



EUROPEISKA KOMMISSIONEN

Bryssel den XXX
[...](2011) XXX utkast

ARBETSDOKUMENT FRÅN KOMMISSIONENS AVDELNINGAR

**om betalningsinstituts tillsyn över och rapportering om penningtvätt i olika
gränsöverskridande situationer**

Detta är ett arbetsdokument från kommissionens tjänsteavdelningar. Det representerar eller påverkar inte någon eventuell ståndpunkt som kommissionen har eller kommer att inta i något av de ämnen som behandlas.

Inledning

Syftet med detta arbetsdokument är att ge vägledning för EU:s tillsynsmyndigheter och privata intressenter i fråga om samverkan mellan direktivet om betaltjänster (2007/64/EG) och direktivet om penningtvätt (2005/60/EG) när det gäller tillsynen över betalningsinstitut och deras rapporteringsskyldighet enligt direktivet om penningtvätt i olika gränsöverskridande situationer.

Rent generellt bör det påpekas att betalningsinstitut så snart de har auktoriserats i sin hemmedlemsstat får bedriva verksamhet i alla andra medlemsstater enligt principerna om fritt tillhandahållande av tjänster och etableringsfrihet, utan att de behöver någon ytterligare auktorisation i värdmedlemsstaten (artikel 10.9 i direktivet om betaltjänster). Enligt artikel 20.4 i direktivet om betaltjänster är det *hemmedlemsstaten* (enligt definitionen i artikel 4.1 i direktivet om betaltjänster) som har ansvar för att auktorisera och utöva tillsyn över betalningsinstitutet (avdelning II i samma direktiv).

När det gäller bestämmelserna om insyn och information samt verksamhetsutövning (avdelningarna III och IV i direktivet om betaltjänster) bör betalningsinstitutet minst följa bestämmelserna i den medlemsstat där de tillhandahåller betaltjänsten för sina kunder. Även om ett betalningsinstitut är auktoriserat i medlemsstat A måste det alltså uppfylla villkoren för att bedriva verksamhet i medlemsstat B enligt den nationella lagstiftning som införlivar direktivet om betaltjänster i medlemsstat B.

Vid överträdelser av avdelningarna III och IV i direktivet om betaltjänster är det myndigheterna i värdmedlemsstaten som är behöriga myndigheter, om betalningsinstitutet använder sig av ombud och filialer (artikel 82.2 i direktivet om betaltjänster).

Enligt definitionen i artikel 4.2 i direktivet om betaltjänster avses med *värdmedlemsstat* den medlemsstat ”[d]är en betaltjänstleverantör har ett ombud eller en filial eller tillhandahåller betaltjänster.”

I direktivet om penningtvätt tillämpas ett territoriellt synsätt. Där krävs att medlemsstaterna ska införa förebyggande skyldigheter för bl.a. de betalningsinstitut som är etablerade inom deras territorium (artikel 34 i direktivet om penningtvätt). I motsats till direktivet om betaltjänster är

direktivet om penningtvätt ett direktiv om en miniminivå för harmonisering, vilket betyder att medlemsstaterna får ”[i]nföra eller behålla strängare regler[...]” (artikel 5 i direktivet om penningtvätt).

Sammantaget innebär direktiven om betaltjänster och om penningtvätt att betalningsinstitutens filialer och ombud måste följa värdmedlemsstatens bestämmelser i fråga om direktivet om penningtvätt och omfattas av värdmedlemsstatens tillsyn i fråga om penningtvätt, som ska utföras i nära samarbete med myndigheterna i hemmedlemsstaten. Det är fortfarande hemmedlemsstaten som har ansvar för tillsynen i sig, men det är ändå nödvändigt att samarbeta med värdmyndigheterna.

Mot bakgrund av detta begränsas detta arbetsdokument till två scenarier:

- Ett betalningsinstitut som är auktoriserat i medlemsstat A (*hemmedlemsstaten*) har ett eller flera ombud i medlemsstat B (*värdmedlemsstaten*).
- Ett betalningsinstitut som är auktoriserat i medlemsstat A har en filial i medlemsstat B.

I båda fallen uppstår frågor om vilken lagstiftning som ska tillämpas för betalningsinstitutets ombud och filialer, hur tillsynsbefogenheterna i fråga om penningtvätt ska fördelas mellan myndigheterna i hemmedlemsstaten respektive värdmedlemsstaten och om vilka finansunderrättelseenheter som är behöriga att ta emot rapportering om misstänkta transaktioner.

Kommissionen är medveten om att liknande rättsliga frågor kan komma att uppstå – eller redan har uppstått – i fråga om ombud för e-penninginstitut och för e-penningdistributörer. Kommissionen har redan inlett diskussioner om dessa frågor med alla berörda intressenter för att ta reda på om det behövs några rättsliga förtydliganden. Eftersom e-penningdirektivet nyss har trätt i kraft (den 30 april 2011) anser kommissionen dock att det behövs mer information, återkoppling och uppgifter innan det är dags att överväga några förtydliganden. När det gäller situationen för e-penningombud verkar det dock stå klart att det här arbetsdokumentet i stora delar också kan tillämpas på dem. Distributörer ger emellertid upphov till helt andra rättsliga frågor som kan kräva andra rättsliga lösningar – med hänsyn till deras ställning gentemot e-penningutgivare och den typ av verksamhet som de bedriver. Men även här krävs mer erfarenheter innan det går att avgöra om det behövs något tolkningsarbete.

Det här dokumentet påverkar inte bestämmelserna för behandling av personuppgifter i samband med betalningsinstitutens verksamhet, som omfattas av direktiv 95/46/EG (dataskyddsdirektivet). I artikel 4 i det direktivet anges vilken nationell rätt som ska tillämpas på behandling av

personuppgifter som utförs som ett led i verksamhet i medlemsstaterna och samma artikel bör beaktas för att avgöra vilken rätt som är tillämplig på betalningsinstituten i de situationer som avses i det här dokumentet.¹

1) Ett betalningsinstitut som är auktoriserat i medlemsstat A arbetar med ombud i medlemsstat B

Systemet med att använda ombud är utbrett och varierar från flera hundra i vissa jurisdiktioner till tusentals i andra. De tjänster som ombuden erbjuder kan innebära risk för finansiering av terrorism och penningtvätt, eftersom stora mängder kontanter kan hanteras genom betaltjänster som penningöverföring.

När det gäller enstaka transaktioner (vilket det oftast är fråga om när det gäller penningöverföringstjänster) krävs det i princip endast kundkontroll i fråga om transaktioner på minst 15 000 euro (i en enda transaktion, eller i flera transaktioner som verkar ha samband) eller vid lägre belopp om det finns misstankar om penningtvätt eller finansiering av terrorism (artikel 7 i direktivet om penningtvätt), eller om den enstaka transaktionen är en överföring av medel som omfattas av förordning (EG) nr 1787/2006. Det är tveksamt om det är vanligt med överföringar på mer än 15 000 euro via detaljhandelsombud. Men det krävs vaksamhet även vid lägre belopp och det måste utföras en kundkontroll i misstänkta fall. Dessutom måste tillhandahållaren av betaltjänsten kontrollera uppgifterna om betalaren när det gäller överföring av belopp på mer än 1 000 euro.

a) Är ombuden finansiella institut?

Vid tillämpningen av direktivet om penningtvätt likställs filialer till betalningsinstitut med finansiella institut och omfattas därmed individuellt av förpliktelserna enligt direktivet om penningtvätt (se artikel 3.2 f i direktivet om penningtvätt), som om de vore separata finansiella institut.

Till skillnad från filialer betraktas ombud för betalningsinstitut (eller andra finansiella institut) inte som finansiella institut i sig enligt direktivet om penningtvätt² och de ingår inte heller uttryckligen i någon av de andra

¹ Se i detta avseende yttrande 8/2010 om tillämplig lagstiftning från Artikel 29-arbetsgruppen för skydd av personuppgifter (dok. WP179), som finns att ladda ner från följande adress:
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_sv.pdf

² Försäkringsförmedlare som fungerar som ombud för ett försäkringsföretag omfattas emellertid av definitionen av *finansiellt institut* (se artikel 3.2 e i direktivet om penningtvätt). I detta avseende verkar det lämpligt att undersöka om alla ombud bör betraktas som *finansiella institut* vid en eventuell översyn av direktivet om penningtvätt.

kategorier av institut/personer som omfattas av artikel 2.1 i direktivet om penningtvätt. Om ett ombud på grund av sina egenskaper skulle omfattas av någon av dessa kategorier (om betalningsinstitutets ombud i medlemsstat B t.ex. är ett kreditinstitut, en filial till ett kreditinstitut eller är någon annan typ av finansiellt institut, som ett växlingskontor) skulle de direkt omfattas av förpliktelserna enligt direktivet om penningtvätt.

b) Är ombud en form av etablering?

Vid de diskussioner som hölls under arbetet med detta arbetsdokument hänvisades det ofta till några domar från EG-domstolen som nämndes i kommissionens tolkningsmeddelande av den 26 juni 1997³ om frihet att tillhandahålla tjänster och begreppet ”det allmännas bästa” i andra bankdirektivet.

Det har tillkommit ny rättspraxis sedan det meddelandet antogs. Framför allt ansåg domstolen följande i sin dom av den 11 juni 2003 (mål C-243/01):

”45. I enlighet med artikel 43 EG är inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudna. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

46. Om ett bolag som, i likhet med Stanley, är etablerat i en medlemsstat utövar verksamhet avseende upptagande av vad genom förmedling av en organisation av agenturer som är etablerade i en annan medlemsstat, i likhet med de tilltalades agenturer, utgör de inskränkningar som föreskrivs av dessa agenturers verksamhet hinder för etableringsfriheten.”

Domstolen anslöt sig i det här fallet till generaladvokatens ståndpunkt:

”80. Enligt den vidsträckta definition av tillämpningsområdet för etableringsfriheten som domstolen har ställt upp i mål 205/84 [dom av den 4 december 1986] omfattas ett företag, som är permanent närvarande i en annan medlemsstat, av fördragets bestämmelser om etableringsrätt även om denna närvaro inte består av en filial eller agentur utan endast av ett enkelt kontor som sköts av företagets egen personal eller av en självständig person som har fullmakt att varaktigt företräda företaget på samma sätt som en agentur.”

³ SEK(97) 1193 slutlig.

Detta bekräftades och förtydligades av domstolen i två efterföljande domar av den 8 september 2010, i de förenade målen C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 och C-410/07, Markus Stoß m.fl. och i mål C-409/06, Winner Wetten, där domstolen (i punkt 46) angav att

”[b]egreppet etablering är ett mycket vittomfattande begrepp som innebär en möjlighet för medborgare i gemenskapen att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten och dra fördel av detta. Begreppet befrämjar således det ekonomiska och sociala utbytet inom Europeiska gemenskapen på den fria yrkesutövningens område (se bland annat dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, punkt 25). Den omständigheten att ett företag som har sitt hemvist i en medlemsstat upprätthåller en permanent närvaro i en annan medlemsstat gör således att fördragets bestämmelser om etableringsrätt kan vara tillämpliga, och detta även om denna närvaro inte består av en filial eller agentur utan endast av ett enkelt kontor som, i förekommande fall, sköts av en självständig person som har fullmakt att varaktigt företräda företaget på samma sätt som en agentur (se, bland annat, dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1986, s. 3755, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 8, s. 741).”

Av denna rättspraxis följer att om betalningsinstitutet upprätthåller en permanent närvaro i en annan medlemsstat, även om denna närvaro enbart utgörs av ett kontor som drivs av ett oberoende ombud som är auktoriserat att på permanent basis agera för företagets räkning, måste detta betraktas som en form av etablering via ombud i värdlandet.

Syftet med denna rättspraxis var främst att särskilja mellan gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster och ”etableringsrätt”, eftersom dessa båda situationer inte har samma rättsliga konsekvenser när det gäller att följa bestämmelserna i värdmedlemsstaten.

Den kan ändå vara en användbar källa i fall där man måste fastställa kriterier för att bedöma om ett ombud ska betraktas som en ”form av etablering” i syfte att skilja situationer där betalningsinstitutet tillhandahåller gränsöverskridande tjänster från dem där institutet omfattas av ordningen för etableringsfrihet. Eftersom denna ”form av etablering” inte rättsligt går att likställa med en ”filial” till betalningsinstitutet är det dock inte möjligt att automatiskt utvidga den rättsliga ordning som gäller för ”filialer” till att omfatta ”ombud”.

c) Fördelning av tillsynsbefogenheter mellan hem- och värdmyndigheter

Kommissionen anser att tillsynsmyndigheterna i både hem- och värdmedlemsstater måste ha ett nära samarbete för att övervaka och se till att

betalningsinstitutet följer kraven i både direktivet om betaltjänster och direktivet om penningtvätt – även i fråga om ombud som tillhandahåller tjänster för institutets räkning.

Detta kan bli en svår uppgift för både hem- och värdmyndigheter i fall där ett visst betalningsinstitut använder sig av hundratals ombud i medlemsstat B. Inspektioner på plats av så många ombud av hemmedlemsstatens myndigheter skulle framför allt medföra stora påfrestningar för hemmyndigheternas resurser och därför anges i direktivet om betaltjänster (artikel 25.3) att sådana inspektioner på plats får delegeras till värdmedlemsstaten. Inspektioner på plats av ett stort antal ombud är en utmaning även för värdmedlemsstatens myndigheters resurser, vilket hemmedlemsstatens myndigheter noggrant bör ta hänsyn till när de godkänner ett betalningsinstituts registrering av ombud.

Detta gör det ännu viktigare med ett gott samarbete mellan båda myndigheterna. Men samarbetet är inte bara viktigt, det är också en rättslig skyldighet som uttryckligen införs genom artikel 25.2 i direktivet om betaltjänster och som även nämns i artikel 25.4, där det anges att myndigheterna i hem- och värdmedlemsstaterna är skyldiga att

”[t]ill varandra överlämna all väsentlig och/eller relevant information, särskilt vad gäller överträdelser eller misstänkta överträdelser från ombud, filialer eller enheter vars verksamhet har lagts ut på entreprenad. De behöriga myndigheterna ska i detta avseende på begäran lämna all relevant information, och på eget initiativ all väsentlig information.”

Direktivet om betaltjänster innebär en fullständig harmonisering, men lämnar ändå ett visst manöverutrymme för de behöriga myndigheterna när det gäller den närmare utformningen av deras samarbete, särskilt i fråga om den information som de vill utväxla. Detta samarbete bör omfattas av bilaterala, eller ännu hellre multilaterala, avtal mellan de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna för att fastställa hur samarbetet ska gå till i det dagliga arbetet och rent praktiskt. I detta sammanhang stöder kommissionen det värdefulla arbete som redan pågår inom underkommittén för kampen mot penningtvätt i den gemensamma kommittén för de europeiska tillsynsmyndigheterna när det gäller att ingå sådana samarbetsavtal, som naturligtvis måste vara förenliga med de rättigheter och skyldigheter som införs genom direktiven om betaltjänster och penningtvätt.

Förebyggande befogenheter

Enligt artikel 17.1 i direktivet om betaltjänster har **de behöriga myndigheterna i hemmedlemsstaten** en avgörande förebyggande uppgift,

särskilt genom att kontrollera den information som det betalningsinstitut som vill använda sig av ombud måste lämna innan det inleder sin verksamhet, bl.a. ”[e]n beskrivning av de mekanismer för intern kontroll som ombuden kommer att använda för att fullgöra skyldigheterna när det gäller penningtvätt och finansiering av terrorism [...]” (artikel 17.1 b) och ”[i]dentitetsuppgifter rörande direktörer och personer som ansvarar för förvaltningen av det ombud [...] samt bevis på att de är lämpliga” (artikel 17.1 c).

Eftersom dessa kontroller utförs på distans av myndigheterna i hemmedlemsstaten och avser ombud som är lokaliserade i värdmedlemsstaten, är det dock uppenbart att värdmyndigheterna måste vara involverade om kontrollerna ska fungera fullt ut. Detta nödvändiga samarbete anges tydligt i artikel 17.5 och 17.6 (före anmälan) och i artikel 25.2 (efter anmälan) i direktivet om betaltjänster.

Myndigheterna i värdmedlemsstaten har stora förebyggande befogenheter. De kan, innan ett ombud registreras av hemmedlemsstaten, uttrycka sin *uppfattning* och på så sätt avråda myndigheterna i hemmedlemsstaten från att registrera ombudet (artikel 17.5). De kan också upplysa myndigheterna i hemmedlemsstaten om att de anser att anlitandet av ombudet kan öka risken för penningtvätt (artikel 17.6). Det kan t.ex. handla om tillfällen då värdmedlemsstaten anser att användningen av detaljhandelsombud som inte själva är utsedda yrkesorgan enligt direktivet om penningtvätt ökar risken för penningtvätt eftersom sådana ombud kanske inte har rätt utbildning och utrustning för att kunna fullgöra sina skyldigheter enligt direktivet om penningtvätt (kundkontroll, särskild uppmärksamhet, rapportering till finansiella underrättelseorgan, bevarande av uppgifter, internkontroll, riskbedömning, utbildningsprogram för anställda osv.).

Myndigheterna i värdmedlemsstaten får dock inte i onödan begränsa betalningsinstitutets möjligheter att utöva sina rättigheter genom att t.ex. dröja alltför länge med att utföra sina egna gransknings- och kontrolluppgifter när de har tagit emot en anmälan.

Myndigheterna i hemmedlemsstaten får vägra att registrera ombudet eller ombuden. Hela systemets utformning innebär ändå att det icke bindande yttrandet från värdmyndigheterna, som har mycket bättre möjlighet att bedöma och kontrollera att de ombud som finns inom deras territorium uppfyller kraven enligt direktivet om penningtvätt, bör beaktas mycket noga av hemmyndigheterna. Om hemmyndigheterna väljer att bortse från värdmyndigheternas uppfattning, vilket de i teorin har rätt att göra, bör de åtminstone kunna ge en övertygande motivering till detta (enligt principen ”följ eller förklara”).

Straffrättsliga befogenheter

När ombudet har inlett sin verksamhet ska myndigheterna i hem- respektive värdmedlemsstaten samarbeta i enlighet med artiklarna 24, 25.2, 25.3, 25.4 och 17.6 i direktivet om betaltjänster och även i detta fall har både hem- och värdmyndigheter avsevärda befogenheter.

De behöriga myndigheterna i hemmedlemsstaten kan vidta en rad tillsynsåtgärder enligt artikel 21 i direktivet om betaltjänster (utföra inspektioner på plats, begära upplysningar, återkalla betalningsinstitutets auktorisation). Enligt artikel 17.6 i direktivet om betaltjänster får myndigheterna återkalla ombudets registrering om det pågår eller har pågått penningtvätt eller finansiering av terrorism i värdmedlemsstaten.

I artikel 17.6 i direktivet om betaltjänster föreskrivs följande förfarande:

”Om den föreslagna värdmedlemsstatens behöriga myndigheter har skälig anledning att misstänka att penningtvätt eller finansiering av terrorism i den mening som avses i direktiv 2005/60/EG äger rum eller har ägt rum eller har försökts i samband med det avsedda anlitaandet av ombudet eller inrättandet av filialen, eller att anlitaandet av ett sådant ombud eller inrättandet av en sådan filial kan öka risken för penningtvätt eller finansiering av terrorism, ska de informera hemmedlemsstatens behöriga myndigheter, som får vägra att registrera ombudet eller filialen eller får återkalla registreringen av ombudet eller filialen, om den redan gjorts.”

I de fall som omfattas av artikel 17.6 i direktivet om betaltjänster kan **myndigheterna i värdmedlemsstaten** – utan att detta påverkar verkställandet av deras egen lagstiftning i fråga om penningtvätt – uttrycka allvarliga farhågor till myndigheterna i hemmedlemsstaten om ombudets respekt för värdmedlemsstatens skyldigheter i fråga om kampen mot penningtvätt. När myndigheterna i hemmedlemsstaten har uppmärksamrats på detta får de dra tillbaka ombudets registrering. Ett sådant slutligt beslut om återkallande är också formellt hemmedlemsstatens ansvar. Men precis som i fallet med den ursprungliga registreringen verkar det mycket önskvärt för det goda samarbetet mellan tillsynsmyndigheterna och för att få en så effektiv bekämpning av penningtvätt som möjligt att hemmedlemsstaten verkligen tar hänsyn till värdmyndigheternas synpunkter i frågan och att hemmedlemsstaten verkligen ger en god motivering om den väljer att inte anpassa sig efter värdmedlemsstatens synpunkter (”följ eller förklara”).

d) Måste ombud uppfylla kraven i direktivet om penningtvätt?

Enligt artikel 17.1 b i direktivet om betaltjänster ska tillsynsmyndigheten i hemmedlemsstaten bl.a. bedöma "[d]e mekanismer för intern kontroll som ombuden kommer att använda [...]" **för att fullgöra skyldigheterna när det gäller penningtvätt och finansiering av terrorism.**

Även om det inte anges uttryckligen, innebär det territoriella synsättet i direktivet om penningtvätt att ombuden själva, när de agerar för betalningsinstitutets räkning, måste uppfylla värdmedlemsstatens krav i fråga om direktivet om penningtvätt. Ombudens skyldigheter när det gäller penningtvätt baseras dock inte direkt på direktivet om penningtvätt i sig, utan på det avtal som de har ingått med betalningsinstitutet, som har ansvar för att övervaka sina ombud och därmed är ansvarsskyldigt om ombuden inte uppfyller kraven i fråga om penningtvätt. Detta bekräftas i skäl 28 i direktivet om penningtvätt:

"När det gäller agenturförhållanden eller utkontraktering på kontraktbasis mellan institut eller personer som omfattas av detta direktiv och externa fysiska eller juridiska personer som inte omfattas av det kan dessa agenter eller kontraktstagande tjänsteleverantörer som en del av institut eller personer som omfattas av detta direktiv endast på grundval av kontraktet, men inte direktivet, vara skyldiga att förebygga penningtvätt och finansiering av terrorism. Skyldigheten att efterleva direktivet bör fortfarande åvila det institut eller den person som omfattas av det."

I de fall ombuden själva är enheter (t.ex. en filial till en bank eller ett växlingskontor) som omfattas av direktivet om penningtvätt har de en direkt skyldighet enligt direktivet att uppfylla bestämmelserna i det direktivet.

Betalningsinstitutens olika affärsmodeller

Betalningsinstitut som arbetar med detaljhandelsombud som inte är enheter som omfattas av direktivet om penningtvätt har olika alternativ för detta:

- Att genom avtal ålägga ombuden att uppfylla skyldigheterna enligt direktivet om penningtvätt (kundkontroll, uppmärksamhet, rapportering osv.) på betalningsinstitutets vägnar. I detta fall måste betalningsinstitutet ha anslagit tillräckliga resurser, så att ombudet har ordentlig utbildning och utrustning för att utföra kundkontroll och rapportera misstänkta transaktioner i enlighet med värdmedlemsstatens lagstiftning och det måste finnas en tillfredsställande internkontroll i den mening som avses i artikel 17.1 b i direktivet om betaltjänster.
- Att anse att det inte är lämpligt att detaljhandelsombuden utför penningtvättskontroller och rapporterar misstänkta transaktioner, utan att

sådana ombud endast ska sköta bokföring och utföra betaltjänster. I sådana fall måste betalningsinstitutet självt uppfylla kraven i fråga om penningtvätt, inbegripet rapportering av misstänkta transaktioner. Detta måste antingen göras på distans, från hemmedlemsstaten, eller utföras av en representant för betalningsinstitutet i medlemsstat B som får i uppdrag att se till att efterlevnads- och rapporteringskraven uppfylls. Att döma av informationen från vissa marknadsaktörer på penningöverföringsområdet förefaller detta senare alternativ i praktiken vara det som föredras och tillämpas av de flesta aktörer. Det går dock inte att utesluta att vissa andra marknadsaktörer på penningöverföringsområdet redan låter – eller kommer att låta – detaljhandelsombuden själva uppfylla kraven i fråga om penningtvätt (kundkontroll, rapportering osv.). Kommissionen känner också till affärsmodeller där efterlevnads- och rapporteringskraven uppfylls via ett ”nav” i en medlemsstat C.

Vid bedömningen av ett betalningsinstituts affärsmodell och i synnerhet dess interna kontroller måste myndigheterna i hem- och värdmedlemsstaterna bedöma om det kan innebära ett hot mot politiken mot penningtvätt att skyldigheterna enligt direktivet om penningtvätt fullgörs av detaljhandelsombuden.

Många tillsynsmyndigheter med ansvar för penningtvättsfrågor (men inte alla) anser att detaljhandelsombud som snabbköp och bensinstationer inte ens med god utbildning och ändamålsenliga mekanismer för internkontroll är lämpliga för att utföra en effektiv kundkontroll, identifiera eventuella misstänkta verksamheter eller upprätta användbara rapporter om misstänkta transaktioner. När det gäller just rapporteringsskyldigheten förefaller denna bedömning bekräftas i artikel 22.2 i direktivet om penningtvätt, där följande anges: *”Uppgifterna skall normalt lämnas vidare av den eller de personer som har utsetts i enlighet med artikel 34.”*

Myndigheterna i hemmedlemsstaten får om de finner skäl för det (med största möjliga hänsyn till synpunkterna från myndigheterna i värdmedlemsstaten) i förväg vägra att registrera ombudet (artikel 17.4 i direktivet om betaltjänster) eller, efter det att verksamheten har inletts, återkalla ombudets registrering (artikel 17.6 i direktivet om betaltjänster).

e) Till vilka finansunderrättelseenheter ska rapporter om misstänkta transaktioner skickas?

I artikel 22.2 i direktivet om penningtvätt anges följande:

”Uppgifter som avses i punkt 1 skall lämnas vidare till finansunderrättelseenheten i den medlemsstat inom vars territorium det uppgiftslämnande institutet eller den uppgiftslämnande personen finns.”

Det verkar lämpligt att misstänkta transaktioner rapporteras till finansunderrättelseenheten i medlemsstat B. Den rapporterade informationen bör vara mest användbar för finansunderrättelseenheten i medlemsstat B, eftersom enheten i det land där misstanken väcktes är bäst lämpad att bedöma vad som bör göras med rapporten och därefter gå vidare med en eventuell uppföljning.

Kommissionen har stött på olika tolkningar av artikel 22.2 i direktivet om penningtvätt. Vissa har hävdade att rapporteringen måste göras till finansunderrättelseenheten i medlemsstat A, eftersom det är där betalningsinstitutet är "etablerat". Men utifrån Gambellidomen som beskrevs ovan kan man hävda att betalningsinstitutet också är "etablerat" i medlemsstat B via sina ombud, i den mening som avses i artikel 22.2. Därmed går det att hävda att betalningsinstitutet (eller i vissa fall dess ombud) bör rapportera misstänkta transaktioner till finansunderrättelseenheten i medlemsstat B. Rapporter om misstänkta transaktioner som skickas från betalningsinstitutet (i medlemsstat A) till finansunderrättelseenheten i medlemsstat B leder till svårigheter i fråga om språk, format och innehåll i rapporterna, eftersom dessa skiljer sig åt mellan länderna.

För att skapa likvärdiga villkor, största möjliga rättssäkerhet och bästa möjliga operativa villkor, undersöker kommissionens enheter därför om

- det bör övervägas ett rättsligt förtydligande av direktivet i denna fråga genom att det införs ett uttryckligt krav på att rapporteringen ska göras till finansunderrättelseenheten i värdmedlemsstaten,
- man bör stödja sig på finansunderrättelseenheternas kommande arbete för att underlätta en smidig gränsöverskridande överföring och användning av rapporter om misstänkta transaktioner. Ett sådant arbete bör i synnerhet ta hänsyn till rådets beslut av den 17 oktober 2000 om en samarbetsordning för medlemsstaternas finansunderrättelseenheter avseende utbyte av information. Dessutom måste det tas hänsyn till det arbete som utförs av nätverket för finansunderrättelseenheter kallat Egmontgruppen i fråga om delning av rapporter om misstänkta transaktioner.⁴

f) Får värdmedlemsstaten kräva en viss etableringsform?

Kommissionen är medveten om att vissa myndigheter i medlemsstaterna är frestade att kräva att betalningsinstitutet använder vissa etableringsformer

⁴ <http://www.egmontgroup.org/>

eller permanenta strukturer inom deras territorium för att underlätta och förtydliga vad som ska gälla i fråga om efterlevnad, övervakning och rapportering. Framför allt brukar myndigheterna kräva att betalningsinstitutet inrättar en komplett filial inom deras territorium eller att institutet åtminstone upprättar en central kontaktpunkt för att bl.a. effektivisera insamlingen och överföringen av penningtvätsrelaterad information i syfte att underlätta tillsynen för värdmedlemsstatens myndigheter.

Ett sådant krav måste ses mot bakgrund av att direktivet om penningtvätt är ett direktiv om minimiharmonisering och att det i artikel 25.5 i direktivet om betaltjänster anges att artikel 25.1–25.4 inte ska ”[p]åverka de behöriga myndigheternas skyldighet enligt direktiv 2005/60/EG och förordning (EG) nr 1781/2006, särskilt artikel 37.1 i direktiv 2005/60/EG och artikel 15.3 i förordning (EG) nr 1781/2006, att utöva tillsyn över eller övervaka efterlevnaden av bestämmelserna i de instrumenten. ”

Om betalningsinstitutet inte på eget initiativ inrättar en sådan permanent struktur, något som redan förekommer på marknaden eftersom det i slutändan underlättar betalningsinstitutets verksamhet, måste alla eventuella krav som ställs av myndigheterna i hem- eller värdmedlemsstaten på en sådan struktur bedömas noggrant mot bakgrund av målen för och bestämmelserna i de båda direktiven om betaltjänster och om penningtvätt men också mot bakgrund av fördragets bestämmelser om rätten till etablering och friheten att tillhandahålla tjänster.

Denna bedömning kan variera beroende på betalningsinstitutets affärsmodell och de eventuella krav som tillsynsmyndigheterna ställer.

- Om betalningsinstitutet vill arbeta enligt en strikt gränsöverskridande modell, dvs. utan att göra någon form av etablering (vilket förefaller osannolikt när det gäller penningöverföring eftersom det verkar vara nödvändigt med en närvaro på överförings-/mottagningssidan för att skicka eller leverera pengar), skulle själva kravet på en etablering innebära en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 56 i fördraget. För en sådan begränsning krävs en mycket god motivering som visar att begränsningen är nödvändig för att uppnå ett mål av allmänt intresse. I sin dom av den 20 maj 1992 i mål C-106/91, *Ramrath*,⁵ ansåg domstolen att värdmedlemsstatens krav på att det skulle finnas en infrastruktur inom det nationella territoriet och att

⁵ Rättsfallssamling 1992 s. I-03351.

tjänsteleverantörens närvaro föreföll vara motiverad för att skydda allmänintresset i fråga om revisorers integritet och oberoende. Här kan det noteras att kampen mot penningtvätt och finansiering av terrorism utan tvekan torde kunna betraktas som ett tillräckligt viktigt mål av allmänt intresse.

- När det gäller en införd begränsning av formen för en andra etablering, t.ex. krav på en komplett filial i stället för (eller i tillägg till) enbart lokala ombud, skulle ett sådant krav kunna vara en begränsning av artikel 49.1 i fördraget, för vilken det enligt EU-domstolens rättspraxis krävs en mycket god motivering.⁶
- När det gäller ett eventuellt krav från värdmedlemsstaten (eller hemmedlemsstaten) på att det ska inrättas ett ”överombud”/central kontaktpunkt för ombud, eller att det ska finnas en särskild efterlevnadsansvarig inom territoriet, måste det övervägas noggrant om kravet är proportionerligt. I fråga om vad som är nödvändigt, verkar det uppenbart att sådana strukturer kan vara användbara för efterlevnaden och tillsynen av kraven enligt direktivet om penningtvätt för myndigheterna i både hem- och värdmedlemsstaterna. Det är framför allt i lägen där ett betalningsinstitut har ett stort antal detaljhandelsombud i värdmedlemsstaten som effektiviteten i hela systemet kan vinna på att ett av dessa ombud – eller en representant för betalningsinstitutet – fungerar som kontaktpunkt för myndigheterna i både hem- och värdmedlemsstaterna. Det kan också göra det lättare för betalningsinstitutet att fullgöra sina skyldigheter enligt direktivet om penningtvätt. Man skulle kunna betrakta artiklarna 38 och 39 i direktiv 2008/118/EG⁷ om allmänna regler för punktskatt och artikel 204 i direktiv 2006/112/EG⁸ om ett gemensamt system för mervärdesskatt som prejudikat för detta eftersom det enligt dessa artiklar på vissa villkor är accepterat med en ”skatterepresentant” i värdmedlemsstaten.

Kommissionens enheter skulle därför inte på förhand motsätta sig ett sådant krav, men proportionalitetsvillkoret måste vara uppfyllt. Kostnaderna för att ha en sådan centraliserad struktur utöver de befintliga ombuden får alltså inte vara högre än de avsedda fördelarna.

⁶ Dom i mål C-270/83, kommissionen mot Frankrike. Se även mål C-106-/91, Ramrath.

⁷ EUT L 12, 14.1.2009, s. 1.

⁸ EUT L 347, 11.12.2006, s. 1.

g) Betalningsinstitutets ansvarsskyldighet

Enligt artikel 18 i direktivet om betaltjänster ska betalningsinstitutet ha det fulla ansvaret för agerandet hos bl.a. *"[a]lla ombud, filialer eller enheter hos vilka verksamhet lagts ut på entreprenad."*

2) Ett betalningsinstitut från medlemsstat A har en filial i medlemsstat B

a) Vems behöriga myndigheter ska utöva tillsyn över filialen?

Fördelning av ansvar

I artikel 37.1 i direktivet om penningtvätt krävs att de behöriga myndigheterna ”[e]ffektivt övervakar, och vidtar nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de institut och personer som omfattas av detta direktiv uppfyller direktivets krav.”

I artikel 37.2 i direktivet om penningtvätt anges följande:

”Medlemsstaterna skall se till att de behöriga myndigheterna har tillräckliga befogenheter, däribland möjlighet att kräva att sådana uppgifter lämnas som är relevanta för övervakningen, efterlevnaden och utförandet av kontroller, och tillräckliga resurser för att kunna fullgöra sina uppgifter.”

Den territoriella utformningen av direktivet om penningtvätt ger värdmedlemsstaten – dvs. den medlemsstat där filialen är etablerad – en framträdande roll i tillsynen. Formellt sett finns det dock ingen exklusiv fördelning av ansvaret för tillsynen av att en filial till ett betalningsinstitut uppfyller kraven enligt direktivet om penningtvätt mellan myndigheterna i hem- eller värdmedlemsstaterna.

I kommissionens arbetsdokument om gränsöverskridande bankkoncerners efterlevnad av direktivet om penningtvätt på koncernnivå förklaras att⁹

i alla medlemsstater ska lokalt etablerade dotterföretag eller filialer till kredit- eller finansinstitut från andra medlemsstater (och från tredjeländer) omfattas av lokal tillsyn i fråga om penningtvätt precis som lokala kredit- och finansinstitut. Trots avsaknaden av tydliga ramar i direktivet om penningtvätt i fråga om tillsynen av koncerners efterlevnad av direktivet om penningtvätt, omfattar i så gott som alla medlemsstater (om än inte i samtliga) den tillsyn i fråga om penningtvätt som tillsynsmyndigheten utövar över moderinstitutet även filialer och dotterföretag i andra EU-medlemsstater. I vissa medlemsstater, som Frankrike och Tyskland, är detta ett uttalat rättsligt krav, medan det i andra medlemsstater, som Irland, är ett resultat av riktlinjerna för tillsynen. I andra medlemsstater, som Belgien, Grekland, Nederländerna och Storbritannien, fokuserar tillsynsmyndigheten

⁹ SEK(2009)939 slutlig, 30.6.2009.

på huvudkontoret och dess verkställande ledning, som har ansvar för att se till att deras utländska filialer och dotterföretag uppfyller koncernens normer för penningtvätt. Detta leder uppenbart till att mer än en nationell tillsynsmyndighet kan gripa in i fråga om samma koncern i flera länder, vilket innebär att det kan utföras dubbelarbete (och även uppstå skillnader).

Kommissionens enheter anser att tillsynsmyndigheterna i både hem- och värdmedlemsstaterna måste delta i övervakningen och verkställandet när det gäller att se till att en filial uppfyller kraven i direktivet om penningtvätt. Eftersom filialen rättsligt sett är ett betalningsinstitut som helt och hållet omfattas av skyldigheterna enligt direktivet om penningtvätt (framför allt kundkontroll och rapporteringsskyldighet) är det uppenbart att tillsynsmyndigheterna för penningtvätt i det land där filialen är etablerad måste se till att den uppfyller de lokala bestämmelserna om penningtvätt. Samtidigt har hemmedlemsstaten, dvs. det land där betalningsinstitutet är auktoriserat, också en viktig roll, inte bara ur tillsynsmässig synpunkt utan också när det gäller att i samarbete med myndigheterna i värdmedlemsstaten övervaka att filialen följer direktivet om penningtvätt, t.ex. genom inspektioner på plats (se artikel 25.5 i direktivet om betalningsinstitut).

Samarbete

Detta gemensamma engagemang påverkar inte tillsynssamarbetet mellan tillsynsmyndigheterna i värdmedlemsstaten (förmodligen både tillsynsorganet och den som utövar tillsyn i fråga om penningtvätt) och i hemmedlemsstaten, vilket kan leda till en vägran att registrera, eller ett återkallande av registrering, av ombud eller filialer eller av betalningsinstitutets auktorisation. Sådana formella beslut kan emellertid endast fattas av hemmedlemsstaten, även när oegentligheterna har begåtts i värdmedlemsstaten. Men precis som i fråga om ombud, verkar det mycket önskvärt för det goda samarbetet mellan tillsynsmyndigheterna att hemmedlemsstaten verkligen tar hänsyn till värdmyndigheternas synpunkter i frågan och att hemmedlemsstaten verkligen ger en god motivering om den väljer att inte anpassa sig efter värdmedlemsstatens synpunkter ("följ eller förklara").

Det bör påpekas att *tillsynsmyndigheter* i den mening som avses i direktivet om penningtvätt kanske inte är samma myndigheter som avses i direktivet om betaltjänster. Artikel 24.2 c i direktivet om betaltjänster underlättar dock samarbetet dem emellan, genom att medlemsstaterna åläggs att tillåta utbyte av information mellan de olika kategorierna av tillsynsmyndigheter, särskilt mellan tillsynsmyndigheter för direktiven om betaltjänster och penningtvätt.

b) Till vems finansunderrättelseenheter ska filialen rapportera misstänkta transaktioner?

I artikel 22.1 i direktivet om penningtvätt anges att "[m]edlemsstaterna skall kräva att de institut som omfattas av detta direktiv [...]" ska rapportera misstänkta transaktioner till finansunderrättelseenheten. I punkt 2 i samma artikel anges att uppgifterna "[s]kall lämnas vidare till den finansunderrättelseenheten i den medlemsstat inom vars territorium det uppgiftslämnande institutet eller den uppgiftslämnande personen finns."

Som anges ovan omfattar artikel 3.2 f i direktivet om penningtvätt *filialer till finansiella institut* inom ramen för definitionen av *finansiellt institut*. Filialen är alltså i sig ett institut som omfattas av rapporteringsskyldigheter enligt direktivet om penningtvätt. Eftersom filialen vid tillämpningen av direktivet om penningtvätt ska betraktas som en separat enhet med rapporteringsskyldigheter anser kommissionen att filialen måste rapportera till finansunderrättelseenheten i det land där filialen ligger, dvs. i medlemsstat B. Finansunderrättelseenheten i medlemsstat B får sedan underrätta finansunderrättelseenheten i medlemsstat A om detta är relevant för utredningen, i enlighet med befintliga bestämmelser för samarbetet mellan finansunderrättelseenheter.¹⁰

¹⁰ Se framför allt rådets beslut 2000/642 av den 17 oktober 2000.