

Transpozice směrnice EU DAC 6 a povinnost mlčenlivosti

Mezinárodní konference pořádaná ČAK 16. 4. 2019

Poznatky z mezinárodního setkání za účasti odborné veřejnosti – advokátů, daňových poradců, soudců, akademiků, médií a dalších představitelů veřejného života



*„Dnešní revoluce jsou na poli práva mnohem nebezpečnější,
neboť se tváří jako páchání dobra.“*

JUDr. Vladimír Jirousek, předseda ČAK

Co je to DAC 6?

- Směrnice Rady (EU) 2018/822 z 25. května 2018, publikovaná 5. června 2018 v Úředním věstníku EU, kterou se mění směrnice Rady EU 2011/16/EU, pokud jde o povinnou automatickou výměnu informací v oblasti daní ve vztahu k přeshraničním uspořádáním, která se mají oznamovat.
- Cílem je zavedení nového mechanismu automatického reportování informací daňovými správám osobami, které jsou podkládány podle směrnice za zprostředkovatele těchto uspořádání anebo daňovými poplatníky, o přeshraničních, z hlediska daňového plánování potenciálně agresivních uspořádáních.
- Za tímto účelem směrnice stanoví novou oznamovací povinnost a automatickou výměnu informací o přeshraničních uspořádáních, jejichž motivem může být získání daňové výhody.
- Oznamovací povinnost má zprostředkovatel, jímž je každý, kdo přeshraniční uspořádání navrhuje, nabízí na trhu, organizuje nebo jej zpřístupňuje pro jeho zavedení nebo řídí zavedení takového uspořádání, včetně všech, kdo se na těchto činnostech podílejí odbornou pomocí nebo radou (tedy i advokát, notář, daňový poradce nebo účetní).
- Směrnice umožňuje, aby státy zprostředkovatele, kteří jsou nositeli profesní povinnosti mlčenlivosti, této reportovací povinnosti zbavily tím, že ji přenesou na jiného zprostředkovatele, který tuto povinnost mlčenlivosti nemá, anebo přímo na daňového poplatníka.
- Členské státy musí směrnici implementovat do 31. prosince 2019 a aplikovat její ustanovení od 1. července 2020. Oznamovací povinnosti však budou podléhat již uspořádání, jejichž první krok byl implementován po vstupu směrnice v platnost (tedy po 25. červnu 2018). Lhůta pro toto oznámení končí 31. srpna 2020.

Nač je třeba upozornit

- Směrnice rozšiřuje okruh údajů, které mají být ohlašovány daňové správě, a to u značného množství uspořádání (obchodních, rodinných, běžných občanskoprávních) mají-li přeshraniční prvek, bez jejich jasné definice.
- Jazyk směrnice je velmi obecný a neurčitý, stejně jako jazyk, jímž je navržena sama transpozice.
- Sama definice „uspořádání, která podléhají ohlášení“, není jasná, ohlášení budou podléhat ta uspořádání, která splní některý z definičních znaků, které jsou uvedeny v příloze směrnice, a to buď ve spojení s hlavním definičním znakem, anebo i bez něj.
- Směrnice umožňuje respektování vnitrostátní úrovně profesní povinnosti mlčenlivosti právnických profesí. Zároveň však umožňuje její obcházení, když nestanoví ohlašovací povinnost primárně daňovému poplatníku – uživateli uspořádání, ale zprostředkovatelům.
- Ohlášení nemá pro zprostředkovatele ani poplatníka žádný efekt, nedostane zpětně žádnou notifikující informaci nebo verifikaci, že jeho postup je správný. To platí i ve vztahu k uspořádání samotnému. I přes neurčitost jejich požadavků umožňuje za nesplnění oznamovací povinnosti uložit vysoké sankce.



*„Problémem je výklad nejasných termínů. Pod pojem daňově úsporné schéma se scho-
vá téměř vše. Už dnes oznamujeme aktivity šedé zóny, tedy kroky, které nejsou nelegální.“*
Bc. Ing. Jiří Nesrovnal, Komora daňových poradců



„Vývoj posledních deseti let směřuje k oklešťování toho, co bylo označeno jako tajemství, zejména tajemství v oblasti ekonomiky, tedy i tajemství advokátního, ale i takových věcí, jako je tajemství peněz a tajemství soukromí. Tedy možnost neříkat, kolik mám peněz. Transparenční normy a normy informačně reportážní se začínají v posledních letech objevovat jako „houby po dešti“ a čelíme z této strany jednomu úderu za druhým. Tahle vlna nekončí bohužel ani v situaci, kdy se krize zdárně přehrnala, kdy ekonomiky fungují a kdy už tlak na daňový výnos nemusí být takový, jaký tu mohl být v letech 2009 a 2010. Bohužel toto chování má setrvačnost, daňové správy a obecně státní administrativy si začaly zvykat na to, že se mohou stará dobrá práva prolamovat a že jim to všechno usnadňuje práci.“ JUDr. PhDr. Karel Šimka, Ph.D., LL.M., soudce Nejvyššího správního soudu

Jak se směrnici naložilo Ministerstvo financí

- Poslalo do připomínkového řízení návrh implementačního předpisu - daňového balíčku, který upravuje DPH, daně z příjmů atd.
- Transpoziční předpis se na první přečtení tváří jako reflexe znění směrnice, při proklamaci samotného úřadu, že nehodlá jít nad její rámec.
- Nejde však ani v rozsahu transpozice o přijetí jen skutečně potřebných minimálních změn.
- Povinnost mlčenlivosti má být v podstatě „vytunelována“, neboť zprostředkovatel s povinností mlčenlivosti musí obsahově kompletní informaci o ohlašovaném uspořádání předat zprostředkovateli, na kterého je ohlašovací povinnost přenesena a ten ji předá státu.
- Plnění této povinnosti advokátem může být kontrolováno v celém rozsahu finanční správou a neplnění drakonicky sankcionováno, to až do výše trojnásobku sankce podle daňového řádu.
- Splnění předpokladů pro ohlášení, tedy definiční znaky ohlašovaného uspořádání, má upravovat vyhláška, ačkoliv podle českého ústavního pořádku smí být práva a povinnosti ukládány pouze zákonem. Na základě vyhlášky tak bude ohlašovací povinnost kdykoliv rozšiřována, zužována, měněna...



„Už dávno nejde o to stíhat protiprávní činy. Ministerstvo financí bude mít informace o legálních strukturách, neoznámění takových struktur bude sankcionovat pokutou do 1,5 milionu korun.“ JUDr. Monika Novotná, členka představenstva ČAK



„Věřím, že bezpečí za svobodu nevyměníme.“ JUDr. Antonín Mokrý, emeritní prezident CCBE (Evropská asociace advokátních komor).



„Řada advokátů v Evropě je na pokraji vyčerpání, jak musí neustále odvracet útoky členských států a Evropské unie proti podstatě své profese. To vše jenom proto, aby chránily finanční zájmy více než práva svých občanů.“ James Macguill, viceprezident CCBE



„Ve jménu efektivního boje proti zločinu a terorismu lze na celém světě sledovat erozi advokátní profesní mlčenlivosti, která budí obavy. Pokud bude stát omezovat advokátní mlčenlivost, může to znamenat omezování zájmů chráněných ústavou,“ André Haug, viceprezident Německé advokátní komory

Co by případně hrozilo

- Vznikne nejistota ohledně toho, co by daňová správa měla, mohla nebo musí vědět o soukromých společenských vztazích, nejenom vztazích obchodních.
- Nejasnosti a nejednoznačnosti při výkladu pojmů (zejména „přeshraniční uspořádání“, „charakteristické znaky“, „sankce“, „oznamovací povinnost“, „informační povinnost“).
- „Salámovou“ metodou se postupnými kroky přetváří dnešní svět a s ním koroduje i povinnost mlčenlivosti; ještě několik podobných směrnic a z advokátní povinnosti mlčenlivosti, již je chráněn klient a jeho soukromí, zbyde jen cár papíru.
- Podobná situace platí i pro daňové poradce, notáře, exekutory a další profese.
- Pod záminkou ochrany práv druhých, výjimečnosti postupu anebo vyvoláním obav z nelegálního jednání jsou pomalu destruována základní práva zakotvená našim ústavním pořádkem.
- Dochází-li k destrukci lidských práv zakotvených v základech tohoto státu, je ohrožen především jeho demokratický základ.



„Začíná to vždycky jako úzká extrémní výjimka pravidla, jako že je třeba bojovat proti nějakému obzvláště intenzivnímu společenskému nešvaru. V jisté době to byly drogy, pak to byl extrémismus a v současné době je to agresivní daňové plánování. A říká se, že protože to je tak specifické a tak extrémně nebezpečné, tak v nějakých omezených dimenzích zavedeme prolomení starých dobrých tajemství a starých dobrých práv. V normě evropského práva se to zavede jako přeshraniční opatření. A na úrovni vnitrostátní transformace začne být tendence změny zavést jako opatření vnitrostátní. Většinou je to tak, že na evropské úrovni jsou zavedena nějaká zvláštní zacházení s profesním tajemstvím, potom na vnitrostátní úrovni vznikne tendence tato tajemství zase nějak omezit nad rámec toho, co požaduje evropský předpis. Někdy se to probouje tak, někdy se to probouje jinak, trend je ale v zásadě stejný – oklešťování, oklešťování, oklešťování...“

„Různé reporty se začínají objevovat jako houby po dešti a čelíme jednomu úderu za druhým. Advokát nemá advokátní mlčenlivost jen tak pro nic za nic, má ji proto, že pracuje pro klienta. Advokát je svého druhu prodloužený mozek klienta, někdo, kdo pomáhá svému klientovi myslet ve specifických situacích – tak, jak to klient neumí, protože není právní profesionál. Ve chvíli, kdy zavádíme takováto opatření vůči advokátům anebo daňovým poradcům, v této chvíli klientovi vezmeme ten prodloužený mozek, protože jej oddělíme od klienta. Ve chvíli, kdy přestává platit mlčenlivost, stává se advokát někým, koho klient nemůže brát za svého, protože mu již nemůže věřit.“

„Jestli toto bude pokračovat dál, bude svět v tomto ohledu úplně jiný než dnes. Stane se to, aniž bychom diskutovali, jestli současné pojetí mlčenlivosti nebo současné pojetí advokáta jako někoho, na koho se klient může spolehnout, je špatné, nebo není špatné či se má změnit. Ta změna proběhne na základě víceméně administrativních posunů, na základě velmi složitých cest transformace evropského práva, a to cestou „salámové metody“ schvalování drobných změn, jež se každá zvlášť nebude zdát nijak nebezpečná. Nakonec tady ale budeme mít svět, ve kterém budou tyto právní vztahy úplně jiné než v současné době.“ JUDr. PhDr. Karel Šimka, Ph.D., LL.M.

Jaké jsou nedostatky návrhu Ministerstva financí ČR?

- Subjektem oznamovací povinnosti mají být zprostředkovatelé (advokáti či daňoví poradci), jimž má být nově uložena povinnost předat kompletní informaci o ohlášení, tedy v podstatě ohlášení samotné subjektu, který povinnost mlčenlivosti nemá.
- Okamžik vzniku oznamovací povinnosti má být upraven pouhou vyhláškou a nikoli zákonem.
- Subjekt oznamovací povinnosti ponese důkazní břemeno jejího splnění v celém obsahovém rozsahu.
- Nesplnění oznamovací povinnosti a nesplnění povinnosti předat informace povinnému zprostředkovateli podléhá nedůvodně vysokým sankcím.
- Kdykoli hrozí nebezpečí rozšíření ohlašovací povinnosti mimo rámec směrnice v rozporu se základními pravidly, které se Evropská unie i Česká republika zavázala na úrovni ústavním respektovat.
- I přes intenzivní jednání dosud není jasné, do jaké míry budou tyto připomínky zohledněny.



„Zdá se, že vybírání daní je v současnosti hlavním úkolem našeho státu, jako kdyby daně byly lékem na všechny problémy tohoto světa.“ Ing. Tomáš Hajdušek, Komora daňových poradců



„Zákonná mlčenlivost podmiňuje to, co je pro klienta zcela zásadní – totiž, aby vyhledával relevantní právní pomoc vykonávanou v intencích jednoznačně koncipovaných právních pravidel. Zásah do jakékoli oblasti přiznané či přirozené svobody je nepřijatelným zásahem do podstaty, z níž vychází právní systém civilizovaného právního státu.“

Vladimír Jirousek, předseda ČAK.



Stanovisko ČAK k návrhu ministerstva financí ČR

ČAK jednoznačně nesouhlasí s omezením advokátní mlčenlivosti. Do připomínkového řízení předložila návrh implementace směrnice DAC 6 především proto, že jde o zpracování, které neodpovídá požadavkům minimální transpozice. Nerespektuje požadavky zákonnosti, jasnosti a jednoznačnosti jednotlivých norem a obchází Úmluvu o lidských právech a Listinu základních práv a svobod, garantovaných práv v situaci, kdy nejde o akceptovatelnou výjimku jejich neaplikace.

Má-li být reálně a v souladu s požadavky právního státu prováděna transpozice tohoto předpisu, musí splňovat tyto požadavky:

1. Implementovat směrnici nejužším možným způsobem, tedy zakotvit jen nezbytné zákonné úpravy, které směrnice předepisuje, nikoliv pouze umožňuje, při respektování zásady, že nikdo nesmí být nucen k sebeobvinění (*nemo tenetur se ipsum accusare*).
2. Návrh Ministerstva financí ČR je třeba podrobit testu ústavnosti, a to při plném zachování profesní mlčenlivosti, i při k úpravě zásadních práv a povinností (i v rovině podzákoně úpravy).
3. Důsledně trvat na přeshraničním charakteru všech operací, tedy zabránit rozšíření dopadu směrnice na oblast bez přeshraničního prvku.
4. Je třeba důsledně trvat na výjimce stanovené pro zprostředkovatele s profesní povinností mlčenlivosti v tom směru, že jejich povinností je pouze poučit klienta a jeho jiného zprostředkovatele. Že je povinností uspořádání zproštěn a tato povinnost se přenáší na poplatníka eventuálně zprostředkovatele, který profesní povinnost mlčenlivosti zachovávat nemusí.



„Zažil jsem dobu komunistického režimu, který nelze podezírat z respektu k občanským právům, ale i tento totalitní režim institut mlčenlivosti s respektem obcházel. Přestože mocenské orgány několikrát usilovaly o prolomení advokátní mlčenlivosti, nikdy se k podobnému kroku neodhodlaly. Advokátní mlčenlivost byla v tomto státě vždy respektována. Nebyla vynalezena ani po roce 1945 - vloni jsme si připomněli 150. výročí právní normy, která poprvé zakotvovala povinnou mlčenlivost advokáta. Neznamenal jsem jediný případ, kdy by mlčenlivost znamenala právní či technický problém. Neexistuje společenská ani politická potřeba na tomto institutu cokoliv měnit.“ JUDr. Tomáš Sokol, místopředseda ČAK



„Tomuto neblahému trendu lze čelit z podstatné části pouze politicky, v tom smyslu, že jej lidé nebudou chtít. Že se najdou politické skupiny, které řeknou dost, přehánění se to, má se to zastavit. Tady se nabourává něco, co zde 150 let nebo i déle fungovalo a je to k dobru systému, přestože to občas přináší těžkosti orgánům toho či onoho druhu.“ JUDr. PhDr. Karel Šimka, Ph.D., LL.M.

Co je to advokátní mlčenlivost?

- Povinnost mlčenlivosti advokáta je v českém právu chápána jako jedna ze základních povinností advokáta, a to takového významu, že je označována za pilíř současné advokacie.
- Představuje základní předpoklad pro vzájemnou důvěru advokáta a klienta; tato důvěra spočívá v jistotě, že informace poskytnuté advokátovi v souvislosti s poskytováním právních služeb nemohou být vyzrazeny třetí osobě.
- Pouze v prostředí důvěry může klient poskytnout bez obav všechny potřebné informace k výkonu právních služeb. Povinnost mlčenlivosti tak přispívá k dosažení spravedlnosti v právu, jelikož volba nejlepšího postupu advokáta v zájmu svého klienta v každém případě závisí na informacích, které dostane od svého klienta.
- Zároveň se jedná o jeden ze základních nástrojů ochrany osob před neoprávněným použitím informací, které se jich týkají.
- Povinnost mlčenlivosti advokáta je zákonnou povinností ukládanou „v zájmu klienta a ochrany jeho zájmů“.
- Ústavní základ institutu mlčenlivosti advokátů je zakotven v **Listině základních práv a svobod**, která upravuje v čl. 37 odst. 2 a čl. 40 odst. 3 právo každého na právní pomoc v řízení před soudy, jinými státními orgány či orgány veřejné správy, a to od počátku řízení a právo (v případech, kdy to vyžaduje zákon) hájit se prostřednictvím obhájce.
- V čl. 10 Ústava upravuje právo na zachování lidské důstojnosti, osobní cti, dobré pověsti a ochranu jména, dále ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života, jakož i právo na ochranu před neoprávněným shromažďováním, zveřejňováním nebo jiným zneužíváním údajů o své osobě.
- Povinnost mlčenlivosti vždy působí vůči třetím osobám.



„Advokátní mlčenlivost musí reálně existovat. Nestačí, když bude pouze tvrzena v zákoně!“ JUDr. Vladimír Jirousek, předseda České advokátní komory



„Advokátní mlčenlivost není nic nového ani moderního, v českých zemích má tradici dlouhou 150 let. Dnes však advokátům hrozí povinnost hlásit činnosti, které ani nejsou protiprávní, což povede k redukci občanských práv a hodnot. Ztratí-li se jednou důvěra v advokátní mlčenlivost, zpátky se už nikdy nevrátí.“ JUDr. Tomáš Sokol, místopředseda ČAK



„Čím je stát silnější, tím nebezpečněji vnímá nezávislé advokáty. Už chybí jen právo státu na informaci, čímž by se advokát stal pomocníkem daňového orgánu.“ André Haug, viceprezident Německé advokátní komory

Další legislativní vývoj ohledně směrnice DAC 6

- Na základě připomínek České advokátní komory a dalších profesních komor Ministerstvo financí ČR svůj návrh přepracovalo.
- Přestože stále nejde o úplně minimální možnou verzi transpozice, připomínkám ČAK bylo v podstatě v celém rozsahu vyhověno.
- Byla akceptována vnitrostátní úroveň profesní povinnosti mlčenlivosti. Zprostředkovatel s povinností mlčenlivosti je povinen pouze poučit klienta – uživatele uspořádání, o tom, že nemá povinnost jej hlásit, tuto povinnost má nadále uživatel, případně zprostředkovatel bez povinnosti mlčenlivosti.
- Charakteristické znaky uspořádání obsahuje příloha k zákonu, nikoliv podzákonný právní předpis.
- Byla upravena výše sankcí na úroveň v daňovém řádu již stanovenou.



„Tento vývoj dává naději, že do profesních práv a povinností nebude zasahováno a doufáme, že se tento stav podaří zachovat.“ JUDr. Petra Vrabliková, vedoucí Oddělení pro věci kárné ČAK

Máte další dotazy?

Napište nám, zavolejte, zeptejte se. Poskytneme bližší informace, vysvětlení, doporučení, argumentaci, příklady, rozборы, podklady, analýzy.

Kontaktní osoby:

JUDr. Vladimír Jirousek, předseda ČAK (e-mail: jjirousek@cak.cz)

JUDr. Monika Novotná, členka představenstva ČAK zodpovědná za daňové otázky
(e-mail: monika.novotna@roedl.cz)

*Podrobnou informaci s podstatnou částí vystoupení všech účastníků najdete také na webu ČAK (www.cak.cz) a na novém zpravodajském serveru **Advokátní deník** (www.advokatidenik.cz).*



„Snažme se vždy připomínat, že zákonná povinnost mlčenlivosti svědčící advokátovi je povinností přikázanou, a tedy obecně chráněnou a přitom jakýkoli legislativní návrh popírající hierarchii ústavní veličiny, tj. povinnosti mlčenlivosti nad procesem výběru daní, jež ústavní veličinou rozhodně není, znamená takové upřednostnění údajně veřejného zájmu, které nemůže obstát v testu proporcionality k posouzení ústavní konformity daného zákonného ustanovení.“

JUDr. Vladimír Jirousek, předseda ČAK



Česká advokátní komora
Praha 1, Národní 16, 110 00, www.cak.cz