



EUROPA-KOMMISSIONEN

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

ARBEJDSDOKUMENT FRA KOMMISSIONENS TJENESTEGRENE

**Betalingsinstitutters tilsyn med og underretning om hvidvaskning af penge i
forskellige grænseoverskridende situationer**

Dette er et arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene. Det hverken repræsenterer eller foregriber en eventuel nuværende eller senere stillingtagen fra Kommissionens side til de omfattede forhold.

Indledning

Formålet med dette arbejdsdokument er at udstikke retningslinjerne til EU's tilsynsmyndigheder og private interessenter med hensyn til samspillet mellem betalingstjenestedirektivet (2007/64/EF, i det følgende benævnt PSD) og hvidvaskningsdirektivet (2005/60/EF, i det følgende benævnt AMLD), hvad angår betalingsinstitutternes tilsyns- og underretningsforpligtelser i henhold til hvidvaskningsdirektivet i forskellige grænseoverskridende situationer.

Det gælder generelt, at et betalingsinstitut, når det er meddelt tilladelse i hjemlandet, kan drive virksomhed i alle andre medlemsstater i henhold til den frie udveksling af tjenesteydelser eller den frie etableringsret uden at skulle indhente yderligere tilladelser i værtslandet (artikel 10, stk. 9, i PSD). Ifølge betalingstjenestedirektivets artikel 20, stk. 4, er "*hjemlandet*" (som defineret i artikel 4, stk. 1) ansvarlig for meddelelse af tilladelse til og tilsyn med betalingsinstituttet (afsnit II i PSD).

For så vidt angår reglerne for åbenhed og oplysninger samt reglerne for god forretningsskik (afsnit III og IV i PSD), bør betalingsinstitutterne med hensyn til betalingstjenester i det mindste over for forbrugerne respektere reglerne i den medlemsstat, hvor de yder betalingstjenesten. Selv om et betalingsinstitut er meddelt tilladelse i medlemsstat A, reguleres vilkår og betingelser for betalingsinstituttets drift på markedet i medlemsstat B derfor af den nationale lovgivning til gennemførelse af betalingstjenestedirektivet i medlemsstat B.

Med hensyn til overtrædelser af betalingstjenestedirektivets afsnit III og IV er de kompetente myndigheder i tilfælde, hvor betalingsinstituttet arbejder med agenter og filialer, de kompetente myndigheder i værtslandet (betalingstjenestedirektivets artikel 82, stk. 2).

I artikel 4, nr. 2, i betalingstjenestedirektivet defineres "*værtslandet*" som værende "*medlemsstaten, hvor betalingstjenesteudbyderen har en agent, en filial eller udbyder betalingstjenester...*"

Hvidvaskningsdirektivet følger en territorial tilgang. I medfør af direktivet pålægger medlemsstaterne forebyggende forpligtelser bl.a. på de betalingsinstitutter, der er oprettet på deres område (artikel 34 i hvidvaskningsdirektivet). I modsætning til betalingstjenestedirektivet er

hvidvaskningsdirektivet et minimumsharmoniseringsdirektiv, som således gør det muligt for medlemsstaterne at *"vedtage eller opretholde strengere bestemmelser"* (artikel 5 i hvidvaskningsdirektivet).

Det fremgår af en samlet læsning af betalingstjenestedirektivet og hvidvaskningsdirektivet, at betalingsinstitutter, hvad angår filialer eller agenter, skal overholde AMLD-reglerne i værtslandet, og at de er underlagt værtslandets AML-tilsyn foretaget i tæt samarbejde med hjemlandets myndigheder. Tilsyn i sig selv er stadig hjemlandets ansvar, men samarbejdet med værtsmyndighederne er fortsat påkrævet.

På baggrund heraf er dette arbejdsdokument begrænset til at omfatte to scenarier:

- Et betalingsinstitut, der er meddelt tilladelse i medlemsstat A ("hjemlandet"), har en eller flere agenter i medlemsstat B ("værtslandet").
- Et betalingsinstitut, der er meddelt tilladelse i medlemsstat A, har en filial i medlemsstat B.

I begge scenarier opstår der spørgsmål om de retlige regler, der skal anvendes i forbindelse med betalingsinstitutternes agenter og filialer, om fordelingen af AML-tilsynsbeføjelserne mellem hjemlandets og værtslandets myndigheder og om de nationale finansielle efterretningsenheder med kompetence til at modtage underretning om mistænkelige transaktioner.

Europa-Kommissionens tjenestegrene er opmærksomme på den kendsgerning, at lignende retlige spørgsmål vil opstå eller allerede er opstået med hensyn til situationen for e-pengeinstitutters agenter samt e-pengeforhandlere. Europa-Kommissionens tjenestegrene har allerede påbegyndt drøftelse af disse spørgsmål med alle relevante interessenter for at vurdere, hvorvidt det vil være nødvendigt med fremtidige juridiske præciseringer. Eftersom e-pengedirektivet først er trådt i kraft for nylig (den 30. april 2011), er Kommissionens tjenestegrene imidlertid på nuværende tidspunkt af den opfattelse, at der er behov for flere oplysninger, mere feedback og flere data, før sådanne præciseringer kan planlægges. Men hvad angår e-pengeagenternes situation synes det allerede klart, at en betydelig del af dette arbejdsdokument kunne finde tilsvarende anvendelse for dem. Forhandlere afføder imidlertid helt andre juridiske spørgsmål, der potentielt kræver andre juridiske svar, set i lyset af deres retlige status over for e-pengeudstedere og typen af aktiviteter, de udfører. Men igen gælder det, at det er nødvendigt med flere erfaringer, før det vurderes, hvorvidt eventuelt fortolkningsarbejde viser sig berettiget.

Dette dokument berører ikke de regler, der finder anvendelse på behandlingen af personoplysninger, som udføres af betalingsinstitutterne

med henblik på deres aktiviteter i henhold til direktiv 95/46/EF (databeskyttelsesdirektivet). Dette direktivs artikel 4 fastsætter den lovgivning, der gælder for behandlingen, der foretages i medlemsstaterne, og bør tages i betragtning ved fastsættelsen af den lovgivning, der gælder for betalingsinstituttet i de situationer, der henvises til i dette dokument.¹

1) Et betalingsinstitut, der er meddelt tilladelse i medlemsstat A, arbejder med agenter i medlemsstat B

Anvendelsen af agenter er udbredt og spænder fra flere hundrede i nogle retsområder til tusinder i andre. De tjenester, de tilbyder, kan udgøre risici for finansiering af terrorisme og hvidvaskning af penge, eftersom store mængder kontanter kan håndteres gennem betalingstjenester, som f.eks. pengeoverførsler.

Med hensyn til lejlighedsvis transaktioner (som normalt er reglen for pengeoverførselstjenester) må kundelegitimation principielt kun foretages i forbindelse med transaktioner, der beløber sig til 15 000 EUR (i en enkelt transaktion eller i flere tilsyneladende sammenhængende transaktioner), eller et lavere beløb, hvor der er mistanke om hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme (artikel 7 i hvidvaskningsdirektivet), eller hvis den lejlighedsvis transaktion er en overførsel af midler omfattet af forordning (EF) nr. 1781/2006. Der kan med rimelighed sættes spørgsmålstejn ved, om overførsel af midler over 15 000 EUR ofte sker via detailagenter. Selv under denne tærskel er der imidlertid behov for årvågenhed, og kundelegitimation skal foretages i mistænkelige tilfælde. I tilfælde af overførsel af midler skal oplysninger om betaleren endvidere bekræftes af betalerens betalingstjenesteudbyder, når beløbet er over 1 000 EUR.

a) Er agenter "finansieringsinstitutter"?

Med henblik på hvidvaskningsdirektivet ligestilles filialer af betalingsinstitutter med finansieringsinstitutter og er således hver især underlagt AMLD-forpligtelserne (se hvidvaskningsdirektivets artikel 3, nr. 2), litra f)), som om de var særskilte finansieringsinstitutter.

I modsætning til filialer anses betalingsinstitutters (eller andre finansieringsinstitutters) agenter ikke for i sig selv at være

¹ Se i denne henseende udtalelse 8/2010 om gældende ret fra Artikel 29-Gruppen vedrørende Databeskyttelse (doc WP179), som findes på adressen:
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_da.pdf

finansieringsinstitutter i hvidvaskningsdirektivet,² og de hører heller ikke entydigt til i nogen af de andre kategorier af institutter/personer omhandlet i hvidvaskningsdirektivets artikel 2, stk. 1. Men hvis nogle agenter på baggrund af deres type falder ind under nogen af disse kategorier (f.eks. et betalingsinstitut har som agent i medlemsstat B et kreditinstitut, en filial af et kreditinstitut eller noget andet finansieringsinstitut, som f.eks. et vekselkontor), vil de være direkte underlagt forpligtelserne i hvidvaskningsdirektivet.

b) Er agenter en etableringsform?

Under drøftelserne med Kommissionens tjenestegrene til forberedelse af dette arbejdsdokument blev der ofte henvist til nogle domme fra Domstolen nævnt i Kommissionens fortolkningsmeddelelse af den 26. juni 1997³ om *"fri udveksling af tjenesteydelser og om begrebet "samfundsmæssige interesser" i andet bankdirektiv"*.

Siden vedtagelsen af denne meddelelse er nyere retspraksis blevet tilgængelig. Specielt fastslog Domstolen i dommen af den 11. juni 2003 (sag C-243/01, Gambelli):

"45. Det bemærkes, at der i henhold til artikel 43 EF er forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, herunder restriktioner, der hindrer oprettelsen af agenturer, filialer eller datterselskaber.

46. Hvis et selskab - som f.eks. Stanley - der er etableret i én medlemsstat, driver virksomhed med indsamling af indsatser i væddemål og hertil som mellemmand benytter en organisation af agenturer - som f.eks. de agenturer, der tilhører de tiltalte i hovedsagen - der er etableret i en anden medlemsstat, udgør de restriktioner, som pålægges disse agenturers virksomhed, hindringer for etableringsfriheden. "

Domstolens synspunkt om dette emne var i overensstemmelse med generaladvokatens forslag til afgørelse, hvori det blev fremført:

"80. Ifølge den brede definition af anvendelsesområdet for etableringsfrihed, som Domstolen har givet i sagen Kommissionen mod

² Forsikringsmæglere, der fungerer som agenter for et forsikringsselskab, falder dog ind under definitionen af "finansieringsinstitutter" (se artikel 3, nr. 2), litra e), i hvidvaskningsdirektivet). I denne henseende synes det passende at vurdere, om alle agenter kunne anses for at være "finansieringsinstitutter" ved en eventuel revision af hvidvaskningsdirektivet.

³ SEK(97) 1193 endelig.

Tyskland (dom af 4.12.1986, sag C-205/84), er en virksomhed, der i en anden medlemsstat opretholder en permanent tilstedeværelse, omfattet af traktatens bestemmelser, "også selv om denne tilstedeværelse ikke har form af en filial eller et agentur, men består i at selskabet blot opretter et kontor, der drives af selskabets eget personale, eller i, at en selvstændig person får fuldmagt til permanent at repræsentere selskabet på samme måde som et agentur".

Dette er bekræftet og præciseret af Domstolen i to efterfølgende domme af 8. september 2010 i forenede domme C-316/07, C-358/07 til C-360/07, C-409/07 og C-410/07, Markus Stoß m.fl., og i sag C-409/06, Winner Wetten, hvor den fastslog (i præmis 46), at:

"begrebet etablering er et meget vidt begreb, som for en fællesskabsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf, hvorved der sker en begunstiggelse af det økonomiske og sociale samarbejde i Det Europæiske Fællesskab inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed (jf. navnlig dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 25). Den situation, at en virksomhed, som er etableret i en medlemsstat, permanent er til stede i en anden medlemsstat, kan således være omfattet af bestemmelserne i traktaten om etableringsfriheden, selv om denne tilstedeværelse ikke har form af en filial eller et agentur, men blot af et kontor, der i givet fald ledes af en uafhængig person, som har en fast bemyndigelse til at handle på virksomhedens vegne i lighed med et agentur (jf. dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 21)"

Analogt med denne retspraksis følger således, at hvis betalingsinstituttet opretholder en permanent tilstedeværelse i en anden medlemsstat, selv om denne tilstedeværelse blot består af et kontor, der drives af en uafhængig agent, der har fast bemyndigelse til at handle på pågældende virksomheds vegne, må det anses for at have en etableringsform i værtslandet gennem dets agenter.

Denne retspraksis havde primært til formål at adskille grænseoverskridende tjenesteydelser fra situationer med "ret til etablering", da de to situationer ikke udløser samme retlige konsekvenser med hensyn til overholdelse af værtslandets regler.

Det kan imidlertid være en nyttig kilde i tilfælde, hvor det er nødvendigt at fastsætte kriterier for at vurdere, om agenten kan anses for at være en "etableringsform" med henblik på at skelne mellem situationer, hvor betalingsinstituttet yder grænseoverskridende tjenester, og situationer, hvor det er omfattet af ordningen om etableringsret. Den kendsgerning, at en

sådan "etableringsform" ikke retlig kan ligestilles med en "filial" af betalingsinstituttet, forhindrer imidlertid enhver automatisk inklusion af "agenter" i det retssystem, der finder anvendelse på "filialer".

c) Fordelingen af tilsynsbeføjelser mellem hjemlandets og værtslandets myndigheder

Europa-Kommissionens tjenestegrene er af den opfattelse, at tilsynsmyndighederne i både hjemlandet og værtslandet skal samarbejde tæt med det formål at kontrollere og håndhæve, at betalingsinstituttet - så vel som dets agenter, der yder tjenester under dets ansvar - overholder både PSD- og AMLD-forpligtelserne.

Dette kan vise sig at være en udfordring for myndighederne i både hjemlandet og værtslandet i tilfælde, hvor et betalingsinstitut arbejder med flere hundrede agenter i medlemsstat B. Kontrol på stedet af et så stort antal agenter af hjemlandets myndigheder kan især vise sig at være en temmelig tung byrde på ressourcerne hos hjemlandet myndigheder, og betalingstjenestedirektivet fastslår derfor (i artikel 25, stk. 3), at en sådan kontrol på stedet kan uddelegeres til værtslandet. Kontrol på stedet af et stort antal agenter er også en udfordring for ressourcerne hos værtslandets myndigheder, og det er en kendsgerning, som hjemlandets myndigheder bør tage nøje hensyn til ved godkendelsen af et betalingsinstituts registrering af agenter.

Et godt samarbejde mellem landenes myndigheder er derfor så meget desto vigtigere. Men samarbejde er ikke kun vigtigt, det er også et retligt krav udtrykkeligt fastslået i betalingstjenestedirektivets artikel 25, stk. 2, og desuden nævnt i artikel 25, stk. 4, hvorefter det fremgår, at myndighederne i hjemlandet og værtslandet har pligt til at:

"(...) udveksle alle væsentlige og/eller relevante oplysninger navnlig om overtrædelser begået af agenter, filialer eller enheder, til hvilke aktiviteterne er udliciteret, eller mistanke om sådanne overtrædelser. I denne forbindelse fremlægger de kompetente myndigheder på anmodning alle relevante oplysninger og giver på eget initiativ alle væsentlige oplysninger."

Betalingstjenestedirektivet giver trods dets orientering mod fuld harmonisering de kompetente myndigheder et vist råderum til nærmere at konkretisere samarbejdet og især typen af oplysninger, de ønsker at udveksle. Dette samarbejde kan være underlagt bilaterale eller ideelt set multilaterale aftaler mellem de kompetente myndigheder i medlemsstaterne med henblik på at tilrettelægge de nærmere bestemmelser og enkeltheder for det daglige og praktiske samarbejde. I den forbindelse støtter Europa-

Kommissionens tjenestegrene det nyttige arbejde, der allerede er undervejs i hvidvaskningsunderudvalget (AMLC) under Det Fælles Udvalg af Europæiske Tilsynsmyndigheder med henblik på at indgå en sådan samarbejdsaftale, som naturligvis skal være i overensstemmelse med de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i både betalingstjenestedirektivet og hvidvaskningsdirektivet.

Forebyggelsesbeføjelser

I henhold til betalingstjenestedirektivets artikel 17, stk. 1, spiller **den kompetente myndighed i hjemlandet** en afgørende forebyggende rolle, især med at kontrollere nøjagtigheden af de oplysninger, som det betalingsinstitut, der ønsker at arbejde med agenter, skal meddele, inden det begynder sine aktiviteter, særligt en *"beskrivelse af de interne kontrolmekanismer, som agenterne vil anvende for at opfylde forpligtelserne vedrørende hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme"* (artikel 17, stk. 1, litra b)) og *"identiteten på direktører og ledelsesansvarlige for den agent, (...) og dokumentation for, at de er egnede personer"* (artikel 17, stk. 1, litra c)).

Det står imidlertid klart, at en sådan fjernkontrol udført af hjemlandets myndigheder, og som drejer sig om agenter, der er etableret i værtslandet, ikke kan være fuldstændig effektiv uden at involvere myndighederne i værtslandet. Dette nødvendige samarbejde fremgår tydeligt i betalingstjenestedirektivets artikel 17, stk. 5 og 6 (før underretning), og artikel 25, stk. 2 (efter underretning).

Myndighederne i værtslandet har betydelige forebyggelsesbeføjelser. Før agenten registreres af hjemlandet, kan de afgive *"bemærkninger"*, som kan fraråde myndighederne i hjemlandet at registrere agenten (artikel 17, stk. 5). De kan også informere hjemlandets myndigheder om, at ansættelsen af agenterne efter deres opfattelse kan øge risikoen for hvidvaskning af penge (artikel 17, stk. 6). Dette kan f.eks. være tilfældet i situationer, hvor værtslandet er af den opfattelse, at anvendelse af lokale detailagenter, hvilket ikke i sig selv er et udpeget erhverv i henhold til hvidvaskningsdirektivet, øger risikoen for hvidvaskning af penge, idet sådanne detailhandlere muligvis ikke er uddannet og udstyret til effektivt at overholde forpligtelserne i henhold til hvidvaskningsdirektivet (kundelegitimation, særlig opmærksomhed, underretning til finansielle efterretningsenheder, opbevaring af registreringer, intern kontrol, risikovurdering, uddannelse af medarbejdere osv.).

Værtslandets myndigheder bør imidlertid ikke være urimeligt restriktive over for betalingsinstitutts rettigheder ved f.eks. uforholdsmæssigt at

udsætte deres egne verificerings- og kontrolopgaver, når de har modtaget en underretning.

Hjemlandets myndigheder kan afvise at registrere agenten/agenterne. Det fremgår dog klart af hele ordningens økonomi, at de ikkebindende bemærkninger fra myndighederne i værtslandet, som langt bedre kan vurdere og verificere, at de agenter, der er etableret på deres eget område, er egnede, for så vidt angår hvidvaskning af penge, skal betragtes med størst mulig opmærksomhed af myndighederne i hjemlandet, som - selv om de i teorien muligvis fraviger bemærkningerne fra værtslandets myndigheder - i det mindste bør være i stand til at give en overbevisende begrundelse herfor (princippet "følg eller forklar").

Repressive beføjelser

Når agentens arbejde er begyndt, skal myndighederne i hjemlandet og i værtslandet samarbejde på grundlag af betalingstjenestedirektivets artikel 24, artikel 25, stk. 2, 3 og 4, samt artikel 17, stk. 6, og myndighederne i både hjemlandet og værtslandet er igen givet væsentlige beføjelser.

De kompetente myndigheder i hjemlandet kan foretage en række tilsynsmæssige foranstaltninger anført i betalingstjenestedirektivets artikel 21 (inspektioner på stedet, anmodninger om oplysninger, inddragelse af betalingsinstituttets tilladelse). I henhold til betalingstjenestedirektivets artikel 17, stk. 6, kan de trække agentens registrering tilbage, hvis hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme begås eller er blevet begået i værtslandet.

I betalingstjenestedirektivets artikel 17, stk. 6, fastslås følgende procedure:

"Hvis værtslandets kompetente myndigheder har rimelige grunde til at formode, at der i forbindelse med den påtænkte ansættelse af en agent eller den påtænkte oprettelse af en filial begås, er blevet begået eller forsøges begået hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme som defineret i direktiv 2005/60/EF, eller at ansættelsen af en sådan agent eller oprettelsen af en sådan filial kunne øge risikoen for hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme, underretter de således hjemlandets kompetente myndigheder, der kan afvise at registrere agenten eller filialen eller trække registreringen af agenten eller filialen tilbage, hvis den allerede er foretaget. "

I tilfælde, der er omfattet af betalingstjenestedirektivets artikel 17, stk. 6, kan **myndighederne i værtslandet**, selv efter påbegyndt virksomhed - og uden at det berører håndhævelsen af deres egen lovgivning om hvidvaskning af penge - give udtryk for alvorlig bekymring til myndighederne i hjemlandet om agentens overholdelse af værtslandets AML-forpligtelser.

Hjemlandets myndigheder kan, når de er underrettet, trække agentens registrering tilbage. En sådan endelig beslutning om tilbagetrækning er også formelt hjemlandets ansvar. Men som det er tilfældet med den indledende registrering, synes det yderst hensigtsmæssigt af hensyn til et godt samarbejde mellem tilsynsmyndighederne samt maksimal effekt, hvad angår hvidvaskning af penge, at hjemlandet er meget opmærksom på bemærkningerne fra værtslandets myndigheder i den pågældende sag, og at hjemlandet, hvor det beslutter at se bort fra værtslandets bemærkninger, giver en behørig begrundelse for dette ("følg eller forklar").

d) Skal agenter opfylde hvidvaskningsdirektivets krav?

I henhold til betalingsstjensteddirektivets artikel 17, stk. 1, litra b), skal hjemlandets tilsynsmyndigheder bl.a. vurdere *"de interne kontrolmekanismer, som agenterne vil anvende for at opfylde forpligtelserne vedrørende hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme (fremhævelse tilføjet)."*

Selv om det ikke er udtrykkeligt anført, betyder hvidvaskningsdirektivets territoriale karakter, at agenterne selv, når de handler på vegne af betalingsinstituttet, skal opfylde værtslandets AMLD-krav. Kilden til agenternes AMLD-forpligtelser er imidlertid ikke at finde i selve hvidvaskningsdirektivet, men derimod i den kontrakt, de har indgået med betalingsinstituttet, som har ansvaret for tilsynet med sine agenter, og derfor er ansvarlig for alle dets agents mulige manglende opfyldelse af AMLD-kravene. Dette er bekræftet i hvidvaskningsdirektivets betragtning 28:

"I tilfælde af agentur- eller udliciteringsforhold på kontraktbasis mellem institutter eller personer, der er omfattet af dette direktiv, og eksterne fysiske eller juridiske personer, der ikke er omfattet, kan disse agenter eller udliciterende personer som en del af institutter eller personer underlagt direktivet kun ud fra kontrakten og ikke ud fra direktivet være forpligtet til at forebygge hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme. Ansvar for at efterkomme dette direktiv bør fortsat påhvile det institut eller den person, der er omfattet af direktivet."

I de tilfælde, hvor agenterne selv er en enhed (f.eks. en bankfilial eller et vekselkontor), der er omfattet af hvidvaskningsdirektivet, er deres opfyldelse af AMLD-forpligtelserne direkte afledt af direktivet.

Betalingsinstitutternes forskellige virksomhedsmodeller

Betalingsinstitutter, der arbejder med detailagenter, som ikke er enheder omfattet af hvidvaskningsdirektivet, har forskellige valgmuligheder:

- Gøre brug af agenterne i henhold til kontrakten til at opfylde AMLD-forpligtelserne (kundelegitimation, årvågenhed, underretning osv.) på vegne af betalingsinstituttet selv. Dette scenarie indebærer, at betalingsinstituttet har afsat tilstrækkelige ressourcer, så agenten bliver godt uddannet og udstyret for at kunne foretage kundelegitimation og underrette om mistænkelige transaktioner i overensstemmelse med værtslandets lovgivning, og at der er indført tilstrækkelig intern kontrol i henhold til betalingstjenestedirektivets artikel 17, stk. 1, litra b).
- Ikke at anse det for passende, at detailagenter foretager hvidvaskningskontrol og underretter om mistænkelige transaktioner, og at detailagenter derfor udelukkende bør foretage posteringer og udføre betalingstjenester. AML-kravene, herunder underretning om mistænkelige transaktioner, skal så foretages af betalingsinstituttet selv enten fra hjemlandet eller ved brug af en repræsentant for betalingsinstituttet, der befinder sig i medlemsstat B, og som skal udføre opfyldelses- og underretningsopgaver. På grundlag af oplysninger indsamlet fra visse markedsaktører på pengeoverførselsområdet ser det for Kommissionens tjenestegrene ud til, at den sidstnævnte valgmulighed er den, der foretrækkes og anvendes af "main street"-aktører. Det kan dog ikke udelukkes, at andre markedsaktører på pengeoverførselsmarkedet allerede har/vil vælge at gøre brug af detailagenterne selv til at opfylde AML-kravene (kundelegitimation, underretning osv.). Kommissionens tjenestegrene har desuden kendskab til virksomhedsmodeller, hvor opfyldelses- og underretningsopgaver udføres fra en "central" i en medlemsstat C.

Hjemlandets og værtslandets myndigheder skal, når de vurderer et betalingsinstituts virksomhedsmodel og især tilstrækkeligheden af betalingsinstituttets interne kontrol, vurdere, hvorvidt den kendsgerning, at AML-opgaver foretages af detailagenterne selv, politisk kan indebære trusler med hensyn til hvidvaskning af penge.

Mange (men ikke alle) AML-tilsynsmyndigheder er af den opfattelse, at detailagenter, som f.eks. dagligvarebutikker og benzinstationer - selv med hensigtsmæssig uddannelse og tilstrækkelig intern kontrol - ikke vil være tilstrækkeligt egnede til at foretage effektiv legitimation til identificering af mulige mistænkelige aktiviteter eller til at udarbejde relevante underretninger om mistænkelige transaktioner. For så vidt angår den specifikke underretningspligt, bekræfter hvidvaskningsdirektivets artikel 22, stk. 2, denne vurdering, idet det fremgår, at: "(...) *Fremsendelsen varetages normalt af den eller de personer, som er udpeget i henhold til procedurerne i artikel 34.*"

Hjemlandets myndigheder kan (under største hensyntagen til værtslandets bemærkninger), hvis de har konkluderet som sådan, afslå på forhånd (betalingstjenestedirektivets artikel 17, stk. 4) eller, efter påbegyndelse af virksomhed, trække agentens registrering tilbage (betalingstjenestedirektivets artikel 17, stk. 6).

e) Til hvilken finansielle efterretningsenhed skal underretning om mistænkelige transaktioner fremsendes?

Hvidvaskningsdirektivets artikel 22, stk. 2, fastslår:

"De i stk. 1 omhandlede oplysninger fremsendes til den finansielle efterretningsenhed i den medlemsstat, på hvis område det institut eller den person, der fremsender dem, er beliggende (...)."

Det er ønskeligt i forbindelse med hele hvidvaskningsdirektivets økonomi, at underretning om mistænkelige transaktioner sker til den finansielle efterretningsenhed i landet B. De rapporterede oplysninger vil i sagens natur være mest nyttige for den finansielle efterretningsenhed i land B, der, eftersom den er den finansielle efterretningsenhed i det land, hvor mistanken opstod, er i den bedste position til at vide, hvad der skal ske med underretningen og dernæst foretage eventuel relevant opfølgning.

Kommissionens tjenestegrene har fået forelagt forskellige fortolkninger af hvidvaskningsdirektivets artikel 22, stk. 2. Nogle hævder, at underretningen skal ske til den finansielle efterretningsenhed i medlemsstat A under henvisning til, at dette er landet, hvor betalingsinstituttet er "beliggende". På grundlag af retspraksis i Gambelli-sagen beskrevet tidligere, kan det anføres, at betalingsinstituttet via sine agenter er etableret ("beliggende") i medlemsstat B, som defineret i artikel 22, stk. 2. Det kan derfor hævdes, at betalingsinstituttet selv (eller i nogle tilfælde dets agenter) skal underrette den finansielle efterretningsenhed i medlemsstat B om mistænkelige transaktioner. Underretning fra betalingsinstituttet (beliggende i medlemsstat A) til den finansielle efterretningsenhed i medlemsstat B vil medføre spørgsmål med hensyn til underretningens sprog, udformning og indhold, som er forskellig fra land til land.

For at sikre lige vilkår, opnå maksimal retssikkerhed og de bedste driftsmæssige fordele vurderer Europa-Kommissionens tjenestegrene i øjeblikket, hvorvidt man bør:

- overveje en fremtidig lovmæssig præcisering af direktivet om dette specifikke emne ved at indføre et udtrykkeligt krav om, at underretningen sker til den finansielle efterretningsenhed i værtslandet, samt

- gøre brug af den finansielle efterretningsenheds fremtidige arbejde for at lette den gnidningsløse grænseoverskridende overførsel og udnyttelse af underretninger om mistænkelige transaktioner. Dette arbejde bør især tage hensyn til Rådets afgørelse af 17. oktober 2000 om samarbejdsordninger mellem medlemsstaternes finansielle efterretningsenheder for så vidt angår udveksling af oplysninger. Der skal også tages hensyn til det arbejde, der er udført af nettet af finansielle efterretningsenheder, kendt som "EGMONT-Gruppen",⁴ vedrørende deling af underretninger om mistænkelige transaktioner.

f) Kan værtslandet pålægge en bestemt etableringsform?

Europa-Kommissionens tjenestegrene er opmærksomme på den kendsgerning, at nogle medlemsstaters myndigheder for at forenkle og tydeliggøre spørgsmålene om opfyldelse, tilsyn og underretning, er fristede til at pålægge betalingsinstitutterne på deres område bestemte etableringsformer eller permanente strukturer. Der kan især være en tilbøjelighed til, at sidstnævnte medfører et krav om, at betalingsinstituttet opretter en fuldt udviklet filial på deres område eller i det mindste, at den opretter et centralt kontaktpunkt for bl.a. at strømline indsamlingen og overførslen af oplysninger med relation til overholdelsen af AML-kravene med henblik på at lette tilsynsopgaverne for myndighederne i værtslandet.

Et sådant krav er blevet undersøgt i forbindelse med den kendsgerning, at hvidvaskningsdirektivet er et minimumsharmoniseringsdirektiv, og at det i betalingstjenestedirektivets artikel 25, stk. 5, fastslås, at stk. 1-4 i direktivets artikel 25 *"ikke berører de kompetente myndigheders pligt i henhold til direktiv 2005/60/EF og forordning (EF) nr. 1781/2006, især artikel 37, stk. 1, i direktiv 2005/60/EF og artikel 15, stk. 3, i forordning (EF) nr. 1781/2006 til at overvåge eller føre tilsyn med overholdelsen af kravene i nævnte direktiv og forordning."*

Hvis en sådan permanent struktur ikke oprettes på eget initiativ af betalingsinstituttet - et scenarie, der allerede ses på markedet, eftersom det kort sagt letter betalingsinstituttets aktiviteter - må ethvert krav, der pålægges af enten hjemlandets eller værtslandets myndigheder om at etablere en sådan struktur, vurderes nøje under hensyntagen til målene og bestemmelserne i både betalingstjenestedirektivet og hvidvaskningsdirektivet samt under hensyntagen til traktatens regler om retten til etablering og fri udveksling af tjenesteydelser.

⁴ <http://www.egmontgroup.org/>

Denne vurdering kan variere afhængig af betalingstjenestens virksomhedsmodel og de eventuelle krav, der er pålagt af tilsynsmyndighederne.

- Hvis betalingsinstituttet ønsker at arbejde "rent" grænseoverskridende, dvs. uden nogen form for etablering (hvilket synes at være usandsynligt, hvad angår overførslen af penge, eftersom en tilstedeværelse anses at være nødvendig på stedet, hvor overførslen/modtagelsen finder sted for at sende eller aflevere pengene), vil den kendsgerning, at der kræves nogen form for etablering, udgøre en begrænsning af den fri udveksling af tjenesteydelser sikret i henhold til traktatens artikel 56, hvilket vil skulle fuldstændigt berettiges som værende absolut nødvendigt for at sikre et mål af almen interesse. Domstolen fastslog i dommen af 20. maj 1992 i sag C-106/91, Ramrath,⁵ at værtslandets krav om faste kontorfaciliteter på statens område og om revisorens faktiske tilstedeværelse syntes at være berettiget med henblik på at sikre almen interesse med hensyn til revisorerne omhu og uafhængighed. I denne henseende kan det især konstateres, at bekæmpelsen af hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme kan anses for at være et tilstrækkeligt mål af almen interesse.
- I tilfælde af en pålagt begrænsning af formen af en sekundær etablering, f.eks. et krav om at oprette en fuldt udviklet filial i stedet for (eller udover) kun at have lokale agenter, kan et sådant krav udgøre en begrænsning af traktatens artikel 49, stk. 1, og det vil i overensstemmelse med Domstolens retspraksis være nødvendigt med en nøje begrundelse.⁶
- For så vidt angår et muligt krav fra værtslandet (eller hjemlandet) om at oprette en "superagent" eller et centralt kontaktpunkt for agenter eller have en "overholdelsesmedarbejder" på deres område, vil det være nødvendigt omhyggeligt at undersøge proportionaliteten. Med hensyn til nødvendighed virker det indlysende, at sådanne strukturer spiller en nytte rolle i forbindelse med betingelserne for AML-overholdelse og -tilsyn til fordel for myndighederne i både hjemlandet og værtslandet. Især i situationer, hvor et betalingsinstitut har et stort antal detailagenter i værtslandet, kan hele systemets effektivitet

⁵ Samlingen af Domstolens afgørelser 1992, side I-03351.

⁶ Domstolens dom C-270/83, Kommissionen mod Frankrig. Se desuden sag C-106-/91, Ramrath.

forbedres, hvis en af disse agenter - eller en repræsentant for betalingsinstituttet - spiller en formidlerrolle med myndighederne i såvel hjemlandet som værtslandet. Det kan også hjælpe betalingsinstituttet selv med at leve op til sine AMLD-krav. Der ses tilsvarende præcedens i artikel 38 og 39 i direktiv 2008/118/EF⁷ om den generelle ordning for punktafgifter og i artikel 204 i direktiv 2006/112/EF⁸ om det fælles merværdiafgiftssystem, som under visse betingelser accepterer tilstedeværelsen af en "fiskal repræsentant" i værtslandet.

Europa-Kommissionens tjenestegrene vil derfor ikke på forhånd afslå et sådant krav, men med det forbehold at proportionalitetsbetingelsen overholdes. Omkostningerne ved at have en centraliseret struktur ud over de eksisterende agenter bør med andre ord ikke være større end de tilsigtede fordele.

g) Betalingsinstitutternes erstatningsansvar

I henhold til betalingstjenestedirektivets artikel 18 har betalingsinstitutterne det fulde erstatningsansvar for enhver handling, der foretages af bl.a. "*agenter, filialer eller enheder, hvortil der er udliciteret aktiviteter*".

⁷ EUT 9/12 af 14.01.2009, s. 1.

⁸ EUT 347/1 af 11.12.2006, s. 1.

2) Et betalingsinstitut fra medlemsstat A har en filial i medlemsstat B

a) *Hvilken kompetente myndighed fører tilsyn med filialen?*

Ansvarsfordeling

I henhold til hvidvaskningsdirektivets artikel 37, stk. 1, pålægges de kompetente myndigheder *"effektivt at overvåge og træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at kravene i dette direktiv overholdes af de institutter og personer, der er omfattet af dette direktiv"*.

Hvidvaskningsdirektivets artikel 37, stk. 2, fastslår at:

"Medlemsstaterne sikrer, at de kompetente myndigheder har tilstrækkelige beføjelser, herunder beføjelse til at kræve fremlæggelse af alle oplysninger, der er relevante for at føre tilsyn med direktivets overholdelse og gennemføre kontrol heraf, samt har tilstrækkelige ressourcer til at kunne udføre deres funktioner."

Som følge af hvidvaskningsdirektivets territoriale karakter tildeles værtslandet - dvs. den medlemsstat, hvor filialen er oprettet - en fremtrædende tilsynsfunktion. Formelt er der imidlertid ingen særlig tildeling af ansvar til myndighederne i hjemlandet eller værtslandet, for så vidt angår tilsynet med, at et betalingsinstituts filial overholder AMLD-forpligtelserne.

Derfor, som allerede anført i Europa-Kommissionens arbejdsdokument om internationale bankkoncerners overholdelse af hvidvaskningsdirektivet på koncernniveau:⁹

"... er lokalt oprettede datterselskaber eller filialer af kredit- og finansieringsinstitutter fra andre medlemsstater (samt fra tredjelande) i alle medlemsstater underlagt lokalt AML-tilsyn på samme måde som de lokale kredit- og finansieringsinstitutter. Trods de manglende klare rammer i hvidvaskningsdirektivet for tilsyn med koncerners overholdelse af direktivets krav omfatter tilsynsmyndighedens AML-tilsyn af moderinstitutionen i stort set alle (hvis ikke alle) medlemsstater også filialerne og datterselskaberne beliggende i andre medlemsstater. I nogle medlemsstater, f.eks. Frankrig og Tyskland, er dette et specifikt juridisk krav, mens det i andre medlemsstater, som f.eks. Irland, er resultatet af tilsynsmæssig vejledning. I andre medlemsstater, f.eks. Belgien, Grækenland, Nederlandene og Det Forenede

⁹ SEC(2009)939 final, 30.6.2009.

Kongerige, fokuserer tilsynsmyndigheden på hjemstedet (hovedkontoret) og den øverste ledelse, der er ansvarlig for at sikre, at deres udenlandske filialer og datterselskaber overholder koncernens AML-normer. Konsekvensen for en koncern er, at mere end én national tilsynsmyndighed kan gribe ind i forskellige lande, hvilket kan medføre gentagelser og (potentielt afvigelser)."

Europa-Kommissionens tjenestegrene er af den opfattelse, at tilsynsmyndighederne i såvel hjemlandet som værtslandet skal involveres i overvågningen og håndhævelsen af filialens AMLD-overholdelse. Eftersom filialen juridisk set er et betalingsinstitut, der i fuldt omfang er underkastet AMLD-forpligtelserne (især kundelegitimation og underretningspligt), er det indlysende, at AMLD-tilsynsmyndighederne i landet, hvor filialen er beliggende, skal sikre, at filialen overholder de lokale AML-regler. Men hjemlandet, dvs. hvor betalingsinstituttet er meddelt tilladelse, spiller også en vigtig rolle, ikke kun i tilsynsmæssig sammenhæng, men også i samarbejde med værtslandets myndigheder ved tilsynet af filialens AMLD-overholdelse via f.eks. kontrol på stedet (se betalingstjenestedirektivets artikel 25, stk. 2).

Samarbejde

Denne fælles deltagelse berører ikke tilsynssamarbejdet mellem tilsynsmyndighederne i værtslandet (formodentlig både den prudentielle tilsynsmyndighed og AMLD-tilsynsmyndigheden) og hjemlandet, som endog kan føre til en afvisning//tilbagetrækning af registreringen af agenter eller filialer eller betalingsinstitutternes tilladelse. Disse formelle beslutninger kan imidlertid kun træffes af hjemlandet, også selv om den uregelmæssige adfærd finder sted i værtslandet. Men for så vidt angår agenter, synes det yderst hensigtsmæssigt af hensyn til et godt samarbejde mellem tilsynsmyndighederne, at hjemlandet er meget opmærksom på bemærkningerne fra værtslandets myndigheder i den pågældende sag, og at hjemlandet, hvor det beslutter at se bort fra værtslandets bemærkninger, giver en behørig begrundelse for dette ("følg eller forklar").

Det bemærkes, at "*tilsynsmyndighederne*" i hvidvaskningsdirektivet og betalingstjenestedirektivet muligvis ikke er det samme. Men betalingstjenestedirektivets artikel 24, stk. 2, letter samarbejdet mellem dem ved at forpligte medlemsstaterne til at tillade udvekslingen af oplysninger mellem de forskellige kategorier af tilsynsmyndigheder, især mellem PDS- og AMLD-tilsynsmyndighederne.

b) Hvilken finansiell efterretningsenhed skal filialen underrette om mistænkelige transaktioner?

Hvidvaskningsdirektivet fastslår i artikel 22, stk. 1, at "*medlemsstaterne pålægger de institutter [...], der er omfattet af dette direktiv, [...]*" at underrette den finansielle efterretningsenhed om mistænkelige transaktioner. Samme artikels stk. 2 anfører, at oplysningerne "*fremsendes til den finansielle efterretningsenhed i den medlemsstat, på hvis område det institut eller den person, der fremsender dem, er beliggende.*"

Som det fremgår ovenfor, medtager hvidvaskningsdirektivets artikel 3, nr. 2, litra f), "*filialer oprettet af finansieringsinstitutter*" i definitionen af "*finansieringsinstitutter*". Filialen er således i sig selv et institut, der er underlagt underretningspligten i hvidvaskningsdirektivet. I lyset af den kendsgerning, at filialen i forbindelse med hvidvaskningsdirektivet anses som en særskilt enhed underlagt underretningspligten, er Europa-Kommissionens tjenestegrene af den opfattelse, at underretningen skal foretages af filialen til den finansielle efterretningsenhed i landet, hvor den er beliggende, dvs. efterretningsenheden i medlemsstat B. Den finansielle efterretningsenhed i medlemsstat B kan så informere den finansielle efterretningsenhed i medlemsstat A, hvis det er relevant for efterforskningen, i henhold til de gældende regler, der regulerer samarbejdet mellem finansielle efterretningsenheder.¹⁰

¹⁰ Se især Rådets afgørelse 2000/642 af 17. oktober 2000.