

REGULACJE PRAWA UNIJNEGO DOTYCZĄCE PRZECIWDZIAŁANIA PRANIU PIENIĘDZY I FINANSOWANIU TERRORYZMU W KONTEKŚCIE KOOPERACJI PUBLICZNO-PRYWATNEJ I ZACHOWANIA RÓWNOWAGI Z PRAWAMI I SWOBODAMI PODSTAWOWYMI

Magdalena JACZEWSKA¹

UNIwersytet Warszawski

Streszczenie. Celem artykułu jest krytyczna analiza regulacji unijnych dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, ze szczególnym uwzględnieniem ich prewencyjnego aspektu, wprowadzanego głównie poprzez wdrożenie podejścia opartego na analizie ryzyka. Podstawą dla efektywnych działań w opisywanej materii jest maksymalizacja bezpośredniego zaangażowania sektora prywatnego oraz kooperacja prywatno-publiczna. Należy mieć jednak na uwadze, że zaangażowanie podmiotów prywatnych niesie ze sobą wiele zagrożeń, związanych przede wszystkim z możliwością powstania nieścisłości pomiędzy przepisami AML oraz swobodami i prawami podstawowymi. W związku z tym, w artykule nacisk położony został na analizę wpływu regulacji, dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, na swobody i prawa podstawowe, ze szczególnym uwzględnieniem swobody świadczenia usług oraz prawa do sprawiedliwego procesu. **Słowa kluczowe:** przeciwdziałanie praniu pieniędzy, finansowanie terroryzmu, prawa podstawowe, swobody podstawowe.

1. Wprowadzenie

Ostatnie dwadzieścia pięć lat to bardzo dynamiczny okres dla unijnych regulacji mających na celu walkę z praniem pieniędzy² i finansowaniem terroryzmu³. Do roku 2018 uchwalono pięć dyrektyw i mimo że niektóre z państw członkowskich

¹ Mgr Magdalena Jaczevska jest doktorantką na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego w Instytucie Prawa Międzynarodowego, Katedrze Prawa Europejskiego.

² Grupa Specjalna ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy (FATF) definiuje termin pranie pieniędzy jako proces legalizacji dochodów pochodzących z nielegalnej działalności (handlu bronią, przemytu narkotyków, cyberprzestępczości) („AML” – *anti-money laundering*).

³ Poprzez finansowanie terroryzmu należy rozumieć gromadzenie, przekazywanie lub oferowanie środków płatniczych, instrumentów finansowych, papierów wartościowych, wartości dewizowych, praw majątkowych lub prawa do innych rzeczy ruchomych lub nieruchomości w celu sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym albo udostępnienia ich zorganizowanej grupie lub związkowi mającym na celu popełnienie takiego przestępstwa, lub osobie biorącej udział w takiej grupie lub związku.

nie zdążyły jeszcze implementować czwartej dyrektywy AML⁴, zmieniającą ją piąta dyrektywa AML⁵ weszła w życie w lipcu 2018 r. (ostateczny termin na jej implementację do porządków prawnych państw członkowskich mija w styczniu 2020 r.). Uchwalenie dwóch ostatnich dyrektyw AML było niewątpliwie spowodowane licznymi atakami terrorystycznymi na terenie Europy oraz skandalem finansowym związanym z wyciekiem tzw. papierów z Panamy⁶ i stanowiło istotny krok w kierunku podwyższenia skuteczności walki z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu na terenie Unii Europejskiej. Celem artykułu jest krytyczna analiza regulacji unijnych dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, ze szczególnym uwzględnieniem ich prewencyjnego aspektu, wprowadzanego poprzez nałożenie na instytucje licznych obowiązków oraz wdrożenie podejścia opartego na analizie ryzyka. Podstawą efektywnych działań w opisywanej materii jest maksymalizacja bezpośredniego zaangażowania sektora prywatnego oraz kooperacja prywatno-publiczna. Należy mieć jednak na uwadze, że zaangażowanie podmiotów prywatnych niesie ze sobą również wiele zagrożeń, związanych głównie z możliwością powstania nieścisłości pomiędzy przepisami AML oraz swobodami i prawami podstawowymi. W związku z tym w niniejszym artykule szczególny nacisk zostanie położony na analizę wpływu regulacji, dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, na swobody i prawa podstawowe, ze szczególnym uwzględnieniem swobody świadczenia usług oraz prawa do sprawiedliwego procesu.

Podczas egzekwowania swoich uprawnień legislacyjnych Unia Europejska jest obowiązana chronić swobody oraz prawa podstawowe. Od opublikowania w 1970 roku wyroku TSUE w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft*⁷ poszanowanie praw podstawowych uznawane jest za jedną z zasad prawa Unii Europejskiej, zaś Karta praw podstawowych Unii Europejskiej⁸ posiada wiążącą moc prawną. Mimo tak ugruntowanej pozycji praw podstawowych w porządku prawnym Unii Europejskiej, kwestia zgodności przepisów dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu z tymi prawami pozostaje dyskusyjna. W arty-

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz Dyrektywę Komisji 2006/70/WE, Dz.Urz. UE 2015, L 141/73 (Czwarta Dyrektywa AML).

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/843 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniająca Dyrektywę (UE) 2015/849 w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu oraz zmieniająca Dyrektywę 2009/138/WE i 2013/36/UE Dz.Urz. UE 2018, L 156/43 (Piąta Dyrektywa AML).

⁶ Jeden z większych skandali finansowych na świecie, o którym media doniosły 3 kwietnia 2016 r. po ponad rocznym dochodzeniu Międzynarodowego Konsorcjum Dziennikarzy Śledczych, polegający na wycieku ok. 11,5 mln poufnych dokumentów z kancelarii podatkowej i prawnej Mossack Fonseca, działającej w Panamie. Ujawniono dotychczas niejawne, przechowywane w rajach podatkowych aktywa elit politycznych, prominentnych urzędników i ich współpracowników oraz celebrytów.

⁷ Wyrok *Internationale Handelsgesellschaft mbH przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, EU:C:1970:114.

⁸ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2012, C 326/391 (Karta Praw Podstawowych UE).

kule postaram się określić, w którym kierunku powinny zostać przeprowadzone zmiany w aktualnych regulacjach, aby zwiększyć efektywność regulacji AML, nie ingerując jednocześnie nadmiernie w relacje między konsumentami i przedsiębiorcami oraz nie obciążając podmiotów prywatnych kolejnymi obowiązkami.

Analiza składa się z trzech głównych sekcji. Sekcja druga prezentuje wpływ globalizacji na ewaluację regulacji dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Sekcja trzecia opisuje kooperację prywatno-publiczną, która wyraża się głównie w wykonywaniu przez sektor prywatny działań prewencyjnych oraz egzekwowaniu ww. obowiązków przez organy nadzoru. W sekcji czwartej przeprowadzono analizę przenikania się regulacji AML i swobód oraz praw podstawowych. We wnioskach wskazuję na ugruntowany, zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie, pogląd, że przeciwdziałanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu rozpoznawane jest jako interes publiczny, jednak jego wpływ na swobody i prawa podstawowe musi być stale analizowany w świetle zasady proporcjonalności.

2. Regulacje dotyczące przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu – wpływ globalizacji

Proceder prania pieniędzy i finansowania terroryzmu nie mógłby istnieć i rozwijać się bez wielu czynników sprzyjających. W globalnie połączonym systemie finansowym, napędzanym przez rozwój technologii finansowych (FinTech), anonimowe przepływy pieniężne między krajami i jurysdykcjami możliwe są poprzez zaledwie jedno kliknięcie myszki. W tak złożonym i dynamicznym środowisku skuteczna walka z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu stanowi coraz większe wyzwanie. Pojawiające się nowe możliwości, takie jak crowdfunding, waluty wirtualne czy technologia blockchain, oferują swoim użytkownikom coraz większe możliwości oraz stopień anonimowości, stanowiąc jednocześnie duże zagrożenie dla bezpieczeństwa systemu finansowego. Dodatkowo, w związku z umiędzynarodowieniem rynku finansowego oraz postępującą fragmentacją nadzoru nad nim, coraz częściej jest on wykorzystywany do działań przestępczych. Luki w nadzorze nad niektórymi podmiotami i transakcjami, jak przykładowo w zakresie handlu dziełami sztuki czy używania kart pre-paidowych, również powodują brak kontroli nad sposobami ich wykorzystywania⁹. Przestępcy, w celu wprowadzenia do systemu finansowego swoich nielegalnych dochodów, wykorzystują postępujący proces globalizacji i skomplikowanie rynków finansowych oraz rozwój technologiczny. Stanowiąca fundament jednolitego rynku wewnętrznego Unii Europejskiej swoboda przepływu kapitału, usług, osób i towarów staje się narzędziem w podejmowaniu nielegalnych działań we wskazanym zakresie. Biorąc to pod uwagę, lokalne władze i jurysdykcje stają przed coraz trudniejszym zadaniem walki z zagrożeniami, które

⁹ Komisja Europejska, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC*, COM (2016) 450 final.

mają wymiar międzynarodowy, czy w niektórych przypadkach nawet globalny. Aby móc skutecznie adaptować regulacje prawne do nowych możliwości, istotne jest, aby zdawać sobie sprawę z różnych rodzajów ryzyka, które się z nimi wiążą. W tym celu niezbędna jest kooperacja na pułapie międzynarodowym, bowiem środki stosowane na poziomie krajowym czy nawet unijnym, mając na uwadze globalny charakter przestępstwa prania pieniędzy czy finansowania terroryzmu, mogą okazać się niewystarczające. Działania unijnego prawodawcy muszą wobec tego być podejmowane z uwzględnieniem kontekstu globalnego.

Prawo Unii Europejskiej dotyczące przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu kształtowane jest przez inicjatywy wewnętrzne, ale także zewnętrzne, oraz przez kombinację instrumentów prawa typu „hard law” i „soft law”, powstających głównie w ramach działalności Grupy Specjalnej ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy (FATF).

FATF stanowi międzyrządową organizację, założoną w roku 1989 z inicjatywy grupy G7, stworzoną w celu rozwijania strategii walki z przestępstwem prania pieniędzy. Od 2001 r. w zakresie działalności organizacji znalazła się również walka z finansowaniem terroryzmu. FATF stanowi organizację tworzącą ponadnarodowy system regulacji mających na celu przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu i praniu pieniędzy¹⁰. Mimo że aktywność FATF przybiera głównie formę rekomendacji, stanowiących formę „prawa miękkiego”, to wpływ działalności tej organizacji na regulacje unijne jest niezaprzeczalny, bowiem w każdej kolejnej dyrektywie AML podkreślana była konieczność implementacji rekomendacji FATF do unijnego porządku prawnego. Jeżeli zaś chodzi o treść samych rekomendacji, nacisk kładziony jest przede wszystkim na dwa aspekty: (i) penalizację prania pieniędzy i finansowania terroryzmu oraz (ii) działania prewencyjne zapobiegające przedostawianiu się środków pochodzących z działalności przestępczej do legalnego obiegu.

Działania prewencyjne opierają się przede wszystkim na bezpośrednim zaangażowaniu podmiotów z sektora prywatnego w walkę z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu, poprzez nałożenie na te podmioty licznych obowiązków. Poniższa analiza ma na celu nakreślenie tej kooperacji oraz związanych z nią potencjalnych problemów w związku z naruszaniem praw i swobód podstawowych.

3. Aspekt prewencyjny reżimu prawnego dotyczącego przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu – kooperacja publiczno-prywatna

Efektywny system przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, zgodnie z poglądami Mitsilegas i Vavoula, a także rekomendacjami FATF powinien opierać się na trzech filarach: (i) penalizacji prania pieniędzy

¹⁰ L. Borlini, *Regulating Criminal Finance in the EU in the Light of the International Instruments*, „Yearbook of European Law”, 2017/36, s. 553.

i finansowania terroryzmu; (ii) prewencji wdrażanej poprzez nałożenie licznych obowiązków na podmioty prywatne; (iii) współpracy podmiotów z sektora prywatnego i publicznego¹¹. Granice pomiędzy sektorem prywatnym i publicznym zdają się coraz bardziej zacierać, a tradycyjny model polegający na kontroli i wykonywaniu poleceń zastępowany jest delegowaniem obowiązków i ich podziałem pomiędzy podmioty prywatne i publiczne¹². Zmiana podejścia została dostrzeżona przez europejskiego legislatora oraz wdrożona do unijnych regulacji w formie paradygmatu zarządzania bezpieczeństwem, opartego na tzw. „strategii współodpowiedzialności” (ang. *responsibilization strategy*)¹³. Nowe podejście opiera się na angażowaniu podmiotów prywatnych i czynieniu ich współodpowiedzialnymi za skuteczną walkę z przestępstwami prania pieniędzy i finansowania terroryzmu oraz narzucaniu im roli swoistego „prywatnego policjanta”¹⁴. W podsekcjach III.A i III.B przybliżona zostanie rola, którą w walce z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu odgrywają zarówno podmioty prywatne, jak i publiczne.

3.1. Podmioty prywatne i ich rola w systemie walki z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu

Mając na uwadze opisane powyżej nowe tendencje w sposobie zarządzania ryzykiem, za podstawę prawnego reżimu przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu można uznać szerokie zaangażowanie podmiotów prywatnych¹⁵. Przez podmioty prywatne należy rozumieć podmioty *for-profit*, nastawione na osiąganie przychodów i generowanie zysków, tj. przykładowo banki, instytucje finansowe czy prawników, zwane na gruncie dyrektyw AML „instytucjami obowiązanyymi”. Na podmioty te nałożone zostały liczne obowiązki, w tym przede wszystkim obowiązek: (i) identyfikacji i oceny ryzyka; (ii) przeprowadzania procedury należytej staranności (*due-diligence*) względem klienta; (iii) monitorowania transakcji; (iv) raportowania transakcji podejrzanych. Jeżeli zaś chodzi o podmioty publiczne, należy przez nie rozumieć rządy, a także instytucje i agencje rządowe. Zaangażowanie podmiotów prywatnych w procedury AML w możliwie szerokim zakresie jest tak ważne, ponieważ to one są lepiej predysponowane do prawidłowej oceny ryzyka i wykrycia potencjalnie podejrzanych transakcji, ze względu na najlepszą znajomość swojego środowiska biznesowego, klientów oraz potencjalnego ryzyka związanego z prowadzoną działalnością. Zdobycie wiedzy na temat indywidualnego klienta z poziomu Unii Europejskiej czy nawet poszczególnego państwa członkowskiego byłoby praktycznie niewykonalne, zaś poprzez zaangażowanie

¹¹ V. Mitsilegas, N. Vavoula, *The Evolving EU Anti-Money Laundering Regime: Challenges for Fundamental Rights and the Rule of Law*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2016/23, s. 261.

¹² M. Bergstrom, K. Helgesson Svedberg, U. Mörth, *A New Role for For-Profit Actors? The Case of Anti-Money Laundering and Risk Management*, „Journal of Common Market Studies”, 2011/49, s. 1043.

¹³ D. Garland, *The Limits of Sovereign State*, „British Journal of Criminology”, 1996/36, s. 445.

¹⁴ U. Mörth, *The Market Turn in EU Governance – The Emergence of Public-Private Collaboration*, Governance, 2009/22, s. 120.

¹⁵ V. Mitsilegas, N. Vavoula, *The Evolving...*, s. 273.

podmiotów prywatnych możliwe jest pozyskanie informacji, które podmioty te posiadają dzięki bezpośredniej relacji biznesowej z klientem¹⁶.

Rozwój aspektu prewencyjnego przebiegał na gruncie prawa europejskiego w dwojaki sposób: po pierwsze, poprzez stałe poszerzanie zakresu podmiotowego, po drugie, przez wdrożenie do europejskiego porządku prawnego, dotyczącego opisywanej materii, tzw. podejścia opartego na analizie ryzyka (ang. *risk-based approach*).

A. Poszerzanie zakresu *ratione personae*

Katalog instytucji obowiązanych (tj. instytucji będących podmiotem obowiązków nakładanych przez dyrektywy AML) ma charakter zamknięty, jednak był on rozszerzany wraz z każdą kolejną dyrektywą AML. Podczas gdy pierwsza dyrektywa AML¹⁷ obejmowała swoim zakresem tylko banki oraz instytucje finansowe, w drugiej dyrektywie AML¹⁸ rozpoznano już pojawiający się trend do wykorzystywania w procesie prania pieniędzy i finansowania terroryzmu instytucji spoza branży finansowej¹⁹, w związku z tym jej zakresem objęto wiele podmiotów profesjonalnych szczególnie narażonych na ryzyko prania pieniędzy i finansowania terroryzmu, tj. prawników, notariuszy, kasyna, firmy ubezpieczeniowe. Ze względu na ścisły nadzór nad sektorem finansowym, przestępcy zaczęli poszukiwać nowych kanałów, którymi mogliby wprowadzać nielegalne środki do obiegu²⁰, w związku z czym zakresem trzeciej dyrektywy AML²¹ zostali objęci również pośrednicy ubezpieczeniowi, pośrednicy w obrocie nieruchomościami oraz podmioty świadczące usługi na rzecz trustów lub przedsiębiorstw. Po przyjęciu trzeciej dyrektywy AML pojawiło się ryzyko związane z wirtualnym sektorem gier hazardowych i w celu jego zmitygowania przyjęto czwartą dyrektywę AML, w ramach której instytucjami obowiązany stały się również podmioty świadczące usługi w zakresie gier hazardowych. W ostatnich latach, w związku z rozwojem branży FinTech i przykładowo platform pośredniczących przy wymianie walut wirtualnych, pojawiły się nowe kanały, które przestępcy zaczęli wykorzystywać w celu prania nielegalnie pozyskanych środków pieniężnych²². Skutkiem powyższego była konieczność

¹⁶ M. Bergstrom, K. Helgesson Svedberg, U. Morth, *A New Role...*, s. 1043.

¹⁷ Dyrektywa Rady 91/308/EEC z dnia 10 czerwca 1991 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy, Dz.Urz. UE 1991, L 166 (pierwsza dyrektywa AML).

¹⁸ Dyrektywa 2001/97/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 4 grudnia 2001 r. zmieniająca Dyrektywę 91/308 EEC w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, Dz.Urz. UE 2001, L 344 (druga dyrektywa AML).

¹⁹ Druga dyrektywa AML, motyw 14 preambuły.

²⁰ Komisja Europejska, *Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy, włącznie z finansowaniem terrorystów*, COM (2004) 448.

²¹ Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, Dz.Urz. UE 2005, L 309/15 (trzecia dyrektywa AML).

²² Piąta dyrektywa AML, motyw 8 preambuły.

ponownego poszerzenia kręgu instytucji obowiązanych o podmioty zajmujące się świadczeniem usług wymiany walut pomiędzy walutami wirtualnymi a walutami fiducyjnymi oraz dostawców kont walut wirtualnych. Ponadto, w związku z wyciekami danych dotyczących rajów podatkowych (tzw. „Papiery z Panamy”), przepisy piątej dyrektywy AML objęły również biegłych rewidentów, zewnętrznych księgowych i doradców podatkowych oraz osoby udzielające porad w sprawach podatkowych w przedsiębiorstwach. Ponadto, w związku z masową dewastacją dziedzictwa kulturowego w Syrii czy Iraku, nielegalny handel dziełami sztuki stał się jednym z bardziej dochodowych działalności na świecie, będąc tym samym nowym kanałem do wprowadzania nielegalnych środków do obrotu. Trend ten dostrzegł unijny ustawodawca, uwzględniając w katalogu instytucji obowiązanych piątej dyrektywy AML także osoby prowadzące handel dziełami sztuki lub występujące w charakterze pośredników w handlu dziełami sztuki (tj. przykładowo galerie lub domy aukcyjne)²³.

Wydaje się, że stałe poszerzanie kręgu instytucji obowiązanych powinno stanowić wystarczającą odpowiedź na powstawanie coraz to nowych źródeł, umożliwiających pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu. Nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, że podmioty, które nie znajdują się pod stałym nadzorem regulatora krajowego (przykładowo domy aukcyjne), mogą mieć duże problemy z odpowiednim wdrożeniem do wewnętrznych procedur obowiązków nakładanych przez dyrektywę AML i przepisy krajowe, nie tylko ze względu na dużą ilość tych obowiązków, lecz także przez wiążące się z tym koszty²⁴. W celu uelastyczenia sposobu wykonywania obowiązków nakładanych unijnymi przepisami w opisywanej materii oraz odciążenia instytucji obowiązanych, wprowadzono podejście oparte na analizie ryzyka.

B. Podejście oparte na analizie ryzyka

Drugim krokiem w kierunku rozwoju kooperacji publiczno-prywatnej w zakresie przepisów dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu było wprowadzenie podejścia opartego na analizie ryzyka, stosowanego już wcześniej z sukcesem na gruncie nauk zarządzania czy ekonomii. Od momentu wejścia w życie trzeciej dyrektywy AML nastąpiła prawdziwa rewolucja w przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Ustawodawca europejski zdecydował się na zrezygnowanie z dotychczasowego podejścia, tj. *rule-based approach*, polegającego na aplikowaniu standardowego zestawu reguł do oceny każdej transakcji, na rzecz *risk-based approach*. Po raz pierwszy uznano bowiem, że każdy klient może rodzić inne ryzyko wykorzystania instytucji do prania pieniędzy bądź finansowania terroryzmu, a co za tym idzie, środki stosowane przez instytucje

²³ Ibidem, art. 1(1).

²⁴ V. Mitsilegas, N. Vavoula, *The Evolving...*, op. cit., s. 274.

powinny być uzależnione od ryzyka, jakie generuje dany klient²⁵. Po dziesięciu latach obowiązywania trzeciej dyrektywy AML, wraz ze zmianą standardów światowych i postępującą globalizacją, ustawodawca europejski uznał, że *risk-based approach* należy stosować nie tylko do klienta, lecz także do instytucji obowiązanej, kraju, ale również i organizacji ponadnarodowych, takich jak Unia Europejska²⁶. Zmiana ta spowodowała możliwość przejścia z automatycznego i mechanicznego stosowania przepisów, charakterystycznego dla *rule-based approach*, do efektywnego i niejako „skrojonego na miarę” działania, mającego na celu walkę z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu. Od momentu wejścia w życie czwartej dyrektywy AML istnieją trzy poziomy, na których przeprowadzana jest ocena ryzyka: poziom Unii Europejskiej (przypisany Komisji Europejskiej), poziom krajowy i poziom instytucji obowiązanej.

Na poziomie Unii Europejskiej Komisja Europejska jest właściwą instytucją do przeglądu zagrożeń transgranicznych, mających potencjalny wpływ na rynek wewnętrzny, które nie mogą zostać zidentyfikowane ani skutecznie zwalczone przez poszczególne państwa członkowskie. Ustawodawca europejski, tworząc procedurę przeprowadzania oceny ryzyka, kierował się zasadą lokalności ryzyka²⁷. Analiza zagrożeń na poziomie państwa członkowskiego powinna uwzględniać położenie danego kraju, charakterystykę jego mieszkańców, sektora finansowego, świadczonych usług, czy też stopień narażenia na określone rodzaje przestępstw²⁸. Ryzyko jest różne nie tylko dla każdego z krajów, lecz także dla każdej instytucji obowiązanej. W związku z tym przepisy czwartej dyrektywy AML wymagają, aby instytucje obowiązane podjęły działania proporcjonalne do ich charakteru i wielkości, w celu identyfikacji i oceny ryzyka, z uwzględnieniem czynników dotyczących ryzyka związanego z klientami, obszarów działalności, oferowanych produktów, wykonywanych transakcji i używanych kanałów dostaw²⁹. Przeprowadzona analiza musi być udokumentowana i regularnie aktualizowana³⁰. Art. 8 ust. 3 czwartej dyrektywy AML nakłada na instytucje obowiązane obowiązek posiadania odpowiednich strategii, środków kontroli oraz procedur, mających na celu mitygację zidentyfikowanych rodzajów ryzyka. W unijnych regulacjach dotyczących przedmiotowej materii działania dostosowywane są każdorazowo do okoliczności i potencjalnych rodzajów ryzyka, zaś w momencie, gdy ryzyko to się materializuje, instytucja obowiązana konsekwentnie stosuje zdefiniowane wcześniej środki i procedury. Zgodnie z zaleceniami FATF, na obszary najbardziej ryzykowne powinna być przeznaczana większość z dostępnych na walkę z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu środków³¹.

²⁵ W. Kapica (red.), *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2019, s. 58.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Czwarta dyrektywa AML, art. 7.

²⁹ Ibidem, art. 8(1).

³⁰ Ibidem, art. 8(2).

³¹ FATF, *RBA Guidance for Dealers in Precious Metal and Stones*, Paryż 2008.

Legislator powierza instytucjom obowiązany zarówno przygotowanie, jak i wdrożenie odpowiednich procedur AML, zaś podmiotom publicznym egzekwowanie prawidłowego wykonywania tych obowiązków³². W związku z tym, że ryzyko ulega nieustającym zmianom, konieczna jest nieprzerwana analiza stosunków gospodarczych, nie tylko w momencie ich nawiązywania, lecz także już w trakcie ich trwania. Instytucje obowiązane muszą stale badać źródło pochodzenia majątku klientów, cel oraz tło ekonomiczne przeprowadzanej transakcji³³. Szczególnie znaczenie ma również obowiązek identyfikacji beneficjenta rzeczywistego klienta, tzn. osoby fizycznej, która sprawuje bezpośrednio lub pośrednio kontrolę nad klientem³⁴. W przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa, instytucja obowiązana zawiadamia o tym krajową Jednostkę Inteligencji Finansowej.

Prawidłowa adaptacja podejścia opartego na analizie ryzyka w procesie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu może okazać się korzystna również dla podmiotów publicznych, przede wszystkim ze względu na obniżenie kosztów administracyjnych ich działalności. Zastosowanie podejścia opartego na analizie ryzyka pozwala instytucjom obowiązany na efektywną alokację kosztów, nieprzytłaczanie klientów nadmierną liczbą procedur, a także na odpowiednią kalibrację rozwiązań do ich struktury organizacyjnej oraz działalności biznesowej. Same procedury zaś są bardziej elastyczne i możliwe jest ich dostosowanie do zmieniających się warunków rynkowych. Ponadto, procedury te są procedurami wewnętrznymi każdej z instytucji, wobec czego przestępcy mają do nich bardziej ograniczony dostęp niż do ogólnodostępnych przepisów, przez co trudniej jest im również dostrzec ich potencjalne luki. W świetle powyższego, zastosowanie podejścia opartego na analizie ryzyka jest niezbędne w celu usprawnienia kooperacji publiczno-prywatnej w walce przeciwko praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu.

Należy mieć jednak na uwadze, że prawidłowe stosowanie podejścia opartego na analizie ryzyka może być także problematyczne, ponieważ duża swoboda decyzji i liberalność przepisów może spowodować ich niejasność, powodując tym samym niepewność prawną dla podmiotów obowiązanych³⁵. Ponadto, w związku z brakiem sankcji za nieskuteczne stosowanie przepisów, podmioty obowiązane mogą nie być wystarczająco zmotywowane, aby pracować nad coraz skuteczniejszymi procedurami. Dodatkowo fakt, że sankcjom podlega jedynie niewdrożenie jakichkolwiek procedur mających na celu walkę z praniem pieniędzy, nie zaś ich nieprawidłowe wdrożenie może prowadzić do nieskutecznego raportowania transakcji podejrzanych przez instytucje obowiązane („nadraportowania”). Kolejną wadą podejścia opartego na analizie ryzyka mogłoby okazać się niewystarczająco wczesne wykrywanie i ocena ryzyka w przypadku niektórych podmiotów. Zagrożeniem jest również fakt, że mniej doświadczone instytucje obowiązane mogą niewłaściwie

³² L. Borlini, *Regulating...*, op. cit., s. 553.

³³ Czwarta dyrektywa AML, art. 1.

³⁴ Ibidem, art. 3(6).

³⁵ V. Mitsilegas, N. Vavoula, *The Evolving...*, op. cit., s. 274.

oszacować ryzyko – albo je przeszacować, co prowadzić będzie do niepotrzebnych kosztów, lub nie doszacować, co będzie skutkowało zwiększeniem podatności całego systemu na to ryzyko³⁶. Problemem może stać się również konieczność podejmowania decyzji odnośnie do poziomu ryzyka przez często niedoświadczonych pracowników, co wydłuży proces decyzyjny i czas reakcji, a także podwyższy koszty administracyjne³⁷. Nie można również pominąć kwestii związanej z alokacją odpowiedzialności – skoro w proces walki zaangażowane są zarówno podmioty prywatne, jak i publiczne, kto ponosi odpowiedzialność w momencie, gdy system okazuje się zawodzić³⁸? Co do zasady, system oparty na analizie ryzyka przenosi ciężar prawidłowego wykonywania obowiązków nałożonych dyrektywą na podmioty prywatne, co może prowadzić do niejasności w kwestii odpowiedzialności za te działania i spotęgować zjawisko przerzucania winy³⁹.

Podsumowując, podejście oparte na analizie ryzyka sprawia, że regulacje dotyczące AML są bardziej elastyczne, oraz umożliwia zwiększenie zaangażowania podmiotów prywatnych. Podmioty prywatne, pod nadzorem podmiotów publicznych, samodzielnie kształtują i wdrażają procedury walki z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu.

C. Rola sektora publicznego

Kooperacja sektora prywatnego i publicznego stanowi podstawę osiągnięcia efektywnego systemu walki z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu. Co do zasady, sektor publiczny ma za zadanie egzekwować prawidłowe wdrażanie przez instytucje obowiązane nałożonych na nie przez dyrektywę obowiązków prewencyjnych. Podział zadań pomiędzy sektorami nie został jednak sprecyzowany w regulacjach unijnych, których implementacja, z powodu elastyczności, zapewniającej podejście oparte na analizie ryzyka, różni się w każdym z państw członkowskich. Nie jest również w pełni jasne, jakie podmioty ze strony sektora publicznego mają zajmować się monitorowaniem prawidłowego wdrażania regulacji AML przez podmioty prywatne.

D. Organy nadzoru – rola i uprawnienia

Analizując efektywność danego systemu przeciwdziałającego praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, w pierwszej kolejności należy poddać ocenie organy, które posiadają odpowiednie kompetencje do realizacji tego celu, oraz zakres posiadanych przez nie informacji. Z perspektywy sektora publicznego kluczowa rola została powierzona jednostkom analityki finansowej, zwanym również jednostka-

³⁶ FATF, *Guidance on the risk-based approach to combating money laundering and terrorist financing*, Paryż 2007.

³⁷ Ibidem.

³⁸ M. Bergstrom, K. Helgesson Svedberg, U. Morth, *A New Role for...*, op. cit., s. 1051.

³⁹ Ibidem.

mi wywiadu finansowego. Jednostki analityki finansowej (FIU) mają za zadanie gromadzić i analizować informacje, które otrzymują, w celu ustalenia powiązań między podejrzanymi transakcjami a leżącą u ich podstaw działalnością przestępczą, aby zapobiegać praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu oraz przekazywać wyniki przeprowadzonych analiz właściwym organom w przypadku, gdy istnieją podstawy, by podejrzewać pranie pieniędzy, powiązane przestępstwa źródłowe lub finansowanie terroryzmu⁴⁰. W celu uniknięcia sytuacji, w których organy publiczne wykorzystywałyby informacje zdobyte o podmiotach prywatnych podczas procesów mających na celu przeciwdziałanie praniu pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu, istotne jest, aby jednostki analityki finansowej były podmiotami spoza państwowego aparatu śledczego. Takie rozwiązanie będzie również pozytywnie wpływać na zaufanie pomiędzy instytucjami nadzorującymi i nadzorowanymi.

Uprawnienia FIU były stale poszerzane, jednak najszerszą legitymację przyznaje im piąta dyrektywa AML. Jednostki te odgrywają ważną rolę w wykrywaniu operacji finansowych prowadzonych przez sieci terrorystyczne, szczególnie w wymiarze transgranicznym. W związku z tym przepisy piątej dyrektywy AML mają na celu zacieśnienie szeroko pojętej kooperacji pomiędzy tymi jednostkami. Swobodny dostęp tych jednostek do informacji ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia, aby przepływy pieniędzy mogły być odpowiednio śledzone, a nielegalne sieci i przepływy wykrywane na wczesnym etapie. W ramach wykonywania swych zadań FIU powinny być w stanie uzyskać informacje od każdego podmiotu zobowiązanego, także w przypadku, gdy nie było wcześniejszego zgłoszenia podejrzanego transakcji (przykładowo, gdy takie podejrzenie wynika z analizy własnej FIU)⁴¹. Istotne jest również dalsze rozszerzanie współpracy pomiędzy FIU funkcjonującymi w poszczególnych państwach członkowskich.

E. Sankcje za niedopełnienie obowiązków przez instytucje obowiązane

Podmioty publiczne muszą dysponować odpowiednimi narzędziami, które umożliwią im sprawowanie kontroli nad podmiotami prywatnymi, przede wszystkim muszą być w stanie pociągnąć te podmioty do odpowiedzialności w przypadku niewdrażania regulacji unijnych do wewnętrznych procedur. Źródłem przepisów dotyczących sankcji jest czwarta dyrektywa AML. Dyrektywa ta zawiera ogólne zasady nakładania kar, pozostawiając państwom członkowskim relatywną swobodę w tworzeniu własnych, bardziej precyzyjnych regulacji⁴². W art. 59 czwartej dyrektywy AML przedstawiono podstawowy katalog kar, które mogą być nałożone na podmioty obowiązane w przypadku powtarzających się naruszeń. W katalogu tym wyszczególniono przede wszystkim: oświadczenie publiczne wskazujące dany podmiot oraz charakter naruszenia; decyzję nakazującą zaprzestanie danego

⁴⁰ Piąta dyrektywa AML, motyw 18 preambuły.

⁴¹ Ibidem, motyw 17 preambuły.

⁴² Czwarta dyrektywa AML, art. 58(1).

zachowania; cofnięcie lub zawieszenie zezwolenia wykonywania danej działalności; tymczasowy zakaz pełnienia funkcji kierowniczych w podmiocie zobowiązanym; maksymalne administracyjne kary pieniężne: co najmniej dwukrotnie wyższe od kwoty korzyści uzyskanej w wyniku naruszenia, jeśli można ustalić kwotę takiej korzyści, lub w wysokości co najmniej 1 000 000 euro⁴³. Czwarta dyrektywa AML nie określa wobec tego maksymalnego wymiaru kar, co oznacza, że każde państwo członkowskie może samodzielnie ustalić ten limit w regulacjach krajowych.

Podsumowując, głównymi reprezentantami sektora publicznego w prawnym reżimie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu są FIU, które są swoistym pośrednikiem pomiędzy organami państwowymi i podmiotami prywatnymi. Podmioty prywatne wykonują swoje obowiązki, nałożone na nie dyrektywą, w tym między innymi obowiązek raportowania do FIU. Podmioty publiczne zaś egzekwują prawidłowe wykonywanie tych obowiązków – są w tym celu wyposażone m.in. w sankcje i inne uprawnienia.

4. Zgodność przepisów AML ze swobodami i prawami podstawowymi

Zaangażowanie podmiotów prywatnych w walkę z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu może niejednokrotnie powodować konieczność ograniczenia swobód i praw podstawowych. Kwestię problematyczną stanowi prawidłowe wyważenie konieczności zapewnienia bezpieczeństwa rynku wewnętrznego z koniecznością ochrony praw i swobód podstawowych. W podsekcjach IV.A i IV.B została przedstawiona analiza zgodności regulacji AML oraz swobody świadczenia usług, prawa do sprawiedliwego procesu, oparta w znacznej mierze na przeglądzie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE).

4.1. Przeciwdziałanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu jako ograniczenie swobody świadczenia usług

Zgodnie z art. 56 TFUE ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane, zakaz ten nie ma jednak charakteru bezwzględny. Państwa członkowskie mogą ograniczać swobody zarówno w przypadkach wskazanych w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)⁴⁴, jak i opierając się na bardziej ogólnych przyczynach, zdefiniowanych w orzecznictwie TSUE. Art. 51 TFUE przewiduje wyjątek, mający zastosowanie w przypadku, gdy istnieje związek między ograniczeniem swobody świadczenia usług a wykonywaniem władzy publicznej. Ponadto, swoboda świadczenia usług może być również ograniczona w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa publicznego, porządku publicznego

⁴³ Ibidem, art. 59(2).

⁴⁴ Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2012, C 326 (TFUE).

lub zdrowia. W orzecznictwie, biorąc pod uwagę przywiązanie do podstawowych wolności, podejście TSUE do ich ograniczania jest dość restrykcyjne (przykładem restrykcyjnego podejścia może być orzecznictwo dotyczące tzw. „złotych akcji”⁴⁵).

Zdaniem TSUE środki ograniczające swobody podstawowe przewidziane w prawie krajowym mogą być uzasadnione w przypadku, gdy: (i) są niedyskryminujące; (ii) państwo członkowskie chroni pewną wartość, która może zostać uznana za nadrzędny interes publiczny; (iii) środek jest proporcjonalny do celu, któremu służy; (iv) wartość podlegająca ochronie w państwie przyjmującym nie podlega ochronie w państwie pochodzenia⁴⁶. Katalog wartości, które zostały uznane przez ETS za interes publiczny, jest otwarty, a wśród nich znajduje się między innymi utrzymywanie dobrej reputacji sektora finansowego⁴⁷.

Podstawowym orzeczeniem istotnym z punktu widzenia ograniczania swobód wspólnotowych przez regulacje mające na celu przeciwdziałanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu jest wyrok w sprawie *Jyske Bank Gibraltar*⁴⁸, który wydany był na gruncie przepisów trzeciej dyrektywy AML. Zgodnie z przepisami tej dyrektywy każde państwo członkowskie obowiązane było do ustanowienia FIU, odpowiedzialnej za otrzymywanie, analizowanie i przekazywanie odpowiednim organom publicznym informacji o potencjalnym ryzyku prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu od jednostek mających siedzibę na terenie tego państwa członkowskiego. Uregulowanie hiszpańskie nakładało na instytucje kredytowe działające w Hiszpanii, niezależnie od umiejscowienia ich siedziby, obowiązek informowania hiszpańskiej FIU o przelewach z lub do rajów podatkowych oraz terytoriów odmawiających współpracy, w tym Gibraltaru. *Jyske*, będący instytucją kredytową z siedzibą w Gibraltarze, która prowadziła działalność w Hiszpanii na zasadzie swobodnego świadczenia usług, odmówił przekazania informacji hiszpańskiej FIU. *Jyske* uważał, że na mocy trzeciej dyrektywy AML podlegał obowiązkowi przekazywania informacji tylko wobec FIU Gibraltaru i wobec tego uregulowanie hiszpańskie jest niezgodne z dyrektywą. Bank wystąpił do hiszpańskiego sądu najwyższego, który postanowił zwrócić się ze stosownym pytaniem do TSUE.

W pierwszej kolejności TSUE orzekło, że dyrektywa nie zakazuje wprost możliwości wymagania, by instytucje kredytowe prowadzące działalność w danym państwie członkowskim na zasadach swobodnego świadczenia usług przekazywały informacje bezpośrednio do FIU tego państwa członkowskiego. Wobec tego jej przepisy nie stoją na przeszkodzie uregulowaniom, które zmierzają do zwiększenia – z poszanowaniem prawa Unii – skuteczności walki z tego rodzaju przestępczością.

W drugiej kolejności TSUE stwierdziło, że omawiana konstrukcja raportowana stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług, ponieważ ma charakter dalej idący, niż to przewidziane przez dyrektywę. Takie ograniczenie swobodnego świadczenia

⁴⁵ Zob. Wyrok Komisja Europejska przeciwko Republice Portugalii, C 543/08, EU:C:2010:669.

⁴⁶ A. Zawadzka-Łojek, R. Grzeszczak, *Prawo materialne Unii Europejskiej. Vademecum*, Warszawa 2015, s. 250.

⁴⁷ Wyrok *Alpine Investments Bv przeciwko Minister van Financien*, C 384/93, EU:C:1995:126.

⁴⁸ Wyrok *Jyske Bank Gibraltar Ltd. przeciwko Administración del Estado*, C 212/12, EU:C:2013:270 (*Jyske Bank Gibraltar*).

usług może być uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego. Ograniczenie to musi jednak również służyć celom wskazanym w dyrektywie, tzn. przeciwdziałać wykorzystywaniu rynku wewnętrznego do prania pieniędzy i finansowania terroryzmu. Należy mieć na uwadze, że TSUE rozpoznało już wcześniej walkę z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu jako interes publiczny, służący zapewnieniu szeroko pojętego bezpieczeństwa publicznego, w wyroku dotyczącym sektora gier hazardowych we Francji⁴⁹. W sprawie przeciwko Jyske Bank TSUE wskazało, że analizowana regulacja pozwala na nadzorowanie wszystkich transakcji finansowych przeprowadzanych na terytorium danego państwa członkowskiego przez instytucje finansowe, niezależnie od tego, na jaki sposób świadczenia usług się zdecydowały, co każe ją postrzegać jako środek pozwalający na osiągnięcie celu wskazanego w dyrektywie w sposób skuteczny i spójny⁵⁰. Regulację analogiczną jak hiszpańska, wobec braku – w okresie, w którym miały miejsce okoliczności sprawy – skutecznego mechanizmu gwarantującego pełną i całkowitą współpracę między FIU i umożliwiającego równie skuteczne zwalczanie prania pieniędzy i finansowania terroryzmu, należy uznać za środek proporcjonalny.

W Jyske Bank Gibraltar TSUE przyznało pierwszeństwo działaniom mającym na celu ograniczenie przestępstw prania pieniędzy i finansowania terroryzmu przed swobodami europejskimi. Walka z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu leży w interesie nie tylko poszczególnych państw członkowskich, ale ma charakter „interesu europejskiego”. Na ogół TSUE skupia się na zapewnianiu wyważenia interesów z jednej strony poszczególnego państwa członkowskiego, z drugiej zaś wartości europejskich. W omawianym stanie faktycznym oba interesy – swobody podstawowe i walka z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu – wydają się być równie istotne, biorąc pod uwagę wymiar unijny. Pomimo faktu, że omawiany wyrok zapadł na gruncie trzeciej dyrektywy AML, nadal zachowuje on swoją aktualność i potwierdza, że walka z finansowaniem terroryzmu rozpoznawana jest jako interes publiczny, stanowiący wartość nadrzędną nad ochroną swobód podstawowych.

4.2. Unijne regulacje AML a możliwość ograniczenia praw podstawowych

W orzecznictwie europejskim poddano również analizie możliwości ograniczenia praw podstawowych przez regulacje dotyczące opisywanej tematyki. Kwestia zgodności przepisów dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu z prawem do sprawiedliwego procesu została przeanalizowana na gruncie przepisów pierwszej dyrektywy AML w sprawie *Ordre des barreaux*⁵¹.

Prawo do sprawiedliwego procesu stanowi prawo podstawowe, uznawane zgodnie z art. 6 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej⁵² za jedną z zasad ogólnych

⁴⁹ Wyrok *Zeturf Ltd przeciwko Prime Minister*, C-212/08, EU:C:2011:437.

⁵⁰ *Jyske Bank Gibraltar*, paragrafy 45, 49.

⁵¹ Wyrok *Ordre des barreaux Francophones et Germanophone przeciwko Conseil des Ministres*, C-305/05, EU:C:2007:383 (*Ordre des barreaux*).

⁵² Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2012, C 326 (TUE).

prawa Unii Europejskiej. W art. 47 Karty Praw Podstawowych UE wskazano, że „Każdy ma możliwość uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela”. W celu ochrony zasady poufności między klientem i prawnikiem, istnieje konstrukcja tajemnicy zawodowej, dzięki której prawnik może odmówić przekazywania informacji uzyskanych w toku doradzania lub reprezentowania klienta czy też podczas prowadzonej sprawy osobom trzecim. Prawnicy odgrywają fundamentalną rolę w społeczeństwie demokratycznym, jaką jest obrona stron postępowania sądowego. Prawidłowe wykonywanie tej funkcji wymaga istnienia zaufania pomiędzy prawnikiem a klientem, a skuteczne reprezentowanie klienta byłoby niemożliwe, gdyby prawnik zobowiązany był do przekazywania informacji uzyskanych w trakcie procesu organom władzy publicznej⁵³. Tajemnica adwokacka nie ma jednak charakteru bezwzględnego i ulega ograniczeniom w przypadkach, gdy jest to niezbędne i odpowiednio zabezpieczone⁵⁴, m.in. na gruncie przepisów dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu.

Zakres podmiotowy pierwszej dyrektywy AML, zmienionej drugą dyrektywą AML, obejmował prawników i notariuszy. Prawnicy zobligowani są do informowania odpowiednich władz w przypadku zauważenia działań podejrzanych z punktu widzenia prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Obowiązek ten może być postrzegany jako zagrażający tajemnicy zawodowej prawnika, stanowiącej jeden z fundamentów prawa do sprawiedliwego procesu. Ten właśnie temat został podjęty przez TSUE w sprawie *Ordre des barreaux*. Belgijski ustawodawca implementował przepisy pierwszej dyrektywy AML, zmienionej drugą dyrektywą AML, do belgijskiego porządku prawnego, z uwzględnieniem przepisów dotyczących obowiązku raportowania transakcji podejrzanych przez prawników i notariuszy. Nałożenie tego obowiązku na adwokatów spotkało się z zarzutem belgijskiej izby adwokackiej, jako sprzecznego z zasadą poufności między klientem a prawnikiem. Belgijski sąd krajowy zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym do TSUE. W wyroku Trybunał w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na zawarte w dyrektywie ograniczenia obowiązków informacji i współpracy w stosunku do adwokatów, które to ograniczenia są dokonywane na dwa sposoby. Po pierwsze, przepisy *expressis verbis* określają katalog transakcji, których dotyczy ten obowiązek. Po drugie, obowiązki te zostały wyraźnie wyłączone w przypadku, gdy owe informacje dotyczą postępowania sądowego⁵⁵. W ocenie ETS belgijskie ustawodawstwo zachowało wspomniane ograniczenia. W związku z tym ETS podjął się oceny, czy doszło do naruszenia prawa do sądu.

Trybunał zauważył, że sytuacja, gdy w ramach postępowania sądowego lub jego przygotowywania adwokat byłby zobowiązany do współpracy z władzami publicznymi, polegającej na przekazywaniu informacji uzyskanych w trakcie porad

⁵³ M. Luchtman, R. van der Ministres, *Cases C – 305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone et al. v. Conseil des Ministres, judgement of the Court of Justice of 26 June 2007, Grand Chamber* [2007] ECR I-5305, „Common Market Law Review”, 2009/46, s. 301.

⁵⁴ ETPCz, *Iliya Stefanov przeciwko Bułgarii*, 2008, nr wniosku 65755/01.

⁵⁵ Adam Bodnar (red.), Adam Płoszka (red.), *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na funkcjonowanie biznesu*, Warszawa, 2016, dostęp: Legalis.

prawnych, mających miejsce w ramach takiego postępowania, skutkowałaby pozbawieniem go możliwości należytego wykonywania zawodu. Obowiązki informacyjne określone w dyrektywie obejmują adwokatów jednak tylko w takim zakresie, w jakim udzielają swemu klientowi pomocy w przeprowadzeniu określonych transakcji, głównie o charakterze finansowym bądź dotyczącym nieruchomości. W ocenie TSUE tego typu działania, z samej swej natury znajdują się w kontekście, który nie ma związku z postępowaniem sądowym, i tym samym pozostają poza zakresem prawa do rzetelnego procesu sądowego. Tak długo, jak różnorakie obowiązki informacyjne nakładane na przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych nie ingerują w istotę wykonywania zawodu adwokata czy radcy prawnego (a więc obronę praw podsądnego), są one zgodne z prawem do obrony. Nie stanowią one także naruszenia prawa do tajemnicy komunikowania się, gdy stworzone zostaną określone gwarancje dla ingerencji w tajemnicę zawodową⁵⁶. Gwarancją tą w szczególności jest pośrednictwo samorządu zawodowego w przekazywaniu informacji.

Artykuł 52 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej stanowi, że z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, ograniczenia praw podstawowych są możliwe, jeżeli odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię. W wyroku w sprawie *Ordre des barreaux* przeciwdziałanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu zostało ponownie uznane za interes ogólny. W swojej opinii do omawianej sprawy Rzecznik Generalny wskazał, że „W tych okolicznościach cel zwalczania procederu prania pieniędzy można postrzegać jako cel interesu ogólnego, który uzasadnia uchylene tajemnicy adwokackiej pod warunkiem, że nie dotyczy to najważniejszego zakresu działalności adwokata”⁵⁷. W dalszym ciągu jednak trudno jest wyznaczyć wyraźną granicę pomiędzy czynnościami prawników związanymi z postępowaniem sądowym a tymi, które za związane uznać nie można. Do tej pory TSUE nie zajął stanowiska w powyższej kwestii, wobec czego ocena proporcjonalności powinna być dokonywana każdorazowo w konkretnych przypadkach, gwarancję zaś stanowi tu kontrola sądowa.

5. Wnioski

Powyższa analiza nakreśliła obraz dynamicznych i ewoluujących przepisów dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Zgodnie z wnioskami płynącymi z powyższej analizy, dalsza ewolucja tych przepisów powinna opierać się na następujących założeniach: (i) silniejszym nacisku na aspekt prewencyjny regulacji AML; (ii) szerszym zaangażowaniu podmiotów prywatnych w celu zmniejszenia asymetrii informacji pomiędzy podmiotami prywatnymi i publicznymi oraz zredukowania kosztów adaptacji nowych przepisów; (iii) jeszcze głębszym osadzeniu przepisów AML na zasadzie opartej na analizie ryzyka;

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Sprawa *Ordre des barreaux francophones et germanophone przeciwko Conseil des Ministres* C-305/05, EU:C:2007:383, Opinia Rzecznika Generalnego AG Maduro, paragraf 49.

(iv) szerszej kooperacji na poziomie ponadnarodowym, w szczególności pomiędzy FIU; (v) szerszym rozpoznaniu walki z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu jako „europejskiego” interesu publicznego.

Jeżeli chodzi o aspekt prewencyjny, kolejne dyrektywy AML rozszerzały zakres podmiotów podlegających obowiązkowi prewencyjnemu, obejmując nimi zarówno podmioty z branży finansowej, jak i spoza niej. Europejski regulator musi mieć na uwadze konieczność zachowania równowagi pomiędzy walką o bezpieczny i stabilny system finansowy a harmonijnym i nieprzeciążającym podmiotów obowiązanych systemem prawnym. Pomocne w realizacji tego założenia okazało się wdrożenie podejścia opartego na analizie ryzyka. Szerokie zaangażowanie podmiotów prywatnych pociągnęło za sobą liczne napięcia pomiędzy regulacjami AML oraz swobodami i prawami podstawowymi. W analizowanym orzecznictwie TSUE przeciwdziałanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu zostało rozpoznane jako interes publiczny, służący zapewnieniu szeroko pojętego bezpieczeństwa publicznego, w związku z tym omawiane regulacje mogą ograniczać swobody i prawa podstawowe, pod warunkiem zachowania proporcjonalności i zasadności tych środków.

Napięcia występujące pomiędzy regulacjami AML a prawami i swobodami podstawowymi z pewnością nie zostaną całkowicie zniwelowane, czego dowodem mogą być kolejne kolizje pojawiające się przykładowo między przedmiotowymi regulacjami a przepisami odnoszącymi się do ochrony danych osobowych i prawa do prywatności. Regulacje AML ze swej natury są bardzo dynamiczne i muszą być stale dostosowywane do pojawiających się nowych zagrożeń dla bezpieczeństwa rynku wewnętrznego. Wpływ tych regulacji na prawa i swobody podstawowe powinien być jednak każdorazowo analizowany z uwzględnieniem zasady proporcjonalności. Analogiczne podejście powinno również przyświecać TSUE w przypadku pojawiania się dalszych kwestii spornych dotyczących zgodności regulacji mających na celu walkę z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu z prawami i swobodami podstawowymi.

BIBLIOGRAFIA

Źródła

- [1] Dyrektywa 2001/97/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 4 grudnia 2001 r. zmieniająca Dyrektywę 91/308 EEC w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, Dz.Urz. UE 2001, L 344.
- [2] Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, Dz.Urz. UE 2005, L 309/15.
- [3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub

- finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE, Dz.Urz. UE 2015, L 141/73.
- [4] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/843 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2015/849 w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu oraz zmieniająca Dyrektywy 2009/138/WE i 2013/36/UE Dz.Urz. UE 2018, L 156/43.
- [5] Dyrektywa Rady 91/308/EEC z dnia 10 czerwca 1991 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy, Dz.Urz. UE 1991, L 166.
- [6] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2012, C 326/391.
- [7] Komisja Europejska, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC*, COM (2016) 450 final.
- [8] Komisja Europejska, *Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy, włącznie z finansowaniem terrorystów*, COM (2004) 448.
- [9] Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2012, C 326.
- [10] Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2012, C 326.
- [11] Wyrok TSUE w sprawie 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.
- [12] Wyrok TSUE w sprawie C 212/12 Jyske Bank Gibraltar Ltd. przeciwko Administración del Estado.
- [13] Wyrok TSUE w sprawie C 384/93 Alpine Investments Bv przeciwko Minister van Financien.
- [14] Wyrok TSUE w sprawie C 543/08 Komisja Europejska przeciwko Republice Portugalii.
- [15] Wyrok TSUE w sprawie C-212/08 Zeturf Ltd przeciwko Prime Minister.
- [16] Wyrok TSUE w sprawie C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone przeciwko Conseil des Ministres*, Opinia Rzecznika Generalnego AG Maduro.
- [17] Wyrok TSUE w sprawie C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone przeciwko Conseil des Ministres*.

Literatura

- [1] BERGSTROM M., HELGESSON SVEDBERG K., MÖRTH U., *A New Role for For-Profit Actors? The Case of Anti-Money Laundering and Risk Management*, „Journal of Common Market Studies”, Nr 49, 2011 r.
- [2] BODNAR A., PŁOSZKA A. (red.), *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na funkcjonowanie biznesu*, Warszawa 2016.
- [3] BORLINI L., *Regulating Criminal Finance in the EU in the Light of the International Instruments*, „Yearbook of European Law”, Nr 36, 2017 r.
- [4] FATE, *Guidance on the risk-based approach to combating money laundering and terrorist financing*, Paryż, 2007 r.

- [5] FATE, *RBA Guidance for Dealers in Precious Metal and Stones*, Paryż 2008.
- [6] GARLAND D., *The Limits of Sovereign State*, „British Journal of Criminology”, Nr 36, 1996 r.
- [7] KAPICA W. (red.), *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2019.
- [8] LUCHTMAN M., VAN DER MINISTRES R., *Cases C – 305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone et al. v. Conseil des Ministres, judgement of the Court of Justice of 26 June 2007, Grand Chamber [2007] ECR I-5305*, „Common Market Law Review”, Nr 46, 2009 r.
- [9] MITSILEGAS V., VAVOULA N., *The Evolving EU Anti-Money Laundering Regime: Challenges for Fundamental Rights and the Rule of Law*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law”, Nr 23, 2016 r.
- [10] MÖRTH U., *European Public-Private Collaboration: A Choice Between Efficiency and Democratic Accountability?*, 2008 r.
- [11] MÖRTH U., *The Market Turn in EU Governance – The Emergence of Public-Private Collaboration*, *Governance*, Nr 22, 2009 r.
- [12] PŁYWACZEWSKI E., *Przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy z perspektywy międzynarodowej*, „Państwo i Prawo”, Nr 8, 2002 r.
- [13] SIEJCZUK P., *Problematyka prania brudnych pieniędzy w regulacjach prawnomiędzynarodowych, europejskich i krajowych*, „Bezpieczeństwo Narodowe”, Nr 23-24, 2012 r.
- [14] ZAWIDZKA-ŁOJEK A., GRZESZCZAK R. (red.), *Prawo materialne Unii Europejskiej. Vademecum*, Warszawa 2015.

PUBLIC-PRIVATE COOPERATION IN EUROPEAN ANTI-MONEY LAUNDERING AND COUNTERACTING TERRORISM FINANCING REGULATIONS – CHALLENGES FOR FUNDAMENTAL FREEDOMS AND RIGHTS

Abstract. The aim of the article is a critical analysis of EU regulations on counteracting money laundering and terrorism financing, with particular emphasis on their preventive aspect, introduced mainly by the implementation of a risk-based approach. The basis for effectiveness in the described matter is the maximization of direct involvement of the private sector and private-public cooperation. However, it should be borne in mind that the involvement of private entities carries a number of risks, mainly related to the possible tensions between AML regulations and fundamental freedoms and rights. Therefore, the article focuses on the analysis of the impact of anti-money laundering and terrorist financing regulations on freedoms and fundamental rights, with particular emphasis on the freedom to provide services and the right to fair trial.

Keywords: anti-money laundering, terrorism financing, fundamental freedoms, fundamental rights, risk-based approach.