



COMISIA EUROPEANĂ

Bruxelles, XXX
[\[...\]](#)(2011) XXX proiect

DOCUMENT DE LUCRU AL SERVICIILOR COMISIEI

privind supravegherea instituțiilor de plată în ceea ce privește combaterea spălării de bani și raportarea în materie de către aceste instituții în diferite situații transfrontaliere

Prezentul document este un document de lucru al serviciilor Comisiei. Acesta nu reprezintă și nu aduce atingere niciunei poziții adoptate sau care urmează a fi adoptată de către Comisie cu privire la oricare dintre aspectele abordate.

Introducere

Scopul prezentului document de lucru este de a oferi orientare organismelor de supraveghere din UE și părților private interesate referitor la interacțiunea dintre Directiva privind serviciile de plată (2007/64/CE, denumită în continuare „DSP”) și Directiva privind combaterea spălării de bani (2005/60/CE, denumită în continuare „DCSB”) în ceea ce privește supravegherea instituțiilor de plată și obligațiile de raportare ale acestora în temeiul DCSB în diferite situații transfrontaliere.

În general, trebuie observat faptul că, odată autorizată o instituție de plată (denumită în continuare, „IP”) în statul membru de origine, aceasta poate desfășura activități în oricare alt stat membru în virtutea libertății de a presta servicii sau a libertății de stabilire fără a fi nevoită să obțină autorizații suplimentare în statul membru gazdă [articolul 10 alineatul (9) din DSP]. Articolul 20 alineatul (4) din DSP plasează autorizarea și supravegherea prudențială a instituției de plată (titlul II din DSP) sub responsabilitatea „*statului membru de origine*” (astfel cum este definit la articolul 4 punctul 1).

Referitor la normele privind transparența și informarea, precum și la normele de exercitare a activității (titlurile III și IV din DSP), în ceea ce privește serviciile de plată, instituțiile de plată trebuie să respecte, cel puțin în raport cu consumatorii, normele statului membru în care prestează serviciul de plată. Prin urmare, deși autorizată în statul membru A, condițiile pe baza cărora funcționează o instituție de plată pe piața statului membru B sunt reglementate de legislația națională de punere în aplicare a DSP în statul membru B.

În ceea ce privește încălcările titlurilor III și IV din DSP, autoritățile competente, în cazul în care IP lucrează cu agenți și sucursale, sunt cele din statul membru gazdă [articolul 82 alineatul (2) din DSP].

Articolul 4 punctul 2 din DSP definește *statul membru gazdă* ca fiind „*statul membru [...] în care un prestator de servicii de plată are un agent sau o sucursală sau unde prestează servicii de plată...*”

DCSB urmărește o abordare teritorială. Aceasta solicită statelor membre să impună obligații de prevenire, printre altele, în cazul instituțiilor de plată

stabilite pe teritoriul acestora (articolul 34 din DCSB). Spre deosebire de DSP, DCSB este o directivă ce urmărește un minimum de armonizare permițând, prin urmare, statelor membre *să adopte sau să mențină în vigoare dispoziții mai stricte* (articolul 5 din DCSB).

Din coroborarea celor două directive reiese că IP-urile trebuie să respecte, în ceea ce privește sucursalele sau agenții acestora, dispozițiile DCSB ale țării gazdă și fac obiectul supravegherii în ceea ce privește combaterea spălării de bani (CSB) în țara gazdă, efectuată în strânsă colaborare cu autoritățile din țara de origine. Supravegherea prudențială în sine rămâne responsabilitatea țării de origine, dar cooperarea cu autoritățile din țara gazdă este indispensabilă.

În acest context, obiectul prezentului document de lucru se limitează la două scenarii:

- o instituție de plată autorizată în statul membru A („țara de origine”) deține unul sau mai mulți agenți în statul membru B („țara gazdă”);
- o instituție de plată autorizată în statul membru A deține o sucursală în statul membru B.

În ambele scenarii, se ridică întrebări legate de normele juridice aplicabile agenților și sucursalelor unei IP, alocarea atribuțiilor de supraveghere a CSB între autoritățile din țara de origine și cele din țara gazdă și unitățile de informații financiare (UIF) autorizate să primească raportările de tranzacții suspecte.

Serviciile Comisiei Europene sunt conștiente de faptul că se vor ridica – sau se ridică deja – întrebări asemănătoare de natură juridică cu privire la situația agenților instituțiilor emitente de monedă electronică, precum și ai distribuitorilor de monedă electronică. Serviciile Comisiei Europene au lansat deja o serie de discuții referitoare la aceste aspecte cu toate părțile interesate relevante pentru a evalua necesitatea unor clarificări juridice viitoare. În această etapă însă, serviciile Comisiei consideră că, având în vedere faptul că directiva privind moneda electronică a intrat abia de curând în vigoare (la 30 aprilie 2011), sunt necesare mai multe informații, reacții și date înainte de a se avea în vedere astfel de clarificări. Dar, în ceea ce privește situația agenților emitenți de monedă electronică, este deja clar că o parte substanțială a prezentului document de lucru ar putea fi aplicabilă, prin analogie, în cazul acestora. Distribuitorii ridică însă întrebări juridice destul de diferite – necesitând eventual răspunsuri juridice diferite – având în vedere statutul juridic al acestora în raport cu emitenții de monedă electronică și natura activităților pe care aceștia le desfășoară. Serviciile Comisiei reiterează în această privință necesitatea de a acumula mai multă

experiență înainte de a evalua dacă orice activitate de interpretare se dovedește a fi justificată.

Prezentul document nu aduce atingere normelor aplicabile prelucrării datelor cu caracter personal efectuate de către IP-uri în cadrul activităților lor, în conformitate cu Directiva 95/46/CE (Directiva privind protecția datelor). Articolul 4 din această directivă stabilește legislația aplicabilă activităților de prelucrare desfășurate în statele membre și ar trebui luat în considerare în vederea stabilirii legislației aplicabile IP-urilor în situațiile la care face referire prezentul document¹.

1) O instituție de plată autorizată în statul membru A lucrează cu agenți în statul membru B

Utilizarea de agenți este larg răspândită, iar numărul acestora variază de la câteva sute în unele jurisdicții la câteva mii în altele. Serviciile pe care aceștia le oferă pot prezenta riscuri de finanțare a terorismului și de spălare de bani, deoarece pot fi manevrate sume importante de bani prin intermediul serviciilor de plată precum remiterea de bani.

În ceea ce privește tranzacțiile ocazionale (care constituie, în mod normal, regula pentru serviciile de remitere de bani), măsura de precauție privind clientela trebuie adoptată, în principiu, doar pentru tranzacții care se ridică la 15 000 EUR (într-o singură operațiune sau mai multe operațiuni care par legate) sau, sub această valoare, dacă există o suspiciune de spălare de bani sau de finanțare a terorismului (articolul 7 din DCSB) sau dacă tranzacția ocazională este un transfer de fonduri care intră sub incidența Regulamentului (CE) nr. 1781/2006. Se poate pune în mod rezonabil problema dacă transferurile de fonduri care depășesc 15 000 EUR ar fi efectuate frecvent prin intermediul agenților cu amănuntul. Totuși, chiar și sub acest prag este necesară vigilența, iar, în cazurile suspecte, trebuie aplicată procedura de precauție privind clientela. Mai mult, în cazurile de transfer de fonduri, informațiile privind plătitorul trebuie verificate de către furnizorul de servicii de plată al plătitorului atunci când suma depășește 1 000 EUR.

a) *Sunt agenții „instituții financiare”?*

¹ A se vedea în acest sens Avizul 8/2010 privind legea aplicabilă al Grupului de lucru pentru protecția datelor instituit în temeiul articolului 29 (documentul WP179) disponibil la adresa: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_ro.pdf

În sensul DCSB, sucursalele instituțiilor de plată sunt asimilate instituțiilor financiare, fiind, prin urmare, supuse individual obligațiilor prevăzute în DCSB [a se vedea articolul 3 punctul 2 litera (f) din DCSB] ca și când ar fi instituții financiare distincte.

Spre deosebire de sucursale, agenții (sau alte instituții financiare) de plată nu sunt considerați în cadrul DCSB ca fiind instituții financiare în sine² și nici nu se încadrează explicit în niciuna dintre celelalte categorii de instituții/persoane vizate de articolul 2 alineatul (1) din DCSB. Dacă totuși unii agenți s-ar încadra, prin natura lor, în una dintre aceste categorii (de exemplu, o IP deține, ca agent în statul membru B, o instituție de credit, o sucursală a unei instituții de credit sau orice altă instituție financiară precum un birou de schimb), atunci aceștia ar fi supuși în mod direct obligațiilor prevăzute în DCSB.

b) Sunt agenții o formă de stabilire?

În cursul discuțiilor purtate de serviciile Comisiei în pregătirea prezentului document de lucru, s-au făcut deseori trimiteri la o serie de hotărâri ale CEJ identificate în Comunicarea interpretativă a Comisiei din 26 iunie 1997³ privind „*Libertatea de a presta servicii și interesul general în cea de-a doua directivă bancară*”.

De la momentul adoptării comunicării respective, este disponibilă o jurisprudență mai recentă în materie. În special, în hotărârea sa din 11 iunie 2003 (cauza C-243/01, Gambelli), CEJ a susținut:

„45. Trebuie reamintit faptul că restricțiile impuse libertății de stabilire a cetățenilor unui stat membru pe teritoriul altui stat membru, inclusiv restricțiile impuse înființării de agenții, sucursale sau filiale, sunt interzise prin articolul 43 CE.

46. În cazul în care o companie stabilită într-un stat membru (precum Stanley) își exercită activitatea de colectare a pariurilor prin intermediul unei organizații de agenții stabilite într-un alt stat membru (cum sunt inculpații în acțiunile principale), orice restricții impuse activităților acestor agenții constituie obstacole în calea libertății de stabilire”.

² Cu toate acestea, intermediarii de asigurări care acționează ca agenți ai unei companii de asigurări se încadrează la definiția „instituției financiare” [cf. articolul 3 punctul 2 litera (e) din DCSB]. În acest sens, pare oportună să se evalueze dacă, în cadrul unei eventuale revizuii a DCSB, toți agenții ar putea fi considerați „instituții financiare”.

³ SEC(97)1193 final.

Poziția Curții cu privire la acest aspect a fost conformă cu avizul Avocatului General, în care s-a afirmat:

„80. În conformitate cu definiția generală pe care Curtea a dat-o sferei de aplicare a libertății de stabilire în Comisia contra Germania [hotărârea din 4 decembrie 1986, cauza C-205/84], o întreprindere care își menține o prezență permanentă într-un alt stat membru intră sub incidența dispozițiilor Tratatului cu privire la dreptul de stabilire, chiar în cazul în care această prezență nu a luat forma unei sucursale sau agenții, dar se exercită prin intermediul unui simplu birou administrat de personalul propriu al întreprinderii sau de o persoană independentă, dar mandatată pentru a acționa în permanență pentru întreprindere, precum o agenție”.

Acest aspect a fost confirmat și clarificat de către Curte în două hotărâri ulterioare din data de 8 septembrie 2010 în cauzele conexe C-316/07, C-358/07 până la C-360/07, C-409/07 și C-410/07, Markus Stoß și alții, precum și în cauza C-409/06, Winner Wetten, unde a susținut (la punctul 46):

„conceptul de stabilire este unul foarte general, permițând unui cetățean comunitar să participe, pe o bază stabilă și continuă, la viața economică a unui stat membru altul decât cel de origine și să profite de acest fapt, contribuind astfel la întrepătrunderea economică și socială din cadrul Comunității Europene în sfera activităților exercitate în calitate de lucrători independenți (a se vedea, în special, cauza C-55/94 Gebhard [1995] ECR I-4165, punctul 25). Prin urmare, menținerea unei prezențe permanente într-un stat membru de către o întreprindere stabilită într-un alt stat membru poate intra sub incidența dispozițiilor prevăzute în Tratat referitoare la libertatea de stabilire chiar în cazul în care această prezență nu a luat forma unei sucursale sau agenții, dar se exercită prin intermediul unui simplu birou administrat de personalul propriu al întreprinderii sau de o persoană independentă, dar mandatată pentru a acționa în permanență pentru întreprindere, precum o agenție (a se vedea cauza 205/84 Comisia contra Germania [1986] ECR 3755, punctul 21)”

Prin analogie cu această jurisprudență, rezultă faptul că, dacă o IP își menține o prezență permanentă într-un alt stat membru, chiar dacă prezența respectivă constă într-un simplu birou administrat de către un agent care este independent, dar mandatat pentru a acționa în permanență pentru întreprindere, aceasta trebuie considerată ca având, prin intermediul agenților săi, o formă de stabilire în țara gazdă.

Această jurisprudență a fost inițial destinată să facă distincția între prestarea transfrontalieră de servicii și situațiile de „drept de stabilire”, deoarece cele

două situații nu presupun aceleași consecințe juridice în termeni de conformitate cu normele țării gazdă.

Aceasta ar putea constitui totuși o sursă utilă în cazurile în care este necesară identificarea criteriilor conform cărora se evaluează dacă agentul poate fi considerat o „formă de stabilire” în vederea delimitării situațiilor în care IP prestează servicii transfrontaliere de cele în care aceasta intră sub incidența regimului libertății de stabilire. Cu toate acestea, faptul că o astfel de „formă de stabilire” nu a putut fi în mod legal asimilată unei „sucursale” a instituției de plată împiedică orice extindere automată a regimului juridic aplicabil „sucursalelor” în cazul „agenților”.

c) Alocarea atribuțiilor de supraveghere între autoritățile din statul membru de origine și statul membru gazdă

Serviciile Comisiei Europene consideră că atât autoritățile de supraveghere ale statului membru de origine, cât și cele ale statului membru gazdă trebuie să colaboreze îndeaproape în vederea monitorizării și aplicării respectării de către IP – și de către agenții săi care prestează servicii sub răspunderea acestora – a obligațiilor prevăzute atât în DSP, cât și în DCSB.

Aceasta s-ar putea dovedi o adevărată provocare atât pentru autoritățile din țara de origine, cât și pentru cele din țara gazdă în cazurile în care o anumită IP lucrează cu sute de agenți în statul membru B. Inspecțiile la fața locului ale unui număr atât de mare de agenți de către autoritățile din țara de origine s-ar dovedi, în special, destul de dificile din punct de vedere al resurselor aflate la dispoziția autorităților din țara de origine și, din acest motiv, DSP prevede [la articolul 25 alineatul (3)] că astfel de inspecții la fața locului pot fi delegate statului membru gazdă. Inspecția la fața locului a unui număr mare de agenți este o provocare și pentru resursele autorităților din țara gazdă, fapt pe care autoritatea din țara de origine ar trebui să-l ia în considerare, cu atenție, în momentul în care aprobă înregistrarea de agenți de către o IP.

Prin urmare, o cooperare adecvată între ambele autorități este cu atât mai importantă. Cooperarea nu este doar importantă, ci reprezintă și o obligație legală prevăzută explicit la articolul 25 alineatul (2) din DSP și menționată și la articolul 25 alineatul (4), care prevede că autoritățile din statul membru de origine și cele din statul membru gazdă:

„(...) își comunică reciproc toate informațiile esențiale și/sau relevante, în special în cazul în care se constată sau se suspectează că un agent, o sucursală sau o entitate către care se externalizează activități încalcă normele. În această privință, autoritățile competente

comunică, la cerere, toate informațiile relevante și, din inițiativă proprie, toate informațiile esențiale”.

DSP, în ciuda naturii sale de armonizare completă, lasă loc de manevră autorităților competente în ceea ce privește detaliile concrete ale cooperării acestora și, în special, natura informațiilor pe care acestea doresc să le schimbe. O astfel de cooperare ar putea face obiectul unor acorduri bilaterale sau, ideal, multilaterale între autoritățile competente din diferite state membre, în vederea organizării curente și practice a detaliilor și modalităților de cooperare. În acest context, serviciile Comisiei Europene sprijină activitatea utilă care este deja în derulare în contextul Subcomitetului pentru CSB (CCSB) al Comitetului comun al autorităților europene de supraveghere în vederea încheierii unui astfel de acord de cooperare care, bineînțeles, ar trebui să respecte drepturile și obligațiile prevăzute atât în DSP, cât și în DCSB.

Competențe în materie de prevenire

În temeiul articolului 17 alineatul (1) din DSP, **autoritatea competentă din statul membru de origine** trebuie să joace un rol esențial în materie de prevenire, în special în verificarea acurateței informațiilor pe care instituția de plată care dorește să lucreze cu agenți trebuie să le comunice înainte de începerea activităților sale, mai ales o *„descriere a mecanismelor de control intern care urmează să fie folosite de agenți pentru a se conforma obligațiilor în materie de spălare a banilor și de finanțare a terorismului”* [articolul 17 alineatul (1) litera (b)], precum și *„identitatea directorilor și a persoanelor responsabile cu administrarea agentului (...) și dovezi care să ateste faptul că acestea sunt persoane potrivite și onorabile”* [articolul 17 alineatul (1) litera (c)].

Cu toate acestea, este clar faptul că astfel de verificări efectuate de la distanță de către autoritățile din statul membru de origine și vizând agenți localizați în țara gazdă nu pot fi pe deplin eficiente în absența unei implicări adecvate a autorităților din țara gazdă. Această cooperare indispensabilă este prevăzută clar în articolul 17 alineatele (5) și (6) (etapa de pre-notificare) și în articolul 25 alineatul (2) (etapa de post-notificare) din DSP.

Autoritățile din statul membru gazdă au competențe considerabile în materie de prevenire. Înainte ca agentul să fie înregistrat în țara de origine, acestea pot emite un *„aviz”* care ar putea descuraja autoritățile din statul membru de origine de a înregistra agentul respectiv [articolul 17 alineatul (5)]. De asemenea, acestea pot informa autoritățile din statul membru de origine cu privire la faptul că angajarea de agenți ar putea, în opinia lor, să crească riscul de spălare de bani [articolul 17 alineatul (6)]. Acest lucru s-ar putea întâmpla, de exemplu, în situațiile în care statul membru gazdă consideră că

utilizarea de agenți cu amănuntul locali care nu sunt, ei înșiși, profesii desemnate în temeiul DCSB, crește riscul spălării de bani deoarece astfel de comercianți cu amănuntul ar putea să nu fie instruiți și echipați astfel încât să poată respecta eficient obligațiile prevăzute în temeiul DCSB (precauție privind clientela, atenție sporită, raportarea către UIF, păstrarea evidenței, controale interne, evaluări ale riscurilor, programe de instruire a personalului etc.).

Autoritățile din țara gazdă nu ar trebui totuși să restricționeze nejustificat exercitarea de către IP a drepturilor sale, de exemplu prin întârzierea disproporționată a verificării de către acestea și a misiunilor de control din momentul în care au primit o notificare.

Autoritățile din statul membru de origine pot refuza să înregistreze agenți. Cu toate acestea, reiese clar din întreaga economie a sistemului că avizul fără caracter obligatoriu al autorităților din țara gazdă, care au de departe mijloace mai adecvate de apreciere și de verificare a îndeplinirii efective a condițiilor de onorabilitate și competență de către agenții de pe teritoriul acestora, ar trebui examinat cu cea mai mare atenție de către autoritățile din țara de origine care, deși teoretic se pot îndepărta de la avizul autorităților gazdă, ar trebui cel puțin să poată oferi o justificare convingătoare în acest sens (abordarea „aplică sau explică”).

Competențe în materie de represiune

Odată ce activitățile agentului au început, autoritățile din țara de origine și cele din țara gazdă colaborează în temeiul articolului 24, al articolului 25 alineatele (2), (3) și (4) și al articolului 17 alineatul (6) din DSP; din nou, se acordă competențe semnificative atât autorităților din țara de origine, cât și celor din țara gazdă.

Autoritățile competente din țara de origine pot adopta o serie de măsuri prudențiale enumerate la articolul 21 din DSP (inspecții la fața locului, solicitări de informații, retragerea autorizației IP). În temeiul articolului 17 alineatul (6) din DSP, acestea pot anula înregistrarea agentului dacă au avut loc sau au loc activități de spălare a banilor sau de finanțare a terorismului în țara gazdă.

Articolul 17 alineatul (6) din DSP prevede următoarea procedură:

„În cazul în care autoritățile competente ale statului membru gazdă propus au motive întemeiate pentru a suspecta că, în legătură cu proiectul de angajare a agentului sau de constituire a sucursalei, au loc, au avut loc sau s-a încercat efectuarea unor activități de spălare a banilor sau de finanțare a terorismului în sensul Directivei 2005/60/CE, sau că angajarea acestui agent sau constituirea acestei sucursale ar putea crește riscul de spălare a banilor sau de finanțare a terorismului, acestea informează în consecință autoritățile competente ale statului membru de origine, care pot refuza înregistrarea agentului sau a sucursalei, sau pot anula înregistrarea agentului sau sucursalei dacă aceasta a fost deja efectuată”.

În cazurile care intră sub incidența articolului 17 alineatul (6) din DSP, chiar după începerea operațiunilor – și fără a aduce atingere aplicării propriei legislații privind CSB – este posibil ca **autoritățile statului membru gazdă** să-și comunice preocupările serioase autorităților din statul membru de origine cu privire la respectarea de către agent a obligațiilor referitoare la CSB din țara gazdă. Autoritățile din statul membru de origine, odată alertate, pot anula înregistrarea agentului. O astfel de decizie finală de anulare este, de asemenea, din punct de vedere formal, responsabilitatea statului membru de origine. Totuși, la fel ca în cazul înregistrării inițiale, este de dorit, în numele unei cooperări eficiente între autoritățile de supraveghere și pentru o eficiență maximă în ceea ce privește CSB, ca statul membru de origine să acorde cea mai mare atenție avizului în materie al autorităților din statul membru gazdă, iar în cazurile în care statul membru de origine decide să nu ia în considerare avizul autorităților din țara gazdă, să prezinte o explicație adecvată în acest sens („aplică sau explică”).

d) Trebuie să respecte agenții cerințele prevăzute în DCSB?

Articolul 17 alineatul (1) litera (b) din DSP prevede ca autoritatea de supraveghere din țara de origine să evalueze, printre altele, „*mecanismele de control intern care urmează să fie folosite de agenți pentru a se conforma obligațiilor în materie de spălare a banilor și de finanțare a terorismului* (sublinierea noastră)”.

Deși nu este prevăzut în mod expres, natura teritorială a DCSB implică faptul că agenții care acționează în numele unei IP trebuie să respecte cerințele DCSB din țara gazdă. Cu toate acestea, obligațiile agenților în ceea ce privește CSB nu rezultă direct din DCSB ci, mai curând, din contractul pe care aceștia l-au semnat cu IP, căreia îi revine răspunderea pentru supravegherea agenților săi și care este, prin urmare, răspunzătoare pentru toate posibilele încălcări ale cerințelor privind CSB de către agenții săi. Acest aspect este confirmat în considerentul 28 din DCSB:

„În cazul relațiilor contractuale de agenție sau de externalizare stabilite între instituții sau persoane reglementate de prezenta directivă și persoane fizice sau juridice externe care nu se supun prezentei directive, toate obligațiile de combatere a spălării banilor și finanțării terorismului pentru respectivii agenți sau prestatori de servicii de externalizare, ca parte a instituțiilor sau persoanelor reglementate de prezenta directivă, pot decurge numai din contract, și nu din prezenta directivă. Responsabilitatea respectării prezentei directive trebuie să revină în continuare instituției sau persoanei reglementate de prezenta directivă.”

În cazurile în care agenții reprezintă ei înșiși o entitate (de exemplu, o sucursală bancară sau un birou de schimb) intrând sub incidența DCSB, respectarea de către aceștia a obligațiilor prevăzute în DCSB derivă în mod direct din directivele respective.

Diferitele modele de afaceri ale IP-urilor

IP-urile care lucrează cu agenți cu amănuntul ce nu reprezintă entități care intră sub incidența DCSB au diferite opțiuni:

- Să se bazeze, prin contract, pe agenți pentru respectarea obligațiilor prevăzute în DCSB (precauție privind clientela, vigilență, raportarea etc.) în numele instituției de plată însăși. Acest scenariu implică faptul că IP a alocat resurse adecvate în acest sens astfel încât agentul să fie în mod serios instruit și echipat pentru a putea aplica măsura de precauție privind clientela și pentru a raporta tranzacțiile suspecte în conformitate cu legislația statului gazdă și astfel încât să se aplice controale interne adecvate, în sensul articolului 17 alineatul (1) litera (b) din DSP.

- Să considere neoportun ca agenții cu amănuntul să efectueze verificări referitoare la CSB și să prezinte rapoarte privind tranzacțiile suspecte; prin urmare, agenții ar trebui doar să facă înregistrări contabile și să execute serviciile de plată. În consecință, cerințele privind CSB, inclusiv raportarea tranzacțiilor suspecte, ar trebui să fie îndeplinite de însăși IP, de la distanță, din țara de origine sau prin intermediul unui reprezentant al IP situat în statul membru B care ar urma să fie însărcinat cu obligațiile de conformitate și de raportare. Pe baza informațiilor strânse de la o serie de actori de pe piața remiterii de bani, serviciile Comisiei consideră că această a doua opțiune este cea preferată și aplicată de actorii tradiționali. Nu se poate exclude însă posibilitatea ca alți actori de pe piața remiterii de bani să fi ales deja sau să aleagă să se bazeze pe agenții cu amănuntul pentru a îndeplini cerințele referitoare la CSB (precauție privind clientela, raportare etc.). Serviciile Comisiei sunt de asemenea la curent cu existența unor modele de afaceri pentru care obligațiile de conformitate și de raportare sunt îndeplinite de la un „centru” situat într-un stat membru C.

În momentul evaluării modelului de afaceri al unei IP și, în special, a caracterului adecvat al controalelor interne la nivelul IP, autoritățile din țara de origine și din țara gazdă trebuie să evalueze dacă faptul că obligațiile referitoare la CSB ar putea fi îndeplinite de agenții cu amănuntul ar putea determina apariția unor amenințări în termeni de politică CSB.

O mare parte dintre autoritățile de supraveghere a CSB (dar nu toate) consideră că agenții cu amănuntul precum magazinele de legume și fructe și stațiile de benzină – inclusiv atunci când au o pregătire corespunzătoare și mecanisme adecvate de control intern – nu sunt în măsură să aplice măsuri eficiente de precauție privind clientela, să identifice posibilele activități suspecte sau să pregătească rapoarte utile privind tranzacțiile suspecte. În ceea ce privește obligația de raportare specifică, articolul 22 alineatul (2) din DCSB ar tinde să confirme această evaluare, prevăzând: „(...) *În mod normal, informațiile sunt transmise de către persoana sau persoanele desemnate în conformitate cu procedurile prevăzute la articolul 34*”.

În cazul în care au ajuns la astfel de concluzii, autoritățile din țara de origine (acordând o considerație deosebită avizului autorităților din țara gazdă) pot refuza ex-ante [articolul 17 alineatul (4) din DSP] sau pot anula înregistrarea agentului ulterior începerii activităților [articolul 17 alineatul (6) din DSP].

e) Care sunt UIF-urile către care se transmit rapoartele privind tranzacțiile suspecte?

Articolul 22 alineatul (2) din DCSB prevede:

„Informațiile menționate la alineatul (1) se transmit către UIF a statului membru pe al cărui teritoriu este situată instituția sau persoana care transmite informațiile (...)”.

Pare de dorit, având în vedere arhitectura globală a DCSB, ca raportarea tranzacțiilor suspecte să se facă către UIF a țării B. Informațiile raportate ar fi într-adevăr mai utile UIF a țării B care, în calitate de UIF a țării unde a apărut suspiciunea, este cea mai în măsură să aprecieze ce curs să dea raportului și, ulterior, să ia măsuri subsecvente adecvate.

Serviciilor Comisiei li s-au prezentat diferite interpretări ale articolului 22 alineatul (2) din DCSB. Unii au susținut că raportarea trebuie făcută către UIF a statului membru A, având în vedere că aceasta este țara unde este „situată” IP. Cu toate acestea, pe baza jurisprudenței Gambelli descrise mai sus, se poate afirma că, prin intermediul agenților săi, IP este stabilită („situată”) în statul membru B în sensul articolului 22 alineatul (2). Prin urmare, se poate susține că însăși IP (sau, în unele cazuri, agenții acesteia) ar trebui să raporteze tranzacțiile suspecte către UIF a statului membru B. Raportarea efectuată de PI (situată în statul membru A) către UIF a statului membru B ar pune probleme evidente referitoare la limba, formatul și conținutul rapoartelor privind tranzacțiile suspecte, care diferă de la o țară la alta.

În vederea asigurării unor condiții de concurență echitabile, a unei securități juridice maxime, precum și în vederea obținerii celor mai bune beneficii operaționale, serviciile Comisiei Europene evaluează, în prezent, următoarele posibilități:

- să aibă în vedere o clarificare legislativă viitoare a directivei cu privire la acest aspect precis, prin introducerea unei cerințe explicite ca raportarea să se facă către UIF a țării gazdă; și

- să se bazeze pe activitatea viitoare a UIF pentru a facilita transmiterea transfrontalieră fără piedici a rapoartelor privind tranzacțiile suspecte, precum și exploatarea acestora. O astfel de activitate ar trebui să includă, în special, Decizia Consiliului din 17 octombrie 2000 privind acordurile de cooperare între unitățile de informații financiare ale statelor membre în ceea ce privește schimbul de informații. De asemenea, trebuie să se țină seama de activitatea în domeniul schimbului de rapoarte privind tranzacțiile suspecte desfășurată de Grupul de unități de informații financiare EGMONT⁴.

⁴ <http://www.egmontgroup.org/>

f) Poate țara gazdă să impună o anumită formă de stabilire?

Serviciile Comisiei Europene sunt conștiente de faptul că, pentru a simplifica și clarifica aspectele de conformitate, supraveghere și raportare, autoritățile din unele state membre sunt tentate să impună IP-urilor anumite forme de stabilire sau structuri permanente pe teritoriul acestora. În special, acestea tind să solicite ca IP-urile să-și înființeze o sucursală de sine stătătoare pe teritoriul lor sau, cel puțin, ca acestea să-și stabilească un punct central de contact, printre altele, pentru a îmbunătăți colectarea și transferul informațiilor referitoare la respectarea cerințelor privind CSB în vederea facilitării obligațiilor de supraveghere ale autorităților din țara gazdă.

O astfel de cerință trebuie examinată ținându-se seama de faptul că DCSB este o directivă de armonizare minimală și că articolul 25 alineatul (5) din DSP prevede că articolul 25 alineatele (1)-(4) din DSP „*nu aduc atingere obligației autorităților competente prevăzute în Directiva 2005/60/CE și în Regulamentul (CE) nr. 1781/2006, în special la articolul 37 alineatul (1) din Directiva 2005/60/CE și la articolul 15 alineatul (3) din Regulamentul (CE) nr. 1781/2006, de a supraveghea sau de a controla respectarea cerințelor stabilite în aceste instrumente*”.

În cazul în care o astfel de structură permanentă nu este creată din inițiativa proprie a IP, un scenariu care este deja observat pe piață deoarece facilitează în final activitățile exercitate de IP, orice posibilă cerință de înființare a unei structuri permanente impusă fie de către autoritățile din țara de origine, fie de cele din țara gazdă ar trebui evaluată cu atenție din perspectiva obiectivelor și dispozițiilor prevăzute atât în DSP, cât și în DCSB, precum și din perspectiva dispozițiilor tratatului referitoare la dreptul de stabilire și libertatea de a presta servicii.

Această evaluare ar putea diferi în funcție de modelul de afaceri al IP, precum și de eventualele cerințe impuse de către autoritățile de supraveghere:

- În cazul în care IP dorește să lucreze pe bază „pur” transfrontalieră, și anume fără nicio formă de stabilire (puțin probabil în activitatea de remitere de bani deoarece pare a fi necesară o prezență la capătul care efectuează transmiterea/primirea pentru a trimite sau furniza banii), simplul fapt de a impune orice formă de stabilire ar constitui o restricție la nivelul libertății de a presta servicii, garantată prin articolul 56 din tratat, care ar trebui justificată întemeiat ca fiind indispensabilă atingerii unui obiectiv de interes public. În hotărârea din 20 mai 1992 în

cauza C-106/91, Ramrath⁵, Curtea a susținut că cerințele statului membru gazdă referitoare la existența unei infrastructuri pe teritoriul național și prezența reală a prestatorului de servicii par justificate în vederea protejării interesului public în ceea ce privește integritatea și independența auditorilor. În acest sens, se poate observa că acțiunea de combatere a spălării de bani și a finanțării terorismului poate fi considerată cu atât mai mult un motiv suficient de interes public.

- În cazul unei limite impuse formei secundare de stabilire, de exemplu o cerință de înființare a unei sucursale de sine stătătoare în locul (sau în afara) prezenței exclusive a agenților locali, o astfel de cerință ar putea constitui o restricție de la articolul 49 primul paragraf din tratat care, în conformitate cu jurisprudența CEJ, ar trebui atent justificată⁶.
- În ceea ce privește o posibilă cerință din partea țării gazdă (sau a țării de origine) referitoare la înființarea unui „supra-agent”/punct central de contact pentru agenți sau la deținerea unui „agent de conformitate” pe teritoriul acestora, trebuie examinat cu atenție caracterul proporțional al acesteia. Din punctul de vedere al necesității, pare să fie evident că astfel de structuri ar putea juca un rol util în ceea ce privește conformitatea cu cerințele privind CSB și supravegherea în acest domeniu în beneficiul atât al autorităților din țara de origine, cât și al celor din țara gazdă. În special, în situațiile în care o IP deține un număr mare de agenți cu amănuntul în țara gazdă, desemnarea unuia dintre agenții respectivi – sau a unui reprezentant al IP – care să joace un rol de interfață în relațiile cu autoritățile din țara de origine, precum și cu cele din țara gazdă ar putea spori eficiența întregului sistem. Aceasta ar ajuta însăși IP în îndeplinirea obligațiilor sale în temeiul DCSB. Prin analogie, articolele 38 și 39 din Directiva 2008/118/CE⁷ privind regimul general al accizelor și articolul 204 din Directiva 2006/112/CE⁸ privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată care acceptă, în anumite condiții, prezența unui „reprezentant fiscal” în țara gazdă, ar putea fi considerate drept precedente.

⁵ Rapoartele Curții Europene pentru anul 1992 pagina I-03351.

⁶ CEJ, C-270/83, Comisia contra Franța. A se vedea, de asemenea, cauza C-106-/91, Ramrath.

⁷ JO L 9/12, 14.1.2009, p. 1.

⁸ JO L 347/1, 11.12.2006, p.1.

Prin urmare, serviciile Comisiei Europene nu se opun, *a priori*, existenței unei astfel de cerințe în măsura în care aceasta respectă condiția de proporționalitate. Cu alte cuvinte, costurile deținerii unei astfel de structuri centralizate supraordonată agenților existenți nu ar trebui să depășească beneficiile preconizate.

g) Răspunderea IP-urilor

În conformitate cu articolul 18 din DSP, instituțiile de plată își asumă răspunderea completă pentru toate actele, printre altele, ale „*tuturor agenților, sucursalelor sau entităților către care se externalizează activități*”.

2) O instituție de plată din statul membru A deține o sucursală în statul membru B

a) Autoritatea competentă a cărui stat membru supraveghează activitatea sucursalei?

Alocarea responsabilităților

Articolul 37 alineatul (1) din DCSB solicită autorităților competente „să monitorizeze efectiv și să adopte măsurile necesare pentru a asigura respectarea cerințelor prezentei directive de către toate instituțiile și persoanele reglementate de prezenta directivă”.

Articolul 37 alineatul (2) din DCSB prevede:

„Statele membre se asigură că autoritățile competente dispun de competențe adecvate, inclusiv competența de a obliga la prezentarea oricăror informații relevante pentru monitorizarea conformității și de a efectua verificări, și dispun de resurse adecvate pentru îndeplinirea funcțiilor lor”.

Natura teritorială a DCSB atribuie un rol predominant de supraveghere țării gazdă, considerat ca fiind statul membru în care este stabilită sucursala. Cu toate acestea, în mod formal, responsabilitatea de supraveghere a respectării de către o sucursală a unei instituții de plată a obligațiilor prevăzute în DCSB nu este alocată exclusiv autorităților din statul membru de origine sau celor din statul membru gazdă.

Prin urmare, astfel cum a fost deja explicat în Documentul de lucru al serviciilor Comisiei Europene privind conformitatea la nivel de grup cu DCSB a grupurilor bancare transfrontaliere⁹:

„...în toate statele membre, filialele sau sucursalele stabilite la nivel local ale instituțiilor de credit și financiare din alte state membre (precum și din țări terțe) sunt supuse supravegherii CSB întocmai ca și instituțiile de credit și financiare locale. În același timp, în ciuda absenței unui cadru clar în Directiva CSB cu privire la supravegherea conformității grupurilor cu cerințele referitoare la CSB, în aproape toate statele membre (dacă nu chiar în toate), supravegherea CSB efectuată de autoritatea de supraveghere a instituției mamă include sucursalele și filialele localizate în alte state membre ale UE. În unele state membre, precum FR sau DE, aceasta

⁹ SEC(2009)939final, 30.6.2009.

reprezintă o cerință legală expresă, în timp ce în alte state membre, precum IE, aceasta rezultă din orientările privind supravegherea. În alte state membre, precum BE, EL, NL sau UK, atenția autorității de supraveghere se concentrează pe sediul central și pe personalul de conducere responsabil cu asigurarea respectării de către sucursalele și filialele străine ale acestora a standardelor CSB ale grupului. Rezultatul evident este acela că pot interveni mai multe autorități naționale de supraveghere în cazul aceluiași grup în diferite țări, făcând astfel posibilă apariția de suprapuneri (și, eventual, de divergențe)”.

Serviciile Comisiei Europene consideră că autoritățile de supraveghere atât ale statului membru de origine, cât și ale celui gazdă trebuie să fie implicate în monitorizarea și asigurarea respectării de către sucursală a DCSB. Întrucât, din punct de vedere legal, sucursala este o instituție de plată supusă în totalitate obligațiilor prevăzute în DCSB (în special, obligațiile referitoare la precauția privind clientela și raportare), este evident că autoritățile de supraveghere a aplicării DCSB din țara unde este situată sucursala trebuie să se asigure că aceasta respectă normele locale privind CSB. Dar țara de origine, adică cea în care este autorizată IP, are de asemenea, un rol important de jucat, nu doar din punct de vedere prudential, ci și, în cooperare cu autoritățile din țara gazdă, în ceea ce privește supravegherea respectării de către sucursală a obligațiilor prevăzute în DCSB, de exemplu prin inspecții la fața locului [a se vedea articolul 25 alineatul (2) din DSP].

Cooperare

Această implicare comună nu aduce atingere cooperării prudențiale dintre autoritățile de supraveghere din statul membru gazdă (probabil atât autoritatea de supraveghere prudentială, cât și cea pentru DCSB) și cele din statul membru de origine, care ar putea conduce chiar la o respingere/anulare a înregistrării agenților sau sucursalelor sau a autorizației instituțiilor de plată. Astfel de decizii formale pot fi luate însă numai de către statul membru de origine, chiar dacă conduitele frauduloase au loc în statul membru gazdă. Totuși, în ceea ce privește agenții, pare de dorit ca, în numele unei cooperări eficiente între autoritățile de supraveghere, statul de origine să acorde cea mai mare atenție avizului în materie emis de autoritățile din țara gazdă, iar în cazul în care statul membru de origine decide să nu ia în considerare avizul țării gazdă, acesta să ofere o explicație adecvată în acest sens („aplică sau explică”).

Trebuie remarcat faptul că „*autoritățile de supraveghere*” în sensul DCSB și al DSP ar putea fi diferite. Articolul 24 alineatul (2) litera (c) din DSP facilitează însă cooperarea între acestea, prevăzând obligația statelor membre de a permite schimbul de informații între diferitele categorii de

autorități de supraveghere, în special între autoritățile de supraveghere ale DSP și DCSB.

b) Către care unitate de informații financiare (UIF) ar trebui să raporteze sucursala tranzacțiile suspecte?

DCSB prevede la articolul 22 alineatul (1) că „*Statele membre solicită instituțiilor [...] reglementate de prezenta directivă [...]*” să prezinte rapoarte privind tranzacțiile suspecte către UIF. Alineatul (2) al aceluiași articol prevede că informațiile „*se transmit către UIF a statului membru pe al cărui teritoriu este situată instituția sau persoana care transmite informațiile.*”

Astfel cum s-a menționat anterior, articolul 3 punctul 2 litera (f) din DCSB include „*sucursalele instituțiilor financiare*” în definiția „*instituțiilor financiare*”. Sucursala este, prin urmare, ea însăși, o instituție supusă obligațiilor de raportare în temeiul DCSB. Având în vedere faptul că sucursala este considerată, în sensul DCSB, drept entitate separată supusă obligațiilor de raportare, opinia serviciilor Comisiei Europene este că raportarea trebuie să se facă de către sucursală către UIF a țării unde este situată aceasta, și anume către UIF a statului membru B. UIF a statului membru B poate ulterior informa UIF a statului membru A dacă acest lucru este relevant pentru investigație, în conformitate cu normele existente care reglementează cooperarea dintre UIF¹⁰.

¹⁰ A se vedea, în special, Decizia Consiliului 2000/642 din 17 octombrie 2000.