

T-rank as
Bogstadveien 54
0366 OSLO
post@trank.no

Finanstilsynet
Revierstredet 3
0151 OSLO
post@finansilsynet.no

Oslo, 26/1-2022

Innspill - Oppdateringen av veilederen til hvitvaskingsloven

Finanstilsynet har annonsert at de ønsker innspill i forbindelse med en pågående oppdatering av Finanstilsynets veileder til hvitvaskingsloven.

T-rank oversender med dette våre innspill. Våre innspill er i sin helhet avgrenset til kapittel 4.5 som omhandler reelle rettighetshavere.

T-rank leverer tjenester som bl.a. benyttes til identifikasjon av reelle rettighetshavere. I Norge leveres våre tjenester i samarbeid med TietoEvry, internasjonalt i samarbeid med Moody's Analytics. Våre tjenester benyttes bl.a. av en majoritet av norske banker, BankID AML's kunder, de fleste av verdens største banker, offentlige myndigheter i en rekke land, advokatselskaper, revisjonselskaper og store internasjonale selskaper generelt.

Generelt om kapittel 4.5

Etter vår mening kan en revidert veileder i større grad fokusere på de skjønsmessige vurderinger som må legges til grunn når rapporteringspliktige skal avgjøre om en person er reell rettighetshaver. Lovens definisjonen av reell rettighetshaver er i utgangspunktet svært vid, og det er behov for avgrensninger. Veilederen kan med fordel utvides med gode eksempler som belyser problemstillinger rundt dette.

Dagens veileder vier mye plass til hvvl. § 14 første ledd. Dette kan feilaktig etterlate seg et inntrykk av at disse reglene skal benyttes for å avgjøre om en person er reell rettighetshaver.

Definisjon av reelle rettighetshavere til juridiske personer

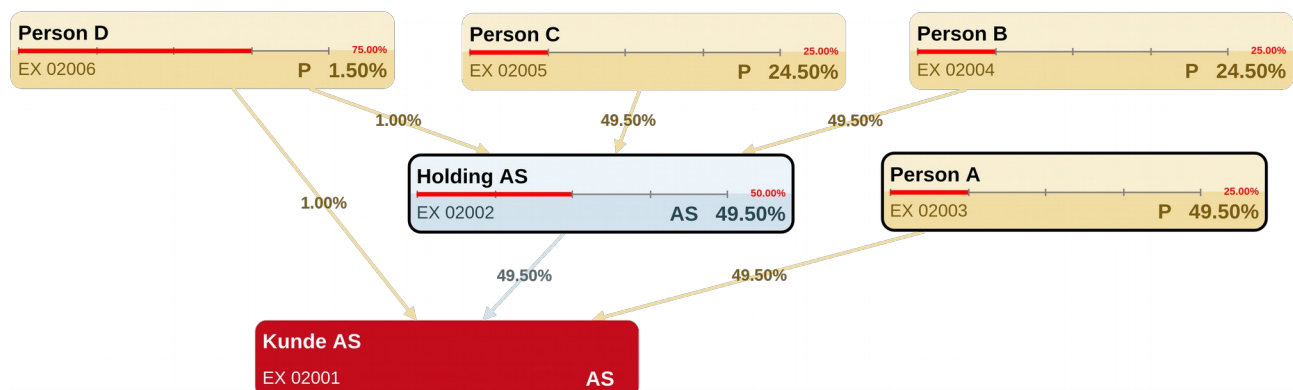
Som Finanstilsynet selv angir i veilederens kap. 4.5.2 er definisjonen av reell rettighetshaver angitt i hvvl. §2 e). I kap. 4.5.5.3 sies det videre at «Plikten er å avgjøre om det foreligger slik kontroll, noe som innebærer at avgjørelsen er vurderingsstyrt heller enn regelstyrt». Denne presiseringen drukner fort i et langt kapittel, og har i praksis vist seg å blitt oversett av mange rapporteringspliktige. Presiseringen kommer også i et avsnitt som omhandler indirekte eierskap, noe som kan lede leseren til å tro at presiseringen kun gjelder slike tilfeller.

Hvvl. §14 første ledd innledes med «Når kunden ikke er en fysisk person, en stiftelse eller et utenlandsk juridisk arrangement, skal rapporteringspliktige avgjøre om det er fysiske personer, alene eller sammen med nære familiemedlemmer, som...». Hvvl sier altså ikke at slike personer er reelle rettighetshavere. Representanter for lovgiver har også ved flere anledninger presisert at §14 første ledd ikke er en definisjon av reell rettighetshaver. §14 første ledd må derfor anses som en angivelse av hvor detaljert rapporteringspliktige, som et minimum, må kartlegge eierskapsforholdene til en juridisk person. Hvorvidt en fysisk person identifisert ved hjelp av denne paragrafen er en reell rettighetshaver eller ei blir dermed en vurdering av om vedkommende oppfyller definisjonen «i siste instans eier eller kontrollerer kunden». Dette gjelder naturligvis uansett om eierskap utøves direkte eller indirekte.

Hvvl's definisjon angir derved ingen vesentlighetsgrense for hvem som skal anses å være reell rettighetshaver. En slik vesentlighetsgrense er opplagt nødvendig. Det ville vært til stor hjelp for rapporteringspliktige om ny veileder vier en god del plass til dette gjennom drøfting og eksempler.

T-rank anser «eier»-delen av definisjonen som relativt enkel å forholde seg til. Etter forrige hvitvaskingslov og derigjennom etablert praksis har rapporteringspliktige blitt vant til å benytte integrert eierskap for å avgjøre størrelse på eierskapet. Dette er også et objektivt og entydig definert måltall på eierskap uten kjente svakheter. Integrert eierskap er også veletablert internasjonalt. Ut fra tradisjon, internasjonal praksis og hvvl §14 vil det være naturlig å sette en grense på «over 25%» integrert eierskap for at en person skal anses som reell rettighetshaver.

«Kontroll»-delen av definisjonen er langt vanskeligere å forholde seg til. «Prosentandel av stemmer» er i liten grad et bra måltall på innflytelse. En person som har 26% av stemmene i et selskap vil ha svært liten innflytelse dersom en majoritetsaksjonær innehar de resterende 74%. På den annen side kan en eier betraktes å ha de facto kontroll i selskapet dersom de resterende stemmene er spredt på et høyt antall småaksjonærer. Ved indirekte og kompliserte eierstruktur er det enda vanskeligere å vurdere en eiers innflytelse. Eksempelvis er det slik at *Person D* i figuren under, fra et matematisk utgangspunkt, er den suverent mest innflytelsesrike eieren i *Kunde AS* gjennom å inneha vippeposisjon direkte i selskapet og ved å ha vippeposisjon i en av eierne til selskapet (alle andre fysiske personer må gå sammen for å kunne stemme ned *Person D* dersom en avgjørelse skal fattes med simpelt flertall).



Her er det opplagt behov for en grenseoppgang – hva vil det si å «i siste instans kontrollere kunden» i den grad at vedkommende skal anses som reell rettighetshaver.

I diskusjonen over har vi forutsatt enkle situasjoner der det bare er én aksjeklasse og ingen andre kompliserende forhold. Rapporteringspliktige må opplagt, som også påpekt i eksisterende veileder, ta hensyn til aksjeklasser med ulike rettigheter, aksjonæravtaler, vedtekter mv.. Ny veileder bør eksemplifisere typiske eksempler på problemstillinger, og drøfte hvordan rapporteringspliktige skal forholde seg til slike situasjoner. Eksempler på slike situasjoner er:

1. Personer som gjennom opsjoner, konvertible lån el. kan komme til å passere grensen for reelt eierskap dersom opsjoner utøves/lån konverteres.
2. Hva om det i en situasjon som angitt i 1) kreves et usannsynlig scenario der kun en person eller noen få personer utøver opsjon/rett til konvertering for at vedkommende skal passere grensen?
3. Skal typiske aksjonæravtale-klausuler som drag-along hensynstas? Mer generelt, ved hvilke typer transaksjoner er det vesentlig at en person har innflytelse for at vedkommende skal sies å kontrollere kunden?
4. En aksjeklasse kan i enkelte tilfeller i realiteten kun være rentepapirer uten stemmerett, utbytterett eller rett til avkastning ihht. salgspris. Skal slike aksjer telles med når eierskap til kunden vurderes? I et selskap med svært negativ utvikling, skal preferanseaksjer vurderes annerledes enn ordinære aksjer?

Nære familiemedlemmer

Dagens veileder inneholder gode presiseringer på dette punktet, både når det gjelder at alle i en gruppering av nære familiemedlemmer skal registreres som reell rettighetshaver og at andre relasjoner enn de som listet i hvvl. i enkelte tilfeller bør vurderes.

Problemstillinger som oppstår av at en person inngår i forskjellige familier burde vært diskutert. Eksempelvis er det slik at svigerbarn i hvvl. er definert som nær familie, men ikke svigerforeldre (definisjonen er ikke refleksiv). Videre er barnebarn / besteforeldre ikke definert som nær familie (definisjonen er ikke transitiv). Ved en strikt tolkning av loven er det derfor slik at hvis en persons mor eier 20% (2000 aksjer) og hans datter eier like mye, mens hen ikke har noen aksjer. er disse ikke i nær familie og betraktes dermed ikke som reelle rettighetshavere selv om de tilsammen eier 40%. Eier imidlertid mor 13% (1300 aksjer), datter det samme og hen 1 aksje har familien nå tilsammen 26% og alle blir reelle rettighetshavere siden de alle er i den nære familien til hen.

Generelt bør det vurderes å angi en vesentlighet for at reelt eierskap som følge av familierelasjoner skal vurderes. Dersom person X, via sitt 100% eide holdingselskap FirmaX eier 20% av kunden og person Y via sitt 100% eide holdingselskap FirmaY eier 40%, kontrollerer X og Y sammen over 50% av aksjene i kunde og det er rimelig å anse begge to som reelle rettighetshavere dersom de er ektefeller (dette til tross for at Y er reell rettighetshaver alene, noe som ikke er omhandlet i hverken lov eller veileder).

I en situasjon der en person A eier 1 aksje i Equinor ASA, som så eier 10% av et såkorn-fond, som igjen eier 5% av et gründer-selskap, samtidig som Person A's samboer er en av gründerne i dette selskapet og eier 26%, synes det urimelig at person A skal registreres som reell rettighetshaver. Ikke

bare er eierskapet ytterst marginalt, det vil også innebære en uoverkommelig oppgave for de rapporteringspliktige. I en slik eierstruktur vil det minst være opp mot 100.000 fysiske personer. Antall mulige par å sjekke for familierelasjoner blir dermed i størrelsesorden 5×10^9 .

Eksempler

Dagens veileder inneholder 2 enkle eksempler. Eksempelene fokuserer på § 14 første ledd. Vi mener det er større behov for eksempler som drøfter hvorvidt eierne faktisk er reelle rettighetshavere.

Det første eksempelet har overskrift «Eksempel på direkte kontroll». Eierskapet her er imidlertid en kombinasjon av direkte og indirekte eierskap. Videre konkluderes med at her bør det ses på Person A's faktiske innflytelse i Kunde AS, jf. § 14 første ledd e).

Vi sier oss enige i at man bør se på Person As faktiske innflytelse. Imidlertid er det slik at Person A har et integrert eierskap på 26% i Kunde AS og dermed uansett bør betraktes som reell rettighetshaver. Det kan også bemerkes at Person A oppfyller hvvl. §14 første ledd andre punktum fordi AS X ihht. §14 er kontrollert av A og at A og AS X sitt eierskap i Kunde AS dermed skal betraktes samlet (30%).

I det andre eksempelet benytter veilederen § 14 første ledd e) til å bestemme at Person A er reell rettighetshaver. Som tidligere diskutert er § 14 første ledd ikke en definisjon av reelle rettighetshavere. Videre er det slik at hvis man skal anvende § 14 første ledd så følger det direkte av andre punktum at Person A oppfyller kriteriene siden alle de mellomliggende selskapenes er kontrollert av person A, og at disses direkteeierskap (sammen med A's eventuelle direkteeierskap, som her ikke foreligger) skal betraktes samlet.

Når det ikke finnes reelle rettighetshavere

Dagens veileder fastslår at «I slike tilfeller skal man innhente opplysninger om, og registrere, daglig leder og styremedlemmene som reelle rettighetshavere». Dette finnes det ikke dekning for i hvvl, og dette var heller ikke intensjonen til lovgiver. Hvvl. sier derimot «...kan opplysninger om styret og daglig leder eller tilsvarende innhentes».

Generelt er det flere punkter i veilederen som kan skape et inntrykk av at det er viktigere å finne minst en reell rettighetshaver i et selskap enn det er å identifisere om det er personer som i vesentlig grad eier eller kontrollerer kunden. Poenget med å identifisere reelle rettighetshavere er å identifisere om det er personer rapporteringspliktige skal være særlig oppmerksomme mot mhp. ulike transaksjoner som involverer dem og selskapet. Hvorvidt et slikt forhold foreligger påvirkes ikke av hvorvidt andre slike personer forekommer eller ikke.

Register over reelle rettighetshavere

I første avsnitt i kapittel 4.5.6 presiseres det fornuftig at «Dette kan imidlertid ikke være det eneste tiltaket.» Siden alle eksisterende register over reelle rettighetshavere er basert på egendeklarasjon fra selskapene ville det være inkonsekvent om opplysningene ikke skulle måtte kryss-sjekkes opp mot andre kilder. Denne andre kilden kan da ikke kan være egendeklarasjon fra kunde.

Lengre ned i samme kapittel kommer formuleringen «En risikobasert tilnærming tilsier at det ikke må søkes ytterligere bekreftelser i tilfeller med lav eller normal risiko der en person møter den norske definisjonen, men ikke definisjonen i det det land registeret tilhører. Ved høyere risiko bør

det innhentes annen dokumentasjon utover kundeerklæring når personen ikke er å få finne i det aktuelle registeret.» Dette avsnittet er vanskelig å forstå. Det kan synes som om man tilfeller med lav risiko kan basere seg på kun egenerklæring i de tilfeller vi har å gjøre med et utenlandsk selskap. Videre er det i utgangspunktet et større problem hvis et utenlandsk register inneholder en reell rettighetshaver en ikke har identifisert enn vica versa.

Dokumentasjon

Finanstilsynet har i tilsynsrapporter etterlyst dokumentasjon, eksempelvis konsernkart, som ikke er spesifikt nevnt i veilederen. I den grad Finanstilsynet krever spesifikk dokumentasjon bør det også angis i veilederen.

Avsluttende kommentarer

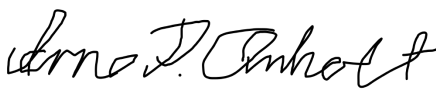
Vi kjenner til flere rapporteringspliktige som, av frykt for bøter fra Finanstilsynet, mot bedre vitende har valgt å legge § 14 slavisk til grunn for identifisering av reelle rettighetshavere. Dette har til dels skjedd etter dialog med Finanstilsynet.

Hvis anti-hvitvaskingsarbeidet til rapporteringspliktige mer styres av frykt for bøter enn motivasjon for å gjøre et best mulig anti-hvitvaskingsarbeid er på sikt ikke bra. For mange rapporteringspliktige vil da mye av dette arbeidet framstå som noe som må gjøres for reglenes skyld snarere enn et viktig arbeid man bør gjøre for å forhindre terrorfinansiering og hvitvasking.

En revidert veileder bør fokusere mer på hva som ligger til grunn for at reelle rettighetshavere skal identifiseres og derigjennom skape en forståelse for hvem som bør utpekes.

Dersom Finanstilsynet skulle ønske bistand fra T-rank i forbindelse med utarbeidelse av ny veileder, kan T-rank være villig til å bistå.

Oslo, 26/1-2022

X 

Arne Petter Omholt
CEO

X 

Svein Parnas
CTO