

Warszawa, 28 maja 2014 r.

Szanowny Pan
Mateusz Szczurek
Minister Finansów

Szanowny Panie Ministrze,

w nawiązaniu do prac związanych z wejściem z dniem 1 lipca br. pierwszych obowiązków dla instytucji finansowych wynikających z regulacji FATCA, Związek Banków Polskich, Polska Izba Ubezpieczeń, Izba Zarządzających Funduszami i Aktywami oraz Izba Domów Maklerskich, pragną zwrócić uwagę, że na drodze do wykonywania pierwszych obowiązków związanych z realizacją regulacji FATCA w zakresie identyfikacji osób fizycznych (w tym będących amerykańskimi obywatelami lub rezydentami osób kontrolujących podmioty zaliczane do kategorii 'Passive NFFE') stoją **istotne przeszkody prawne, które w ocenie polskiego sektora finansowego stanowią o rzeczywistym braku możliwości identyfikacji osób fizycznych z dniem 1 lipca br.**

W świetle regulacji FATCA oraz zgodnie z postanowieniami parafowanej wersji projektu IGA i Memorandum of Understanding, w okresie przejściowym od 1 lipca 2014 r., polskie instytucje finansowe będą zobowiązane do realizacji obowiązków w zakresie identyfikacji swoich klientów.

Należy przy tym podkreślić, że z prawnych analiz przeprowadzonych przez polski sektor finansowy wynika, że dopóki zmiany legislacyjne w przepisach prawa krajowego niezbędne do implementacji IGA nie zostaną dokonane, polskie instytucje finansowe nie będą upoważnione do gromadzenia w ramach procesu identyfikacji określonych informacji (amerykańskie obywatelstwo lub amerykańska rezydencja) o osobach fizycznych otwierających bezpośrednio rachunki finansowe czy też będących osobami kontrolującymi podmioty z kategorii Passive NFFE - ani na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa polskiego, ani na podstawie przepisów umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Polskę, ani też obowiązujących na terytorium RP reguł prawa unijnego. Gromadzenie tych informacji i dalsze ich przetwarzanie w myśl procedur wskazanych w IGA, przy braku odpowiednich przepisów upoważniających do takiego działania, wiąże się z odpowiedzialnością karną osób dopuszczających się takiego czynu.

W szczególności podkreślenia wymaga, że przeszkodę prawną dla możliwości zgodnego z prawem wypełniania przez instytucje finansowe obowiązków nakładanych na mocy regulacji FATCA, stanowią postanowienia ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (zwana dalej u.o.d.o.), zgodnie z którymi pozyskiwanie danych osobowych musi spełniać wymogi określone w ustawie. Zgodnie z postanowieniami ustawy, możliwym jest przetwarzanie danych osobowych, jeżeli w szczególności jest to niezbędne dla spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa lub jeżeli osoba, której one dotyczą wyrazi na to zgodę. Do czasu wprowadzenia do polskiego prawa przepisów nakładających na instytucje finansowe wprost obowiązek identyfikowania klientów według zasad określonych w IGA, nie istnieje prawny obowiązek w rozumieniu art. 23 ust. 1 pkt 2 u.o.d.o. Nie może być podstawą do identyfikowania klientów podpisana czy nawet ratyfikowana umowa IGA. Instytucje finansowe, aby zgodnie z prawem przetwarzać dane na potrzeby FATCA przed nowelizacją prawa krajowego musiałyby uzyskać zgodę osoby, której dane dotyczą w trybie art. 23 ust. 1 pkt 1 u.o.d.o. Instytucja finansowa musiałaby więc zwracać się do wszystkich osób fizycznych, które zamierzają zostać jej klientami lub, mając amerykańskie obywatelstwo/ rezydencję, są osobami kontrolującymi podmioty z kategorii Passive NFFE o wyrażenie indywidualnej zgody na przetwarzanie danych osobowych dla celów FATCA. W zależności od zastosowanego przez daną instytucję podejścia (opisane poniżej) do skutków **odmowy** udzielenia takiej zgody, albo jakości zgromadzonych przez nią danych będzie nieprawidłowa, albo, oprócz niskiej jakości tych danych dodatkowo działanie tej instytucji będzie niezgodne z prawem.

W **pierwszym przypadku** niestosowanie wobec klientów sankcji wynikających z odmowy udzielenia ich zgody oznaczałoby, że rachunki powiązane z takimi osobami w ogóle nie zostaną zidentyfikowane. Mając na uwadze doświadczenia sektora finansowego w zakresie wyrażania przez klientów tego typu zgód, należy wnioskować, że efektywność takiego rozwiązania byłaby znikoma. Brak bowiem możliwości spełnienia wymogów wynikających z procedur IGA przełoży się wprost na niekompletność danych podlegających dalszemu raportowaniu. Natomiast próby wstecznego uzupełnienia informacji dotyczących osób, które zgody nie udzieliły, wykonywane już w warunkach docelowych rozwiązań prawnych w Polsce, będą w praktyce niemożliwe, ponieważ tylko niewielki procent osób udzieli informacji zwrotnej.

W **drugim przypadku**, stosując wprost reguły przewidziane w IGA, niemożność prawidłowego zidentyfikowania osoby - wobec odmowy udzielenia zgody – oznaczałoby traktowanie powiązanego z nią rachunku jako rachunku podlegającego raportowaniu. To w istocie oznacza, że zgoda taka nie byłaby dobrowolna czy swobodna, gdyż jej nieudzielenie wiązałoby się z określonymi sankcjami wobec osoby, która tej zgody nie udzieliła. Takie podejście, wprawdzie zgodne z IGA, budzi jednak poważne wątpliwości odnośnie legalności przetwarzania danych osobowych w oparciu o obecnie obowiązujące przepisy (art. 23 ust. 1 pkt 1 u.o.d.o.). Zostało ono również negatywnie ocenione przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych.

Niezależnie od zastosowanego wariantu należy podkreślić, że rozwiązanie tymczasowe, opierające się na indywidualnych zgodach, wiąże się z koniecznością

wprowadzenia zmian w przygotowywanych rozwiązaniach informatycznych, a tym samym poniesieniem przez instytucje finansowe dodatkowych kosztów, które będą niewspółmierne do osiągniętego efektu.



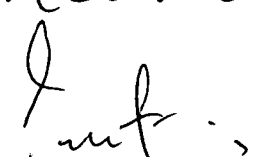
Jednocześnie nadmienić należy, że Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych odrzucił możliwość przyjęcia interpretacji o czasowym oparciu się przez instytucje finansowe, do czasu przyjęcia odpowiednich przepisów prawa krajowego, na klauzuli prawnie usprawiedliwionego celu przewidzianej w art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o.

Należy ponadto zaznaczyć, że pomimo braku aktualnie podstaw prawnych po stronie polskich instytucji finansowych do realizowania obowiązków nakładanych na mocy regulacji FATCA, podmioty te narażają się na ewentualne negatywne konsekwencje wynikające z zastosowania wobec nich amerykańskich przepisów prawnych.

Dodatkowo należy podkreślić, że z tytułu braku realizacji obowiązków informacyjnych realizowanych przez polskie instytucje finansowe, powstaje pewnego rodzaju dyskurs w zakresie braku faktycznej zgodności działań realizowanych przez podmioty zobowiązane w świetle FATCA, a statusem Polski, jako „*Jurisdictions Treated as Having an IGA in Effect*”. Powyższe może spowodować ewentualne dalsze trudności w zakresie wykonywania i ewentualnego późniejszego negocjowania zmian do umowy IGA.

Mając na uwadze powyższe, wobec spodziewanego braku regulacji krajowych przed dniem 1 lipca 2014 r. oraz brakiem możliwości realizacji obowiązków przez polskie instytucje finansowe zapewniających zgodność z regulacją FATCA, koniecznym jest pilne podjęcie działań mających na celu wypracowanie wspólnego stanowiska z amerykańską administracją podatkową IRS, tak aby nie narazić zarówno polskich instytucji finansowych, jak i ich klientów na sankcje wynikające z powyższej niezgodności.

Jednocześnie w załączeniu przekazujemy opinię prawną przygotowaną przez prof. Tomasza Staweckiego w sprawie podstaw prawnych, zasad oraz skutków dla działających w Polsce instytucji finansowych wprowadzania obowiązków wynikających w Umowy międzyrządowej, która ma zostać zawarta z amerykańską ustawą *Foreign Account Tax Compliance Act*, ukazującą zasadnicze przeszkody prawne dla realizacji obowiązków wynikających z regulacji FATCA.

  
A yżerem: Stawecki
inf.

Załącznik:

Opinia prawna w sprawie podstaw prawnych, zasad oraz skutków dla działających w Polsce instytucji finansowych wprowadzania obowiązków wynikających w Umowy międzyrządowej (Intergovernmental Agreement – „IGA”), która ma zostać zawarta z amerykańską ustawą *Foreign Account Tax Compliance Act* („FATCA”)