Noi prevederi privind beneficiarul real introduse prin Ordonanța de Urgența 111|2020. Clarificari și noi incertitudini

Pe 15 iulie 2020, a fost publicata în Monitorul Oficial al României și a intrat în vigoare Ordonanța de urgența nr. 111/2020 privind modificarea și completarea Legii nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spalarii banilor și finanțarii terorismului, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative (denumita în continuare „OUG 111/2020") care determina anumite modificari cu privire la prevenirea și combaterea spalarii banilor și finanțarii terorismului. Modificarile principale vizeaza definiția beneficiarului real, acordarea accesului nerestricționat la informațiile privind beneficiarul real, precum și anumite obligații în domeniul sistemelor de monede digitale.

Prezentam în continuare câteva aspecte legate de determinarea și declararea beneficiarului real.

1. Modificarea noțiunii de beneficiar real prevazuta de Legea nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spalarii banilor și finanțarii terorismului („Legea 129/2019")

1.1. Modificarea noțiunii de beneficiar real pentru societați

În primul rând, definiția beneficiarului real nu se mai aplica doar societaților guvernate de lege româna, ci și entitaților corporative straine. Drept urmare, în determinarea beneficiarului real dispozițiile legii române se vor aplica și pentru societațile guvernate de lege straina care dețin participații într-o societate guvernata de lege româna.

O clarificare similara ar fi fost utila și pentru dispozițiile referitoare la fiducii sau structuri juridice asemanatoare sau cu privire la persoanele juridice fara scop lucrativ, întrucât practica registrelor comerțului din țara este neunitara în interpretarea aplicabilitații acestor dispoziții în ceea ce privește entitațile corporative straine. Anumite registre ale comerțului au respins determinarea beneficiarului real în acest mod, context în care, în lipsa unei clarificari din partea legiuitorului, ne vom confrunta în continuare în practica cu pareri divergente și determinari diferite ale beneficiarilor reali în situații de fapt asemanatoare sau identice.

Noua reglementare vine cu o clarificare cu privire la criteriile pentru determinarea beneficiarului real și stabilește trei criterii:

(i) criteriul deținerii

Deținerea poate fi directa sau indirecta și se manifesta prin exercitarea directa sau indirecta a dreptului de proprietate. Reprezinta un indiciu al exercitarii directe a dreptului de proprietate detinerea a 25% plus unu din actiuni sau participare în capital al unei societati într-un procent de peste 25% de catre o persoana fizica. Reprezinta un indiciu al exercitarii indirecte a dreptului de proprietate detinerea a 25% plus unu din actiuni sau participarea în capital al unei societati într-un procent de peste 25% de catre o entitate corporativa straina, care se afla sub controlul unei persoane fizice, sau de catre mai multe entitati corporative straine, care se afla sub controlul aceleiasi persoane fizice. Ultima parte se aplica unei situații care, deși nu genera opinii contradictorii în practica, nu era totuși reglementata de textul legal, respectiv situația în care o singura persoana fizica deținea o participație care depașea 25% plus unu din numarul de acțiuni al societații din România prin intermediul mai multor societați care individual nu aveau o participație care sa depașeasca 25% plus unu din numarul de acțiuni al societații din România.

(ii) criteriul controlului

Conform textului de lege, exercitarea dreptului de proprietate în mod direct sau indirect poate fi realizata şi prin intermediul controlului, nu doar al deţinerii, controlul nefiind definit în Legea 129/2019, astfel cum a fost modificata de OUG 111/2020. Totuşi, potrivit legii, acest criteriu se apreciaza prin raportare la exercitarea directa sau indirecta a dreptului de proprietate asupra a 25% plus unu din acţiunile sau participarea în capitalurile unei societaţi.

(iii) criteriul controlului prin alte mijloace

În continuare, remarcam ca legea nu defineşte noţiunea de control prin alte mijloace. Drept urmare, anticipam ca aceste prevederi vor pune în continuare probleme de interpretare în practica. Societaţile din România vor trebui sa îşi faca o analiza proprie şi, pe lânga criteriul deţinerii, sa aiba în vedere şi criteriul controlului prin alte mijloace. Controlul prin alte mijloace poate fi realizat independent de exercitarea directa sau indirecta a dreptului de proprietate a 25% plus unu din acţiunile sau participaţia la capitalul social, spre exemplu, prin numirea majoritaţii membrilor organelor de conducere ale societaţii sau prin existenţa unor drepturi speciale de vot sau drepturi speciale în baza actului constitutiv al societaţii din România sau al unui acord al asociaţilor/acţionarilor. Conform Recomandarilor OECD (Organizaţia pentru Cooperare şi Dezvoltare Economica) controlul poate fi exercitat prin influenţarea deciziilor prin intermediul membrilor de familie sau prin alte legaturi cu cei care iau deciziile în societate sau prin deţinerea de instrumente negociabile sau acţiuni convertibile ale unei societaţi. Introducerea noţiunii de conducere de rang superior.

Conform formei anterioare a legii, în masura în care dupa epuizarea tuturor mijloacelor şi cu condiţia sa nu existe motive de suspiciune, nu se identifica o persoana fizica beneficiar real, ori în cazul în care existau îndoieli cu privire la faptul ca persoana fizica identificata era beneficiarul real, persoana sau persoanele care exercitau conducerea persoanei juridice erau consideraţi beneficiarii reali.

Noua forma a legii se refera expres la conducerea de rang superior, fara a defini ce înseamna conducere de rang superior, însa oferind anumite exemple. Din punctul nostru de vedere, nu este exclusa declararea mai multor persoane din conducerea de rang superior în ipoteza în care aceştia au competenţe partajate (spre exemplu, în funcţie de competenţe, pot fi declaraţi atât membrii consiliului de administraţie, cât şi directorii). Devine cu atât mai importanta analiza întregului context de reglementare interna a fiecarei societaţi, urmând sa se ia în calcul dispoziţiile actului constitutiv, ale contractelor de administrare, ale deciziilor consiliilor de administraţie prin care se deleaga atribuţii catre directori precum şi alte politici şi reguli prin care se determina conducerea persoanei juridice relevante.

O întrebare care s-a ridicat în trecut în practica a fost daca în noţiunea de beneficiar real puteau intra şi persoanele care asigurau conducerea uneia dintre persoanele juridice care deţineau persoana juridica din România.

1.2. Modificarea noţiunii de beneficiar real pentru fiducii sau alte entitaţi cu o construcţie similara

Determinarea beneficiarului real în cazul fiduciilor sau entitaţilor juridice cu o structura similara se poate dovedi mai dificila decât în cazul societaţilor întrucât acestea sunt construcţii juridice complexe în care, de regula, nu exista nicio deţinere a vreunei persoane a vreunei parţi din bunurile sau capitalurile acestor persoane juridice.

Suplimentar, din punct de vedere al legii române, s-ar putea dovedi dificila identificarea beneficiarului real în cazul unei structuri combinate (societate româna deţinuta direct sau indirect de o fiducie sau de o construcţie juridica asemanatoare fiduciei).

Remarcam ca în cazul fiduciilor şi construcţiilor juridice asemanatoare legea nu mai reia prevederea privind

aplicabilitatea lor la entitaţile corporative straine. Drept urmare, ramâne în continuare neclar daca aceste prevederi s-ar putea aplica prin analogie pentru a determina beneficiarul real în cazul unei fiducii sau unei construcţii juridice asemenatoare, o interpretare în sensul aplicarii neputând fi exclusa.

În cazul fiduciilor sau construcţiilor juridice similare se vor declara:

1.2.1. constituitorul/constituitorii, precum si persoanele desemnate sa îi/le reprezinte interesele în conditiile legii, spre deosebire de forma veche a legii care se referea doar la constituitori;
1.2.2. fiduciarul/fiduciarii;
1.2.3. beneficiarul/beneficiarii sau, în cazul în care identitatea acestuia/acestora nu este identificata, categoria de persoane în al caror interes principal se constituie sau functioneaza fiducia sau constructia juridica similara;
1.2.4. oricare alta persoana fizica ce exercita controlul în ultima instanta asupra fiduciei sau a constructiei juridice similare din dreptul strain prin exercitarea directa sau indirecta a dreptului de proprietate sau prin alte mijloace.

Noua forma a legii nu mai include protectorii printre persoanele care vor fi declarate beneficiari reali. De asemenea, noua forma a legii vine cu o clarificare, anume faptul ca se vor declara toate persoanele de mai sus ca beneficiari reali. Consideram ca legea instituie o prezumţie absoluta ca aceste persoane sunt beneficiari reali ai fiduciilor sau construcţiilor juridice similare indiferent daca exercita sau nu controlul asupra acestor entitaţi, similar cu recomandarile OECD şi FATF (Grupul de Acţiune Financiara Internaţionala) .

1.3. Introducerea noţiunii de beneficiar real pentru persoane juridice fara scop lucrativ

Spre deosebire de forma anterioara, persoanelor juridice fara scop lucrativ (cum ar fi asociaţiile şi fundaţiile fara scop lucrativ) nu li se vor mai aplica prevederile de la fiducii. Legiutorul a venit cu o reglementare proprie pentru acestea. Vor fi beneficiari reali ai persoanelor juridice fara scop lucrativ:

1.1.1 asociatii sau fondatorii;
1.1.2 membrii în consiliul director;
1.1.3 persoanele cu functii executive împuternicite de consiliul director sa exercite atributii ale acestuia;
1.1.4 în cazul asociatiilor, categoria de persoane fizice ori, dupa caz, persoanele fizice în al caror interes principal acestea au fost constituite, respectiv, în cazul fundatiilor, categoria de persoane fizice în al caror interes principal acestea au fost constituite;
1.1.5 oricare alta persoana fizica ce exercita controlul în ultima instanta, prin orice mijloace, asupra persoanei juridice fara scop lucrativ.

Legiuitorul nu a mai clarificat daca şi în cazul persoanelor juridice fara scop lucrativ vor fi declarate toate persoanele indicate (cum a facut în cazul fiduciilor) ramânând un alt punct interpretabil.

De asemenea, nici în cazul persoanelor juridice fara scop lucrativ legea nu mai reia aplicabilitatea dispoziţiilor privind beneficiarul real şi la persoanele juridice guvernate de o alta lege decât legea româna. Drept urmare, ramâne în continuare neclar şi în acest caz daca aceste prevederi s-ar putea aplica prin analogie pentru a determina beneficiarul real în cazul unei persoane juridice fara scop lucrativ care deţine controlul asupra unei societaţi guvernate de lege româna.

1.2 Beneficiarul real pentru alte persoane juridice decât cele de mai sus şi pentru entitaţile care administreaza şi distribuie fonduri

Beneficiarii reali în cazul acestor entitaţi vor fi:

1.2.1 persoana fizica beneficiara a cel putin 25% din bunurile, respectiv partile sociale sau actiunile unei persoane juridice sau ale unei entitati fara personalitate juridica, în cazul în care viitorii beneficiari au fost deja identificati;
1.2.2 grupul de persoane în al caror interes principal se constituie ori functioneaza o persoana juridica sau entitate fara personalitate juridica, în cazul în care persoanele fizice care beneficiaza de persoana juridica sau de entitatea juridica nu au fost înca identificate;
1.2.3 persoana sau persoanele fizice care exercita controlul asupra a cel putin 25% din bunurile unei persoane juridice sau entitati fara personalitate juridica, inclusiv prin exercitarea puterii de a numi sau de a revoca majoritatea membrilor organelor de administratie, conducere sau supraveghere a respectivei entitati.;
1.2.4 persoana sau persoanele fizice ce asigura conducerea persoanei juridice, în cazul în care, dupa depunerea tuturor diligentelor si cu conditia sa nu existe motive de suspiciune, nu se identifica nicio persoana fizica în conformitate cu punctele de mai sus ori în cazul în care exista orice îndoiala ca persoana identificata este beneficiarul real, caz în care entitatea raportoare este obligata sa pastreze si evidenta masurilor aplicate în scopul identificarii beneficiarului real în conformitate cu punctele de mai sus si prezentul punct.

2. Modificarea obligaţiei de depunere a declaraţiei de beneficiar real la Registrul Comerţului

Obligaţia de declarare a beneficiarului real va fi considerata îndeplinita la înmatricularea societaţii şi prin includerea datelor beneficiarului real şi a modalitaţii de exercitare a controlului asupra persoanei juridice în actul constitutiv. Mai mult, modificarea ulterioara a datelor de identificare a beneficiarului real nu instituie obligativitatea întocmirii unui act modificator al actului constitutiv, declararea acestora urmând a se face prin intermediul unei declaraţii. Din formularea legii, înţelegem ca modificarea actului constitutiv în cazul modificarii beneficiarului real nu este obligatorie, însa reprezinta o modalitate alternativa de declarare faţa de declaraţia pe propria raspundere a reprezentantului legal al persoanei juridice.

De asemenea, este important de menţionat faptul ca declaraţia cu privire la beneficiarul real poate avea forma de înscris sub semnatura privata ori forma electronica şi poate fi transmisa la oficiul registrului comerţului fara nicio alta formalitate, prin mijloace electronice, cu semnatura electronica sau prin servicii de poşta şi curier.

În concluzie, remarcam ca legiuitorul a facut o serie de modificari şi clarificari aşteptate, însa au ramas în continuare aspecte care sunt subiect de dezbatere şi care pot genera soluţii diferite în practica.