

Terskelen for rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven § 26.

Kandidatnummer: 32

Antall ord: 10995



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

Universitetet i Bergen

10.12.2019

Innhold

1. Innledning	4
1.1 Aktualitet og problemstilling	4
1.2 Metode.....	5
1.3 Begrepsavklaring og sentrale institusjoner	6
1.3.1 Hvitvasking som begrep i hvitvaskingsloven og EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv ...	6
1.3.2 FATF.....	7
1.3.3 FIU, EFE og MT-rapporter	7
1.4 Avgrensninger.....	7
1.5 Veien videre.....	8
2. Om hvitvasking: opphav, utvikling og sentrale hensyn	9
2.1 Introduksjon.....	9
2.2 Opphav og utvikling	9
2.3 Sentrale hensyn.....	10
3. Om systemet i hvitvaskingsloven	13
3.1 Introduksjon.....	13
3.2 EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv.....	14
3.2.1 Undersøkelses- og rapporteringsplikten i EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv.....	15
3.3 Undersøkelsesplikten i den nye hvitvaskingsloven.....	15
3.4 Særlig om den risikobaserte tilnærmingen.....	16
3.5 Oppsummering av de forhold som påvirker rapporteringsplikten.....	17
4. Rapporteringsplikten etter hvitvaskingsloven § 26	19
4.1 Introduksjon.....	19
4.2 Mistankekravet i rapporteringsplikten.....	19
4.3 «Forhold» som danner grunnlag for mistanke	25
4.4 Hva skal inngå i MT rapport.....	29
5. Avsluttende bemerkninger	31
6. Referanseliste	34
6.1 Litteratur:	34
6.2 Artikler:.....	34
6.3 Lover	35
6.4 Forarbeider:.....	35

1. Innledning

1.1 Aktualitet og problemstilling

Ved vedtakelsen av EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv i 2015 økte behovet for en ny nasjonal hvitvaskingslov. Den 15 oktober 2018 trådte ny hvitvaskingslov i kraft.¹ Et nytt aspekt ved loven er at den åpner for å ilegge administrative sanksjoner mot rapporteringspliktige virksomheter som ikke overholder nærmere bestemte plikter. Det følger av hvitvaskingsloven (hvvil.) § 49 første ledd siste punkt. at overtredelsesgebyr kan ilegges et foretak selv om ingen enkeltpersoner har utvist skyld. Santander Consumer Bank AS og Komplett Bank ASA ble ved vedtak fattet 28.06.19² og 04.07.19³ ilagt overtredelsesgebyrer på henholdsvis 9 og 18 millioner kroner av Finanstilsynet. Etter at det sommeren 2018 ble avslørt at Danske Bank og Swedbank var involvert i større hvitvaskingsoperasjoner har aksjekursen deres sunket mellom 30 og 50 prosent.⁴ DNB er i disse dager i hardt vær for å ha sluset penger fra det islandske fiskeriselskapet Samherji til skatteparadiser, og videre til Nambia, der det mistenkes at pengene blant annet er brukt til korrupsjonshandlinger.⁵ I dagene etter at Økokrim startet etterforskning av DNB falt verdien av aksjene med rundt 15 milliarder norske kroner.⁶ Det er dermed ikke tvilsomt at manglende overholdelse av hvitvaskingsloven kan koste dyrt, både i form av sanksjoner, og ved tap av omdømme.

Rapporteringspliktige skal oversende opplysninger om «forhold som gir grunnlag for mistanke om hvitvasking eller terrorfinansiering» til Økokrim, jf. hvvl. § 26 første ledd første punkt. En slik skjønnsbasert vurdering er godt egnet til å skape forvirring når rapporteringsplikten gjelder for langt flere yrkesgrupper enn advokater. Manglende overholdelse av § 26 kan i ytterste konsekvens straffes med fengsel inntil 1 år, jf. § 51. Sammenholdt med de nyinnførte administrative sanksjonene som kan ilegges bedrifter er det sterke insentiver for å rapportere for mye heller enn for lite. Det totale antallet rapporteringer har mer enn doblet seg fra 2015 til 2018,⁷ der særlig banker og virksomheter for betalingsformidling er de to store pådriverne bak økningen. De største aktørene opererer gjerne også med utenlandske filialer, og en «best practice» tilnærming til antihvitvasking.⁸ En nærmere klargjøring av terskelen for rapporteringsplikt kan dermed være et viktig steg mot en effektivisering av den struktur og de ressurser som benyttes i kampen mot hvitvasking i inn- og utland.

¹ Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)

² Finanstilsynet, vedtak I (2019)

³ Finanstilsynet, vedtak II (2019)

⁴ Klevstrand (2019)

⁵ Iversen (2019)

⁶ Sættem (2019)

⁷ Økokrim (2018), Statistikk MT-rapporter

⁸ Rui (2012), s. 241

Hovedproblemstillingen for denne oppgaven er derfor å klargjøre terskelen for når rapporteringsplikten inntreffer etter hvitvaskingsloven § 26.

1.2 Metode

Oppgaven benytter en rettsdogmatisk tilnærming til rapporteringsplikten. Det innebærer at det er den reelle rettstilstanden som forsøkes klarlagt. Formålet med oppgaven er å presisere hva som utgjør en slik mistanke at rapporteringsplikten utløses etter hvvl. § 26, og dermed presisere en relativt uavklart rettstilstand.

Med dette følger en særlig utfordring ved at hvitvaskingsloven er forholdsvis ny, og at det derfor er skrevet lite rundt loven generelt, og rapporteringsplikten spesielt. Det som er skrevet om hvitvaskingsloven i juridisk teori knytter seg til hvitvaskingsloven av 2003 eller 2009. Det eksisterer heller ikke relevant rettspraksis fra Høyesterett, verken vedrørende den nye eller gamle hvitvaskingsloven. Dette byr på utfordringer, da oppgaven reiser spørsmål knyttet til et forholdsvis lovtomt området med få rettskilder.

Konsekvensen av at det finnes så få rettskilder å trekke informasjon fra blir derfor at det vies mye oppmerksomhet til lovforarbeidene. Videre blir det nødvendig å bruke hensyn og formål ved loven aktivt i den nærmere forståelsen av terskelen for rapporteringsplikt.

Siden loven er basert på EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv (heretter direktivet) blir dette en sentral kilde. Det er derfor nødvendig å si noe om direktivtolkning for å kunne fastslå direktivets vekt i den nærmere forståelsen av rapporteringsplikten. Etter EØS-avtalen⁹ art. 7 bokstav b er en «rettsakt som tilsvarende et EØF-direktiv» bindende for Norge, men at det er opp til myndighetene å bestemme «formen og midlene for gjennomføringen». Tilsvarende formulering er å finne i Treaty on the Functioning of the EU¹⁰ artikkel 288 tredje ledd, der det fremgår at et direktiv «shall be binding, as to the result to be achieved». Likevel er pliktene etter direktivet minstekrav.¹¹ Det er dermed opp til Norge å avgjøre hvor den nærmere terskelen for rapporteringsplikten skal gå enn så lenge den er egnet til å realisere de formål og oppnå de resultater som direktivet søker.

⁹ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

¹⁰ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Consolidated version 2016, (EN 2016/C 202/01)

¹¹ NOU 2016: 27, s. 34

Videre bygger både direktivet og den norske hvitvaskingsloven i stor grad på de 40 anbefalingene fra Financial Action Task Force (FATF).¹² Anbefalingene er å anse som soft-law siden de ikke har bindende virkning.¹³ De har likevel stor faktisk betydning, og det fjerde hvitvaskingsdirektivet bygger i likhet med de tidligere direktivene på FATFs anbefalinger.¹⁴ Anbefalingene fra FATF vil dermed kunne være relevante for forståelsen av hvvl. § 26, selv om de ikke har noen rettskildemessig vekt.

1.3 Begrepsavklaring og sentrale institusjoner

I dette delkapittelet skal det introduseres noen sentrale begreper og institusjoner som det er hensiktsmessig å knytte noen bemerkninger til før de beskrives og anvendes mer inngående videre i oppgaven.

1.3.1 Hvitvasking som begrep i hvitvaskingsloven og EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv

Ved hvitvaskingsloven av 2018 ble det inntatt en legaldefinisjon av hvitvasking i § 2 bokstav a. Etter loven skal de samme handlinger som er beskrevet i straffeloven §§ 332 og 337 være å anse som hvitvasking. Det er dermed hvitvasking i lovens forstand å motta, eller skaffe seg selv eller andre, eller yte bistand til å sikre «utbytte fra en straffbar handling», jf. § 337 smh. § 332. Det skiller dermed ikke mellom heleri og hvitvasking. Også selvvasking, som er kriminalisert etter § 337 annet ledd, omfattes av det mer vidtrekkende hvitvaskingsbegrepet etter hvitvaskingsloven. Utbyttebegrepet må forstås vidt, og omfatter blant annet aksjer, fordringer, finansielle instrumenter og immaterielle rettsgoder.¹⁵ De rapporteringspliktige kan legge til grunn at «all befatning med midler som er utbytte av straffbar handling» utgjør hvitvasking etter loven.¹⁶

Direktivet benytter på sin side ikke begrepet «money laundering» i relasjon til rapporteringsplikten. Det følger av direktivet at rapportering skal skje dersom «funds (...) are the proceeds of criminal activity», jf. art. 33 nr. 1 bokstav a. Etter direktivet er det kun befatning med utbytte fra enkelte primærlovbrudd som konvensjonslandene er forpliktet til å definere som hvitvasking, men ettersom norsk strafferett definerer hvitvasking som utbytte fra enhver straffbar handling,¹⁷ kan begrepet benyttes også i relasjon til rapporteringsplikten i hvvl. § 26. Handlingene som beskrives i art. 33 nr. 1

¹² Rui (2012), s. 85 og 236

¹³ Rui (2012), s. 87

¹⁴ NOU 2016: 27, s. 15

¹⁵ Høgberg (2008), s. 37

¹⁶ NOU 2016: 27, s. 28. Se også Finanstilsynet: Veileder til hvitvaskingsloven, rundskriv: 8/2019, s. 7.

¹⁷ NOU 2016: 27, s. 27.

bokstav a vil også utgjøre hvitvasking etter hvitvaskingsloven. Av pedagogiske hensyn vil begrepet «hvitvasking» benyttes også når handlingene i direktivet beskrives, selv om dette har et snevrere anvendelsesområde enn det som følger av norsk rett.

1.3.2 FATF

Financial Action Task Force ble opprettet av G7 i 1989 for å bekjempe hvitvasking. Norge har vært medlem i FATF siden 1991,¹⁸ og anbefalingene fra FATF danner rammeverket for en internasjonal innsats mot hvitvasking og terrorfinansiering.¹⁹

1.3.3 FIU, EFE og MT-rapporter

Alle medlemsland er pålagt å opprette en Financial Intelligence Unit (FIU), jf. direktivets artikkel 32 (1). I Norge er dette lagt til Enheten for finansiell etterretning (EFE), som er underlagt Økokrim.²⁰ For de tilfeller der det foreligger rapporteringsplikt skal de rapporteringspliktige melde fra om forholdet ved å sende en «rapport om mistenkelig transaksjon» (MT-rapport). MT-rapporter er ikke anmeldelser, men etterretningsinformasjon.²¹ Det er EFE som mottar MT-rapportene fra de rapporteringspliktige.

1.4 Avgrensninger

Oppgaven avgrenses til å behandle hvvl. § 26 første ledd første punktum, da det er der mistankekravet for rapporteringsplikten fremgår. Avgrensningen innebærer at de nærmere opplysningene som skal oversendes Økokrim ved forespørsel etter annet punktum, den personlige rapporteringsplikten (annet ledd), advokaters opplysningsplikt (tredje ledd), rekkevidden av taushetsplikten (fjerde ledd) og departementets anledning til å angi forskrifter (femte ledd), ikke blir behandlet i oppgaven. Dette blir en naturlig avgrensning da disse punktene ikke påvirker terskelen for rapporteringsplikt etter første punktum.

¹⁸ Ot.prp nr 3 (2008-2009), s. 12

¹⁹ Prop.40 L (2017–2018), s. 7

²⁰ Økokrim (2017) Enheten for finansiell etterretning (EFE)

²¹ Økokrim (2018) Når skal det rapporteres?

Videre vil det avgrenses mot terrorfinansiering. Selv om rapporteringsplikten fremgår av § 26 for både hvitvasking og terrorfinansiering, er det flere forskjeller som gjør det lite praktisk å behandle de to under ett når den nærmere terskelen skal fastsettes. Mest iøynefallende er de vidt forskjellige formålene bak de to fenomenene. Mens hvitvasking skal skjule pengers opphav, skal terrorfinansiering skjule hvor midler er på vei, og hva de skal brukes til.²² Det har som konsekvens at en risikobasert tilnærming til hvitvasking vil være klart forskjellig fra en risikobasert tilnærming til terrorfinansiering.²³ Selv om den nærmere terskelen i § 26 vil være den samme for begge fenomener vil fokuset i denne oppgaven være rettet mot terskelen for rapporteringsplikt der mistanken gjelder hvitvasking.

1.5 Veien videre

Fenomenet hvitvasking er et felt med store mørketall, og det er generelt vanskelig å være sikker på omfanget av hvitvaskingshandlinger. Det er en krevende prosess å fastslå eksempelvis om lave domfellelser skyldes lite kriminalitet eller et ineffektivt system. Et komplekst emne fordrer muligens et komplekst lovverk, for hvitvaskingsloven er så visst et komplekst system der den rapporteringspliktige pålegges en rekke plikter og rutiner der den ene kan påvirke utøvelsen av den andre. For å konkretisere terskelen for rapporteringsplikt er det derfor nødvendig å se helhetlig på hvitvaskingsloven, for deretter å se nærmere på de særlige pliktene som kan påvirke rapporteringsplikten. I kapittel 2 skal det først ses til opphavet og utviklingen av fenomenet hvitvasking, før de sentrale hensynene som gjør seg gjeldende på rettsområdet belyses. Kapittel 3 er viet til systemet i hvitvaskingsloven. Der er temaet en nærmere gjennomgang av EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv, samt undersøkelsesplikten og den risikobaserte tilnærmingen. Her vurderes det særlig hvordan undersøkelsesplikten i hvitvaskingsloven skal forstås relativt til direktivet, og videre hvordan undersøkelsesplikten kan gi veiledning for den nærmere konkretiseringen av terskelen for rapporteringsplikt. Deretter skal rapporteringsplikten tolkes og klargjøres i kapittel 4. Her reises det to særlige spørsmål. Først et spørsmål om hvordan mistankekravet i rapporteringsplikten skal forstås. Deretter er vurderingstemaet hvilke situasjoner som kan tilsi den grad av mistanke at plikten til å rapportere oppstår. Til slutt skal det festes noen avsluttende bemerkninger, særlig til rapporteringsplikten, i kapittel 5.

²² Rui (2012), s. 67

²³ Rui (2012), s. 243

2. Om hvitvasking: opphav, utvikling og sentrale hensyn

2.1 Introduksjon

Temaet for dette kapitlet er å introdusere hvitvaskings opphav og utvikling, og hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i antihvitvaskingsarbeidet. For å forstå hvorfor arbeidet mot hvitvasking er viktig er det nødvendig å vite noe om hvordan kampen mot hvitvasking har preget rettsutviklingen. På den måten understrekes alvoret av hvitvaskings konsekvenser på samfunnet, og i forlengelsen, hvorfor en inngripende hvitvaskingslov er nødvendig. Avslutningsvis trekkes de sentrale hensynene på dette rettsområdet frem.

2.2 Opphav og utvikling

Det verserer en myte om at begrepet «money laundering» fikk sitt opphav ved at Al Capone brukte sine enorme inntekter fra ulovlig alkoholsalg til å kjøpe vaskerier, og på den måte «vasket» inntektene fra kriminelle handlinger til noe som fremsto som lovlig generert profitt.²⁴ Uavhengig av om myten er sann eller ikke, illustrerer historien et grunnleggende problem for den som begår kriminelle handlinger, nemlig at det er hensiktsløst å begå profittmotiverte kriminelle handlinger dersom utbyttet ikke kan benyttes. Ved å tilsløre midlenes opphav kan den kriminelle oppnå en høy levestandard samtidig som han fremstår en lovlydig borger. Siden kan den kriminelle kanalisere utbyttet inn i lovlige forretninger, og dermed oppnå store fordeler over sine konkurrenter i form av blant annet skatte- og avgiftsunndragelse. Hvitvasking er dermed en mekanisme som gir de fleste økonomiske primærforbrytelser mening,²⁵ mens rapporteringsplikten utgjør et verktøy som etter sitt formål skal avdekke slike forbrytelser.

Hvitvasking har eksistert like lenge som privat eiendomsrett,²⁶ og både heleri og etterfølgende bistand av tyvegods har vært straffesanksjonert siden før Magnus Lagabøtes Landslov av 1274.²⁷ Selv om straffeloven av 1902 straffet visse typer heleri i § 317, fikk Norge først en generell bestemmelse som rammet hvitvasking i 1993. § 317 ble da utvidet til å inkorporere en rekke spesialiserte bestemmelser som rammet blant annet narkotikaheleri og hittegodsheleri.²⁸ Selv om mange former for hvitvasking allerede kunne straffes etter de gitte bestemmelsene, var det langt fra alle typer

²⁴ Rui (2012), s. 61

²⁵ Høgberg (2008), s. 22

²⁶ Høgberg (2008), s. 20

²⁷ Rui (2012), s. 65

²⁸ Høgberg (2008), s. 28

hvitvaskingshandlinger som var omfattet.²⁹ Etter lovendringen ble straffebudet utvidet slik at «den som mottar eller skaffer seg eller andre utbytte av en straffbar handling» kan straffes for hvitvasking.³⁰

Drivkraften bak det stadig økende fokuset på antihvitvasking kan i hovedsak anses todelt. Høgberg (2008) viser særlig til «hvitvaskingsindustrien» i amerikansk mellomkrigstid.³¹ I de tilfeller økonomisk kriminalitet vokser til å utgjøre utbytte av en viss størrelse, tydeliggjøres også straffverdigheten av den etterfølgende befatningen med utbytte. Hvitvasking vil alltid føre med seg både skatte- og avgiftsunndragelse. De store verdiene som ble generert ved økonomisk kriminalitet i etterkrigstiden satte fenomenet hvitvasking på kartet som noe samfunnsskadelig som måtte bekjempes. Videre har narkotikaomsetning innen organisert kriminalitet lenge vært ansett som en særlig trussel mot folkehelsen.³² Et globalt marked har medført en globalisert kriminalitet. I en tid der hvitvaskingsregimet har beveget seg mot mer sofistikerte former gjøres dette gjerne ved korruperte rapporteringspliktige, som igjen gir ny kriminalitet.³³ Når inntektene fra organisert kriminalitet blir tilstrekkelig høye, fører den med seg den samme ovennevnte utfordringen med skatt- og avgiftsunndragelse. Det blir dermed tydelig hvordan hvitvasking genererer ny kriminalitet, og da MT-rapporter er fremholdt som «det viktigste materialet som ligger til grunn for EFEs arbeid»,³⁴ er det gode grunner til å bruke store ressurser i arbeidet mot hvitvasking, hvorav en effektiv rapporteringsplikt er et viktig redskap.

2.3 Sentrale hensyn

Hvitvaskingslovens formål fremgår av § 1. Loven skal «forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering», og tiltakene i loven «skal beskytte det finansielle og økonomiske systemet samt samfunnet som helhet ved å forebygge og avdekke at rapporteringspliktige brukes eller forsøkes brukt som ledd i hvitvasking eller terrorfinansiering», jf. første og annet ledd. Annet ledd er ment som en presisering av de rapporteringspliktiges rolle i arbeidet mot hvitvasking, og ikke som en begrensning av lovens formål generelt.³⁵ I henhold til Finanstilsynets rundskriv er formålet med

²⁹ Ot.prp. nr. 53 (1992-1993), s. 7

³⁰ Ot.prp. nr. 53 (1992-1993), s. 14

³¹ Høgberg (2008), s. 22

³² Rui (2012), s. 108-109

³³ Rui (2012), s. 32

³⁴ Rui (2012), s. 240

³⁵ NOU 2016: 27, s. 22

rapporteringsplikten at den skal «gjøre det enklere å avdekke profittmotivert kriminalitet og å hindre at finansinstitusjoner og andre rapporteringspliktige misbrukes i hvitvaskingssammenheng».³⁶

Den overordnede begrunnelsen for å bekjempe hvitvasking er at det er samfunnsskadelig, samt at det skader det økonomiske systemet.³⁷ Forarbeidene peker ut seks særlige hensyn bak hvitvaskingsloven,³⁸ derav hensynet til finansiell sektors integritet, stabilitet og omdømme, hensynet til at hvitvasking genererer annen kriminalitet, at hvitvasking minsker skatteinntekter, hensynet til markedskonkurransen, hensynet til økonomisk utvikling, og hensynet til effektiv bekjempelse av profittmotivert kriminalitet. I det følgende vil det knyttes noen kommentarer til disse hensynene.

Hensynet til finansiell sektors integritet, stabilitet og omdømme kan ses i lys av den fallende aksjekursen til Swedbank og Danske Bank.³⁹ Aktørene som handler i strid med til enhver tid gjeldende etikk og moral svekker tilliten til den finansielle sektoren, og vil merke konsekvenser i form av fallende aksjekurser og kundeaktivitet. Manglende tillit til den finansielle sektoren kan gi store økonomiske konsekvenser, både generelt og i enkeltsaker. Dagens samfunnsstruktur fordrer en fri flyt av kapital for at investeringer og innovasjon skal finne sted. Siden det er den finansielle sektor som muliggjør dette premisset, kan en manglende integritet og tillit vesentlig vanskeliggjøre arbeidet. Med dagens hvitvaskingsregelverk inntar den finansielle sektor selv en stor og viktig rolle i arbeidet mot hvitvasking. Dersom de rapporteringspliktige i den anledning kan innarbeide gode rutiner vil de aktivt kunne bidra til å redusere hvitvasking samtidig som tilliten til virksomhetene de driver vil økes.

Hva gjelder hensynet til effektiv bekjempelse av profittmotivert kriminalitet peker forarbeidene på at bakmennene til primærlovbrudd ofte er mer involvert i den etterfølgende befatningen med utbyttet.⁴⁰ Hvitvaskingsloven kan dermed både bidra til å bekjempe etterfølgende befatning med utbytte fra kriminelle handlinger, og i forlengelsen utgjøre et effektivt tiltak mot profittmotivert kriminalitet. Videre vil en bank som har tilgang på midler som er unndratt beskatning stå sterkere enn sine konkurrenter, noe som skaper en konkurransevridende funksjon. Alle midler som unndras fra beskatning minsker naturligvis en stats skatteinntekter. Hvitvaskingsloven kan dermed bidra til å sikre større skatteinntekter og ivareta hensynet til sunn markedskonkurransen. En rapporteringspliktig som mottar en ytelse for å unnlate å undersøke og rapportere en transaksjon som vedkommende vet stammer fra en straffbar handling, gjør seg både skyldig i hvitvasking ved den konkrete transaksjonen,

³⁶ Finanstilsynet: Veileder til hvitvaskingsloven, rundskriv: 8/2019, s. 62

³⁷ NOU 2016: 27, s. 22

³⁸ Se blant annet NOU 2016: 27, s. 22, og prop. 40 L (2017-2018), s. 16

³⁹ Se punkt 1.1

⁴⁰ NOU 2016: 27, s. 22

og ved enhver videre befatning med ytelsen vedkommende mottar for sin korruperte handling. En kan dermed se at hvitvasking både skaper og skjuler kriminalitet.⁴¹

Samlet er det gode grunner for en inngripende og vidtfavnende hvitvaskingslov. Konsekvensene av hvitvasking, og fordelene av et effektivt antihvitvaskingsarbeid gjør det forståelig at temaet er blitt viet mye oppmerksomhet de siste årene. Omfanget av økonomisk kriminalitet, og den hvitvaskingen av utbytte som følger i forlengelsen fordrer fremdeles et formålsrettet aktivt antihvitvaskingsarbeid.

Det er imidlertid tungtveiende hensyn som gjør seg gjeldende i favør av et lovverk som ikke går lenger enn nødvendig for å realisere sitt formål. En effektiv bekjempelse av hvitvasking fordrer en lov som er oversiktlig og til en viss grad enkel å praktisere. Det er ingen automatikk mellom strenge sanksjoner mot de rapporteringspliktige, eller lave terskler for undersøkelser og rapportering, og en effektiv bekjempelse av hvitvasking. Lovens formål om å «forebygge og avdekke» hvitvasking må være en rettesnor i den anledning. Dersom sanksjonene for å ikke overholde hvitvaskingsloven blir særlig strenge, gir det insentiv til de rapporteringspliktige om å rapportere for mye heller enn for lite. Dersom overrapporteringen blir særlig omfattende kan det føre til en ineffektiv bruk av EFes ressurser. Ved overrapportering oppstår det videre en risiko for at reelle hvitvaskingshandlinger kamufleres blant tilfeller av lovlige transaksjoner, noe som vanskeliggjør identifikasjonen av hvitvaskingshandlinger ytterligere.

Siden hvitvaskingsloven fordrer en grad av overvåkning av alle kunder kommer personvern hensyn inn med tyngde. Personvern hensyn tilsier at overvåkning ikke bør benyttes med mindre det foreligger et klart behov.⁴² Videre er det omfattende og ressurskrevende plikter som pålegges de rapporteringspliktige ved hvitvaskingsloven. Hensynet til de næringsdrivende tilsier derfor at en bør påse å begrense kostnads krevende rapporteringstiltak.⁴³

⁴¹ Rui (2012), s. 32

⁴² NOU 2016: 27, s. 42

⁴³ NOU 2016: 27, s. 42

3. Om systemet i hvitvaskingsloven

3.1 Introduksjon

Hvitvaskingsloven gjelder for alle rapporteringspliktige som er «etablert i Norge, herunder filialer av utenlandske foretak», jf. hvvl. § 3. De nærmere angitte juridiske personene som omfattes av definisjonen i hvvl. § 2 bokstav c er listet i § 4. Listen er lang, og omfatter blant annet banker, regnskapsførere, eiendomsmeglere, forsikringsforetak og advokater for å nevne noen. Rapporteringsplikten er på sett og vis siste instans av den rapporteringspliktiges hovedoppgaver. De rapporteringspliktige skal overvåke, undersøke og rapportere sine kunder i henhold til hvitvaskingslovens regler.

Kundens risikoprofil legger grunnlaget for hvor intensivt vedkommende skal overvåkes, og hvilke situasjoner som fordrer videre undersøkelser. Fordi både den risikobaserte tilnærmingen og i forlengelsen undersøkelsesplikten kan gi utslag på hva som utløser rapporteringsplikten, må det ses helhetlig på loven for å kunne vurdere det enkelte aspekt nærmere. For å forstå terskelen for rapporteringsplikt er det derfor nødvendig å si noe om systemet i hvitvaskingsloven i dette kapitlet.

Siden den nye hvitvaskingsloven har sitt utspring fra EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv vil det først ses mot direktivet for å vise hva som er nytt siden det tredje direktivet i punkt 3.2. Undersøkelses- og rapporteringsplikten har en nær sammenheng med hverandre i hvitvaskingsloven. Likevel fremgår ikke undersøkelsesplikten eksplisitt av direktivet. For å forstå bakgrunnen for dette samspillet mellom de to pliktene i norsk rett vil det ses nærmere på undersøkelses- og rapporteringsplikten slik de fremgår i direktivet i punkt 3.2.1. I punkt 3.3 skal det ses hen til hvordan undersøkelsesplikten fremgår i hvitvaskingsloven, og hvordan denne kan påvirke rapporteringsplikten. Siden den risikobaserte tilnærmingen legger grunnlaget for hvor intensive undersøkelser de rapporteringspliktige må utsette kundene sine for etter loven, kunne det vært naturlig å introdusere tilnærmingen først i dette kapitlet. Grunnet det økte fokuset på den risikobaserte tilnærmingen i det fjerde hvitvaskingsdirektivet knyttes det heller noen innledende kommentarer om prinsippet i punkt 3.2, før den nærmere anvendelsen av prinsippet konkretiseres i punkt 3.4.

3.2 EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv

Det fjerde hvitvaskingsdirektivet viderefører i stor grad det tredje⁴⁴ direktivet fra 2005, men innebærer også visse utvidelser.⁴⁵ Blant annet introduserte direktivet administrative sanksjoner ved brudd på loven, som nylig resulterte i gebyrer rettet mot Santander og Komplet Bank.⁴⁶ Den mest iøynefallende utvidelsen i direktivet er imidlertid det økte fokuset på den risikobaserte tilnærmingen. I FATFs reviderte anbefalinger fra 2012 ble den risikobaserte tilnærmingen satt som anbefaling nummer en.⁴⁷ Den risikobaserte tilnærmingen ligger til grunn for reglene om kundetiltak og løpende oppfølging i hvitvaskingslovens kapittel 4, men nå er også bedriftene selv gjenstand for analyse.

Ved en risikobasert tilnærming kan bedrifter analysere og vurdere behovet for tiltak i ulike deler av sin virksomhet. Dermed kan det foretas en forholdsmessig bruk av ressurser ut ifra de områdene i bedriften som er mest utsatt for hvitvasking.⁴⁸ Metoden kom til med det tredje hvitvaskingsdirektivet. Frem til FATF redigerte sine anbefalinger i 2003 var det den regelbaserte tilnærmingen som la grunnlaget for ressursfordelingen til de rapporteringspliktige.⁴⁹ I dette systemet var det myndighetene som skulle identifisere risikoen i de gitte delene av næringslivet, mens virksomhetene kun måtte innføre de regler som ble pålagt dem. Den risikobaserte tilnærmingen pålegger dermed de rapporteringspliktige et enormt mye større ansvar for å påse at de ikke blir brukt til hvitvasking. Dermed er det virksomhetene selv som har ansvar for å identifisere risikoen basert på sin erfaring i det aktuelle arbeidsfeltet. Det er neppe grunnlag for å stille spørsmålstegn ved hvor egnet et slikt skifte var. På begynnelsen av 2000 tallet nådde hvitvaskingsproblematikken nye dimensjoner gjennom internettet og en stadig mer globalisert verden. Det medførte raske og omfattende endringer i hvordan hvitvasking fant sted. De som selv jobber i en virksomhet bør ha langt bedre forutsetninger til å forstå hvilke deler av virksomheten som er mest utsatt for hvitvasking, og ikke minst hvilke kunder som avviker fra normale kundeforhold. Den regelbaserte tilnærmingen er lite egnet til det formålet, og det økte fokuset på den risikobaserte tilnærmingen i det fjerde direktivet understreker det.

⁴⁴ Directive 2005/60/EC of October 26 2005

⁴⁵ NOU 2016: 27, s. 15

⁴⁶ Se punkt 1.1

⁴⁷ FATF (2012), s. 9

⁴⁸ FATF (2012), s. 29

⁴⁹ Rui (2014), s. 238

3.2.1 Undersøkelses- og rapporteringsplikten i EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv

Undersøkelses- og rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven svarer til artikkel 33 (1) (a) i EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv. Den lyder:

[Member states shall] informing the FIU, including by filing a report, on their own initiative, where the obliged entity knows, suspects or has reasonable grounds to suspect that funds, regardless of the amount involved, are the proceeds of criminal activity or are related to terrorist financing, and by promptly responding to requests by the FIU for additional information in such cases (...)

Etter direktivet skal det rapporteres der det foreligger «reasonable grounds to suspect» at den rapporteringspliktige er i besittelse av midler som stammer fra kriminelle handlinger. Selv om det altså ikke fremkommer en eksplisitt undersøkelsesplikt av direktivet, vil trolig en rapporteringspliktig alltid foreta visse undersøkelser før det rapporteres.⁵⁰ Fordi FATF tidligere hadde en egen anbefaling om en undersøkelsesplikt ved virksomheter med særlig hvitvaskingsrisiko, valgte lovgiver i anledning hvitvaskingsloven fra 2009, å innta en egen undersøkelsesplikt i norsk rett.⁵¹ Da FATF ikke har reist spørsmål om dette skillet mellom undersøkelsesplikten og rapporteringsplikten ble skillet opprettholdt i den nye loven.⁵² Når skillet består blir det naturligvis en nær sammenheng mellom de to pliktene, siden begge er utledet fra samme artikkel i direktivet.

3.3 Undersøkelsesplikten i den nye hvitvaskingsloven

Ved den nye hvitvaskingsloven ble ordlyden i undersøkelsesplikten endret fra å gjelde ved «mistanke om at en transaksjon har tilknytning til [hvitvasking]» til «forhold som kan indikere at midler har tilknytning til hvitvasking», jf. hvvl. av 2009 § 17, jf. hvvl. § 25. Den nye loven utvidet dermed undersøkelsesplikten fra å gjelde «transaksjoner», til å nå omfatte alle mistenkelige «forhold». Den nye ordlyden gir videre klart uttrykk for en lavere terskel for undersøkelsesplikten enn den gamle. Før den nye loven ble innført var det uavklart hvordan undersøkelses- og rapporteringsplikten skulle forstås i relasjon til hverandre. Rui hevdet at terskelen for pliktene var sammenfallende etter gamle §§ 17 og 18.⁵³ Forarbeidene til den nye loven fremhever imidlertid flere steder at tersklene er forskjellige,

⁵⁰ NOU 2016:27, s. 112

⁵¹ NOU 2007:10, s. 61

⁵² NOU 2016: 27, s. 112

⁵³ Rui (2012), s. 380

slik at det ikke lenger er tvilsomt at terskelen for undersøkelsesplikten er lavere enn for rapporteringsplikten.⁵⁴

Den språklige endringen av undersøkelsesplikten i den nye loven var ment å klargjøre at avvik fra normal kundedferd utløser undersøkelsesplikten,⁵⁵ men hadde også pedagogiske hensyn.⁵⁶ Forarbeidene presiserer at terskelen for undersøkelsesplikten er lav.⁵⁷ Vurderingstemaet for både undersøkelses- og rapporteringsplikten er imidlertid det samme. Den rapporteringspliktige må vurdere om hun har befattet seg med midler som har tilknytning til verdier som kan være utbytte fra en straffbar handling.⁵⁸ Fordi terskelen for undersøkelsesplikten settes lavere enn terskelen for rapporteringsplikten innebærer dermed det norske systemet en omfattende undersøkelsesplikt som ikke gjenfinnes i direktivet. Videre fremholdes det i forarbeidene at «dersom undersøkelser ikke avkrefter mistanken, vil det (...) nødvendigvis innebære at mistanken er noe sterkere».⁵⁹ Videre fremgår det at dersom undersøkelser ikke fører frem, vil det i praksis ofte foreligge mistanke etter § 26.⁶⁰ Altså vil rapporteringsplikten utløses i de fleste tilfeller der undersøkelser ikke avkrefter av det kan foreligge hvitvasking. Det blir da nærliggende å anse det som en glidende overgang mellom terskelen for undersøkelsesplikten og for rapporteringsplikten. Dermed kan undersøkelsesplikten gi veiledning for en nærmere konkretisering av terskelen for rapporteringsplikten.

3.4 Særlig om den risikobaserte tilnærmingen

De rapporteringspliktige må foreta en risikobasert tilnærming der de analyserer hvilke områder av virksomheten som er særlig utsatt for hvitvasking, jf. hvvl. § 6. Den risikobaserte tilnærmingen, eller risikoprinsippet, danner grunnlaget for virksomhetens fordeling av ressurser i antihvitvaskingsarbeidet. Det var FATFs kritikk av Norge vedrørende en for dårlig forståelse av risikoen for hvitvasking på forskjellige områder, som var bakgrunnen for at de rapporteringspliktige ble pålagt eksplisitt å legge risikovurderinger til grunn for anvendelsen av loven.⁶¹ Etter hvvl. § 7 skal risikoprinsippet legges til grunn for vurdering av blant annet virksomhetens art, produkter og tjenester, de typer kunder de har befatning med, og geografiske forhold. Kort sagt skal de rapporteringspliktige vurdere risikoen for hvitvasking ved alle sider av sin virksomhet. Dersom en

⁵⁴ Se NOU 2016: 27, s. 112, s. 113 og s. 115,

⁵⁵ NOU 2016: 27, s. 113

⁵⁶ NOU 2016: 27, s. 113

⁵⁷ NOU 2016: 27, s. 113

⁵⁸ NOU 2016: 27, s. 115

⁵⁹ NOU 2016: 27, s. 113

⁶⁰ NOU 2016: 27, s. 115

⁶¹ NOU 2016: 27, s. 64

virksomhet tilbyr tjenester som innebærer en spesielt høy risiko for hvitvasking fordrer risikoprinsippet at denne delen av virksomheten overvåkes særlig nøye.

Risikoprinsippet kommer også til uttrykk i hvvl. kapittel 4 om kundetiltak og løpende oppfølging. Ved å foreta en risikobasert tilnærming til kundene kan de rapporteringspliktige lære seg å kjenne sine kunder. Dette omtales ofte som «know your customer»-prinsippet.⁶² Kjernen av vurderingen er å tilpasse overvåkingen av kundene alt etter hvor stor risiko for hvitvasking de representerer. Reglene i §§ 16-19 gir hjemmel for henholdsvis forenklede og forsterkede kundetiltak ut ifra den risikoen virksomheter identifiserer med den gitte kunde. En virksomhet som har mange kontantbetalinger må for eksempel holdes under større oppsyn enn en alminnelig privatperson.

Risikoprinsippet har slik en ren kvantitativ påvirkning på undersøkelsesplikten. For kundene som fordrer forsterkede kundetiltak, vil det kreves en tettere oppfølging av deres bevegelser. Et tenkt eksempel kan være en antikvitetsforhandler som driver virksomheten sin fra en butikk. Vedkommende vil kjøpe og selge varer der det vanskelig kan påvises noen reell markedsverdi, og der mye kontanter er involvert. En slik forhandler vil gjennom kjøp og salg lett bli grunnlag for et større sett undersøkelser enn andre fordi det ofte vil foreligge «forhold som kan indikere» at midlene stammer fra hvitvasking etter den lave terskelen i § 25.

Selv om en slik kvantitativ økning i undersøkelser i praksis kan tenkes å gi en tilsvarende økning i MT-rapporter, blir det likevel ikke riktig å si at en høy risiko utløser rapporteringsplikten. Som vi skal se i kapittel 4 kreves det visse objektivt konstaterbare holdepunkter for at det foreligger «mistanke» etter § 26. Det er i den anledning viktig å skille mellom mistanke og risiko. En mistanke er noe mer konkretiserbart enn en generelt høy risiko for hvitvasking.⁶³ En høy risiko for hvitvasking vil dermed ikke innebære at det foreligger en «mistanke», som utløser rapporteringsplikten etter § 26. Derimot vil en slik høy risiko kunne påvirke hvor mye som kreves av objektivt konstaterbare forhold for at terskelen for mistanke er oppfylt.

3.5 Oppsummering av de forhold som påvirker rapporteringsplikten

Den nye hvitvaskingsloven klargjorde at terskelen for undersøkelsesplikten er lavere enn terskelen for rapporteringsplikt. Det er likevel en nær sammenheng mellom de to pliktene. Fordi rapporteringsplikten ofte utløses der undersøkelser ikke avkrefter av det kan foreligge hvitvasking,

⁶² NOU 2016: 27, s. 75

⁶³ Rui (2012), s. 333

kan undersøkelsesplikten gi veiledning for den nærmere fastsettelsen av terskelen for rapporteringsplikt.

Ved å anvende den risikobaserte tilnærmingen skal de rapporteringspliktige identifisere hvilke sider av virksomheten som er særlig utsatt for hvitvaskingsaktivitet. På den måten legger risikoprinsippet føringer for hvilke deler av bedriften som fordrer mer og mindre overvåkning. Risikoprinsippet skal også legges til grunn ved etableringen av nye kundeforhold og i den løpende oppfølgingen av kundene. Gjennom den risikobaserte tilnærmingen skal de rapporteringspliktige kunne identifisere og agere på høy risiko for hvitvasking, og den identifiserte risikoen vil kunne påvirke både undersøkelses- og rapporteringsplikten.

4. Rapporteringsplikten etter hvitvaskingsloven § 26

4.1 Introduksjon

Rapporteringsplikten fremgår av hvvl. § 26 første ledd første punktum, og lyder som følger:

Dersom det etter nærmere undersøkelser er forhold som gir grunnlag for mistanke om hvitvasking eller terrorfinansiering, skal rapporteringspliktige oversende opplysninger til Økokrim om forholdene.

Rapporteringsplikten inntreder ved «forhold som gir grunnlag for mistanke». Den konkrete terskelen for rapporteringsplikten følger dermed av to nærmere vilkår. Det må foreligge «forhold», og disse må gi «grunnlag for mistanke». Siden avhandlingen tilsikter å avklare terskelen for rapporteringsplikt må de to vilkårene gjennomgå nærmere i dette kapitlet. Temaet i punkt 4.2 er mistankekravet, og i punkt 4.3 skal mistankekravet konkretiseres ved å se på de «forhold» som gir grunnlag for mistanke. Avslutningsvis i kapitlet er temaet hva som må og bør inngå i en MT-rapport.

4.2 Mistankekravet i rapporteringsplikten

En naturlig forståelse av «grunnlag for mistanke» er tvetydig, men gir uttrykk for en skjønnsbasert vurdering ut ifra de rapporteringspliktiges faglige innsikt. Generelt gir et mistankekrav anvisning på en sannsynlighetsvurdering av den gitte situasjonen. For at den rapporteringspliktige skal ha en mistanke må vedkommende anse det som en viss grad sannsynlig at midlene han befatter seg med er utbytte fra kriminelle handlinger. Ordlyden gir imidlertid ingen videre veiledning om hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at rapporteringsplikten inntreder. Både en minimumsgrad av sannsynlighet og sannsynlighetsovervekt faller inn under den naturlige språklige forståelsen av ordlyden.

En viss veiledning kan hentes i forarbeidene. Der fremgår det at mistanketerskelen er lav, men at det må foreligge visse objektivt konstaterbare holdepunkter.⁶⁴ At mistanken må knyttes mot objektivt konstaterbare holdepunkter gir anvisning på at terskelen for rapporteringsplikt er en objektiv vurdering. Videre heter det i forarbeidene at verken en magefølelse eller generell risiko er tilstrekkelig, men at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt.⁶⁵ Forarbeidene avgrensar dermed terskelen oppad mot sannsynlighetsovervekt. Videre kan vi avgrense terskelen nedad mot en generell

⁶⁴ NOU 2016:27, s. 114

⁶⁵ NOU 2016:27, s. 114

risiko og magesfølelse. Det kreves altså noe mer for at det foreligger plikt til å rapportere. At terskelen er lav, og at det kreves visse objektivt konstaterbare holdepunkter etterlater imidlertid fortsatt et betydelig rom for tvil om hvor terskelen for rapporteringsplikt ligger.

Den konkrete terskelen for rapporteringsplikt ser ikke ut til å ha vært gjenstand for noen videre diskusjon hverken i teorien eller i praksis, noe som illustreres i Finanstilsynets veileder til hvitvaskingsloven. I rundskrivet nøyer de seg også med henvisningen til forarbeidene i beskrivelsen av når rapporteringsplikten inntre.⁶⁶ At det ikke kreves sannsynlighetsovervekt gir imidlertid begrenset veiledning for anvendelsen av terskelen for rapporteringsplikt. Siden EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv angir minstekravene for hvitvaskingsloven, blir det naturlig å se mot utformingen av rapporteringsplikten i direktivet, for videre veiledning av hvor terskelen ligger etter hvitvaskingsloven. I det følgende vil det derfor ses hen til rapporteringsplikten i hvitvaskingsdirektivet. Fordi et mest mulig ensartet regelverk i Norden og Europa er et hensyn i seg selv,⁶⁷ vil det deretter ses til hvordan plikten er utformet i det svenske og danske lovverket.

Rapporteringsplikten etter fjerde hvitvaskingsdirektiv inntre når rapporteringspliktige «knows, suspects or has reasonable grounds to suspect» at midler stammer fra kriminelle handlinger.⁶⁸ Plikten inntre altså når den rapporteringspliktige vet at midler stammer fra hvitvasking, og når han mistenker det samme. Så langt kan vi med sikkerhet si at det norske lovverket rekker lengre, da begge tilfeller naturlig inngår i ordlyden av «grunnlag for mistanke», jf. § 26. Begrepet «reasonable grounds to suspect» er i den norske oversettelsen av EUs tredje hvitvaskingsdirektiv oversatt til «rimelig grunn til å anta».⁶⁹ Ordlyden av «rimelig grunn» krever imidlertid noe mer enn «grunnlag for mistanke». For at en mistanke skal være «rimelig» må det nødvendigvis foreligge informasjon eller opplysninger som er etterprøvbare i en større grad enn der det er «grunnlag for mistanke». Spørsmålet i det følgende er om «grunnlag for mistanke» må forstås som en lavere terskel for rapporteringsplikt enn den som følger av direktivet.

I den danske hvitvaskingsloven fremgår rapporteringsplikten av § 26.⁷⁰ Den danske loven er den som ligner mest på sin motpart i EUs direktiv. Rapporteringsplikten i Danmark inntre når rapporteringspliktige er «vidende om, har mistanke om eller rimelig grund til at formode» at midler har tilknytning til hvitvasking. Dansk rett har dermed ordrett gjengitt vurderingen som følger av direktivet. Dette til forskjell fra svensk rett. Utformingen av rapporteringsplikten i svensk rett ligner

⁶⁶ Finanstilsynet, Rundskriv 8/2019: Veileder til hvitvaskingsloven, s. 61.

⁶⁷ NOU 2016:27, s. 209

⁶⁸ Se artikkel 33 (1) (a)

⁶⁹ NOU 2016:27, s. 113

⁷⁰ Lov nr 651 af 08/06/2017 om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven)

mer på hvvl. § 26, men mistankekravet er «rimelig grunn» («skälig grund att misstänka»)⁷¹ Både i svensk og dansk rett er altså undersøkelsesplikten skilt i en egen paragraf slik vi ser i hvvl. § 25, men mistankekravet er «rimelig grunn» for både undersøkelses- og rapporteringsplikten.

Ut ifra en naturlig ordlydsforståelse virker det så langt som at terskelen for rapporteringsplikt etter norsk rett er lavere enn det som følger av direktivet, og det som er gjennomført i dansk og svensk rett. Dette fremstår imidlertid ikke som en åpenbart overveid avgjørelse i forarbeidene. I NOU 2016:27 drøftes rapporteringsplikten under henvisning til «reasonable grounds to suspect» i direktivet⁷². Uten noen videre drøftelse av om «grunnlag for mistanke», jf. § 26 skal forstås tilsvarende som en «rimelig grunn»-vurdering, konkluderes det med ovennevnte formulering om at «mistankekravet er lavt». Dette kan forstås på to måter.

Den første varianten er at «grunnlag for mistanke» skal forstås tilsvarende som «rimelig grunn» slik det heter i direktivet. Den manglende diskusjonen rundt forholdet i forarbeidene kan antyde at den juridiske terskelen skal forstås på samme måte som en «rimelig grunn»-vurdering. I relasjon til omformuleringen av undersøkelsesplikten i § 25 blir det fremholdt som «hensiktsmessig at terskelen for rapportering knyttes til «mistanke» på samme måte som i direktivet».⁷³ Et mest mulig ensartet regelverk i Norden og Europa er et hensyn i seg selv.⁷⁴ Dersom mistanketerskelen skal forstås på samme måte som i direktivet er det nærliggende at det er «rimelig grunn» som utgjør grunnlaget for vurderingen. En slik forståelse støttes også av statistikken over MT-rapporter, der Norge skiller seg negativt fra Sverige og Danmark i antall rapporter.⁷⁵ Dersom Norge benytter en lavere terskel for rapporteringsplikt ville det vært nærliggende å anta at norske rapporteringspliktige rapporterte mer, og ikke mindre, enn de rapporteringspliktige i Sverige og Danmark. Variabler slik som populasjon, antall foretak og hvilke land disse foretakene har handelstilknytning til gjør det imidlertid lite hensiktsmessig å dra noen slutninger basert på antallet MT-rapporter alene.

Den andre varianten er at «grunnlag for mistanke», jf. § 26 må forstås som en lavere terskel for rapporteringsplikt enn hva en «rimelig grunn» til mistanke-vurdering innebærer. En ren ordlydstolkning støtter en slik forståelse. Det er lite naturlig å benytte den valgte formuleringen dersom det rent faktisk er en «rimelig grunn»-vurdering som skal benyttes. Videre er det på det rene

⁷¹ Lag nr: 2017:630 om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism, kapittel 4, 2 § og 3 §

⁷² NOU 2016:27, s. 114

⁷³ NOU 2016:27, s. 113

⁷⁴ NOU 2016:27, s. 209

⁷⁵ Se henholdsvis Finanspolisen (2019), s. 2 og Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (2019). I Sverige ble det sendt 19.306 MT-rapporter i 2018. I Danmark var tallet 35.768. I kontrast sendte norske rapporteringspliktige kun 10.763 rapporter i 2018, se Økokrim (2018), Statistikk MT-rapporter

at direktivet kun pålegger oss en minstestandard for hva som skal rapporteres.⁷⁶ Norge har alle muligheter til å anvende en lavere terskel for rapporteringsplikt enn den som fremgår av direktivet dersom det synes hensiktsmessig. Den norske hvitvaskingsloven benytter en lavere terskel for undersøkelsesplikt enn hva som er pålagt gjennom direktivet,⁷⁷ men det foretas heller ingen inngående diskusjon i forarbeidene om denne lavere terskelen for undersøkelsesplikt. At det ikke fremgår eksplisitt i forarbeidene at «grunnlag for mistanke» setter en lavere terskel for rapporteringsplikt enn det som følger av direktivet kan derfor ikke være til hinder for en slik forståelse.

Sett i system virker det derfor nærliggende å forstå «grunnlag for mistanke» som en lavere terskel enn «rimelig grunn». En slik konklusjon støttes særlig av ordlyden. Dersom «grunnlag for mistanke» var ment å tilsvare «rimelig grunn» må det antas at forholdet hadde blitt diskutert nærmere i forarbeidene. På denne bakgrunn blir konklusjonen at «grunnlag for mistanke» må forstås som et noe lavere krav enn «rimelig grunn» til mistanke.

Dette bringer oss imidlertid ikke nærmere hva som konkret kreves for at mistankekravet i § 26 er oppfylt. «Grunnlag for mistanke» er ikke et mistankekrav som går igjen i norsk rett. Det finnes ikke rettspraksis som avklarer spørsmålet, eller noen konkrete holdepunkter i forarbeidene utover det som fremgår over. Heller ikke forarbeidene til direktivet vurderer nærmere hva som ligger i «reasonable grounds». I mangel på andre rettskilder blir spørsmålet hvordan man tradisjonelt har forstått «rimelig grunn» i norsk rettsvitenskap.

Etter strpl. § 224 skal politiet starte etterforskning når det er «rimelig grunn» til å undersøke om det er begått straffbare handlinger. Hensett til at MT-rapporter er etterretningsinformasjon og ikke en anmeldelse er det systematisk korrekt at terskelen for rapportering etter hvvl. § 26 er lavere enn terskelen for å starte etterforskning etter strpl. § 224. Selv om mistankekravet er lavere etter hvvl. § 26, er det flere likheter mellom en undersøkelses- og rapporteringsplikt, og en etterforskning. I begge tilfeller er det tale om å avdekke straffbare forhold på bekostning av hensynet til privatlivets fred. I det følgende vil det derfor ses til strpl. § 224, og særlig til riksadvokatens rundskriv om forståelsen av «rimelig grunn»-vurderingen, som et utgangspunkt for når det må anses å foreligge «grunnlag for mistanke» etter hvvl. § 26.

Opportunitetsprinsippet i norsk strafferett gjenspeiles i politiets plikt til å etterforske om det er begått straffbare handlinger.⁷⁸ Påtalemyndigheten skal etterforske om det er begått straffbare forhold når det foreligger en anmeldelse, eller det er andre omstendigheter som gir «rimelig grunn» til å undersøke

⁷⁶ NOU 2016:27, s. 34

⁷⁷ Se punkt 3.3

⁷⁸ Rui (2014), s. 419

forholdene nærmere, jf. straffeprosessloven § 224 første ledd.⁷⁹ Påtalemyndigheten kan dermed i prinsippet avstå fra å etterforske en anmeldelse dersom det ikke er «rimelig grunn» for å gjøre det. Det aktuelle leddet lyder som følger:

Etterforskning foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige.

En naturlig forståelse av «rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold» tilsier at det skal foreligge en påtakelig risiko for at noe straffbart har funnet sted som gjør det legitimt med en innledende reaksjon fra påtalemyndigheten. Ordlyden knyttes ikke til et krav om mistanke, men som det fremgår av forarbeidene til ny straffeprosesslov er sannsynlighetsdimensjonen en helt sentral komponent av vurderingen, og at det blir et spørsmål om språkbruk om en vil omtale sannsynlighetskravet som et krav om mistanke.⁸⁰ Selv om forarbeidene foreløpig er et lovforslag belyser det gjeldende rett rundt dette punkt. Riksadvokaten har skrevet utførlig om «rimelig grunn» vilkåret i strpl. § 224.⁸¹ Til tross for at riksadvokaten ikke er en autorativ kilde med reell rettslig vekt, er hans skriv i stor grad veiledende i praksis. Han peker på tre særlige momenter av betydning for om det foreligger «rimelig grunn» til å igangsette etterforskning, nærmere bestemt saklighet, proporsjonalitet og sannsynlighet.⁸²

For saklighetsvurderingen gjelder særlig at utenforliggende hensyn ikke skal begrunne igangsetting av etterforskning.⁸³ I relasjon til rapporteringsplikten må det kunne legges til grunn at dette ikke er et moment av nevneverdig betydning. De rapporteringspliktige er i alle praktiske tilfeller aktører som arbeider på vegne av sine klienter, og det har formodningen mot seg at utenforliggende hensyn skal motivere rapportering.

Dersom mistanken er saklig begrunnet, skal det videre gjøres en sannsynlighetsvurdering. Det skal generelt mindre til for å foreta en etterforskning der det er sannsynlig at det er begått en straffbar handling enn der dette fremstår som en noe fjern mulighet.⁸⁴ Etter påtalepraksis er sannsynligheten for at det er begått et straffbart forhold ett av flere forhold av betydning for om det foreligger «rimelig grunn», men det stilles ikke krav om en konkret mistanke.⁸⁵ Riksadvokaten fremholder at proporsjonalitetsvurderingen vil utgjøre grunnlaget for hvilken sannsynlighet som kreves i den enkelte

⁷⁹ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

⁸⁰ NOU 2016:24, s. 303

⁸¹ Riksadvokaten (1999)

⁸² Riksadvokaten (1999), s. 6

⁸³ Riksadvokaten (1999), s. 7

⁸⁴ Riksadvokaten (1999), s. 6

⁸⁵ Kjelby (2013), s. 358

sak.⁸⁶ Terskelen for å iverksette etterforskning etter § 224 vil derfor kunne variere nokså sterkt avhengig av kriminalitetstype.⁸⁷

I proporsjonalitetsvurderingen skal de mer alvorlige forbrytelser lettere føre til etterforskning enn de mindre alvorlige.⁸⁸ Alle mulige straffbare forhold kan medføre at politiet skal starte etterforskning etter § 224. Da er det naturlig at mer alvorlige straffbare forhold som drap eller ran må prioriteres over de mindre alvorlige som hærverk og besittelseskrenkelses. Konsekvensene av hvitvasking er imidlertid så store at all hvitvasking bør anses som alvorlige forbrytelser.⁸⁹ De rapporteringspliktige har allerede allokert sine ressurser ut ifra de områdene og kundene der risikoen for hvitvasking er størst. I vurderingen av hva som kan utgjøre mistanke etter hvvl. § 26, synes det derfor ikke være grunnlag for en proporsjonalitetsvurdering der enkelte transaksjoner eller kunder prioriteres over andre på bakgrunn av størrelsen på en gitt transaksjon. Ordlyden i hvvl. § 26 støtter også en slik forståelse. Dersom mistanken knytter seg til at midlene stammer fra straffbare handlinger bør rapporteringsplikten inntre uavhengig av den kvantitative størrelsen på midlene. Dette er likevel ikke til hinder for at størrelsen på en gitt transaksjon kan gjøre det mer eller mindre sannsynlig at den stammer fra kriminelle handlinger.

Dermed er det en sannsynlighetsvurdering som bør bli avgjørende for om det foreligger «grunnlag for mistanke» etter hvvl. § 26. Et slikt utgangspunkt harmonerer med uttalelsene i forarbeidene om at rapporteringsplikten ikke utløses ved en «generell risiko, vage holdepunkter eller en "magefølelse"» for hvitvasking.⁹⁰ En risiko er en vurdering av sannsynlighet mot dens konsekvenser, men som fastslått over er all hvitvasking alvorlig, og det bør derfor være sannsynligheten som er avgjørende for om det foreligger «mistanke» etter § 26. Sannsynligheten må manifestere seg i visse objektivt konstaterbare holdepunkter.⁹¹ Disse objektivt konstaterbare holdepunktene må dermed med en viss sannsynlighet, som er mindre enn en sannsynlighetsovervekt, tilsi at det foreligger hvitvasking for at rapporteringsplikten skal inntre. Plikten til å rapportere kan dermed oppstå selv om det reelt sett ikke foreligger hvitvasking. Det er sannsynligheten i så måte som må være avgjørende for om det skal sendes en MT-rapport til Økokrim. I neste punkt skal kravet til sannsynlighet konkretiseres nærmere ved å se på de «forhold» som danner grunnlag for mistanke.

⁸⁶ Riksadvokaten (1999), s. 6

⁸⁷ Kjelby (2013), s. 359

⁸⁸ Riksadvokaten (1999), s. 6

⁸⁹ Se punkt 2.2 og 2.3

⁹⁰ NOU 2016:27, s. 114

⁹¹ NOU 2016:27, s. 114

4.3 «Forhold» som danner grunnlag for mistanke

Dersom mistankekravet skal forstås som en grad av sannsynlighet, så må de «forhold» som gir «grunnlag for mistanke» være indikasjoner på sannsynlighet. En naturlig ordlydsforståelse av «forhold» uttrykker at alle omstendigheter ved et kundeforhold er relevante når spørsmålet om hvitvasking vurderes. Rapporteringsplikten omfatter dermed enhver situasjon og ethvert aspekt av transaksjoner og kundeforhold.

Som vi så over inntreer rapporteringsplikten i de fleste tilfeller der undersøkelser ikke avkrefter at det er forhold som kan indikere hvitvasking. Dersom det er «forhold som kan indikere» hvitvasking, jf. § 25, så foreligger det en viss sannsynlighet for at hvitvasking har funnet sted. Sannsynligheten styrkes dersom undersøkelsene ikke avkrefter at det kan foreligge hvitvasking. Fordi undersøkelsene ikke førte frem foreligger det dermed objektivt konstaterbare forhold som gir «grunnlag for mistanke», jf. § 26. Det kan likevel foreligge en mer konkret mistanke allerede før undersøkelser foretas. I slike tilfeller har den risikobaserte tilnærmingen lagt grunnlaget for risikoen knyttet til at hvitvasking har funnet sted, og dermed vil det kreves mindre av de objektivt konstaterbare forholdene for at det foreligger den grad av sannsynlighet som gir «grunnlag for mistanke», jf. § 26. På den måten kan rapporteringsplikten gi ulik behandling av ulike kunder. Spørsmålet videre er hvilke forhold som danner grunnlaget for de objektivt konstaterbare holdepunktene som utgjør mistankekravet, jf. § 26.

Etter § 25 annet ledd skal det alltid foretas nærmere undersøkelser dersom det er forhold som avviker fra den rapporteringspliktiges kjennskap til kunden, kundeforholdets formål og tilsiktede art. Utgangspunktet for denne vurderingen blir dermed at det skal foretas undersøkelser der det er avvik fra normal kundeferd.⁹² Den rapporteringspliktiges kjennskap til kunden stammer fra risikoprofilen som utarbeides når et nytt kundeforhold etableres, jf. § 10 første ledd bokstav a, og fra en løpende oppfølging av eksisterende kundeforhold jf. § 24. Dersom en lavrisiko-kunde foretar en rekke transaksjoner som ikke er forenlig med risikoprofilen skal den løpende oppfølgingen fange opp forholdet. I slike situasjoner vil det klart nok foreligge «forhold som kan indikere» hvitvasking.

Dersom undersøkelsene avdekker at personen egentlig bør anses å høre under en normal- eller høyrisiko-profil vil vedkommende flyttes til en slik risikoprofil. Den forhøyde risikoen kunden nå representerer vil i tiden fremover gi utslag i form av hvor inngående undersøkelser vedkommende utsettes for.⁹³ Ofte kan det være nødvendig for de rapporteringspliktige å innhente informasjon om andre virksomheter som deres kunde har et forhold til.⁹⁴ Det vil være forholdsvis enkelt å omgå

⁹² Se punkt 3.2

⁹³ Se punkt 3.4

⁹⁴ NOU 2016:27, s. 76

hvitvaskingslovens reglement dersom de rapporteringspliktige ikke også måtte skaffe seg en viss kunnskap om eksempelvis virksomheter som kunden overfører større transaksjoner til. En større utbetaling til et land med mye korrupsjon kan tilsa at risikoen for hvitvasking er høy. Dersom nærmere undersøkelser viser at mottakeren er en legitim virksomhet, vil undersøkelsene avdekke at det ikke er grunnlag for mistanke, jf. § 26. Kunnskap om kundeforholdets formål og tilsiktede art er følgelig et avgjørende trekk ved et effektivt antihvitvaskingsreglement.

Videre angis det i § 25 annet ledd bokstav a-e en rekke mer spesifikke situasjoner som alltid fordrer nærmere undersøkelser. Nærmere bestemt skal det undersøkes nærmere dersom transaksjoner «synes å mangle et legitimt formål, er usedvanlig stor eller kompleks, er uvanlig i forhold til kundens kjente forretningsmessige eller personlige transaksjoner, foretas til eller fra en kunde i et land eller område som ikke har tilfredsstillende tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering eller på annen måte har en uvanlig karakter». Dette er alle svært skjønnsmessige vurderingstemaer som vil avhenge stort ut ifra hvilken næring den rapporteringspliktige jobber i, og dermed vanskelig kan konkretiseres på generelt grunnlag. I det følgende vil derfor disse vurderingstemaene illustreres ved noen eksempler.

En vurdering av om en transaksjon foretas til eller fra en kunde i et land eller område som ikke har tilfredsstillende tiltak mot hvitvasking er antagelig en mindre krevende prosess. De rapporteringspliktige må da forholde seg til retningslinjene i hvitvaskingsforskriften⁹⁵ §§ 4-9 bokstav c og 4-10.

En transaksjon som synes å mangle et legitimt formål kan eksempelvis knytte seg til en rekke mindre transaksjoner som overføres fra én konto til en annen. En slik forflyttelse av penger kan være egnet til å skjule midlenes opprinnelse og dermed oppnå formålet med hvitvasking. Dersom en slik prosess gjennomføres gjentatte ganger blir det svært vanskelig for myndighetene å avdekke, og ikke minst bevise, at de har med hvitvaskingshandlinger å gjøre. Dersom den rapporteringspliktige observerer et slikt mønster av transaksjoner vil det gi sterk oppfordring til å undersøke forholdet. I en slik situasjon er transaksjonene hver for seg ikke egnet til å utgjøre «grunnlag for mistanke», særlig fordi det gjerne vil dreie seg om mindre beløp. Den rapporteringspliktige kan imidlertid vurdere transaksjonsmønsteret, og samlet vil transaksjonene tilsa den grad av sannsynlighet at det foreligger «grunnlag for mistanke», jf. § 26.

Samme betraktninger om transaksjonsmønster må legges til grunn når den rapporteringspliktige skal vurdere om det foreligger et tilfelle med usedvanlig store eller komplekse transaksjoner. Siden vurderingen tar utgangspunkt i om transaksjonen er usedvanlig vil det være naturlig å særlig vurdere

⁹⁵ Forskrift 14. september 2019 nr. 1324 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsforskriften)

forholdet i lys av kundens risikoprofil og alminnelige adferd. Hvorvidt et beløp er usedvanlig stort må bero på hvor store transaksjoner kunden vanligvis foretar. En lavrisiko-kunde som plutselig foretar en relativt stor betaling til utlandet vil da fordre videre undersøkelser, og dersom undersøkelsene ikke avkrefter at det foreligger hvitvasking vil det være «grunnlag for mistanke», jf. § 26.

Vi kan tenke oss en nyoppstartet restaurant som oppretter et kundeforhold til en bank. Banken vil, som en del av risikovurderingen gjøre anslag for hvor stor pågang restauranten vil ha, og hvor mange kontantbetalinger som vil inngå i driften. Dersom banken en gitt måned observerer en stor økning i antallet kontantbetalinger vil dette bryte med kundens «kjente forretningsmessige (...) transaksjoner». Etter nærmere undersøkelser viser det seg imidlertid at kortterminalen til restauranten var ødelagt i en periode av måneden. Da vil sannsynligheten for hvitvasking være for liten til å kvalifisere til en «mistanke», jf. § 26. De neste tre månedene observerer imidlertid banken samme mønster for kontantbetalingene. Ved nærmere undersøkelser får de samme forklaring fra kunden om ødelagte betalingsautomater. En utfordring i så måte er at den rapporteringspliktige er underlagt forbud mot å avsløre at det foretas undersøkelser, jf. § 28. Gjentatte spørsmål om samme forhold kan dermed avsløre at det foretas undersøkelser potensielt i påvente av rapportering.

Dette reiser to særlige spørsmål. Først et spørsmål om tillitshensyn kan legge føringer for om det foreligger «grunnlag for mistanke», jf. § 26. Banken har strengt tatt fått en forklaring på hvorfor forholdene som indikerer hvitvasking har funnet sted. I slike situasjoner bør imidlertid risikoen for hvitvasking skjære gjennom i samsvar med risikoprinsippet. Mønsteret av avvik i dette tenkte eksempelet tilsier at sannsynligheten for hvitvasking vil kvalifisere til mistankekravet etter § 26. EFE vil ved behandling av saken kunne hensynta at en undersøkelse er foretatt og en forklaring er gitt. Da får det være opp til EFE å vurdere om forholdene i saken taler for en anmeldelse.

Videre blir det et spørsmål om forbudet i § 28 kan tilsi at videre undersøkelser bør utgå til fordel for at det sendes en rapport til EFE. Siden en avsløring av at det foretas undersøkelser vil gi de som befatter seg med midler fra kriminelle handlinger et insentiv til å være særlig nennsom, er det sterke hensyn som taler for varsomhet mot ytterligere undersøkelser. På den andre siden er det lite hensiktsmessig å rapportere et forhold som i utgangspunktet ikke tilsier den grad av sannsynlighet som kreves for at det foreligger «mistanke», jf. § 26. Å rapportere i slike tilfeller kan fort medføre den type overrapportering som vanskeliggjør arbeidet til EFE. Lovgiverviljen virker imidlertid klart å ligge på en linje om at det bør rapporteres for mye heller enn for lite. I relasjon til den gamle hvitvaskingsloven, der undersøkelsesplikten fremdeles var knyttet til mistankebegrepet, ble det fremholdt at «[e]nhver mistanke vil i utgangspunktet kunne oppfylle kriteriet, også «diffus»

mistanke». ⁹⁶ I forarbeidene til den nye loven presiseres det at terskelen for undersøkelsesplikt er lav, og at det i de fleste tilfeller bør rapporteres dersom undersøkelser ikke er egnet til å avkrefte at det foreligger hvitvasking. ⁹⁷ I et tenkt eksempel som vårt virker derfor norsk rett å legge opp til at det bør rapporteres selv om videre undersøkelser ikke har latt seg gjøre. Avgjørende må likevel være om det foreligger visse objektivt konstaterbare holdepunkter for mistanken.

Selv om terskelen for rapporteringsplikt er objektiv, kan rapporteringsplikten gi ulik behandling i praksis. ⁹⁸ I slike tilfeller, er det den forhøyde risikoen for hvitvasking som en kunde representerer, som har medført at de følges tettere av den rapporteringspliktige. Sagt med andre ord, vil en slik høy risiko kunne påvirke hvor mye som kreves av objektivt konstaterbare forhold for at terskelen for mistanke er oppfylt. Denne forskjellen i behandling kan illustreres i to eksempler.

Det første eksempelet knytter seg til undersøkelsesplikten der én person har et kundeforhold til to banker. De større finansielle aktørene har automatiserte systemer som flagger transaksjoner ut ifra den identifiserte risikoprofilen til kunden. Den skjønnsbaserte utarbeidelsen av kundens risikoprofil kan dermed føre til at kunden er ansett som en lavrisiko-kunde i bank B, mens vedkommende er en normalrisiko-kunde hos bank A. Fordi undersøkelsesplikten er skjønnsbasert vil det være uunngåelig at en transaksjon som flagges i bank A, kan gå rett igjennom i bank B. I et slikt tilfelle vil den høyere risikoen for hvitvasking som kunden representerer i bank A gjøre sannsynligheten for hvitvasking betydelig nok til at det foreligger «grunnlag for mistanke», jf. § 26. Dette trenger ikke nødvendigvis å bety at bank B ikke har overholdt undersøkelses- og rapporteringsplikten. Dersom kundens transaksjonsmønster svarer til den identifiserte risikoprofilen vil det ikke foreligge «forhold som kan indikere» hvitvasking, jf. § 25. Forutsetningen for forenklete kundetiltak er imidlertid at den gjennomførte risikoprofilen er korrekt, slik at sannsynligheten for hvitvasking er lav. I dette eksempelet kan det like gjerne være bank A som har vurdert risikoen for hvitvasking som høyere enn den egentlig er.

Det andre eksempelet viser hvordan rapporteringsplikten kan gi ulik behandling der to kunder i samme bank foretar samme handlinger, men risikoprofilen til kundene kun gir «grunnlag for mistanke» om hvitvasking mot den ene. Dette kan være tilfellet der banken har et kundeforhold til en politisk eksponert person, noe som fordrer forsterkede kundetiltak, jf. § 18, jf. § 2 bokstav f. Vi kan tenke oss en privatperson som har et eksisterende kundeforhold til en bank. Bankens anser kunden som lavrisiko i relasjon til hvitvasking. Denne kunden mottar så en rekke mindre betalinger fra utlandet. Avhengig av blant annet hvilke land det er tale om, og om betalingene bryter med kundehistorikken

⁹⁶ Ot.prp nr 3 (2008-2009), s. 97

⁹⁷ NOU 2016:27, s. 115

⁹⁸ Se punkt 3.1

kan situasjonen etter omstendighetene utgjøre «forhold som kan indikere» hvitvasking, jf. § 25. Dersom kunden forklarer situasjonen som et enkelttilfelle av tilbakebetaling av gjeld vil det neppe være «grunnlag for mistanke» slik at forholdet må rapporteres til EFE.

En tilsvarende situasjon vil likevel fort gi et annet utfall dersom kunden utgjør en høy risiko for hvitvasking. Fordi politisk eksponerte personer anses å stå i god posisjon til å begå korrupsjon,⁹⁹ fordrer denne posisjonen at de rapporteringspliktige vier dem særlig oppmerksomhet. Dersom en politisk eksponert person mottar tilsvarende betalinger, og gir samme forklaringer, som over vil dette fort gi banken en rapporteringsplikt. Da vil den særlige risikoen for hvitvasking som kunden representerer gjøre det mer sannsynlig at midlene er utbytte fra straffbare handlinger, og en helhetsvurdering av situasjonen vil tale for at hendelsen rapporteres til EFE som mistenkelig. Dermed medfører den særlig høye risikoen for hvitvasking som kunden representerer at det kreves mindre for at de objektivt konstaterbare holdepunktene gir «grunnlag for mistanke», jf. hvvl. § 26.

4.4 Hva skal inngå i MT rapport

At rapporteringspliktige er pålagt å sende MT-rapport når de mistenker hvitvasking følger allerede av hvvl. § 26 første ledd første punktum. De rapporteringspliktige skal oversende opplysninger om «forholdene» som gir grunnlag for mistanke. Som nevnt over angir «forholdene» alle omstendigheter ved en kunde som kan indikere hvitvasking. I forarbeidene listes det en rekke forhold som skal inngå i rapporten, blant annet opplysninger om; kunden, kontoer, transaksjonen, kontoutskrifter og mer.¹⁰⁰

Dersom EFE effektivt skal kunne navigere seg gjennom de stadig økende mengdene MT-rapporter er det en forutsetning at rapportene gir den informasjonen som nødvendig for å etterprøve om hvitvasking kan ha funnet sted. I Nasjonal risikovurdering for 2018 fremholdes det at de svake MT-rapportene preges av korte beskrivelser av faktiske forhold uten at mistanken beskrives nærmere, samt at det ikke beskrives nærmere hvilke undersøkelser som er gjort for å belyse mistanken.¹⁰¹

En beskrivelse av faktiske forhold blir da et helt nødvendig utgangspunkt for at EFE skal kunne vurdere den gitte sannsynligheten for hvitvasking. Hensett til at risikoprinsippet bygger på at det er virksomhetene selv som er best egnet til å identifisere risikoen for hvitvasking, bør den rapporteringspliktige aktivt bruke den risikobaserte tilnærmingen til å forklare den gitte risikoen i situasjonen. Dersom det er et mønster av transaksjoner som samlet utgjør mistanken for hvitvasking

⁹⁹ Rui (2012), s. 290

¹⁰⁰ NOU 2016:27, s. 115

¹⁰¹ Justis- og beredskapsdepartementet (2018), s.35

må disse fremgå, sammen med en vurdering av hva som gjør de mistenkelige. Dersom mistanken er knyttet til en bedrift i utlandet som kunden har et forhold til, bør den rapporteringspliktige skrive om omstendighetene rundt bedriften og kundens forhold til denne. Videre bør det fremgå om det var undersøkelsene som ikke førte frem, og dermed ga grunnlag for mistanke eller om mistanken oppsto før og ble styrket av undersøkelsene.

Dersom mistanken skyldes at undersøkelser ikke fører frem, bør grunnlaget for undersøkelsene forklares nærmere. Dette vil innebære en forklaring på hvorfor den rapporteringspliktige mener det foreligger et avvik fra normal kundeferd satt opp mot den identifiserte risikoen i den gitte situasjonen. Siden rapporteringsplikten i de fleste tilfeller inntreffer når undersøkelser ikke fører frem, er det særlig viktig å forklare hvilke undersøkelser som er foretatt og forsøke å formidle hvorfor undersøkelsene ikke var vellykket. For de tilfeller der mistanken oppsto før og ble styrket av undersøkelsene bør den rapporteringspliktige forklare hva som utgjorde grunnlaget for mistanken, og hvordan undersøkelsene har styrket den.

Det er nærliggende å tenke at en konkretisering av mistankekravet vil være en krevende prosess for rapporteringspliktige som ikke er jurister. En nærmere vurdering av hvorvidt terskelen for mistanke etter § 26 er overtrådt burde derfor ikke være en nødvendig del av rapporten. Fokus bør heller være å få frem hva den rapporteringspliktige mener gjør forholdet mistenkelig, slik at MT-rapporten gir utfyllende informasjon og god oversikt for EFE. Da kan EFE selv vurdere om mistanken er av en slik grad at forholdet bør anmeldes.

5. Avsluttende bemerkninger

Hvitvaskingsloven skal «forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering», jf. § 1, og i den anledning er et mest mulig ensartet regelverk i Norden og Europa et hensyn i seg selv.¹⁰² Både svensk og dansk rett benytter samme terskel for undersøkelses- og rapporteringsplikten, og begge knytter mistankekravet til «rimelig grunn». Fordelen med å benytte «rimelig grunn» er at det er et innarbeidet begrep som gir veiledning ut ifra praksis og den naturlige ordlydsforståelsen. Spørsmålet som oppstår er om det styrker lovens formål at norsk rett har valgt en linje med to forskjellige terskler som begge er lavere enn det som følger av direktivet.

At terskelen for undersøkelsesplikten er lavere enn for rapporteringsplikten har gode grunner for seg. Et fra det mer til det mindre perspektiv, tilsier at det bør kreves mer for å rapportere et forhold til myndighetene som mistenkelig enn å igangsette undersøkelser. Personvern hensyn taler imidlertid for at overvåking ikke bør benyttes med mindre det foreligger et klart behov.¹⁰³ Generelt kan man si at effektiv bekjempelse av hvitvasking er et behov i samfunnet, men dersom tersklene slik de følger av direktivet er tilstrekkelige tiltak, må personvern hensyn komme inn med tyngde. Det er nødvendig at alle kunder overvåkes til en viss grad for at hvitvaskingsloven effektivt skal kunne tjene sitt formål. Risikoprinsippets gjennomslag i det nye hvitvaskingsdirektivet forutsetter at det er de rapporteringspliktige som har kompetansen og mulighetene til å avdekke hvitvasking. Når undersøkelsesplikten inntreffer ved avvik fra normal kundeferd faller normaltilfellene utenfor, og det er da en relativt liten andel kunder som utsettes for mer inngripende undersøkelser. Samtidig kan terskelen i norsk rett være egnet til å fange opp flere tilfeller av hvitvasking fordi flere forhold undersøkes. Dermed ivaretas hensynet til å avdekke primærlovbrudd og i forlengelsen hensynet til finansiell sektors integritet. Samlet virker det derfor som at en lavere terskel for undersøkelsesplikten er egnet til å bedre fremme lovens formål.

Hva gjelder terskelen for rapporteringsplikten er det flere utfordringer knyttet til å kunne si noe konkret om hvorvidt en lavere terskel er bedre egnet til å fremme lovens formål. Lovgiver viljen synes å være at det heller bør rapporteres for mye enn for lite, og insentivene de rapporteringspliktige har i så måte taler påfallende tungt i retning av at en lav terskel for rapportering er et gode. Forutsetningen må imidlertid være at MT-rapportene som sendes inn er av en slik kvalitet at EFE er i stand til å avgjøre om forholdet bør resultere i en anmeldelse.

¹⁰² NOU 2016:27, s. 209

¹⁰³ NOU 2016: 27, s. 42

I det videre vil jeg knytte noen kommentarer til insentivene de rapporteringspliktige har til å overrapportere etter den nye hvitvaskingsloven. Først kan det reises spørsmål ved om den lave terskelen for undersøkelsesplikten, sammenholdt med tilnærmingen om at rapporteringsplikten ofte vil utløses dersom undersøkelser ikke fører frem, i realiteten påvirker terskelen for rapporteringsplikt. Etter den gamle loven var både undersøkelses- og rapporteringsplikten knyttet til krav et om mistanke, noe som la grunnlaget for diskusjonen nevnt ovenfor om hvorvidt tersklene for de to pliktene var sammenfallende. Etter den gamle loven skulle forhold rapporteres når undersøkelser ikke avkreftet mistanken, jf. hvvl. av 2009, § 18. Siden undersøkelsesplikten fordret en «mistanke» ble det en naturlig automatikk i at rapportering måtte skje når undersøkelsen ikke avkreftet mistanken. Når terskelen for undersøkelsesplikten etter den nye loven er satt lavere vil det nødvendigvis føre til flere undersøkelser. Det er nærliggende å anta at en slik kvantitativ økning i undersøkelser vil medføre flere tilfeller der undersøkelsene ikke avkrefter muligheten for hvitvasking. Insentivene for å rapportere for å være på den sikre siden vil være store. Dermed oppstår risikoen for at rapportering i praksis vil finne sted der et er «forhold som kan indikere» hvitvasking, jf. hvvl. § 25 fordi undersøkelsene ikke har ført frem.

Jeg mener derfor at koblingen mellom at undersøkelser ikke avkrefter at det foreligger hvitvasking, og at rapporteringsplikten utløses, bør nedtones. I noen tilfeller kan det som vist tenkes at mistanken styrkes der undersøkelser ikke fører frem, men det avgjørende må være om det foreligger objektivt konstaterbare holdepunkter som gir den rapporteringspliktige «grunnlag for mistanke», jf. § 26. At det gjenstår en slik vurdering etter at undersøkelser er gjort bør fremgå klart i den veiledningen som gis til de rapporteringspliktige. På den måten vil den selvstendige terskelen for rapporteringsplikten klargjøres, og dette vil føre norsk rett nærmere det som følger av direktivet. De rapporteringspliktige vil i slike situasjoner uansett ha særlig oppfordring til å overvåke den aktuelle kunden nærmere i det videre kundeforholdet, og dersom fremtidige handlemonstre gir ytterligere indikasjoner på hvitvasking vil det fort foreligge «grunnlag for mistanke», jf. § 26.

Videre blir de rapporteringspliktige pålagt en forholdsvis vidtgående undersøkelsesplikt, samtidig som at de står overfor en trussel om straff dersom de undersøker på en måte som er egnet til å avsløre at undersøkelser finner sted. Slike situasjoner legger naturligvis begrensninger på hvordan de rapporteringspliktige kan gå frem i sine undersøkelser. Da blir veien kort til å slå fast at undersøkelsene ikke har ført frem, med det utfall at forholdet vil måtte rapporteres til EFE. Grunnlaget for mistanken vil da være knyttet til manglende undersøkelser rundt et avvik fra normal kundeferd. I et slik tilfelle er det nærliggende å tenke at MT-rapporten vil gi et dårlig grunnlag for EFE å vurdere den nærmere situasjonen. Etter mitt syn fremstår det viktig å dempe insentivene for overrapportering. Fokuset bør knyttes til at hver enkelt MT-rapport innehar en slik kvalitet at EFE på en forsvarlig måte kan vurdere om det aktuelle forholdet tilsier en hvitvaskingshandling. På den måten

effektiviseres ressursene i kampen mot hvitvasking, og MT-rapportene kan fortsette å være «det viktigste materialet som ligger til grunn for EFEs arbeid».¹⁰⁴

¹⁰⁴ Rui (2012), s. 240

6. Referanseliste

6.1 Litteratur:

Høgberg, Alf Petter og Stridbeck, Ulf (red) (2008): "Hvitvasking", Oslo: Universitetsforlaget.

Kjelby, Gert Johan (2013), "Mellom rett og plikt til straffeforfølgning", Oslo: Cappelen Damm AS.

Rui, Jon Petter (2012), "Hvitvasking: Fenomenet, regelverket, nye strategier", Oslo: Universitetsforlaget.

Rui, Jon Petter (2014), "Straffeprosessen i perspektiv", Jussens Venner, 2014(06), s. 382-443.

6.2 Artikler:

The Financial Action Task Force (2012), "International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation", revidert juni 2019, Paris.

Finanstilsynet (2019), "Rundskriv 8/2019: Veileder til hvitvaskingsloven", Korrigert juni 2019, Oslo.

Finanstilsynet, vedtak I (2019), Vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr mot Santander Consumer Bank AS, <https://www.finanstilsynet.no/contentassets/6ce0dd4e8e614aeeb1153fdb267636f4/vedtak-om-ileggelse-av-overtredelsesgebyr-santander-consumer-bank-as.pdf> hentet 09.12.2019

Finanstilsynet, vedtak II (2019) Vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr mot Komplett Bank ASA, <https://www.finanstilsynet.no/contentassets/4d620268d5224bae91426fc23b33552a/vedtak-om-ileggelse-av-overtredelsesgebyr-komplett-bank-asa.pdf> hentet 09.12.2019

Finanspolisen (2019), "Finanspolisen informerar - Verksamheten i statistik – 2018", Stockholm.

Iversen, Birgitte (2019), "DNB må etterforskes etter hvitvaskingsanklager, mener eksperter", <https://e24.no/boers-og-finans/i/VbXVJ4/dnb-maa-etterforskes-etter-hvitvaskingsanklager-mener-eksperter> hentet 07.12.2019

Justis- og beredskapsdepartementet (2018), "Nasjonal risikovurdering - Hvitvasking og terrorfinansiering i Norge 2018", Oslo.

Klevstrand, Agnete og Trumpy, Jacob (2019), "Bankene dobler innsatsen mot hvitvasking – og nå kommer bøtene", <https://www.dn.no/marked/hvitvasking/danske-bank/komplett-bank/bankene-dobler-innsatsen-mot-hvitvasking-og-na-kommer-botene/2-1-638086> (bak betalingsmur) hentet 04.12.2019

Riksadvokaten (1999), "rundskriv nr. 3/1999", Oslo.

Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (2019), "Underretninger og videregivelser 2018", København [<https://anklagemyndigheden.dk/sites/default/files/inline-files/Underretninger%20og%20videregivelser%202018.pdf>] hentet 09.12.2019

Sættem, Johan B. (2019), "DNB-aksjen stuper etter Økokrim-etterforskning" <https://www.nrk.no/norge/dnb-aksjen-stuper-etter-okokrim-etterforskning-1.14800805> hentet 09.12.2019

Økokrim (2017), "Enheten for finansiell etterretning (EFE)", oppdatert juli 2019, <https://www.okokrim.no/enheten-for-finansiell-etterretning.424322.no.html> hentet 07.12.2019

Økokrim (2018), "Når skal det rapporteres?", <https://www.okokrim.no/naar-skal-det-rapporteres.475345.no.html> hentet 07.12.2019

Økokrim (2018), "Statistikk MT-rapporter", oppdatert oktober 2019, <https://www.okokrim.no/statistikk-mt-rapporter.475337.no.html> hentet 07.12.2019

6.3 Lover

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Directive 2005/60/EC of October 26 2005 (tredje hvitvaskingsdirektiv)

Directive 2015/849 of May 20 2015 (fjerde hvitvaskingsdirektiv)

Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Consolidated version 2016, (EN 2016/C 202/01)

Lag nr: 2017:630 om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism

Lov nr. 651 af 08. juni 2017 om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven)

Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)

Forskrift 14. september 2019 nr. 1324 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsforskriften)

6.4 Forarbeider:

Ot.prp.nr.53 (1992–1993) Om lov om endringer i straffeloven m.v (hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger)

NOU 2007:10 Om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering - Gjennomføring av EØS-regler tilsvarende EUs tredje hvitvaskingsdirektiv i norsk rett

Ot.prp nr. 3 (2008-2009) Om lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (hvitvaskingsloven)

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov

NOU 2016:27 Ny lovgivning om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering II, Andre delutredning

Prop.40 L (2017–2018) Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)