

# Ansvarsfordelingen mellem tilsynsmyndigheder i hjemland og værtsland på hvidvaskområdet

## 1. INDLEDNING, BAGGRUND OG KONKLUSION

Finanstilsynet har til brug for en redegørelse til Erhvervsministeriet anmodet om en vurdering af, hvilket lands tilsynsmyndighed der er kompetent i forhold til tilsynet med og sanktionering af overtrædelser af hvidvasklovgivningen, når overtrædelserne sker i en filial etableret i et andet EU-land end pengeinstituttets hjemland. Redegørelsen udarbejdes af Finanstilsynet til Erhvervsministeriet og vedrører erfaringerne fra sagen vedrørende Danske Bank A/S' (herafter "Banken") overholdelse af hvidvasklovgivningen i bankens estiske filial.

I relation til den estiske filials manglende overholdelse af hvidvaskreglerne i perioden 2007-2015 er der opstået et spørgsmål om, hvorvidt håndteringen af og tilsynet med de kritisable forhold rettelig henhørte under det danske eller det estiske finanstilsyn.

De faktiske forhold omfattet af Finanstilsynets afgørelse om Danske Banks ledelse og styring i den estiske filial fandt sted, da 3. hvidvaskdirektiv<sup>1</sup> var i kraft. Såfremt de pågældende begebenheder havde fundet sted i dag, ville forholdene være omfattet af 4. hvidvaskdirektiv<sup>2</sup>.

Det er min vurdering og konklusion, at ansvarsfordelingen mellem to tilsynsmyndigheder efter både 3. og 4. hvidvaskdirektiv har været – og fortsat er – således, at værtslandet har tilsynsforpligtelsen til at sikre, at national hvidvasklovgivning overholdes i en filial fra et pengeinstitut med hjemsted i et andet EU-land. Konkret indebærer dette, at tilsynsforpligtelsen på hvidvaskområdet i relation til Bankens estiske filial påhvilede – og aktuelt påhviler – det estiske finanstilsyn.

<sup>1</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2005/60 af 26. oktober 2005 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme.

<sup>2</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/849 af 20. maj 2015 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme.

## 2. DET RETLIGE GRUNDLAG

### 2.1 3. hvidvaskdirektiv

Det fremgår ikke direkte af 3. hvidvaskdirektiv, hverken i præambelns betragtninger eller i selve direktivteksten, hvorledes kompetencefordelingen mellem hjemlands- og værtslandstilsyn er tænkt indrettet.

Dog fremgår det af artikel 22, stk. 1, (a), at institutter omfattet af direktivet er forpligtede til at samarbejde fuldt ud ved omgående at underrette den finansielle efterretningsenhed (FIU) ved mistanke om hvidvask.

Denne underretning skal efter art. 22, stk. 2, håndteres på følgende vis:

*”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 følger af forarbejderne til den dagældende hvidvasklov fra 2006,<sup>3</sup> der implementerede 3. hvidvaskdirektiv, at loven finder anvendelse for udenlandske virksomheders filialer og agenter her i landet, der udøver virksomhed efter nr. 1-8 og 10, jf. 2006-lovens § 1, stk. 1, nr. 9.

Af forarbejderne til § 1, stk. 1, nr. 9, fremgår i den forbindelse følgende:

*”Bestemmelsen i nr. 9 gennemfører delvist direktivets artikel 2 (2), jf. artikel 3 (2) (f). Ifølge direktivets artikel 3 (2) (f) omfatter direktivet filialer af virksomheder og personer, der er finansieringsinstitutter efter artikel 3 (2) (a)-(e), herunder virksomheder, der udøver virksomhed med valutaveksling og overførsel af penge og andre værdier.*

*Lovforslaget omfatter imidlertid kun udenlandske virksomheders filialer her i landet, der udøver virksomhed efter nr. 1-8. Baggrunden for dette er, at det inden for Den Europæiske Union eller lande, som Fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område, som udgangspunkt er hjem landets tilsynsmyndighed, der fører tilsyn med en filial af en udenlandsk virksomhed, der udøver den i nr. 1-8 nævnte virksomhed.*

*Det er således ikke tilsynsmyndigheden i det land, hvor filialen udøver virksomhed, der fører tilsyn med filialen. Hvis eksempelvis en engelsk bank etablerer en filial i Danmark, er det som udgangspunkt den engelske tilsynsmyndighed, der fører tilsyn med filialen.*

<sup>3</sup> Lov nr. 117 af 27. februar 2006 om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme.

Bestemmelsen i nr. 9 fraviger dette udgangspunkt om hjemlandstilsyn i forhold til virksomhederne i nr. 1-8, idet forslaget § 34 indebærer, at det er Finanstilsynet, der fører tilsyn med, at filialer af ovennævnte virksomheder i Danmark overholder denne lov.

Når direktivet fraviger princippet om hjemlandstilsyn, kan det ses som udtryk for nødvendigheden af, at jurisdiktionsområdet er den medlemsstat, hvor virksomheden udøves (værtslandet).

En filial af en virksomhed uden for Den Europæiske Union eller et land, som Fællesskabet ikke har indgået aftale med på det finansielle område, er også omfattet af nr. 9.

Investeringsforeninger og specialforeninger, kollektive investeringsordninger, fåmandsforeninger, innovationsforeninger samt hedgeforeninger, jf. bestemmelsens nr. 10, virksomheder, der udøver virksomhed med valutaveksling og overførsel af penge og andre værdier, jf. nr. 11, og øvrige personer, der erhvervsmæssigt udøver en eller flere af de i bilag 1 nævnte aktiviteter, jf. nr. 12, er ikke omfattet af et udgangspunkt om hjem landstilsyn.

I det omfang andre udenlandske virksomheder end nævnt under nr. 1-8 efter anden lovgivning har adgang til at etablere filialer i Danmark, vil den virksomhed, der udøves gennem filialen med f.eks. pengeoverførsel, være omfattet af lovforslaget. Dette indebærer, at den virksomhed, som filialen udøver i Danmark, er underlagt dansk tilsyn.” (min understregning)

Denne udlægning af kompetencefordelingen understreges af den danske implementering af

1. betalingstjenestedirektiv, som indebar ændringer i den daværende hvidvasklov. Med lovændringen i 2012 indførtes således en ny bestemmelse i § 34, stk. 8,<sup>4</sup> i hvidvaskloven med følgende ordlyd:

”Tilsynet med filialer af og agenter for betalingsinstitutter og e-penge-institutter med hjemsted i et andet land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Unionen har indgået aftale med på det finansielle område, udøves i samarbejde med tilsynsmyndigheden i instituttets hjemland.” (min understregning)

Af forarbejderne til 2012-lovens § 34, stk. 8, fremgår følgende:

<sup>4</sup> Lov nr. 155 af 28. februar 2012

.....

*"I henhold til § 34, stk. 1, fører Finanstilsynet tilsyn med virksomheder og personer omfattet af § 1, stk. 1, nr. 12 (»Øvrige virksomheder og personer, der erhvervsmæssigt udøver en eller flere af de i bilag 1 nævnte aktiviteter«) og filialer af udenlandske virksomheder, der driver sådan virksomhed.*

Imidlertid forudsætter Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (2007/64/EF) af 13. december 2007 om betalingstjenester i det indre marked, og direktiv (2009/110/EF) om adgang til at optage og udøve virksomhed som udsteder af elektroniske penge, som er gennemført i Danmark ved lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at hjemlandstilsynet med betalingsinstitutter og e-pengeinstitutter med hjemsted i et andet land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Unionen har indgået aftale med på det finansielle område, også omfatter disse virksomheders filialer og agenter i andre EU/EØS medlemsstater.

*Betalingstjenestedirektivet har detaljerede regler om samarbejde mellem tilsynsmyndighederne i hjemlandet og i værtslandet om tilsyn med filialer og agenter i værtslandet, men beføjelserne til at meddele og inddrage tilladelser m.v. henhører under hjemlandsmyndighedens kompetence.*

Det foreslås derfor i overensstemmelse hermed, at det i bestemmelsen præciseres, at Finanstilsynets tilsyn med filialer og agenter af betalingsinstitutter og e-pengeinstitutter med hjemsted i et andet EU/EØS land udøves i samarbejde med tilsynsmyndigheden i instituttets hjemland." (min understregning)

Endelig fremgår det af 3. præambelbetragtning til 2. hvidvaskdirektiv<sup>5</sup>, at:

*"Det er ikke udtrykkeligt fastlagt i direktivet, til hvilken medlemsstats myndigheder filialer af kredit- og finansieringsinstitutter med hovedsæde i en anden medlemsstat skal indberette mistænkelige transaktioner, ej heller hvilken medlemsstats myndigheder, der er ansvarlige for, at sådanne filialer overholder direktivet.*

Myndighederne i den medlemsstat, hvor filialen er beliggende, bør modtage sådanne indberetninger og udøve ovennævnte ansvar. (min understregning)

## 2.2 4. hvidvaskdirektiv

Det fremgår af præambelbetragtning 52 og 53 til 4. hvidvaskdirektiv, at det er værtslandet, der er rette kompetente myndighed i forhold til overholdelse af direktivet, uanset at den pågældende finansielle virksomhed i øvrigt er underlagt tilsyn fra sit hjemlands tilsynsmyndighed.

.....

<sup>5</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/97/EF af 4. december 2001 om ændring af Rådets direktiv 91/308/EØF om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge.

Hjemlandets tilsynsmyndighed er derimod ansvarlig for tilsynet med de koncernpolitikker mv., som kræves i henhold til hvidvaskreglerne, jf. præambelbetragtning 52 og 53, der er sålydende:

*(52) Hvis en forpligtet enhed driver virksomheder i en anden medlemsstat, herunder gennem et netværk af agenter, bør hjemlandets kompetente myndighed være ansvarlig for tilsynet med den forpligtede enheds anvendelse af koncernens politikker og procedurer vedrørende bekæmpelse af hvidvask af penge og finansiering af terrorisme. Dette vil kunne omfatte besøg på stedet i virksomheder, der er baseret i en anden medlemsstat. Hjemlandets kompetente myndighed bør arbejde tæt sammen med værtslandets kompetente myndighed og bør underrette denne om ethvert anliggende, der kan påvirke dens vurdering af virksomhedens opfyldelse af værtslandets bestemmelser om bekæmpelse af hvidvask af penge og finansiering af terrorisme.*

*(53) Hvis en forpligtet enhed driver virksomheder i en anden medlemsstat, herunder gennem et netværk af agenter eller personer, der distribuerer elektroniske penge i henhold til artikel 3, stk. 4, i direktiv 2009/110/EF, bevarer værtslandets kompetente myndighed ansvaret for at håndhæve virksomhedens overholdelse af kravene vedrørende bekæmpelse af hvidvask af penge og finansiering af terrorisme, herunder, hvor det er hensigtsmæssigt, ved at udføre kontrolbesøg på stedet og ekstern overvågning samt ved at træffe passende og forholdsmæssige foranstaltninger med henblik på at tackle alvorlige overtrædelser af disse krav.*

*Værtslandets kompetente myndighed bør arbejde tæt sammen med hjemlandets kompetente myndighed og bør underrette denne om ethvert anliggende, der kan påvirke dens vurdering af den forpligtede enheds anvendelse af koncernens politikker og procedurer vedrørende bekæmpelse af hvidvask af penge og finansiering af terrorisme.*

*For at sætte en stopper for alvorlige overtrædelser af bestemmelserne om bekæmpelse af hvidvask af penge og finansiering af terrorisme, der fordrer øjeblikkelige retsmidler, bør værtslandets kompetente myndighed kunne anvende passende og forholdsmæssige midlertidige afhjælpende foranstaltninger, der under tilsvarende omstændigheder gælder for forpligtede enheder inden for deres kompetenceområde, med henblik på i givet fald at afhjælpe sådanne alvorlige mangler med bistand fra eller i samarbejde med hjemlandets kompetente myndighed. (min understregning)*

Artikel 2 i 4. hvidvaskdirektiv er implementeret i dansk ret ved § 1, stk. 1, nr. 9, i hvidvaskloven, hvoraf fremgår, at hvidvaskloven finder anvendelse på udenlandske virksomheders filialer her i landet, der udøver virksomhed som bl.a. pengeinstitut.

I den forbindelse fremgår følgende af lovbemærkninger:

*”Hvis etablering har fundet sted, har værtslandets myndigheder ansvaret for tilsynet med filialen, distributøren eller agentens overholdelse af regler om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme, mens hjemlandet bevarer tilsynet med den virksomhed, der udbyder den grænseoverskridende aktivitet, herunder at sikre at koncernen har politikker og procedurer, se herom i §§ 9 og 31 i lovforslaget. 4. hvidvaskdirektiv forudsætter i disse tilfælde et tæt samarbejde mellem hjemlandets og værtslandets tilsynsmyndigheder, jf. betragtning 52 i 4. hvidvaskdirektivs præambel.”*

Tilsvarende fremgår det af bestemmelserne i hvidvasklovens § 47, stk. 3, at:

*”Finanstilsynet skal samarbejde med de kompetente myndigheder i EU- eller EØS-lande om at medvirke ved tilsynsaktiviteter, kontroller på stedet eller inspektioner her i landet, når det gælder virksomheder og personer omfattet af § 1, stk. 1, nr. 9, der er under tilsyn i et andet EU- eller EØS-land, eller en dansk virksomhed eller person omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-13, der er underlagt dansk tilsyn, men opererer i andre EU- eller EØS-lande.”*

Denne bestemmelse er en implementering af artikel 48, stk. 5, i 4. hvidvaskdirektiv.

Som noget nyt er der i 4. hvidvaskdirektiv taget direkte stilling til, hvorledes national hvidvasklovgivning skal håndteres af koncerner med hjemsted i en medlemsstat og filialer i andre. Det fremgår således af artikel 45, stk. 2, at:

*”Medlemsstaterne pålægger forpligtede enheder, der driver virksomheder i en anden medlemsstat, at sikre, at disse virksomheder overholder de nationale bestemmelser i den pågældende medlemsstat, hvorved dette direktiv er gennemført.”*

Med bestemmelsen er det således fastslået, at en koncern er forpligtet til at sikre, at filialerne overholder de nationale hvidvaskregler i den medlemsstat, hvor filialen er beliggende. Da tilsynet med overholdelse af anden lovgivning end dansk lovgivning alene tilkommer myndighederne i den pågældende medlemsstat, er denne bestemmelse samtidig en understregning af, at tilsynet med filialer tilkommer finanstilsynet i den pågældende medlemsstat.

Kravet om, at der skal udarbejdes egentlige politikker på hvidvaskområdet, er først indført med 4. hvidvaskdirektiv, hvorfor der ikke er taget selvstændigt stilling til, hvilket lands tilsynsmyndigheder der måtte have ansvaret for politikker og dermed heller ikke for tilsynet med koncernpolitikker mv. på hvidvaskområdet i henhold til 3. hvidvaskdirektiv.

### 3. VURDERING

#### 3.1 Tilsynet med overholdelse af hvidvaskregler lokalt

Fordelingen af tilsynskompetence og -beføjelser i situationer, hvor en finansiel virksomhed har etableret filialer i andre medlemsstater er reguleret i detaljer i EU-direktiverne, når det kommer til f.eks. solvenstilsynet. En tilsvarende eksplicit regulering af ansvarsfordelingen er kommet noget senere på hvidvaskområdet og således først blevet meget eksplicit med 4. hvidvaskdirektiv.

Selv om 3. hvidvaskdirektiv ikke eksplicit regulerer kompetencefordelingen mellem nationale myndigheder, må konsekvensen af artikel 22, stk. 2, i 3. hvidvaskdirektiv imidlertid være, at hvis det er den stedlige finansielle efterretningsenhed, der skal modtage underretninger om overtrædelser af hvidvaskloven, må det tilsvarende være tilsynsmyndigheden i den medlemsstat, hvor en filial er beliggende, der er kompetent til at reagere over for filialens overtrædelser af den nationale hvidvasklovgivning.

Dette forhold fører efter min vurdering til, at tilsynskompetencen på hvidvaskområdet inden for rammerne af 3. hvidvaskdirektivet hører under tilsynsmyndigheden i den medlemsstat, hvor filialen er beliggende, dvs. værtslandet. Denne forståelse af direktivet ses også meget tydeligt gengivet i forarbejderne til den dagældende hvidvasklov fra 2006.

Tilsvarende er det min opfattelse, at ændringen til hvidvaskloven i 2012 som følge af implementeringen af 1. betalingstjensteddirektiv er i tråd med denne opfattelse af kompetencefordelingen. Denne tilføjelse til hvidvaskloven om, hvorledes tilsynet med en filial af betalingsinstitutter m.fl. skulle indrettes, havde således været overflødig, hvis ikke den hidtidige kompetencefordeling indebar, at filialtilsynet tilkom tilsynsmyndigheden i værtslandet.

Ved udarbejdelsen af 4. hvidvaskdirektiv er det tydeligt fremhævet i både præambelbetragtninger og direktivbestemmelserne, hvorledes henholdsvis et hjemlands og et værtslands tilsynsmyndigheder hver især er kompetente.

Navnlig fremhæves det, at værtslandets tilsynsmyndighed skal sikre den fornødne kontrol med overholdelse af hvidvasklovgivningen, blandt andet ved at foretage inspektioner på stedet. Dette er begrundet, i nødvendigheden af at jurisdiktionsområdet er den medlemsstat, hvor virksomheden i praksis udøves, hvilket vil sige værtslandet.

På baggrund af ovenstående gennemgang af 3. og 4. hvidvaskdirektiv samt den danske implementering af direktiverne er det derfor min vurdering, at det estiske finanstillsyn gennem hele den periode, der er genstand for Finanstillsynets afgørelse, har haft ansvaret for at føre tilsyn med Bankens estiske filials overholdelse af hvidvaskreglerne.

Denne  vurdering  af ansvarsfordelingen mellem det danske og estiske finanstilsyn understøttes af de to tilsyns fælles udtalelse af den 28. maj 2018.<sup>6</sup>

Det fremgår således af udtalelsen, at begge tilsynsmyndigheder er enige om, at udgangspunktet for pengeinstitutter med grænseoverskridende aktiviteter er, at den prudentielle tilsynsforpligtelse påhviler hjemlandets tilsynsmyndighed.

Samtidig er det beskrevet i den fælles udtalelse, at det fremgår af 4. hvidvaskdirektiv, at det er værtslandets tilsynsmyndighed, der bærer forpligtelsen til at føre tilsyn med en filials overholdelse af hvidvasklovgivningen, mens hjemlandets tilsynsmyndighed har ansvaret for at føre tilsyn med, at hvidvasklovgivningen overholdes på koncernniveau.

Der tages ikke i den fælles udtalelse stilling til, hvorvidt forholdene skulle anskues anderledes ved en vurdering efter 3. hvidvaskdirektiv. Som det fremgår ovenfor, er det min  vurdering , at det var den samme kompetencefordeling i relation til det konkrete tilsyn med filialer, der gjaldt med 3. hvidvaskdirektiv.

### **3.2 Tilsynet med overholdelse af koncernpolitikker mv.**

Der er som nævnt ovenfor ikke taget selvstændigt stilling til koncerntilsyn i 3. hvidvaskdirektiv, og spørgsmålet er derfor, om det danske finanstilsyn via sin koncerntilsynsforpligtelse over for bankens danske moderselskab på trods heraf var rette tilsynsmyndighed til at påtale brud på hvidvaskreglerne i den estiske filial.

Det er min  vurdering , at den overordnede ansvarsfordeling, som er gennemgående i både 3. og 4. hvidvaskdirektiv, er, at tilsynet med filialer på hvidvaskområdet hører til hos det stedlige finanstilsyn. Dette er i 4. hvidvaskdirektivs præambel, bemærkning 52 og 53, begrundet med, at der netop kræves et lokalt tilsyn for at kunne kontrollere konkrete overtrædelser af hvidvasklovgivningen.

Det fremhæves hér eksplicit, at det er det nationale tilsyn, som er rette myndighed, ligesom det fremhæves, at virksomheder er forpligtede til at overholde hvidvaskreglerne, i det land hvor deres filialer er beliggende. Der ses derfor ikke at være rum for, at det danske finanstilsyn også skulle kunne påtale konkrete overtrædelser foretaget af bankens estiske filial direkte over for banken selv. En sådan adfærd ville bryde med princippet om, at tilsynet med hvidvaskreglerne er territorialt, og ville indebære en dobbelt tilsynsforpligtelse for samme forhold.

Reglen om, at hjemlandets tilsyn er forpligtet til at føre tilsyn med filialers overholdelse af koncernpolitikker m.v., er først kommet med 4. hvidvaskdirektiv.

<sup>6</sup> "Joint Statement by the Estonian FSA and the Danish FSA", dateret 28. maj 2018. Udtalelsen er tilgængelig på Finanstilsynets hjemmeside.



En tilsvarende bestemmelse var således ikke gældende på tidspunktet for bankens overtrædelser af hvidvasklovgivningen via den estiske filial.

Spørgsmålet er dog, om det danske finanstilsyn desuagtet var forpligtet til at overvåge lovmedholdeligheden i danske pengeinstitutters udenlandske filialer, set ud fra et koncernperspektiv. Dette vurderes ikke at være tilfældet, idet 3. hvidvaskdirektiv ikke tildeler hjemlandets tilsynsmyndigheder en egentlig kompetence, hvorfor en aktiv handling fra hjemlandets myndigheder ikke ses at være krævet.

Det er på ovenstående baggrund min konklusion, at tilsynet med en filials overholdelse af hvidvaskreglerne henhører under det lokale finanstilsyn, dvs. værtslandets tilsynsmyndighed. I den konkrete sag indebærer det, at det er det estiske finanstilsyn, der bærer forpligtelsen til at kontrollere bankens estiske filials overholdelse af hvidvaskreglerne i Estland. Dette følger af hvidvaskreglernes territoriale afgrænsning. Det er samtidig efter 4. hvidvaskdirektiv det danske finanstilsyns forpligtelse som koncernansvarlig tilsynsmyndighed at kontrollere, at kravene til hvidvaskpolitikker mv. overholdes.

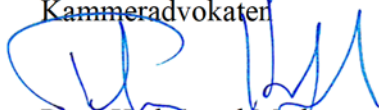
Såfremt det danske finanstilsyn måtte blive opmærksom på, at der på koncernniveau ikke var den fornødne overholdelse af hvidvaskreglerne, således at dette havde en afsmittende effekt på bankens udenlandske filialers overholdelse af reglerne, indebærer det en pligt for Finanstilsynet til at underrette den kompetente tilsynsmyndighed for den pågældende banks filial, jf. præambelbetragtning 52.

I forhold til den foreliggende hvidvasksag, som vedrører forhold, der har fundet sted i perioden *forud* for 4. hvidvaskdirektivs vedtagelse, indeholdt den daværende hvidvasklovgivning ikke en sådan koncerntilsynsforpligtelse for hjemlandets tilsynsmyndighed. Det danske finanstilsyn havde således ikke efter de daværende hvidvaskregler pligt til at påtale forhold, der angik bankens estiske filial, herunder i forhold til indholdet eller håndhævelsen af hvidvaskpolitikker mv.

Skulle en tilsvarende sag opstå i dag, vil Finanstilsynet som følge af sit koncerntilsyn være forpligtet til at underrette nationale tilsynsmyndigheder om koncernforhold, der kan påvirke udenlandske filialers overholdelse af de stedlige hvidvaskregler, såfremt Finanstilsynet måtte være i besiddelse af sådanne oplysninger.

København, den 19. december 2018

Kammeradvokaten



Peter Hedegaard Madsen

– Advokat, Partner (H)