УТВЕРЖДЕНА

решением Президиума

Республиканской коллегии адвокатов

31 июля 2023 года

**ПОЗИЦИЯ**

**Научно-консультативного совета Республиканской коллегии адвокатов по требованиям к адвокатам как к субъектам финансового мониторинга по подготовке и обучению в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (ПОД/ФТ)**

1. **Описание проблемы**

Приказом Председателя Агентства Республики Казахстан по финансовому мониторингу (далее – АФМ) от 9 августа 2021 года № 6 утверждены Требования к субъектам финансового мониторинга по подготовке и обучению в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (дата официальной публикации – 16 августа 2021 года) (далее - Требования).

В подпункте 3) пункта 2 состав субъектов, на которых распространяется действие данных Требований определен как: субъекты финансового мониторинга, осуществляющие свою деятельность единолично, и сотрудники субъекта финансового мониторинга, осуществляющие функции, связанные с соблюдением законодательства в сфере ПОД/ФТ.

В соответствии с пунктом 3 Требований в целях подтверждения изучения субъектами материала, изученного в процессе обучения, субъекты должны проходить тестирование с периодичностью не реже 1 (одного) раза в 3 (три) года с даты прохождения тестирования на базе Центра и его территориальных подразделений.

Подпунктом 2) пункта 2 Требований установлено, что Центром является акционерное общество «Национальный центр по управлению персоналом государственной службы», определенное в соответствии с постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2008 года № 1305.

Однако указанное Постановление Правительства лишь определяет основной предмет деятельности Центра, в который, в частности, входит повышение квалификации и обучение государственных служащих, а также процедуры тестирования, проводимые государственными органами. Полномочий Центра по проведению тестирования в отношении адвокатов указанное Постановление не предусматривает.

Согласно пункту 3 Требований срок действия результатов тестирования будет составлять 3 года с момента прохождения аттестации с положительным результатом.

Все субъекты с момента введения в действие Требований должны пройти тестирование в течение последующих 2 лет, то есть до 26 августа 2023 года.

Пункт 8 Требований определяет требования к лицам, проводящим обучение субъектов:

* наличие высшего образования;
* наличие стажа работы в сфере ПОД/ФТ не менее 5 (пяти) лет;
* наличие сертификатов о прохождении обучения в сфере ПОД/ФТ.

Согласно пункту 12 Требований факт проведения с сотрудником субъекта обучения и ознакомления с нормативными правовыми актами Республики Казахстан в области ПОД/ФТ и внутренними документами субъектов, принятыми в целях организации внутреннего контроля, подтверждается его собственноручной подписью в документе, форму и содержание которого субъект устанавливает самостоятельно.

Документы, подтверждающие прохождение сотрудником субъекта программы обучения, приобщаются к личному делу сотрудника.

Затем согласно пункту 13 Требований прохождение субъектом тестирования подтверждается документом, выдаваемым Центром.

Учет лиц, прошедших тестирование, ведется уполномоченным органом на основании информации, полученной от Центра (пункт 14 Требований).

В соответствии с пунктом 15 Требований субъекты должны размещать информацию о прохождении тестирования в личном кабинете субъекта, который размещен в веб-портале уполномоченного органа.

Уполномоченным органом является АФМ.

1. **Суть нарушения прав адвокатов**

В соответствии с подпунктом 7) пункта 1 статьи 3 Закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» (далее – Закон о ПОД/ФТ) адвокат является субъектом финансового мониторинга только в случаях, когда он от имени или по поручению клиента участвует в операциях с деньгами и (или) иным имуществом в отношении следующей деятельности:

1) купле-продаже недвижимости;

2) управлении деньгами, ценными бумагами или иным имуществом;

3) управлении банковскими счетами или счетами ценных бумаг;

4) аккумулировании средств для создания, обеспечения, функционировании или управлении компанией;

5) создания, купли-продажи, функционирования юридического лица или управления им.

**Если адвокат не участвует в вышеуказанных операциях, то он не является субъектом финансового мониторинга и на него не распространяется действие указанных Требований, в том числе по прохождению тестирования по вопросам ПОД/ФТ.**

Только в случае участия адвоката в операциях с деньгами и (или) иным имуществом в отношении перечисленных видов деятельности, возникают требования, применимые к деятельности субъектов финансового мониторинга, в том числе на адвоката будет распространяться действие указанных Требований.

Адвокат при этом должен будет пройти обучение у лиц, проводящих обучение субъектов, имеющих стаж работы и сертификаты о прохождении обучения в сфере ПОД/ФТ.

После прохождения обучения адвокат должен будет пройти тестирование в Центре.

Данную процедуру адвокат, являющийся субъектом финансового мониторинга, будет вынужден проходить не реже 1 раза в 3 года.

По имеющейся у РКА информации в настоящее время отсутствуют адвокаты, которые стали субъектами финансового мониторинга в результате осуществления операций, предусмотренных подпунктом 7) пункта 1 статьи 3 Закона о ПОД/ФТ.

С принятием указанных Требований создается риск того, что все без исключения адвокаты (как являющиеся, так и не являющиеся субъектами финансового мониторинга) будут принуждены проходить дополнительную процедуру обучения и последующего тестирования, что станет излишним и дополнительным барьером допуска к профессии адвоката и неоправданным ограничением в ходе адвокатской деятельности.

1. **Меры, предпринимавшиеся для решения проблемы**

Республиканская коллегия адвокатов 10 марта 2023 года обратилась в АФМ с предложением исключить адвокатов из состава субъектов, подлежащих тестированию, а само обучение включить в программу повышения квалификации адвокатов, проводимой на базе территориальных коллегий адвокатов.

1. **Позиция Агентства Республики Казахстан по финансовому мониторингу**

На письмо Республиканской коллегии адвокатов АФМ сообщило следующую позицию:

В соответствии с пунктом 3 статьи 11 Закона о ПОД/ФТ Правила внутреннего контроля должны включать в себя, помимо прочего, программу подготовки и обучения субъектов финансового мониторинга в сфере ПОД/ФТ.

Прохождение подготовки и обучения СФМ в сфере ПОД/ФТ является обязательным.

Приказом Председателя Агентства по финансовому мониторингу от 9 августа 2021 года № 6 по согласованию с государственными органами, осуществляющими в пределах своей компетенции государственный контроль за соблюдением СФМ законодательства о ПОД/ФТ установлено требование по прохождению СФМ тестирования по итогам обучения.

Такое требование определено в целях подтверждения изучения СФМ материала, полученного в процессе обучения.

Согласно пункту 6 статьи 7 Закона «О правовых актах» нормативные правовые приказы принимаются руководителями ведомств центральных государственных органов при наличии компетенции по их утверждению в нормативных правовых актах государственного органа, в структуру которого входит ведомство, и не могут затрагивать права и свободы человека и гражданина.

Учитывая наличие компетенции у АФМ на утверждение вышеуказанного Приказа, АФМ считает, что подзаконные нормативные правовые акты Агентства могут устанавливать требования, направленные на детализацию и реализацию положений Закона о ПОД/ФТ.

Согласно позиции АФМ наличие положений о прохождении тестирования адвокатами как субъектами финансового мониторинга в Приказе являются законными и не противоречат вышестоящим нормативным правовым актам.

На основании вышеизложенного, АФМ сообщило о своем намерении оставить действующий механизм тестирования без изменений.

1. **Позиция адвокатуры и ее обоснование**

Указанные Требования противоречат положениям Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» (далее - Закон).

Пунктом 3 Требований предусмотрено обязательное прохождение тестирования с периодичностью не реже 1 раза в 3 года с даты прохождения тестирования на базе акционерного общества «Национальный центр по управлению персоналом государственной службы» и его территориальных подразделений. При этом, результаты тестирования имеют силу 3 года, а первое тестирование необходимо пройти до 26 августа 2023 года.

Согласно пункту 3 статьи 11 Закона о ПОД/ФТ **правила внутреннего контроля** разрабатываются, принимаются органом управления или исполнительным органом субъектов финансового мониторинга с образованием юридического лица и субъектом финансового мониторинга без образования юридического лица и исполняются субъектами финансового мониторинга с учетом результатов оценки степени подверженности услуг субъектов финансового мониторинга рискам легализации (отмывания) доходов и финансирования терроризма, размера, характера и сложности организации и, помимо требований к деятельности субъекта финансового мониторинга при проведении внутреннего контроля, предусмотренных Законом о ПОД/ФТ, **должны включать в себя программу подготовки и обучения субъектов финансового мониторинга в сфере ПОД/ФТ** и финансированию распространения оружия массового уничтожения.

В соответствии с подпунктом 13-5) статьи 16 Закона о ПОД/ФТ в целях ПОД/ФТ уполномоченный орган осуществляет государственный контроль за соблюдением субъектами финансового мониторинга, указанными в пунктах 7) (за исключением адвокатов) законодательства о ПОД/ФТ.

Таким образом, контроль со стороны АФМ распространяется только на юридических консультантов, и других независимых специалистов по юридическим вопросам – в случаях, когда они от имени или по поручению клиента участвуют в операциях с деньгами и (или) иным имуществом в отношении упомянутого перечня видов деятельности. Осуществлять контроль за соблюдением законодательства о ПОД/ФТ в отношении адвокатов АФМ не вправе.

В соответствии со статьей 12 Закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» в целях обеспечения качества юридической помощи к ее осуществлению допускаются лица, имеющие соответствующую подготовку и периодически повышающие свою квалификацию.

Обязанность адвоката постоянно повышать свою квалификацию закреплена подпунктом 13) пункта 7 статьи 33 Закона.

В связи с этим Президиум коллегии адвокатов организует проведение аттестации адвокатов и работу по повышению их квалификации (подпункт 8) пункта 2 статьи 55 Закона), а Председатель Президиума коллегии адвокатов в соответствии с уставом коллегии обеспечивает реализацию программ повышения квалификации адвокатов (подпункт 8) пункта 2 статьи 56 Закона).

В свою очередь Президиум Республиканской коллегии адвокатов в соответствии с подпунктами 18-1), 18-6), 18-7), 18-11), 18-12) пункта 3 статьи 60 Закона:

* утверждает стандарты оказания юридической помощи по согласованию с уполномоченным органом;
* утверждает стандарты повышения квалификации адвокатов по согласованию с уполномоченным органом;
* утверждает порядок повышения квалификации адвокатов;
* разрабатывает и утверждает методические рекомендации по вопросам противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма для адвокатов с учетом особенностей и специфики их деятельности;
* проводит в пределах своей компетенции анализ и мониторинг деятельности адвокатов на предмет выявления рисков легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма, обобщает практику применения законодательства Республики Казахстан о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма и вносит предложения по его совершенствованию с ежегодным предоставлением такой информации в уполномоченный орган по финансовому мониторингу по форме и в сроки, которые установлены уполномоченным органом по финансовому мониторингу.

Согласно подпункту 10) пункта 2 статьи 55 Закона Президиум территориальной коллегии адвокатов организует работу по обеспечению соблюдения адвокатами требований законодательства по ПОД/ФТ.

При этом аттестация адвокатов проводится коллегиями каждые 5 (пять) лет.

Обнаружившаяся невозможность исполнения адвокатом своих профессиональных обязанностей вследствие недостаточной квалификации, выявленная в результате аттестации является основанием для лишения лицензии на право осуществления адвокатской деятельности (подпункт 2) пункта 4 статьи 44 Закона) либо для прекращения членства в коллегии адвокатов президиумом (подпункт 3) пункта 1 статьи 60 Закона).

Повышение квалификации адвокатов производится Центрами повышения квалификации адвокатов и территориальными коллегиями адвокатов, которые в свою очередь разрабатывают программы обучения адвокатов с включением в нее обязательной подготовки и обучения в сфере ПОД/ФТ с учетом рекомендаций РКА.

Учитывая положения профильного Закона и Закона о ПОД/ФТ, требование о прохождении тестирования адвокатами в Центре является незаконным. Оно нарушает предусмотренную Законом компетенцию органов управления адвокатуры по обучению адвокатов и повышению их квалификации, налагают на адвокатов дополнительные обязанности, не предусмотренные Законом, что существенным образом влияет на права и обязанности адвоката и нарушает гарантии адвокатской деятельности.

Таким образом, требования о наличии соответствующих знаний в области ПОД/ФТ являются составной частью общих требований к квалификации адвоката. Профильным Законом в полной мере урегулированы все вопросы, связанные с допуском к адвокатской деятельности, включающие признание квалификации адвоката, ее периодическое повышение, осуществление адвокатской деятельности в соответствии со установленными стандартами и проверку соответствия квалификации адвоката установленным требованиям.

**Коллегия адвокатов как независимая, профессиональная и самоуправляемая организация, самостоятельно проводит работу по повышению квалификации адвокатов, в том числе и в сфере ПОД/ФТ, а также по проверке знаний адвокатов и соблюдения ими законодательства в этой сфере в порядке периодической аттестации.**

Ни Законом «Об адвокатской деятельности и юридической помощи», ни Законом о ПОД/ФТ не предусмотрено прохождение специального тестирования в сфере ПОД/ФТ.

В соответствии с пунктом 5 статьи 15 Закона Республики Казахстан «О профессиональных квалификациях» признание профессиональных квалификаций на обязательной основе осуществляется в соответствии с иными законами Республики Казахстан в случае, если в отношении лиц, претендующих на осуществление определенного рода занятий, указанными законами установлены особенности регулирования, являющиеся обязательным условием для осуществления профессиональной деятельности.

Согласно примечанию к указанной статье признание профессиональных квалификаций на обязательной основе проводится путем лицензирования, аттестации, сертификации, уведомления о начале деятельности физических лиц, тестирования, проведения квалификационных экзаменов и иными способами, установленными законами Республики Казахстан.

В соответствии с подпунктом 8) статьи 1 указанного Закона профессиональная квалификация – степень профессиональной подготовки, характеризующая владение компетенциями, требуемыми для выполнения трудовых функций по профессии.

**Таким образом, указанные Требования противоречат также Закону «О профессиональных квалификациях», который имеет более высокое положение в иерархии нормативных правовых актов и более позднюю дату принятия.**

В связи с этим Республиканская коллегия адвокатов считает, что адвокаты не являются субъектами на которых распространяется требование о прохождении тестирования в Центре в рамках обучения в сфере ПОД/ФТ, поскольку это являлось бы излишним и дополнительным барьером допуска к профессии адвоката и неоправданным ограничением в ходе адвокатской деятельности.

1. **Предложения по решению проблемы**
2. **Необходимые мероприятия**
3. Республиканской коллегии адвокатов разработать и утвердить методические рекомендации по вопросам противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма для адвокатов с учетом особенностей и специфики их деятельности.
4. Республиканской коллегии адвокатов пересмотреть Правила внутреннего контроля в сфере ПОД/ФТ, включающие в соответствии с установленными требованиями программу подготовки и обучения адвокатов в сфере ПОД/ФТ.
5. Республиканской и территориальным коллегиям адвокатов провести повышение квалификации адвокатов по вопросам ПОД/ФТ.

1. **Обращение в АФМ**

Целесообразным является письменное обращение одного или нескольких адвокатов в АФМ о предоставлении ответа на следующие вопросы:

1. Обязан ли адвокат, не участвующий в операциях, предусмотренных подпунктом 7) пункта 1 статьи 3 Закона о ПОД/ФТ, и соответственно не являющийся субъектом финансового мониторинга, проходить обучение и тестирование в Центре в соответствии с Требованиями к субъектам финансового мониторинга по подготовке и обучению в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма?
2. Обязан ли адвокат, имеющий документ о прохождении повышения квалификации по вопросам ПОД/ФТ, выданный коллегией адвокатов в соответствии с действующим порядком повышения квалификации, проходить обучение и тестирование в Центре в соответствии с Требованиями к субъектам финансового мониторинга по подготовке и обучению в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма?
3. Обязан ли адвокат, имеющий документ о прохождении очередной аттестации в коллегии адвокатов, включающей вопросы ПОД/ФТ, проходить обучение и тестирование в Центре в соответствии с Требованиями к субъектам финансового мониторинга по подготовке и обучению в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма?
4. **Обращение в административный суд**

В случае предоставления АФМ отрицательного ответа на вышеуказанный запрос адвокатов целесообразным является обращение с административным иском о признании его незаконным в качестве обременяющего административного акта в порядке административного судопроизводства.

1. **Обращение в антимонопольный орган**

Передача функций по тестированию в ведение единственной организации АО «Национальный центр по управлению персоналом государственной службы» имеет признаки монополистической деятельности и антиконкурентных действий.

Это противоречит установленному статьей 21 Предпринимательского кодекса (ПК) принципу ограниченного участия государства в предпринимательской деятельности и предпринимаемым мерам по сокращению такого участия.

Исчерпывающий перечень случаев, в которых государство может участвовать в предпринимательской деятельности, установлен пунктом 1 статьи 192 ПК, к которым относятся случаи:

1) отсутствия иной возможности обеспечения национальной безопасности, обороноспособности государства или защиты интересов общества;

2) использования и содержания стратегических объектов, находящихся в государственной собственности;

3) осуществления деятельности в сферах, отнесенных к государственной монополии;

4) отсутствия либо низкого уровня развития конкуренции на соответствующем товарном рынке;

5) осуществления деятельности ранее созданными государственными предприятиями, юридическими лицами, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированными с ними лицами.

Перечень видов деятельности, осуществляемых государственными предприятиями, юридическими лицами, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированными с ними лицами, утвержден Постановлением Правительства Республики Казахстан от 28 декабря 2015 года № 1095.

Деятельность центров тестирования в указанном перечне отсутствует, что дополнительно свидетельствует о незаконности принятых Требований.

В связи с этим имеются основания для обращения Республиканской коллегии адвокатов с заявлением в Агентство по защите и развитию конкуренции Республики Казахстан о проведении расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

1. **Обращение в суд в порядке, предусмотренном главой 30 ГПК**

В случае неуспешности вышеуказанных мер целесообразным является обращение в суд гражданским иском о признании нормативного правового акта (указанных Требований) противоречащим закону «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» в части распространения Требований по обучению и тестированию на адвокатов в порядке, предусмотренном главой 30 ГПК.