

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

Pe 15 iulie 2020, a fost publicată în Monitorul Oficial al României și a intrat în vigoare Ordonanța de urgență nr. 111/2020 privind modificarea și completarea Legii nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative (denumită în continuare „OUG 111/2020”) care determina anumite modificări cu privire la prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului. Modificarile principale vizează definiția beneficiarului real, acordarea accesului nerestricționat la informațiile privind beneficiarul real, precum și anumite obligații în domeniul sistemelor de monede digitale.

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

1. Modificarea noțiunii de beneficiar real prevăzută de Legea nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului („Legea 129/2019”)

1.1. Modificarea noțiunii de beneficiar real pentru societăți

În primul rând, definiția beneficiarului real nu se mai aplica doar societăților guvernate de lege română, ci și entităților corporative straine. Drept urmare, în determinarea beneficiarului real dispozițiile legii române se vor aplica și pentru societățile guvernate de lege străină care dețin participații într-o societate guvernată de lege română.

O clarificare similară ar fi fost utilă și pentru dispozițiile referitoare la fiducii sau structuri juridice asemănătoare sau cu privire la persoanele juridice fără scop lucrativ, întrucât practica registrelor comerțului din țară este neunitară în interpretarea aplicabilității acestor dispoziții în ceea ce privește entitățile corporative straine. Anumite registre ale comerțului au respins determinarea beneficiarului real în acest mod, context în care, în lipsa unei clarificări din partea legiuitorului, ne vom confrunta în continuare în practică cu pareri divergente și determinări diferite ale beneficiarilor reali în situații de fapt asemănătoare 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 directă sau indirectă și se manifestă prin exercitarea directă sau indirectă a dreptului de proprietate. Reprezintă un indiciu al exercitării directe a dreptului de proprietate deținerea a 25% plus unu din acțiuni sau participare în capital al unei societăți într-un procent de peste 25% de către o persoană fizică. Reprezintă un indiciu al exercitării indirecte a dreptului de proprietate deținerea a 25% plus unu din acțiuni sau participarea în capital al unei societăți într-un procent de peste 25% de către o entitate corporativă străină, care se află sub controlul unei persoane fizice, sau de către mai multe entități corporative straine, care se află sub controlul aceleiași persoane fizice. Ultima parte se aplică unei situații care, deși nu generează opinii contradictorii în practică, nu era totuși reglementată de textul legal, respectiv situația în care o singură persoană fizică deținea o participație care depășea 25% plus unu din numărul de acțiuni al societății din România prin intermediul mai multor societăți care individual nu aveau o participație care să depășească 25% plus unu din numărul de acțiuni al societății din România.

(ii) criteriul controlului

Conform textului de lege, exercitarea dreptului de proprietate în mod direct sau indirect poate fi realizată și prin intermediul controlului, nu doar al deținerii, controlul nefiind definit în Legea 129/2019, astfel cum a fost modificată de OUG 111/2020. Totuși, potrivit legii, acest criteriu se apreciază prin raportare la exercitarea directă sau indirectă a dreptului de proprietate asupra a 25% plus unu din acțiunile sau participarea în capitalurile unei societăți.

(iii) criteriul controlului prin alte mijloace

În continuare, remarcăm ca legea nu definește noțiunea de control prin alte mijloace. Drept urmare, anticipăm ca aceste prevederi vor pune în continuare probleme de interpretare în practică. Societățile din România vor trebui să își facă o analiză proprie și, pe lângă criteriul deținerii, să aibă în vedere și criteriul controlului prin alte mijloace. Controlul prin alte mijloace poate fi realizat independent de exercitarea directă sau indirectă a dreptului de proprietate a 25% plus unu din acțiunile sau participația la capitalul social, spre exemplu, prin numirea majorității membrilor organelor de conducere ale societății sau prin existența unor drepturi speciale de vot sau drepturi speciale în baza actului constitutiv al societății din România sau al unui acord al asociaților/acționarilor. Conform Recomandarilor OECD (Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică) controlul poate fi exercitat prin influențarea deciziilor prin intermediul membrilor de familie sau prin alte legături cu cei care iau deciziile în societate sau prin deținerea de instrumente negociabile sau acțiuni convertibile ale unei societăți. Introducerea noțiunii de conducere de rang superior.

Conform formei anterioare a legii, în măsura în care după epuizarea tuturor mijloacelor și cu condiția să nu existe motive de suspiciune, nu se identifica o persoană fizică beneficiar real, ori în cazul în care existau îndoeli cu privire la faptul că persoana fizică identificată era beneficiarul real, persoana sau persoanele care exercitau conducerea persoanei juridice erau considerați beneficiarii reali.

Noua formă a legii se referă expres la conducerea de rang superior, fără a defini ce înseamnă conducere de rang superior, însă oferind anumite exemple. Din punctul nostru de vedere, nu este exclusă declararea mai multor persoane din conducerea de rang superior în ipoteza în care aceștia au competențe partajate (spre exemplu, în funcție de competențe, pot fi declarați atât membrii consiliului de administrație, cât și directorii). Devine cu atât mai importantă analiza întregului context de reglementare internă a fiecărei societăți, urmând să se ia în calcul dispozițiile actului constitutiv, ale contractelor de administrare, ale deciziilor consiliilor de administrație prin care se delega atribuții către directori precum și alte politici și reguli prin care se determină conducerea persoanei juridice relevante.

O întrebare care s-a ridicat în trecut în practică a fost dacă în noțiunea de beneficiar real puteau intra și persoanele care asigurau conducerea uneia dintre persoanele juridice care dețineau persoana juridică din România.

1.2. Modificarea noțiunii de beneficiar real pentru fiducii sau alte entități cu o construcție similară

Determinarea beneficiarului real în cazul fiduciilor sau entităților juridice cu o structură similară se poate dovedi mai dificilă decât în cazul societăților întrucât acestea sunt construcții juridice complexe în care, de regulă, nu există nicio deținere a vreunei persoane a vreunei părți din bunurile sau capitalurile acestor persoane juridice.

Suplimentar, din punct de vedere al legii române, s-ar putea dovedi dificilă identificarea beneficiarului real în cazul unei structuri combinate (societate română deținută direct sau indirect de o fiducie sau de o construcție juridică asemănătoare fiduciei).

Remarcăm că în cazul fiduciilor și construcțiilor juridice asemănătoare legea nu mai reia prevederea privind

aplicabilitatea lor la entitățile corporative straine. Drept urmare, rămâne în continuare neclar dacă aceste prevederi s-ar putea aplica prin analogie pentru a determina beneficiarul real în cazul unei fiducii sau unei construcții juridice asemănătoare, o interpretare în sensul aplicării neputând fi exclusă.

În cazul fiduciilor sau construcțiilor juridice similare se vor declara:

- 1.2.1. constituitorul/constitutorii, precum și persoanele desemnate să îi/le reprezinte interesele în condițiile legii, spre deosebire de forma veche a legii care se referea doar la constitutori;
- 1.2.2. fiduciarul/fiduciarii;
- 1.2.3. beneficiarul/beneficiarii sau, în cazul în care identitatea acestuia/acestora nu este identificată, categoria de persoane în al căror interes principal se constituie sau funcționează fiduciar sau construcția juridică similară;
- 1.2.4. oricare altă persoană fizică ce exercită controlul în ultima instanță asupra fiduciei sau a construcției juridice similare din dreptul străin prin exercitarea directă sau indirectă a dreptului de proprietate sau prin alte mijloace.

Noua formă a legii nu mai include protecții printre persoanele care vor fi declarate beneficiari reali. De asemenea, noua formă a legii vine cu o clarificare, anume faptul că se vor declara toate persoanele de mai sus ca beneficiari reali. Considerăm că legea instituie o prezumție absolută că aceste persoane sunt beneficiari reali ai fiduciilor sau construcțiilor juridice similare indiferent dacă exercită sau nu controlul asupra acestor entități, similar cu recomandările OECD și FATF (Grupul de Acțiune Financiară Internațională) .

1.3. Introducerea noțiunii de beneficiar real pentru persoane juridice fără scop lucrativ

Spre deosebire de forma anterioară, persoanelor juridice fără scop lucrativ (cum ar fi asociațiile și fundațiile fără scop lucrativ) nu li se vor mai aplica prevederile de la fiducii. Legiuitorul a venit cu o reglementare proprie pentru acestea. Vor fi beneficiari reali ai persoanelor juridice fără scop lucrativ:

- 1.1.1. asociații sau fondatorii;
- 1.1.2. membrii în consiliul director;
- 1.1.3. persoanele cu funcții executive împuternicite de consiliul director să exercite atribuții ale acestuia;
- 1.1.4. în cazul asociațiilor, categoria de persoane fizice ori, după caz, persoanele fizice în al căror interes principal acestea au fost constituite, respectiv, în cazul fundațiilor, categoria de persoane fizice în al căror interes principal acestea au fost constituite;
- 1.1.5. oricare altă persoană fizică ce exercită controlul în ultima instanță, prin orice mijloace, asupra persoanei juridice fără scop lucrativ.

Legiuitorul nu a mai clarificat dacă și în cazul persoanelor juridice fără scop lucrativ vor fi declarate toate persoanele indicate (cum a făcut în cazul fiduciilor) rămânând un alt punct interpretabil.

De asemenea, nici în cazul persoanelor juridice fără scop lucrativ legea nu mai reia aplicabilitatea dispozițiilor privind beneficiarul real și la persoanele juridice guvernate de o altă lege decât legea română. Drept urmare, rămâne în continuare neclar și în acest caz dacă aceste prevederi s-ar putea aplica prin analogie pentru a determina beneficiarul real în cazul unei persoane juridice fără scop lucrativ care deține controlul asupra unei societăți guvernate de lege română.

1.2 Beneficiarul real pentru alte persoane juridice decât cele de mai sus și pentru entitățile care administrează și distribuie fonduri

Beneficiarii reali în cazul acestor entități vor fi:

- 1.2.1 persoana fizică beneficiară a cel puțin 25% din bunurile, respectiv partile sociale sau acțiunile unei persoane juridice sau ale unei entități fără personalitate juridică, în cazul în care viitorii beneficiari au fost deja identificați;
- 1.2.2 grupul de persoane în al căror interes principal se constituie ori funcționează o persoană juridică sau entitate fără personalitate juridică, în cazul în care persoanele fizice care beneficiază de persoana juridică sau de entitatea juridică nu au fost încă identificate;
- 1.2.3 persoana sau persoanele fizice care exercită controlul asupra a cel puțin 25% din bunurile unei persoane juridice sau entități fără personalitate juridică, inclusiv prin exercitarea puterii de a numi sau de a revoca majoritatea membrilor organelor de administrație, conducere sau supraveghere a respectivei entități.;
- 1.2.4 persoana sau persoanele fizice care asigură conducerea persoanei juridice, în cazul în care, după depunerea tuturor diligențelor și cu condiția să nu existe motive de suspiciune, nu se identifică nicio persoană fizică în conformitate cu punctele de mai sus ori în cazul în care există orice îndoială că persoana identificată este beneficiarul real, caz în care entitatea raportoare este obligată să pastreze și evidența măsurilor aplicate în scopul identificării beneficiarului real în conformitate cu punctele de mai sus și prezentul punct.

2. Modificarea obligației de depunere a declarației de beneficiar real la Registrul Comerțului

Obligația de declarare a beneficiarului real va fi considerată îndeplinită la înmatricularea societății și prin includerea datelor beneficiarului real și a modalității de exercitare a controlului asupra persoanei juridice în actul constitutiv. Mai mult, modificarea ulterioară 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 declarații. Din formularea legii, înțelegem că modificarea actului constitutiv în cazul modificării beneficiarului real nu este obligatorie, însă reprezintă o modalitate alternativă de declarare față de declarația pe propria răspundere a reprezentantului legal al persoanei juridice.

De asemenea, este important de menționat faptul că declarația cu privire la beneficiarul real poate avea forma de înscris sub semnătură privată ori forma electronică și poate fi transmisă la oficiul registrului comerțului fără nicio altă formalitate, prin mijloace electronice, cu semnătură electronică sau prin servicii de poștă și curier.

În concluzie, remarcăm că legiuitorul a făcut o serie de modificări și clarificări așteptate, însă au rămas în continuare aspecte care sunt subiect de dezbatere și care pot genera soluții diferite în practică.