

Comentarii cu privire la Proiectul de lege nr. 483/2018 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului (de transpunere a Directivei EU 2015/849- directiva nr.4)

Nr.crt.	Textul din Directiva 2015/849	Textul din proiectul de lege aprobat de Senat	Observații
	Cui se adresează Directiva? Entități obligate să raporteze	Entități raportoare	
1.	<p>Art.2 (1) Prezenta directivă se aplică următoarelor <u>entități obligate</u>:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. instituții de credit; 2. instituții financiare; 3. următoarele persoane fizice sau juridice, în exercitarea activităților lor profesionale: <ol style="list-style-type: none"> (a) auditori, experți contabili externi și consilieri fiscali; (b) <u>notari și alte persoane care exercită profesii juridice liberale, atunci când participă, în numele și pe seama clientului, la orice</u> 	<p>Art.4 (1) Intră sub incidența prezentei legi următoarele <u>entități raportoare</u>:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Instituțiile de credit persoane juridice române și sucursalele instituțiilor de credit persoane juridice străine b) Instituții financiare persoane juridice române și sucursalele instituțiilor financiare persoane juridice străine c) Administratorii de fonduri de pensii private, în nume propriu și pentru fonduri de pensii private pe care le administrează, cu excepția caselor 	<p>Directiva are în vedere, ca entități obligate să raporteze, notarii ori alte persoane care exercită profesii liberale atunci când, în numele și pe seama clientului participă la crearea, functionarea sau administrarea de fiducii, societăți, fundații sau structuri similare.</p> <p>În legea de transpunere, legiuitorul a făcut o confuzie, introducând în rândul entităților care trebuie să raporteze pe însăși entitățile create, pe de o parte, și pe de altă parte lărgind aria de aplicare la asociații și federații.</p> <p>Scopul Directivei este acela de a obliga profesiile juridice liberale ca , atunci când</p>

<p><u>tranzacție financiară sau imobiliară, sau când acordă asistență pentru planificarea sau efectuarea tranzacțiilor pentru client referitoare la:</u></p> <p>(i) cumpărarea și vânzarea de bunuri imobile sau entități comerciale;</p> <p>(ii) gestionarea banilor, a valorilor mobiliare sau a altor active ale clientului;</p> <p>(iii) deschiderea sau gestionarea de conturi bancare, conturi de economii sau conturi de valori mobiliare;</p> <p>(iv) organizarea contribuțiilor necesare pentru crearea, funcționarea sau administrarea societăților;</p> <p>(v) <u>crearea, funcționarea sau administrarea de fiducii, societăți, fundații sau structuri similare;</u></p> <p>(c) furnizori de servicii pentru fiducii sau societăți care nu fac obiectul literei (a) sau (b);</p> <p>(d) agenți imobiliari;</p> <p>(e) alte persoane care comercializează bunuri, numai în măsura în care plățile sunt efectuate</p>	<p>de pensii ocupaționale profesionale</p> <p>d) Furnizorii de servicii de jocuri de noroc</p> <p>e) Auditorii, experții contabili și contabilii autorizați, cenzorii, persoanele care acordă consultanță fiscală, financiară, de afaceri sau contabilă</p> <p>f) Notari publici, avocați, executori judecătorești și alte persoane care exercită profesii juridice liberale, în cazul în care acordă asistență pentru întocmirea sau perfectarea de operațiuni pentru clienții lor privind cumpărarea ori vânzarea de bunuri imobile, acțiuni sau părți sociale ori elemente ale fondului de comerț, (...)</p> <p>g) Furnizorii de servicii pentru societăți sau fiducii, alții decât cei prevăzuți la lit.e) și f)</p> <p>h) Agenții imobiliari</p> <p>i) <u>Fundațiile și asociațiile, federațiile, precum și orice alte persoane juridice de drept privat fără scop patrimonial</u></p> <p>j) Alte entități care comercializează bunuri sau prestează servicii, în măsura în care efectuează tranzacții în numerar a căror limită minimă</p>	<p>contribuie la crearea, funcționarea sau administrarea unor entități noi (fiducii, societăți, fundații sau structuri similare) în numele CLIENTULUI, să raporteze în legătură cu beneficiarul real (vezi pct. 2) al acestei noi construcții.</p> <p><i>Precizare:</i> terminologia din dreptul anglo-saxon nu își găsește, întotdeauna corespondentul întocmai în dreptul continental. De pildă, enumerarea de la pct. (v) este în limba engleză: „ trusts, companies, foundations, or similar structures”.</p> <p>Nu există o definiție legal acceptată la nivelul UE privind fundația.</p> <p>În ceea ce privește sistemul de common-law, aici există fundația caritabilă-donatoare, de regulă fundație de familie, care distribuie fonduri către alte entități non-profit (exp. Bill & Melinda Gates, Ford Foundations, Open Society Foundations) sau cele care își folosesc patrimoniul pentru propriile acțiuni caritabile.</p> <p>În România, pentru a deschide o fundație este nevoie de bunuri sau numerar de cel puțin 100 de salarii minime pe economie iar în cazul fundațiilor care se ocupă de colectarea de fonduri pentru alte asociații și fundații, de 20 de salarii minime pe economie. În România nu există fundații caritabile-donatoare, de genul</p>
---	--	---

	<p>sau încasate în numerar și au o valoare de cel puțin 10 000 EUR, indiferent dacă tranzacția se efectuează printr-o singură operațiune sau prin mai multe operațiuni care par a avea o legătură între ele;</p> <p>(f) furnizorii de servicii de jocuri de noroc.</p>	<p>reprezintă echivalentul în lei a 10.000 euro, indiferent dacă tranzacția se efectuează printr-o singură operațiune sau prin mai multe operațiuni ce par a avea o legătură între ele</p>	<p>celor din SUA.</p> <p>Asociația, în schimb, este un subiect de drept constituit de cel puțin 3 persoane care pun în comun bunuri, cunoștințe ori aport în muncă pentru un interes general, al unei colectivități ori în interesul lor personal nepatrimonial. Acestea pot fi asociații profesionale, cluburi ori asociații din orice alt domeniu cultural, artistic, civic, minorități naționale, etc.</p> <p>Prin urmare, dincolo de activitatea non-profit, nu există nicio legătură dintre o fundație, care presupune un fondator și patrimoniu semnificativ și asociații, cu atât mai puțin din perspectiva prevenirii spălării banilor.</p> <p>Terminologia de „structuri similare” se referă nu la entități non-profit, ci la cele care au structura asemănătoare fiduciilor sau fundațiilor, respectiv afectarea unui patrimoniu consistent și distribuirea acestuia, sensul Directivei fiind acela de a afla cine este, în mod real, constitutorul, fiduciarul ori persoanele care controlează în mod real entitățile create, lucru la care este obligat să raporteze profesionistul care înființează, administrează o astfel de entitate și nu entitatea însăși, pentru că, dacă scopul acesteia ar fi fraudulos aceasta din urmă nu ar raporta niciodată.</p> <p>De altfel art.3, pct.6, lit.c) din Directivă (vezi</p>
--	--	--	--

			<p>pct.2), expliciteaza construcțiile similare ca fiind „asemănătoare fiducilor”.</p> <p>Precizăm că nu avem cunoștință ca vreun stat membru să fi introdus ca entități obligate să raporteze, asociații ori fundații.</p> <p>Dacă România consideră că astfel de entități sunt pasibile de spălari de bani ori finanțarea terorismului, atunci trebuie să facă dovada unei analize de risc, conform art.4, alin.1 și a faptului că a informat Comisia, conform alin.2.</p> <p>Propunere: eliminarea fundațiilor, asociațiilor și federațiilor din rândul entităților obligate să raporteze și păstrarea punctului (v) așa cum este redactat în Directivă.</p>
Beneficiarul real			
2.	<p>Art.3 În sensul prezentei directive, se aplică următoarele definiții:</p> <p>6. “beneficiar real” înseamnă orice persoană (persoane) fizică (fizice) care dețin(e) sau controlează în ultimă instanță clientul și/sau persoana fizică (persoanele fizice) în numele căreia (căror) se realizează o tranzacție sau o activitate și care includ(e) cel puțin:</p>	<p>Art.3 (1) În sensul prezentei legi, <u>prin beneficiar real</u> se înțelege orice persoană fizică ce deține sau controlează în cele din urmă clientul și/sau persoana fizică în numele ori în interesul căruia/căreia se realizează, direct sau indirect, o tranzacție sau o activitate.</p> <p>(2) Noțiunea de <i>beneficiar real</i> include cel puțin:</p> <p>a) În cazul societăților:</p> <p>1. Persoana sau persoanele fizice care dețin sau controlează în cele din urmă o</p>	<p>Din perspectiva Directivei, notarii sau alte persoane care exercită profesii liberale, <u>sunt entități obligate să raporteze, în cazul fundațiilor și construcțiilor juridice similare cu fiducia</u>, în legătură cu persoanele care exercită poziții de tipul: fondator, consiliu de conducere, poziții executive.</p>

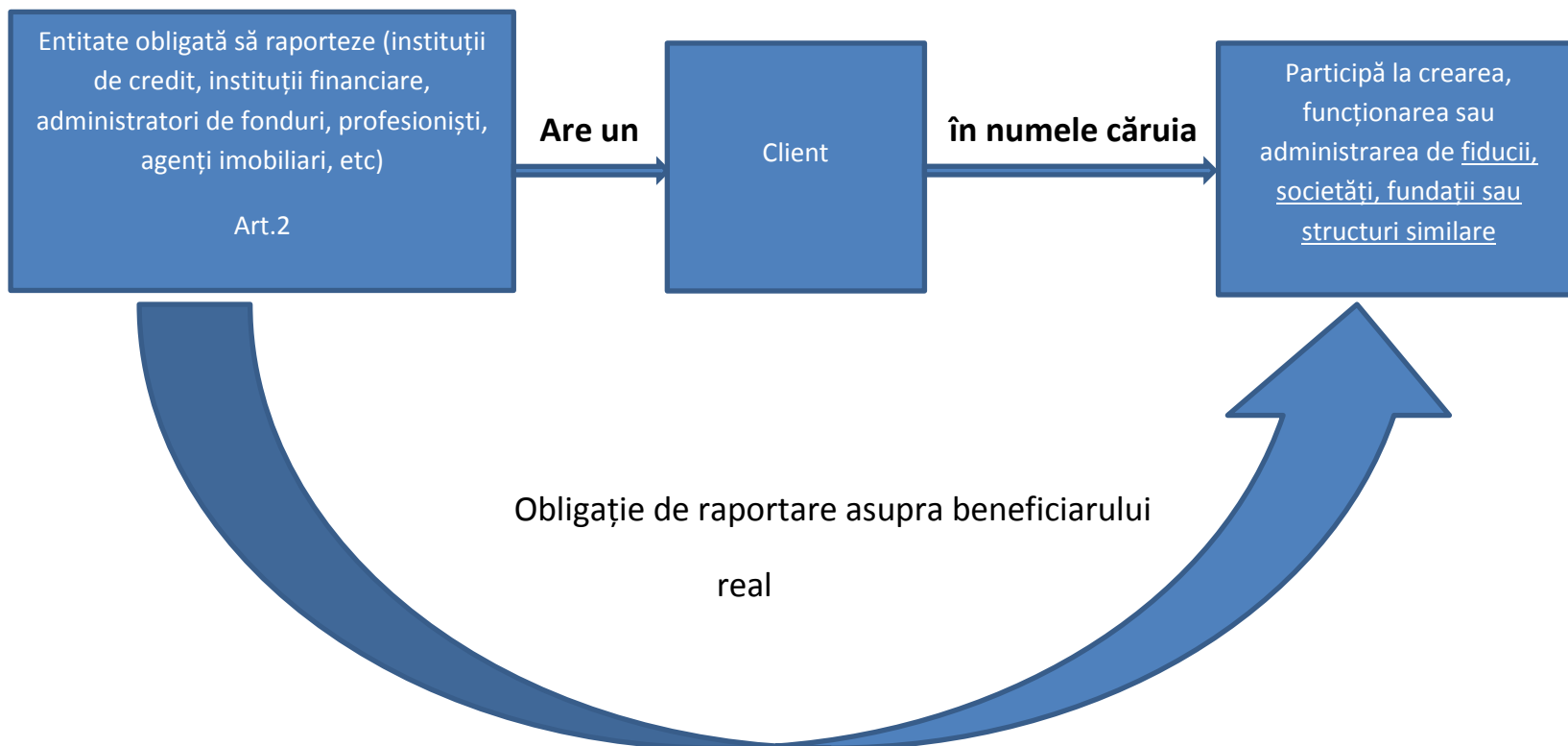
	<p>(a) în cazul entităților corporative:</p> <p>(i) persoana fizică (persoanele fizice) care dețin(e) sau controlează în ultimă instanță o entitate juridică prin exercitarea directă sau indirectă a dreptului de proprietate asupra unui procent suficient din acțiuni ori din drepturile de vot ori prin participația în capitalurile proprii ale entității respective, inclusiv prin deținerea de acțiuni la purtător, sau prin exercitarea controlului prin alte mijloace, alta decât o societate cotate pe o piață reglementată care face obiectul cerințelor de divulgare a informațiilor în conformitate cu dreptul Uniunii sau al unor standarde internaționale echivalente care asigură transparența corespunzătoare a informațiilor privind exercitarea dreptului de proprietate.(...)</p> <p>(ii) în cazul în care, după epuizarea tuturor mijloacelor posibile și cu condiția să nu existe motive de suspiciune, nu se identifică nicio persoană în conformitate cu punctul (i) sau în cazul în care există orice</p>	<p>persoană juridică prin exercitarea dreptului de proprietate, în mod direct sau indirect, asupra unui număr de acțiuni sau de drepturi de vot suficient de mare pentru a-i asigura controlul, ori prin participația în capitalurile proprii ale persoanei juridice, sau prin exercitarea controlului prin alte mijloace (...)</p> <p>2. Persoana sau persoanele fizice ce asigură conducerea persoanei juridice, în cazul în care, după epuizarea tuturor mijloacelor posibile și cu condiția să nu existe motive de suspiciune, nu se identifică nicio persoană fizică în conformitate cu pct.1, ori în cazul în care există orice îndoială că persoana identificată este beneficiarul real, caz în care entitatea raportoare este obligată să păstreze și evidența măsurilor aplicate în scopul identificării beneficiarului real în conformitate cu pct.1 și prezentul punct</p> <p>b) În cazul fiduciilor:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Constitutorii 2. Fiduciarul 3. Protectorul 4. Beneficiarii reali sau, în cazul în care aceștia nu sunt precizați în 	<p>Legea de transpunere interpretează greșit sensul Directivei.</p>
--	--	--	---

<p>îndoială că persoana identificată (persoanele identificate) este (sunt) beneficiarul real (beneficiarii reali), persoana fizică (persoanele fizice) care ocupă o funcție (funcții) de conducere de rang superior, entitățile obligate țin evidența măsurilor luate în vederea identificării beneficiarilor reali în conformitate cu punctul (i) și cu prezentul punct</p> <p>(b) în cazul fiduciilor:</p> <p>(i) constitutorul;</p> <p>(ii) fiduciarul (fiduciarii);</p> <p>(iii) protectorul, dacă există</p> <p>(iv) beneficiarii sau, în cazul în care persoanele care beneficiază de construcția juridică sau entitatea juridică nu au fost încă identificate, categoria de persoane în al căror interes principal se constituie sau funcționează construcția juridică sau entitatea juridică;</p> <p>(v) oricare altă persoană fizică ce exercită controlul în ultimă instanță</p>	<p>contractul de fiducie și nici desemnați (?????)</p> <p>5. Ulterior, categoria de persoane în al căror interes principal a fost încheiat contractul de fiducie (????)</p> <p>6. Orice altă persoană fizică ce exercită controlul în ultimă instanță asupra fiduciei prin exercitarea directă sau indirectă a dreptului de proprietate sau prin alte mijloace</p> <p>c) În cazul asociațiilor și fundațiilor:</p> <p>1. Membrii în consiliul director pentru asociații</p> <p>2. Fondatorii și membrii în consiliul director pentru fundații</p> <p>3. Persoanele cu funcții executive împuternicite de consiliul director al asociației sau fundației, în temeiul art.26 și, respectiv, art.29 alin.7 don OG 26/2000 cu privire la asociații și fundații</p> <p>4. Persoanele fizice sau, în cazul în care nu au fost identificate, categoria de persoane fizice în al căror interes principal asociația sau fundația a fost înființată sau funcționează</p> <p>5. Orice altă persoană fizică ce exercită controlul în ultimă instanță, prin orice mijloace, asupra asociației sau</p>	<p>Astfel, cf. Art.777 Cod civil, beneficiarul fiduciei poate fi constitutorul, fiduciarul sau o terță persoană. În acest sens, punctul (iv) din directivă se aplică doar fiduciilor.</p> <p>Plasarea punctului 4. în dreptul asociațiilor și fundațiilor este lipsită de sens întrucât asociația ori fundația, prin actele de constituire depuse la judecătoria de circumscripție (trece prin controlul judecătoresc cu participarea procurorului) indică exact care sunt persoanele care au constituit respectivele entități, cu ce scop, care sunt primele organe de conducere, patrimoniul alocat, etc.. Mai mult, sentința judecătorească se transmite Registrului asociațiilor și fundațiilor, registru public gestionat de Ministerul Justiției. Aceste aspecte, acoperite de pct. 1, 2 și 3 din legea de transpunere, sunt redundante în raport de legislația în vigoare.</p> <p>Pe de altă parte, asociațiile și fundațiile sunt și în prezent subiecte ale obligației de raportare către ONPCSB a oricărei activități similare spălării banilor, având obligația de a desemna o persoană de legătură cu Oficiul.</p> <p>Din cauza greșitei interpretări a Directivei, în legea de transpunere s-a creat o confuzie între entitățile obligate să raporteze (profesioniștii)</p>
--	---	--

	<p>asupra fiduciei prin exercitarea directă sau indirectă a dreptului de proprietate sau prin alte mijloace;</p> <p>(c) în cazul entităților juridice precum fundațiile și al construcțiilor juridice similare fiduciilor, persoana fizică (persoanele fizice) care ocupă poziții echivalente sau similare celor menționate la litera (b);</p>	<p>fundației.</p>	<p>și entitățile create de aceștia, respectiv fiduciile ori fundațiile (așa cum s-au definit la comentariile de la pct.1). În sensul Directivei, profesioniștii sunt cei care trebuie să raporteze Oficiului în legătură cu beneficiarii reali ai clienților lor. Prin introducerea asociațiilor și fundațiilor în cadrul entităților care trebuie să raporteze, ținând cont de pct.4 din legea de transpunere, rezultă că acestea au obligația de raportare a beneficiarilor, persoane fizice, în al căror interes acestea au fost create, de pildă a copiilor cu dizabilități, a membrilor unei comunități anume, a persoanelor infectate HIV etc., lucru care, cu siguranță, nu este în spiritul directivei.</p> <p>Mai mult, , cf.art.10, alin 1 din legea de transpunere, “entitățile rapotoare sunt obligate să aplice măsuri standard de cunoaștere a clientelei”. Dacă asociațiile și fundațiile (prin fondatori ori membri asociați) din clienți ai profesioniștilor (în sensul Directivei) ajung entități raportoare (în sensul legii de transpunere), rezultă că acestea trebuie să raporteze asupra potențialilor beneficiari reali ai oricăror entități cu care intră în relații de parteneriat ori tranzacționale (fie acestea ong-uri ori societăți comerciale de la care cumpără bunuri ori servicii), lucru care depășește cu mult obiectul de activitate al unui ong. Aceasta nu</p>
--	---	-------------------	--

			<p>este nici instituție de credit, nici instituție financiară, nici auditor, avocat, notar, agent imobiliar, etc, entități care au posibilitatea legală de a avea acces la astfel de informații.</p> <p>Propunere: eliminarea pct. 4 al lit.c) , alin.2 din art. 3</p>
--	--	--	---

Din perspectiva Directivei 2015/849



Din perspectiva legii de implementare

