

Vägledning i fråga om borgensmän och tredjemanspansättare är kunder enligt penningtvättsregelverket

Öppen konsultation juni 2020

UTKAST

Innehållsförteckning

| | |
|--|---|
| 3 Är borgensmän och tredjemanspansättare kunder enligt penningtvättsregelverket? | 3 |
| Sammanfattning | 3 |
| Borgensåtagande | 3 |
| Är borgensmannen kund?..... | 3 |
| Penningtvättslagens definition av "kund" | 3 |
| Vad innebär borgensmannens åtagande ur ett penningtvättsperspektiv? | 4 |
| Kan en avtalsförbindelse ändå uppkomma med borgensmannen? | 4 |
| Riskbedömning av kunden/gäldenären när borgensman engageras | 5 |
| Bör åtgärder vidtas beträffande borgensmannens betalningar? | 5 |
| Tredjemanspansättning | 6 |
| Är tredjemanspansättaren kund? | 6 |

Simpts vägledning har tagits fram av sju organisationer i finansbranschen och deras medlemmar. Den utgår från medlemmarnas behov av vägledning och är inte avsedd att vara heltäckande.

Vägledningen beskriver hur branschen tolkar och tillämpar penningtvättsregelverket i aktuella delar.

Vägledningen ersätter inte lagar, föreskrifter och andra rättskällor. Dessa måste alltid beaktas och tillämpas i förekommande fall.

Det finns inte någon skyldighet att använda vägledningen. Den som använder vägledningen måste alltid göra bedömningen om vägledningen är tillämplig i det enskilda fallet.

Denna del av vägledningen är branschgemensam. Den är relevant för alla verksamhetsutövare, om inte annat anges. Vägledningen ska läsas tillsammans med och kompletterar den grundläggande vägledningen om kundkännedom. Rubriknumreringen motsvarar numreringen i den grundläggande vägledningen.

I denna del av vägledningen hänvisas bl.a. till lagen (2017:630) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism (penningtvättslagen).

3 Är borgensmän och tredjemanspansättare kunder enligt penningtvättsregelverket?

Sammanfattning

Enligt den bedömning som görs är slutsatsen att en borgensman eller tredjemanspansättare inte är kunder enligt penningtvättsregelverket, så länge som något avtal inte träffas utöver vad som redan gäller enligt borgensåtagandet eller pantsättningen och verksamhetsutövarens överenskommelse med gäldenären.

Borgensåtagande

Ett borgensåtagande kan avse enkel borgen (10 kap. 8 § handelsbalken) eller proprieborgen (10 kap. 9 § handelsbalken). Enkel borgen innebär att borgenären i första hand ska kräva gäldenären på betalning. Proprieborgen innebär att borgenären kan välja vem av gäldenären och borgensmannen som i första hand ska krävas på betalning. Inom den finansiella sektorn förekommer proprieborgen betydligt oftare än enkel borgen.

Är borgensmannen kund?

Penningtvättslagens definition av "kund"

Kund är den som har trätt eller står i begrepp att träda i avtalsförbindelse med verksamhetsutövaren (1 kap. 8 § punkten 4 penningtvättslagen). Begreppet kund omfattar personer som etablerar en affärsförbindelse med en verksamhetsutövare och de som ingår avtal av mer tillfällig karaktär, men även personer som avser att ingå en affärsförbindelse eller endast avtalsförbindelse med verksamhetsutövaren (jämför prop. 2016/17:173 s. 188).

Vad innebär borgensmannens åtagande ur ett penningtvättsperspektiv?

Ett borgensåtagande involverar tre parter; gäldenären, borgenären och borgensmannen. Gäldenären eller den blivande gäldenären är kund hos borgenären, dvs. verksamhetsutövaren. Säkerheten i form av borgensåtagandet erbjuds borgenären och är normalt sett en förutsättning för att krediten ska beviljas. Borgensåtagandet består vanligtvis i att en skriftlig försäkran om åtagandet tecknas på lånehandlingen eller överlämnas till borgenären på annat sätt. Borgenärens motprestation utgörs av den kredit som beviljas och utbetalas till gäldenären.

Borgenären är under borgensåtagandets giltighetstid skyldig att i viss utsträckning se till att borgensmannens möjlighet till regress inte försämras. I det sammanhanget är borgenären också skyldig att i vissa fall lämna information till borgensmannen. Det kan uttryckas så att borgenären ska iakttä en viss grad av aktsamhet. Det innebär att borgensåtagandet i någon utsträckning är föremål för motprestationer från borgenärens sida i förhållande till borgensmannen. Borgensmannens motprestation består i betalningsåtagandet och, när detta aktualiseras, att betala. Det kan därför sägas att det föreligger ett kontraktsförhållande (d.v.s. en avtalsförbindelse) mellan borgensmannen och borgenären/verksamhetsutövaren som innefattar ömsesidiga förpliktelser (jämför NJA 1992 s. 351, NJA 1993 s. 163 och NJA 1994 s. 381), vilket skulle medföra att borgensmannen ska anses vara kund till verksamhetsutövaren i penningtvättslagens mening.

Borgensåtagandet bör dock primärt ses som en säkerhet som ställs för gäldenärens räkning inom ramen för gäldenärens affärsförbindelse med verksamhetsutövaren. Borgenären beviljar krediten under förutsättning att den säkerhet som gäldenären erbjuder kan accepteras. Borgensmannens förpliktelse i förhållande till borgenären är normalt sett av benefik natur och borgenärens förpliktelser mot borgensmannen inskränks till att avse krav på aktsamhet i vissa avseenden. Visserligen innebär detta att det uppkommer ett kontraktsförhållande mellan borgenären och borgensmannen, men detta är inte en följd av att någon egentlig överenskommelse har träffats mellan dessa parter. Borgensåtagandet grundar sig i stället ytterst på att borgenären har accepterat den säkerhet som gäldenären har erbjudit. Inslaget av avtalsförhållande mellan borgenären och borgensmannen bedöms därför inte vara av sådan art att det bör medföra att borgensmannen ska anses vara kund till verksamhetsutövaren i penningtvättslagens mening. Det innebär att åtgärder för kundkännedom inte ska vidtas beträffande borgensmannen. Det gäller även i de fall åtagandet infrias, så länge något avtal utöver vad som redan gäller mellan verksamhetsutövaren och gäldenären inte träffas mellan verksamhetsutövaren och borgensmannen.

Kan en avtalsförbindelse ändå uppkomma med borgensmannen?

Det kan uppstå situationer när borgensmannen blir kund till verksamhetsutövaren. Grundprincipen bör vara att avtal, som träffas utöver vad som redan gäller enligt borgensåtagandet och överenskommelser med gäldenären, medför att borgensmannen ska betraktas som kund till verksamhetsutövaren. Ett exempel är när borgensmannen inte kan betala/infria sitt åtagande och därför träffar ett avtal med verksamhetsutövaren för att lösa gäldenärens skuld, t.ex. genom ett separat lån eller i form av utökad betalningsfrist eller avbetalningsplan. Undantag bör dock gälla om borgenären agerar ensidigt, t.ex. ensidigt förlänger betalningsfristen med syfte att ge borgensmannen praktiska möjligheter att betala.

Riskbedömning av kunden/gäldenären när borgensman engageras

Borgensmannen är inte kund enligt penningtvättsregelverket och åtgärder för kundkännedom vidtas därför inte beträffande borgensmannen. Relationen mellan gäldenären och borgensmannen har dock betydelse för riskbedömningen av kundrelationen mellan verksamhetsutövaren och gäldenären.

Åtgärder vidtas i fråga om borgensmannen inom ramen för kreditgivningsprocessen och för att bedöma värdet av den säkerhet som borgensåtagandet utgör. I samband med att dessa åtgärder vidtas kan verksamhetsutövaren vidta åtgärder för att utreda kopplingen mellan gäldenären och borgensmannen, så att det finns en godtagbar förklaring till borgensåtagandet, dvs. till att borgensmannen ställer säkerhet för gäldenärens kredit. Inom ramen för dessa utredningar kan en indikation ges i fråga om medlens ursprung, i vart fall när borgensåtagandet ingås. Verksamhetsutövaren behöver förstå vad det är för medel som är avsedda att användas vid ett infriande av borgensåtagandet och bedöma huruvida förmågan att infria åtagandet kommer att bestå. När det t.ex. gäller frågan om medlens ursprung är det av särskilt intresse om det kan misstänkas att medlen härrör från brott, oavsett om de bedöms tillräckliga för att betala skulden. Möjligheten till betalning från borgensmannen utgör en av gäldenärens alternativa betalningskällor.

Den information som framkommer om borgensmannen kan komma att påverka riskbedömningen av kunden/gäldenären enligt penningtvättsregelverket. Enligt penningtvättslagen ska verksamhetsutövaren bestämma kundens riskprofil. Riskprofilen ska följas upp under pågående affärsförbindelse och ändras när det finns anledning till det. Verksamhetsutövaren ska också övervaka kundens transaktioner och andra aktiviteter. Riskbedömningen av gäldenären och övervakningen bör omfatta den risk som säkerheten/borgensåtagandet medför för verksamhetsutövarens förbindelse med gäldenären. Detta bör gälla under hela åtagandet och hanteras riskbaserat inom ramen för affärsförbindelsen med gäldenären. Om en avvikelse eller misstänkt aktivitet eller transaktion uppmärksammas med koppling till borgensmannen och det finns skälig grund att misstänka penningtvätt eller finansiering av terrorism, rapporteras detta enligt 4 kap. 2 § penningtvättslagen och bör hanteras som något som har skett inom ramen för affärsförbindelsen med gäldenären.

Bör åtgärder vidtas beträffande borgensmannens betalningar?

En betalning/transaktion som borgensmannen gör utan att några särskilda överenskommelser träffas mellan verksamhetsutövaren och borgensmannen innebär inte att borgensmannen blir kund till verksamhetsutövaren enligt penningtvättsregelverket (se avsnitten under rubriken Vad innebär borgensmannens åtagande ur ett penningtvättsperspektiv och rubriken Kan en avtalsförbindelse ändå uppkomma mellan verksamhetsutövaren och borgensmannen).

Om borgensmannen betalar skulden, bör betalningen hanteras riskbaserat motsvarande andra betalningar som görs av tredje parter, vilka kan öka risken som är förknippad med kunden (jfr Esas Riktlinjer om riskfaktorer, JC 2017 37, punkt 98, som handlar om betalningar från tredje parter som vare sig är förknippade med produkten eller har identifierats på förhand). Betalningen kan därför komma att innebära att skärpta åtgärder för kundkännedom behöver vidtas beträffande gäldenären. Åtgärderna skiljer sig i regel inte från de åtgärder som vidtas i andra fall när det krävs skärpta åtgärder för kundkännedom.

https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Guidelines%20on%20Risk%20Factors_SV_04-01-2018.pdf

I de fall det blir aktuellt att rapportera transaktionen (en betalning enligt åtagandet) enligt 4 kap. 2 § penningtvättslagen, bör detta hanteras inom ramen för affärsförbindelsen med gäldenären.

Tredjemanspansättning

Tredjemanspant är inte särskilt reglerat i svensk rätt. I olika situationer är det därför nödvändigt att välja mellan reglerna för pant och reglerna för borgen (Walin m.fl., Borgen och tredjemanspant, 4 uppl. 2013, s. 304). En tredjemanspansättning fungerar i väsentliga hänseenden på samma sätt som ett beloppsbegränsat borgensåtagande. En väsentlig skillnad mellan tredjemanspant och borgen är att pantsättaren gentemot borgenären har åtagit sig att svara endast med den pantsatta egendomen, medan borgensmannens ansvar är personligt och kan göras gällande i hela dennes förmögenhet (se NJA 2000 s. 667).

Är tredjemanspansättaren kund?

En tredjemanspansättare bedöms inte vara kund enligt penningtvättsregelverket enligt den princip som bedöms gälla beträffande borgensman. Samma överväganden och resonemang som gör sig gällande beträffande borgensmän, gäller även i fråga om tredjemanspansättare. Vid tredjemanspansättning är dock säkerheten kopplad till ett objekt/den pantsatta egendomen i stället för till en person, som är fallet vid ett borgensåtagande. Verksamhetsutövarens åtgärder för att bland annat bedöma värdet på säkerheten kan därför skilja sig åt från de åtgärder som vidtas när säkerheten utgörs av en borgen. Den svagare kopplingen till person kan göra att det finns anledning att betrakta risken för penningtvätt och finansiering av terrorism som lägre än vid borgensåtaganden, men det behöver inte alltid vara fallet.