów.

Uzasadnieniem dla wyboru formy objaśnień podatkowych dla publikacji Listy jest potrzeba zapewnienia przedsiębiorcom działającym zgodnie z jej treścią w danym okresie rozliczeniowym

² T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 201 ze zm.

³ T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 ze zm.

prawnej ochrony wynikającej z przepisów Ordynacji podatkowej (art. 14n § 4 Ordynacji podatkowej). Zgodnie ze wskazanym przepisem, w przypadku zastosowania się w danym okresie rozliczeniowym do objaśnień podatkowych, odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy Ordynacji podatkowej zapewniające podatnikowi taką gwarancję, jak w przypadku zastosowania się do interpretacji indywidualnej.

W praktyce opublikowanie Listy w formie objaśnień podatkowych zapewniłoby uczciwym przedsiębiorcom działającym z należytą starannością realną ochronę przed kwestionowaniem ich prawa do odliczenia podatku naliczonego / prawa do zastosowania stawki 0% do WDT z powodu niedochowania należytej staranności przy weryfikacji kontrahenta, jak również przyczyniłoby się do eliminacji wielu nieuczciwych podatników z rynku, a tym samym – do ograniczenia nadużyć w podatku VAT.

W odniesieniu do części czynności z Listy, które powinny być dokonywane cyklicznie w zakresie późniejszych transakcji z danym kontrahentem, których częstotliwość przekracza okres rozliczeniowy danego podatnika z tytułu podatku VAT, w celu zagwarantowania dla tych podatników ochrony wynikającej z zastosowania się do objaśnień podatkowych, należałoby uznać, że dana czynność zachowuje swoją aktualność i ważność przez cały okres wskazany w Liście (np. przez kolejne 3 miesiące w przypadku czynności wykonywanych kwartalnie zgodnie z harmonogramem), aż do momentu ponownego dokonania danej czynności lub upływu terminu jej ważności.

Przykładowo, podatnik rozliczający się miesięcznie, mógłby powoływać się na ciągłą aktualność danej czynności weryfikacyjnej (np. gdyby przyjąć weryfikację umocowania w częstotliwości kwartalnie) w ciągu trzech miesięcy od jej dokonania.

5. Od kiedy należy stosować Listę?

W opinii ZP BCC, weryfikacja dochowania przez danego przedsiębiorcę należytej staranności na podstawie Listy powinna następować w odniesieniu do transakcji, które będą miały miejsce po upływie 1 miesiąca od dnia jej opublikowania w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie internetowej Ministerstwa Finansów.

Proponujemy wprowadzenie stosownego okresu „*vacatio legis*”, aby przedsiębiorcy mieli czas na dostosowanie lub wprowadzenie nowych procedur weryfikacji kontrahentów z wykorzystaniem przesłanek z Listy. Jest to o tyle uzasadnione, że wejście w życie niniejszej Listy powinno być swego rodzaju kompromisem pomiędzy MRiF a przedsiębiorcami.

Z jednej strony może się bowiem okazać, że aby dochować należytej staranności kupieckiej w rozumieniu Listy, dany przedsiębiorca będzie musiał podjąć więcej czynności niż wymagałaby od niego obiektywnie istniejąca należyta staranność kupiecka obowiązująca w jego branży lub występująca w jego relacji gospodarczej. Oczywiście, należy dążyć do sytuacji, w której nie będzie dochodzić do takich przypadków, a Lista zostanie tak „skonfigurowana”, że będzie odzwierciedlać specyfikę każdej z branż lub relacji gospodarczych. Nie można jednak wykluczać *a priori*, że do takich sytuacji – szczególnie w początkowym okresie jej obowiązywania – nie dojdzie.

Z drugiej strony wydaje się być naturalnym, że MRiF będzie dążyć do wprowadzenia jak najbardziej rygorystycznych wymogów należytej staranności, tak aby jak najbardziej uszczelnić system podatkowy.

Równocześnie, w zakresie zasad stosowania Listy przy weryfikacji kontrahentów, z którymi podatnicy w momencie jej opublikowania pozostają w stałych stosunkach gospodarczych, proponujemy aby

weryfikacja należytej staranności przy użyciu listy następowała jedynie w odniesieniu do transakcji mających miejsce po dniu jej opublikowania, z zachowaniem miesięcznego terminu „vacatio legis”, o którym mowa powyżej. Do rozważenia pozostaje określenie dla potrzeb regulacji przejściowych, czy za moment realizacji transakcji, a w konsekwencji obowiązek stosowania Listy przez organy podatkowe w zakresie oceny dochowania przez podatnika należytej staranności w ramach danej transakcji, należałoby rozumieć moment wysyłki towaru od / do kontrahenta przedsiębiorcy, czy też powinno być to określone w inny sposób.

Ostatecznie, w kontekście formalnego odroczenia wejścia w życie Listy, do rozważenia pozostaje kwestia czy okres ten miałby być wskazany wprost w objaśnieniach podatkowych lub czy przykładowo MRiF ogłosiłby finalny projekt Listy na miesiąc przed wydaniem objaśnień podatkowych.

6. Proponowany kształt listy

W opinii ZP BCC, lista przesłanek należytej staranności powinna przybrać formę listy czynności, które podatnik powinien podjąć wobec swojego kontrahenta w związku z przeprowadzaną transakcją.

Dokonanie weryfikacji podstawowej (etap I), a także pozytywne zakończenie weryfikacji wątpliwości (etap II), tj. stwierdzenie, że nie występują wątpliwości odnośnie do okoliczności transakcji oznaczałoby, że podatnik dochował należytej staranności kupieckiej w ramach danej transakcji.

Równocześnie w przypadku, gdyby podatnik w ramach etapu II stwierdził istnienie przynajmniej jednej ze wskazanych w katalogu wątpliwości – w celu dochowania przez niego należytej staranności – musiałby on dokonać weryfikacji dodatkowej (etap III). W przypadku tego etapu każdej z czynności byłaby przypisana odpowiednia waga (punktacja). Osiągnięcie odpowiedniego progu punktowego (tzw. progu należytej staranności) oznaczałoby, że podatnik dochował należytej staranności kupieckiej w ramach danej transakcji oraz może powołać się na ochronę wynikającą z Listy.

W powyższych sytuacjach (tj. w przypadku, gdyby nie powstały wątpliwości w ramach etapu II lub podatnik zgromadziłby odpowiednią liczbę punktów w ramach etapu III), w wyniku przeprowadzonej przez organy kontroli / postępowania kontrolnego / postępowania podatkowego nie byłoby możliwym kwestionowanie rozliczeń podatnika jedynie w oparciu o niedochowanie przez niego należytej staranności. Oczywiście, organy podatkowe byłyby uprawnione do zweryfikowania czy czynności podjęte przez podatnika mieszczą się w zakresie Listy oraz czy zostały one faktycznie wykonane i jaki był efekt podjętych czynności.

W związku z powyższym, z uwzględnieniem powołanych powyżej wyroków TSUE proponujemy, aby Lista składała się z trzech części:

- 1) **ETAP I – WERYFIKACJA PODSTAWOWA** – podstawowe czynności weryfikacyjne, które winien podjąć każdy przedsiębiorca w relacjach z kontrahentami, z podziałem na
 - a. transakcje krajowe oraz
 - b. transakcje zagraniczne, tj. WNT, WDT oraz eksport towarów.
- 2) **ETAP II – WERYFIKACJA WĄTPLIWOŚCI** – badanie czy w okolicznościach faktycznych danej transakcji występują wątpliwości, uzasadniające dodatkową weryfikację.
- 3) **ETAP III – WERYFIKACJA DODATKOWA** – czynności weryfikacyjne, które może podjąć podatnik, w przypadku gdy ma stwierdzić, że wystąpiła przynajmniej jedna wątpliwość

odnośnie okoliczności danej transakcji (stwierdzona podczas etapu II) i chce on wykazać należyłą staranność.

Weryfikacja podstawowa (etap I) miałaby zastosowanie przy weryfikacji kontrahentów w odniesieniu do wszystkich przedsiębiorców niezależnie od branży, w której działają. Zróżnicowanie zakresu czynności podstawowych wykonywanych w transakcjach krajowych oraz zagranicznych (WNT, WDT oraz eksportu towarów) ma swoje uzasadnienie w różnym zakresie możliwości weryfikacyjnych podatnika co do podmiotu krajowego i zagranicznego. Przykładowo, podatnik nie mógłby żądać od swojego francuskiego kontrahenta działającego w formie spółki kapitałowej aktualnego potwierdzenia rejestracji działalności gospodarczej w odpowiedniku Krajowego Rejestru Sądowego, bowiem taki państwowy rejestr na terytorium Republiki Francuskiej nie funkcjonuje.

Wykonanie w sposób pozytywny weryfikacji podstawowej (tj. potwierdzenie wszystkich elementów zawartych w katalogu czynności z etapu I) byłoby warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym, aby w oparciu o przesłanki wskazane w Liście (czyli przeprowadzenie dalszych etapów weryfikacji) organy podatkowe mogły stwierdzić dochowanie należytej staranności przez danego przedsiębiorcę. Jeżeli przedsiębiorca w ogóle dokonałby weryfikacji podstawowej (zaniechałby takiej weryfikacji), pomimo np. przeprowadzenia innych czynności opisanych w etapie II lub III – nie mógłby on się powoływać na ochronę wynikającą z Listy. W przypadku zaś, gdyby podatnik przeprowadził weryfikację podstawową z wynikiem negatywnym, a następnie dokonał transakcji - powinno to powodować uznanie, że nie dochował on należytej staranności.

Dopełnienie przez podatnika czynności podstawowych nie gwarantowałoby jemu spełnienia przesłanki należytej staranności w rozumieniu Listy - konieczne byłoby także dokonanie przez niego weryfikacji wątpliwości co do okoliczności transakcji (etap II). W tej weryfikacji podatnik musiałby ocenić – na bazie wskazanych w Liście przesłanek – czy okoliczności danej transakcji, powinny wzbudzić jego wzmożoną ostrożność. Dopiero stwierdzenie przez podatnika braku wątpliwości (czyli pozytywne zakończenie weryfikacji etapu II), powodowałoby, że dany podatnik dochował należytej staranności w ramach danej transakcji.

Z drugiej strony, w sytuacji, gdy po przeprowadzeniu weryfikacji wątpliwości (etap II) w związku z daną transakcją, podatnik stwierdziłby, że istnieją wątpliwości odnośnie okoliczności danej transakcji, podatnik celem spełnienia przesłanki należytej staranności w rozumieniu Listy, byłby zobowiązany do przeprowadzenia weryfikacji dodatkowej (etap III).

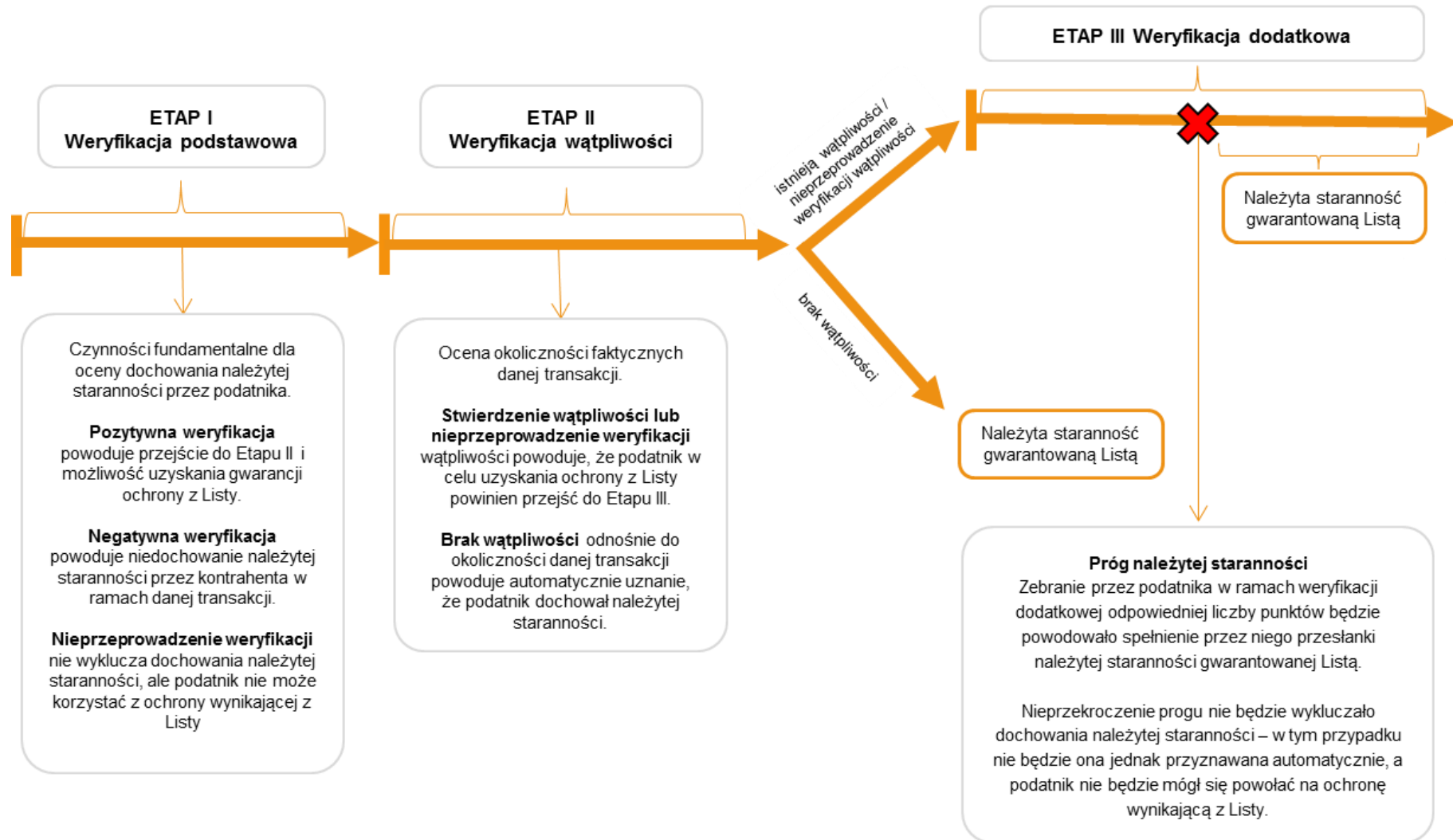
Czynności dodatkowe (etap III) miałyby charakter zamkniętego koszyka czynności, z których podatnik mógłby wybrać te, których chce dokonać. Weryfikacja dodatkowa (etap III) obejmowałaby swoim zakresem czynności, które są co do zasady uniwersalne dla wszystkich podatników, jak i również czynności charakterystyczne dla poszczególnych branż. Nie powinna ona obejmować swoim zakresem czynności wymaganych wprost przepisami ustawy o VAT w związku z danym typem transakcji. Z drugiej strony czynności dodatkowe mogłyby obejmować czynności wymagane na podstawie przepisów innych ustaw np. ustawy o rachunkowości. Dokonanie takich czynności w świetle ustawy o VAT nie wpływa wprost na prawo do odliczenia / zastosowanie stawki 0% - ale ich realizacja może stanowić przejaw należytej staranności kupieckiej w ramach danej transakcji.

Poszczególnym czynnościom w ramach etapu III należałoby przyznać odpowiednie wagi (punkty) w zależności od istotności dla zweryfikowania rzetelności kontrahenta. Uzyskanie przez danego przedsiębiorcę w ramach weryfikacji dodatkowej odpowiedniej liczby punktów – czyli przekroczenie tzw. progu należytej staranności - powodowałoby, że danemu przedsiębiorcy należałoby automatycznie przyznać przymiot spełnienia przesłanki należytej staranności.

Pamiętać należy, że Lista powinna przy tym zawierać maksymalnie szeroki katalog czynności uwzględniający różnorodność branż oraz ich specyfikę. Katalog czynności oraz – w przypadku czynności z etapu III - dopasowana do niego punktacja powinna umożliwić przedsiębiorcom z każdej branży na dokonanie czynności, których łączna punktacja pozwoli na osiągnięcie progu należytej staranności przy uwzględnieniu faktu, że ze względu na specyfikę konkretnej branży nie wszystkie czynności mogłyby zostać podjęte w normalnej praktyce obrotu gospodarczego. W szczególności, MRiF powinien mieć na uwadze, że konstrukcja Listy powinna uwzględniać fakt, że będzie miała ona zastosowanie w odniesieniu do wszystkich przedsiębiorców działających w różnych branżach, posiadających własną specyfikę oraz utrwalone praktyki handlowe.

Powyżej opisany proces weryfikacji obrazuje poniższy wykres. Szczegółowe rozwiązania w zakresie czynności składających się na etap I, II, i III przedstawiamy w dalszej części niniejszej opinii.

ETAPY WERYFIKACJI TRANSAKCJI W CELU DOCHOWANIA NALEŻYTEJ STARANNOŚCI



Źródło: Opracowanie własne

7. Skutek spełnienia progu należytej staranności

W sytuacji stwierdzenia przez podatnika istnienia wątpliwości odnośnie okoliczności transakcji w wyniku przeprowadzenia etapu II, podatnik celem spełnienia przesłanki należytej staranności w rozumieniu Listy powinien dokonać dalszej weryfikacji kontrahenta w postaci dokonania czynności dodatkowych (etap III).

Rekomendujemy, aby w ramach Listy został określony próg punktowy dochowania należytej staranności podatnika, którego osiągnięcie byłoby możliwe poprzez wykonanie czynności dodatkowych. Dokonanie przez podatnika czynności dodatkowych celem dochowania należytej staranności kupieckiej, byłoby konieczne jedynie w przypadku stwierdzenia przez niego w wątpliwości na wcześniejszym etapie weryfikacji (w wyniku etapu II).

Zgromadzenie przez podatnika wystarczającej liczby punktów do osiągnięcia progu należytej staranności w ramach etapu III oznaczałoby, że dochował on należytej staranności kupieckiej w ramach danej transakcji. Organy podatkowe oczywiście miałyby prawo zarówno zweryfikować fakt dokonania poszczególnych czynności składających się na próg należytej staranności, jak i innych okoliczności działalności podatnika czy też przeprowadzanych transakcji oraz to, jaki był efekt podjętych czynności weryfikacyjnych. W przypadku jednak, gdyby organy podatkowe na bazie jednoznacznych dowodów nie stwierdziły świadomego udziału podatnika w transakcjach mających na celu wyłudzenie VAT – nie mogłyby one zarzucić mu braku należytej staranności kupieckiej.

8. Skutek braku spełnienia progu należytej staranności

W sytuacji, w której w ramach dokonywania czynności dodatkowych (etap III), podatnik nie przekroczyłby progu należytej staranności, organy podatkowe byłyby uprawnione do badania czy dochował on należytej staranności kupieckiej w kontekście całokształtu okoliczności danej transakcji.

Możliwe byłoby w takim przypadku stwierdzenie, że podatnik dochował należytej staranności kupieckiej, ale nie byłoby to działanie niejako automatyczne, jak miałyby to miejsce w przypadku przekroczenia progu należytej staranności w ramach czynności dodatkowych.

9. Obligatoryjność stosowania Listy przez Organy

Opublikowanie Listy w formie objaśnień podatkowych pozwoli podatnikom na powoływanie się przez nich na dochowanie należytej staranności w przypadku spełnienia określonych w niej wymogów.

W celu usprawnienia kontroli / postępowań i efektywnego wykorzystywania Listy organy podatkowe powinny być zobligowane do każdorazowego stosowania Listy przy weryfikacji dochowania należytej staranności przez podatnika w ramach danej transakcji. Z uwagi na formę publikacji Listy, rekomendowalibyśmy wydanie przez MRiF stosownych wytycznych do organów podatkowych, obligujących je do jej stosowania w przypadku weryfikacji należytej staranności kupieckiej.

10. Zastosowanie Listy wobec podatników

Weryfikacja dochowania należytej staranności na podstawie Listy następowałaby w odniesieniu do wszystkich podatników dokonujących transakcji po dniu wejścia jej w życie. Oczywiście miałyby to miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których w łańcuchu transakcji doszło do wyłudzenia VAT. Stanowiłaby ona wytyczną dla podatników, w jaki sposób mogą oni udowodnić należyłą staranność kupiecką w sytuacji nieświadomego uczestnictwa w wyłudzeniu VAT.

W sytuacji, gdy w ramach łańcucha transakcji nie doszło do wyłudzenia podatku VAT ani innych nieprawidłowości związanych z jego rozliczeniem, zastosowanie się do Listy przez podatników nie byłoby

w ogóle konieczne (nawet w zakresie czynności podstawowych) – w takim bowiem przypadku nie ma potrzeby badania należytej staranności kupieckiej podatnika.

11. Okresowa weryfikacja Listy

Lista w omawianym kształcie i zakresie stanowiłaby wyjątkowy mechanizm do oceny dochowania należytej staranności kupieckiej przez podatnika, nieznaną wcześniej organom podatkowym ani dotychczas niewykorzystywany w praktyce. Zdajemy sobie sprawę, że opracowanie Listy jest zadaniem trudnym i wymagającym uwzględnienia szerokiego aspektu możliwych transakcji, jak również czynności, które w okolicznościach danej sprawy podatnik może podjąć celem dochowania należytej staranności kupieckiej.

W związku z powyższym, rekomendujemy, aby MRiF w okresie 6 miesięcy od dnia wejścia jej w życie dokonało rewizji czynności weryfikacyjnych określonych w Liście w taki sposób, aby odpowiadały one realiom i standardom gospodarczym, jak również uwzględniały w szczególności najnowsze orzecznictwo sądów, Trybunału Konstytucyjnego oraz TSUE w zakresie przesłanki należytej staranności.

Nowelizacja Listy powinna zostać dokonana z zachowaniem jednomiesięcznego okresu „vacatio legis”, tak aby podatnicy mogli dostosować swoje procedury do ewentualnych nowych obowiązków wynikających ze zaktualizowanej z Listy.

Nie można również wykluczyć, że wraz ze zmieniającymi się realiami gospodarczymi będzie konieczna rewizja Listy również w późniejszym okresie. Rekomendujemy wskazanie wprost w Liście harmonogramu jej rewizji lub też stałych okresów, po upływie których Lista będzie podlegała weryfikacji.

III. UWAGI SZCZEGÓŁOWE – KSZTAŁT LISTY

Odnosząc się poszczególnych etapów weryfikacji kontrahenta, zwracamy uwagę, że zakres czynności, które podatnik powinien dokonać w ramach weryfikacji podstawowej (etap I), weryfikacji wątpliwości (etap II), jak również w ramach weryfikacji dodatkowej (etap III), powinien zostać określony jako zamknięty katalog czynności (przesłanek). Tylko bowiem w takiej sytuacji ochrona podatnika z tytułu zastosowania się do Listy będzie miała realny wymiar.

W razie przyjęcia przez MRiF odmiennej koncepcji, tzn. wprowadzenia otwartego katalogu czynności czy też otwartego katalogu przesłanek stanowiących o wątpliwościach podatnika, będziemy mieli do czynienia z sytuacją jaka funkcjonuje obecnie, tj. podatnicy mimo obiektywnego dochowania należytej staranności w ramach danej transakcji nie będą mogli wykluczyć, że ich zachowanie będzie kwestionowane przez organy podatkowe.

Zdajemy sobie sprawę, że celem rozpoczęcia przez MRiF prac nad Listą jest również stworzenie mechanizmu dla organów podatkowych do oceny dochowania należytej staranności kupieckiej przez podatników, co biorąc pod uwagę nieustannie zmieniające się realia i standardy gospodarcze, może mieć różne przejawy. W związku z powyższym rekomendujemy, aby MRiF dokonywał cyklicznej weryfikacji zakresu czynności określonych w Liście i w razie potrzeby dokonywał stosowanych zmian.

1. Etap I – weryfikacja podstawowa

Czynności składające się na weryfikację podstawową, to czynności, których niedopełnienie powoduje automatycznie, że organ jest uprawniony do stwierdzenia, iż podatnik nie dochował należytej staranności kupieckiej – jeżeli w łańcuchu transakcji doszło do nieprawidłowości w VAT.

Czynnościami podstawowymi powinny być czynności mające charakter całkowicie fundamentalny dla oceny dochowania należytej staranności. Innymi słowy, powinny to być okoliczności, bez spełnienia których przeprowadzenie transakcji bez godzenia się na ryzyko udziału w wyłudzeniu VAT nie byłoby możliwe. Zgodnie z argumentacją zaprezentowaną w części II niniejszej opinii, czynności podstawowe powinny mieć różny zakres w odniesieniu do transakcji krajowych i zagranicznych.

Rekomendujemy, aby do czynności podstawowych w ramach transakcji z kontrahentem krajowym należały następujące czynności:

WERYFIKACJA PODSTAWOWA – TRANSAKCJE KRAJOWE		
L.p.	Działanie	Częstotliwość weryfikacji
1.	Potwierdzenie, że kontrahent jest zarejestrowany jako aktywny podatnik VAT. (np. poprzez Portal Podatkowy)	każdorazowo na dzień przeprowadzania transakcji
2.	Potwierdzenie, że kontrahent prowadzi zarejestrowaną działalność gospodarczą. (np. poprzez weryfikacje w CEIDG, KRS)	miesięcznie
3.	Potwierdzenie, że kontrahent posiada wymaganą przepisami prawa koncesję / zezwolenie na prowadzenie określonego typu działalności gospodarczej - w przypadku kontrahentów, których to dotyczy. Wyjaśnienie: wymóg posiadania koncesji / zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej przez kontrahenta dotyczy jedynie transakcji, których przedmiotem są towary w odniesieniu do obrotu którymi wymagana jest koncesja / zezwolenie. MRiF powinien opublikować wraz z Listą wykaz koncesji / zezwoleń których posiadanie jest niezbędne do obrotu poszczególnymi towarami.	miesięcznie

Rekomendujemy, aby do czynności podstawowych w ramach transakcji z kontrahentem zagranicznym należały następujące czynności:

WERYFIKACJA PODSTAWOWA – TRANSAKCJE ZAGRANICZNE		
L.p.	Działanie	Częstotliwość weryfikacji
1.	Potwierdzenie, że kontrahent jest zarejestrowany jako podatnik VAT UE. (np. poprzez stronę Komisji Europejskiej – VIES)	każdorazowo na dzień przeprowadzania transakcji
2.	Potwierdzenie, że kontrahent posiada wymaganą przepisami prawa koncesję / zezwolenie na prowadzenie określonego typu działalności gospodarczej - w przypadku kontrahentów, których to dotyczy. Wyjaśnienie: wymóg posiadania koncesji / zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej przez kontrahenta dotyczy jedynie transakcji, których przedmiotem są towary, w odniesieniu do obrotu którymi wymagana jest koncesja / zezwolenie - zgodnie z przepisami prawa kraju siedziby rejestrowej kontrahenta.	miesięcznie

	MRiF powinien opublikować wraz z Listą wykaz koncesji / zezwoleń, których posiadanie jest niezbędne do obrotu poszczególnymi towarami.	
--	--	--

W przypadku transakcji krajowych jak i zagranicznych do rozważenia w ramach dalszych prac nad Listą pozostaje włączenie do katalogu czynności podstawowych weryfikacji kontrahenta w zakresie potwierdzenia, że nie znajduje się on na liście podmiotów zamieszanych w oszustwa podatkowe (tzw. *blacklist approach*).

Weryfikacja kontrahenta musiałaby w takim wypadku zostać dokonana w oparciu o powszechnie dostępne listy, np.:

- listy nierzetelnych podatników publikowane w państwach członkowskich Unii Europejskiej;
- listy zawierające ostrzeżenia publiczne publikowane przez organy administracji sprawujące nadzór nad rynkiem finansowym (np. lista ostrzeżeń publicznych KNF).

Wskazane listy podmiotów musiałaby spełniać określone standardy, tzn. być na bieżąco aktualizowane oraz rzetelne w zakresie dokonywania na nie wpisów podmiotów, wobec których istnieje uzasadniona obawa uczestnictwa w tego typu procederach.

Wskazana kwestia wymagałaby pogłębionej analizy ze strony MRiF oraz weryfikacji w zakresie rzetelności danej listy i podstaw dokonywania na nią wpisów. Problematyczna pozostaje w tym zakresie kwestia wiarygodności i weryfikacji wpisów na tzw. czarną listę, w przypadku prowadzenia jej przez organ państwowy innego kraju / instytucję zagraniczną.

Wynik weryfikacji podstawowej

Pozytywne przeprowadzenie wszystkich działań składających się na weryfikację podstawową powoduje, że podatnik może przystąpić do dalszych etapów weryfikacji określonych w Liście (etap II i jeżeli potrzeba – etap III), i po ich pozytywnym przejściu – może się powoływać na ochronę wynikającą z Listy.

Z drugiej strony, niedokonanie przynajmniej jednej z wyżej wymienionych czynności (zaniechanie weryfikacji podstawowej), nie wyklucza, że w przypadku danej transakcji podatnik dochował należytej staranności (mógł on bowiem dokonać np. innych czynności weryfikacyjnych). W takiej sytuacji podatnik nie będzie mógł jednak powołać się na ochronę wynikającą z Listy. Etap weryfikacji podstawowej jest etapem niezbędnym, aby ewentualnie móc korzystać z ochrony, którą daje Lista.

W sytuacji, gdy podatnik przeprowadzi weryfikację podstawową z wynikiem negatywnym, np. ustali, że kontrahent nie jest zarejestrowany jako podatnik VAT, oraz następnie dokona transakcji - powinno to powodować uznanie (domniemanie), że nie dochował on należytej staranności.

2. Etap II – Weryfikacja wątpliwości

Czynności weryfikacyjne składające się na etap II stanowiłyby - podobnie jak czynności podstawowe (etap I) - stały element oceny każdej transakcji, jednakże miałyby, co do zasady, charakter oceny okoliczności faktycznych związanych z planowaną transakcją na bazie wskazanych przesłanek.

Rekomendujemy, aby w ramach zamkniętego katalogu czynności weryfikacyjnych składających się na ten etap znalazły się takie przesłanki, których sprawdzenie pozwoliłoby na stwierdzenie, czy w okolicznościach danej transakcji racjonalnie działający podatnik, znający specyfikę swojej branży, powinien nabrać wątpliwości odnośnie do wiarygodności kontrahenta. Innymi słowy, czynności

weryfikacyjne w ramach etapu II polegały by na sprawdzeniu, czy zaistniały przesłanki określone w katalogu dla wskazanego etapu weryfikacji.

Inaczej niż w przypadku czynności podstawowych (etap I), czynności weryfikacyjne etapu II miałyby takie samo zastosowanie w odniesieniu do transakcji krajowych, jak i zagranicznych.

Rekomendujemy, aby w ramach weryfikacji wątpliwości podatnik musiał dokonać oceny poniższych przesłanek:

WERYFIKACJA WĄTPLIWOŚCI	
L.p.	Przesłanki dotyczące okoliczności transakcji
1.	towar będący przedmiotem transakcji należy do kategorii towarów, których obrót jest szczególnie narażony na wyłudzenia lub nieprawidłowości w rozliczeniach z tytułu podatku VAT - zgodnie z komunikatem MRiF
2.	rozliczenie gotówką transakcji o wartości powyżej 15.000 PLN
3.	propozycja obniżenia ceny w przypadku płatności gotówką / cesją wierzytelności
4.	uzgodnienie, że zapłata za towar zostanie dokonana przez podmiot trzeci w przypadku transakcji WDT
5.	uzgodnienie, że zapłata za towar zostanie dokonana na rzecz podmiotu trzeciego w przypadku transakcji WNT
6.	propozycja dostawy towarów do magazynu kontrahenta zlokalizowanego w kraju innym niż kraj, w którym ten podmiot jest zarejestrowany na VAT
7.	propozycja płatności w kilku przelewach z tego samego rachunku bankowego zamiast płatności jednorazowej
8.	brak wszystkich danych dotyczących towaru wymaganych w danej branży Wyjaśnienie: MRiF powinien opublikować listę dodatkowych informacji dotyczących danego typu towarów, które powinny znaleźć się na fakturze VAT np. nr IMEI w przypadku obrotu telefonami komórkowymi, czy part numer w przypadku obrotu pozostałym sprzętem elektronicznym
9.	kontakt ws. transakcji przez osoby niereprezentujące kontrahenta (osoby trzecie)
10.	osoba reprezentująca kontrahenta jest uprawniona do reprezentacji co najmniej 5 różnych podmiotów, w tym kontrahenta
11.	wskazanie przez kontrahenta nabywcy oferowanych przez niego towarów

Dodatkowo, należałoby rozważyć, czy do grupy przesłanek składających się na weryfikację wątpliwości zgodnie z Listą włączyć także następujące czynności:

WERYFIKACJA WĄTPLIWOŚCI – DO DISKUSJI	
L.p.	Przesłanki dotyczące okoliczności transakcji
1.	działalność kontrahenta jest prowadzona krócej niż 1 rok
2.	kontrahent posiada minimalny dopuszczony prawem kapitał zakładowy
3.	zmiana struktury właścicielskiej w okresie 1 roku przed dniem transakcji

Wskazane powyżej czynności mają ze swojej istoty dyskryminacyjny charakter wobec podmiotów, które rozpoczynają działalność, które zostały nabyte oraz podmiotów z minimalnym kapitałem zakładowym - część podmiotów z rynku może w praktyce z góry odrzucić współpracę z takimi kontrahentami, bowiem będzie się to wiązało z koniecznością przejścia do III etapu weryfikacji – czynności dodatkowych.

Posiadanie minimalnego kapitału zakładowego zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa czy też działalność na rynku przez okres krótszy od 1 roku nie powinny powodować dyskryminacji w obrocie gospodarczym.

Z drugiej zaś strony szereg podmiotów nierzetelnych czy też zaangażowanych w proceder wyłudzeń VAT charakteryzuje się ww. cechami.

W związku z powyższym, uwzględnienie wskazanych powyżej czynności w ramach czynności weryfikacyjnych wymagałoby przeprowadzenia dalszych pogłębionych analiz i oceny stopnia proporcjonalności zastosowanych środków do celów Listy, w taki sposób, aby pozostać w zgodności z prawem polskim, prawem UE jak i orzecznictwem sądów administracyjnych i TSUE.

Wynik weryfikacji wątpliwości

W wyniku przeprowadzenia czynności weryfikacyjnych z etapu II, podatnik powinien być w stanie stwierdzić, czy w odniesieniu do danej transakcji istnieją wskazane w ww. katalogu przesłanki, których spełnienie (przynajmniej jednej) świadczy o tym, że powinien on przeprowadzić dodatkową weryfikację (etap III).

Równocześnie, w sytuacji, gdy podatnik w ramach danej transakcji nie byłby w stanie dokonać oceny chociażby jednej z wyżej określonych przesłanek, w celu dochowania należytej staranności, powinien on również przeprowadzić czynności dodatkowe.

Innymi słowy, w przypadku, gdyby w chociaż jednym w ww. przypadków weryfikacja podatnika okazałaby się pozytywna (np. stwierdziłby on, że kontrahent chce rozliczyć transakcję w kilku mniejszych przelewach zamiast jednego obejmującego całą kwotę wynagrodzenia) lub nie dokonał jej, powinien on przejść do etapu III weryfikacji – o ile chce on osiągnąć próg należytej staranności kupieckiej i korzystać z ochrony wynikającej z Listy.

Stwierdzenie na etapie II weryfikacji istnienia wątpliwości odnośnie danej transakcji nie powoduje, że kontrahent podatnika jest od razu niewiarygodny, a podatnik nie może dochować należytej staranności kupieckiej w rozumieniu Listy – może on to zrobić po przeprowadzeniu czynności dodatkowych i przekroczeniu progu należytej staranności (etap III).

Z drugiej strony, w sytuacji gdy podatnik w wyniku weryfikacji okoliczności transakcji w oparciu o wskazane powyżej przesłanki z etapu II nabierze wątpliwości i nie przeprowadzi czynności dodatkowych (lub nie osiągnie w ich toku progu należytej staranności), nie będzie przysługiwała mu ochrona wynikająca z Listy.

Ostatecznie, w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia weryfikacji w ramach etapu II nie będą istniały wątpliwości odnośnie danej transakcji – powinno to stanowić o tym, że podatnik dochował należytej staranności kupieckiej. W takich bowiem sytuacjach nie powinno obarczać się podatnika obowiązkiem dodatkowej weryfikacji – skoro wszystkie okoliczności i przesłanki jak również podstawowa weryfikacja (etap I) nie świadczą o tym, że kontrahent jest nierzetelny.

3. Etap III – Weryfikacja dodatkowa

Katalog czynności dodatkowych składających się na etap III zasadniczo powinien zostać podzielony na dwie grupy:

- 1) czynności formalne, oraz
- 2) czynności faktyczne.

Każda z czynności wskazanych w ramach powyższych grup powinna zostać oceniona (nadana im odpowiednia punktacja), z uwzględnieniem przede wszystkim:

- 1) wartości dowodowej – w kontekście wykazania należytej staranności,
- 2) wymaganym stopniem zaangażowania podatnika oraz kosztami administracyjnymi z tym związanymi.

A. Czynności formalne

Czynności formalne zasadniczo związane są z realizowaniem działań (czynności):

- w określonej formie,
- przy użyciu sprecyzowanych środków, albo
- mają swoje bezpośrednie źródło w dokumentach właściwych dla prowadzenia działalności gospodarczej przez strony transakcji.

Rekomendujemy, aby do grupy czynności formalnych należały następujące czynności:

WERYFIKACJA DODATKOWA - CZYNNOŚCI FORMALNE			
L.p.	Działanie	Częstotliwość	Waga (pkt)
1.	Regulowanie płatności na rzecz kontrahenta z wykorzystaniem metody split payment.	každorazowo	20
2.	Gromadzenie i przechowywanie dokumentacji w zakresie oferty. Wyjaśnienie: poprzez dokumentację należy rozumieć również dokumenty w formie elektronicznej, np. w przypadku oferty, gdyby była ona składana za pośrednictwem korespondencji e-mail, prawidłowym jest gromadzenie wiadomości e-mail w których zawarte są/ opisane są poszczególne oferty	každorazowo	2
3.	Gromadzenie i przechowywanie dokumentacji w zakresie zamówienia. Wyjaśnienie: poprzez dokumentację należy rozumieć również	každorazowo	2

	dokumenty w formie elektronicznej, np. w przypadku zamówień, gdyby były one dokonywane drogą korespondencji e-mail, prawidłowym jest gromadzenie wiadomości e-mail w których zawarte są/ opisane są poszczególne zamówienia		
4.	Gromadzenie i przechowywanie dokumentacji dotyczącej współpracy z kontrahentem – innej niż oferty, zamówienia, faktury. Wyjaśnienie: poprzez dokumentację należy rozumieć również dokumenty w formie elektronicznej, np. w przypadku korespondencji e-mail dotyczącej negocjacji cen, prawidłowym jest gromadzenie wiadomości e-mail w których zawarte są/ opisane są negocjacje.	każdorazowo	2
5.	Pozytywna weryfikacja danych na temat transportu towaru (nr rejestracyjny pojazdu/ dane kierowcy) z wcześniejszymi ustaleniami / przekazanymi informacjami na temat sposobu wykonania transportu.	każdorazowo	2
6.	Uzyskanie od kontrahenta kopii dokumentów potwierdzających rejestrację działalności gospodarczej, np. odpowiednik wpisu do KRS, NIP lub REGON - w przypadku kontrahentów zagranicznych.	kwartalnie	2
7.	Zawarcie pisemnej umowy na dostawę towarów, obejmującej szczegółowe ustalenia odnośnie stron umowy, przedmiotu umowy, ceny, miejsca dostaw, terminu realizacji.	jednorazowo – w stosunku do objętych nią transakcji	5
8	Zawarcie pisemnej umowy ramowej na dostawę towarów obejmującej ustalenia odnośnie stron umowy, przedmiotu umowy, generalnych zasad współpracy, sposobu składania zamówień i ich realizacji, a także sposobu ustalenia ceny.	jednorazowo – w stosunku do objętych nią transakcji	5
9.	W przypadku braku umowy pisemnej - gromadzenie oraz przechowywanie dokumentacji wskazującej istotne warunki umowy pomiędzy stronami tj. strony umowy, przedmiot umowy, miejsce dostawy, cenę.	jednorazowo – w stosunku do objętych nią transakcji	5
10.	Zawarcie w ramach umowy handlowej z kontrahentem oświadczeń o niekaralności za przestępstwa podatkowe osób zaangażowanych w kontakty handlowe z podatnikiem.	jednorazowo – w stosunku do objętych nią transakcji	2
11.	Pozytywna weryfikacja rzetelności kontrahenta przy pomocy biur informacji gospodarczej.	kwartalnie	5
12.	Pozytywna weryfikacja rzetelności kontrahenta przy pomocy firm ubezpieczeniowych z perspektywy możliwości ubezpieczenia transakcji.	kwartalnie	5
13.	Pozytywna weryfikacja czy rachunek bankowy kontrahenta przedstawiony na fakturze jest rzeczywistym rachunkiem kontrahenta wykorzystywanym w działalności gospodarczej i zgłoszonym do US lub CEIDG.	jednorazowo – w odniesieniu do każdego rachunku wskazanego na fakturach	2

14.	Pozytywna weryfikacja strony internetowej kontrahenta - ustalenie czy istnieje spójność przedstawionego profilu działalności kontrahenta prezentowanego na stronie internetowej z planowaną transakcją; ustalenie czy kontrahent jest właścicielem domeny (np. w bazie WHOIS).	kwartalnie	2
15.	Pozytywna weryfikacja firmowego adresu e-mail kontrahenta oraz jego przedstawicieli - ustalenie czy kontrahent wykorzystuje do realizacji transakcji swoje oficjalne kanały komunikacji (jeżeli takie posiada).	kwartalnie	2
16.	Uzyskanie od kontrahenta urzędowego zaświadczenia o niezaleganiu w podatku VAT i braku prowadzonych wobec niego postępowań podatkowych.	kwartalnie	5
17.	Pozytywna weryfikacja przedmiotu działalności kontrahenta wykazanego w dokumentach rejestrowych (w razie potrzeby – w statucie) z perspektywy planowanej transakcji - ustalenie czy istnieje spójność wykazanego przedmiotu działalności kontrahenta z planowaną transakcją.	jednorazowo - w odniesieniu do danego typu transakcji	2
18.	Pozytywna weryfikacja danych teleadresowych kontrahenta poprzez ustalenie ich zgodności z danymi wskazanymi w dokumentach rejestracyjnych lub na stronie internetowej.	kwartalnie	2
19.	Pozytywna weryfikacja czy kontrahent posiada prawo do korzystania z magazynu/ miejsca prowadzenia działalności – w sytuacji, gdy nie jest to miejsce siedziby. Wyjaśnienie: ma to na celu ustalenie czy kontrahent ponosi dodatkowe, uzasadnione gospodarczo koszty prowadzenia działalności gospodarczej; ustalenie czy w transakcję nie są zaangażowane niewskazane przez kontrahenta podmioty trzecie.	kwartalnie	1
20.	Pozytywna weryfikacja czy kontrahent prowadzi księgowość za pośrednictwem spółki doradztwa podatkowego.	kwartalnie	4
21.	Pozytywna weryfikacja rzetelności kontrahenta w analogicznym zakresie transakcji (taki sam przedmiot transakcji) w oparciu o dokumenty urzędowe uzyskane od kontrahenta – protokół z czynności sprawdzających przeprowadzonych u kontrahenta w okresie 3 lat przed transakcją nie stwierdzający uchybień w tym zakresie. Wyjaśnienie: celem weryfikacji jest ustalenie czy kontrahent we wcześniejszych okresach dokonywał transakcji w analogicznym zakresie (towarami tego samego rodzaju) a organy podatkowe nie zakwestionowały jego rozliczeń z tego tytułu w protokole z czynności sprawdzających - na tej podstawie można domniemywać, że kontrahent jest uczciwym i rzetelnym podatnikiem.	jednorazowo	2
22.	Pozytywna weryfikacja rzetelności kontrahenta w analogicznym zakresie transakcji (taki sam przedmiot transakcji) w oparciu o dokumenty urzędowe uzyskane od kontrahenta – protokół z kontroli podatkowej	jednorazowo	6

	<p>przeprowadzonej u kontrahenta w okresie 3 lat przed transakcją nie stwierdzający uchybień w tym zakresie.</p> <p>Wyjaśnienie: celem weryfikacji jest ustalenie czy kontrahent we wcześniejszych okresach dokonywał transakcji w analogicznym zakresie (towarami tego samego rodzaju) a organy podatkowe nie zakwestionowały jego rozliczeń z tego tytułu w protokole z kontroli podatkowej - na tej podstawie można domniemywać, że kontrahent jest uczciwym i rzetelnym podatnikiem.</p>		
23.	<p>Zaświadczenie od kontrahenta, że nie był karany za przestępstwa gospodarcze.</p> <p>Wyjaśnienie: MRiF powinien wraz z Listą opublikować wykaz przestępstw gospodarczych, za których skazanie kontrahenta eliminowałoby możliwość uzyskania punktów.</p>	raz w roku	3
24.	<p>Pozytywny wynik kontroli wcześniejszych transakcji z danym kontrahentem przeprowadzonej przez organ podatkowy u podatnika - w okresie 3 lat przed transakcją.</p>	jednorazowo	10
25.	<p>Badanie sprawozdania finansowego kontrahenta przez biegłego rewidenta i wydanie opinii bez zastrzeżeń lub z zastrzeżeniami.</p> <p>Wyjaśnienie: Biegły rewident wykonując badanie sprawozdania finansowego może wydać opinię z badania albo odmówić wydania opinii, gdy wystąpią bardzo istotne ograniczenia badania. Opinia biegłego rewidenta może zostać wydana (i) bez zastrzeżeń, (ii) z zastrzeżeniami lub (iii) negatywna. Opinia bez zastrzeżeń jest wydawana, gdy sprawozdanie finansowe oraz księgi rachunkowe prowadzone są zgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości, natomiast opinia z zastrzeżeniami, gdy nastąpiły pewne ograniczenia zakresu badania, ale nie podważa to ogólnej pozytywnej oceny sprawozdania danego podmiotu. W związku z powyższym rekomendujemy, aby jedynie w przypadku wydania przez biegłego rewidenta opinii bez zastrzeżeń lub z zastrzeżeniami wobec sprawozdania fin. kontrahenta istniała możliwość uzyskania punktów.</p>	raz w roku	3

W ramach czynności formalnych do rozważenia w ramach dalszych prac nad Listą pozostaje włączenie do katalogu czynności oceny behawioralnej kontrahenta w oparciu o wypracowany profil rzetelnego kontrahenta (przy użyciu matematycznych algorytmów i bibliotek treści dotyczących zachowań behawioralnych). Jest to element oceny kontrahentów nad którym pracują obecnie podatnicy z niektórych branż i wydaje się, że w przyszłości może to stanowić istotne narzędzie do oceny kontrahentów.

Powyższa ocena byłaby dokonywana w oparciu o ankiety wypełniane przez kontrahentów i opracowany model scoringowy (system oceny) pozwalający na utworzenie np. dwóch klasyfikacji kontrahentów: (i) kontrahent uczciwy, (ii) kontrahent nieuczciwy. W razie potwierdzenia przy użyciu tego narzędzia, że kontrahent podatnika jest uczciwym kontrahentem, podatnik mógłby uzyskać dodatkowe punkty w ramach III etapu weryfikacji.

B. Czynności faktyczne

Czynności faktyczne charakteryzują się niższym stopniem sformalizowania od czynności formalnych - ich realizacja opiera się przede wszystkim na przeprowadzeniu próby prawidłowych ustaleń w zakresie stanu faktycznego oraz sposobu prowadzenia działalności gospodarczej przez kontrahenta. Uwagi w zakresie sposobu ich dokumentowania zostały przedstawione w dalszej części niniejszej opinii.

Rekomendujemy, aby do grupy czynności faktycznych należały następujące czynności:

CZYNNOŚCI FAKTYCZNE			
L.p.	Działanie	Częstotliwość	Waga
1.	Spotkania osobiste z kontrahentem / jego przedstawicielem w rzeczywistej siedzibie kontrahenta. Wyjaśnienie: celem takiego działania jest weryfikacja czy kontrahent posiada rzeczywistą siedzibę oraz czy zachowanie kontrahenta nie wzbudza uzasadnionych podejrzeń / odbiega od powszechnych standardów w kontaktach handlowych.	raz na dwa lata	3
2.	Pozytywna weryfikacja umocowania przedstawiciela kontrahenta do dokonywania czynności faktycznych i prawnych w ramach umowy łączącej strony, w tym w szczególności weryfikacja umocowania do składania lub przyjmowania ofert nabycia towarów. Wyjaśnienie: realizacja transakcji leży w zakresie obowiązków przedstawiciela kontrahenta / odbywa się za pełną zgodą kontrahenta.	jednorazowo względem każdego przedstawiciela	2
3.	Wykonywanie szczegółowej inspekcji towaru m.in. pod względem jakości oraz zgodności z zamówieniem (umową) – bez utraty przez towar statusu towaru nowego. Wyjaśnienie: celem dokonania szczegółowej inspekcji towaru powinno być ustalenie, że dostarczane towary są zgodne z zawartą umową. W praktyce gospodarczej zdarzają się sytuacje w których część towaru posiada np. uszkodzenia opakowania powstałe w transporcie - w takiej sytuacji zazwyczaj następuje korekta w zakresie warunków transakcji (np. ceny) lub też rozliczane to jest z kolejną transakcją. Inspekcja towaru nie powinna powodować utraty przez towar statusu towaru nowego. W razie stwierdzenia, że towar odbiega od przedmiotu zamówienia podatnik powinien odmówić jego przyjęcia i odstąpić od transakcji.	každorazowo	5
4.	Weryfikacja towaru w zewnętrznych bazach, np. bazach serwisowych. Wyjaśnienie: celem weryfikacji towarów w zewnętrznych bazach powinno być ustalenie pochodzenia towaru.	každorazowo	2
5.	Weryfikacja towaru w wewnętrznych bazach, np. na podstawie prowadzonej przez podatnika bazy zawierającej zapisy nr IMEI danych produktów. Wyjaśnienie: dany towar nie był uprzednio w posiadaniu podatnika co mogłoby świadczyć o obrocie karuzelowym danym towarem.	každorazowo	2
6.	Sporządzanie dokumentacji fotograficznej towaru. Wyjaśnienie: celem sporządzenia dokumentacji fotograficznej towaru powinno być potwierdzenie rzeczywistego przebiegu transakcji / potwierdzenie, że towar był przedmiotem rzeczywistej transakcji gospodarczej.	každorazowo	2
7.	Weryfikacja procesu obrotu towarem w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez kontrahenta – podczas wizyty w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez kontrahenta. Wyjaśnienie: celem weryfikacji procesu obrotu towarem w miejscu	raz na dwa lata	2

	prowadzenia działalności gospodarczej przez kontrahenta powinno być potwierdzenie, że kontrahent prowadzi rzeczywistą działalność gospodarczą.		
8.	Ponowna weryfikacja procesu obrotu towarem w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej kontrahenta – podczas niezapowiedzianej wizyty w miejscu prowadzenia działalności przez kontrahenta.	raz na dwa lata	1
8.	Pozytywna weryfikacja wielkości zaplecza logistycznego / produkcyjnego w powiązaniu z wielkością niezbędną do przeprowadzenia planowanej transakcji. Wyjaśnienie: np. sprawdzenie czy kontrahent zatrudniania pracowników, posiada magazyn o wielkości stosownej do gabarytów i wolumenu transakcji.	raz na dwa lata	2
9.	Pozytywna weryfikacja istnienia odpowiedniego zaplecza logistycznego w miejscu dostawy towaru, w przypadku, gdy nie następuje on bezpośrednio do siedziby prowadzenia działalności gospodarczej przez kontrahenta.	kwartalnie	2
10.	Ubezpieczenie cargo towaru będącego przedmiotem transakcji.	każdorazowo	2
11.	Ubezpieczenie należności wobec kontrahenta z tytułu danej transakcji.	każdorazowo	2
12.	Transportu towaru przy użyciu pojazdów posiadających system GPS umożliwiający stałe jego monitorowanie	każdorazowo	2
13.	Transportu towaru w sposób umożliwiający śledzenie jego etapów – możliwość sprawdzenia statusu przesyłki (tzw. <i>tracking</i>).	każdorazowo	1
14.	Transport wykonywany przy użyciu środków transportowych będących w posiadaniu podatnika.	każdorazowo	2
15.	Transport wykonywany przy użyciu środków transportowych będących w posiadaniu podatnika z możliwością stałego monitorowania GPS.	każdorazowo	3

Wynik weryfikacji dodatkowej

W wyniku przeprowadzenia czynności dodatkowych podatnik mógłby osiągnąć próg należytej staranności kupieckiej – co dawałoby mu prawo powoływać się na ochronę wynikającą z Listy. W takiej bowiem sytuacji powstawałoby domniemanie, że dochował on należytej staranności kupieckiej.

W sytuacji nieprzeprowadzenia przez podatnika czynności dodatkowych w ogóle albo niezgromadzenia przez niego wystarczającej liczby punktów do osiągnięcia progu należytej staranności nie oznaczałoby to automatycznie, że podatnik nie dochował należytej staranności w ramach danej transakcji. W takiej sytuacji organy podatkowe byłyby uprawnione do badania czy dochował on należytej staranności kupieckiej w kontekście całokształtu okoliczności danej transakcji.

4. Próg należytej staranności kupieckiej

Próg należytej staranności w ramach czynności dodatkowych (etap III) powinien zostać określony na takim poziomie, który z jednej strony pozwoli na obiektywne stwierdzenie, że dany podatnik dochował w ramach danej transakcji należytej staranności kupieckiej, a z drugiej strony nie będzie odstawał od realiów i standardów gospodarczych w zakresie weryfikacji kontrahentów przez przedsiębiorców.

W związku z powyższym rekomendujemy, aby **próg należytej staranności kupieckiej w ramach etapu III przy założeniu ww. punktacji wynosił 20 pkt.**

W naszej ocenie ustanowienie progu na takim poziomie pozwoli na realizację zakładanych celów Listy oraz jego osiągnięcie (tj. zebranie odpowiedniej liczby punktów w ramach czynności dodatkowych) nie będzie stanowiło nierealnych i odstających od realiów gospodarczych czynności. Należy również mieć na uwadze, że z uwagi na specyfikę niektórych branż, w przypadku części podatników możliwe będzie przeprowadzenie tylko niektórych czynności wskazanych w katalogu czynności dodatkowych, a tym samym w praktyce będą oni mieli do wyboru mniejsza pulę realnie dostępnych czynności weryfikacyjnych kontrahenta.

Należy podkreślić, że zaproponowana punktacja uwzględnia kluczowe znaczenie metody split payment, której wykorzystanie w ramach danej transakcji powoduje automatycznie spełnienie przez podatnika przesłanki należytej staranności – co jak rozumiemy odpowiada intencjom MRiF w tym zakresie.

Dodatkowo rekomendujemy do rozważenia przez MRiF podczas prac nad ostatecznym kształtem Listy zastosowanie mechanizmu obniżenia progu punktowego dla podatnika pozostającego w długotrwałych relacjach z danym kontrahentem w ramach transakcji analogicznego rodzaju. Należy poddać pod dyskusję, czy w takiej sytuacji zasadne byłoby częściowe obniżenie progu należytej staranności, bowiem uczciwość kontrahenta została już wcześniej wielokrotnie potwierdzona.

5. Waga mechanizmu split payment dla oceny dobrej wiary oraz należytej staranności podatnika

Uwzględniając charakterystykę mechanizmu split payment, należy zauważyć, że w rozliczeniach pomiędzy podmiotami funkcjonującymi w ramach wybranych branż (w szczególności tych, których cechą jest niski poziom marż i szybki obrót towarem), może on wiązać się z negatywnym wpływem na dotychczasowy model prowadzenia działalności gospodarczej.

Przykładowo, wiele podmiotów ma tak ułożone relacje gospodarcze, że są one w stanie np. zakupić towar z odroczonym terminem płatności, następnie go sprzedać, a uzyskaną z tej sprzedaży zapłatę (wraz z VAT) przeznaczyć na dalszy zakup towaru (w ramach danego okresu rozliczeniowego). Oczywiście, w momencie, w którym VAT jest wymagalny do zapłaty jest on uiszczany. Jednak do tego momentu podatnik jest w stanie wykorzystać zapłacony w cenie sprzedanego towaru VAT do dalszej działalności. Zastosowanie przez niektórych z podatników mechanizmu split payment może spowodować, że będą oni musieli zrezygnować z takiego modelu biznesu, gdyż stałby się on nieopłacalny. Efektem byłyby duże utrudnienia m.in. w handlu hurtowym dobrami szybkozbywalnymi.

Mając na uwadze potencjalne skutki związane z zaburzeniem płynności finansowej, konieczne jest takie nadanie wagi mechanizmowi split payment oraz innym czynnościom z etapu III, aby w sytuacji, w której – z ekonomicznych powodów – dany podmiot zrezygnował z tego rodzaju płatności, ciągle miał on możliwość wykazania należytej staranności kupieckiej na bazie innych elementów Listy.

Innymi słowy, nie można dopuścić do sytuacji, w której jedynie stosowanie mechanizmu split payment prowadziło do osiągnięcia przez podatników II progu, tj. progu należytej staranności.

6. Wyłączenie z weryfikacji dodatkowej czynności mających charakter subiektywny

W przypadku opracowywania katalogu czynności dodatkowych wyjątkowo istotne jest wskazanie w tym zakresie czynności możliwych do spełnienia przez podatników, których wypełnienie będzie proste do oceny. Innymi słowy, dana okoliczność nie może mieć charakteru subiektywnego – w takiej bowiem sytuacji będzie dochodzić do sporów podatników i organów skarbowych, czy w danym stanie faktycznym została spełniona dana okoliczność, czy też nie.

W szczególności, należy unikać sytuacji, gdy dana czynność nawiązywałaby do elementów wartościujących. Przykładowo, w takim katalogu nie mogą znajdować się następujące czynności:

- weryfikacja potencjalnego kontrahenta w oparciu o opinie jego dotychczasowych klientów / partnerów biznesowych,
- weryfikacja czy kontrahent jest wiarygodny.

Wskazane przykłady odnoszą się do elementów subiektywnych, w żaden sposób nieweryfikowalnych. Nie ma bowiem jednego wzorca dobrej opinii o kontrahencie, jak i jednoznacznej definicji, czy kontrahent jest wiarygodny.

Błędne byłoby również wskazanie w katalogu czynności odnoszących się do przesłanki w praktyce niemożliwej do udowodnienia, np.:

- weryfikacja czy proponowane przez kontrahenta / potencjalnego kontrahenta istotne warunki umowy (w szczególności przedmiot świadczenia / dostawy oraz cena) rażąco nie odbiegają od przyjętych standardów rynkowych.

Standardy rynkowe określa utrata praktyka w danej branży – w takim przypadku podatnik działający na danym rynku, co do zasady, jest w stanie określić co odbiega od nich, a co nie. W praktyce podatnik nie jest jednak w stanie udowodnić, w jaki sposób kształtują się ceny lub inne elementy przyjęte w danej branży. Nie można wymagać od podatnika bowiem, aby w celach dowodowych przeprowadzał kompleksowe analizy rynku uwzględniające poszczególne jego elementy.

Należy również unikać włączania do katalogu czynności, których dany podatnik – działając zgodnie z prawem – nie mógłby w spełnić, np.:

- badanie powiązań kapitałowych lub osobowych kontrahenta – m.in. pod kątem powiązań z podmiotami potencjalnie zaangażowanymi w transakcje oszukańcze,
- weryfikacja partnerów biznesowych kontrahenta, w tym zasad współpracy z nimi,
- weryfikacja pochodzenia towaru / miejsca zakupu towaru przez kontrahenta / osoby dostawcy,
- weryfikacja komu kontrahent (odbiorca) sprzedaje nabyty od podatnika towar.

Powyżej wskazane przykładowe okoliczności odnoszą się do zakresu możliwości, których nie posiada przeciętny przedsiębiorca. Zazwyczaj nie posiada on wiedzy dotyczącej tego, w jaki sposób i na bazie jakich kryteriów ocenić dane powiązania kapitałowe lub osobowe kontrahenta. Co więcej, nie jest on również do tego uprawniony.

W przypadku domagania się od podatnika, aby dążył do uzyskania wiedzy w zakresie odbiorców / dostawców swoich kontrahentów – należy wskazać, że co do zasady takie dane są objęte tajemnicą handlową i są jednym z najlepiej strzeżonych elementów danego biznesu.

Oczywiście zdarzają się sytuacje, w których podatnicy wiedzą od kogo ich kontrahent np. nabywa towar. Jednak taka wiedza w żaden sposób nie wpływa na ocenę należytej staranności kupieckiej. Nie można jej bowiem uzależniać od decyzji biznesowych danego podatnika. Organy podatkowe częstokroć zarzucają podatnikom, że ci wiedząc od kogo ich kontrahent nabywa towar, sami nie zwrócili się do niego, aby dokonać zakupu. W takich sytuacjach w grę wchodzi szereg czynników biznesowych i ekonomicznych i w żaden sposób nie można ich w prosty sposób przekładać na ocenę należytej staranności.

Ostatecznie nie można włączać do katalogu czynności, które w żaden sposób nie wpływają na ocenę należytej staranności przy przeprowadzaniu danej transakcji, np.

- weryfikacja wysokości kapitału zakładowego dostawcy w stosunku do przedmiotu i wartości planowanej transakcji,
- weryfikacja czy kontrahent długo funkcjonuje w branży.

Czym innym jest jednak ewentualne włączenie ww. okoliczności do katalogu „wątpliwości” w ramach etapu II. Inny jest bowiem cel ich badania w ramach etapu II – w tym przypadku chodzi o określenie okoliczności (przesłanek), które mogą, lecz nie muszą sugerować, że transakcja może być podejrzana. W ramach etapu III ocenia się zaś już elementy wpływające jednoznacznie na należyłą staranność.

Pamiętać przy tym należy, że niski czy wysoki kapitał zakładowy jest pojęciem subiektywnym. Skoro prawo dopuszcza posiadanie kapitału zakładowego w wysokość np. 5000 zł, nie można od tego faktu uzależniać oceny danej transakcji w ramach etapu III. Co jest przy tym wyjątkowo istotne – wysokość kapitału zakładowego w żaden sposób nie wpływa na możliwości płatnicze kontrahenta czy też jego sytuację majątkową.

Przykładowo można wskazać, że na rynku holenderskim możliwe jest funkcjonowanie odpowiednika polskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością - **Besloten Vennootschap (B.V.) z kapitałem zakładowym na poziomie 1 euro. Jest to rezultat zmian, jakie nastąpiły w holenderskim kodeksie cywilnym pod koniec 2012 r., w ramach których zniesiono w odniesieniu do spółek B.V. wymóg posiadania kapitału zakładowego. W związku z powyższym nie można uzależniać wiarygodności danego kontrahenta od niskiego kapitału zakładowego. To do kontrahenta, a nie organów podatkowych należy ocena w jakiej wysokości ustanowić kapitał zakładowy, który pozwoli mu na niezakłóconą realizację jego celów gospodarczych.**

Odnosząc się do czasu funkcjonowania kontrahenta, należy wskazać, że w praktyce gospodarczej fakt krótkiego okresu funkcjonowania na rynku nie wpływa w żaden sposób na postrzeganie podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Nadmienić należy, że krótki czas działania danego podmiotu na rynku nie sprawia, że będzie to podmiot nierzetelny lub choćby niedoświadczony – to nie podmioty posiadają doświadczenie i kontakty w branży, a zatrudniani przez nie pracownicy, czy też osoby prowadzące daną działalność. Często spotykanym zjawiskiem jest również powoływanie spółek celowych przez doświadczonych przedsiębiorców do realizowania określonych umów czy do określonej działalności. Nie byłoby zasadnym uznawanie takich spółek za niewiarygodnych partnerów handlowych.

Nie zmienia to faktu, że przy ocenie okoliczności faktycznych w ramach etapu II może być to jedna z przesłanek. Tak jak już zostało powyżej wskazane – z uwagi na ryzyko dyskryminacji uwzględnienie wskazanych powyżej czynności w ramach czynności weryfikacyjnych (etap II) wymagałoby przeprowadzenia dalszych pogłębionych analiz.

7. Dokumentowanie podjętych przez podatnika czynności z Listy

W przypadku dokonywania czynności objętych Listą niezmiernie istotne jest odpowiednie ich udokumentowanie. Czym innym jest bowiem samo dokonanie danej czynności, a czym innym pozostawienie po takim działaniu śladu (dowodu), który mógłby być następnie przedstawiony i oceniony przez organ podatkowy.

Zagadnienie to ma mniejsze znaczenie w przypadku czynności, które ze swojej istoty polegają na gromadzeniu i przechowywaniu stosowanej dokumentacji pozostającej w związku z transakcją (np. kopii dokumentów potwierdzających rejestrację działalności gospodarczej lub potwierdzenia przelewów bankowych), lecz nabiera znaczenia w przypadku czynności niemających co do zasady swojego materialnego potwierdzenia (np. osobiste spotkanie z kontrahentem, weryfikacja zaplecza logistycznego / produkcyjnego kontrahenta).

Z uwagi na szeroki zakres proponowanych czynności mogących składać się na należyłą staranność nie jest możliwe wskazanie sposobów dokumentowania wszystkich czynności. Każdorazowo to do podatnika będzie należał wybór sposobu wykonania danej czynności. Pamiętać należy, że organy podatkowe będą miały uprawnienie do weryfikacji tego faktu, a tym samym – z uwzględnieniem specyfiki postępowania podatkowego – w praktyce to na podatniku będzie spoczywał ciężar dowodu podjęcia stosownych czynności, których zbiór będzie stanowił o dochowaniu przez niego przesłanki należytej staranności kupieckiej przy zawieraniu transakcji. Naszym zdaniem stosowna uwaga w tym zakresie powinna znaleźć się w treści objaśnień podatkowych.

Pomimo braku jednoznacznych sposobów dokumentowania dokonania czynności, można jednak wskazać na szereg przykładów, które powinny obrazować generalny kierunek działań podatników w tym zakresie.

Przykładowo, w sytuacji:

- potwierdzenia statusu VAT kontrahenta za pośrednictwem portalu internetowego, lub weryfikacji posiadania przez niego strony internetowej / adresu e-mail - wymagałoby to od podatnika zapisania danej strony internetowej potwierdzającej taki fakt (np. poprzez zrzut z ekranu) oraz jej zachowanie (np. poprzez zapisanie na dysku komputera lub wydruk).
- weryfikacji kontrahenta przy pomocy biur informacji gospodarczej - wymagałoby to od podatnika zachowania stosowanego zaświadczenia / potwierdzenia ze strony biura.
- weryfikacji posiadania przez podatnika prawa do korzystania z magazynu / miejsca prowadzenia działalności - zasadne byłoby uzyskanie przez podatnika kopii odpowiedniej umowy najmu kontrahenta / aktu własności do nieruchomości
- spotkań z kontrahentem – zasadne było oby zachowanie korespondencji, w której ustalane byłyby szczegóły spotkania jak i korespondencji, nawiązującej do już odbytego spotkania. Pomocne w tym zakresie mogą być też np. bilety lotnicze, czy też faktury VAT za usługi gastronomiczne.