

Фігаро фінмоніторингу



Максим ОЛЕКСІЮК,
партнер KM Partners



Олександр ШВОРАК,
провідний радник KM Partners

Чи мусять адвокати, що консультують з податкових питань, двічі ставати на облік (як СПФМ-адвокат і як СПФМ-податковий консультант) і бути підзвітними відразу двом органам? Ми звернулися з запитом до Мін'юсту і Держфінмоніторингу.

Так, адвокати, адвокатські бюро та об'єднання, юридичні компанії є суб'єктами первинного фінмоніторингу (далі — СПФМ). У 2020 р. набрав чинності Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» (далі — Закон), який передбачає суттєво збільшені штрафи за невиконання СПФМ своїх обов'язків. Зі збільшенням штрафів питання належного виконання адвокатами та юридичними компаніями обов'язків СПФМ набуває підвищеної актуальності як для них самих, так і для органів, яким надано повноваження це контролювати.

Співвідношення адвокатів та юридичних консультантів

Закон розширив перелік осіб, які мають вважатися СПФМ. До них також віднесли «суб'єктів господарювання, що здійснюють консультування з питань оподаткування» (далі — податкові консультанти). При цьому послуги адвокатів та юридичних компаній часто включають консультації з питань податкового законодавства, що може тлумачитися і як консультування з питань оподаткування, і як юридичні послуги. Більше того, будь-яка податкова консультація по своїй суті є різновидом юридичних послуг. Питання оподаткування присутнє у більшій частині юридичної роботи та консультацій, навіть якщо ця робота не направлена тільки на податкову сфе-

ру (наприклад, підготовка договорів, планування транзакцій, супровід судових спорів).

Тобто по-перше, фактично неможливо займатися діяльністю у сфері права, не займаючись при цьому податковим консультуванням, і навпаки, неможливо займатися податковим консультуванням, не займаючись діяльністю у сфері права. По-друге, неможливо чітко виокремити консультування з питань оподаткування з іншої діяльності у сфері

юридичні компанії — тільки у певних випадках. Відповідно до ч. 3 ст. 10 Закону, адвокати та юридичні компанії можуть не виконувати обов'язки щодо здійснення належної перевірки клієнта та не повідомляти спеціально уповноважений орган про свої підозри у разі надання послуг щодо захисту клієнта, представництва його інтересів у судових органах та у справах досудового врегулювання спорів або надання консультацій щодо захисту та представництва клієнта. Але такого виключення немає стосовно суб'єктів господарювання, що здійснюють консультування з питань оподаткування.

Вважаємо можливою ситуацію, що діяльність адвоката спочатку перевіряє Мін'юст як СПФМ-адвоката, а потім — Мінфін як СПФМ-податкового консультанта. І Мінфін знайде порушення там, де Мін'юст сказав би, що все добре.

Ми зверталися з цими питаннями як до Мін'юсту, так і до Держфінмоніторингу. У своїх запитах ми запропонували виходити з того, що адвоката, який став на облік у Держфінмоніторингу саме як адвокат, не можна вважати СПФМ-податковим консультантом лише через те, що він у своїй діяльності консультує з питань податкового законодавства. В результаті Мін'юст взагалі не захотів

додати, що адвокат повинен буде повідомляти Держфінмоніторингу про «підозри», що операції клієнта «пов'язані з вчиненням кримінального правопорушення», навіть коли він є його захисником у кримінальній справі, наприклад, за ст. 212 ККУ. З нашої точки зору це виглядає, як повне знищення адвокатської таємниці.

Адвокатська таємниця у фінмоніторингу, професійна етика та конфлікт інтересів

Відповідно до ст. 22 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», до адвокатської таємниці віднесена вся інформація, отримана від клієнта, а також зміст усіх консультацій, роз'яснень та інших документів, підготовлених адвокатом. Проте ч. 3 ст. 10 Закону робить виключення для «послуг щодо захисту клієнта, представництва його інтересів у судових органах та у справах досудового врегулювання спорів або надання консультацій щодо захисту та представництва клієнта». Тобто значна частина адвокатської таємниці насправді таємницею вже не є.

Адвокат звільнений від відповідальності за сам факт подання інформації, але ж є ще питання адвокатської етики, які з фінмоніторингом прямо не пов'язані. Так, з одного боку, в інтересах клієнта, щоб зміст всього спілкування з адвокатом залишався в таємниці. З іншого боку, в інтересах адвоката повідомити про «підозру» Держфінмоніторингу, оскільки в іншому випадку на нього буде накладений штраф.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», конфлікт інтересів — це суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи невчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності. Описана вище ситуація цілком підходить під визначення конфлікту інтересів. Відповідно до ст. 9 Правил адвокатської етики, адвокат без письмового погодження з клієнтом, щодо якого виник конфлікт інтересів, не може надавати йому послуги, якщо інтереси клієнта суперечать власним інтересам адвоката.

Виходить, що формально у великій кількості випадків адвокат повинен відразу ж повідомляти клієнта про наявний у нього конфлікт інтересів, пов'язаний з фінансовим моніторингом, та просити письмове погодження на роботу в умовах конфлікту інтересів. Чи роблять вони так зараз? Навряд, беручи до уваги потенційну реакцію клієнта на таке прохання. Ю

При здійсненні однієї й тієї ж діяльності адвокати та юркомпанії можуть одночасно розглядатися як різні види СПФМ

права, оскільки податкові питання присутні в більшій частині юридичної роботи. Ми не можемо говорити, що в одних випадках адвокат надає юридичні послуги, які стосуються питань оподаткування, а в інших — тільки податкові консультації. Відповідно, ми не можемо говорити, що в якихось випадках адвокат виступає виключно як один вид СПФМ, а в інших — виключно як інший.

Таким чином, при здійсненні однієї й тієї ж діяльності адвокати та юридичні компанії можуть одночасно розглядатися як різні види СПФМ.

Різні вимоги

До адвокатів та податкових консультантів Закон пред'являє різні вимоги. За податковими консультантами здійснює контроль Мінфін, а за адвокатами — Мін'юст. Податкові консультанти виконують обов'язки СПФМ завжди (тобто стосовно кожного свого клієнта), а адвокати та

відповідати на наш запит, направивши його до Держфінмоніторингу. А той обмежився тим, що сказав, що адвокати мають стати на облік також як податкові консультанти, якщо «здійснюють консультування у сфері оподаткування». Тобто Держфінмоніторинг підтвердив, що адвокатів можуть вважати також і податковими консультантами, але не сказав, що робити, якщо їх діяльність підпадає одночасно під описи цих двох СПФМ.

Отже, бачимо ризик, що виключення для адвокатської таємниці, встановлене ч. 3 ст. 10 Закону, може не працювати в усіх випадках судових спорів з податковою, а також захисту клієнта у кримінальних справах щодо ухилення від сплати податків. Просто тому, що на перевірку може прийти Мінфін і сказати, що адвокат насправді є податковим консультантом, на якого ч. 3 ст. 10 Закону не розповсюджуються. Якщо погодитися з таким висновком, вихо-