



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Hvitvaskingslovens risikoprinsipp

En analyse av risikoprinsippets betydning for etterlevelsen, håndhevelsen og reguleringen av hvitvaskingsloven

Karoline Angell

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3901 – vår 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Avhandlingens tema.....	1
1.2	Aktualitet.....	3
1.3	Rettslig plassering.....	5
1.4	Presiseringer og veien videre.....	7
2	Metode og rettskilder.....	10
2.1	Metodiske utgangspunkter.....	10
2.2	Metodiske bemerkninger.....	10
2.2.1	EU-/EØS-rett og direktivtolkning.....	10
2.2.2	Forholdet mellom loven, direktivet og FATFs anbefalinger.....	12
2.3	Rettskildesituasjonen.....	13
3	Bakgrunn og kontekst.....	14
3.1	Innledende bemerkninger.....	14
3.2	Historisk utvikling av risikostyring og -håndtering.....	15
3.2.1	Fremveksten av ulike tilnærminger basert på risiko.....	15
3.2.2	Finansiell risikostyring.....	16
3.3	Hvitvaskingsregelverkets historikk.....	18
3.3.1	Opprinnelsen og de første rettslige virkemidlene.....	18
3.3.2	Internasjonale tiltak og samarbeid.....	19
3.3.3	Risikoprinsippet introduseres.....	20
3.4	De internasjonale aktørene.....	21
3.4.1	Det internasjonale anti-hvitvaskingsregimet.....	21
3.4.2	FATF (Financial Action Task Force).....	22
3.4.3	EU.....	24
3.4.4	Andre internasjonale organisasjoner og aktører.....	25
3.5	Risikoprinsippet innføres i hvitvaskingsregelverket.....	28

3.5.1	Argumentasjon og begrunnelse for innføring	28
3.5.2	Fra innføring til styrking	29
4	Risikoprinsippets og hvitvaskingsregelverkets formål og deskriptive funksjon.....	31
4.1	Innledende bemerkninger	31
4.2	Risikoprinsippet som grunnprinsipp	32
4.3	Hvitvaskingslovens formål og funksjon.....	34
4.3.1	Formålsbetrakninger.....	34
4.3.2	Fremskaffelse av etterretningsinformasjon som funksjon.....	36
4.4	Risikoprinsippets funksjon	37
4.4.1	Innledende bemerkninger	37
4.4.2	Er reduksjon av risiko en funksjon ved hvitvaskingsregelverket?	39
4.4.3	Har risikoprinsippet samme funksjon i alle henseender?	47
5	Risikobegrepet og utgangspunkter for risikoprinsippets innhold.....	48
5.1	Innledning.....	48
5.2	Risikobegrepet.....	48
5.2.1	Hva er risiko?	48
5.2.2	Risikobegrepet i hvitvaskingsregelverket	49
5.3	Utgangspunkter for risikoprinsippets innhold.....	53
5.3.1	Innledende bemerkninger	53
5.3.2	Effektivitet.....	53
5.3.3	Proporsjonalitet	54
6	Risikoprinsippets innhold for rapporteringspliktige.....	55
6.1	I hvilken grad er hvitvaskingslovens regler risikobasert?	55
6.2	Virksomhetsinnrettet risikovurdering.....	56
6.3	Rutiner	60
6.4	Kundetiltak	63
6.4.1	Rettslige utgangspunkter for kundetiltak	63

6.4.2	Forenklede kundetiltak	66
6.4.3	Forsterkede kundetiltak	69
6.4.4	Politisk eksponerte personer.....	70
6.4.5	Reelle rettighetshavere	73
6.5	Løpende oppfølging	78
6.5.1	Utgangspunkter for løpende oppfølging.....	78
6.5.2	Elektronisk overvåkningsprogram	79
6.6	Undersøkelser og rapportering	81
7	Innholdet i risikoprinsippet ved nasjonale forpliktelser	84
7.1	I hvilken grad er hvitvaskingsregelverkets forpliktelser for nasjonale myndigheter risikobaserte?.....	84
7.2	Tilsynsmyndighetene.....	85
7.2.1	I hvilken grad er tilsynsmyndighetene underlagt risikoprinsippet?	85
7.2.2	Risikobaserte tilsyn	86
7.2.3	Evaluering og fremgangsmåte.....	87
7.3	Øvrige nasjonale forpliktelser	90
7.3.1	Innledende bemerkninger	90
7.3.2	Nasjonal risikovurdering	91
7.3.3	Nasjonal lov- og forskriftsgivning	93
7.3.4	Myndighetspraksis	94
8	Implikasjoner av risikoprinsippet.....	96
8.1	Innledende bemerkninger	96
8.2	Ansvarfordeling for et effektivt regelverk.....	97
8.2.1	Risikobasert kontra regelbasert	97
8.2.2	Selvregulering	99
8.3	Hvordan håndheve selvregulering?.....	101
8.4	Utsiktede implikasjoner av risikoprinsippet.....	104

8.4.1	Innledende bemerkninger	104
8.4.2	De-risking	105
8.4.3	«Gold-plating» og overrapportering	108
9	Avsluttende betraktninger	111
	Referanseliste	114
	Lover og forskrifter	114
	Internasjonale konvensjoner, traktater og direktiver	115
	Forarbeider, offentlige dokumenter, rundskriv, retningslinjer, rapporter mv.	117
	Internasjonale veiledninger, rapporter, arbeidsdokumenter mv.	121
	Rettspraksis og forvaltningspraksis	124
	Litteratur	125
	Avisartikler, innlegg mv. (etter publiseringsdato)	132
	Diverse (uten dato – alfabetisk rekkefølge)	134
	Vedlegg	135

1 Innledning¹

1.1 Avhandlingens tema

Hvitvasking er betegnelsen på en prosess som har som mål å skjule eller tilsløre at verdier stammer fra straffbare forhold. Prosessen er avgjørende for all kriminell aktivitet av noe omfang.² Ettersom befatning med større mengder kontanter både raskt blir oppsiktsvekkende og gir begrensede muligheter for investeringer vil utbyttet ofte tilsløres gjennom det finansielle systemet. Hvitvasking gjennomføres følgelig stort sett ved misbruk av bankvesenet eller annen legitim næringsvirksomhet.³

For å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering oppstiller hvitvaskingsloven forpliktelser for en rekke av de private aktørene som typisk misbrukes til hvitvasking.⁴ Blant disse aktørene er finanssektoren, revisorer, regnskapsførere, advokater og eiendomsmeglere, se hvvl. § 4. Loven pålegger disse aktørene å gjøre seg kjent med kundene sine, overvåke dem og undersøke indikasjoner på hvitvasking og terrorfinansiering, for så å rapportere eventuell mistanke om slik virksomhet til etterretningstjenesten for finansiell etterretning (EFE).⁵ De forpliktete aktørene kalles følgelig for rapporteringspliktige.⁶

Tema for avhandlingen er hvitvaskingslovens risikoprinsipp. Risikoprinsippet er utgangspunktet for de rapporteringspliktiges etterlevelse av loven og myndighetenes håndheving og regulering av loven.

For det første skal lovens regler etterleves med utgangspunkt i en risikobasert tilnærming eller risikoprinsippet. Risikoprinsippet for de rapporteringspliktige kommer for til uttrykk i hvvl. § 6. Bestemmelsen foreskriver at de rapporteringspliktige skal «legge til grunn vurderinger av risiko for hvitvasking og terrorfinansiering» ved anvendelsen av loven.

¹ Under arbeidet med avhandlingen har forfatteren fått tilgang til et upublisert manuskript av Jon Petter Rui, Gunnar Holm Ringen og Kristine Frivold Rørholt, *Kommentarutgave: Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering*. Foreløpig manuskript per 20. mai 2020 er vedlagt. På grunn av at sidetall ikke er endelig vises det til kommentar til paragraf og underpunkter.

² Jon Petter Rui, *Hvitvasking: Fenomenet, regelverket, nye strategier*, Oslo 2012 s. 21.

³ Økokrim, *Hvitvasking*, 6. juni 2017 (<https://www.okokrim.no/hvitvasking.6004527.html>), sist besøkt 3. desember 2019)

⁴ Se Lov 01. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven/hvvl.) § 1 første ledd hvor lovens formål angis å være «å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering».

⁵ Se hvvl. §§ 9-19, 24, 25 og 26.

⁶ Jf. også hvvl. § 2 bokstav c, jf. § 4 første, annet og femte ledd.

For det andre skal både håndhevingen og reguleringen av loven baseres på risikoprinsippet. Hvitvaskingsloven er en gjennomføring av EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv (heretter «direktivet»⁷). Videre bygger både hvitvaskingsloven og direktivet på 40 anbefalinger fra det internasjonale organet Financial Action Task Force (FATF)⁸. Direktivet artikkel 7 og FATFs anbefaling nr. 1 fastsetter at risikoprinsippet også er avgjørende for nasjonale myndigheters forpliktelser etter og regulering av regelverket. Herunder skal tilsynsmyndighetenes virksomhet skal være risikobasert, jf. direktivet artikkel 48 nr. 6 til 8 og FATFs anbefaling 1 og 26. Direktivet og FATFs anbefalinger er sentral både for å få grep om og forståelse for loven, ved tolkingen av loven og for å fastsette plikter for nasjonale myndigheter som ikke er direkte regulert i hvitvaskingsloven.⁹

Risikoprinsippet setter følgelig føringer for etterlevelsen, håndhevelsen og reguleringen av hvitvaskingsloven. Overordnet går risikoprinsippet ut på at de tilgjengelige ressurser skal brukes slik at man mest mulig effektivt forebygger og avdekker hvitvasking og terrorfinansiering.¹⁰ Risikoprinsippet innebærer at staten, relevante myndigheter og rapporteringspliktige skal identifisere, vurdere og forstå risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering som de er eksponert for og iverksatte tiltak som er i samsvar med den identifiserte risikoen.¹¹ Denne risikobaserte tilnærmingen innebærer at omfanget av tiltakene som skal gjøres etter regelverket øker der risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering er høyere. I situasjoner der risikoen på den annen side er lavere, kan omfanget av tiltak tilsvarende reduseres innenfor lovens rammer.¹²

Avhandlingens hovedproblemstilling er hvilken bakgrunn, funksjon og nærmere innhold risikoprinsippet i hvitvaskingsregelverket har. Siktemålet med avhandlingen er å gi en fremstilling av risikoprinsippet *de lege lata* og risikoprinsippets implikasjoner *de lege ferenda*.

⁷ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2015/849 av 20. mai 2015 om forebyggende tiltak mot bruk av det finansielle systemet i forbindelse med hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme (fjerde hvitvaskingsdirektiv).

⁸ FATF, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, The FATF Recommendations*, 2012 (heretter "FATFs anbefalinger").

⁹ Forholdet mellom hvitvaskingsloven, direktivet og FATFs anbefalinger analyseres nærmere under punkt 2.2.2.

¹⁰ Prop. 40 L (2017-2018) s. 48.

¹¹ FATF, *Guidance for a risk-based approach: The Banking Sector*, Paris 2014 s. 6. Seksjon I i denne veiledningen omhandler risikoprinsippet generelt for alle forpliktete aktører

¹² Prop. 40 L (2017-2018) s. 47.

1.2 Aktualitet

Aktualiteten for en fremstilling av hvitvaskingslovens risikoprinsipp er todelt. For det første er risikoprinsippet gitt større fokus i nyere tid og danner utgangspunktet for regelverket. Risikoprinsippet innebærer en forskyving av ansvar for hva som utgjør tilstrekkelige tiltak fra lovgivende myndighet til pliktsubjekt.¹³ Ved at risikoprinsippet gis stadig større gjennomslagskraft forskyves dette ansvaret ytterligere mot et regelverk som har karakterer av å pålegge selvregulering hos de forpliktete. I den forbindelse oppstår det særskilte problemstillinger som har et interessant juridisk avklaringspotensial.

For det andre oppfattes risikoprinsippet som utfordrende. Dette har også en sammenheng med at ansvaret er dels forskjøvet over på private aktører, mens konkret hvor langt dette ansvaret går, hvilken skjønnsmargin de har for å oppfylle dette ansvaret og hvilket ansvar som er igjen hos myndighetene fremstår som uklart. Videre er det en utfordring å vurdere risikoen for menneskeskapte fenomener som hvitvasking og terrorfinansiering.¹⁴

At risikoprinsippet er gitt stadig større fokus vises gjennom at samtlige hvitvaskingsregelverk løfter risikoprinsippet frem som det grunnleggende utgangspunkt i et effektivt system for bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering. Risikoprinsippet vises til som den primære metoden for å fordele ressurser på en hensiktsmessig måte i dette arbeidet.¹⁵ Prinsippets overordnede karakter vises også ved at det er inntatt som anbefaling nr. 1 i FATFs anbefalinger. FATFs anbefaling 1 om risikobasert tilnærming følges opp i hvitvaskingsdirektivet med en egen seksjon 2 i om «risk assessment» og artiklene 6–8. Hvitvaskingsloven har en generell kodifisering av risikoprinsippet i § 6. Videre er det altovergripende på området ved at det gjelder både for rapporteringspliktige, nasjonale myndigheter, herunder tilsynsmyndighetene og staten som sådan.

Forskyvningen av ansvar vises gjennom at risikoprinsippet innebærer at intensiteten og utformingen av tiltak etter loven i flere situasjoner skal tilpasses de rapporteringspliktiges risikovurderinger. I motsetning til en regelbasert tilnærming hvor myndighetene har ansvaret for utforme faste regler som de rapporteringspliktige skal etterleve, innebærer risikoprinsippet at ansvaret flyttes til rapporteringspliktiges vurderinger av risiko og hensiktsmessige tiltak.

¹³ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 5.4.

¹⁴ Ibid kommentar til § 7 punkt 2.5.2.

¹⁵ Se bl.a. FATF, *Guidance on the risk-based approach to combating money laundering and terrorist financing: High level principles and procedures*, Paris 2007, s. 4

Risikoprinsippet medfører med andre ord en overgang fra statlig detaljregulering til ganske utstrakt selvregulering hos de rapporteringspliktige.¹⁶

At risikoprinsippet oppfattes som utfordrende vises blant annet ved FATFs evaluering av Norges implementering av hvitvaskingsregelverket i 2014, hvor ble det gitt kritikk for manglene forståelse av den risikobaserte tilnærmingen.¹⁷ FATF skrev i evalueringsrapporten at myndighetene ikke hadde en tilstrekkelig forståelse av hvitvaskingsrisiko.¹⁸ Finanstilsynet fikk sterk kritikk for manglende tilsyn, og for at tilsynsvirksomheten ikke i tilstrekkelig grad var tilpasset risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering.¹⁹

For å imøtekomme denne kritikken gjennomførte norske myndigheter en rekke tiltak. Viktigst er den nye hvitvaskingsloven hvor risikoprinsippet er kodifisert i § 6, men det ble også blant annet utarbeidet strategidokument, etablert et eget kontaktforum som utarbeidet en ny nasjonal risikovurdering og de relevante tilsynsorgan har utarbeidet veiledere for ulike grupper av rapporteringspliktige.²⁰ I FATFs oppfølgingsevaluering i desember 2019 anerkjennes det at norske myndigheter har kommet langt siden 2014.²¹ Likevel trekker FATF frem at kontaktforumet som har utarbeidet den nasjonale risikovurderingen har en manglende forståelse av risiko. FATF legger også til grunn at selv om finanstilsynet har gjort enkelte tiltak for å basere tilsyn på risiko, virker det ikke å være tilstrekkelig gjennomført i praksis.²² Dette viser at til tross for alle tiltakene som er satt i verk siden kritikken i 2014, har nasjonale myndigheter fortsatt utfordringer med å forstå og implementere risikoprinsippet.

Tilsyn fra Finanstilsynet viser også at flere norske banker sliter med å følge opp hvitvaskingsregelverket.²³ De siste årene har nyhetsbildet vist til store hvitvaskingsskandaler

¹⁶ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 5.4.

¹⁷ FATF, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Norway, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, Paris 2014 («MER 2014») s. 6

(FATF gjennomfører landsevalueringer av medlemslandene tekniske implementering og effektivitet i forbindelse med FATFs 40 anbefalinger. Denne mekanismen er behandlet nærmere i punkt 2.3.1.)

¹⁸ Ibid s. 39

¹⁹ Ibid s. 99

²⁰ Justis- og beredskapsdepartementet, *Strategi for bekjempelse av hvitvasking, finansiering av terror og finansiering av spredning av masseødeleggelsesvåpen*, 2017 og Justis- og beredskapsdepartementet, *Nasjonal risikovurdering: Hvitvasking og terrorfinansiering i Norge*, 2018 og blant annet Finanstilsynet, *Rundskriv 8/2019 Veileder til hvitvaskingsloven*, 2019 s. 9.

²¹ FATF, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Norway, 5th Year Follow-Up Assessment Report of Norway*, Paris 2019 ("FUR 2019") s. 12-13

²² Ibid s. 26

²³ Artikkel i *Finansfokus*, *Banker tvinges til ryddesjau*, 30. januar 2019

(<https://www.finansforbundet.no/finansfokus/2019/01/30/banker-tvinges-til-ryddesjau/>, sist besøkt 4. januar 2020)

knyttet til kjente banker som Danske Bank, Standard Chartered Bank, HSBC, Swedbank og i november 2019, mistanke om at et islandsk fiskeselskap har betalt bestikkløser til namibiske ledere via DNB.²⁴ Flere av de nordiske bankene er fortsatt under omfattende etterforskning i flere jurisdiksjoner.²⁵ Dette tyder på at selv de mest ressurssterke finansinstitusjonene har utfordringer ved etterlevelsen av det risikobaserte regelverket.

Oppsummert har FATF, EU og hvitvaskingsloven gitt risikoprinsippet og viktigheten av tilstrekkelige risikovurderinger et stadig større fokus, uten at denne nye tilnærmingen til regelverket er tilstrekkelig klar og forståelig for norske aktører. Sammenholdt med FATFs evaluering og nyhetsbildet som viser utfordringer blant aktørene, fordrer dette en grundig analyse av risikoprinsippet og hvilken betydning det har ved bekjempelsen av hvitvaskingskriminalitet og terrorfinansiering.

1.3 Rettslig plassering

Det vil i det følgende gis en kort oversikt over hvilken rettslig kontekst kravet til en risikobasert tilnærming oppstår i. Hvitvaskingslovens formål er å «forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering», jf. hvvl. § 1 første ledd. I et overordnet perspektiv har staten ulike rettslige virkemidler for å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering.

For det første er disse handlingene kriminalisert. Hvitvasking i hvitvaskingslovens forstand er kriminalisert i straffelovens bestemmelser om heleri og hvitvasking (§§ 332-341), jf. hvvl. § 3 bokstav a.²⁶ Terrorfinansiering er gjort straffbart etter straffeloven §§ 135 og 136 bokstav a. Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av en lovovertrødelse i den hensikt at det skal føles som et onde.²⁷ Straffen er altså et tilbakeskuende fenomen. All straff, herunder straff for hvitvasking er således en repressiv reaksjon. Den er også samfunnets sterkeste uttrykk for sosial-etisk klander overfor en person.²⁸ Ved straff og etterforskning som

²⁴ Innlegg i Dagens næringsliv av Jon Petter Rui og Tina Søreide, *Tiltakene mot hvitvasking koster mer enn de smaker*, 8. mars 2020 (<https://www.dn.no/innlegg/hvitvasking/korrupsjon/okokrim/innlegg-tiltakene-mot-hvitvasking-koster-mer-enn-de-smaker/2-1-767790>, sist besøkt 20. mai 2020).

²⁵ Amund Utne, «Internasjonalt samarbeid mot hvitvasking og terrorfinansiering», *Lov og rett nr. 4 2019* s. 232-254 på s. 249-250.

²⁶ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

²⁷ Se bl.a. Rt. 1977 s. 1207 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven) s. 77.

²⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 48.

leder opp til straff er en forutsetning at noe straffbart allerede har skjedd. Selv om straffen også kan begrunnes i preventive hensyn, er regelverkets karakter og fokus tilbakeskuende.

Juridiske personer, herunder rapporteringspliktige, kan holdes strafferettslig ansvarlig for hvitvasking, jf. straffeloven § 27. Et helt sentralt moment ved vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges, er «om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet», jf. straffeloven § 28 bokstav c. Her kan følgelig også hensiktsmessige risikovurderinger og -rutiner komme inn som et moment mot at virksomheten skal straffes. Likevel er dette bare et av flere moment i vurderingen om foretaket skal straffes og risikoprinsippet er verken et vilkår eller avgjørende moment for om virksomheten kommer i straffeansvar.

For det andre har inndragning en viktig preventiv funksjon i kampen mot hvitvasking. Reglene om inndragning er inntatt i straffelovens kapittel 13 (§§ 66-76). Inndragning er en strafferettslig reaksjon som ikke å anse som straff etter straffelovens formelle straffebegrep, jf. strl. § 30 bokstav e. Inndragning har et klart reetablerende formål, da det skal hindre at noen tjener på straffbare handlinger.²⁹ Inndragning har en sentral funksjon ved siden av kriminaliseringen av hvitvasking. Kriminalisering alene vil ha begrenset preventiv effekt hvis hvitvaskeren får beholde utbytte av sin kriminalitet for seg selv og bruke det som om det var legitimt opptjente midler etter sonet straff.³⁰ Inndragning har følgelig også en tilbakeskuende funksjon som retter seg mot tilfeller hvor noe kriminelt allerede har skjedd.

Risikoprinsippet er et grunnprinsipp i hvitvaskingsloven for effektiv forebyggelse og avdekking av hvitvasking og terrorfinansiering.³¹ Spørsmålet er hva som kjennetegner konteksten risikoprinsippet oppstår i, særlig sett opp mot de andre virkemidlene som har samme formål. Både kriminaliseringen og inndragningsbestemmelsene er tilbakeskuende fenomener som retter seg mot dem som har utført hvitvaskingshandlinger eller profittmotivert kriminalitet. Fokuset er følgelig rettet mot en ulovlig handling som har funnet sted i fortiden og begge tiltakene skal bøte på dette fortidige lovbruddet.

²⁹ Ot.prp. nr. 8 (1998-99) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv (inndragning av utbytte) s. 26-27.

³⁰ Meld. st. 7 (2010-2011) *Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*, s. 100-101.

³¹ Risikoprinsippets funksjon som grunnprinsipp analyseres nærmere i kapittel 4.2.

Til sammenligning har hvitvaskingslovens handleplikter et motsatt fokus, nemlig fremadrettet.³² De rapporteringspliktige skal ha på plass en rekke forutsetninger for å avdekke og forebygge hvitvasking og terrorfinansiering før risikoen eventuelt materialiseres i virksomheten. For det første skal de kjenne til risikoene virksomheten er eksponert for og ha på plass rutiner for å håndtere disse, jf. hvvl. §§ 7 og 8. For det andre skal de som utgangspunkt allerede før etablering av kundeforhold eller transaksjoner bli kjent med kundene sine, jf. § 10, og videre overvåke dem for å håndtere den risikoen de utgjør, jf. § 24, jf. § 8. For det tredje skal som hovedregel ikke mistenkelige transaksjoner gjennomføres før rapporteringsplikten er oppfylt, jf. §§ 27, jf. 26.

Det grunnleggende kravet til en risikobasert tilnærming oppstår følgelig i en fremadrettet og forebyggende kontekst. Det er i denne konteksten i utgangspunktet ikke ennå begått en hvitvasking- eller terrorfinansieringshandling, men tiltakene skal forhindre og avdekke at så skjer i fremtiden. Hvitvaskingsloven har følgelig et grunnleggende ulikt fokus fra reglene om straff og inndragning, og risikoprinsippet må analyseres med denne konteksten i mente.

1.4 Presiseringer og veien videre

Det er nødvendig å presisere avhandlingens omfang i to henseender. Den første presiseringen er at avhandlingen først og fremst vil fokusere på risikoprinsippet i relasjon til hvitvasking. Hvitvaskingslovens bestemmelser og forpliktelser gjelder tilsvarende for å forebygge og avdekke også terrorfinansiering. Imidlertid er det vesensforskjell mellom disse to kriminalitetsområdene og risikoprinsippet treffer ikke like godt på begge.³³ Mens formålet ved hvitvasking vanligvis er å skjule opphavet til midlene, er det for terrorfinansiering sentralt å skjule hvor midlene skal, hvem som er mottaker og hvordan midlene skal benyttes.³⁴

For å avdekke og forebygge terrorfinansiering er sanksjonsregelverket viktigere enn risikovurderinger etter hvitvaskingsloven.³⁵ Sanksjonsregelverket består i all hovedsak av ordrer som forhindrer firmaer i å håndtere enkeltpersoner eller organisasjoner som kan knyttes til finansiering av terrorisme. De er utstedt av internasjonale organer som FN og EU samt av

³² Rui, Ringen og Rørholt (2020) kommentar til § 1 punkt 2.1.

³³ Rui (2012) s. 241-242.

³⁴ Petrus C. van Duyne, Jackie H. Harvey og Liliya Y. Gelemerova, *The critical handbook of money laundering: Policy, analysis and myths*, London 2018 s. 8.

³⁵ Dennis Cox, *Handbook of Anti Money Laundering*, Chichester 2014 s. 139

individuelle jurisdiksjoner.³⁶ Dette er ikke et område risikoprinsippet gjelder. På grunn av at terror ofte finansieres med lovlige midler og med små beløp vil trolig terrorfinansiering mer effektivt avdekkes når transaksjonen undersøkes opp mot navn, enn å undersøke indikasjoner på kundeforholdets karakter som sådan.

Likevel vil avhandlingens analyser kunne ha overføringsverdi til risiko for terrorfinansiering, da de samme risikovurderingene vil kunne avdekke terrorfinansiering på tilsvarende måte som for hvitvasking.³⁷ For det første kan for eksempel også terrorister bruke skjulte reelle rettighetshavere, skallselskaper, skatteparadis mv. for å unngå mistanke rundt transaksjonene eller unngå at de avdekkes av sanksjonsregelverket.³⁸ For det andre kan det også for hvitvasking være snakk om i utgangspunktet lovlige opptjente midler, men hvor det er sentralt å skjule hvor midlene skal og hvem som er mottaker. Dette illustreres med den tidligere nevnte mistanken om at DNB har blitt brukt av et islandsk fiskeselskap for å betale bestikklser til namibiske politikere.³⁹ Her var trolig ikke midlene ulovlig før de ble sendt, og det var destinasjonen til midlene som skulle ha ført til at DNB fikk mistanke om hvitvasking og dermed skulle foretatt videre undersøkelser.

Fokuset ved analysen av reglene i hvitvaskingsregelverket vil imidlertid i all hovedsak være på hvitvasking; en analyse av risikoprinsippets betydning for terrorfinansiering krever en egen fremstilling.⁴⁰ Terrorfinansiering tas derfor i det følgende opp kun der det har særlig interesse.

Den andre presiseringen gjelder typer rapporteringspliktige risikoprinsippet vurderes opp mot. Risikoprinsippet gjelder i utgangspunktet tilsvarende for alle de rapporteringspliktige aktørene. Imidlertid utgjør de rapporteringspliktige et bredt spekter av private aktører, hvor det kan oppstå ulike utfordringer opp mot risikoprinsippet som må tilpasses deres virksomhet. Derfor vil avhandlingen fokusere på risikoprinsippets betydning i det finansielle systemet og særlig banksektoren. Banksektoren er også den mest sentrale gruppen rapporteringspliktige innenfor hvitvaskingsregelverket, ettersom hvitvasking og terrorfinansiering i de fleste tilfeller går gjennom disse. Banker og betalingsforetak for agenter og utenlandske

³⁶ Utenriksdepartementet, *Utenrikspolitisk strategi for bekjempelse av internasjonal terrorisme*, september 2006 s. 9.

³⁷ FATF, *Terrorist Financing Risk Assessment Guidance*, Paris 2019 s. 9.

³⁸ Ibid s. 39.

³⁹ Artikkel i Aftenposten, *Økokrim starter etterforskning av DNB i forbindelse med islandsk fiskerisak*, 28. november 2019 (<https://www.aftenposten.no/okonomi/i/P9LOv7/oekokrim-starter-etterforskning-av-dnb-i-forbindelse-med-islandsk-fiskerisak?>, sist besøkt 2. desember 2019).

⁴⁰ Rui (2012) s. 243.

betalingsforetak har dessuten særlig høy risiko for å bli utnyttet til hvitvasking.⁴¹

Banksektorens sentrale rolle vises også gjennom at i 2019 sto banker for 67 % av alle rapporter om mistenkelige forhold til EFE.⁴²

I fremstillingen videre vil det i kapittel 2 gjøres rede for noen metodiske betraktninger og rettskildesituasjonen rundt temaet. Deretter deles analysen i en deskriptiv og en normativ fremstilling. Den deskriptive målsetningen er å analysere funksjonen av og innholdet i risikoprinsippet, med særlig henblikk på hvilke funksjoner og omfang det er tiltenkt ved lovens utforming.

For å få en grundigere forståelse for risikoprinsippets funksjon og innhold vil risikoprinsippets bakgrunn og kontekst undersøkes i kapittel 3. Herunder hvordan ulike risikobaserte tilnærminger har fremkommet gjennom historien og hvitvaskingsregelverkets historiske utvikling. Sentrale aktører for hvitvaskingsregelverket og risikoprinsippets tilblivelse og utvikling presenteres og avslutningsvis vises det til innføringen og styrkingen av risikoprinsippet i hvitvaskingsregelverket i nyere tid. I kapittel 4 analyseres risikoprinsippets og hvitvaskingsregelverkets formål og deskriptive funksjon. Det overordnede spørsmålet for dette kapitlet er hvilken funksjon risikoprinsippet i hvitvaskingsregelverket har, med særlig henblikk på hvordan risikoprinsippet skal bidra til å oppnå regelverkets formål.

Videre i kapittel 5 til 7 skiftes fokuset fra funksjon til innhold. Først er risikobegrepet og materielle utgangspunkter for risikoprinsippet gjenstand for analyse i kapittel 5, før risikoprinsippets nærmere innhold for rapporteringspliktige og nasjonale myndigheter kartlegges i henholdsvis kapittel 6 og 7.

Foruten å kartlegge risikoprinsippets deskriptive funksjon og innhold, tas det sikte på å identifisere hvilke implikasjoner som følger av risikoprinsippet og hvilken betydning balansen mellom regelbasert og risikobasert tilnærming har. Denne delen vil ha større innslag av normative vurderinger. I kapittel 8 foretas en vurdering av risikoprinsippets implikasjoner, men særlig henblikk på om prinsippet oppnår de funksjonene de er tiltenkt med bakgrunn av redegjørelsen i kapittel 4. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 9 foreta en rettspolitisk vurdering

⁴¹ Justis- og beredskapsdepartementet, *Nasjonal risikovurdering: Hvitvasking og terrorfinansiering i Norge*, 2018 s. 6-7.

⁴² Økokrim, *Statistikk MT-rapporter 2019*, 2. april 2020 (<https://www.okokrim.no/statistikk-mt-rapporter.6156901-475337.html>, sist besøkt 2. mai 2020).

av hvordan utfordringene som presenteres i kapittel 8 kan eller bør løses, samt konsekvensene av risikoprinsippets gjennomslagskraft.

2 Metode og rettskilder

2.1 Metodiske utgangspunkter

Formålet med denne fremstillingen er å klarlegge funksjonen og innholdet i og implikasjoner av hvitvaskingslovens risikoprinsipp. Avhandlingen deskriptive del vil hovedsakelig ta sikte på en rettsdogmatisk fremstilling og analyse av risikoprinsippet. Dette innebærer at rettskildene anvendes for å klarlegge gjeldende rett.⁴³ Sentralt for avhandlingens drøftelser *de lege lata* er at de har til formål å systematisere og komme med løsningsforslag til de rettslige spørsmål som stilles i tilknytning til risikoprinsippet.⁴⁴

Utover å klarlegge og systematisere gjeldene rett, vil den normative delen inneholde enkelte rettspolitiske bemerkninger til temaet, herunder tas det sikte på å analysere risikoprinsippets omfang og implikasjoner *de lege ferenda*. I det følgende klargjøres enkelte metodiske bemerkninger som er sentrale for avhandlingens tema, samt noen bemerkninger om rettskildesituasjonen på området.

2.2 Metodiske bemerkninger

2.2.1 EU-/EØS-rett og direktivtolkning

Hvitvaskingsloven er en implementering av EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv. Direktivet er et minimumsdirektiv.⁴⁵ Det innebærer at Norge kan vedta strengere regler for å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering enn det direktivet krever, jf. direktivets artikkel 5. Det direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen 1. august 2019.⁴⁶ Hvitvaskingsloven var allerede vedtatt på dette tidspunktet, slik at det var tilstrekkelig å konstatere rettsharmoni.⁴⁷

Avhandlingens omfang tillater ikke at det gis en grundig redegjørelse av de metodiske

⁴³ Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 6. opplag, Bergen 2008 s. 18.

⁴⁴ Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner*, nr. 05-06, 2004 s. 329-242 på s. 329.

⁴⁵ Jf. fjerde hvitvaskingsdirektiv artikkel 5.

⁴⁶ EØS-komiteens beslutning nr 249/2018 av 5. desember 2018 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2015/849 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme mv. (fjerde hvitvaskingsdirektiv).

⁴⁷ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018, s. 368.

prinsippene ved tolkning av EU- og EØS-rett. I det følgende vil det derfor gis en oversikt over de tolkningsprinsipper som er sentrale for handlingens tema og problemstillinger.

EØS-avtalen er inntatt som norsk lov og har forrang gjennom EØS-loven § 2, jf. § 1.⁴⁸ Ved tolkning av inkorporerte konvensjoner hvor reglene også håndheves av en overnasjonal domstol, skal de samme tolkningsreglene anvendes i norsk rett som den overnasjonale domstolen.⁴⁹ Ved tolkning av direktivet i avhandlingen må følgelig tolkningen være i tråd med de metodiske prinsipper som gjelder for EU- og EØS-retten.⁵⁰

Ved tolkningen av konvensjoner med overordnede harmoniseringsformål har ordlyden i utgangspunktet mindre vekt enn ved tolkning av norske lovregler. I stedet er en formålsorientert fortolkning sentral, hvor EU-retten fortolkes slik at formålet fremmes.⁵¹ For direktiver er det imidlertid antatt at ordlyden må få større betydning på grunn av det økte detaljnivået i bestemmelsene.⁵² Det fjerde hvitvaskingsdirektivet er nokså detaljert og handlefriheten for norske myndigheter til å gjøre nasjonale tilpasninger er derfor begrenset.⁵³

Et EU-rettslig tolkningsprinsipp er homogenitetsprinsippet, som er formålet om ensartet EU/EØS-rettslig fortolkning og anvendelse.⁵⁴ Det vil si at de skal tolkes på samme måte uavhengig av nasjonal begrepsbruk, nasjonal juridisk metode og nasjonal rettskultur.⁵⁵

Etter at lovforarbeidet med den nye hvitvaskingsloven startet, har EU allerede kommet med et femte og sjette hvitvaskingsdirektiv.⁵⁶ EUs femte hvitvaskingsdirektiv består av mindre endringer sammenliknet med fjerde direktiv og endringene er til en viss grad hensyntatt ved

⁴⁸ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven).

⁴⁹ Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 56, som henviser til Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) hvor det fremkommer at norske domstoler skal benytte de samme tolkningsprinsippene som EMD.

⁵⁰ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 104.

⁵¹ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, «EU-rett som norsk rettskilde» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019 s. 410.

⁵² Arnesen og Stenvik (2015) s. 31.

⁵³ Tilsvarende NOU 2016:27 s. 11.

⁵⁴ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 387, se også EØS-avtalen artikkel 1, 6, 105 og 106.

⁵⁵ Se for eksempel sak C-128/11 *UsedSoft* (avsnitt 39) og, for et eksempel på en utførlig drøftelse, sak C-4/16 *J.D.* (avsnitt 20–38).

⁵⁶ Europaparlaments- og Rådsdirektiv (EU) 2018/843 av 30. mai 2018 om endring av direktiv (EU) 2015/849 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme, og om endring av direktiv 2009/138/EF og 2013/36/EU (femte hvitvaskingsdirektiv) og Europaparlamentets- og Rådsdirektiv (EU) 2018/1673 av 23. oktober 2018 om strafferettslig bekjempelse av hvitvasking av penger (sjette hvitvaskingsdirektiv).

utarbeidelse av hvitvaskingsloven og forskriften.⁵⁷ EUs sjette hvitvaskingsdirektiv gjelder kriminaliseringen av hvitvasking og er dermed ikke relevant for hvitvaskingsloven og risikoprinsippet som sådan.

2.2.2 Forholdet mellom loven, direktivet og FATFs anbefalinger

Hvitvaskingsloven er en gjennomføring av EU fjerde hvitvaskingsdirektiv. I tilfeller hvor en lov tar sikte på å gjennomføre en internasjonal traktatforpliktelse, vil den konkrete traktatforpliktelsen ha karakter av lovforarbeid.⁵⁸ Dette gjelder ved tolkingen av lover som tar sikte på å gjennomføre EØS-direktiver, slik som hvitvaskingsloven.⁵⁹ I tillegg skal det presumeres at loven er ment å samsvare med direktivets minsteforpliktelser. Direktivet vil følgelig utgjøre en tungtveiende rettskilde.⁶⁰

Ved tolkingen av hvitvaskingsloven vil de relevante EØS-rettslige kildene brukes som en sentral rettskilde. Dette gjøres for å avgjøre hvilke krav direktivet stiller til innholdet i norsk rett. For de forpliktelsene som stilles til norsk rett, men som ikke fremgår av hvitvaskingsloven, vil de EØS-rettslige kildene være det primære rettsgrunnlaget. Ved bruk av direktivet som tolkningsbidrag må det tas i betraktning at direktivet er et minimumsdirektiv. Etter EØS-avtalen art. 7 bokstav b er en «rettsakt som tilsvarende et EØF-direktiv» bindende for Norge, hvor det er opp til myndighetene å bestemme «formen og midlene for gjennomføringen». Tilsvarende formulering er i TFEU artikkel 288 tredje ledd, hvor det fremgår at et direktiv «shall be binding, as to the result to be achieved».⁶¹ Norsk lovgiver har dermed mulighet til å innføre strengere regler enn hva direktivet foreskriver – så langt de er egnet til å realisere de formål og oppnå de resultater direktivet søker.⁶²

FATFs anbefalinger vil være et sentralt tolkningsbidrag til både hvitvaskingsloven og direktivet, men aldri primærkilden. Dette begrunnes i at FATFs anbefalinger er «soft-law» og følgelig ikke juridisk bindende.⁶³ Anbefalingene regnes likevel som en sentral rettskilde av flere grunner. For det første har EU uttalt at det er et formål at EUs hvitvaskingsregelverk er i

⁵⁷ Kristine Frivold Rørholt, *Norsk Lovkommentar: Hvitvaskingsloven*, Rettsdata.no 2018, note (*) (lest 9. desember 2019).

⁵⁸ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018 s. 74.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Se for eksempel HR-2016-2239-A («Route 66») og HR-2018-110-A.

⁶¹ The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

⁶² Tilsvarende Fredriksen og Mathisen (2018) s. 367.

⁶³ FATFs rettslige gjennomslagskraft analysere nærmere under punkt 3.4.2.

samsvar med FATFs anbefalinger.⁶⁴ For det andre er det en klar anbefaling i direktivets fortale avsnitt 4 at nasjoner som utarbeider regelverk på området burde gjøre det i tråd med de retningslinjer gitt av FATF gjennom deres anbefalinger. For det tredje er det lagt til grunn i forarbeidene at hvitvaskingsloven skal gjennomføre FATFs anbefalinger, og i den grad FATFs anbefalinger ikke er gjennomført via direktivforpliktelser, er anbefalingene hensyntatt ved utformingen av hvitvaskingsloven.⁶⁵ Avslutningsvis er det treffende å si at FATF er den internasjonale organisasjonen som har størst betydning på hvitvaskingsområdet.⁶⁶ Dette konkretiseres nærmere under punkt 3.4.2.

2.3 Rettskildesituasjonen

Avhandlingens sentrale rettskilder er hvitvaskingsregelverket som består av hvitvaskingsloven, EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv og FATFs anbefalinger. Avhandlingens problemstillinger særpreges av at rettskildematerialet er nytt og rundt de mest autorative kildene (hvitvaskingsloven og direktivet) er rettskildeomfanget begrenset.

En utfordring er at problemstillinger rundt risikoprinsippet i hvitvaskingsloven aldri har vært behandlet av norske domstoler. En annen utfordring er at til tross for risikoprinsippet grunnleggende og altovergripende funksjon i hvitvaskingsregelverket er prinsippet lite behandlet i norsk litteratur. Etter at risikoprinsippet ble innført gjennom hvitvaskingsloven av 2009 er Jon Petter Rui (nå også sammen med Ringen og Rørholt) den eneste som har behandlet risikoprinsippet som sådan.⁶⁷ Kombinasjonen og balansen mellom regelbaserte og risikobaserte tilnærminger i hvitvaskingsloven er dermed ikke behandlet i særlig grad tidligere i norsk juridisk litteratur.

Gjennom FATF og ni regionale FATF-lignende organisasjoner har ca. 200 jurisdiksjoner gitt sin tilslutning til å etterleve FATFs anbefalinger og underlegge seg en evalueringsmekanisme som FATF har utarbeidet.⁶⁸ I tillegg har samtlige EU- og EØS-land implementert EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv. Følgelig er hvitvaskingsregelverk som bygger på FATFs anbefalinger gjennomført i stor grad på internasjonal basis. Dette har ført til at det er et stort omfang av

⁶⁴ Se Statement of the Council's reasons: position (EU) no. 9/2015 (første avsnitt punkt III) hvor det uttales at hvitvaskingsdirektivet tilstreber å være i samsvar med FATFs anbefalinger.

⁶⁵ NOU 2016:27 s. 10 og Prop. 40 L (2017-2018) s. 10.

⁶⁶ Tilsvarende Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) Introduksjon punkt 7.1.4.

⁶⁷ Lov 6. mars 2009 nr. 11 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (Hvitvaskingsloven 2009) Rui (2012) s. 236-240. Prinsippet behandles også generelt i Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6.

⁶⁸ Utne (2019) s. 233.

utenlandsk litteratur om hvitvaskingsregelverket og risikobasert tilnærming. Ved utvelgelsen av relevant litteratur er det i hovedsak søkt etter litteratur fra EU-land etter at risikoprinsippet fikk sin økte betydning gjennom fjerde hvitvaskingsdirektiv i 2015.

Ettersom rettskildeomfanget rundt de mest autorative kildene er begrenset vil problemstillingene som fremkommer i det videre ha en bredere tilnærming som – ved siden av hvitvaskingsregelverkene og tilhørende forarbeider, fortaler og tolkningsnotater – vil forankre argumentene i mindre tungtveiende rettskilder, herunder juridisk litteratur, yrkesrettede veiledninger og interesseorganisasjoners rapporter.⁶⁹ Når løsningene av rettsspørsmålene delvis bygger på mindre vektige rettskilder er argumentenes legitimitet i større grad avhengig av at den juridiske metoden er forståelig og etterprøvable.⁷⁰

3 Bakgrunn og kontekst

3.1 Innledende bemerkninger

På litt over 30 år er det fremkommet et globalt anti-hvitvaskingsregime som stadig utvikles og utvides, ikke bare geografisk, men også i bredde og dybde.⁷¹ Et sentralt utviklingstrekk er overgangen til og et større fokus på den risikobaserte tilnærmingen.

Hvitvaskingsloven legger gjennomgående opp til at en skal bruke risikostyring og -håndtering i arbeidet med å avdekke og bekjempe hvitvasking, jf. den generelle kodifiseringen av risikoprinsippet i hvvl. § 6. Hva som menes med risiko, vil drøftes nærmere i kapittel 5.2. Enn så lenge kan det legges til grunn at risiko er en kombinasjon av sannsynligheten for at en hendelse vil skje og konsekvensene av hendelsen.⁷² Med risikostyring og -håndtering forstås alle tiltak og aktiviteter som gjøres for å styre og/eller håndtere risiko.⁷³

For å få grep om risikoprinsippetets innhold og funksjon er det hensiktsmessig å først rette fokus mot hvordan risikostyring- og håndtering har utviklet seg til å være en sentral del av flere retts- og fagområder på ulike måter. Videre er det av sentral betydning å se på hvordan

⁶⁹ I kapittel 3.4.4 vises det til en rekke institusjoner, organisasjoner og selvutnevnte ekspertgrupper som har utgitt frivillige standarder eller retningslinjer som har hatt betydning for utviklingen og forståelsen av risikoprinsippet.

⁷⁰ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2015 s. 24.

⁷¹ Maria Bergström, «The Global AML Regime and the EU AML Directives: Prevention and Control» i Collin King, Clive Walker, Jimmy Gurulé (red.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law* (Cham 2018) s. 33.

⁷² Georges Dionne, «Risk management: History, definition, and critique» i *Risk Management and Insurance Review* nr. 2, 2013 s. 147-166 på s. 154.

⁷³ Terje Aven, *Risikostyring: Grunnleggende prinsipper og ideer*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 13.

hvitvaskingsregelverket har utviklet seg, og deretter hvordan og hvorfor risikoprinsippet har blitt et grunnprinsipp i kampen mot hvitvasking og terrorfinansiering. For å forstå utviklingen og styrkingen av risikoprinsippet innenfor hvitvaskingsregelverket vil også sentrale rettslige og standardsettende organer presenteres og vurderes opp mot hvordan de har bidratt til fastsettelsen og utviklingen av risikoprinsippet globalt.

3.2 Historisk utvikling av risikostyring og -håndtering

3.2.1 Fremveksten av ulike tilnærminger basert på risiko

Etterhvert som uønskede hendelser har hatt konsekvenser i ulike situasjoner og sammenhenger har man søkt å utvikle teorier for å håndtere disse risikoene. Formålet er å unngå tap på viktige verdier, samt få kontroll med ulike former for risiko – alt fra spredning av alvorlige sykdommer til håndtering av arbeidsmiljøet.⁷⁴

Flere kilder daterer opprinnelsen av moderne risikohåndtering og risikobasert tilnærming til 1955-1964, i kjølvannet etter andre verdenskrig.⁷⁵ De første akademiske verkene om temaet kom i 1963 og 1964.⁷⁶ Forfatterne beskrev risikovurderinger og -håndtering generelt, uten å knytte det opp mot for eksempel finansiell risiko eller lignende. På denne tiden var det mest vanlig å håndtere risikoer for tap gjennom tradisjonell forsikring. Etterhvert som man ble bevisst på ulike risikoer forbundet med forskjellige aktiviteter – og tapene som fulgte hvis risikoene realiserte seg – utviklet man teorier om hvordan man skulle identifisere, vurdere og håndtere ulike risikoer. I tillegg økte bevisstheten på at det fantes mer effektive og rimelige måter å håndtere risiko enn å sikre seg gjennom tradisjonell forsikring, særlig gjennom interne tiltak innad i virksomheten. I løpet av 1960-årene ble det vanligere å planlegge for ulike utfall av aktiviteter, og man satte i verk risikoforebyggende tiltak og selvforsikringsmekanismer.⁷⁷ Det var imidlertid snakk om enklere tekniske risikoanalyser innenfor spesifikke områder som for eksempel prosjektstyring, ingeniørvitenskap og helse, miljø og sikkerhet.⁷⁸

⁷⁴ Preben H. Lindøe, «Risikoforståelse og myndighetskontroll» i Preben H. Lindøe, Jacob Kringen og Geir Sverre Braut (red.), *Risiko og tilsyn: Risikostyring og rettslig regulering*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 63.

⁷⁵ Dionne (2013) s. 147.

⁷⁶ Robert Irwin Mehr og Bob A. Hedges, *Risk management in the business enterprise*, Homewood 1963 og C. A. Williams og Richard M. Heins, *Risk Management and Insurance*, New York 1964.

⁷⁷ Dionne (2013) s. 148.

⁷⁸ Anita Meidell, «Utviklingen av helhetlig risikostyring i relasjon til internkontroll og revisjon», *Praktisk økonomi & finans* nr. 1, 2017 s. 135.

3.2.2 Finansiell risikostyring

På 1970-tallet introduseres finansiell risikohåndtering for bank- og finanssektoren fordi man så viktigheten av å vurdere risiko relatert til blant annet renter, aksjemarkeder, valutakurser og råvarepriser.⁷⁹ Arbeidet med risikohåndtering ble etterhvert intensivert utover 1980- og 1990-tallet med økte ressurser og overordnede beslutninger om hvordan foretakene skulle forholde seg til sentrale risikofaktorer ble lagt til øverste ledelse.⁸⁰

1980-tallet var en periode med betydelig økonomisk vekst i mange deler av verden, multinasjonale selskaper ekspanderte dramatisk, institusjonelle investorer ble betydelige og i enkelte land ble statlige virksomheter privatisert. Bekymringer om hvordan virksomheter var kontrollert og holdt ansvarlig falt i skyggen av den økonomiske suksessen.⁸¹ Regulering av virksomheter rundt i verden var basert på en blanding av selskapslover og regler, regnskapsstandarder og børsregler for børsnoterte selskaper.⁸² 1980-tallet var også en periode da flere land rundt i verden var vitne til skandaler som følge av bedrageri, innsidehandel og misbruk av dominerende maktposisjoner i selskaper. I kjølvannet av skandalene oppstod for første gang begrepet *corporate governance* som en samlebetegnelse på hvordan virksomheter burde styres og gjøres ansvarlige.⁸³

På slutten av 1980-tallet ble risikostyring innen banknæringen et internasjonalt anliggende. Et helt sentralt organ i denne sammenheng er Basel-komiteen. Basel-komiteen er en global standardsetter for regulering av bankvirksomhet.⁸⁴ Den første sentrale standarden ble utviklet i 1988 (Basel I).⁸⁵ Allerede her var risikoprinsippet sentralt for styringen av sentrale forhold i banksektoren. Utviklingen har fortsatt med et økt fokus på risikostyring i Basel II (2004).⁸⁶ Basel III (2010) var et resultat av finanskrisen på slutten av 2010-tallet og innebærer et videre økt fokus på risikostyring innen bank og finans. I 2012 utarbeidet Basel «Core Principles for Effective Banking Supervision». Her fremheves risikoprinsippet som det sentrale prinsippet

⁷⁹ Dionne (2013) s. 149.

⁸⁰ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 7.1.

⁸¹ R. I. Bob Tricker, «The evolution of corporate governance» i Thomas Clarke (red.) og Douglas Branson (red.), *The SAGE handbook of corporate governance*, New York 2012 s. 42.

⁸² Meidell (2017) s. 138.

⁸³ Tricker (2012) s. 43.

⁸⁴ Se nærmere punkt 2.3.3.4.

⁸⁵ Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, Basel 1988 (Basel I).

⁸⁶ Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework*, Basel 2004 (Basel II).

ved implementeringen av 29 risikobaserte prinsipper for tilsyn på ulike områder innen bankvirksomhet.⁸⁷

Fokuset på kontroll av risiko i Basel II og III kan sees på som en europeisk reaksjon på Enron-skandalen.⁸⁸ Det samme kan de strenge påleggene om risikostyring og -kontroll i the Sarbanes Oxley Act, som ble vedtatt i USA i 2002 med omfattende krav til mer effektive og bedre dokumenterte systemer for internkontroll over finansiell rapportering for børsnoterte selskaper. Selv om loven ikke har direkte betydning for andre jurisdiksjoner enn USA, har loven vært inspirasjon til flere av bestemmelsene og tilnærmingene i fjerde hvitvaskingsdirektiv.⁸⁹

Ifølge Power er det først på 1990-tallet at regulatoriske myndigheter blir bevisst på hvilken rolle myndighetene skal spille i forhold til å styre risiko.⁹⁰ En trend gjennom de siste tretti årene er at regulatoriske myndigheter i større grad går over til å kreve at virksomheter selv etablerer systemer og rutiner for styring og kontroll av virksomheten basert på risiko. Mens den tradisjonelle tidligere «ovenfra-og-ned» finansreguleringen i større grad innebar en direkte inngripen i – og overstyring av – markedsmekanismene, så innebærer nyere finansregulering i mye mindre grad en slik direkte statlig intervensjon. Tvert imot representerer dette regulering som spiller på lag med markedsaktører og markedsatferd. Den utbredte oppfatningen synes å være at når man er blitt så sofistikert i tilnærmingen (styring gjennom og i samspill med aktørenes kunnskap og ekspertise), erstatter dette delvis behovet for en slik direkte regulering.⁹¹

Selv om finanssektoren har kommet lengst i basere reguleringer på risiko, er det også klare elementer av dette iblant annet innfor arbeidsmiljølovgivningen, petroleumssektoren og helse, miljø og sikkerhet. Det er videre en trend at myndighetene etablerer tilsynsorgan som får ansvar for å utvikle regelverket innenfor avgrensede områder og føre tilsyn med at regelverket

⁸⁷ Basel Committee on Banking Supervision, *Core Principles for Effective Banking Supervision*, Basel 2012.

⁸⁸ Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, Basel 2010.

⁸⁹ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 7.2.

⁹⁰ Michael Power, *Organized uncertainty: Designing a world of risk management*. London 2007 s. 2.

⁹¹ Trond Løyning, «Nyliberalisme, finanskriser og håndtering av risiko: En vurdering av reformtiltak i finansreguleringen», *Sosiologisk tidsskrift* nr. 2 (2014) s. 120-145 på s. 132-133.

etterleves.⁹² Eksempelvis har offentlige organ som Finanstilsynet og Petroleumstilsynet både en tilsynsrolle og en rolle i å bidra med utarbeidelse av nye forskrifter og veiledninger.

3.3 Hvitvaskingsregelverkets historikk

3.3.1 Opprinnelsen og de første rettslige virkemidlene

For å forstå hvordan og hvorfor risikoprinsippet har blitt et grunnprinsipp i hvitvaskingsregelverket, er det tjenlig med et historisk bakteppe for hvitvaskingsregelverkene.

Al Capone regnes blant mange som grunnleggeren av moderne hvitvaskingsprosesser ved å tilsløre utbytte av straffbare handlinger. Flere hevder også at selve begrepet «money laundering» strammer fra hans bruk av myntvaskerier for å tilsløre hans inntekter fra ulovlig alkoholsalg i 1930-årene.⁹³ Da Al Capone for første gang ble tiltalt i 1931 var det ikke for brudd på alkoholforbudet eller for de mange drapene han og hans gjeng hadde begått, men for unndragelse av føderale skatter. Det er interessant å merke seg at etter alle ressursene som ble satt inn for å etterforske Al Capone og hans gangstergjengs ugjerninger, så var det tiltalen for skatteunndragelser som klarte å få fengslet han i 11 år.⁹⁴

For å unngå samme skjebne – at fortjenesten fra de kriminelle handlingene skulle kunne undersøkes og brukes mot dem – begynte andre kriminelle å gjemme pengene sine. Meyer Lansky, også kjent som «the Mob's Accountant» startet i 1932 å benytte seg av fordelene med sveitsiske bankkontoer som var sikret anonymitet gjennom sveitsisk lovgivning for å skjule penger fra myndighetene.⁹⁵ Banksekretesse, altså lovgivning som krever eller gjør det mulig for finansielle virksomheter å iakttå taushet om kundens anliggender, var da og er fortsatt svært attraktivt for hvitvasking.⁹⁶ Eksemplene viser at hvitvaskingsfenomenet har eksistert lenge, også i organiserte former, mens den rettslige reguleringen har utviklet seg i nyere tid.

USA var det første landet som utviklet et regelverk for å motvirke hvitvasking, samt først ute med å kriminalisere hvitvasking som et eget lovbrudd. Den første lovgivningen som hadde

⁹² Power (2007) s. 38.

⁹³ Birgitte Unger og Daan van Der Linde, *Research handbook on money laundering*, Cheltenham 2013 s. 19 og Rui (2012) s. 61.

⁹⁴ Raymond Friel og Shane Kilcommins, «Taxing crime: A new power to control» i Clive Walker og Jimmy Gurulé Collin King (red.), *The palgrave handbook of criminal and terrorism financing law*, Cham 2018 s. 677.

⁹⁵ Liliya Gelemerova, *The Anti-money Laundering System in the Context of Globalisation: A Panopticon Built on Quicksand?*, Nederland 2011, s. 34.

⁹⁶ Rui (2012) s. 77.

som formål å bekjempe hvitvasking var den såkalte «Bank Secrecy Act» av 1970 som påla banker å melde fra til myndighetene om valutatransaksjoner, inn- og utførsel og utenlandske konti som hadde verdier på mer enn 10 000 dollar.⁹⁷ Følgelig ble bankene allerede på dette tidspunkt brukt til å avdekke mistenkelige transaksjoner og for å bidra til informasjon til myndighetene. Rapporteringsplikten var regelbasert og preskriptivt beskrevet, med klare regler for terskelverdier bankene alltid måtte rapportere på. Da amerikanske myndigheter kriminaliserte hvitvasking i 1986, kom det som en følge av «the war on drugs» og den enorme profitten narkotikahandelen brakte de kriminelle, særlig bakmennene som var vanskelig å knytte til primærforbrytelsen.⁹⁸

3.3.2 Internasjonale tiltak og samarbeid

Narkotikakriminalitet med stor profitt og bakmenn som i realiteten organiserte kriminaliteten uten beviselig tilknytning var ikke bare et problem i USA, men et internasjonalt problem. I Europa ønsket man også å bekjempe økonomisk kriminalitet som sådan, og da særlig å slå til mot omfattende skatteunndragelser i såkalte skatteparadiser.⁹⁹ Omfanget av den internasjonale narkotikakriminaliteten var årsaken til vedtakelsen av FNs konvensjon mot narkotikahandel fra 1988, også kjent som Wien-konvensjonen.¹⁰⁰ Konvensjonen markerer starten på den globale kampen mot hvitvasking, ved at den påla konvensjonsstatene å kriminalisere hvitvasking av utbytte fra narkotikakriminalitet, inndra slikt utbytte dersom det ble oppdaget, samt å samarbeide på tvers av landegrensene for å bekjempe slik hvitvasking.

I 1989 besluttet ministerne i de daværende G7-landene å opprette det mellomstatlige organet FATF (The Financial Action Task Force on Money Laundering) for å utvikle strategier for å bekjempe hvitvasking. I 1990 publiserte FATF sine 40 anbefalinger for å bekjempe hvitvasking. Anbefalingene tilrådet blant annet at det i nasjonale rettssystemer ble vedtatt lovgivning om kundekontroll, undersøkelses- og rapporteringsplikt for banker og andre, som var i posisjon til å avdekke hvitvaskingstransaksjoner. Som jeg kommer tilbake til i punkt 3.4.2 skulle dette vise seg å utgjøre et effektivt tiltak i den internasjonale kampen mot hvitvasking og har blitt oppdatert flere ganger i ettertid.

⁹⁷ The Financial Record-Keeping and Reporting of Currency and Foreign Transactions Act (Bank Secrecy Act), 1970.

⁹⁸ Rui (2012) s. 62.

⁹⁹ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) Introduksjon punkt 2.2.3.

¹⁰⁰ United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Wien 1988.

I 1990 tok også Europarådet kampen mot hvitvasking et stykke videre ved å vedta «Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the proceeds from Crime». Dette var det første internasjonale instrumentet som hadde som formål å bekjempe hvitvasking på generelt grunnlag, uten referanse til narkotikakriminalitet.

Året etter, i 1991, vedtok EU det første hvitvaskingsdirektivet.¹⁰¹ Direktivet var basert på FATFs anbefalinger, Wien-konvensjonen og Europarådets konvensjon fra 1990. Etter artikkel 3 i det første hvitvaskingsdirektivet skulle finansinstitusjoner og forsikringsselskaper utføre kundeidentifikasjon ved etablering av kundeforholdet og når en enkelttransaksjon var over 15 000 euro, samt hvis en transaksjon subjektivt kunne identifiseres som mistenkelig.

3.3.3 Risikoprinsippet introduseres

Terrorangrepet 11. september 2001 førte til store omveltninger i den internasjonale kampen mot hvitvasking. Nokså umiddelbart etter terrorangrepet ble det iverksatt omfattende tiltak i USA, blant annet tiltak for å sørge for at finanssystemet ikke skulle kunne brukes til å finansiere slike handlinger. Etter initiativ fra USA endret FATF sine 40 anbefalinger for å bekjempe hvitvasking til å også inkludere bekjempelse av terrorfinansiering.¹⁰²

Innføringen av tiltak mot terrorfinansiering i hvitvaskingsregelverket førte til et økt fokus på regelverkets karakter, og nye ideer på hvordan man skulle gjøre regelverket mer effektivt.¹⁰³ Blant annet så man at omfanget og den stadige utviklingen av hvitvaskingsmetoder – sammen med de nokså ulike metodene for å finansiere terror – innebar at man ikke hadde tilstrekkelig med ressurser til å oppdage alt. Det ble derfor foreslått at man skulle konsentrere ressursene i kampen mot hvitvasking og terrorfinansiering til de områdene og aktiviteten hvor risikoen var høyest – altså en ressursallokering basert på risikoprinsippet. Prinsippet ble tatt inn i FATFs anbefalinger i 2003, i EUs tredje hvitvaskingsdirektiv i 2005 og i hvitvaskingsloven av 2009.¹⁰⁴ Risikoprinsippet har fått enda større fokus og betydning i FATFs någjeldende anbefalinger fra 2012, EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv og den nye hvitvaskingsloven.¹⁰⁵

¹⁰¹ Council Directive 91/308/EEC av 10. juni 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering (første hvitvaskingsdirektiv).

¹⁰² FATF, *History of the FATF* (<https://www.fatf-gafi.org/about/historyofthefatf/>, sist besøkt 4. mai 2020).

¹⁰³ Rui (2012) s. 67.

¹⁰⁴ FATF, The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering, 2003 og Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/60/EC av 26. oktober 2005 (tredje hvitvaskingsdirektiv) og hvitvaskingsloven (2009).

¹⁰⁵ Se avhandlingens punkt 3.5.2.

Fra FATFs anbefalinger har risikoprinsippet spredt seg og utviklet seg til et grunnprinsipp i den internasjonale kampen mot hvitvasking og terrorfinansiering, samt i nasjonal lovgivning slik som hvitvaskingsloven. Selv om FATF trolig har hatt størst betydning for utviklingen av hvitvaskingsregelverket og innføringen av risikoprinsippet, har utviklingen bestått av kryssende påvirkning og samarbeid mellom en rekke internasjonale aktører som på hver sin måte har hatt en viktig innflytelse. For å belyse temaets internasjonale karakter vil det i det følgende gis en oversikt over de mest sentrale institusjonene og rettslige instrumentene innenfor hvitvaskingsregimet. Herunder vil det undersøkes hva som kjennetegner disse ulike organene og på hvilken måte de har bidratt til dagens risikobaserte regelverk.

3.4 De internasjonale aktørene

3.4.1 Det internasjonale anti-hvitvaskingsregimet

Hvitvasking er en global utfordring og de siste 30 årene er det dannet et internasjonalt anti-hvitvaskingsregime med en rekke ulike regelsettere, standardsettende og veiledende organer. Begrepet regime brukes gjerne for å betegne institusjoner, formelle regler, sosiale og kulturelle normer mv. som kjennetegner ulike styringsformer og styresett i samfunnet.¹⁰⁶ Et reguleringsregime består slik sett ikke kun av regler og håndhevingsmekanismer, men omfatter alle regimets bestanddeler fra overordnet politikkutforming til konkret implementering, aktører og organer på ulike nivåer, samt alle formelle og uformelle mekanismer som holder regimet sammen og påvirker dets utvikling.¹⁰⁷

Som beskrevet er rettskildene fra FATF og EU sentral både som tolkningsmomenter for hvitvaskingsloven og for fastsettingen av nasjonale plikter etter risikoprinsippet som ikke følger direkte av hvitvaskingsloven. Dette fordrer en grundigere gjennomgang av disse aktørene og hvilket bidrag de har i utviklingen av risikoprinsippet i henholdsvis punkt 3.4.2 og 3.4.3. Videre er det en rekke andre aktører som har hatt betydning for den risikobaserte tilnærmingen til hvitvaskingsregelverket. Den internasjonale karakteren av hvitvaskingsregelverket har gitt åpninger og drivkraft for standardiseringer og retningslinjer. Dette er i utgangspunktet ikke bindende rettslige regler, men slike standarder og retningslinjer inngår ofte i økonomiske og juridiske forventninger, samt at de bidrar til å videreutvikle de

¹⁰⁶ Jacob Kringen, «Regulering og tilsyn som kunnskapsområde og forskningstema» i Preben H. Lindøe, Jacob Kringen og Geir Sverre Braut (red.), *Risiko og tilsyn: Risikostyring og rettslig regulering*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 115.

¹⁰⁷ Ibid.

mer autoritative rettskildene.¹⁰⁸ Sammen med FATF og EU utgjør disse aktørene et internasjonalt reguleringsregime som har lagt sentrale grunnlag og gir bidrag til forståelse for risikoprinsippet i hvitvaskingsregelverket.

3.4.2 FATF (Financial Action Task Force)

Ved opprettelsen av FATF i 1989 var mandatet «to prevent the utilization of the banking system and financial institutions for the purposes of money laundering».¹⁰⁹ Selv om det opprinnelige mandatet fortsatt dekker en stor del av FATF sine fokusområder i dag, har fokusområdet utvidet seg fra å kun konsentrere seg om narkotikakriminalitet, til å omfatte hvitvasking av utbytte fra alle typer primærforbrytelser, samt finansiering av terrorhandlinger og -organisasjoner, og fra 2012 også spredning av masseødeleggelsesvåpen. I dag er FATF den viktigste internasjonale standardsetteren i kampen mot hvitvasking.

FATFs direkte medlemmer består i dag av 36 medlemsstater pluss EU-kommisjonen og Samarbeidsrådet for Gulf-statene, blant disse de største finanssentrene i verden. FATF har utviklet tre sentrale mekanismer for å bekjempe hvitvasking og terrorfinansiering; de 40 anbefalingene med videre retningslinjer, et evalueringssystem og et sanksjonssystem.

FATF utarbeider anbefalinger til medlemslandene om tiltak for å bekjempe hvitvasking og terrorfinansiering. I alt er det 40 slike anbefalinger, samt at det er gitt utfyllende forklaringer til disse; «interpretive notes» eller «tolkningsnotater». I tillegg er anbefalingene presisert og til dels videreutviklet i evalueringer, «best practice»-retningslinjer og typologistudier.¹¹⁰ De opprinnelige anbefalingene inneholdt et regelbasert tilnærming, med blant annet anbefaling om terskelkrav for rapportering av transaksjoner.¹¹¹ For eksempel ble statene etter anbefaling (1990) 22 tilrådet til et system hvor de rapporteringspliktige måtte rapportere om enhver innenlandsk og utenlandsk valutatransaksjon over et fast beløp. Ved revisjonen av anbefalingene i 2003 gikk FATF over til å anbefale en mer risikobasert tilnærming til

¹⁰⁸ Preben H. Lindøe, *Risiko, tillit og kontroll: Et aktørperspektiv på risikostyring*, Oslo 2018 s. 132.

¹⁰⁹ Economic Declaration, G7, Paris July 16, 1989.

¹¹⁰ Se fotnote 153 for en delvis gjennomgang.

¹¹¹ FATF, *The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering*, Paris 1990.

etterlevelsen.¹¹² Det var imidlertid først i 2007 FATF klargjorde innholdet i den risikobaserte tilnærmingen og hvordan de ulike aktørene kunne operasjonalisere risikoprinsippet.¹¹³

Anbefalingene som gjelder i dag er fra 2012. Noe av det som er nytt ved disse anbefalingene var at det ble utarbeidet en ny anbefaling som ble gitt som anbefaling nr. 1. Den første anbefalingen slår fast at både myndigheter og rapporteringspliktige skal legge til grunn en risikobasert tilnærming i arbeidet mot hvitvasking og terrorfinansiering. At risikoprinsippet er gitt som anbefaling nr. 1 viser den sentrale betydningen prinsippet har.

FATFs anbefalinger er *soft-law* og følgelig ikke juridisk bindende for statene som har gitt tilslutning til dem. Når etterlevelsen av FATFs anbefalinger likevel tas på så stort alvor, har det i stor grad sammenheng med den sterke evalueringsmekanismen.¹¹⁴ FATF har makt til å utøve negativ innflytelse over et lands økonomi, på en måte som få andre internasjonale organer har mulighet til.¹¹⁵ Evalueringene går ut på at staten vurderes opp mot de 40 anbefalingene, ikke bare om de formelt er gjennomført, men også en evaluering av effektiviteten av de ulike tiltakene i staten. Selv om en stat for eksempel har kriminalisert hvitvasking i samsvar med anbefaling nr. 3 ser FATF på hvordan og i hvilket omfang sakene etterforskes, hvor effektiv etterforskningen er og hvordan de ulike myndighetene samarbeider for å gjøre kriminaliseringen effektiv.

I den endelige rapporten gis det karakterer både for formell gjennomføring av anbefalingene og for effektiviteten av etterlevelsen. Det gis også forslag til forbedringer i de nasjonale ordningene og rapporten offentliggjøres. Offentliggjøringen gir et sterkt politisk press på myndighetene i de landene det gjelder. At funnene brukes i privat sektor utgjør enda et pressmiddel for land som ønsker å delta i den globale økonomiutviklingen.¹¹⁶

Den tredje mekanismen, sanksjonssystemet, går ut på at FATF på basis av evalueringene inngår handlingsplaner med de landene som etter nærmere spesifiserte kriterier evalueres til mangelfull etterlevelse og/eller effektivitet.¹¹⁷ De kommer da først på en «gråliste». Hvis handlingsplanen ikke følges opp i tilstrekkelig grad kan landene overføres til en «svarteliste».

¹¹² FATF, *The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering*, Paris 2003.

¹¹³ FATF (2007).

¹¹⁴ Utne (2019) s. 248.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Bergström (2018) s. 36.

¹¹⁷ Utne (2019) s. 238.

Disse listene gir myndigheter, finansinstitusjoner og andre aktører opplysninger om land hvor risikoen for hvitvasking eller terrorfinansiering anses å være spesielt høy. Dette resulterer i betydelig høyere transaksjonskostnader for finansinstitusjoner i svartelistet stat, ettersom finansinstitusjoner i andre FATF-stater krever større sikkerhet når de arbeider med dem.¹¹⁸ Denne typen "svartelisting" forklarer også den høye iveren for å være i samsvar med FATF-standardene.

3.4.3 EU

Hvitvaskingsdirektivene fra EU har hatt størst direkte betydning for norsk rett på hvitvaskingsområdet. I europeisk sammenheng avdekker en historisk og en kontekstuell analyse at fremveksten av det europeiske indre marked krevde europeiske regler for finansielle transaksjoner.¹¹⁹ Avskaffelsen av nasjonale grenser for det indre marked krevde kompensierende tiltak for å forhindre grenseoverskridende økonomiske forbrytelser. Det måtte følgelig innføres forebyggende tiltak for å sikre at et åpent og liberalt finansmarked ikke ble misbrukt av kriminelle elementer. Det var derfor naturlig at EU valgte å følge opp FATFs anbefalinger for å bekjempe hvitvasking med det første hvitvaskingsdirektivet i 1991.¹²⁰

Dagens hvitvaskingslov er en innføring av EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv. Den risikobaserte tilnærmingen ble lagt til grunn allerede i det tredje hvitvaskingsdirektivet fra 2005, som igjen bygde på FATFs anbefalinger fra 2003. Den risikobaserte tilnærmingen ble så videreutviklet og styrket i EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv.¹²¹ Ifølge Europarådet gjenspeiler de styrkte reglene behovet for at EU tilpasser sin lovgivning for å ta hensyn til utviklingen av teknologi og andre midler til rådighet for kriminelle.¹²² FATFs nye anbefaling nr. 1 om risikobasert tilnærming ble fulgt opp i det fjerde hvitvaskingsdirektivet med en egen seksjon 2 om «risk assessment» i artiklene 6–8. I bestemmelsene stilles det krav om utarbeidelse av nasjonale risikovurderinger, samt at ulike myndighetsorganer skal bygge på risikoprinsippet for å bekjempe hvitvasking og terrorfinansiering, for eksempel i sitt tilsynsarbeid.

¹¹⁸ Ibid s. 239.

¹¹⁹ Maria Bergström, «Money laundering» i Valsamis Mitsilegas, Maria Bergström og Theodore Konstadinides (red.), *Research Handbook on EU Criminal Law* Cheltenham 2016 s. 335-352 på s. 335-356.

¹²⁰ Ibid s. 350.

¹²¹ NOU 2016:27 s. 63.

¹²² Det Europeiske råd, Pressemelding: *Money Laundering: Council Approves Strengthened Rules*, 20 April 2015 (<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/04/20/money-laundering-strengthened-rules/>, sist besøkt 3. januar 2020).

Rapporteringspliktige skal gjennomføre risikovurderinger for egen virksomhet og utarbeide rutiner i tråd med risikoprinsippet.

Etter direktivet artikkel 6 skal også Kommisjonen forpliktet til å gjennomføre en supranasjonal risikovurdering, det vil si en vurdering av risiko for hvitvasking og terrorfinansiering på europeisk nivå. Når det gjelder forholdet mellom risikovurderinger skrevet av ulike organer og myndigheter, er det bestemt i direktivet artikkel 6 nr. 6 at Kommisjonen i sitt arbeid med den overnasjonale risikovurderingen skal ta i betraktning de europeiske finanstilsynenes risikovurdering.¹²³

3.4.4 Andre internasjonale organisasjoner og aktører

3.4.4.1 De europeiske finanstilsynsbyrå

De europeiske tilsynsbyråene på finansmarkedsområdet som består av Det europeiske banktilsynet (EBA), Det europeiske tilsynet for forsikring og tjenestepensjon (EIOPA) og Det europeiske tilsynet for verdipapirer og markeder (ESMA) – samlet benevnt som ESA-ene. ESA-ene er sentrale for utviklingen og klarleggingen av en risikobasert tilnærming. Det følger for det første av EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv artikkel 6 nr. 5 at ESA-ene skal utarbeide en felles vurdering («joint opinion») av hvordan risiko for hvitvasking og terrorfinansiering påvirker den finansielle sektoren i EU. Denne skal oppdateres annethvert år. De publiserte 4. oktober 2019 sin andre «joint opinion».¹²⁴ Når det gjelder forholdet mellom denne risikovurderingen og Kommisjonens risikovurdering fremkommer det av direktivet artikkel 6 nr. 6 at kommisjonen i sitt arbeid med den overnasjonale risikovurderingen skal ta i betraktning ESA-enes risikovurdering.

For det andre følger det av artikkel 48 nr. 10 at ESA-ene også skal utarbeidet retningslinjer for hvordan nasjonale myndigheter skal gjennomføre risikobaserte tilsyn. Ved utgangen av 2016 publiserte ESA-ene sine første retningslinjer for risikobasert tilsyn («The Risk-based Supervision Guidelines»)¹²⁵.

¹²³ Report COM(2019) 370 from the Commission to the European Parliament and the Council on the assessment of the risk of money laundering and terrorist financing affecting the internal market and relating to cross-border activities, «The Supranational Risk Assessment» (2019).

¹²⁴ ESAs, Joint Opinion of the European Supervisory Authorities on the risks of money laundering and terrorist financing affecting the European Union's financial sector, 2019.

¹²⁵ ESAs, Joint guidelines on the characteristics of a risk-based approach to anti-money laundering and terrorist financing supervision, and the steps to be taken when conducting supervision on a risk-sensitive basis, «The Risk-Based Supervision Guidelines», 16. november 2016.

Et tredje og helt sentralt dokument er «The Risk Factors Guidelines» hvor ESA-ene presiserer og utdyper innholdet i den risikobaserte tilnærmingen og hvilke momenter som er relevante å se hen til ved vurderingen av risikofaktorer.¹²⁶ I februar 2020 kom ESA-ene med et nytt forslag til retningslinjene.¹²⁷ Utkastet er på høring og følgelig ikke endelig. Utkastet vil likevel primært bli anvendt i det følgende, ettersom det nye utkastet tar hensyn til oppdatert regelverk, samtidig som det ikke er gjort store endringer siden de forrige retningslinjene.

Selv om det er tale om «guidelines», er det på det rene at de vil ha stor vekt ved tolkningen av regelverket. For det første fremgår det av ESA-enes forordning artikkel 16 nr. 3 at kompetente myndigheter og finansielle institusjoner «must make every effort to comply with the guidelines».¹²⁸ Videre fremkommer det av samme artikkel at innen to måneder etter utstedelse av nye retningslinjer må de aktuelle aktørene bekrefte om de etterkommer eller planlegger å etterkomme retningslinjene, og hvis ikke må de begrunne hvorfor. For det andre har lovgiver gitt klart signal om at retningslinjene er en viktig kilde. I forarbeidene fremholdes det at alle norske foretak som er omfattet av avgrensningen «credit and financial institutions» forventes å gjøre seg kjent med retningslinjene fra de europeiske tilsynsbyråene.¹²⁹ For det tredje har Finanstilsynet publisert retningslinjene på sin hjemmeside hvor de fremholder at de «anser denne veiledningen som meget relevant for den risikobaserte tilnærmingen som ligger til grunn for gjeldende hvitvaskingslov».¹³⁰

3.4.4.2 Verdensbanken og Det internasjonale pengefondet

Verdensbanken (World bank) og Det internasjonale pengefondet (International Monetary Fund, IMF) besluttet i 2001 å starte et samarbeid for å bekjempe hvitvasking og terrorfinansiering. Fra 2004 har Verdensbanken og IMF gjennomført tilsvarende evalueringer

¹²⁶ ESAs, *Joint Guidelines under Articles 17 and 18(4) of Directive (EU) 2015/849 on simplified and enhanced customer due diligence and the factors credit and financial institutions should consider when assessing the money laundering and terrorist financing risk associated with individual business relationships and occasional transactions*, «The Risk Factors Guidelines», 2018.

¹²⁷ ESAs, *Draft Guidelines under Articles 17 and 18(4) of Directive (EU) 2015/849 on customer due diligence and the factors credit and financial institutions should consider when assessing the money laundering and terrorist financing risk associated with individual business relationships and occasional transactions (“The Risk Factors Guidelines”), amending Guidelines JC/2017/37*, 2020.

¹²⁸ Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 1093/2010 av 24. november 2010 om opprettelse av en europeisk tilsynsmyndighet (Den europeiske banktilsynsmyndighet), om endring av beslutning nr. 716/2009/EF og om oppheving av kommisjonsbeslutning 2009/78/EF.

¹²⁹ Prop. 40 L (2017-2018) s. 82 punkt 5.5.6.

¹³⁰ Finanstilsynet, *Veiledning fra EUs tre finanstilsynsmyndigheter om risikobasert tilnærming på hvitvaskingsområdet*, 7. september 2018 (<https://www.finanstilsynet.no/tema/hvitvasking-og-terrorfinansiering/veiledning-fra-eus-tre-finanstilsynsmyndigheter-om-risikobasert-tilnarming-pa-hvitvaskingsområdet/>, sist besøkt 27. januar 2020).

av staters bidrag til å bekjempe hvitvaskings- og terrorfinansiering som FATF.¹³¹ Som et verktøy for medlemslandene har Verdensbanken og IMF gitt ut en referanseguide som supplement til FATFs anbefalinger. Denne skal hjelpe medlemslandene med å implementere anbefalingene.¹³²

3.4.4.3 Egmontgruppen

Egmontgruppen er et samarbeidsnettverk på operativt nivå, per 2019 bestående av 164 Financial Intelligence Units (FIUs). Den ble opprettet i 1995 for å bekjempe hvitvasking og terrorfinansiering. Organisasjonen fungerer som et internasjonalt forum for utveksling av finansiell etterretningsinformasjon på tvers av landegrenser. Samarbeidet innebærer også at finansielle etterretningsenheter deler ekspertise på nye hvitvaskingstrender. Egmont Group kvalitetssikrer arbeidet til FIUs ved å bidra til økt forståelse av risikoer knyttet til hvitvasking og terrorfinansiering.¹³³ Norges FIU er Enheten for finansiell etterretning (EFE), som ligger under Økokrim.

3.4.4.4 Baselkomitéen

En av de sentrale aktørene i privat sektor er Baselkomitéen for banktilsyn. Baselkomiteen ble etablert i 1974 av sentralbanksjefer fra ti land. I dag består komiteen av sentralbanksjefer og myndigheter som har som oppgave å overvåke banksektoren fra 28 jurisdiksjoner.¹³⁴ I 1988 vedtok komiteen Basel-deklarasjonen. Allerede ved denne deklarasjonen introduserte Baselkomiteen risikoprinsippet, ved at den foreslo at banknæringen skulle bruke en risikobasert tilnærming for å avdekke om kriminelle misbrukte banksystemer til hvitvasking.¹³⁵ Grahn m.fl. hevder at Baselkomiteens dokument hadde stor betydning for at FATF valgte en risikobasert tilnærming ved revisjonen av standardene i 2003.¹³⁶

Komiteen har også et forum for samarbeid om overvåkning av bankvirksomhet hvor hvitvasking er et fokusområde.¹³⁷ I 2014 publiserte komiteen retningslinjer for «Sound management of risks related to money laundering and financing og terrorism». I 2016 ble

¹³¹ Rui (2012) s. 96.

¹³² World Bank, *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, 2016.

¹³³ Egmont Group, «About», (<https://egmontgroup.org/en/content/about>, sist besøkt 19. nov 2019).

¹³⁴ Basel Committee on Banking Supervision, «About the BCBS» (<https://www.bis.org/bcbs/about/overview.htm?m=3%7C14%7C573>, sist besøkt 19. november 2019).

¹³⁵ Se Rui (2012) s. 237.

¹³⁶ Thomas Grahn m.fl., *Åtgärder mot pänningtvätt m.m. En praktisk vägledning och kommentar*, Stockholm 2010 s. 75.

¹³⁷ Basel Committee on Banking Supervision, History of the Basel Committee, 14. april 2018 (<https://www.bis.org/bcbs/history.htm>, sist besøkt 2. januar 2020).

disse retningslinjene utvidet med en «General guide to account opening». Baselkomiteen bidrar følgelig med veiledning til den praktiske etterlevelsen av risikoprinsippet.

3.4.4.5 Wolfsberg-gruppen

I privat sektor har man også Wolfsberg-gruppen. Det er et nettverk av tretten av verdens største banker, etablert i 2000. Ved stiftelsen ble det i samråd med eksterne eksperter og organisasjoner utviklet «best-practice»-prinsipper for forebygging av hvitvasking («Wolfsberg Principles»), som bankene i gruppen forplikter seg til å følge.¹³⁸ Allerede i 2002 anbefalte Wolfsberg-gruppen en risikobasert tilnærming og ble således trolig brukt som forbilde da risikoprinsippet kom inn i FATFs anbefalinger i 2003.¹³⁹ Wolfsberg-gruppen var også tidlig ute med å gi en mer detaljert beskrivelse av fremgangsmåten for en risikobasert tilnærming. Allerede ett år før FATF selv kom seg rundt til å gi nærmere veiledninger for dette hadde gruppen publisert «Wolfberg Statement – Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks».¹⁴⁰ I nyere tid har gruppen gitt ut flere relevante dokumenter og veiledninger for å vurdere og håndtere risiko i tilknytning til hvitvasking og annen økonomisk kriminalitet.¹⁴¹

3.5 Risikoprinsippet innføres i hvitvaskingsregelverket

3.5.1 Argumentasjon og begrunnelse for innføring

På grunn av risikostyringskulturen som oppsto i bankene fra 1970-tallet og utover var risiko allerede et kjent begrep for finansnæringen. Foruten om at dette allerede var kjent metodikk for store deler av de rapporteringspliktige var det flere grunner til at man ønsket å gå bort fra den regelbaserte tilnærmingen.

Sammen med at bekjempelse av terrorfinansiering ble implementert som en av målsetningene med hvitvaskingsregelverket og fokuset på regelverket ble sterkere, ble kostnadene høyere og man så at man hadde begrensede ressurser sett hen til de målsetningene regelverket oppstilte. Bekymringer rundt kostnadene ved å sette inn stadig større ressurser, førte til at de store

¹³⁸ The Wolfsberg Group, *Mission*, (<https://www.wolfsberg-principles.com/about/mission>, sist besøkt 3. februar 2020).

¹³⁹ Wolfsberg-gruppen, *Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles for Correspondent Banking 2002*.

¹⁴⁰ Wolfsberg-gruppen, *Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks*, 2006.

¹⁴¹ F.eks. Wolfsberg-gruppen, *Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks*, 2015 og Wolfsberg-gruppen, *Guidance on Politically Exposed Persons (PEPs)*, 2017.

bankene startet en lobbyvirksomhet for å gjøre lovverket mer kostnadseffektivt.¹⁴² Bankene var allerede kjent med at risikostyring var en effektiv måte å håndtere uønskede hendelser, og foreslo følgelig at en risikobasert tilnærming ville konsentrere ressursene deres på en mer hensiktsmessig måte.

En annen grunn til at bankene nådde fram med ønsket om endring var utfordringene ved å ha de samme ensartede reglene for alle virksomheter. For det første gjaldt regelverket et vidt spekter av ulike private aktører. De ensartede forpliktelsene tok ikke hensyn til de store forskjellene mellom de rapporteringspliktige og de ulike måtene de kunne misbrukes. For det andre ble det typisk operert med terskelverdier for hva som måtte rapporteres under det regelbaserte regelverket.¹⁴³ Disse reglene var ikke bare klare og tydelige for de rapporteringspliktige, men også for dem som ønsket å omgå reglene. Kriminelle kunne manipulere transaksjoner og handlemåter for å komme under terskelverdiene.¹⁴⁴

En tredje grunn til at ideen om en risikobasert tilnærming ble ansett ønskelig var at den regelbaserte tilnærmingen medførte overrapportering.¹⁴⁵ Selv om en transaksjon medførte rapporteringsplikt etter de formelle reglene, kunne det være forhold som var synlige for den rapporteringspliktige som tilsa at transaksjonen likevel ikke var mistenkelig. Etersom reglene var tydelig på hvilke tilfeller som måtte rapporteres, hadde de rapporteringspliktige ikke anledning til å utøve skjønn for å la være å rapportere om de klart legitime transaksjonene. Problemet ved overrapportering er at det er utfordrende for etterretningsmyndigheten som ikke har samme kjennskap til kunden å skille ut de faktisk mistenkelige tilfellene.¹⁴⁶

3.5.2 Fra innføring til styrking

Etter at FATF innførte risikoprinsippet i 2003 i sine anbefalinger satt EU i gang en prioritert prosess for å få et nytt hvitvaskingsdirektiv i samsvar med de nye anbefalingene, selv om det forrige direktivet bare var noen få år gammelt¹⁴⁷ Dette illustreres også med at

¹⁴² Abdullahi Usman Bello, *Improving anti-money laundering compliance: Self-protecting theory and money laundering reporting officers*, Cham 2016 s. 9 og Petrus C. Van Duyne, Jackie H. Harvey og Liliya Y. Gelemerova, «A 'Risky' Risk Approach: Proportionality in ML/TF Regulation» i Collin King, Clive Walker, Jimmy Gurulé (red.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*, Cham 2018 s. 257.

¹⁴³ Unger og van Der Linde (2013) s. 403.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Van Duyne, Harvey og Gelemerova (2018a) s. 257.

¹⁴⁶ Unger og van Der Linde (2013) s. 404.

¹⁴⁷ Mariano Fernández Salas, «The third anti-money laundering directive and the legal» *European Association of Lawyers*, October 2005, s. 2.

lovgivningsprosessen gikk raskere enn vanlig, med mindre enn 12 måneder fra presentasjonen av kommisjonens forslag til direktivets tekst ble fastsatt.¹⁴⁸

Under den regelbaserte tilnærming hadde man operert med terskelverdier som ofte var avgjørende for om transaksjonen ble undersøkt, samt et særlig fokus på transaksjonene i stedet for å bli kjent med kundene. Dette innebar således en mer reaktiv tilnærming, hvor man i de fleste tilfeller først oppdaget hvitvasking etter den aktuelle hvitvaskingshandlingen var begått.¹⁴⁹ Den risikobaserte tilnærmingen innebærer derimot at man på forhånd avdekker relevante trusler og sårbarheter gjennom å kjenne sine kunder basert på den risiko de utgjør, noe som fører til en annen – mer proaktiv – tilnærming.

Fra at de rapporteringspliktige i etterkant av transaksjoner kunne rapportere etter faste og klare regler til at de selv måtte identifisere og vurdere risiko i forkant, førte risikoprinsippet til at det ble stilt store krav til de rapporteringspliktige, uten at reglene ga anvisning på framgangsmåte. FATF satte opp en gruppe (Electronic Advisory Group) for å klargjøre funksjonen og innholdet i den risikobaserte tilnærmingen. I dokumentet vedtatt av FATF i 2007 redegjøres det for hva som er formålet med den risikobaserte tilnærmingen, hva som menes med risiko for hvitvasking og fremgangsmåter for å identifisere, vurdere og håndtere risiko.¹⁵⁰ Dette førte til at risikoprinsippet ble mer forståelig og anvendelig for de rapporteringspliktige.

Et regelbasert og et risikobasert regelverk er ikke gjensidig utelukkende, og det er fullt mulig å ha elementer av førstnevnte i sistnevnte. Anbefalingene fra 2003, tredje hvitvaskingsdirektiv og hvitvaskingsloven av 2009 hadde flere tydelige elementer av den regelbaserte tilnærmingen. Dette illustreres med at risikovurderinger i all hovedsak bare hadde betydning for kundekontroll og oppfølgingen av kundeforholdet.¹⁵¹ Videre hadde tredje hvitvaskingsdirektiv klare regler for tilfeller som automatisk var unntatt kundekontroll.¹⁵² Tilsvarende hadde hvitvaskingsloven (2009) § 7 klare regler for hvilke kontrolltiltak som skulle gjennomføres i normaltilfellene. Det var også uttømmende og detaljert regulert hvilke

¹⁴⁸ Kommisjonens pressemelding IP/04/832 av 30. juni 2004, samt Kommisjonens forslag COM(2004)448.

¹⁴⁹ Vanessa lafolla, «The production of suspicion in retail banking: An examination of unusual transaction reporting» i Collin King, Clive Walker og Jimmy Gurulé (red.), *The palgrave handbook of criminal and terrorism financing law*, Cham 2018 s. 85.

¹⁵⁰ FATF (2007).

¹⁵¹ Se FATFs anbefaling (2003) nr. 5 og tredje hvitvaskingsdirektiv art. 8.

¹⁵² Tredje hvitvaskingsdirektiv art. 11.

kunder som skulle anses å ha lav risiko for hvitvasking, slik at kundekontroll kan utelates, jf. hvitvaskingsforskriften (2009) § 10.¹⁵³

Ved revisjonen av FATFs anbefalinger i 2012 og tilsvarende etterfølgende regelverk i EU og på nasjonalt plan fikk risikoprinsippet betydelig større fokus og betydning. Ifølge FATF var en av de viktigste endringene ved revisjonen av anbefalingene i 2012 det økte fokuset på den risikobaserte tilnærmingen, særlig i relasjon til preventive tiltak og tilsyn.¹⁵⁴ Mens anbefalingene fra 2003 ga risikoprinsippet anvendelse på enkelte områder, anser FATF at risikoprinsippet er en «essential foundation» i implementeringen etter 2012-anbefalingene.¹⁵⁵ Risikoprinsippet fungerer som utgangspunkt for alle forpliktelser etter regelverket. Særlig den kravet til den virksomhetsinnrettede risikovurderingen viser at risikovurderinger på et overordnet og grunnleggende plan er nødvendig etter den nye loven, se hvvl. § 7.

Videre er risikoprinsippet styrket og tydeliggjort ved at FATF jevnlig publiserer rapporter som utdyper hvordan den risikobaserte tilnærmingen bør tilpasses eller hva slags risiko som finnes i ulike sektorer.¹⁵⁶

4 Risikoprinsippets og hvitvaskingsregelverkets formål og deskriptive funksjon

4.1 Innledende bemerkninger

I forrige kapittel ble det vist til argumentene som begrunnet overgangen fra et regelbasert til et risikobasert regelverk og hvordan den gradvise utviklingen har ført til et stadig større fokus på risiko for hvitvasking og terrorfinansiering. Det overordnede spørsmålet for dette kapitlet er hvilken deskriptiv funksjon risikoprinsippet i hvitvaskingsregelverket har, med særlig henblikk på hvordan risikoprinsippet skal bidra til å oppnå regelverkets formål.

¹⁵³ Forskrift 13. mars 2009 nr. 302 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv.

¹⁵⁴ FATF (2014) s. 6.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Bl.a. Guidance for a Risk-Based Approach Guidance for Legal Professionals, 2019, Risk-based Approach Guidance for the Securities Sector, 2018, Risk-based Approach Guidance for the Life Insurance Sector, 2018, Guidance for a Risk-Based Approach for Money or Value Transfer Services, 23 Feb 2016, Guidance for a risk-based approach: effective supervision and enforcement by AML/CFT supervisors of the financial sector and law enforcement, 2015, Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies, 2015, Risk-Based Approach for the Banking Sector, 2014, FATF Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing - High Level Principles and Procedures, 2007.

Med deskriptivt menes en beskrivelse av risikoprinsippets funksjoner *de lege lata* slik de er intendert av lovgiver (nasjonalt og i EU) og standardsetter (FATF). Derfor vil ikke funksjoner som risikoprinsippet rent faktisk har, men som lovgiver ikke har hatt i tankene, vurderes her. Normative vurderinger av hvilke funksjoner risikoprinsippet bør ha *de lege ferenda* behandles ikke under foreliggende kapittel, men berøres nærmere i kapittel 8 og 9.

Begrunnelsen for å kartlegge risikoprinsippets deskriptive funksjon tidlig i avhandlingen er tredelt. For det første har risikoprinsippet karakter av et grunnprinsipp i hvitvaskingsregelverket. Hvilken funksjon det har at et prinsipp skal brukes som et grunnleggende utgangspunkt må presiseres før en ser på det nærmere innholdet i prinsippet. Dette er analysert nærmere i punkt 4.2.

For det andre legger risikoprinsippet opp til en grad av selvregulering hvor de rapporteringspliktige er tillagt en fleksibilitet til å tilpasse implementeringen av regelverkets risikobaserte forpliktelser til egne risikovurderinger. Hvilken funksjon risikoprinsippet er intendert vil ha betydning for rammene for denne fleksibiliteten og er derfor nødvendig å undersøke før en analyse av det materielle innholdet i prinsippet. Hvitvaskingsregelverkets formål og funksjon vil imidlertid sette rammene for risikoprinsippets funksjon. For å forutsetningsvis kunne undersøke risikoprinsippets funksjon, vil hvitvaskingsregelverkets formål og funksjon først analyseres i punkt 4.3. Deretter vil risikoprinsippets funksjon innenfor disse rammene være gjenstand for nærmere analyse i punkt 4.4.

For det tredje stiller risikoprinsippet krav til både rapporteringspliktige, tilsynsmyndigheter og den norske staten. Det er derimot ikke gitt at risikoprinsippet har samme funksjon for samtlige av disse. Risikoprinsippets funksjon i relasjon til de ulike aktørene må derfor undersøkes før en kan vurdere de materielle kravene prinsippet stiller til de ulike aktørene. Dette vil undersøkes avslutningsvis under risikoprinsippets funksjon i punkt 4.4.3.

4.2 Risikoprinsippet som grunnprinsipp

Termen *prinsipp* har mange bruksmåter og innholdet eller funksjonen av begrepet er ikke gitt.¹⁵⁷ Det første som må vurderes er i hvilken grad den risikobaserte tilnærmingen kan forankres som et prinsipp gjennom rettskildene.

¹⁵⁷ Thomas Frøberg, *Rettslig Prinsippargumentasjon*, Oslo 2013 s. 27.

Det følger av hvvl. § 6 at rapporteringspliktige skal «legge til grunn vurderinger av risiko for hvitvasking og terrorfinansiering» ved anvendelsen av hvitvaskingsloven. Bestemmelsen slår fast som et overordnet utgangspunkt at vurdering av risiko for hvitvasking og terrorfinansiering skal legges til grunn ved tolkningen og anvendelsen av reglene i loven. Forarbeidene presiserer at alle tiltak etter loven skal gjennomføres og håndheves på grunnlag av risikovurderinger.¹⁵⁸

Risikoprinsippets grunnleggende funksjon vises også gjennom at direktivet forplikter både EU-kommisjonen, medlemsstatene og rapporteringspliktige å anvende en risikobasert tilnærming, jf. art. 6-8. Direktivets fortale avsnitt 22 presiserer også uttrykkelig at «the risk-based approach is not an unduly permissive option for Member States and obliged entities». Det er følgelig et uttrykkelig krav om å følge risikoprinsippet til tross for at medlemslandene kan velge å innføre strengere regler enn de som fremkommer at direktiv, jf. art. 5.

Prinsippets overordnede karakter vises også ved at det er inntatt som anbefaling nr. 1 i FATFs 40 anbefalinger. Videre fremkommer det eksplisitt av øvrige FATFs veiledninger at;

«the 2012 Recommendations consider the [risk based approach] to be an ‘essential foundation’ of a country’s AML/CFT framework. This is an overarching requirement applicable to all relevant FATF Recommendations. [...] The application of a [risk based approach] is therefore not optional, but a prerequisite for the effective implementation of the FATF Standards.¹⁵⁹

I tillegg til at risikoprinsippet som grunnleggende utgangspunkt er fastsatt uttrykkelig i de overnevnte kildene, kan det også leses ut av en rekke enkeltbestemmelser.¹⁶⁰ Sammenfatning av grunnprinsipp på grunnlag av ulike kilder blir ofte kalt «induksjon» eller «abstraksjon».¹⁶¹ Ved løsningen av konkrete tolkningsspørsmål blir det «dedusert» fra et slik prinsipp.¹⁶²

Det kan følgelig slås fast som et overordnet grunnprinsipp, at vurdering av risiko for hvitvasking og terrorfinansiering skal legges til grunn ved tilblivelsen, tolkingen, anvendelsen

¹⁵⁸ NOU 2016:27 s. 64.

¹⁵⁹ FATF (2014) s. 6.

¹⁶⁰ Se f.eks. hvvl. § 9 første ledd og § 35 annet ledd.

¹⁶¹ Skoghøy (2018) s. 219.

¹⁶² Ibid.

og håndhevelsen av hvitvaskingsregelverket i norsk rett. Videre er spørsmålet hvilken funksjon det har at risikoprinsippet er et grunnprinsipp.

Risikoprinsippet funksjon som grunnprinsipp har overordnet tre funksjoner.¹⁶³ For det første er prinsippet en sammenfatning av de viktigste trekk ved hvitvaskingsregelverket og et utgangspunkt for å tolke lovens enkeltbestemmelser. Å ha en risikobasert tilnærming som et grunnprinsipp har dermed en pedagogisk og systematiserende funksjon.¹⁶⁴ For rettsanvendere og andre som er forpliktet etter regelverket gir prinsippet et overblikk og perspektiv som er nødvendig ved løsning av både rettsspørsmål og praktisk etterlevelse av regelverket.

For det annet kan grunnprinsipper brukes direkte som rettskilde, særlig til å fylle luker eller hull i den positive lovreguleringen, eller som veiledning ved analogislutninger fra reglene.¹⁶⁵ Risikoprinsippet er følgelig et tolkningsmoment ved tolkningen av lovens enkeltbestemmelser.

En tredje funksjon et grunnprinsipp har er å bidra til og inngå i rettspolitiske vurderinger eller drøftelser *de lege ferenda*.¹⁶⁶ Rettslig argumentasjon som kun bygger på et prinsipp i kraft av at det er et overordnet prinsipp er derimot ikke korrekt rettskildebruk.¹⁶⁷ Det er nødvendig å ha et bevisst forhold til de formål, funksjoner og hensyn som begrunner prinsippet og hvordan disse gjør seg gjeldende ved vurderingen av den nærmere problemstillingen.

4.3 Hvitvaskingslovens formål og funksjon

4.3.1 Formålsbetraktninger

For å forstå hvilken funksjon risikoprinsippet er tiltenkt er det nødvendig å undersøke hvilken formål og funksjon hvitvaskingsregelverket har. Et regelverks formål bør skilles fra dets funksjon. Med formål i denne sammenheng menes det endelige siktemålet med regelverket. Nærmere bestemt hva som er hensikten med regelverket. Med funksjon menes virkemåte eller generelle virkemidler som kjennetegner regelverket og brukes for å oppnå regelverkets formål. Oppsummert er følgelig formålet en beskrivelse av begrunnelsen for regelverket, mens funksjonen er en beskrivelse av hvordan regelverket skal oppfylle formålet.

¹⁶³ Jon Petter Rui, «Straffeprosessen i perspektiv», *Jussens Venner nr. 6, 2014* s. 382–443 på s. 398

¹⁶⁴ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 1.

¹⁶⁵ Rui (2014) s. 398.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Se Frøberg (2013) s. 365-367 som kaller dette prinsippterminologi som «tom tale».

Hvitvaskingslovens formål fremkommer av formålsbestemmelsen i § 1. Etter første ledd er lovens formål å «forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering». I annet ledd fremkommer det at 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». En kontekstuell tolkning tilsier at første ledd angir lovens overordnede formål, mens annet ledd angir noe mer presiserende hvilke formål tiltakene i loven skal forsøke å oppnå. Hensikten med presiseringen av lovens formål i annet ledd var å «tydeliggjøre de rapporteringspliktiges rolle ved forebyggingen og avdekkingen av hvitvasking og terrorfinansiering».¹⁶⁸

Direktivets formål fremkommer av artikkel 1 nr. 1. Artikkelen lyder:

«This Directive aims to prevent the use of the Union's financial system for the purposes of money laundering and terrorist financing.»

FATFs anbefalinger inneholder ingen direkte formålsbestemmelse, men de har uttalt i andre dokumenter at det ved implementeringen av hvitvaskingsregelverket er et overordnet mål («High-Level Objective») som bør stå i fokus, nemlig at:

«Financial systems and the broader economy are protected from the threats of money laundering and the financing of terrorism and proliferation, thereby strengthening financial sector integrity and contributing to safety and security.»¹⁶⁹

I EUs formålsbestemmelse og FATFs angivelse av det overordnede målet er fokuset på det finansielle systemet og økonomiske hensyn, uten at hensynet til de konsekvensene hvitvasking og terrorfinansiering har på samfunnet som helhet nevnes. Imidlertid fremkommer det av direktivets fortale at det indre marked og internasjonal utvikling kan bli skadelidende på grunn av hvitvasking, og at hvitvasking, terrorfinansiering og organisert kriminalitet er omfattende problemer som må adresseres på EU-nivå, jf. fortalens avsnitt 1 og 2. Flere av direktivets og FATFs forpliktelser bekrefter også at formålet med hvitvaskingsregelverket ikke bare er å beskytte finansiell sektor og det finansielle system i snever forstand, men også har som mål å beskytte samfunnet som helhet mot hvitvasking og

¹⁶⁸ Prop. 40 L (2017–2018) s. 16–17.

¹⁶⁹ FATF, *Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems*, Paris 2013 s. 16.

terrorfinansiering. Blant annet er rapporteringspliktige pålagt å rapportere mistanke om hvitvasking og terrorfinansiering til myndighetene, jf. direktivet art. 33 og FATFs anbefaling nr. 20. Myndighetene skal benytte opplysningene i etterretningsvirksomhet, samt blant annet ved straffeforfølgning av hvitvasking og terrorfinansiering.¹⁷⁰ Dette viser at regelverket også har som formål – om noe mer overordnet – å også beskytte samfunnet som helhet mot de negative effektene som hvitvasking og terrorfinansiering medfører.

Følgelig gir den norske formålsbestemmelsen i § 1 annet ledd en dekkende beskrivelse av hvitvaskingsregelverkets formål, som både tar hensyn til det finansielle og økonomiske system, og samfunnet som sådan. Formålsbestemmelsen har som funksjon å angi, presisere og avgrense lovens anvendelsesområde. Formålet med loven er også en sentral rettskilde ved tolkningen av lovens bestemmelser.¹⁷¹ Hvilke interesser regelverket har som formål å beskytte har følgelig betydning for hvilken funksjoner regelverket er tiltenkt.

At tiltakene i hvitvaskingsloven ikke bare skal beskytte det finansielle og økonomiske systemet – men samfunnet som helhet – taler for at tiltak som bare beskytter den enkelte virksomhet på en måte som ellers er skadelig for samfunnet som helhet ikke vil være tilstrekkelige for å oppfylle lovens formål. Det kan for eksempel være å kvitte seg med store grupper av høyrisikokunder på en måte som gjør at de blir tvunget til å bruke uregulerte markeder, som igjen gjør det vanskeligere å avdekke og forebygge hvitvasking for myndighetene og følgelig er skadelig for samfunnet som helhet.¹⁷²

4.3.2 Fremskaffelse av etterretningsinformasjon som funksjon

Som beskrevet innledningsvis har de andre rettslige virkemidlene som har til formål å forebygge og avdekke hvitvasking – kriminaliseringen og inndragning – en annen karakter og funksjon enn hvitvaskingsregelverket.¹⁷³ Hvitvaskingsregelverkets handleplikter er fremadrettede og har en preventiv karakter. I det følgende vil det analyseres nærmere hvilken funksjon hvitvaskingsregelverket har for å oppfylle formålet i en fremadrettet kontekst.

Helt siden «Bank Secrecy Act» av 1970 har hvitvaskingsregelverkets funksjon i relasjon til å avdekke og forebygge hvitvasking vært at private aktører skal bidra med informasjon om

¹⁷⁰ Se tilsvarende NOU 2016:27 s. 21.

¹⁷¹ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 1 punkt 1.

¹⁷² Dette har sammenheng med om reduksjon av risiko er en funksjon ved regelverket og behandles nærmere under punkt 4.4.2.

¹⁷³ Se avhandlingens punkt 1.3.

kundene sine og transaksjoner til myndighetene.¹⁷⁴ Rapporteringsplikten har siden da i etterfølgende internasjonale og nasjonale regelverk vært en sentral funksjon for å oppnå formålet om å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering. En rekke av hvitvaskingslovens forpliktelser bygger på til at man skal skaffe informasjon og bekrefte denne (§§ 9-23), overvåke og eventuelt gjøre videre undersøkelser (§§ 24 og 25) for at dette endelig skal resultere i at mistenkelige forhold avdekkes og rapporteres til den finansielle etterretningstjenesten (EFE), jf. § 26. Da forebygges og avdekkes hvitvasking gjennom at EFE får etterretningsinformasjon for å utarbeide etterretningsrapporter, som igjen kan brukes av andre myndigheter for å bekjempe hvitvasking og terrorfinansiering.

Betydningen av rapporteringsplikten vises også gjennom direktivet, hvor rapporteringsplikter er skilt ut i et eget kapittel med syv artikler, se direktivets kapittel IV om «reporting obligations». Her reguleres de rapporteringspliktiges rapporteringsplikt, forholdet mellom rapporteringspliktig og finansiell etterretningstjeneste og etterretningstjenestens funksjon og virkeområde. Her fremkommer det absolutte kravet til at «(a)ll suspicious transactions, including attempted transactions, shall be reported», jf. art. 33 nr. 1 siste avsnitt. Det fremkommer også at den finansielle etterretningstjenesten er «the central national unit» og er ansvarlig for å motta og analysere rapporter om mistenkelige transaksjoner, jf. art. 32 nr. 3. Dette viser at rapporteringsplikten og bidraget til etterretningsinformasjon er en sentral funksjon ved regelverket. Også tolkningsnotatet til FATFs anbefaling nr. 20 er tydelig på at krav om rapporteringsplikt er et absolutt krav etter regelverket.

Det kan følgelig legges til grunn at rapporteringsplikten og etterretningsperspektivet er – og var også før innføringen av risikoprinsippet – en sentral funksjon ved hvitvaskingsregelverket. I det følgende vil det undersøkes hvilken funksjon risikoprinsippet har i relasjon til etterretningsperspektivet og om risikoprinsippet har tilført hvitvaskingsregelverket ytterligere funksjoner.

4.4 Risikoprinsippets funksjon

4.4.1 Innledende bemerkninger

Ovenfor er det konkludert med at hvitvaskingsregelverkets formål er å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering, og dermed beskytte det finansielle og økonomiske systemet

¹⁷⁴ Se avhandlingens punkt 3.3.1.

samt samfunnet som helhet. Risikoprinsippet er et grunnprinsipp i hvitvaskingsregelverket og dermed også et utgangspunkt for å oppnå dette formålet.

Ovenfor ble det også konkludert med at rapporteringsplikten er en sentral funksjon i regelverket. I relasjon til etterretningsperspektivet vil risikoprinsippet funksjon være å bidra til at ressursene som brukes for å fremskaffe etterretningsinformasjon er målrettet og effektivisert mot risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering og at ressursbruken er proporsjonal sett hen til den rapporteringspliktiges art og omfang.¹⁷⁵

Ifølge FATF er det tre funksjoner som er sentrale for en effektiv implementering av regelverket.¹⁷⁶ For det første må man ha regelverk, koordinering og samarbeid som håndterer og begrenser risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering. For det andre må det enten forhindres at utbytte av kriminalitet og midler for å finansiere terrorisme kommer inn i den finansielle sektoren eller andre sektorer, eller så slike midler oppdages og rapporteres. Ifølge FATF er rapporteringspliktige sin rolle i henhold til denne funksjonen å anvende tilstrekkelig forebyggende tiltak i samsvar med deres risikoeksponering og rapportere om mistenkelige transaksjoner. Og for det tredje må relevante trusler identifiseres og forebygges og kriminelle må fratras sine illegale midler.

Etter min oppfatning er FATFs angivelse av regelverkets funksjoner noe uklart beskrevet da flere av funksjonene overlapper i stor grad. Imidlertid må angivelsen av at de rapporteringspliktige har en selvstendig rolle i å forhindre at ulovlig utbytte kommer inn i den finansielle sektoren ved forebyggende tiltak, i tillegg til rapporteringsplikten, undersøkes nærmere.

Det er på det rene at ved innføringen av risikoprinsippet ble de rapporteringspliktige forpliktet til identifisere, vurdere og håndtere risiko.¹⁷⁷ I øvrig finansiell risikohåndtering for bank- og finanssektoren er det en gjennomgående forpliktelse til å styre og redusere risiko for at uønskede hendelser skal inntre. I Basel-komiteens «Principles for the Sound Management of Operational Risk» oppstilles prinsipper for håndtering av operasjonell risiko. Operasjonell risiko er risikoen for tap som følge av utilstrekkelige eller sviktende interne prosesser eller

¹⁷⁵ FATF (2007) s. 3.

¹⁷⁶ FATF (2013a) s. 16.

¹⁷⁷ FATFs anbefaling nr. 1 siste avsnitt.

systemer, menneskelige feil, eller eksterne hendelser.¹⁷⁸ Hvitvaskingsrisiko regnes som en del av den operasjonelle risikoen.¹⁷⁹ Ifølge Basels prinsipper skal styret i banker definere sin operasjonelle risikotoleranse, som fastsettes på bakgrunn av risikoevne og risikoappetitt.¹⁸⁰ Fastsettelsen av risikotoleranse skal definere nivået på operasjonell risiko som foretaket er villig til å akseptere. Deretter må risikoen håndteres og eventuell reduseres slik at risikotoleranse overholdes.¹⁸¹

Det kan følgelig stilles spørsmål om risikoprinsippet har tilført regelverket en ny funksjon, ved at de private aktørene ikke bare skal bidra med etterretningsinformasjon til myndighetene, men også har fått et selvstendig ansvar for å styre og redusere risikoen for at de misbrukes til hvitvasking. Om og eventuelt i hvilken grad reduksjon av risiko er en funksjon ved hvitvaskingsregelverket behandles i punkt 4.4.2.

Avslutningsvis i kapittelet – ettersom risikoprinsippet ikke bare gjelder for rapporteringspliktige, men også for tilsynsmyndighet og statens forpliktelser – vil det også undersøkes om risikoprinsippet har samme funksjon for disse aktørene i punkt 4.4.3.

4.4.2 Er reduksjon av risiko en funksjon ved hvitvaskingsregelverket?

Når de rapporteringspliktige gir myndighetene etterretningsinformasjon så er det myndighetene som i siste instans har ansvaret for å forebygge og avdekke hvitvasking. Spørsmålet er om risikoprinsippet har medført at de rapporteringspliktige har et selvstendig ansvar til å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering i siste instans ved å redusere risikoen for at hvitvasking og terrorfinansiering skjer i deres virksomhet.

Verken hvitvaskingsloven eller forarbeidene gir direkte uttrykk for at rapporteringspliktige har en forpliktelse til å redusere eller begrense risiko. Etter hvvl. § 8 første ledd er de rapporteringspliktige forpliktet til å «håndtere» risiko gjennom rutinene, men bestemmelsen eller lovens øvrige regler angir ikke nærmere hva som menes med håndtering av risiko. En naturlig språklig forståelse av å håndtere risiko tilsier at risikoen skal behandles eller styres. I forarbeidene foreskriver utvalget at rutinene skal inneha en beskrivelse av hvordan den

¹⁷⁸ Finanstilsynet, *Modul for operasjonell risiko*, 2016 s. 4. (<https://www.finanstilsynet.no/contentassets/4fd11f06085f47c5bd9756a2e42e563f/modul-for-operasjonell-risiko---evaluering-av-styring-og-kontroll-og-eksponering.pdf>, sist sjekket 4. mars 2020).

¹⁷⁹ Finanstilsynet, *Modul for operasjonell risiko*, 2016 s. 13.

¹⁸⁰ Basel Committee on Banking Supervision, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, Basel 2011 s. 9, «Principle 4»

¹⁸¹ Ibid s. 14-16 "principle 9".

identifiserte risikoen kan «håndteres og motvirkes» uten at det ligger noen nærmere forklaring hva som menes med at risikoen skal «motvirkes».¹⁸²

Det er i utgangspunktet flere måter å håndtere risiko. En måte er å bruke risikovurderinger til å fordele ressurser med henblikk på å bidra til etterretningsinformasjon uten å aktivt gjøre noe for å styre eller endre risikoen som sådan. Da aksepterer man risikoen som den er. En annen måte å tilnærme seg risiko er å unngå den. Da vil man typisk ikke gå inn i eller avslutte forhold eller aktiviteter som forårsaker risiko. En tredje måte å håndtere risiko er å forsøke og senke eller redusere risikoen for hvitvasking gjennom risikoreducerende tiltak.

Spørsmålet er følgelig om risikoprinsippet legger opp til aksept, reduksjon eller unngåelse av risiko eller en kombinasjon av disse. Dette spørsmålet fordrer en overordnet analyse av hvilke måter risikoprinsippet legger opp til at de rapporteringspliktige skal håndtere risiko.

Den mest innlysende og muligens enkleste måten å redusere eller unngå risiko er å ikke ha kunder og ikke operere med eller i land som representerer en høyere risiko. Hvis en kun velger å inngå forretninger i situasjoner hvor det er liten sannsynlighet og lave konsekvenser for hvitvasking og terrorfinansiering har man redusert risikoen i sin helhet innad i virksomheten. Ved å ikke inngå eller avslutte et kundeforhold med høy risiko, har man unngått risiko i det enkelte tilfellet.

Hvitvaskingsloven gir imidlertid ikke hjemmel til å nekte eller avslutte kundeforhold alene på grunn av høy risiko. Tvert imot presiseres følgende uttrykkelig i forarbeidene:

«Rapporteringspliktige har ikke adgang til på generelt grunnlag å avvise kunder som innebærer en høyere risiko for hvitvasking og terrorfinansiering.

Rapporteringspliktige har i stedet en plikt til å gjennomføre forsterkede kundetiltak, jf. lovforslaget § 17. Høyrisikokunder kan ikke uten videre avvises.

En risikobasert tilnærming tilsier at risikoen skal identifiseres og håndteres.

Risikoen skal ikke uten god grunn i sin helhet fjernes.»¹⁸³

Dette taler for at risikoprinsippet ikke legger opp til at man skal unngå risiko, samt at reduisering ikke skal skje gjennom avvisning og avvikling av kundeforhold.

¹⁸² NOU 2016:27 s. 71.

¹⁸³ Prop. 40 L (2017-2018) s. 90.

Den generelle regel for de fleste rapporteringspliktige er at de har en kontraheringsplikt. Det fremgår av finansavtaleloven § 14 første ledd at «(i)nstitusjonen kan ikke uten saklig grunn avslå å ta imot innskudd eller utføre betalingstjenester på vanlige vilkår». ¹⁸⁴ Å avvise personer bare fordi de representerer en forhøyd risiko for hvitvasking eller terrorfinansiering er problematisk ut fra denne bestemmelsen. ¹⁸⁵ FATF viser også til hensynet til finansiell inkludering, som innebærer rett til grunnleggende finansielle tjenester. ¹⁸⁶ Innstillingen fra finanskomiteen til hvitvaskingsloven peker også på at alle borgere i et moderne samfunn både har behov for og rett på bankkonto. ¹⁸⁷

Videre har blant annet FATF understreket at såkalt «de-risking» ikke er i samsvar med risikoprinsippet. FATF karakteriserer «de-risking» som fenomenet hvor rapporteringspliktige avslutter eller begrenser kundeforhold eller kategorier av kunder for å unngå – i stedet for å håndtere – risiko i tråd med FATFs risikobaserte tilnærming. ¹⁸⁸

«De-risking» er problematisk fordi avisning og avslutning av kundeforhold kan tvinge personer og virksomheter til mindre regulerte eller uregulerte markeder. Dette kan føre til større risiko for hvitvasking for samfunnet som sådan, ettersom de uregulerte markedene ikke følger hvitvaskingsregelverket og ikke er gjenstand for tilsyn eller kontroll. ¹⁸⁹ Å redusere eller unngå risikoen for hvitvasking eller terrorfinansiering innad i en virksomhet er følgelig ikke ensbetydende med at risikoen for hvitvasking reduseres for det økonomiske systemet eller samfunnet som helhet i tråd med lovens formål.

Likevel gir Finanstilsynet i flere dokumenter uttrykk for at de rapporteringspliktige har et selvstendig ansvar for å redusere risiko. For eksempel er det finanstilsynets veileder til hvitvaskingsloven angitt at det «normalt vil være nødvendig for den rapporteringspliktige å iverksette risikoreduserende tiltak for å adressere risikoene som er identifisert», uten at det er nærmere presisert hvilke tiltak som kan være risikoreduserende. ¹⁹⁰ I et annet

¹⁸⁴ Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

¹⁸⁵ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 21 punkt 1.

¹⁸⁶ FATF, *Anti-Money Laundering and Terrorist Financing Measures and Financial Inclusion*, Paris 2017 s. 2-4.

¹⁸⁷ Innst. 271 L (2017–2018) Innstilling frå finanskomiteen om Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven) s. 12.

¹⁸⁸ FATF, *FATF clarifies risk-based approach: case-by-case, not wholesale de-risking*, 23. oktober 2014 (<https://www.fatf-gafi.org/documents/documents/rba-and-de-risking.html>, sist besøkt 11. mai 2020).

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Finanstilsynet, *Rundskriv 8/2019 Veileder til hvitvaskingsloven*, 2019 s. 9.

veiledningsdokument fra Finanstilsynet legges det til grunn at det er et «lovkrav at det skal fastsettes rutiner som skal redusere risikoene og for øvrig bidra til at pliktene etter hvitvaskingsloven oppfylles i alle deler av foretakets virksomhet.»¹⁹¹ Finanstilsynets bemerkelser må imidlertid tillegges begrenset vekt da de ikke gir nærmere forklaring til hva som forpliktelsen til å redusere risiko nærmere innebærer.

Direktivet og FATFs anbefalinger gir derimot mer konkrete holdepunkter for hva håndtering av risiko innebærer ved bruken av termen «mitigate». I direktivet art. 8 nr. 3 fremholdes følgende:

«Member States shall ensure that obliged entities have in place policies, controls and procedures to *mitigate and manage effectively the risks* of money laundering and terrorist financing identified at the level of the Union, the Member State and the obliged entity.» (min utheving)

Tilsvarende ordlyd gjenfinnes i FATFs anbefaling 1 siste avsnitt:

Countries should require financial institutions and designated non-financial businesses and professions (DNFBPs) to identify, assess and take *effective action to mitigate* their money laundering and terrorist financing risks. (min utheving)

Termen “mitigate” har ifølge Cambridge Advanced Learner’s Dictionary to betydninger; «to make something less harmful, unpleasant or bad» (formelt); og «causing you to judge crime to be less serious or to make the punishment less severe» (rettslig).¹⁹² I norske termer kan «mitigate» oversettes med å mildne, dempe, døyve, lindre.¹⁹³

I den danske direktivteksten av art. 8 nr. 3 brukes ordet «begrænsing» og i den svenske versjonen forpliktes de rapporteringspliktige å «minska» hvitvaskingsrisikoen. I den norske oversettelsen av direktivet brukes ordet «redusere».

¹⁹¹ Finanstilsynet, *Rundskriv 15/2019 Veiledning om regnskapsføreres og regnskapsførerselskapers etterlevelse av hvitvaskingsregelverket*, 2019 s. 12.

¹⁹² Cambridge Advanced Learner’s Dictionary, *Mitigate* (<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/mitigate>, sist sjekket 4. mai 2020).

¹⁹³ Clue digital ordbok, *Mitigate: Engelsk-Norsk* (<https://online.clue.no/>, sist sjekket 4. mai 2020).

De nordiske oversettelsene synes å miste noen av betydningen til begrepet «mitigate» gjennom oversettelsene som språklig sett kun viser til at man skal redusere eller begrense risikoen som sådan. Det er trolig det samme som må sies om finanstilsynets uttalelser om risikoreduisering. «Risk mitigation» som teknisk begrep innenfor risikostyring har to betydninger.¹⁹⁴ Det kan enten være å redusere sannsynligheten for at risikoen materialiseres eller redusere konsekvensene eller effekten av at en risiko materialiseres.¹⁹⁵ Dette samsvarer forøvrig med Cambridge sin definisjon, hvor «mitigate» er å gjøre noe mindre skadelig eller lignende. De nordiske oversettelsene viser etter en naturlig språklig forståelse bare til den første betydningen som innebærer å redusere sannsynligheten for at risikoen inntreffer. Den danske hvidvaskloven som gjennomfører direktivets artikkel 8 får i større grad fram de ulike funksjonene i termen «mitigate». Etter hvidvaskloven § 8 skal de rapporteringspliktige ha rutiner for «effektiv forebyggelse, begrensning og styring af risici for hvidvask og finansiering af terrorisme.»¹⁹⁶

Det er mulig å redusere effekten av at risiko materialiseres uten å utelukke kunde grupper som innehar en høyere risiko for hvitvaskings eller terrorfinansiering. For eksempel så vil det redusere effekten av risikoen hvis forholdet blir observert og undersøkt, og i tilfeller hvor det deretter er tilstrekkelig mistanke, rapportert til myndighetene som dermed får muligheten til å avdekke og stanse eventuell hvitvasking. Effekten av høy risiko reduseres hvis det avdekkes og stanses i tilfeller hvor det skjer hvitvasking og terrorfinansiering.

Følgelig har rapporteringspliktige en plikt til å redusere sannsynligheter for at risiko inntreffer eller redusere effekten av at risiko inntreffer, jf. FATF anbefaling 1 og direktivet art. 8 nr. 3 og ordlyden «mitigate». For å tydeliggjøre at denne forpliktelsen ikke bare innebærer å redusere risikoen for hvitvaskings og terrorfinansiering som sådan brukes termen å «motvirke» risiko i det følgende for å vise til begge betydningene til begrepet «mitigate». Nærmere hva som ligger i kravet til å motvirke risiko og i hvilke tilfeller man kan redusere sannsynligheten for at risikoen materialiseres må imidlertid undersøkes nærmere.

¹⁹⁴ Lars G. Wessel Johnsen, *Risikovurdering: Praktisk risiko- og sårbarhetsanalyse i virksomheter*, 2. utgave, Oslo 2019 s. 157.

¹⁹⁵ Ariane Chapelle, *Operational risk management: Best practices in the financial services industry*, Chichester 2019 s. 105.

¹⁹⁶ Lov 2. april 2020 nr. 380 om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven)

En rekke av ESA-enes angivelser av «risk mitigation tools», altså virkemidler for å motvirke risiko, er tiltak som skal bidra til å oppfylle rapporteringsplikten og oppfylle etterretningsfunksjonen. For eksempel angis det at i enkelte situasjoner hvor risikoen assosiert med kundeforhold er særlig høy, vil det være nødvendig å bekrefte midlenes opprinnelse, som et «adequate risk mitigation tool».¹⁹⁷ Dette vil bidra til å kunne oppfylle rapporteringsplikten.

Hvitvaskingsregelverket angir imidlertid også flere forpliktelser og anbefalinger som ikke har som formål å bidra til etterretningsinformasjon, men å redusere sannsynligheten for at risikoen materialiseres.

En sentral bestemmelse som viser at risikomotvirkning i form av sannsynlighetsreduering også er en funksjon er hvvl. § 27. Det fremgår av § 27 første ledd at rapporteringspliktige som hovedregel ikke skal gjennomføre mistenkelige transaksjoner før Økokrim er underrettet. Videre at Økokrim i særlige tilfeller kan forby gjennomføring av en transaksjon. Plikten til ikke å gjennomføre transaksjonen før Økokrim er underrettet, vil også kunne lette påtalemyndighetens mulighet til å sikre beløpet med tanke på en eventuell senere inndragning.¹⁹⁸ Hovedregelen kan kun fravikes dersom det er umulig å stanse transaksjonen, eller dersom stans av transaksjonen kan vanskeliggjøre undersøkelser av person som kan dra fordel av en mistenkelig transaksjon, jf. § 27 annet ledd.

Et strengt utgangspunkt om å rapportere før gjennomføringen av transaksjonen fører til at de rapporteringspliktige må bruke de øvrige tiltakene i loven ikke bare for å bidra til etterretningsinformasjon, men også til å forhindre hvitvasking i det enkelte tilfellet. For å kunne rapportere før en transaksjon gjennomføres (ettersom de fleste transaksjoner gjennomføres etter kort tid) må de rapporteringspliktige ha systemer for å oppdage mistenkelige forhold tidlig og dermed kunne redusere sannsynlighet for at risiko materialiseres. Følgelig har også hvitvaskingsloven som funksjon å redusere sannsynligheten for at risikoen materialiseres ved å avverge konkrete hvitvaskingshandlinger.

I et nytt høringsnotat om endringer hvitvaskingsloven og –forskriften foreslås det at rapporteringspliktige også skal ha hjemmel til å sperre kundemidler ved mistanke om

¹⁹⁷ ESAs (2020) punkt 12.8.

¹⁹⁸ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 27 punkt 1.

hvitvasking eller terrorfinansiering.¹⁹⁹ Finanstilsynet peker på at en slik praksis etter deres vurdering er klart i samsvar med hvitvaskingsregelverket og intensjonene bak regelverket, og dermed bør praksisen få en klar forskriftsbestemmelse. Videre foreslår finanstilsynet at sperringen må kunne opprettholdes så lenge mistanken består og kunden ikke angir andre utbetalingsalternativer som representerer en akseptabel risiko for at utbetalingen ikke bidrar til hvitvasking eller terrorfinansiering.²⁰⁰

Dette viser tydelig regelverkets fremadrettede karakter. Grunnen til at rapporteringspliktige også har en selvstendig forpliktelse til å avverge konkrete hvitvaskingshandlinger kan begrunnes i hensynet til å avdekke hvitvasking i plasseringsfasen. Hvitvaskingsprosessen kan forklares gjennom en trefasemodell. De tre fasene er plassering, tilsløring og integrasjon.²⁰¹ I plasseringsfasen introduseres verdier fra en straffbar handling i finanssystemet, og det er i denne fasen – før den videre tilsløringen er påbegynt – at midlene lettes kan kobles til den straffbare handlingen og inndras. Selv om hvitvaskingsoperasjoner avdekkes, er det ofte problematisk å bringe frem til domfellelse på grunn av at pengesporet leder til skatteparadiser.²⁰² Ansatte i Økokrim har opplyst at i de store prinsipielle sakene fører etterforskningen som oftest til et eller annet skatteparadis.²⁰³ Da er midlene kommet til tilsløringsfasen og politi og påtalemyndighet møter ofte ugjennomtrengelige sekretesseregler, både hos banker og offentlige myndigheter.²⁰⁴ Dermed er det vanskeligere med inndragning eller å knytte midlene til en straffbar handling.

En annen forpliktelse er at den rapporteringspliktige skal etter en risikovurdering vurdere å gjennomføre skikkethetsvurderinger av ansatte, jf. hvvl. § 35 annet ledd bokstav b. Hvitvaskingsdirektivet art. 8 nr. 4 bokstav a foreskriver også at en bakgrunnssjekk av ansatte kan være nødvendig for å sørge for at man ikke har ansatte som bidrar til hvitvasking eller terrorfinansiering. Dette er følgelig dels begrunnet i å forebygge og avverge konkrete hvitvaskingshandlinger.

¹⁹⁹ Finanstilsynet, *Høringsnotat – forslag til endringer i hvitvaskingsloven og hvitvaskingsforskriften*, 1. november 2019.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Rui (2012) s. 27.

²⁰² Rui (2012) s. 223.

²⁰³ Se artikkel i E24, *Hvitvasking til skatteparadiser*, 5. februar 2007 (<http://e24.no/naeringsliv/hvitvasking-til-skatteparadiser/1628419>, sist besøkt 10. mai 2020).

²⁰⁴ Rui (2012) s. 223.

Flere av bestemmelsene og anbefalingene går ut på at det må innhentes godkjenning fra overordnet før etablering eller opprettholdelse av kundeforhold som innebærer en særlig høy risiko. Se for eksempel hvvl. § 18 annet ledd bokstav a, femte hvitvaskingsdirektiv art. 18 a) og FATFs anbefaling 12 bokstav a. I direktivets fortale avsnitt 34 vises det til at godkjenningen må gis av en person med tilstrekkelig kunnskap og erfaring til å treffe beslutninger som påvirker den rapporteringspliktiges risikoeksponering. Dette viser at de rapporteringspliktige må vurdere sannsynligheten for hvitvasking opp mot deres risikoeksponering.

En forpliktelse som mer indirekte må antas å bidra til at risiko motvirkes er kravet om å særskilt vurdere risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering før nye produkter og tjenester tilbys og før ny teknologi tas i bruk, jf. hvvl. § 7 tredje ledd. Ved at risikoen må vurderes før disse nye tilbudene iverksettes tvinges de rapporteringspliktige til å vurdere om de kan håndtere risikoen de utgjør eller det er for risikofylt eller om de må gjøre endringer for å redusere sannsynligheten for at risiko materialiseres.

Følgelig viser flere av hvitvaskingsregelverkets konkrete forpliktelser at sannsynligheten for at risiko materialiseres også skal motvirkes. Imidlertid begrenses adgangen til å motvirke risiko gjennom sannsynlighetsreducerende tiltak opp mot kravet til finansiell inkludering og forbudet mot de-risking. For at sannsynligheten skal kunne reduseres tilstrekkelig uten å gå utover disse begrensningene er en mulighet å tilby begrensede tjenester for kunder som innebærer en særlig risiko. ESA-ene foreskriver at «(f)irms should carefully balance the need for financial inclusion with the need to mitigate [money laundering/terror financing] risk.»²⁰⁵ Både FATF og ESA anbefaler å tilby begrensede tjenester til høyrisikokunder for å motvirke risiko samtidig som hensynet til finansiell inkludering ivaretas.²⁰⁶

FATF bemerker imidlertid i forbindelse med forbudet mot «de-risking» at selv om man ikke skal begrense kundeforhold eller kategorier av kunder alene på grunn av høy risiko, må kundeforhold avsluttes hvis risikoen ikke kan motvirkes.²⁰⁷ Dette utdypes videre i øvrige anbefalingsdokumenter hvor FATF legger til grunn at ledelsen hos den rapporteringspliktige må sende ut en tydelig beskjed om at banken ikke vil inngå eller opprettholde kundeforhold

²⁰⁵ ESAs (2020) s. 45 punkt 4.9 flg.

²⁰⁶ FATF (2017) s. 31 og ESAs (2020) s. 46 punkt 4.10 bokstav b.

²⁰⁷ FATF, *FATF clarifies risk-based approach: case-by-case, not wholesale de-risking*, 23 oktober 2014 (<https://www.fatf-gafi.org/documents/news/rba-and-de-risking.html>, sist besøkt 11. mai 2020).

som innebærer så høy risiko at den ikke kan motvirkes («be mitigated») effektivt.²⁰⁸ Videre har ledelsen også et ansvar for å bestemme hvilke tiltak som er nødvendige for å motvirke risiko identifisert og hvilken grad av restrisiko banken er villig til å akseptere.²⁰⁹ Følgelig må det legges til grunn at motvirkning av risiko en funksjon med hvitvaskingsregelverket.

Oppsummert er funksjonen til risikoprinsippet og hvitvaskingsregelverket å mobilisere private aktører for å motvirke hvitvaskingsrisiko. Dett gjøres enten gjennom å redusere sannsynligheten for at hvitvaskingsrisiko materialiseres gjennom preventive tiltak eller å redusere effekten av hvitvaskingsrisiko gjennom å bidra med etterretningsinformasjon. Å redusere effekten av risiko gjennom bidra med etterretningsinformasjon er likevel den tydeligste og viktigste funksjonen som fremkommer eksplisitt av loven. Adgangen til å redusere sannsynligheten for at risiko materialiseres er begrenset av kravet til finansiell inkludering og forbudet mot de-risking.

4.4.3 Har risikoprinsippet samme funksjon i alle henseender?

Ovenfor ble risikoprinsippets funksjon i hvitvaskingsloven analysert. Hvitvaskingsloven foreskriver i all hovedsak etterlevelsen av loven, mens risikoprinsippet i tillegg gjelder og håndhevelsen og reguleringen av hvitvaskingsloven, jf. direktivet artikkel 7 og FATFs anbefaling 1. Risikoprinsippet i hvitvaskingsloven har som funksjon å motvirke risiko, hvor den mest sentrale funksjonsbestanden er å motvirke risiko gjennom å bidra til etterretningsinformasjon til myndighetene.

Formålet med hvitvaskingsloven vil også for statens henseende være å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering. Staten har imidlertid flere virkemidler enn hvitvaskingsloven for å forebygge og avdekke hvitvasking.²¹⁰ Hvitvasking og terrorfinansiering er kriminalitet og statens oppgave er først og fremst å forebygge kriminalitet. Som FATF påpeker skal myndighetene iverksette tiltak for å oppdage, forhindre og straffe de som er involvert i slike typer aktiviteter.²¹¹ Staten har følgelig som hovedoppgave å redusere risiko. De kan for eksempel velge å forby eller begrense virksomheter eller aktiviteter som har for høy risiko.²¹² En annen funksjon for å redusere risiko er å analysere den etterretningsinformasjon som mottas fra rapporteringspliktige, og

²⁰⁸ FATF (2014) s. 23.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Se avhandlingens punkt 1.3.

²¹¹ FATF (2013b) s. 28.

²¹² Ibid. s. 27.

utarbeide etterretningsrapporter, som kan brukes for å motvirke hvitvasking og terrorfinansiering. Rapporteringspliktige skal først og fremst produsere etterretningsinformasjon. Følgelig må det legges til grunn at staten forfølger andre hovedfunksjoner og har andre arbeidsoppgaver for å forebygge og avdekke hvitvasking, enn rapporteringspliktige virksomheter.²¹³

For tilsynsmyndighetene er risikoprinsippets funksjon mer sammenfallende med funksjonen for de rapporteringspliktige, nemlig å sørge for at risikoen blir tilstrekkelig motvirket. Samtidig setter risikoprinsippet føringer for hvordan tilsynene skal gjennomføres og hvordan de rapporteringspliktige skal evalueres.²¹⁴

5 Risikobegrepet og utgangspunkter for risikoprinsippets innhold

5.1 Innledning

Risikoprinsippet er avgjørende for etterlevelsen, håndhevelsen og reguleringen av hvitvaskingsloven. Risikoprinsippets anvendelsesområde er følgelig for rapporteringspliktige, tilsynsmyndighetene og statens forpliktelser, jf. hvvl. § 6, direktivet art. 7-8 og FATFs anbefaling nr. 1. Før risikoprinsippets konkrete innhold og betydning for de ulike forpliktete aktørene analyseres i kapittel 6 og 7 er det forutsetningsvis nødvendig å kartlegge innholdet i risikobegrepet og hvilke grunnleggende utgangspunkt som gjelder for risikoprinsippets innhold uavhengig av anvendelsesområde.

5.2 Risikobegrepet

5.2.1 Hva er risiko?

Risikobegrepet har ikke noen entydig definisjon, men kan defineres på mange måter, og ulike fagområder og tradisjoner tilnærmer seg risiko på forskjellige måter.²¹⁵ Forståelsen av at det ikke er bare en måte å tenke på når det gjelder risiko, er av stor betydning når ulike fagområder og tradisjoner skal samarbeide om problemstillinger som gjelder risiko. Det vil ikke alltid være tilfredsstillende å ha en forståelse av risiko som sannsynlighet multiplisert med mulige tap, slik en ser i mange sammenhenger.²¹⁶

²¹³ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 1 punkt 2.3.

²¹⁴ Kravene til og innholdet i et risikobasert tilsyn behandles under punkt 7.2.

²¹⁵ Aven (2015) s. 37.

²¹⁶ Ibid.

Det at ulike fagdisipliner har forskjellige tilnærminger til risiko, fører ofte til misforståelser og usikkerhet. Ingeniører vil typisk definere risiko som sannsynlighet multiplisert med mulig konsekvens, som innenfor statistikken betegnes som forventet verdi. Mens en økonom vil fokusere på usikkerheten rundt forventningsverdien. Risikovurderinger innenfor økonomi preges også ofte av kost-nytte-beregninger, i motsetningen til ingeniørens utgangspunkt i ren matematikk og statistikk.²¹⁷

Som nevnt er det ikke en vedtatt allmenngyldig definisjon på risiko, og det er vanlig å tilpasse tilnærmingen til risikobegrepet til ulike fagfelt. I 2018 kom imidlertid standarden «NS-ISO 31000 Risikostyring – Retningslinjer» med en generell definisjon på risiko. I denne standarden defineres risiko som «virkningen av usikkerhet knyttet til mål».²¹⁸ Dette innebærer at effekter på måloppnåelse som kan oppstå fra usikkerhet. Hvis man overfører dette til hvitvaskingsloven vil dette være virkningen av usikre forhold eller hendelser som påvirker eller forhindrer målet om å avdekke og forebygge hvitvasking. Det angir følgelig hva hvitvaskingsrisiko er etter en generell definisjonen på risiko. Ulike fagdisipliner har likevel forskjellige tilnærminger til risiko og gjerne mer konkrete og spesifikke former for risikodefinsjoner som er tilpasset de aktuelle særtrekkene ved den aktuelle fagdisiplinen.

5.2.2 Risikobegrepet i hvitvaskingsregelverket

Risikobegrepet i hvitvaskingsloven har fått et mer presist innhold gjennom FATFs definisjon av «risk»:

«Risk: is the effect of ML or TF activity on the objective of protecting nations, their citizens and their institutions from the harms of profit-motivated crime. The risk manifests when ML/TF threats co-exist with associated vulnerabilities allowing criminals to successfully carry out their ML or TF activity. It is measured as the likelihood of ML or TF activity occurring multiplied by the consequences of that occurrence. Thus, the co-existence of threats and vulnerabilities that could result in significant consequences or harms would be considered ‘high risk’»²¹⁹

²¹⁷ Lindøe (2018) s. 79-80.

²¹⁸ NS-ISO 31000:2018 Risikostyring – Retningslinjer.

²¹⁹ FATF, *Global Money Laundering & Terrorist Financing Treath Assessment*, Paris 2010 s. 13.

Første setning viser risikoen i hvitvaskingsregelverkets forstand er effekten eller virkningen hvitvasking eller terrorfinansiering har opp mot målsetningen om å beskytte samfunnet mot de skader som profittmotivert kriminalitet medfører. På samme måte som man vurderer risiko innenfor en rekke andre fagdisipliner er det vanlig å vurdere risikoen opp mot en målsetning å sikre eller beskytte nærmere angitte verdier.²²⁰

Videre fremkommer det av FATFs definisjon at risikoen uttrykkes ved kombinasjonen av fare for hvitvasking og terrorfinansiering og sårbarheter som lar kriminelle lykkes med dette. Målingen av risikoen gjøres gjennom multiplikasjon av sannsynligheten for og konsekvensene av hvitvasking/terrorfinansiering. Til sammenligning brukes ESA-ene en tilsvarende definisjon hvor det legges til grunn at «risiko» er sannsynligheten for hvitvasking og terrorfinansiering finner sted, og virkningene av dem.²²¹ Oppsummert kan man si at hvitvaskingsrisiko er kombinasjonen av to faktorer: sannsynligheten for at hvitvasking vil inntre, og konsekvensene av hvitvasking direkte eller indirekte. Sannsynligheten deles så opp i to ytterligere dimensjoner; trusler og sårbarhet.

FATF angir også det nærmere innholdet i hva som regnes som trusler, sårbarhet og konsekvenser.²²² *Trusler* regnes som personer, grupper, objekter eller aktiviteter med potensial til å forårsake skade, for enten staten, samfunnet, økonomien eller lignende. I forbindelse med hvitvasking/terrorfinansiering kan dette for eksempel være kriminelle, terrorgrupper og deres tilretteleggere, midlene deres, så vel som tidligere, nåværende og fremtidige hvitvasking- og terrorfinansieringsaktiviteter.²²³

Begrepet *sårbarhet* omfatter det som kan utnyttes av trusselen, eller gjøre det enklere for trusselen å realisere seg. I risikovurderingene ser man på sårbarhet som uavhengig av trusselbildet representerer svakheter i antihvitvasking-/terrorfinansieringssystemer, -kontroller eller funksjoner. Dette kan være svakheter innad i et land, i en bestemt sektor eller område, for et finansielt produkt eller typer tjenester som gjør dem mer attraktive for å brukes til hvitvasking eller terrorfinansiering.²²⁴

²²⁰ Lindøe (2015) s. 65.

²²¹ ESAs (2020) s. 24.

²²² FATF, *National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment*, Paris 2013, s. 7.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid.

Trusler og sårbarhet sett i sammenheng utgjør *sannsynligheten* for hvitvasking eller terrorfinansiering. For å vurdere trusler og sårbarheter i en risikovurdering på en mer oversiktlig måte er det vanlig å kategorisere relevante grupper av disse inn i overordnede hovedgrupper. For virksomhetsinnrettet risikovurdering oppstiller hvvl. § 7 annet ledd fire hovedgrupper: «a) egen virksomhet, herunder særlig virksomhetens art og omfang, b) virksomhetens produkter, tjenester og kundeforhold, c) typer kunder og kundegrupper, d) geografiske forhold». Disse kategoriene som er relevante for å avdekke trusler og sårbarheter kalles gjerne for risikofaktorer. Innenfor risikofaktorene kan man finne forhold som enten alene eller i kombinasjon et iboende potensial til å forårsake risiko.²²⁵

Den siste bestanddelen av risikobegrepets innhold er *konsekvenser*. Begrepet refererer til den påvirkning eller skade som hvitvasking eller terrorfinansiering kan forårsake, herunder konsekvensene av de underliggende kriminelle handlingene. Konsekvensene kan være usikker i tid og sted, ettersom hvitvasking, terrorfinansiering og de underliggende handlingene kan få konsekvenser for blant annet privatpersoner, samfunn, bransjesektorer, nasjonale eller internasjonale interesser, samt omdømmet og økonomien til både den involverte virksomheten, samt de involverte lands finanssektor.²²⁶ Det gjør det heller ikke lettere å fastslå konsekvensene at det også kan berøre alle mulige kombinasjoner av de overnevnte, på ulik måte og i ulik grad. FATF innrømmer at selv om en risikovurdering ideelt sett bør bestå av en vurdering av alle de tre bestanddelene – trusler, sårbarhet og konsekvenser – så medfører de store utfordringene med å fastslå konsekvenser at man i risikovurderinger først og fremst kan fokusere på å oppnå en helhetlig forståelse av sine trusler og sårbarheter.²²⁷

I departementets nasjonale risikovurdering legges følgende til grunn om deres bruk av konsekvenser i risikovurderingen:

«Konsekvenser refererer til skaden hvitvasking og terrorfinansiering kan påføre, og inkluderer effekten av primærkriminaliteten og terrorvirksomhet på

²²⁵ ESAs (2020) s. 24 definisjon av «risk factors».

²²⁶ FATF (2013b) s. 8.

²²⁷ Ibid.

finanssystemer og -institusjoner, økonomien og samfunnet. Størrelsen på verdiene som hvitvaskes, er en vesentlig del av skaden.»²²⁸

På grunn av at det legges til grunn at størrelsen på verdien som hvitvaskes er en vesentlig del av konsekvensen på generell basis, må tilsvarende gjelde for rapporteringspliktige og andre myndigheter. Å vurdere lave verdier som ubetydelig konsekvens og dermed lavere risiko kan være problematisk. Også ved tilsløring av små beløper kan den bakenforliggende konsekvensen for samfunnet være stor. For eksempel ble den australske banken Westpac tiltalt for brudd på hvitvaskingsregelverket i tilknytning til transaksjoner verdt mer enn 11 milliarder dollar.²²⁹ Den mest skadelige delen av tiltalen for bankens omdømme var imidlertid små beløper som burde vært oppdaget fordi det var indikasjoner på de var forbundet med internettbasert seksuell utnyttelse av barn.²³⁰ Videre viser den nasjonale risikovurderingen til at finansiering av terrorisme gjerne består av små beløp. For eksempel brukte Anders Behring Breivik kun 361 453 kr til å finansiere hele terrorangrepet i 2011.²³¹ Det er utvilsomt en stor konsekvens hvis en rapporteringspliktig blir misbrukt til å finansiere en terroroperasjon.

Hvitvaskingsrisiko er en faktor av to komponenter – sannsynlighet og konsekvenser. Konsekvensvurderingen er imidlertid uklar og usikker. Dette gjør at vurdering av hvitvaskingsrisiko skiller seg fra øvrige finansielle risikovurderinger, hvor konsekvenser er en sentral og spesifisert del.²³² Det er også øvrige forhold som fører til at hvitvaskingsrisiko skiller seg fra andre typer finansiell risiko. I motsetning til andre typer risiko, som for eksempel likviditets-, kreditt- eller markedsrisiko er hvitvaskingsrisikoen oppfattet mer fra et kvalitativt enn et kvantitativt ståsted.²³³ Det innebærer at i stedet for å kunne regne ut risiko basert på kvantifiserbar informasjon, for eksempel statistikk, vil hvitvaskingsrisiko i større grad måtte beskrives på grunnlag av mer abstrakt og usikker informasjon. For eksempel vil de fleste bankene kunne tolerere et visst kredittap av visse typer utlån, forutsatt at den

²²⁸ Justis- og beredskapsdepartementet, *Nasjonal risikovurdering: Hvitvasking og terrorfinansiering*, 2018 s. 10.

²²⁹ Artikkel i The Guardian, *What is Westpac accused of, and how is this related to child exploitation? – explainer*, 21. november 2019 (<https://www.theguardian.com/australia-news/2019/nov/21/what-is-westpac-accused-of-and-how-is-this-related-to-child-exploitation-explainer>, sist besøkt 13. mai 2020)

²³⁰ Ibid.

²³¹ Justis- og beredskapsdepartementet (2018) s. 87.

²³² Bello (2016) s. 39

²³³ Pierre-Laurent Chatain m.fl., *Preventing money laundering and terrorist financing : A practical guide for bank supervisors*, Washington 2009 s. 6.

samlede ytelsen for slike lån fortsatt er lønnsomt.²³⁴ Forventet og mulig tap vil ofte vurderes ut fra tapsdatabaser. Hvitvasking vises ikke nødvendigvis gjennom tap, og hvis hvitvaskingen lykkes får den rapporteringspliktige aldri kunnskap om det. Videre er få objektivt fastsatte kriterier for hva som er en akseptabel grense mellom høy og lav risiko, samt hva som er en forsvarlig risiko å akseptere.²³⁵

5.3 Utgangspunkter for risikoprinsippets innhold

5.3.1 Innledende bemerkninger

I kapittel 4.4.3 ble det vist til at risikoprinsippet ikke nødvendigvis har samme funksjon i alle henseender. Risikoprinsippets innhold vil også variere for henholdsvis de rapporteringspliktige, myndighetene og statens forpliktelser.²³⁶ Det er imidlertid enkelte karakteristikk ved risikoprinsippet som er så grunnleggende at de gjelder uavhengig av hvem prinsippet vurderes opp mot. Enkelte sentrale hensyn begrunner og følgelig er grunnleggende for risikoprinsippet. For det første skal risikoprinsippet bidra til at ressursene som brukes i kampen mot hvitvasking og terrorfinansiering er mer målrettet og effektivisert mot der risikoen er størst. For det andre skal risikoprinsippet bidra til at ressursbruken er proporsjonal sett hen til den rapporteringspliktiges art og omfang.²³⁷

5.3.2 Effektivitet

Risikoprinsippet bygger på en grunntanke om effektiv ressursfordeling. Selve målsetningen ved skiftet fra den regelbaserte til den risikobaserte tilnærmingen var å åpne et mer fleksibelt regelverk for å fordele ressursene mer effektivt.²³⁸

Ifølge FATF innebærer den risikobaserte tilnærmingen at rapporteringspliktige, myndigheter og stater skal identifisere, vurdere og forstå den risikobaserte tilnærmingen for å kunne iverksette tiltak for å håndtere risikoen effektivt i samsvar med den identifiserte risikoen.²³⁹ Det skal gjøre det mulig å fordele ressurser på de mest effektive måten. Oppsummert innebærer prinsippet at ressurser skal prioriteres slik at de største risikoene får størst oppmerksomhet og vise versa.²⁴⁰

²³⁴ Van Duyne, Harvey og Gelemerova (2018a) s. 346.

²³⁵ Ibid s. 347.

²³⁶ Det nærmere innholdet analyseres i kapittel 6-7.

²³⁷ FATF (2007) s. 3.

²³⁸ FATF (2014) s. 6

²³⁹ Tolkningsnotat til FATFs anbefaling 1.

²⁴⁰ Ibid.

Følgelig er effektivitetshensyn opp mot lovens formål om å forebygge og avdekke hvitvasking sentralt for tolkningen av loven. Regelverket skal i utgangspunktet sørge for en tilstrekkelig fleksibilitet til å gjennomføre regelverket hensiktsmessig etter identifisert risiko. Når den rapporteringspliktige vurderer handlingsalternativer i en situasjon forbundet med høyere hvitvaskingsrisiko, skal den konkrete risikoen påvirke vurderingen av hva som utgjør tilstrekkelige tiltak.²⁴¹ Følgelig legger regelverket opp til en effektiv forebygging og avdekking av hvitvasking og terrorfinansiering basert på risikovurderinger.

Ved den videre analysen av risikoprinsippets innhold er det derfor viktig å ha i mente at hensynet til effektivitet er det sentrale hensynet prinsippet bygger på.

5.3.3 Proporsjonalitet

En risikobasert tilnærming i seg selv foreskriver ikke nødvendigvis et en proporsjonal etterlevelse. Tilnærmingen åpner derimot for at regelverket skal implementeres proporsjonalt i forhold til den rapporteringspliktiges ressursevne. Ettersom ressursbruken skal tilpasses den identifiserte risikoen, er det også mulighet for å åpne for at ressursbruken proporsjonalt tilpasses den enkelte rapporteringspliktige. Denne muligheten har lovgiver i stor grad valgt å benytte seg av. En rekke av hvitvaskingsregelverkets sentrale bestemmelser angir at omfanget av gjennomføringen av forpliktelsene skal «tilpasses virksomhetens art og omfang».²⁴² Henvisningen til virksomhetens art og omfang er en angivelse av en proporsjonal implementering av risikoprinsippet.

I hvitvaskingslovens risikoprinsipp ligger det en erkjennelse av at de rapporteringspliktige ikke har ubegrenset med ressurser for å identifisere, analysere og håndtere risiko for hvitvasking og terrorfinansiering.²⁴³ Selv om ingen rapporteringspliktige har ubegrenset med ressurser, kan enkelte mye og andre lite. Det er derfor naturlig at kravene varierer proporsjonalt utfra tilgjengelige ressurser og hvilken type virksomhet det er snakk om.

Hvitvaskingsloven eller forarbeidene presiserer ikke hva som menes med «virksomhetens omfang», men etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden vil en virksomhets omfang variere etter virksomhetens omsetning, balanse og arbeidsressurser. Disse faktorene samsvarer også med regnskapslovens og EUs fjerde selskapsdirektivs definisjoner av små og

²⁴¹ Finanstilsynet (2019a) s. 9.

²⁴² Se hvvl. §§ 7 (4), 8 (2).

²⁴³ FATF (2014) s. 6.

store selskaper.²⁴⁴ Virksomhetens «art» er også et vagt begrep. Risikoeksponering og kompleksitet må være avgjørende i denne sammenhengen. Tilsvarende legges til grunn i Finanstilsynets veileder.²⁴⁵ Selv om utgangspunktet er en proporsjonal implementering av risikoprinsippet er det ingen objektive holdepunkter for hva som er tilstrekkelig ressursbruk etter art og omfang. De rapporteringspliktige må derfor vurdere hva som er nødvendig for de skal motvirke risikoen tilstrekkelig slik at restrisikoen samsvarer med risikoappetitten. Videre kan en dialog med til tilsynsmyndighetene gi holdepunkter for om deres ressursbruk er i samsvar med hva som forventes av en virksomhet av slik art og omfang.

Dette innebærer at rapporteringspliktige som er av mindre størrelse, ikke tilbyr komplekse produkter eller er internasjonalt eksponert kan ta utgangspunkt i en enklere og mindre omfattende implementering av regelverket enn hva større og mer komplekse foretak kan.²⁴⁶ Det er også lagt til grunn et proporsjonalitetskrav i direktivet og FATFs anbefalinger.²⁴⁷ Det innebærer at også tilsynsmyndighetene og øvrig nasjonal myndighet må ta hensyn til at reglene skal implementeres, håndheves og reguleres proporsjonalt sett hen til virksomhetens art og omfang.

6 Risikoprinsippets innhold for rapporteringspliktige

6.1 I hvilken grad er hvitvaskingslovens regler risikobasert?

Dette kapittelet omhandler de rapporteringspliktiges forpliktelser etter risikoprinsippet, herunder i hvilket omfang risikoprinsippet gjelder i hvitvaskingsloven. Det følger av hvvl. § 6 at rapporteringspliktige skal «legge til grunn vurderinger av risiko for hvitvasking og terrorfinansiering» ved anvendelsen av hvitvaskingsloven. Det er således en generell kodifisering av risikoprinsippet hva gjelder rapporteringspliktiges plikter etter loven. I forarbeidene legges det til grunn at den risikobaserte tilnærmingen er utgangspunktet for etterlevelsen av samtlige forpliktelser etter hvitvaskingsloven.²⁴⁸

Selv om lovens utgangspunkt er en risikobasert tilnærming, oppstiller loven klare rammer og forpliktelser som ikke kan fravikes, også i tilfeller risikovurderinger i seg selv kunne ha begrunnet unntak fra lovens forpliktelser. Det er lite fokus på det viktige skillet mellom

²⁴⁴ Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. §§ 1-5 og 1-6 og EUs direktiv 2003/38/EF artikkel 11.

²⁴⁵ Finanstilsynet (2019a) s. 9.

²⁴⁶ Se tilsvarende ESAs (2020) s. 29 punkt 1.16.

²⁴⁷ Se blant annet direktivets fortale avsnitt 1 og 59 og tolkningsnotat til FATFs anbefaling 1.

²⁴⁸ Prop.40 L (2017-2018) s. 47.

risiko- og regelbasert i andre kilder, samtidig som skillet er av stor betydning både for å få oversikt og forståelse for loven, samt for å implementere den på korrekt måte. Følgelig vil balansen og grensen mellom risiko- og regelbaserte forpliktelser i hvitvaskingsloven analyseres i det følgende.

For å undersøke problemstillingen vil lovens sentrale forpliktelser analyseres med særlig henblikk på i hvilken grad de er risikobaserte og dermed åpner for bruk av risikoprinsippet for de rapporteringspliktige. Det vil også analyseres hvordan risikoprinsippet kan brukes for å oppfylle de forpliktelsene som åpner for det. Det tas ikke sikte på en uttømmende analyse av risikoprinsippets anvendelse og betydning for samtlige bestemmelser i hvitvaskingsloven, men derimot en overordnet analyse av lovens mest sentrale materielle bestemmelser, hvor enkelte av disse forpliktelsene vil vurderes grundigere opp mot risikoprinsippet.

Grunnlaget for den risikobaserte tilnærmingen finnes i hvvl. kapittel 3 om risikobasert tilnærming og rutiner. For å kunne gjøre vurderinger basert på risiko og implementere risikoprinsippet i virksomheten er det to grunnleggende dokumenter som må utarbeides.²⁴⁹ Den virksomhetsinnrettede risikovurderingen etter § 7 og rutiner etter § 8. Forpliktelsene til å utarbeide disse dokumentene vil behandles i henholdsvis punkt 6.2 og 6.3.

Gjennom rutinene som er basert på den virksomhetsinnrettede risikovurderingen skal de rapporteringspliktige blant annet oppfylle fire hovedforpliktelser for å kjenne sine kunder og motvirke risiko. Hovedforpliktelsene er (i) kundetiltak, (ii) løpende oppfølging, (iii) undersøkelser og (iv) rapportering. I hvilken grad disse hovedforpliktelsene – og enkelte av underforpliktelsene av disse – er risikobaserte er gjenstand for analyse i punkt 6.4 til 6.6.

6.2 Virksomhetsinnrettet risikovurdering

Den første nødvendige bestanddelen i en risikobasert tilnærming er den virksomhetsinnrettede risikovurderingen, jf. hvvl. § 7. Tilsvarende stiller både FATFs anbefaling nr. 1 og av fjerde hvitvaskingsdirektiv artikkel 8 nr. 1 og 2 krav om at rapporteringspliktige skal gjennomføre risikovurderinger. En av de viktigste endringene i den nye hvitvaskingsloven er dette eksplisitte kravet til en dokumenterbar virksomhetsinnrettet risikovurdering.

Hvitvaskingsloven av 2009 krevde ikke uttrykkelig utarbeidelse av slike risikovurderinger.

²⁴⁹ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 6.

Manglene krav til risikovurderinger og forståelsene av risiko hos de rapporteringspliktige var et av punktene Norge fikk kritikk for i FATFs evaluering i 2014.²⁵⁰

I den nye hvitvaskingsloven er kravet til en virksomhetsinnrettet risikovurdering tatt inn som den første materielle bestemmelsen i § 7. I begrepet «virksomhetsinnrettet» ligger det at risikovurderingen skal være tilpasset den konkrete virksomheten. Etter § 7 første ledd skal rapporteringspliktige «identifisere og vurdere risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering knyttet til sin virksomhet». De skal altså overordnet identifisere, analysere og evaluere på hvilke måter og i hvilket omfang deres konkrete virksomhet kan bli misbrukt til hvitvasking gjennom risikovurderinger.

Det er risikovurderingen etter § 7 som er utgangspunktet for rapporteringspliktiges risikobaserte gjennomføring av tiltak etter loven, i samsvar med § 6.²⁵¹ At risiko tilknyttet virksomheten er identifisert og vurdert er avgjørende for at den rapporteringspliktiges ressurser blir allokert til de områdene hvor hvitvaskings- og terrorfinansieringsrisikoen er høyest og at risikoen kan motvirkes. Følgelig er det dekkende å si at denne risikovurderingen er selve grunnmuren i alt anti-hvitvaskingsarbeid.²⁵² Det er også nøkkelen til å realisere mulighetspotensialet som følger av den risikobaserte tilnærmingen, ved at ressursbruken kan tilpasses til virksomheten egne risikoområder og risikoeksponering.

I bestemmelsens annet ledd er det gitt en ikke-uttømmende liste over forhold de rapporteringspliktige skal ta i betraktning ved utarbeidelse av den virksomhetsinnrettede risikovurderingen, jf. bruken av «blant annet». Dette er forhold som påvirker risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering, ettersom det i tilknytning til disse faktorene typisk vil identifiseres trusler (eksterne forhold), sårbarheter (interne forhold) og betydningen av disse (konsekvenser). De blir gjerne derfor omtalt som risikofaktorer.

Mens viktigheten av å kjenne sin kunde basert på risikovurderinger var tydelig også i forrige hvitvaskingslov av 2009, fokuserer den nye loven gjennom kravet til virksomhetsinnrettet risikovurdering på viktigheten av å kjenne sin egen virksomhet.²⁵³ Dette innebærer at de

²⁵⁰ FATF MER (2014) s. 83.

²⁵¹ NOU 2016:27 s. 67.

²⁵² Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 7 punkt 2.1.

²⁵³ Se hvitvaskingsloven (2009) § 5. Tilsvarende lagt til grunn i Doug Hopton, *Money Laundering: A Concise Guide for All Business*, 2. utgave, London 2016 s. 98.

rapporteringspliktige må foreta en mer helhetlig vurdering av kundeporteføljen og andre forhold ved virksomheten for å vurdere den iboende risikoen virksomheten er eksponert for.

Lovens forarbeider angir hvilke forutsetninger som må være på plass for å utarbeide den virksomhetsinnrettede risikovurderingen og vurdere risikofaktorene.²⁵⁴ Det er tre sentrale forhold virksomheten må ha kunnskap om.

For det første må den rapporteringspliktige ha kunnskap om hva hvitvasking og terrorfinansiering er. Selv om det ikke er angitt som en av risikofaktorene i § 7 annet ledd må kunnskapen om hva hvitvasking og terrorfinansiering er, de rettslige vilkår, hvordan det foregår og ulike modus være på plass for at man skal vurdere risikoen tilknyttet dette i de øvrige risikofaktorene. Uten kunnskap om hvitvasking og terrorfinansiering vil det ikke være mulig for rapporteringspliktige å vurdere risikoen for at deres egen virksomhet kan misbrukes av kriminelle til disse formålene.²⁵⁵

For det andre må den rapporteringspliktige kjenne sin egen virksomhet, herunder sine produkter, tjenester, leveringsmåter og transaksjonsmetoder som tilbys.²⁵⁶ Dette fremkommer av annet ledd bokstav a og b, men også bokstav d; geografiske forhold er en relevant faktor å vurdere for å kartlegge egen virksomhet.

For det tredje må den rapporteringspliktige ha kunnskap om hvem de forholder seg til og handler med.²⁵⁷ Dette omfatter kunder, reelle rettighetshavere og andre, jf. annet ledd bokstav c. Også i tilknytning til dette har geografiske forhold betydning, jf. bokstav d.

Følgelig angir § 7 annet ledd i sammenheng med forarbeidene et utgangspunkt på hvilke grupper av risikofaktorer som må identifiseres og hvilke kunnskapsforutsetninger som må være på plass i forkant av vurderingene. Dette gir i all hovedsak anvisning på hvordan man overordnet skal gå fram for å identifisere risikofaktorene. Loven stiller også krav til at de rapporteringspliktige særskilt skal vurdere risiko før nye produkter og tjenester tilbys og før ny teknologi tas i bruk, jf. tredje ledd, samt at risikovurderingene skal dokumenteres, holdes oppdatert og stilles til rådighet for tilsynsmyndigheten, jf. femte ledd.

²⁵⁴ NOU 2016:27 s. 68.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Ibid.

Utenom de konkrete kravene til risikovurderingen i andre, tredje og femte ledd er det langt på vei opp til den rapporteringspliktige hvordan den vil gå frem for å vurdere risiko og utforme den virksomhetsinnrettede risikovurderingen, i tråd med risikoprinsippet i § 6.

Risikovurderingen skal også tilpasses virksomhetens art og omfang etter fjerde ledd, noe som også vil være opp til den rapporteringspliktige å vurdere, jamfør utgangspunktet om proporsjonalitet som ligger i risikoprinsippet.²⁵⁸

Det er opp til den rapporteringspliktige å vurdere om det er nødvendig å identifisere og vurdere risikofaktorer utover de som er opplistet i annet ledd. Hvor detaljert og i hvilket omfang de enkelte risikofaktorene vurderes er også opp til den rapporteringspliktige. Videre åpner risikoprinsippet for at man langt på vei kan velge hvordan man vil tilnærme seg og beskrive vurderingen av risiko. Imidlertid oppstiller kravet om at risikovurderingene skal være dokumentert noen minimumskrav til tilnærmingen.

Overordnet kan det skilles mellom to måter å tilnærme seg vurdering av risiko; kvalitativ og kvantitativ.²⁵⁹ En kvalitativ tilnærming innebærer en prosabeskrivelse av de identifiserte risikofaktorene, herunder hva som utgjør trusler, sårbarhet og konsekvenser.²⁶⁰ Deretter vurderer man disse opp mot den konkrete virksomheten og forretningsmodellen. En måte å angi disse vurderingene systematisk er å gradere etter «lav», «middels» og «høy» risiko. Det er opp til virksomheten og deres risikovurdering hvor detaljert gradering av risiko som de finner hensiktsmessig. En kvalitativ vurdering vil alltid måtte gjennomføres for å dokumentere og vise fremgangsmåten for risikovurderingene, fordi den kvantitative kun viser resultatet av risikovurderingen.²⁶¹

En kvantitativ fremstilling av risiko kan også gjøres som en del av den virksomhetsinnrettede risikovurderingen. Kvantifisering går ut på å uttrykke et fenomen i målbare og ofte helt numeriske størrelser. Kvantifisering av risiko gir et eksakt måltall på risikoens størrelse, og fremstillingen kan videre gjøres ved hjelp av for eksempel diagrammer eller matriser.²⁶² Om det er nødvendig med en kvantitativ risikovurdering er opp til den rapporteringspliktiges

²⁵⁸ Se avhandlingens punkt 5.3.3.

²⁵⁹ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 7 punkt 2.5.1. Tilsvarende Johnsen (2019) s. 42.

²⁶⁰ Johansen (2019) s. 42.

²⁶¹ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 7 punkt 2.5.1.

²⁶² Ibid.

risikobaserte tilnærming, men det kan i enkelte tilfeller være nødvendig for å oppfylle særlige krav til løpende oppfølging ved elektronisk overvåking.²⁶³

Det er også i utgangspunktet opp til virksomhets risikobaserte tilnærming å vurdere hvilke kilder utover erfaringene fra egen virksomhet som må konsulteres for en tilstrekkelig evidensbasert risikovurdering. Imidlertid er det forventet at enkelte eksterne kilder er konsultert for en kunnskapsbasert risikovurdering. I Finanstilsynets veileder angis det at det forventes at alle rapporteringspliktige underlagt deres tilsyn som et minimum benytter gjeldende nasjonal risikovurdering av hvitvasking og terrorfinansiering, samt Finanstilsynets egen risikovurdering.²⁶⁴

6.3 Rutiner

Etter § 8 første ledd plikter rapporteringspliktige virksomheter å ha rutiner. Bestemmelsen gjennomfører direktivet art. 8 nr. 3 og FATFs anbefaling nr. 1. Tilsvarende som for den virksomhetsinnrettede risikovurderingen, skal rutineene tilpasses virksomhetens art og omfang, jf. annet ledd og dokumenteres og stilles til rådighet for tilsynsmyndigheten, jf. tredje ledd. I tillegg stilles det en rekke prosessuelle og personelle krav for fastsetting og oppfølgingen av rutineene, jf. fjerde til sjette ledd. Det sentrale materielle krav for rutineenes innhold fremkommer av første ledd.

Det følger av § 8 første ledd at de rapporteringspliktige skal «ha oppdaterte rutiner for å sikre at virksomheten håndterer identifisert risiko og oppfyller plikter etter bestemmelser gitt i eller medhold av loven». Ordlyden setter rammer for anvendelsen av risikoprinsippet. Etter ordlyden i første ledd skal rutineene utformes med grunnlag i to komponenter; den identifiserte risikoen i den virksomhetsinnrettede risikovurderingen og hvitvaskingslovens øvrige konkrete forpliktelser.²⁶⁵

Den første komponenten er den virksomhetsinnrettede risikovurderingen. Denne skal danne grunnlag for at rutineene skal sikre at virksomheten «håndterer identifisert risiko», jf. § 8 første ledd. Ettersom risikovurderingen identifiserer hvilke risiko for hvitvasking og terrorfinansiering som foreligger ved virksomheten, gjør det forutsetningsvis den

²⁶³ Denne forpliktelsen behandles nærmere under punkt 6.5.2.

²⁶⁴ Finanstilsynet (2019a) s. 12.

²⁶⁵ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 7 punkt 2.1.

rapporteringspliktige i stand til å finne egnede tiltak til å håndtere og motvirke den identifiserte risikoen gjennom rutinene.²⁶⁶

Det første spørsmålet hvordan de rapporteringspliktige skal bruke risikovurderingen for å «sikre at virksomheten håndterer identifisert risiko». Som konkludert ovenfor innebærer forpliktelsen om å håndtere risiko at risikoen skal motvirkes, enten ved å redusere sannsynligheten for at risikoen materialiseres eller ved å redusere effekten av risikoen.

I ESA-enes nye «Risk factor guidelines» anbefales det å vurdere iboende risiko («inherent risk»), restrisiko («residual risk») og risikoappetitt («risk appetite»)²⁶⁷. Iboende risiko er risikonivået før motvirkende tiltak, restrisiko er risikonivået etter motvirkende tiltak og risikoappetitt er risikonivået den rapporteringspliktige er villig til å akseptere.²⁶⁸

ESA-ene foreskriver at de rapporteringspliktige skal fastsette risikoappetitten i rutinene.²⁶⁹ Risikoappetitt kan fastsettes ettersom at risikoprinsippet legger opp til at det skal gjøres en prioritering i ressursbruken. Risikoprinsippet bygger på erkjennelsen om at ikke alle forhold kan avdekkes eller forebygges.²⁷⁰ Det kan derfor fastsettes en grense for risiko som virksomheten er villig til å akseptere slik at høyere risiko kan prioriteres.

For å komme fram til restrisikoen anbefaler ESA-ene å vurdere den iboende risikoen og kvaliteten og omfanget av kundetiltak og andre risikomotvirkende tiltak.²⁷¹ Følgelig ser for eksempel virksomheten på hva risikoen er for at kunder som er kontantbaserte virksomheter driver med hvitvasking. Først ser de på hva både sannsynligheten for og effekten av at risikoen materialiseres uten tiltak. Effekten av risikoen vil for eksempel være høy hvis kunden hvitvasker uten at banken driver tilstrekkelig løpende oppfølging og dermed ikke oppdager indikasjonene. Deretter vurderer de risikoen som foreligger etter de risikomotvirkende tiltakene som rutinene foreskriver er tatt i betraktning. Selv om sannsynligheten for hvitvasking fortsatt kan være høy, kan risikoen være tilstrekkelig motvirket hvis effekten

²⁶⁶ NOU 2016:27 s. 71.

²⁶⁷ ESAs (2020) s. 44-45.

²⁶⁸ Ibid s. 12.

²⁶⁹ Ibid s. 45 punkt 4.7 bokstav g. Tilsvarende Wolfsberg-gruppen, *Frequently Asked Questions on Risk Assessments for Money Laundering, Sanctions and Bribery & Corruption*, 2015 s. 3.

²⁷⁰ FATF (2014) s. 6.

²⁷¹ ESAs (2020) s. 26 punkt 1.3.

begrenses ved at den rapporteringspliktige har de tilstrekkelige tiltakene for å oppdage indikasjoner, gjøre undersøkelser og rapportere ved mistanke.

Hvis restrisikoen er høyere enn risikoappetitten til virksomheten må kvaliteten eller kvantiteten på tiltak for å motvirke risikoen økes. Det kan settes inn ytterligere tiltak for å senke effekten av risikoen, som typisk vil være mer intense og omfattende kundetiltak. Proporsjonalitetskravet setter grenser for hvor mye ressurser det kan kreves av virksomheten i form av kundetiltak utover lovens konkrete forpliktelser. Hvis virksomheten etter en proporsjonalitetsvurdering ikke har nok ressurser til tilstrekkelige kundetiltak for å senke konsekvensen av risiko, bør det vurderes å redusere sannsynligheten for risiko, altså virksomhetens risikoeksponering. Dette må imidlertid gjøres innenfor kravene til finansiell inkludering og forbudet mot de-risking. Det kan for eksempel være å begrense tjenestene til enkelte typer høyrisikokunder, endre produktene eller tjenestene virksomheten tilbyr slik at de vanskeligere kan misbrukes til hvitvasking.²⁷² En annen mulighet er å øke prisen på tjenester til produkter og tjenester som innebærer høy risiko slik at virksomheten får mulighet til å sette inn mer ressurser på disse områdene.²⁷³

Rutinenes første komponent, som består av å håndtere risiko, er følgelig grunnleggende risikobasert. Rutinenes andre komponent består av å oppfylle etterlevelsen av lovens øvrige forpliktelser. Her skal hvitvaskingsrutinene beskrive hvordan foretaket skal praktisere etterlevelsen av regelverket. Lovens øvrige forpliktelser består av (i) helt presise forpliktelser uten rom for skjønnsmessige vurderinger og (ii) bestemmelser som åpner for skjønn og skal bygge på risikovurderinger.²⁷⁴ En nærmere vurdering av i hvilken grad denne komponenten av rutinene er risikobasert må gjøres etter en gjennomgang av i hvilken grad lovens øvrige forpliktelser er risikobaserte.

Den nærmere utformingen av rutinene er risikobasert. Det presiseres i forarbeidene at rutinene kan tilpasses den identifiserte risiko for hvitvasking og terrorfinansiering.²⁷⁵ Der det er identifisert en høyere risiko bør rutinebeskrivelsene og angitte tiltak være mer omfattende. Dersom det er identifisert en lavere risiko, kan utformingen være mer kortfattet. Dermed

²⁷² ESAs (2020) 46 punkt 4.10 bokstav b.

²⁷³ Kalle Johannes Rose, «De-risking or re-contracting the way around money laundering risks» i *Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 19-37*, København 2019 s. 9

²⁷⁴ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 8 punkt 1.2.2.

²⁷⁵ NOU 2016:27 s. 64.

brukes ressursene til forebygging og avdekking av hvitvasking og terrorfinansiering på en mest mulig effektiv måte.²⁷⁶

Rutinene skal følgelig beskrive den konkrete virksomhetens håndtering av risiko og etterlevelse av loven på en måte som dem finner hensiktsmessig basert på risikovurderinger, og innenfor lovens rammer.²⁷⁷ Dette viser tydelig at hvitvaskingsregelverket legger opp til en selvreguleringsprosess. Dette innebærer at selv svært like virksomheter av lik størrelse og med lik risikoeksponering kan ha ulike rutiner og fortsatt være i samsvar med hvitvaskingsloven. Ettersom hvitvaskingsloven gir anvisning på momenter, men ikke har klare og objektive skiller mellom høy, normal og lav risiko vil de ulike rapporteringspliktige kunne fastsette ulik risikoappetitt. De vil også kunne ha forskjellige oppfatninger om hva som er tilstrekkelig for å håndtere risiko, uten at noen av disse oppfatningene nødvendigvis er uriktige – fordi de er tilpasset den konkrete virksomheten.

Avslutningsvis er det viktig å fremheve at risikovurderingen og rutinene aldri blir ferdig.²⁷⁸ Forutsetningene for vurderingene og tiltakene endres. For det første er risikobildet som sådan i stadig endring, ved for eksempel nye trusler gjennom ny teknologi. Videre kan virksomheten karakter, størrelse og risikoeksponering endres. Gjennomførte rutiner gir også nye erfaringer. Selvreguleringsprosessen som består av risikovurderingen og rutinene er følgelig et arbeidsverktøy i kontinuerlig forbedringsprosess. Selvreguleringsprosessen synliggjør risikoeksponeringen, den øker bevisstheten rundt risiko og gjør virksomheten i stand til å iverksette tiltak der det er mest påkrevd.²⁷⁹

6.4 Kundetiltak

6.4.1 Rettslige utgangspunkter for kundetiltak

Etter hvitvaskingsloven § 9 skal rapporteringspliktige gjennomføre kundetiltakene som fremgår av §§ 10 til 20. Kundetiltak skal gjennomføres ved etablering av kundeforhold, ved transaksjoner over visse beløp til kunder hvor det ikke er etablert kundeforhold og ved

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Finanstilsynet (2019a) s. 12.

²⁷⁸ Se også hvvl. § 7 femte ledd og Finanstilsynet (2019a) s. 11-12 som foreskriver at den virksomhetsinnrettede risikovurderingen og rutinene skal holdes oppdatert.

²⁷⁹ Se Johnsen (2019) s. 79 som omhandler generelt om risikovurderinger. Disse utgangspunktene gjelder tilsvarende for risikovurdering og rutiner etter hvitvaskingsregelverket.

mistanke om hvitvasking eller terrorfinansiering, jf. hvvl. § 10. Kundetiltak skal som hovedregel gjennomføres før kundeforholdet etableres eller transaksjonen utføres, jf. § 11.

Formålet med å gjennomføre kundekontroll er at de rapporteringspliktige skal kjenne sine kunder, herunder hvem de er, det nærmere innholdet av kundeforholdet, hvilke tjenester og produkter de vil benytte hos den rapporteringspliktige, og omfanget av kundeforholdet. Dette omtales som «kjenn-din-kunde»-prinsippet («know your customer»), og anses et av de viktig virkemidler for å forebygge og avdekke at det finansielle systemet misbrukes til hvitvasking eller terrorfinansiering.²⁸⁰ Når de rapporteringspliktige kjenner identiteten til kunden og reelle rettighetshavere og kundeforholdets formål og tilsiktede art, har de forutsetninger for å iverksette risikobaserte tiltak for avdekke og forebygge hvitvasking og terrorfinansiering.²⁸¹

Kundetiltakene skal gjennomføres «på grunnlag av en vurdering av risiko for hvitvasking og terrorfinansiering», jf. § 9 første ledd. § 9 gjentar følelig risikoprinsippets alminnelige risikobaserte utgangspunkt, i tillegg til den generelle kodifiseringen i § 6. En repetisjon eksplisitt for kundetiltak tilsier at risikovurderinger er av særlig betydning for gjennomføringen av disse reglene.

Etter § 9 annet ledd kan de rapporteringspliktige «utarbeide profiler» for å gjennomføre risikobaserte kundetiltak. Dette omtales gjerne som risikoklassifisering av kunder. Risikoklassifisering skal bygge på generelle vurderinger fra den virksomhetsinnrettede risikovurderingen og konkrete forhold tilknyttet den enkelte kunde.

Risikoen skal vurderes ut fra blant annet det kunden har oppgitt om kundeforholdets formål og tilsiktede art, mengden kundemidler som skal inngå i kundeforholdet, kundens samlede kontoer og engasjementer, transaksjoners størrelse og regelmessighet, og varigheten på kundeforholdet, jf. § 9 første ledd. Til grunn for risikoklassifiseringen kan det også ligge andre forhold, basert på identifiserte risikoer i virksomhetens risikovurdering, jf. § 9 annet ledd, jf. § 7. Resultatet av denne vurderingen, medfører at kunden kan plasseres i standardiserte risikoprofiler, som er sammenfallende med de nivåer for risiko som benyttes i virksomheten (eksempelvis høy, normal og lav).²⁸²

²⁸⁰ NOU 2016:27 s. 78.

²⁸¹ Cox (2014) s. 142

²⁸² Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til kapittel 4 punkt 4.

Til tross for at § 9 presiserer at risikoprinsippet er utgangspunktet for kundetiltakene og legger opp til en risikoklassifisering av kundene, oppstiller loven også mer konkrete regler for hvilke kundetiltak som alltid skal gjennomføres uavhengig av risiko. Disse omtales gjerne som «alminnelige kundetiltak».

Reglene om kundetiltak er mange og detaljerte. I det følgende vil først kjerneforpliktelsene presenteres, og dernest vil enkelte forpliktelser i forbindelse med kundetiltakene analyseres mer i dybden. Kjerneforpliktelsene – som er utgangspunktet for de alminnelige kundetiltakene – fremkommer av §§ 12 til 14. Bestemmelsene gjennomfører direktivet art. 13 og FATFs anbefaling 10.

§ 12 regulerer kundetiltak når kunden er fysisk person, og §§ 13 og 14 når kunden ikke er en fysisk person. Paragrafene 12 og 13 er systematisk bygget opp på samme måte. Kundetiltak etter begge bestemmelsene består av to hovedelementer.²⁸³ Det første er en plikt til å innhente opplysninger om kunden og andre relevante personer (§§ 12 og 13 første til fjerde ledd). Herunder skal rapporteringspliktige skaffe til veie nøkkelopplysninger om kundens identitet (§§ 12 første ledd og 13 første ledd), identiteten til personer som har et relevant forhold til kunden, nærmere bestemt personer som handler på vegne av kunden og den som er gitt disposisjonsrett over konto eller depot (§ 12 første ledd og 13 første ledd, reelle rettighetshavere bak kunden (§ 12 tredje ledd, § 13 tredje ledd, jf. § 14) og politisk eksponerte personer i alle posisjoner nevnt ovenfor (§ 12 fjerde ledd og 13 fjerde ledd).

Bestemmelsene i §§ 12 og 13 angir også systematisk på samme måte hvordan man skal behandle opplysningene ovenfor. De skal først «innhentes» (§ 12 første ledd og tredje ledd, § 13 første og tredje ledd) og deretter skal rapporteringspliktige «bekrefte» riktigheten av de opplysninger som er innhentet (§ 12 annet ledd, § 13 annet ledd).

Det andre hovedelementet er å innhente og vurdere opplysninger om «kundeforholdets formål og tilsiktede art» (§§ 12 og 13 femte ledd). Disse opplysningene skiller seg fra opplysningene i det første hovedelementet fordi de i større grad bygger på en risikobasert tilnærming.²⁸⁴ For det første er det risikobasert hvilke opplysninger som må innhentes og vurderes om kundeforholdets formål og tilsiktede art. For det andre åpner det for at det kan være en

²⁸³ Ibid kommentar til kapittel 4 punkt 5.

²⁸⁴ Finanstilsynet (2019a) s. 19.

risikofaktor i seg selv om det senere forekommer avvik fra det som forventes av kundedadferden, og det kan utgjøre en risiko selv om ingen andre kjente risikofaktorer foreligger.

De alminnelige kundetiltakene skal bidra til at kundene skal risikoklassifiseres, noe som kan gi grunnlag for å benytte forenklede kundetiltak ved lav risiko eller forsterkede kundetiltak ved høy risiko, samt hvilken grad av løpende oppfølging som er nødvendig.

Risikoklassifiseringen kan danne grunnlag for å enten lempe noe på kundetiltakene, jf. § 16 eller utføre ytterligere kundetiltak, jf. § 17. Lovens systematikk taler derfor for at de rapporteringspliktige skal operere med tre nivåer for risiko; lav risiko, høy risiko og en resterende kategori, som kan omtales som normal risiko. Imidlertid fører den risikobaserte tilnærmingen at det ut fra en risikovurdering kan opereres med flere risikoklasser i rutine, for eksempel viser FATF til et skille med «very likely, likely, possible, unlikely, very unlikely».²⁸⁵

Følgelig kan de rapporteringspliktige tilpasse kundetiltakene etter risiko. Likevel er det flere av de alminnelige kundetiltakene som ikke kan fravikes uavhengig av risikovurderinger. I det følgende vil det derfor undersøkes nærmere hvilke muligheter de rapporteringspliktige har til å tilpasse ressursbruken ved henholdsvis lav og høy risiko i punkt 6.4.2 og 6.4.3. Det stilles også særlige krav i forbindelse med de alminnelige kundetiltak for å avdekke og håndtere enkelte typer kunder. Kundetiltak i forbindelse med politiske eksponerte personer og reelle rettighetshavere behandles i henholdsvis punkt 6.4.4 og 6.4.5.

6.4.2 Forenklede kundetiltak

I tråd med risikoprinsippet er det i situasjoner med lav risiko en åpnet for å benytte forenklede kundetiltak, jf. § 16. Tidligere var det bestemt i hvitvaskingsforskriften hvilke kunder og hvilke situasjoner som kunne underlegges forenklet kundekontroll.²⁸⁶ Forenklet kundekontroll etter hvitvaskingsloven fra 2009 innebar i praksis unntak fra kravene til kundekontroll.²⁸⁷ På dette punktet innebærer ny lov en vesentlig skjerping av kravene.

²⁸⁵ FATF (2013b) s. 27.

²⁸⁶ Forskrift 13. mars 2009 nr. 302 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (hvitvaskingsforskriften (2009)) § 10.

²⁸⁷ Hvitvaskingsloven (2009) § 13, hvitvaskingsforskriften (2009) § 10.

Det er heller ikke lengre regulert hvilke kunder og hvilke situasjoner som skal underlegges forenklede kundetiltak. Någjeldende hvitvaskingsforskrift § 4-6 angir momenter som tilsier lav risiko, men det er opp til virksomhetens risikovurderinger å fastsette om det skal utføres forenklede kundetiltak og hvordan dette nærmere skal vurderes.

Det er følgelig ikke adgang til å gjøre unntak fra kundekontroll, med § 16 åpner for å delvis lempe enkelte former for kundetiltak. For det første kan det lempes på kravet til bekreftelse av reelle rettighetshaveres identitet og retten til å handle på vegne av kunden etter §§ 12 og 13, jf. § 16 annet ledd første setning. For det andre kravet til å innhente og vurdere nødvendige opplysninger om kundeforholdets formål og tilsiktede art etter §§ 12 og 13 femte ledd, jf. annet ledd, andre setning. Etter forskriften § 4-7 kan det for det tredje også lempes på kravet til å bekrefte identiteten til personer som handler på vegne av kunden eller er gitt disposisjonsrett over en konto eller et depot.

Det kan ikke lempes på kravene til å innhenting av opplysninger, men bekreftelse av enkelte typer identitetsgrupper og å innhente opplysninger om kundeforholdets formål og tilsiktede art. At det ikke kan lempes på kravet til innhenting av opplysninger er i tråd med direktivet art. 15 nr. 2 som angir som forutsetning for å anvende forenklede kundetiltak, at de rapporteringspliktige har visse forutsetninger for å vurdere risikoen som lav.

Poenget er at man skal ha visse forutsetninger for å kjenne sine kunder før man kan vurdere at dem utgjør lav risiko og dermed lempe på bekreftelsen. Hva som ligger i at bekreftelse kan «lempes» er opp til risikovurderinger. Rapporteringspliktige skal ha mulighet til å bruke mindre tid og ressurser på kunder som representerer lav risiko. Ressursbesparelsene skal brukes til å håndtere kunder innebærer høyere risiko.

Det er adgang til å lempe på bekreftelsen av reell rettighetshavers identitet og identiteten til fullmaktshaver, men ikke bekreftelsen av kundens identitet. På dette punktet fraviker loven lovutvalgets forslag.²⁸⁸ Departementets proposisjon tok et bevist standpunkt for å ikke lempe på kravet til bekreftelse av kundens identitet, uten at det er klart begrunnet hvorfor.²⁸⁹

En begrunnelse for endringen kan være at bekreftelse av kundens identitet er så grunnleggende at det aldri bør lempes på uavhengig av risiko. Imidlertid har en slik

²⁸⁸ NOU 2016:27 s. 88.

²⁸⁹ Prop. 40 L (2017-2018) s. 80.

begrunnelse flere svakheter. For det første vil det ofte være mer grunnleggende og viktigere å bekrefte identiteten til reell rettighetshaver. Dette er en fysisk person som faktisk eier eller kontrollerer kunden, og er trolig en mer vanlig innretning for å skjule midler, enn å lyge om egen identitet. For det andre innebærer ikke forenklede kundetiltak nødvendigvis at bekreftelse unnlates. Poenget med den forenklede kundetiltaket er at man kan tilpasse behovet for bekreftelse etter en risikovurdering, og hvis risikoen tilsier det kunne for eksempel bekrefte identiteten på en annen måte enn det loven foreskriver.

At bekreftelse av kundens identitet ikke kan lempes innebærer at det er et krav til gyldig legitimasjon for fysiske kunder, til tross for at utvalget presiserte uttrykkelig at «(e)n detaljert regulering av krav til gyldig legitimasjon vil dermed være i strid med direktivets, FATFs og lovens bærende prinsipp om en risikobasert tilnærming. Det understrekes at risikoprinsippet er styrket i det fjerde hvitvaskingsdirektivet sammenlignet med tidligere direktiv».²⁹⁰

Utvalget begrunnet videre behovet for forenklet kundetiltak ved bekreftelse av identifikasjon av fysiske personer opp mot hensynet til finansiell inkludering, som innebærer rett til grunnleggende finansielle tjenester.²⁹¹ Departementet pekte selv på at kontoer med grunnleggende funksjoner kan ha lavere iboende risiko, særlig der produktet som tilsyn er underlagt bruks- og beløpsbegrensninger.²⁹² Innstillingen fra finanskomiteen til hvitvaskingsloven peker også på at alle borgere i et moderne samfunn både har behov for og rett på bankkonto.²⁹³

I FATFs dokument om finansiell inkludering henvises det til de samme hensynene som utvalget peker på, samt at krav til bekreftelse av identifikasjon bør lempes så fremst det er foreligger øvrige risikomotvirkende tiltak og faktorer.²⁹⁴ Også ESA-ene foreslår at det skal være adgang til å lempe på kravene til bekreftelse av kundens identitet, men det er det altså ikke adgang til etter norsk rett.²⁹⁵

²⁹⁰ NOU 2016:27 s. 79.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Prop. 40 L (2017-2018) s. 90.

²⁹³ Innst. 271 L (2017-2018) Innstilling frå finanskomiteen om Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven) s. 12.

²⁹⁴ FATF (2017) s. 2-4.

²⁹⁵ ESAs (2020) s. 46 punkt 4.10.

Følgelig inneholder hvitvaskingsloven er begrensning i risikoprinsippets omfang og utstrekning sett i sammenheng med øvrige kilder uten at det er gitt noen klar begrunnelse i proposisjonen.

6.4.3 Forsterkede kundetiltak

Bestemmelsene i §§ 17-19 gir regler for i hvilke tilfeller det skal gjennomføres forsterkede kundetiltak og hva forsterkede kundetiltak skal gå ut på.

Dersom det er vurdert høy risiko for hvitvasking eller terrorfinansiering, skal det etter § 17 gjennomføres forsterkede kundetiltak i tillegg til kravene til å innhente og bekrefte opplysninger i §§ 12 til 15. Vurderingen av om det er høy risiko må forankres i og knyttes an til konkrete forhold ved den enkelte kunde og den virksomhetsinnrettede risikovurderingen. I tillegg angir hvitvaskingsforskriften § 4-9 momenter som kan gi indikasjoner på hvitvasking og terrorfinansiering. Grunnlaget for å underlegge en kunde forsterkede tiltak er førende for hvilke forsterkede tiltak som gjennomføres. For eksempel vil mistanke om terrorfinansiering eller kjøp av overgrepsmateriale kreve forsterkede tiltak knyttet til midlenes destinasjon, heller enn midlenes opprinnelse.²⁹⁶ Ut fra risikoprinsippet, bør forsterkede kundetiltak kun gjennomføres dersom det er holdepunkter i risikovurderingen, eller at loven krever det.²⁹⁷

Ved forsterkede kundetiltak skal det i tillegg til de alminnelige tiltakene iverksettes ytterligere nødvendige tiltak for å sikre kjennskap om kunden, reelle rettighetshavere og kundeforholdets formål og tilsiktede art, jf. § 17 andre ledd. Det presiseres at forsterkede kundetiltak skal komme i tillegg til, og ikke i stedet for, de kundetiltak som brukes ved normal risiko. Det skal gjøres mer i form av å innhente og bekrefte opplysninger, og dermed mer for å kjenne sin kunde. Et sentral måte for å undersøke kundene sine nærmere er å innhente informasjon om opprinnelsen til midlene som inngår i kundeforholdet og kundens øvrige formue.²⁹⁸ Det kan også være aktuelt å innhente annen informasjon fra eksterne kilder og bruke mer ressurser på egne undersøkelser. Utformingen av § 17 viser at den er risikobasert. Bestemmelsen oppstiller et mål – forsterkede undersøkelser og mer informasjon – mens hvilken nærmere fremgangsmåte for å oppnå dette målet er fullstendig opp til den rapporteringspliktige og dens risikovurdering.

²⁹⁶ Finanstilsynet (2019a) s. 43-44.

²⁹⁷ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 17 punkt 1.

²⁹⁸ Finanstilsynet (2019a) s. 21.

I tillegg til at forsterkede kundetiltak skal benyttes i tilfeller hvor den rapporteringspliktige selv har vurdert risikoen som høy, jf. § 17, angir hvitvaskingsloven en rekke situasjoner forsterkede kundetiltak skal benyttes etter en regelbasert tilnærming. Dette gjelder for situasjoner der en politisk eksponert person er involvert, jf. § 18 og ved korrespondentforbindelser, jf. § 19. I henhold til hvitvaskingsforskriften § 4-10 skal det også gjennomføres forsterkede kundetiltak der kunden eller reell rettighetshaver er etablert i nærmere bestemte «høyrisikoland».

De alminnelige, forenklete og forsterkede kundetiltakene har følgelig klare innslag av både risikobaserte og regelbaserte tilnærminger. Overordnet virker regelverket å oppstille nokså strenge og regelbaserte krav for å sikre at de rapporteringspliktige har visse forutsetninger, herunder særlig ved innhenting av informasjon. Etter at forutsetningene er på plass åpner derimot regelverket for større grad av risikovurdering ved både bekreftelse av informasjon og videre innhenting av informasjon. Dette synes å være karakteristisk for de fleste forpliktelsesforbindelse med kundetiltakene. Imidlertid er det av interesse å se nærmere på to sentrale forpliktelsesforbindelse, hvordan de er bygget opp og i hvilken grad de er risikobaserte. De to sentrale forpliktelsene er kundetiltak i forbindelse med politisk eksponerte personer og reelle rettighetshavere.

6.4.4 Politisk eksponerte personer

Hvitvaskingsloven oppstiller videre forpliktelsesforbindelse med politiske eksponerte personer, deres nære familiemedlemmer og kjente medarbeidere. En politisk eksponert person – heretter «PEP» – er en fysisk person som er i, eller har hatt, et høytstående offentlig verv eller stilling som er nærmere definert i hvvl. § 2 bokstav f. Begrunnelsen for at det oppstilles særlige krav i forbindelse med PEP er at hvitvaskingsregelverket skal fange opp problemet med «grand corruption» som anses som en stor samfunnsutfordring.²⁹⁹

For det første krever §§ 12 og 13 fjerde ledd at det skal tas stilling til om nærmere bestemte personer innehar status som PEP eller nært familiemedlem eller kjent medarbeider til PEP. Disse personene er kunden (§ 12 fjerde ledd), personer som handler på vegne av kunden, personer som er gitt disposisjonsrett over konto eller depot, og reell rettighetshaver bak eller i kunden, jf. hhv. §§ 12 fjerde ledd og 13 fjerde ledd.

²⁹⁹ The Wolfsberg Group, *Wolfsberg Guidance on Politically Exposed Persons (PEPs)*, 2017 s. 1.

Identifiseringen i forbindelse med PEP-forpliktelsene er dels risikobasert. Etter §§ 12 fjerde ledd og 13 fjerde ledd skal den rapporteringspliktige ha «systemer for å avgjøre» om kunden er en PEP. Hva som nærmere ligger i systemer er opp til den rapporteringspliktiges risikovurderinger, jf. § 6. Det har medført en fremvekst av private aktører som utarbeider lister over privatpersoner som anses som PEP.³⁰⁰ Flere rapporteringspliktige vil betale for å abonnere på slike tjenester i stedet for den omfattende ressursbruken det innebærer å undersøke hvem som er politisk eksponerte personer.

De videre krav til kundetiltak i forbindelse med PEP er imidlertid mer regelbasert. Hvis kunden, reell rettighetshaver, personer som handler på vegne av kunden eller er gitt disposisjonsrett over en konto eller depot er PEP skal det gjennomføres forsterkede kundetiltak og forsterket løpende oppfølging, jf. §§ 18 og 24 tredje ledd. Det samme gjelder når nevnte personer er nært familiemedlem eller kjent medarbeider til en PEP.

Å stille strengere krav for kundeforhold som involverer PEP-er i samsvar med fjerde hvitvaskingsdirektiv og FATFs anbefalinger.³⁰¹ Forpliktelsene i forbindelse med PEP-er i liten grad risikobaserte, og det skal brukes noe mer ressurser i slike tilfeller uavhengig av identifisert risiko. Både hvitvaskingsloven, direktivet og FATF oppstiller en rekke utelukkende regelbaserte forpliktelser i ulike situasjoner som involverer PEP-er.

PEP-reglene er kritisert av Wolfsberg-gruppen nettopp fordi de er utformet så regelbasert at de ikke tar hensyn til den effektive ressursfordelingen og proporsjonaliteten risikoprinsippet skal ivareta.³⁰² Wolfsberg-gruppen tar til orde for at risiko for hvitvasking i forbindelse med bestiklinger bør gjøres ut fra risikoprinsippet. Gruppens anbefalinger til finansinstitusjoner er at det eksisterende regelverket så langt som mulig bør tilpasses en risikobasert tilnærming.³⁰³

Reglene i forbindelse med PEP-er er motsatt bygget opp sammenlignet med de øvrige alminnelige kravene til kundetiltak. Innhenting av opplysninger er dels risikobaserte, mens de etterfølgende tiltakene er i stor grad regelbasert. Det fører til at den tidligere logiske sammenhengen mellom regelbaserte og risikobaserte elementer i forpliktelsene brytes. For de øvrige kundetiltakene synes loven å legge til grunn at når de rapporteringspliktige har de

³⁰⁰ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 2 punkt 6.

³⁰¹ Direktivet artikkel 20 og FATFs anbefaling 12.

³⁰² The Wolfsberg Group (2017) s. 2.

³⁰³ Ibid s. 1-12.

tilstrekkelige forutsetningene til å vurdere risikoen, er det de som er best egnet til å vurdere hvordan den konkret skal håndteres videre. PEP-reglene tilkjenner følgelig ikke de rapporteringspliktige samme tillitt og mulighet for å utøve hensiktsmessig skjønn i det konkrete tilfellet.

PEP-reglene krever også mye ressurser. Etterlevelsen av disse forpliktelsene er svært ressurs- og kostnadskrevenende for de rapporteringspliktige. Det er dessuten ikke alltid klart hvem som er PEP. For eksempel er en person som innehar eller har innehatt en stilling eller verv som «medlem av administrativt, ledende eller kontrollerende organ i statlig foretak» en PEP, jf. § 2 bokstav f nr. 7. Finanstilsynets veileder foreskriver at ved vurderingen av hva som regnes som statelige foretak er det avgjørende er om det dreier seg om statlige myndigheter, selv om disse representeres ved et foretak.³⁰⁴ De rapporteringspliktige har følgelig ansvar for å vurdere hva som faller innenfor denne kategorien. Videre kan andre lands administrative struktur føre til klassifiseringen av PEP vil være ulik fra hva norske løsninger tilsier.³⁰⁵ Å identifisere nært familiemedlem og kjent medarbeider til en PEP kan også være utfordrende og ressurskrevenende da disse personkretsene er vidt angitt, jf. § 2 bokstav g og h. Regelbaserte tilnærminger som krever store ressurser uavhengig av identifisert risiko kan virke kontraproduktivt for å fremme en risikobasert og formålstjenlig ressursbruk.

Følgelig står PEP-forpliktelsene på flere områder i konflikt med risikoprinsippet og de hensyn som begrunner prinsippet. Hvitvaskingsloven går imidlertid enda lengre enn direktivet i å være regelbasert, ved at man etter norsk rett også må ta stilling til om personer som handler på vegne av kunden og personer som er gitt disposisjonsrett over konto eller depot er PEP (eller nært familiemedlem eller kjent medarbeider). Direktivet krever kun at det skal klarlegges om kunden og reell rettighetshaver har PEP-status.³⁰⁶

Loven avviker på også på dette punkt fra lovutvalgets forslag. Dette til tross for at utvalget presiserte at det videre omfanget av PEP som man var forpliktet til å innføre etter direktivet ville føre til et økt ressursbruk med gjennomføring av kundetiltak.³⁰⁷ Det fremkommer av

³⁰⁴ Finanstilsynet (2019a) s. 48

³⁰⁵ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 2 bokstav f punkt 2.

³⁰⁶ Se direktivet art. 20.

³⁰⁷ NOU 2016:27 s. 211.

proposisjonen at den ytterligere utvidelsen var et bevist valg, men også denne utvidelsen ble stående ubegrunnet.³⁰⁸

Den norske løsningen innebærer at hvis for eksempel svigersønnen til en norsk lagdommer handler på vegne av virksomheten han jobber i, skal virksomheten underlegges forsterkede kundetiltak og forsterket løpende oppfølging. Dette er svært ressurskrevende for den rapporteringspliktige, samtidig som at det i slike tilfeller kan være påvist lav risiko. Risikovurderingen fritar ikke fra forsterkede tiltak, jf. § 18.

Dette kan føre til at den rapporteringspliktige har mindre ressurser tilgjengelig til kunder med høyere risiko. DNB-saken i vinter viste et hvitvaskingsscenario hvor kundens mottaker mistenkes å være en utenlandsk PEP.³⁰⁹ Dette vil i praksis ofte innebære høyere risiko enn hvis en som handler på vegne av en lavrisiko-kunde er en norsk PEP. Likevel oppstiller loven ikke krav til forsterkede tiltak hvor en sentral kunde eller forretningsforbindelse er en PEP. Når loven heller ikke legger opp til en tilstrekkelig risikobasert tilnærming til PEP-reglene, kan det føre til at de virkelige høyrisiko-scenariene blir oversett eller nedprioritert.

6.4.5 Reelle rettighetshavere

Hvitvaskingsloven oppstiller også en rekke forpliktelser for å identifisere og bekrefte hvem som er reell rettighetshaver i eller bak en kunde. En reell rettighetshaver vil alltid være en fysisk person og er den som «i siste instans eier eller kontrollerer kunden», jf. hvvl. § 2 bokstav e. Legaldefinisjonen tilsier at det overordnede formålet er å finne den eller de fysiske personene som i realiteten har kontrollen over kunden. Det er flere grunner til at det er sentralt å avdekke og håndtere reelle rettighetshavere på en adekvat måte. Ettersom hvitvasking handler om å skjule eller tilsløre at verdier er utbytte av straffbare handlinger og at midlene skal fremstå som legitime er en mye brukt modus ulike forsøk på å skjule den kriminelle og/eller hvitvaskeren sin rolle i hvitvaskingsprosessen.³¹⁰

Det oppstilles krav om å avdekke reelle rettighetshavere bak kunder som er fysiske personer og ikke-fysiske personer, jf. henholdsvis §§ 12 tredje ledd og 13 tredje ledd. Reelle

³⁰⁸ Prop. 40 L (2017-2018) s. 77.

³⁰⁹ Artikkel i Aftenposten, *Hvordan ble DNB involvert i en korrupsjonsetterforskning med aktører i Namibia og Island?*, 10. desember 2019 (<https://www.aftenposten.no/okonomi/i/aw0M85/hvordan-ble-dnb-involvert-i-en-korrupsjonsetterforskning-med-aktoerer-i-namibia-og-island?>, sist besøkt 4. april 2020).

³¹⁰ COM(2019) 370 *The Supranational Risk Assessment* s. 6 punkt 2.2.2.

rettighetshavere skal identifiseres, det skal innhentes opplysninger om personen(e), og opplysningene skal bekreftes ved bruk av egnede tiltak. I § 14 er de nærmere krav for identifisering av reelle rettighetshavere i ikke-fysiske kunder redegjort for. Avhandlingens omfang tillater ikke at reglene om reelle rettighetshavere analyseres grundig, ettersom forpliktelsene er vidtrekkende og detaljerte. Den praktisk viktigste forpliktelsen er identifisering av reelle rettighetshavere etter § 14 første ledd. Forpliktelsen foreskriver hvordan reelle rettighetshavere skal identifiseres i norske ordinære juridiske personer. Vurderingstemaet i det følgende er i hvilken grad utvalgte deler av forpliktelsen er basert på risikoprinsippet.

Hvitvaskingsloven § 14 første ledd bokstav a foreskriver at rapporteringspliktige «skal avgjøre» om det er fysiske personer, alene eller sammen med nære familiemedlemmer, som «eier mer enn 25 % av eierandelene i den juridiske personen eller sammenslutningen» ved identifiseringen av reelle rettighetshavere. Direktivet foreskriver at eierskap over en slik terskel skal være en indikasjon på reelt eierskap, jf. art. 3 nr. 6 bokstav a punkt i). Selv om det ikke fremgår tydelig av lovens ordlyd at eierskap på over 25 % kun er en indikasjon og ikke en fast terskel for reelt eierskap, må det legges til grunn at bestemmelsen må leses i samsvar med direktivet på dette punktet.³¹¹

I det tredje hvitvaskingsdirektivet og hvitvaskingsloven av 2009 var det lagt til grunn at formelt eierskap på over 25 % alltid var ensbetydende med at en fysisk person var reell rettighetshaver.³¹² I tråd med det økte fokuset på risikoprinsippet ble kravet til identifisering endret til at terskelen for formelt eierskap er en indikasjon og at det på bakgrunn av risikovurderinger skal vurderes hvem som faktisk kontrollerer kunden i siste instans.³¹³ Den rapporteringspliktige må først gjennomføre egnede tiltak for å forstå eierskaps- og kontrollstrukturen i kunden, jf. hvitvaskingsloven § 13 første ledd. Det gir forutsetninger for å vurdere risikoen kunden utgjør. Videre er det opp til den rapporteringspliktiges risikovurderinger å avgjøre i hvilken grad de ulike eierenes formelle eierskap og andre forhold medfører at de er reelle rettighetshavere.

³¹¹ Tilsvarende Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 14 punkt 2.3.

³¹² Det tredje hvitvaskingsdirektivet artikkel 3 nr. 6 bokstav a og hvitvaskingsloven (2009) § 3 nr. 6.

³¹³ Roberto Formisani «Beneficial Ownership and Effective Transparency» i Domenico Siclari (red.), *The New Anti-Money Laundering Law: First Perspectives on the 4th European Union Directive*, Palgrave 2016 s. 33

Den nye – mer risikobaserte løsningen – gir en mer hensiktsmessig løsning i tråd med lovens formål om å forebygge og avdekke hvitvasking. Den tidligere regelbaserte løsningen medførte for det første at den som ville skjule sin tilknytning til kunden kunne omgå regelverket ved å ha formelt eierskap på 24 %. For det andre medførte løsningen at alle med formelt eierskap på over 25 % ble registrert som reelle rettighetshavere uten at enkelte av dem nødvendigvis hadde reell kontroll over kunden. For å oppdage skjulte eiere eller eiere som kan gi indikasjoner på hvitvasking og terrorfinansiering er det av sentral betydning å avdekke hvem som faktisk kontrollerer kunden, uavhengig av formelt eierskap. Den risikobaserte løsningen medfører også at de rapporteringspliktige kan tilpasse ressursbruken mer effektivt. Når eierskapsstrukturen er oversiktlig og kunden utgjør en lav risiko kan den rapporteringspliktige bruke mindre ressurser på å identifisere reelle rettighetshavere. Etter § 16 annet ledd er det også anledning til å lempe på kravet til bekreftelse av identiteten til reelle rettighetshavere. Dog kan den risikobaserte løsningen også medføre svært tids- og ressurskrevende undersøkelser. Særlig ved kompliserte eierskapsstrukturer og forgreninger til land med lav gjennomsiktighet kan identifisering og bekreftelse av reelle rettighetshavere utgjøre et omfattende og komplisert arbeid.³¹⁴

Hvitvaskingsloven § 14 første ledd har imidlertid mer preskriptive, regelbaserte elementer som ikke kan gjenfinnes i direktivet. Ved identifiseringen av reelle rettighetshavere skal det tas stilling til om en person sammen med «nære familiemedlemmer» har eierskap over 25 %, jf. § 14 første ledd. Nære familiemedlemmer regnes som foreldre, ektefelle, registrert partner, samboer og barn, samt barns ektefelle, registrert partner eller samboer, jf. hvvl. § 2 bokstav g. Regelen er i forarbeidene begrunnet med at en annen løsning vil kunne legge til rette for omgåelse ved at reelt eierskap blir fordelt blant familiemedlemmer.³¹⁵

Hvitvaskingsdirektivet artikkel 3 nr. 6 krever derimot ikke at nære familiemedlemmer skal tas i betraktning når reelle eiere identifiseres. Kravet til å innhente opplysninger om familiemedlemmer er i direktivets artikkel 3 nr. 10 kun knyttet til politisk eksponerte personer, jf. artikkel 23. ESA-ene legger til grunn at det etter en risikovurdering kan være hensiktsmessig å undersøke familiemedlemmer eller kjente medarbeidere for å avdekke reelle

³¹⁴ Sigrid Klæboe Jacobsen og Peter Henriksen, «Skjulte eiere – konsekvenser av skjult eierskap og hvordan Norge kan bidra til mer åpenhet» *Tax Justice Networks* 2014 s. 8.

³¹⁵ Prop. 40 L (2017-2018) s. 74.

rettighetshavere.³¹⁶ Det er derimot ikke et krav å undersøke familiemedlemmer i alle tilfeller, og retningslinjene gir anvisning på at det ved høy risiko også bør undersøkes personer i tilknytning til eierne uavhengig om disse personene også har formelt eierskap.

I praksis innebærer den norske løsningen at for samtlige personer med eierandel i selskapet må det vurderes om de har nære familiemedlemmer i selskapet, uavhengig av identifisert risiko. Det har ikke betydning hvor lav eierandel den enkelte har, fordi den eventuelt samlede eierandelen er vurderingstemaet. Et ytterligere problematisk forhold er at finanstilsynets veileder legger til grunn en mer regelbasert tilnærming i forbindelse med nære familiemedlemmer enn det loven gir grunnlag for.³¹⁷ I veilederen fremsettes følgende om reelle rettighetshavere: «Dersom de samlet eier og/eller kontrollerer mer enn 25 % av aksjene, skal samtlige registreres som reelle rettighetshavere».³¹⁸ Det legges følgelig til grunn at samlet eierskap på over 25 % alltid vil medføre at personene er reelle rettighetshavere.

Som ESA-ene peker på kan det ut fra en risikovurdering være hensiktsmessig å undersøke familiemedlemmer. Den som virkelig ønsker å skjule sitt reelle eierskap, vil imidlertid kunne gjøre det med underliggende avtaler med andre personer enn sine nære familiemedlemmer.³¹⁹ Den konkrete risikoen kan derfor også tilsi at kjente medarbeidere eller nære venner bør undersøkes. Den norske regelbaserte løsningen kan ha to utilsiktede implikasjoner; for det første kan personer som ikke på noen måte kontrollerer et selskap bli ansett som reelle rettighetshavere, og for det andre kan personer som er reelle rettighetshavere, ikke bli ansett som det etter loven på grunn av det ensidige fokuset på prosent av eierskap.³²⁰

Videre vil også personer som har indirekte kontroll over en juridisk person anses som reelle rettighetshavere, jf. § 14 første ledd annet punktum.³²¹ Med indirekte kontroll menes situasjoner hvor eierskap eller kontroll utøves av en eller flere personer gjennom flere ledd av selskaper, for eksempel via selskaper i et konsern.³²² Termen «indirekte» brukes for å

³¹⁶ ESAs (2020) s. 47 punkt 4.17 bokstav a og 4.18.

³¹⁷ Rui, Ringen og Rørholt (2020) kommentar til § 14 punkt 2.3.

³¹⁸ Finanstilsynet (2019a) s. 33.

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Tilsvarende Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 14 punkt 2.8.

³²¹ Begrepene «direkte» og «indirekte» kommer ikke eksplisitt til uttrykk i hvitvaskingsloven. Det fremkommer imidlertid implisitt av ordlyden og av forarbeidene, se f.eks. Prop. 40 L (2017-2018) s. 74.

³²² Ragnhild Georgsen, «Direkte og indirekte eierskap», *Tax Justice Network* 2018 s. 26.

beskrive at reelle rettighetshavere ikke bare kan finnes i selskapet som er eller vil bli kunde, men også i bakenforliggende selskaper, som har eierandeler i selskapet som er kunden.

Etter § 14 første ledd annet punktum «skal» en fysisk person anses å være indirekte reell rettighetshaver dersom personen «gjennom kontroll over» en juridisk person «utøver kontroll over en annen juridisk person» ved å blant annet ha formelt eierskap på over 25 % etter bokstav a. Etter ordlyden vil en reell rettighetshaver i en enhet som anses som reell rettighetshaver, også være reell rettighetshaver i kunden. Ordlyden tilsier også at når kontrollen består av formelt eierskap på over 25 % etter første ledd bokstav a «skal» vedkommende anses som reell rettighetshaver. At ordlyden skal forstås slik bekreftes av forarbeidene, hvor det legges til grunn at en anses som reell rettighetshaver hvis man er reell rettighetshaver i et foretak som «tilfredsstiller kriteriene» for å være reell rettighetshaver, «altså at personen f.eks. eier 25 prosent av et foretak som eier 25 prosent av et foretak».³²³ Videre oppstiller ordlyden ingen begrensninger på antall ledd oppover i eierskapsstrukturen, og heller ingen grense for hvor lav netto eierandel den reelle rettighetshaveren kan ha i kunden. Jo flere bakenforliggende selskaper som har eierandeler i kunden, og jo lengre bak i kjeder av selskaper som indirekte har eierandeler i kunden, desto mindre reell kontroll vil en innehaver av eierandeler i de bakenforliggende selskaper ha over kunden.³²⁴

Etter direktivet artikkel 6 bokstav a punkt i) er vurderingstemaet hvilken kontroll den fysiske personen har over kunden ved sitt indirekte eierskap. Mer enn 25 % eierskap i bakenforliggende selskaper som eier 25 % av kunden er kun en indikasjon på indirekte eierskap. Det fokuseres følgelig ikke isolert på hvilken innflytelse personen har over selskaper som eier eller kontrollerer kunden, men hvilken endeling kontroll personen har over kunden.

Det preskriptive regelen for indirekte eierskap – på samme måte som den regelbaserte tilnærmingen til nære familiemedlemmer – kan medføre at den risikobaserte vurderingen av hvem som faktisk innehar reelt eierskap kommer i bakgrunn. Videre medfører begge de preskriptive reglene at et stort antall personer vil bli registrert som reelle rettighetshavere. For hver person som regnes som reell rettighetshaver, må det undersøkes om vedkommende er PEP, og det må undersøkes om vedkommendes nære familiemedlemmer eller kjente

³²³ Prop. 40 L (2017-2018) s. 75.

³²⁴ Rui, Ringen og Rørholt (2018) kommentar til § 14 punkt 2.8.

medarbeidere er PEP.³²⁵ Dette kan følgelig føre til svært tids- og ressurskrevende undersøkelser uavhengig av risikoklassifisering.³²⁶ Reglene om reelle rettighetshavere går følgelig på flere områder lengre i å være regelbasert enn det direktivet gir holdepunkter for. En gjennomgang av reglene viser også at strengere og mer firskårne regler ikke nødvendigvis fører til mer hensiktsmessige løsninger. En regelbasert angivelse av hvem som både skal undersøkes og hvem som skal anses som reelle rettighetshavere kan føre til unødvendig ressursbruk, samt både kvantitativt og kvalitativt uriktige opplysninger om hvem som reelt sett kontrollerer kunden.

6.5 Løpende oppfølging

6.5.1 Utgangspunkter for løpende oppfølging

Hvitvaskingsloven § 9 angir også eksplisitt at den løpende oppfølgingen skal gjennomføres på grunnlag av en vurdering av risiko, i tillegg til den generelle kodifiseringen av risikoprinsippet i § 6. Dette taler for at risikoprinsippet er særlig viktig i den løpende oppfølgingen.

Plikten til løpende oppfølging av kunder er begrenset til én bestemmelse. Det er likevel tale om en grunnleggende og praksis viktig forpliktelse. Etter § 24 første ledd skal rapporteringspliktige følge opp kundeforhold. Rapporteringspliktige skal oppdatere kundeopplysninger og annen relevant dokumentasjon, samt overvåke kundeforføring, herunder transaksjonsmønstre.³²⁷

Bestemmelsen om løpende oppfølging må ses i sammenheng med de andre kundetiltakene. Basert på den kjennskap den rapporteringspliktige har fått om kunden skal den rapporteringspliktige følge med på kunden og transaksjoner kunden gjennomfører. Den løpende oppfølgingen skal etter en risikobasert tilnærming tilpasses kundenes risikoklassifisering, herunder skal hyppigheten og innholdet av oppfølgingen tilpasses.³²⁸

§ 24 første ledd andre setning oppstiller en ikke-uttømmende liste over hva den løpende oppfølgingen skal bestå av. Poenget er å overvåke om kunden handler i samsvar med det som er normalt for kunden. Selv om loven angir hvilke forhold som er i fokus, har

³²⁵ Se §§ 12 fjerde ledd og 13 fjerde ledd.

³²⁶ Rui, Ringen og Rørholt (2020) kommentar til § 14 punkt 2.2

³²⁷ Finanstilsynet (2019a) s. 54.

³²⁸ Finanstilsynet (2019a) s. 55.

bestemmelsen et klart risikobasert preg hvor omfanget og det mer konkrete innholdet i overvåkingen er opp til den rapporteringspliktiges risikovurdering.

Videre følger det av andre ledd at det jevnlig skal gjennomføres kundetiltak som ledd i den løpende oppfølgingen. Kundetiltak skal uansett gjennomføres når det er tvil om tidligere innhentede opplysninger er korrekte eller tilstrekkelige. Tilsvarende som ovenfor oppstiller bestemmelsen rammer, men hva som nærmere ligger i jevnlig kundetiltak og når det foreligger tvil er opp til risikovurderinger.

At det er gjennomført forsterkede kundetiltak ved en kunde, betyr ikke nødvendigvis at kunden skal underlegges forsterket oppfølging, jf. § 24. For eksempel kan det være at en kunde, som ved starten av gjennomføring av kundetiltak virker å utgjøre høy risiko. Da skal forsterkede kundetiltak gjennomføres, jf. § 17. Når forsterkede kundetiltak er gjennomført, viser det seg imidlertid at kunden ikke representerer noen forhøyd risiko. Det er da verken nødvendig eller hensiktsmessig at kunden underlegges en forsterket løpende oppfølging, jf. § 24. Det samme gjelder andre veien. Videre kan det underveis i en løpende oppfølging være forhold som fører til at kunden må omklassifiseres.³²⁹ Den løpende oppfølgingen skal følgelig føre til at den rapporteringspliktige hele tiden har oppdatert informasjon om kunden og forhold rundt kunden for å tilstrekkelig kunne motvirke risikoen.

6.5.2 Elektronisk overvåkningsprogram

En særlig forpliktelse i forbindelse med den løpende oppfølgingen er kravet til elektroniske overvåkningsprogram. Etter hvitvaskingsloven § 38 første ledd skal banker, kredittforetak og finansieringsforetak ha elektroniske overvåkingssystemer for å avdekke forhold som kan indikere hvitvasking og terrorfinansiering. Systemet har som formål å identifisere indikasjon på mistanke om hvitvasking og terrorfinansiering og systemet skal flagge etter ulike kriterier avhengig av risikoklassifisering.³³⁰ For å etablere et elektronisk overvåkningssystem må virksomhetens konkrete risiko vurderes kvantitativt for å angi målbare størrelser og alle scenarier og regler for systemet skal være programmert i samsvar med denne risikovurderingen. En kvantitativ fremstilling av risiko for hvitvasking og terrorfinansiering er

³²⁹ Finanstilsynet (2019a) s. 55.

³³⁰ Finanstilsynet (2019a) s. 78-79.

imidlertid utfordrende og ressurskrevende fordi hvitvaskingsrisiko er «inherently difficult to describe or measure in quantifiable or numerical terms.»³³¹

Å ha elektroniske overvåkningsprogrammer er ikke et krav etter verken fjerde hvitvaskingsdirektiv eller FATFs anbefalinger. I FATFs veiledningsdokument for banksektoren legges det til grunn at det ikke er et krav for tilstrekkelig løpende oppfølging av kunder at det brukes elektroniske systemer, selv for banker. Det påpekes at for enkelte typer bankaktivitet, med store volum av transaksjoner, vil elektroniske systemer være den eneste realistiske metoden for å overvåke transaksjoner. Hva som er nødvendig i den enkelte bank må imidlertid vurderes etter den risikobaserte tilnærmingen.³³² Baselkomiteen har tilsvarende uttalelser.³³³ I veiledningen legges det vekt på at bankenes rutiner for løpende oppfølging må være proporsjonal til virksomhetens størrelse, art og kompleksitet, samt risikoeksponeringen. Selv om de ikke angir elektroniske overvåkningsprogram som et krav, presiserer de også at for flere banker, spesielt internasjonalt aktive, vil det kunne være nødvendig å automatisere den løpende oppfølgingen.³³⁴

Problemet med å angi et regelbasert krav til elektroniske overvåkningsprogram til visse grupper rapporteringspliktige er at det kan forhindre en overordnet risikobasert tilnærming til den løpende oppfølgingen og i hvilke tilfeller elektronisk overvåkning er hensiktsmessig. En slik regelbasert tilnærming kan føre til at det stilles samme krav til elektroniske overvåkningsprogrammer til alle innenfor disse gruppene uten hensyn til risikoeksponering og proporsjonalitet. Som nevnt ovenfor er kvantifisering av risiko utfordrende. Ifølge Finanstilsynets risiko- og sårbarhetsanalyse er det mange rapporteringspliktige foretak som finner det utfordrende å lage systemer som med høy presisjon varsler om mistenkelige transaksjoner.³³⁵ For svært små finansinstitusjoner kan det hende at økte ressurser til fysiske, individuell oppfølging vil være mer effektivt enn å bruke masse ressurser på kvantifisering av risiko og etablering og utvikling av avanserte digitale systemer.

De elektroniske overvåkningsprogrammene har flere begrensninger. For det første fokuserer systemene på begrensede mengder og typer informasjon. For det andre varsler systemet ofte

³³¹ FATF (2013b) s. 26.

³³² FATF (2014) s. 21.

³³³ Basel Committee on Banking Supervision, Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism, Basel 2017, s. 6.

³³⁴ Ibid.

³³⁵ Finanstilsynet, *Risiko- og sårbarhetsanalyse*, 2016 s. 23-24.

mange falske positive høyrisiko-scenarioer.³³⁶ Det fører til at de rapporteringspliktige må bruke tid på å gå gjennom og vurdere irrelevant informasjon. En tredje begrensning er at de har begrenset evne til å analysere informasjon. Det kreves følgelig uansett at menneskelige ressurser analyserer og vurderer informasjonen systemet mener er relevant. For mindre banker, kredittforetak og finansieringsforetak med oversiktlige og begrensede kunde- og produkssegment fører disse begrensningene til at ressursene muligens kunne vært fordelt bedre uten elektroniske systemer.

Videre kan det være uhensiktsmessig at det regelbaserte kravet kun gjelder for enkelte typer rapporteringspliktige. Det kan føre til at andre grupper rapporteringspliktige som etter en risikobasert tilnærming har behov for elektroniske overvåkningssystemer ikke pålegges slike krav. Ut fra en risikovurdering er det forhold som med tyngde taler for at eksempelvis større forsikringsforetak burde hatt elektroniske overvåkningssystemer.³³⁷ Det gjelder særlig dersom foretaket tilbyr forsikringsprodukter med forhøyd risiko for hvitvasking og terrorfinansiering, som for eksempel kapitalforsikringer.³³⁸ Andre finansielle rapporteringspliktige aktører som faller utenfor loven, men hvor samme hensyn gjør seg gjeldende er blant annet forvalter for verdipapirfond, forvalter av alternative investeringsfond og låneformidlingsforetak.³³⁹

Gjennom en risikobasert tilnærming til de rapporteringspliktiges forpliktelser til løpende oppfølging ved elektroniske systemer hadde man ikke møtt på de overnevnte systemene. Man kunne heller latt det være opp til de rapporteringspliktige i samråd med tilsynsmyndighetene å vurdere i hvilken grad det er nødvendig og hensiktsmessig sett hen til effektivitets- og proporsjonalitetsbetraktninger.

6.6 Undersøkelser og rapportering

Den tredje og fjerde hovedforpliktelsen for de rapporteringspliktige er henholdsvis undersøkelser og rapportering etter §§ 25 og 26. Dersom det avdekkes forhold som «kan indikere» at midler eller aktiviteter har tilknytning til hvitvasking eller terrorfinansiering, er den rapporteringspliktige pålagt å foreta undersøkelser for å få bekreftet eller avkreftet mistanken, jf. § 25. Dersom det etter nærmere undersøkelser er forhold som gir grunnlag for «mistanke» om hvitvasking eller terrorfinansiering skal forholdene rapporteres til Økokrim

³³⁶ Cox (2014) s. 259.

³³⁷ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 38 punkt 1.1.

³³⁸ FATF (2018b) s. 46 flg.

³³⁹ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 38 punkt 1.1.

(herunder EFE), jf. § 26. Undersøkelses og rapporteringsplikten har følgelig en nær sammenheng. I det følgende vil det vurderes i hvilken grad disse forpliktelsene bygger på eller kan harmoniseres med risikoprinsippet.

Etter hvvl. § 25 første ledd skal det foretas nærmere undersøkelser dersom det avdekkes «forhold som kan indikere at midler har tilknytning til hvitvasking eller terrorfinansiering». Begrepet "indikere" erstatter den gamle lovens krav om "mistanke".³⁴⁰ Endringen ble innført for å understreke at terskelen for når undersøkelsesplikten inntreer er lav. I praksis vil avvik fra normal kundeforføring indikere at det kan være tale om utbytte fra straffbar handling og dermed utløse undersøkelsesplikten. § 25 annet ledd gir anvisning på tilfeller hvor nærmere undersøkelser "alltid" skal gjennomføres.

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 eller hvis en transaksjon har nærmere angitte karakteristikk. Utgangspunktet for denne vurderingen blir dermed at det skal foretas undersøkelser der det er avvik fra normal kundeforføring. Til tross for at bestemmelser med første øyeblikk virker regelbasert, har risikoprinsippet en sentral betydning.

For det første uttales det Finanstilsynets veileder at undersøkelsene skal være risikobaserte. Det innebærer at indikasjoner relatert til høyrisikoforhold bør undersøkes før lavrisikoforhold.³⁴¹ For det andre stammer den rapporteringspliktiges kjennskap til kunden 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. Det må det på bakgrunn at risikoprinsippet grunnleggende utgangspunkt åpnes for risikovurderinger ved avgjørelsen av hva som ligger i den noe uklare formuleringen «nærmere undersøkelser».³⁴²

Ettersom hvitvaskingsloven er risikobasert vil de rapporteringspliktige til en viss grad ha subjektive tolkninger også om hva som utgjør indikasjoner og følgelig grunnlag for videre undersøkelser. Likevel må det bemerkes at risiko vurdert som lav kan ikke fritar for å gjøre undersøkelser ved indikasjoner etter lovens ordlyd.

³⁴⁰ Prop. 40 L (2017-2018) s. 109.

³⁴¹ Finanstilsynet (2019a) s. 61.

³⁴² Se tilsvarende Rui (2012) s. 238.

Dersom undersøkelsen som foretas, ikke avkrefter mistanken, er den rapporteringspliktige pålagt å sende melding om dette til EFE ved Økokrim, jf. hvvl. § 26. Mistankegrunnlaget er lavt, og det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for at det foreligger noe mistenkelig før rapporteringsplikten inntreffer.³⁴³ Rapporteringsplikten er regelbasert og mistankekravet påvirkes i utgangspunktet ikke av høy eller lav risiko. Det presiseres i forarbeidene at det stilles krav til visse objektivt konstaterbare holdepunkter for at foreligger «mistanke» etter § 26, slik at høy risiko alene er ikke grunnlag for rapportering.³⁴⁴ Imidlertid kan høy risiko kunne påvirke hvor mye som kreves av objektivt konstaterbare forhold før terskelen for mistanke er oppfylt. Ettersom det kravet til objektivt konstaterbare holdepunkter er vag, vil et forhold som involverer en høyrisikokunde, for eksempel en politisk eksponert person fra et høyrisikoland, kreves færre objektive forhold enn hos en lavrisiko-kunde.

Både undersøkelsesplikten og rapporteringsplikten er eksempler på bestemmelser som i utgangspunktet er regelbaserte, men hvor risikoprinsippet likevel kan få en sentral betydning ved den nærmere gjennomføringen av pliktene.

Oppsummert har gjennomgangen av utvalgte forpliktelser etter hvitvaskingsloven vist at tross for at § 6 gir anvisning på et risikobasert utgangspunkt, oppstilles det klare rammer i loven og til dels nokså regelbaserte forpliktelser. I all hovedsak struktureres bestemmelsene etter regelbaserte utgangspunkter og detaljerte rammer innledningsvis i forpliktelsen slik at visse forutsetninger skal være på plass. Etter at forutsetningene er på plass er den videre etterlevelsen for å oppnå forpliktelsens målsetning opp til den rapporteringspliktiges risikovurderinger. Tilsvarende observasjoner kan gjøres av lovens øvrige forpliktelser. Det oppstilles først regelbaserte rammer i loven, også kommer risikoprinsippet inn i varierende grad. Hvitvaskingslovens forpliktelser går imidlertid på en rekke områder lengre enn direktivet og FATFs anbefalinger i å være regelbasert uten at det er gitt begrunnelse for en slik annen tilnærming. Hvilke implikasjoner som en mer regelbasert tilnærming kan medføre analyseres nærmere i kapittel 8.

³⁴³ NOU 2016:27 s. 114.

³⁴⁴ Ibid.

7 Innholdet i risikoprinsippet ved nasjonale forpliktelser

7.1 I hvilken grad er hvitvaskingsregelverkets forpliktelser for nasjonale myndigheter risikobaserte?

Som angitt ovenfor gjelder ikke risikoprinsippet bare for rapporteringspliktiges etterlevelse av hvitvaskingsregelverket, men også for nasjonale myndigheters håndhevelse og reguleringer.

Allerede i FATFs første veiledningsdokument om den risikobaserte tilnærmingen pekte FATF på at ved implementering av en risikobasert tilnærming så gis rapporteringspliktige anledning til å foreta rimelige, skjønnsmessige vurderinger.³⁴⁵ Det innebærer at det ikke er sannsynlig at to rapporteringspliktige vil innføre nøyaktig samme praksis for etterlevelse. Et slikt potensielt mangfold av praksiser vil kreve at myndighetene gjør mer for å identifisere og formidle god informasjon, og det kan gi utfordringer for tilsynsmyndighetene for å vurdere etterlevelsen.³⁴⁶

Tilsynsmyndighetene er en sentral nasjonal aktør i forbindelse med hvitvaskingsregelverket og risikoprinsippet. Tilsynsmyndighetene skal overvåke, vurdere og håndheve de rapporteringspliktiges etterlevelse av risikoprinsippet. Tilsynsmyndighetene har også en sentral rolle ved å også utgi veiledninger og angivelse av forventninger til de rapporteringspliktiges selvreguleringsprosess. Utover at nasjonale myndigheter er forpliktet etter risikoprinsippet, er det uttrykkelig presisert at tilsynsmyndighetene skal basere disse overnevnte tiltakene på risikoprinsippet, jf. direktivet artikkel 48 nr. 6 til 8 og FATFs anbefaling 1 og 26.³⁴⁷ I hvilken grad og utstrekning tilsynsmyndighetene er underlagt og forpliktet etter risikoprinsippet er gjenstand for analyse i punkt 7.2.

Videre har staten øvrige forpliktelser som skal gjennomføres på grunnlag risikoprinsippet, jf. direktivet art. 7 og FATFs anbefaling nr. 1. For det første skal det utarbeides en nasjonal risikovurdering. For det andre skal lovgivningen, øvrig regelsetting og myndighetsutøvelse bygge på risikoprinsippet. Nærmere hva som ligger i disse nasjonale forpliktelsene i forbindelse med reguleringen behandles i punkt 7.3.

³⁴⁵ FATF (2007) s. 4.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ At risikoprinsippet også gjelder for tilsynsmyndigheter fremkommer ikke eksplisitt av anbefaling 1 eller 26, men er uttrykkelig spesifisert i interpretative note til anbefaling 1 under bokstav A punkt 7 og til anbefaling 26.

7.2 Tilsynsmyndighetene

7.2.1 I hvilken grad er tilsynsmyndighetene underlagt risikoprinsippet?

Dette delkapittelet omhandler hvilke krav risikoprinsippet stiller til tilsynsmyndighetene. Det overordnede spørsmålet er om og i hvilken utstrekning tilsynsmyndighetene er bundet av risikoprinsippet. Det er tre forvaltningsorganer som har tilsyns- og reaksjons-/sanksjonskompetanse etter hvitvaskingsloven; Finanstilsynet, Tilsynsrådet for advokatvirksomhet og Lotteritilsynet, jf. hvvl. § 43 annet ledd. Deres oppgave er å føre tilsyn med at rapporteringspliktige overholder bestemmelser gitt i eller i medhold av loven, jf. § 43 første ledd, og de har kompetanse til å ilegge administrative reaksjoner ved overtredelser, jf. §§ 47 til 50.

Det fremkommer ikke av hvitvaskingsloven at tilsyn med de rapporteringspliktige skal være risikobasert. Lovutvalget foreslo at den generelle kodifiseringen av risikoprinsippet skulle rette seg mot både de rapporteringspliktige og myndighetenes håndhevelse av reglene.³⁴⁸ Departementet mente det var overflødig og egnet til å skape uklarhet dersom enkelte av lovens bestemmelser skal rette seg mot både private og offentlige aktører, uten at dette var gjennomført systematisk. I tillegg viste de til at tilsynsmyndighetene var pålagt av direktivet og FATFs anbefalinger å ha en risikobasert tilnærming til tilsynet.

Det fremkommer av direktivet artikkel 48 nr. 6 til 8 og FATFs anbefaling 1 og 26 at myndighetenes tilsyn skal gjennomføres med grunnlag i risikoprinsippet. I FATFs evaluering av Norge i 2014 gjaldt sentrale deler av kritikken svakheter ved tilsyn av de rapporteringspliktiges implementering og etterlevelse av hvitvaskingsregelverket.³⁴⁹ Videre mente FATF at hyppigheten, omfanget og intensiteten av tilsynene ikke var i samsvar med risikoprinsippet. Tilsynet brukte derimot en sjekklister-tilnærming med fokus på teknisk etterlevelse, i stedet for å vurdere effektivitet og robusthet av de forbyggende tiltak som de rapporteringspliktige hadde iverksatt. I oppfølgingsrapporten fra desember 2019 legger FATF til grunn at selv om tilsynene siden 2014 er klart forbedret er tilsynene ikke tilstrekkelig basert på risiko.³⁵⁰ FATF konkluderer med at «(a)lthough FSA [finansstilsynet] has taken actions to ensure that its supervision is based on identified ML/TF risk, the scope, intensity and frequency of its supervision is not always commensurate to the level of risk

³⁴⁸ NOU 2016:27 s. 235.

³⁴⁹ FATF MER (2014) s. 99.

³⁵⁰ FATF FUR (2019) s. 24.

identified». ³⁵¹ Rapporten viser at risikoprinsippet både har betydning for hvordan tilsyn legges opp og for hvordan tilsynsmyndighetene skal vurdere etterlevelsen hos de rapporteringspliktige.

FATF fremholder på generelt grunnlag at risikoprinsippet tar sikte på å utvikle en tilnærming hvor motvirkende og forebyggende tiltak tilsvare den identifiserte risikoen. ³⁵² I relasjon til tilsyn får dette betydning for hvordan tilsynsmyndighetene fordeler ressursene sine. Prinsippet medfører også at tilsynet må skje på en måte som bidrar til en risikobasert tilnærming hos de rapporteringspliktige. ³⁵³

I det følgende vil det nærmere innholdet i risikobaserte tilsyn analyseres i punkt 7.2.2. Hvordan tilsynsmyndighetene skal evaluere de rapporteringspliktige og gå frem for å bidra til en risikobasert tilnærming hos de rapporteringspliktige undersøkes nærmere i punkt 7.2.3.

7.2.2 Risikobaserte tilsyn

Det er et grunnleggende utgangspunkt at tilsynsmyndighetene skal kjenne risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering i staten, som ledd i en risikobasert tilnærming til gjennomføring av tilsyn. Etter direktivet art. 48 nr. 6 bokstav a skal tilsynsmyndigheten derfor ha en «clear understanding of the risks of money laundering and terrorist financing present in their Member State». Tilsvarende ordlyd fremkommer av FATFs tolkningsnotater til anbefaling 26.

Tilsynsmyndighetene som fører tilsyn med virksomhetene må ikke bare forstå den risikobaserte tilnærmingen, men for at systemet skal fungere hensiktsmessig må også tilsynet være basert på en risikobasert tilnærming. Både ved at tilsynet er grundigst og hyppigst hos de rapporteringspliktige som utgjør en størst risiko for å bli misbrukt, og at tilsynet fokuserer på de forholdene hos de rapporteringspliktige som utgjør en størst risiko. I direktivet art. 48 nr. 6 bokstav c presiseres uttrykkelig at frekvensen og intensiteten i tilsynsmyndighetens både stedlige og dokumentbaserte tilsyn skal baseres på de rapporteringspliktiges risikoprofiler, og på risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering i staten.

³⁵¹ Ibid. 26.

³⁵² FATF (2014) s. 12.

³⁵³ Ibid.

I henhold til direktivet artikkel 48 nr. 10 skal de europeiske tilsynsbyråene gi veiledning til nasjonale tilsynsmyndigheter når det gjelder risikobasert tilsyn. Gjeldende retningslinjer ble vedtatt i 2016.³⁵⁴ Ifølge retningslinjene kan risikobaserte tilsyn karakteriseres som en kontinuerlig og gjentakende prosess i fire trinn.³⁵⁵

Det første trinnet er å identifisere risikofaktorer og samle inn informasjon hvordan ulike trusler kan påvirke de ulike rapporteringspliktiges sektorer. Det andre trinnet innebærer å foreta en risikovurdering hvor man bruker informasjonen fra første trinn for å skaffe et helhetlig bilde på risiko knyttet til enten hver enkelt virksomhet eller virksomhetsgrupper, inkludert den iboende risikoen virksomhetene er eksponert for og risikoforebyggende tiltak virksomhetene har på plass. Tredje trinn innebærer å fordele tilgjengelige tilsynsressurser basert på risikovurderingen fra trinn tre, som følgelig vil være avgjørende for fokus, omfang, varighet og hyppighet av stedlige og ikke-stedlige tilsyn. Det siste trinnet er vurdering og gjennomgang av risikovurderingene og fordeling av tilsynsressurser for å sikre at dette samsvarer med nye trusler og sårbarheter.

Følgelig skal risikoprinsippet bidra til en effektiv ressursfordeling også av tilsynets ressurser. Tilsyn som følger samme metodikk og parametre hos alle rapporteringspliktige vil ikke være et risikobasert tilsyn.

7.2.3 Evaluering og fremgangsmåte

Risikoprinsippet har også betydning for hvordan tilsynsmyndighetene skal gå fram for å evaluere og håndheve de rapporteringspliktiges etterlevelse.

Etter direktivet artikkel 46 nr. 8 skal tilsynsmyndighetene ta hensyn til den graden av skjønn som er tillagt de rapporteringspliktige under den risikobaserte tilnærmingen. Herunder skal tilsynet foreta en hensiktsmessig evaluering av de risikovurderinger som er gjort, og kontrollere om rutinene er tilstrekkelige og blir gjennomført. Tilsvarende krav til tilsynsmyndighetene fremkommer av tolkningsnotat til FATFs anbefaling nr. 26 punkt 4.

For det første innebærer dette at tilsynsmyndighetene må ha en forståelse for hvitvaskingslovens risikobaserte utgangspunkt og hensynet til effektiv ressursbruk. FATF

³⁵⁴ ESAs "Joint Guidelines on the characteristics of a risk-based approach to anti-money laundering and terrorist financing supervision, and the steps to be taken when conducting supervision on a risk-sensitive basis - The Risk-Based Supervision Guidelines" 2016

³⁵⁵ Ibid s. 5

peker på at i noen tilfeller er tiltakene mer foreskrivende, som for politisk eksponerte personer, mens øvrige kunde kundetiltak er i stor grad risikobasert.³⁵⁶ Dette medfører at et avkryssningsskjema-tilnærming «tick the box approach» ikke er forenelig med risikoprinsippet, fordi det kreves skjønn for å forstå egenskapene og situasjonen til den enkelte rapporteringspliktige.³⁵⁷

Tilsynsmyndighetene må følgelig ha forståelse for at ulike løsninger kan være tilstrekkelige på hver sin måte. Dette innebærer at tilsynet må ta hensyn til at en risikobasert tilnærming kan og skal gjennomføres på ulike måter fordi den skal være tilpasset den konkrete virksomheten, jf. hvvl. §§ 6-8. Det sentrale hensynet bak risikoprinsippet er å oppnå en hensiktsmessig og effektiv ressursbruk for å forebygge og avdekke hvitvasking.³⁵⁸ Tilsynsmyndighetene bør herunder forstå risikoen for hvitvasking både i de enkelte grupper av rapporteringspliktige og for de konkrete rapporteringspliktige. Spesielt bør de ha en grundig forståelse av virksomhetene med høyere og lavere risiko, noe som fører til en forsvarlig vurdering av proporsjonaliteten og tilstrekkeligheten til hvilke tiltak de har innført for å etterleve regelverket.³⁵⁹

Videre – for at risikoprinsippet skal ha den tilsiktede effektiviteten – er man avhengig av en felles forståelse mellom rapporteringspliktige og tilsynsmyndigheter av hva den risikobaserte tilnærmingen innebærer, hvordan tilnærmingen skal anvendes og hvordan risiko skal adresseres.³⁶⁰ Det innebærer for det at tilsynsmyndighetene må kommunisere hvilke forventningene de har til de rapporteringspliktige.

FATF påpeker at i tillegg til at regelverket foreskriver at de rapporteringspliktige er tillagt et skjønn ved risikoprinsippet, er det viktig at tilsynsmyndighetene veileder de rapporteringspliktige om hvordan de forventer at de skal etterleve regelverket på en risikosensitiv måte.³⁶¹ Kontinuerlig og effektiv kommunikasjon mellom tilsynsmyndigheter og rapporteringspliktige er en essensiell forutsetning for en vellykket risikobasert tilnærming.³⁶² Hvis loven legger opp til at tiltakene skal være innenfor de

³⁵⁶ FATF, *Guidance for a Risk-Based Approach: Effective Supervision and Enforcement by AML/CFT Supervisors of the Financial Sector and Law Enforcement*, Paris 2015 s. 5-6

³⁵⁷ Ibid.

³⁵⁸ Se avhandlingens punkt 5.3.2.

³⁵⁹ FATF (2014) s. 15.

³⁶⁰ FATF (2014) s. 10.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Ibid.

rapporteringspliktiges risikobaserte fleksibilitet, fører en absolutt forventning fra tilsynsmyndighetene til at risikoprinsippet mister sin funksjon.

Forventningene tilsynet har til de rapporteringspliktige må følgelig vise at en effektiv risikobasert tilnærming er avgjørende. Mye tyder på at det er en generell forventning om at størrelsen på en bank tilsier et minimum av antall mistenkelige transaksjonsrapporter.³⁶³ For eksempel en bank som sender mindre rapporter enn tilsvarende store banker anses følgelig å ikke oppfylle tilsynsmyndighetenes forventninger, til tross for at de følger de risikovurderingene som de finner hensiktsmessig.³⁶⁴ Et tilsyn som angir slike forventninger alene på bakgrunn av hva andre rapporteringspliktige gjør og uten hensyn til konkret risiko, vil ikke gi intensiver til en individuell tilpasset risikobasert tilnærming.

Tilsynsmyndighetene må også erkjenne at en risikobasert tilnærming ikke er ment å avdekke alle tilfeller av hvitvasking.³⁶⁵ Den risikobaserte tilnærmingen skal prioritere høyere risiko, noe som fører til at ikke alle situasjoner skal undersøkes like grundig. Velbegrunnede og hensiktsmessige risikobaserte tiltak skal følgelig være den viktigste parameteren ved evalueringen.³⁶⁶

Wolfsberg-gruppen peker på at FATF har vært tydelig på at fokuset ved tilsyn ikke lengre kun skal baseres på teknisk etterlevelse, men også reell effektivitet i kampen mot hvitvasking og terrorfinansiering. Til tross for dette klare signalet mener gruppen at nasjonale tilsynsmyndigheter nesten utelukkende fokuserer på teknisk etterlevelse.³⁶⁷ Ved at tilsynsmyndighetene bruker en betydelig mengde ressurser på en praksis som er utviklet for å maksimere teknisk etterlevelse, kommer effektiviteten den risikobaserte tilnærmingen skal oppnå i bakgrunnen.³⁶⁸ I stedet bør tilsynsmyndighetene fokusere på om de rapporteringspliktige har hensiktsmessige og effektive løsninger for å motvirke risiko og særlig om tiltakene fører til produksjon av nyttig etterretningsinformasjon. Den sistnevnte

³⁶³ Se for eksempel tilsynsrapport 19/1939 for Handelsbanken datert 9. oktober 2019 s. 3, hvor Finanstilsynet påpeker at Handelsbanken har et lavt antall rapporter sammenholdt med bankens større og eksponering for hvitvaskingsrisiko.

³⁶⁴ Bello (2016) s. 58.

³⁶⁵ FATF (2007) s. 3.

³⁶⁶ FATF (2014) s. 15.

³⁶⁷ The Wolfsberg Group, *Statement on Effectiveness: Making AML/CTF Programmes more effective*, 19. desember 2019, (https://www.wolfsberg-principles.com/sites/default/files/wb/pdfs/Effectiveness%201%20pager%20Wolfsberg%20Group%20019%20FINAL_Publication.pdf, sist besøkt 20. mai 2020).

³⁶⁸ Ibid.

tilnærmingen vil ifølge Wolfsberg også føre til at de rapporteringspliktige blir mindre opptatt av å unngå risiko og dermed hjelpe myndighetenes mål om finansiell inkludering.³⁶⁹

Oppsummert har risikoprinsippet sentral betydning både for omfanget og intensiteten av tilsynene og hvordan tilsynsmyndighetene går fram i tilsynsrollen og ved evalueringer.

7.3 Øvrige nasjonale forpliktelser

7.3.1 Innledende bemerkninger

Til sist har risikoprinsippet betydning for utforming av nasjonal regel- og forskriftsgivning, veiledning og myndighetspraksis. Det overordnede spørsmålet i dette delkapittelet er i hvilken grad risikoprinsippet gjelder når nasjonale myndigheter skal oppfylle sine forpliktelser etter hvitvaskingsregelverket. Det følger av FATFs anbefaling nr. 1 og av direktivet art. 2 nr. 2, 3, 7 og 9, art. 4, art. 7 og art. 12 at risikoprinsippet også gjelder for nasjonale myndigheters arbeid i sammenheng med hvitvaskingsregelverket. Artikkel 7 er imidlertid den bestemmelsen som tydeligst og på generelt grunnlag pålegger staten en risikobasert tilnærming.

Et sentralt utgangspunkt er at staten også skal gjennomføre en noe tilsvarende «virksomhetsinnrettet risikovurdering» av nasjonal risiko for hvitvasking og terrorfinansiering. Både direktivet art. 7 og FATFs anbefaling nr. 1 foreskriver utarbeidelse av nasjonale risikovurderinger. Den nasjonale risikovurderingen er sentral både for nasjonale myndigheters og rapporteringspliktiges implementering av risikoprinsippet og vil være gjenstand for nærmere analyse under punkt 7.3.2.

Videre fremkommer det av direktivet art. 7 og FATFs anbefaling nr. 1 at regelverket skal utformes på bakgrunn av risikoprinsippet. Lovgiver må følgelig gjøre en avveining mellom ønsket om å regulere og å respektere den selvregulering som risikoprinsippet legger opp til. I hvilken grad regelverket skal utformes og er utformet etter risikoprinsippet undersøkes nærmere under punkt 7.3.3.

Avslutningsvis påvirkes øvrig myndighetspraksis av risikoprinsippet. En sentral myndighet er enheten for finansiell etterretning (EFE) som mottar rapporter om mistenkelige transaksjoner. Hvordan de tar mot denne informasjonen og hvilke tilbakemeldinger de gir til de

³⁶⁹ Ibid.

rapporteringspliktige er av betydning for en effektiv risikobasert tilnærming og behandles nærmere i punkt 7.3.4.

7.3.2 Nasjonal risikovurdering

Den mest eksplisitte forpliktelsen hva gjelder risikoprinsippets sin anvendelse for myndigheter er kravet til nasjonale risikovurderinger. Nasjonale myndigheter er forpliktet til å utarbeide en nasjonal risikovurdering etter direktivet artikkel 7 nr. 1 og 2. Det samme følger av FATFs anbefaling art. 1. Den nasjonale risikovurderingen er sentral for myndighetens egen ressursfordeling og at de rapporteringspliktige skal foreta informerte virksomhetsinnrettede risikovurderinger. Tilgang til nøyaktig, rettidig og objektiv informasjon om hvitvaskingsrisiko er en forutsetning for en effektiv risikobasert tilnærming.³⁷⁰ Myndighetene har bedre forutsetninger til å gi generell informasjon om nye trender og risikofaktorer i nasjonal sammenheng enn de rapporteringspliktige. Utarbeidelse av en adekvat nasjonal risikovurdering er derfor også avgjørende for at rapporteringspliktige skal kunne identifisere risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering i virksomheten.³⁷¹

Direktivet artikkel 7 stadfester nærmere medlemsstatenes plikt til å utarbeide en nasjonal risikovurdering, og til å opprette et eget organ eller utarbeide mekanismer for å koordinere nasjonale tiltak for å håndtere identifisert risiko. Den nasjonale risikovurderingen skal benyttes i arbeidet med å utvikle og forbedre regelverket for bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering, for å kunne tilføre og prioritere ressurser for bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering, for å sikre at regelverk er tilpasset hver enkelt sektor og dennes risiko og for å være til hjelp ved rapporteringspliktiges vurdering av risiko.³⁷²

Ved FATFs evaluering av Norge i 2014 var den nasjonale risikovurderingen pekt på som en av de største manglene ved Norges etterlevelse av anbefalingene. FATF mente den nasjonale risikovurderingen var ufullstendig og utilstrekkelig med hensyn til å identifisere og forstå risiko for hvitvasking.³⁷³ I den nyeste oppfølgingsrapporten fra 2019 bemerker FATF at den nye nasjonale risikovurderingen har klare forbedringer, men at metodikken er svak og viser manglende helhetlig forståelse for hvitvaskingsrisikoene i landet.³⁷⁴ Blant annet kritiseres

³⁷⁰ FATF (2014) s. 8-9.

³⁷¹ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 8.

³⁷² NOU 2016:27 s. 65.

³⁷³ FATF MER (2014) s. 39.

³⁷⁴ FATF FUR (2019) s. 12-13.

vurderingen for manglende detaljert analyse av den iboende risikoen i de individuelle sektorene og lite fokus på mer komplekse hvitvaskingsmoduser.

Rui, Ringen og Rørholt viser til sentrale svakheter med den nye nasjonale risikovurderingen.³⁷⁵ For det første forholder den seg til hvitvaskingsloven av 2009. Ifølge direktivet art. 7 nr. 1 skal vurderingen holdes oppdatert. Selv om de nasjonale risikoene ikke nødvendigvis endres ved at det kommer lovendringer er det hensiktsmessig for de rapporteringspliktiges vurderinger av risiko at den nasjonale risikovurderingen forholder seg til det oppdaterte regelverket.

For det andre skal den nasjonale risikovurderingen skal ta opp i seg, bygge på og ha samme metodikk og innretning som EUs supranasjonale risikovurdering, jf. direktivet art. 7 nr. 3.³⁷⁶ Den norske risikovurderingen følger den en noe annen systematikk, struktur og metodikk enn EUs supranasjonale risikovurdering.³⁷⁷ Den norske vurderingen tar ikke opp enkelte av de risikofaktorene den supranasjonale vurderingen foreskriver at skal vurderes og det er en del avvik mellom de konkrete risikovurderingene sammenlignet med den europeiske som ikke er begrunnet.

Et tredje forhold – som FATF pekte på ved den nyeste evalueringen – er at den nasjonale risikovurderingen ikke i tilstrekkelig grad bruker eller angir kvantitativ informasjon eller statistikker.³⁷⁸ Som nevnt er hvitvaskingsrisiko en utfordring å fastsette kvantitativt. Når myndighetene velger å ikke ta ansvar for å bidra til objektiv statistisk informasjon, forskyves et større ansvar på de rapporteringspliktige. Særlig for de rapporteringspliktige som må vurdere hvitvaskingsrisiko kvantitativt for å etablere elektroniske overvåkningssystemer, jf. hvvl. § 38. Disse svakhetene ved den norske risikovurderingen forklarer hvorfor FATF nylig konkluderte med begrenset forståelse av hvitvaskingsrisiko på nasjonalt nivå.³⁷⁹

Kravet til den nasjonale risikovurderingen viser at regelverket legger opp til et samarbeid mellom myndigheter og private for å oppnå en effektiv risikobasert implementering av regelverket. Når den nasjonale risikovurderingen viser manglende forståelse for risiko og for

³⁷⁵ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 8.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ COM(2019) 370 *The Supranational Risk Assessment*.

³⁷⁸ FATF FUR (2019) s. 20.

³⁷⁹ Ibid. s. 12-13.

øvrige ikke samsvarer med andre kilder som de rapporteringspliktige vil bruke, legges det et større ansvar og flere utfordringer over på de rapporteringspliktige.

7.3.3 Nasjonal lov- og forskriftsgivning

Det fremkommer av direktivet art. 7 nr 4 bokstav d at medlemsstatene skal bruke den nasjonale risikovurderingen for å sikre at det utarbeides hensiktsmessige regler for hver sektor eller område ut fra risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering. Videre foreskriver art. 8 at staten skal sørge for og sikre at de rapporteringspliktige har en risikobasert tilnærming.

Selv om direktivet oppgir minstekrav og det er opp til myndighetene å bestemme formen og midlene for gjennomføringen, skal direktivet gjennomføres på en slik måte at det er egnet til å realisere de formål og oppnå de resultater som direktivet søker.³⁸⁰ Både direktivet og FATFs anbefalinger er tydelig på at en risikobasert tilnærming i regelverket er nødvendig og ikke et alternativ for den enkelte stat. I direktivets fortale avsnitt 22 fremheves at risikoen for hvitvasking er ikke den samme i alle tilfeller og at den risikobaserte metoden er ikke et alternativ. FATF fremhever at anvendelsen av en risikobasert tilnærming er ikke valgfri, men en nødvendig forutsetning for en effektiv implementering av deres standarder.³⁸¹

Følgelig er lovgiver også forpliktet etter risikoprinsippet. Hvitvaskingsloven går imidlertid lengre i å være regelbasert enn direktivet og FATFs anbefaling på flere punkter. Overfor ble det vist at hvitvaskingsloven har regelbaserte krav i forbindelse med forenklede kundetiltak, politisk eksponerte personer, reelle rettighetshavere og elektroniske overvåkningsprogram som ikke kunne utledes av verken direktivet eller FATFs anbefalinger. Til tross for at både direktivet og FATFs anbefalinger foreskriver regelbaserte forpliktelser, går de norske særreguleringene samlet sett så langt i å være regelbasert at det kan stilles spørsmål om de er i strid med risikoprinsippet.

FATF gir nærmere veiledning angående hvor langt en stat kan gå i å tilpasse regelverket og fortsatt være i samsvar med risikoprinsippet. FATF foreskriver at et effektivt risikobasert regelverk skal bygge på og reflektere et lands juridiske og regulatoriske tilnærming, samt arten, mangfoldet og modenheten til finanssektoren og øvrige rapporteringspliktige.³⁸² I utgangspunktet bør rapporteringspliktige tilkjennes en fleksibilitet til å vurdere de mest

³⁸⁰ Se avhandlingens punkt 2.2.2.

³⁸¹ FATF (2014) s. 7.

³⁸² Ibid s. 8.

effektive måtene å adressere risiko. Imidlertid åpner regelverket for at statene kan vurdere i hvilken grad de rapporteringspliktige selv er i stand til å vurdere selv hvordan de skal motvirke risikoen og i hvilken grad tilsynsmyndighetene har evne til å følge dem opp. Det vises til at land som har finansielle tjenester, eller som har lovgivning og tilsynsmyndigheter fortsatt i utvikling, kan bestemme at de rapporteringspliktige ikke er utstyrt for å effektivt identifisere og håndtere hvitvaskingsrisiko, og at fleksibilitet som er tillatt under risikobasert tilnærming, derfor bør begrenses. I slike tilfeller kan en mer preskriptiv og regelbasert implementering av regelverket være passende inntil de rapporteringspliktiges forståelse og erfaring er styrket.³⁸³

Norsk næringsvirksomhet i den finansielle sektoren må antas å være stabil og norske rapporteringspliktige kan neppe sies å være i særlig grad av utvikling, verken på generell basis eller sammenlignet med andre land. Ifølge FATFs evaluering har Norge et godt juridisk grunnlag og god intensjonell struktur for å forebygge og avdekke hvitvasking.³⁸⁴ I den nasjonale risikovurderingen legges det også til grunn at Norge har en økonomisk og politisk stabilitet.³⁸⁵ Følgelig kan utstrakt bruk av mer regelbaserte tilnærminger neppe begrunnes i at norsk næringsliv eller tilsynsmyndigheter er i stand til å gjennomføre en tilstrekkelig selvreguleringsprosess. Når man i norsk rett likevel har valgt å innføre mer foreskrivende og regelbaserte løsninger bør det derfor vurderes og begrunnes særskilt, slik at man ikke skaper et regelverk som er i strid med det grunnleggende risikoprinsippet og dets funksjoner.

7.3.4 Myndighetspraksis

Avslutningsvis har risikoprinsippet betydning for nasjonal myndighetspraksis. En sentral funksjon ved regelverket er at de rapporteringspliktige skal bidra til etterretningsinformasjon. Etterretningsinformasjonen stammer fra de rapporteringspliktiges rapporter om mistenkelige forhold som sendes til enheten for finansiell etterretning (EFE) under Økokrim. EFE mottar årlig flere tusen rapporter om mistenkelige forhold. I 2019 mottok de 11 564 rapporter.³⁸⁶

EFE analyserer innholdet i meldingene som mottas fra de rapporteringspliktige. Ut fra en konkret vurdering videreformidler EFE informasjonen til rett instans, som oftest i form av

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ FATF MER 2014 s. 5.

³⁸⁵ Justis- og beredskapsdepartementet (2018) s. 10.

³⁸⁶ Økokrim, *Statistikk MT-rapporter*, 2. april 2020, (<https://www.miljokrim.no/statistikk-mt-rapporter.6156901-475337.html>, sist besøkt 2. mai 2020).

etterretningsrapporter. Mottakerne av etterretningsinformasjon er politiet, forvaltningsorganer med kontrolloppgaver (Skatteetaten, toll- og avgiftsmyndigheter, Finanstilsynet mv.), samt andre lands enheter for finansiell etterretning.³⁸⁷ Vedkommende myndigheter skal gi tilbakemeldinger til EFE om bruken og resultatet av etterretningsopplysningene, jf. direktivet art. 32 nr. 6. Direktivets fortale avsnitt 49 uttaler også at FIU-ene skal «maintain and improve the quality of relevant statistics [...] to be able to review the effectiveness of their systems for combating money laundering and terrorist financing».

EFE har følgelig en sentral rolle og er en viktig kobling for samarbeidet mellom det private og det offentlige i kampen mot hvitvasking og terrorfinansiering. De sitter også på informasjon som ikke bare kan brukes i etterretningssporet, men som også kan bidra til en mer effektiv risikobasert tilnærming.³⁸⁸

Etter direktivet art. 46 nr. 3 skal de rapporteringspliktige – så langt det er praktisk mulig – få tilbakemelding om effektiviteten til og oppfølgingen av rapporter om mistenkelige forhold. Dette innebærer at hovedregelen er at tilbakemelding etter innsendt rapport skal gi de rapporteringspliktige informasjon om hvor nyttig rapporten er og hvordan den er fulgt opp.³⁸⁹

Tilbakemeldinger fra EFE er av sentral betydning for de rapporteringspliktige ettersom det gir dem mulighet til å vurdere effektiviteten av deres etterlevelse, og gjør det mulig for dem å tilpasse sin rapportering både generelt og konkret opp mot kunder som er rapportert.

Tilbakemelding er også viktig for systemets legitimitet.³⁹⁰ Ifølge Rui, Ringen og Rørholt viser deres gjennomgang at belgiske, franske, nederlandske, sveitsiske, svenske, tyske og østeriske finansielle etterretningstjenester gir ganske utfyllende informasjon om bruken av rapportene, analysearbeidet, samt i hvilken grad rapportene leder til konkrete resultater.³⁹¹

EFE gir imidlertid som utgangspunkt ikke tilbakemelding til de rapporteringspliktige. I en podcast innrømmer sentrale personer fra EFE at hovedregelen er at man ikke får mer enn en kvittering for at rapporten er mottatt og at de rapporteringspliktige ikke kan vente seg ytterligere tilbakemeldinger.³⁹² Dette er i strid med de forpliktelsene til myndighetspraksis som

³⁸⁷ Morten Bamle og Barbro Bruu, *Økonomisk kriminalitet: trusler og tiltak*, Oslo, 2019 s. 197.

³⁸⁸ Van Duyne Harvey og Gelemerova (2018a) s. 347.

³⁸⁹ Også fremhevet i direktivets fortale avsnitt 49.

³⁹⁰ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 7 punkt 3.2.1.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Økrimpodden, *Hva skjer når mistenkelige forhold rapporteres til ØKOKRIM? (Samtale med EFE/ØKOKRIM)*, 11. mai 2020, (Tilgjengelig på <https://soundcloud.com/okrimpodden/episode-9-hva->

oppstilles av direktivet og legger ytterligere ansvar for tilstrekkelige risikovurderinger og -håndtering over på de rapporteringspliktige.

8 Implikasjoner av risikoprinsippet

8.1 Innledende bemerkninger

Avhandlingen har så langt vist at selv om risikoprinsippet er utgangspunktet for samtlige forpliktelser etter hvitvaskingsregelverket så varierer de konkrete forpliktelsene fra å være nokså risikobasert til tilnærmet helt regelbasert.

Risiko- og regelbaserte forpliktelser kan kombineres i et regelverk og den ene tilnærmingen utelukker ikke den andre. Imidlertid fordrer en kombinasjon av risikobaserte og regelbaserte tilnærminger innenfor samme regelverk at man er bevisst på hvilke implikasjoner som følger av de ulike tilnærmingene, samt at balansen mellom tilnærmingene er av sentral betydning.

I risikoprinsippet ligger det en grunnleggende erkjennelse av at man ikke har ubegrenset med ressurser.³⁹³ Målet er ikke å avdekke alle tilfeller av hvitvasking, men at hensiktsmessig bruk av ressurser skal føre til en mest mulig effektiv avdekking og forebygging. Man skal derfor prioritere ressurser etter risiko. Det betyr at man må ha anledning til å nedprioritere enkelte forhold med lav risiko for å allokere ressursene til hvor det er høyest risiko.

Samtidig er det enkelte forutsetninger som bør være på plass for å kunne vurdere risiko. Viktigst er at man må kjenne sin egen virksomhet og sine kunder. Selv om regelverket i enda større grad kunne lagt tilegnelsen av disse forutsetningene til de rapporteringspliktige og deres risikovurderinger, er det tatt et bevist valg å oppstille enkelte regelbaserte rammer for etterlevelsen. Reglene er for de fleste forpliktelser bygd opp slik at det stilles regelbaserte krav som skal føre til tilstrekkelige forutsetninger for å vurdere risiko, og deretter åpner reglene for at rapporteringspliktige tillegges et skjønn og en fleksibilitet til å bruke disse forutsetningene hensiktsmessig ved videre tiltak.

[skjer-nar-mistenkelige-forhold-rapporteres-til-okokrim?fbclid=IwAR1fR6kRMdMyjTSMMSPSaboJlr8aRZbyGWd0DdGG4icOmYZdN_GJK2-W_I](https://www.okokrim.no/okokrim?fbclid=IwAR1fR6kRMdMyjTSMMSPSaboJlr8aRZbyGWd0DdGG4icOmYZdN_GJK2-W_I), sist besøkt 26. mai 2020).

³⁹³ FATF (2014) s. 6.

Kombinasjonen og balanseringen av tilnærminger basert på regler og risiko skaper imidlertid flere utfordringer og problemstillinger. I det følgende vil det reises tre spørsmål for å nærmere vurdere implikasjoner av risikoprinsippet.

Det første spørsmålet er hvordan ansvaret skal og bør fordeles, som behandles nærmere i punkt 8.2. For å besvare spørsmålet er det nødvendig å nærmere vurdere forskjellene mellom en risikobasert og en regelbasert tilnærming, og hvilke kryssende hensyn som gjør seg gjeldende ved etableringen og gjennomførelsen av et selvreguleringsregime.

Det andre spørsmålet er hvordan et ansvar for selvregulering skal håndheves. For det første er det en utfordring i seg selv å håndheve forpliktelser som etter sin natur er vage fordi de er avhengige av pliktsubjektets risikovurderinger. Hvordan den risikobaserte tilnærmingen håndheves har trolig også betydning for hvordan de rapporteringspliktige velger å bruke det tilkjente skjønnet og fleksibiliteten. Disse problemstillingene analyseres i punkt 8.3.

Det tredje spørsmålet er hvilken betydning balansen mellom regelbasert og risikobasert tilnærming har for oppfyllelsen av lovens formål og funksjon. Herunder foretas en vurdering av hvilke uønskede konsekvenser som kan oppstå hvis en ikke er bevisst på hvordan ulike kombinasjoner av de to tilnærmingene påvirker etterlevelsen i punkt 8.4.

8.2 Ansvarfordeling for et effektivt regelverk

8.2.1 Risikobasert kontra regelbasert

Hvitvaskingsloven har et risikobasert utgangspunkt, jf. § 6, men de konkrete bestemmelsene er kombinert av risikobaserte og regelbaserte tilnærminger. Dette innebærer en fordeling av ansvar mellom det offentlige og det private. For å oppnå en forståelse av hvilken betydning kombinasjonen og balansen mellom de to tilnærmingene har er det nødvendig å først vurdere forskjellene og de ulike hensyn som begrunner de forskjellige tilnærmingene.

En risikobasert tilnærming er grunnleggende sett en motsetning til en regelbasert tilnærming. I stedet for at omfanget av tiltak, ressurser og oppmerksomhet fra rapporteringspliktiges side styres av fastsatte rammer og klare regler, skal den identifiserte risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering være bestemmende for hva rapporteringspliktige gjør.³⁹⁴ Den klareste

³⁹⁴ Rui (2012) s. 238.

forskjellen på de to tilnærmingene er følgelig hvor ansvaret for utformingen av handleplikter og tiltak ligger – hos myndighetene eller de rapporteringspliktige?

En regelbasert tilnærming innebærer at myndighetene har ansvar for vurderingen av risiko. Fram til 2009 var hvitvaskingsloven utelukkende regelbasert. Det var opp til myndighetene å vurdere i hvilke tilfeller en transaksjon var uvanlig eller mistenkelig og sette kriteriene for hva som var indikasjoner på hvitvasking, for eksempel med en terskelverdi for hva som måtte rapporteres.³⁹⁵ Reglene var klare og transparente og førte dermed til legalitet og forutberegnelighet. De rapporteringspliktiges forpliktelse i et slikt system er å implementere reglene slik som loven presist foreskriver. Det var følgelig også enkelt å kontrollere etterlevelsen.

Den regelbaserte tilnærmingen hadde også sine klare ulemper. Alle rapporteringspliktige var underlagt de samme presise reglene. Kriminelle kunne manipulere transaksjoner og handlemåte for å komme under terskelverdiene. De formelle reglene medførte også fare for overrapportering fordi de ikke åpnet for skjønn på hva som var hensiktsmessig å rapportere. Det førte til at det var vanskelig å skille ut de faktisk mistenkelige tilfellene.³⁹⁶ Det regelbaserte regelverket var rigid, byråkratisk og innebar høye administrative byrder både for rapporteringspliktige og etterretningsmyndigheten og ble derfor ansett ineffektivt og utilstrekkelig.³⁹⁷ En regelbasert tilnærming ble ansett å føre til en «approach with the focus on meeting regulatory needs rather than combating money laundering or terrorist financing».³⁹⁸

Forskjellen mellom en regelbasert og risikobasert tilnærming vises også gjennom hvordan reglene er utformet. En bestemmelse som åpner for risikovurderinger vil være utformet til å beskrive overordnede formål og funksjonen med forpliktelsen, mens den nærmere gjennomføringen av forpliktelsen er opp til den rapporteringspliktiges risikovurderinger. En bestemmelse som er regelbasert vil i større grad angi konkrete og spesifikke krav.

Spørsmålet er følgelig hvordan reglene skal utformes for å best adressere risikoene for hvitvasking og terrorfinansiering. Herunder må det gjøres en avveining mellom behovet for å regulere og på den andre siden å legge rette til den effektivitet som risikoprinsippet legger opp

³⁹⁵ Bello (2016) s. 32.

³⁹⁶ Duyne, Harvey og Gelemerova (2018b) s. 257.

³⁹⁷ Ibid.

³⁹⁸ FATF (2007) s. 2

til. På den ene siden må det vurderes i hvilken grad etablering av interne risikovurderinger og styringssystemer er egnet til å ivareta lovens formål og funksjon. For eksempel kan det være nødvendig med regelbaserte og spesifikke overordnede krav for å sikre at virksomheten har tilstrekkelige forutsetninger for å gjøre de nødvendige risikovurderingene. På den andre siden må det vurderes i hvilken grad detaljerte og spesifikke krav vil frata virksomhetene muligheten til å finne praktiske løsninger tilpasset deres egenart og dynamikk. Hvis de rapporteringspliktige pålegges for mange detaljkrav hvor det ikke er rom for risikovurderinger og skjønn kan det medføre mindre ressurser til å fokusere på de risikoene den konkrete virksomheten er eksponert for.

8.2.2 Selvregulering

Ved etterlevelsen av et regelbasert regelverk er pliktsubjektene sitt ansvar å følge de konkrete og spesifiserte reglene. De skal ikke vurdere hensiktsmessigheten eller effektiviteten av forpliktelsene, men rett og slett gjennomføre de tiltak den preskriptive reguleringen foreskriver.

Etter innføringen av risikoprinsippet er hovedansvaret for å bedømme risiko og handle ut fra risikovurderinger derimot flyttet til de rapporteringspliktige. Tradisjonelt offentlige oppgaver blir delt av offentlige og private aktører.³⁹⁹ Risikoprinsippet medfører med andre ord en overgang fra statlig detaljregulering til ganske utstrakt selvregulering for de rapporteringspliktige.⁴⁰⁰ Vurderingstemaet i det følgende er hva som begrunner selvreguleringen, hva selvreguleringen overordnet består i og hvordan ansvar skal fordeles.

Selvregulering har som utgangspunkt at de rapporteringspliktige vet sitt eget beste, og at de både har vilje og evne til å styre og kontrollere den risiko de er eksponert for.⁴⁰¹ Følgelig er tanken at de rapporteringspliktige er mest kompetente til å finne egnede løsninger innenfor lovens rammer.

Det er opp til hver enkelt rapporteringspliktig å undersøke egne sårbarheter og trusselbilder for å bedømme egen risikoeksponering, for så å iverksette tiltak som samsvarer med det aktuelle risikobildet. De rapporteringspliktige gis dermed et mulighetsrom til å tilpasse ressursbruk til behovet i egen virksomhet. De rapporteringspliktige vil også ha en

³⁹⁹ Bergström (2018) s. 37.

⁴⁰⁰ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 5.4.

⁴⁰¹ Lindøe (2015) s. 84.

egeninteresse i å håndtere risiko fordi de risikerer tap av både omdømme og kunder hvis det avdekkes at de har vært misbrukt til hvitvasking og terrorfinansiering uten å oppdage det eller forhindre det. For eksempel førte den tidligere nevnte mistanken mot DNB og det islandske fiskeselskapet at DNB-aksjen falt 6,4 prosent på en dag.⁴⁰² I saken er det verken dom for hvitvasking eller påvist at DNB ikke gjorde nok for å forhindre eller avdekke det.

Selvregulering krever imidlertid en gjensidig forståelse av risiko, roller og minstekrav mellom myndigheter og rapporteringspliktige. Det krever også en gjensidig forståelse av hvordan myndighetene og rapporteringspliktige utøver sine roller, hvordan lovens forpliktelser skal forstås (særlig risikoprinsippet) hvordan disse praktiseres og hvordan ansvar og myndighet er fordelt. Forholdet mellom offentlig myndighet og privat pliktsubjekt i en selvreguleringsprosess har følgende tre karakteristikk; (i) de er gjensidig avhengig og de forsøker å oppnå noe som de bare kan få til i fellesskap, (ii) beslutninger tas ved å bruke andre styringsvirkemidler enn dem som er basert på tradisjonell hierarkisk autoritet og makt, og offentlig myndighet og rapporteringspliktige må gjennom en felles risikoforståelse komme frem til egnede, men tilstrekkelige fleksible løsninger, og (iii) prosessen gjelder en planlagt og målrettet aktivitet som skal bidra til å oppnå et fastsatt formål.⁴⁰³

Som nevnt er mye av ansvaret for å forebygge og avdekke hvitvasking på grunnlag av risikovurderinger lagt til de rapporteringspliktige. Et sentralt spørsmål er hvor mye av ansvaret som skal og bør ligge hos henholdsvis det offentlige og de private.

Et regelverk som bygger på en selvreguleringstanke behøver ikke å medføre at alt ansvar legges på de enkelte pliktsubjektene. Hvorvidt de ulike risikovurderingene og risikobaserte tiltakene bør være et offentlig eller privat ansvar, avhenger av flere faktorer. På den ene siden ville det vært lite rasjonelt om hver enkelt måtte vurdere og håndtere alle risikoer som de ikke har kontroll over. For å trekke en analogi til et annet område ville det for eksempel vært ufornuftig og uegnet bruk av samfunnets ressurser å overlate til den enkelte å finne ut om mater de kjøper er helseskadelig eller ei, for eksempel ved å utstyre seg med egne laboratorier.⁴⁰⁴ På samme måte ville det vært uforholdsmessig ressurskrevende hvis det var

⁴⁰² Artikkel i E24, Aksjonær om DNB-etterforskning: – Viktig at ledelsen tar dette på alvor, 30. november 2019 (<https://e24.no/naeringsliv/i/g71rOk/aksjonaer-om-dnb-etterforskning-viktig-at-ledelsen-tar-dette-paa-alvor>, sist besøkt 14. mai 2020).

⁴⁰³ Lindøe (2018) s. 138.

⁴⁰⁴ Preben H. Lindøe, Jacob Kringen og Geir Sverre Braut, *Risiko og tilsyn: Risikostyring og rettslig regulering*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 16.

opp til hver enkelt virksomhet å vurdere risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering hvis de ikke hadde noe som helst overordnet informasjon. Myndighetene kan blant annet bidra med informasjon om andre lands etterlevelse av hvitvaskingsregelverket og kriminalitetsnivå, moduser for hvitvasking og terrorfinansiering og indikasjonsscenarioer.

Så langt det lar seg gjøre bør derfor myndighetene ta ansvar for å legge til rette for at de rapporteringspliktige har tilstrekkelig tilgjengelighet av ressurser til en effektiv regelbasert tilnærming. Myndighetene kan ta ansvar bidra med informasjon, veiledning og konkrete tilbakemeldinger.

8.3 Hvordan håndheve selvregulering?

Det er en utfordring i seg selv å håndheve forpliktelser som etter sin natur er vage fordi de er avhengige av pliktsubjektets risikovurderinger. Hvordan den risikobaserte tilnærmingen håndheves kan også ha betydning for hvordan de rapporteringspliktige velger å bruke det skjønnet og fleksibiliteten som følger av risikoprinsippet. Hvitvaskingsloven håndheves etter to spor, det sivilrettslige og det strafferettslige. For det første tilsynsmyndighetene adgang til å ilegge forvaltningsrettslige reaksjoner jf. §§ 47, 48 og 49. For det andre kan de rapporteringspliktige ilegges straff etter § 51.

For straff og inngrep fra myndighetene i borgernes rettssfære krever Grunnloven §§ 96 og 113 hjemmel i lov.⁴⁰⁵ Begge bestemmelsene oppstiller både et formelt og et materielt vilkår. Det formelle vilkåret er at straff eller inngrep må være forankret i lovvedtak av Stortinget. Det materielle vilkåret går ut på at straffen eller inngrepet må være tilstrekkelig beskrevet, og at lovbestemmelsens ordlyd være avgjørende ved rettsfastleggelsen. Loven må også være så presis som forholdene tillater. Dette begrenser muligheten til å tolke hjemmelsbestemmelser eller bestemmelser som pålegger borgere plikter, analogisk eller utvidende med grunnlag i forarbeidene eller på grunnlag av formålsbetraktninger eller andre reelle hensyn.⁴⁰⁶ Legalitetsprinsippet er videre begrunnet i hensynet til forutberegnelighet og skal legge til rette for at den enkelte skal kunne treffe rasjonelle valg.⁴⁰⁷

Etter hvvl. § 49 har tilsynsmyndighetene hjemmel til å ilegge den rapporteringspliktige overtredelsesgebyr ved brudd på en rekke av handlepliktene i hvitvaskingsloven. RR s. 451:

⁴⁰⁵ Lov 17. mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov.

⁴⁰⁶ Skoghøy (2018) s. 55.

⁴⁰⁷ Rt. 2014 s. 1105 A avsnitt 26.

Overtredelsesgebyret har et pønalt formål og anses som straff etter EMK artikkel 6.⁴⁰⁸ Dermed kommer visse av de rettssikkerhetsgarantier som følger av artikkelen til anvendelse. De administrative reaksjonene ikke anses imidlertid ikke som straff etter nasjonal rett. Uavhengig av karakteristikkk kan reaksjonene kunne ramme de rapporteringspliktige hardt. Etter § 49 femte ledd kan overtredelsesgebyrene komme opp på 44 millioner kroner. I tillegg risikerer de rapporteringspliktige omdømmetap ettersom sanksjonene og begrunnelsen for sanksjonene offentliggjøres.⁴⁰⁹

Det kan ilegges overtredelsesgebyr for rekke av både de mer risikobaserte og de mer regelbaserte forpliktelsene. Utfordringen opp mot legalitetsprinsippet oppstår imidlertid først og fremst når risikobaserte handleplikter kan møtes med en pønalt sanksjon.

Blant annet risikerer de rapporteringspliktige overtredelsesgebyr for overtredelse av hvvl. § 6 – bestemmelsen som angir risikoprinsippet som utgangspunkt for lovens øvrige forpliktelser. Bestemmelsen legger opp til en fleksibilitet ved praktiseringen av lovverket for å tilpasse ressursbruk etter konkret identifisert risiko. Bestemmelsen angir følgelig en funksjon som skal legges til grunn ved de øvrige forpliktelsene og ingen konkret handleplikt.

I tillegg er lovens krav til virksomhetsinnrettet risikovurdering og rutiner etter henholdsvis §§ 7 og 8 underlagt sanksjonstrusselen. Disse bestemmelsene angir overordnede, vage og upresise forpliktelser som også kan sies å være funksjonsbasert.

Spørsmålet er hva som innebærer en overtredelse av disse overordnede og risikobaserte forpliktelsene. I utgangspunktet må det sies å være forutberegnelig at en rapporteringspliktig som ikke har verken en virksomhetsinnrettet risikovurdering eller rutiner å vise til kan ilegges overtredelsesgebyr. Imidlertid foreskriver ordlyden i § 49 «har overtrådt» at enhver overtredelse kan sanksjoneres. At ordlyden også skal forstås slik har vært et bevisst valg fra departementets side⁴¹⁰ For eksempel viser begrunnelsen for overtredelsesgebyret på 18 millioner som Komplett Bank ASA ble ilagt at de hadde både risikovurderinger og rutiner. Finanstilsynet fant imidlertid at risikovurderingene var utilstrekkelige og rutinene ikke hadde

⁴⁰⁸ Prop. 62 L (2015-2016) s. 81.

⁴⁰⁹ Se Finanstilsynets vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr 28. juni 2019 hvor Santander Consumer Bank AS ilagt et overtredelsesgebyr på 9 millioner kroner og Finanstilsynets vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr 3. juli 2019 ble Komplett Bank ASA ilagt et overtredelsesgebyr på 18 millioner kroner.

⁴¹⁰ Prop. 40 L (2017-2018) s. 159-160.

tilstrekkelige beskrivelser for innhenting av opplysninger om midlenes opprinnelse for kunder underlagt forsterkede kundetiltak.⁴¹¹ Selv om reaksjonen også var begrunnet i flere forhold, viser saken at unnlattelse av overordnede, vage og risikobaserte forpliktelser kan sanksjoneres etter tilsynsmyndighetenes egne vurderinger. Dette er problematisk opp mot legalitetsprinsippet i grl. § 113 som nettopp skal forhindre slike uklare inngrepshjemler, samt muligheten for lite forutberegnelige inngrep fra myndighetene.

Etter hvvl. § 51 kan rapporteringspliktige også straffes for overtredelse av en rekke av hvitvaskingslovens handleplikter. Hvitvaskingslovutvalget foreslo at adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr skulle være en tilstrekkelig pønalt reaksjon for overtredelse av hvitvaskingsloven og at straff var et uegnet og uproporsjonalt virkemiddel å ha i tillegg.⁴¹² Likevel valgte departementet å foreslå straffehjemmel etter hvitvaskingsloven fordi det var straffehjemmel i den forrige loven og viste til at å avkriminalisere brudd på hvitvaskingsloven kunne gi uheldige signaler til omverdenen.⁴¹³

Hvvl. § 51 kriminaliserer i stor grad også unnlattelse av å gjennomføre svært vage og funksjonsbaserte handleplikter.⁴¹⁴ For eksempel er overtredelse av plikten til å gjennomføre løpende oppfølging av kundeforhold etter § 24 kriminalisert. Den løpende oppfølgingen er som konkludert ovenfor i stor grad basert på risikoprinsippet, og følgelig de rapporteringspliktiges egne vurderinger.⁴¹⁵ Tilsvarende som for sanksjonstrusselen i § 49, oppstiller ordlyden i § 51 at enhver overtredelse kan straffes.

Ved tolkingen av § 24 og øvrige straffebud som er kriminalisert i § 51, må det imidlertid legges vekt på at legalitetsprinsippet i Grl. § 96 oppstiller et strengere lovkrav for straffetrusler enn for inngrepshjemler i Grl. § 113. Videre har Høyesterett har slått fast vidt formulerte straffebestemmelser må tolkes med varsomhet, særlig i det nedre sjikt av hva som rammes med henvisning til legalitetsprinsippet.⁴¹⁶

Selv om straffesanksjonen etter § 51 i utgangspunktet er bøter og fengselsstraff bare kan ilegges ved «særlig skjerpene omstendigheter» og dermed ofte vil kunne resultere i samme

⁴¹¹ Finanstilsynets vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr 3. juli 2019 s. 3-4.

⁴¹² NOU 2016:27 s. 164-165.

⁴¹³ Prop. 40 L (2017-2018) s. 155.

⁴¹⁴ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 51 punkt 2.1.1.

⁴¹⁵ Se avhandlingens punkt 6.5.1.

⁴¹⁶ Se blant annet Rt. 2005 s. 1628 avsnitt 16 og Rt. 2014 s. 786 avsnitt 14.

kvantitative reaksjon som overtredelsesgebyr, er straffetrusselen mye mer inngripende. For det første er straff samfunnets sterkeste reaksjon mot uønsket adferd og dermed mer stigmatiserende. For det andre har de rapporteringspliktige ikke mulighet til å forsikre foretaket eller ansatte mot ileggelse av straff, som det motsetningsvis er mulig å gjøre for overtredelsesgebyrer.⁴¹⁷

I tillegg sanksjons- og straffetruslene etter hvitvaskingsloven kommer straffetrusselen etter straffeloven. Terskelen for å komme i straffeansvar etter straffeloven er også svært lav. Etter straffeloven §§ 335 og 340 er ubevisst og uaktsom befatning med utbytte fra straffbar handling er også kriminalisert. Det vil eksempelvis være tilfellet hvis vedkommende utnyttes og lures til å hvitvaske. I de aller fleste tilfeller er dette som er tilfellet når finansinstitusjoner har overtrådt hvitvaskingsloven.⁴¹⁸ Videre er straffansvaret for foretak er objektivt i form av at det ikke kreves at enkeltpersoner har utvist skyld, jf. straffeloven § 27.⁴¹⁹

Følgelig er de rapporteringspliktige underlagt vage, vidtgående og alvorlige straffe- og sanksjonstrusler. Det kan stilles spørsmål om dette er egnet til å fremme en effektiv risikobasert tilnærming over en fokus på teknisk etterlevelse. Denne problemstillingen, sammen med problemstillingene ved kombinasjonen og balansen mellom regel- og risikobasert fordrer en nærmere vurdering av om regelverket oppfyller regelverkets og risikoprinsippets formål og funksjon, samt hvilke implikasjoner som kan oppstå grunnet disse problemstillingene.

8.4 Utsiktede implikasjoner av risikoprinsippet

8.4.1 Innledende bemerkninger

Hvitvaskingslovens formål er å forebygge og avdekke hvitvasking. For å oppnå dette formålet har regelverket som funksjon å motvirke risiko. Herunder er en sentral funksjon at de rapporteringspliktige skal bidra til etterretningsinformasjon til myndighetene.

Risikoprinsippet foreskriver også en effektiv og proporsjonal ressursbruk.

Samtidig medfører graden av selvregulering som ligger i den risikobaserte tilnærmingen at de rapporteringspliktige pålegges et stort ansvar og det stilles høye krav til forståelse og

⁴¹⁷ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 51 punkt 2.2.

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ Det kan imidlertid stilles spørsmål om det rent objektive straffansvaret i § 7 er i strid med EMK artikkel 7, jf. Jon Petter Rui, «Fra menneskerettighetsdomstolen: G.I.E.M. og andre mot Italia. Ingen straff uten skyld (nulla poena sine culpa)», *Tidsskrift for Strafferett* 2018 s. 202-215.

kunnskap. I tillegg fører flere av de detaljerte og regelbaserte forpliktelsene i regelverket at etterlevelsen er ressurskrevende både med hensyn til tid og kostnader. Fremstillingen har så langt vist at på flere områder går hvitvaskingsloven lengre i å være regelbasert, samtidig som at myndighetene tar mindre ansvar enn hva direktivet og FATF foreskriver.

For det første kan disse utfordringene føre til at de rapporteringspliktige søker å unngå risiko isteden for å motvirke den på en måte som bidrar til etterretningsinformasjon og finansiell inkludering. Denne utilsiktede implikasjonen av risikoprinsippet har ført til store diskusjoner internasjonalt og har blitt tillagt navnet «de-risking». Denne utilsiktede implikasjonen behandles nærmere i punkt 8.4.2.

For det andre kan de føre til at de rapporteringspliktige vegrer seg for å følge risikoprinsippet. I stedet for å følge risikoprinsippet kan utfordringene føre til at de rapporteringspliktige heller overoppyller de krav som stilles («goldplating»), og at de anvender en for lav terskel for å rapportere slik at EFE ender opp med uoversiktlig, mangelfull og unyttig etterretningsinformasjon. Slike implikasjoner vil også være uheldig i form av overdreven og uriktig ressursbruk hos rapporteringspliktige, noe som ikke er i samsvar med risikoprinsippet. I det følgende vil det vurderes om disse implikasjonene er en trussel som kan forhindre at regelverket oppfyller sitt formål og sin funksjon.

8.4.2 De-risking

Det kan argumenteres med at det er lettere for en rapporteringspliktig å unngå risikoen for å bli sanksjonert eller straffet, enn å håndtere risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering. Allerede ved FATFs første veiledningsdokument i 2007 om den risikobaserte tilnærmingen pekte de på at en for ivrig innsats for å motvirke risikoene kan være skadelig og virke kontraproduktivt, samt virke mot allmenhetens interesser ved å begrense tilgangen til finansielle tjenester for deler av befolkningen.⁴²⁰

I den internasjonale litteraturen har flere forfattere pekt på at økningen av flere regulatoriske krav for de rapporteringspliktige kan virke mot sin hensikt i kampen mot hvitvasking og terrorfinansiering, da det kan gi insentiver til å unngå risiko framfor å håndtere den.⁴²¹

⁴²⁰ FATF (2007) s. 16.

⁴²¹ Mohammed Ahmad Naheem, «Money laundering: A primer for banking staff» *International Journal of Disclosure and Governance*, nr. 13 (2016) s. 135-156 på s. 139 med videre henvisninger.

I ESA-enes «joint opinion» om hvordan EUs finansmarkeder påvirkes av risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering fremheves rapporteringspliktiges håndtering av risiko og finansiell ekskludering som en utfordring.⁴²² På grunn av den indre sammenhengen i EUs finansmarked, kan slike svakheter utsette hele EUs finansmarked for større risiko. Når kundeforhold med høy risiko avvises og avvikles kan det føre til at disse kundene bruker mer uformelle eller uregulerte kanaler for deres økonomiske behov. Det medfører at kundene og transaksjonene ikke innrapporteres eller kan spores, og følgelig vanskeliggjøres avdekking og forebygging av hvitvasking og terrorfinansiering.⁴²³ Det kan også føre til at enkelte kundegrupper ekskluderes fra tilgang til grunnleggende finansielle behov.⁴²⁴

Fenomenet ved avvisning og avvikling av kunder på grunn av risiko kalles internasjonal for «de-risking».⁴²⁵ Et eksempel på «de-risking» finner vi hos en av de større bankene i Danmark. I fjor tok Jyske Bank beslutningen om å avvise alle juridiske kunder som ikke har revisor på grunn av at det medførte en høyere risiko for hvitvasking.⁴²⁶ Banken kunne valgt å gjennomføre forsterkede kundetiltak for å motvirke risikoen ved at kunden ikke har revisor. Forsterkede kundetiltak medfører imidlertid høye kostnader, og ettersom virksomheter uten revisor typisk er mindre foretak, vil fortjenesten trolig være lav.⁴²⁷

Det er slik ubetinget unngåelse av risiko som er den største bekymringen ifølge FATF. Overordnet legges det til grunn at en risikobasert tilnærming ikke skal føre til «indiscriminate de-risking», hvor hele grupper av kunder og sektorer ekskluderes for å unngå risiko. Derimot kan «targeted de-risking» finne sted etter en konkret vurdering hvor risikoen er for høy og ikke kan proporsjonalt motvirkes.⁴²⁸ ESA-ene viser også til at i tilfeller hvor risikoen er særlig høy kan den rapporteringspliktige enten iverksette ytterligere kundetiltak for å håndtere risikoen eller etter nærmere vurderinger konkludere med at kundeforholdet ikke samsvarer

⁴²² ESAs, *Joint Opinion of the European Supervisory Authorities on the risks of money laundering and terrorist financing affecting the European Union's financial sector*, 2019 s. 25.

⁴²³ Ibid.

⁴²⁴ FATF, *FATF 30 Years (1989-2019)*, Paris 2019 s. 55.

⁴²⁵ Vijaya Ramachandran, Matthew Collin og Matt Juden «De-risking: An Unintended Negative Consequence of AML/CFT Regulation» i Collin King, Clive Walker, Jimmy Gurulé (red.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*, Cham 2018 s. 238.

⁴²⁶ Artikkel på finans.dk, Jyske Bank afviser kunder uden revisor, 1. mars 2019 (<https://finans.dk/finans2/ECE11221254/jyske-bank-afviser-kunder-uden-revisor/?ctxref=ext>, sist besøkt 25. mai 2020).

⁴²⁷ Rose (2019) s. 10-11.

⁴²⁸ Ibid.

med den rapporteringspliktiges risikoappetitt.⁴²⁹ Følgelig legges det opp til at de rapporteringspliktige kan si opp kundeforhold med henvisning til at de ikke kan håndtere risikoen etter en proporsjonal ressursbruk.⁴³⁰

Forarbeidene til hvitvaskingsloven gir anvisning på en mindre nyansert mulighet til å avvise og avvikle kundeforhold ved høy risiko. Det legges til grunn at «rapporteringspliktige har ikke adgang til på generelt grunnlag å avvise kunder som innebærer en høyere risiko for hvitvasking og terrorfinansiering. Rapporteringspliktige har i stedet en plikt til å gjennomføre forsterkede kundetiltak».⁴³¹ På bakgrunn av uttalelsene i forarbeidene peker på Rui, Ringen og Rørholt på at avvisning eller avvikling av kundeforhold ikke kan hjemles i hvitvaskingsloven.⁴³² De viser til at rapporteringspliktige likevel kan ha en legitim grunn for å avvise og avvikle kundeforhold på grunn av risiko. Som nevnt ovenfor er terskelen for å komme i straffeansvar i forbindelse med hvitvasking etter straffeloven svært lav, og konsekvensene for omdømmet kan være prekære. Følgelig legger forfatterne til grunn at rapporteringspliktige kan med saklig grunn avvise og avvikle kundeforhold men henvisning til å unngå å komme i straffeansvar etter straffelovens vidtgående kriminalisering av hvitvaskingshandlingene eller hensynet til eget omdømme.⁴³³

Imidlertid må det legges til grunn at i mange av tilfellene hvor de rapporteringspliktige ønsker å avvise eller avvikle kundeforhold på grunn av høy risiko er dette reelt sett begrunnet i ønsket om å unngå sanksjons- og straffeansvar etter hvitvaskingsloven fordi de ikke klarer å motvirke risikoen tilstrekkelig. Henvisningene til behovet for å unngå straffeansvar og omdømmehensyn er så vide begrunnelsen at de kan brukes til ethvert ønske om å unngå risiko. Dette kan føre til en omgåelse av utgangspunktet om at de rapporteringspliktige skal håndtere og ikke unngå risiko – i alle fall så langt det lar seg gjøre etter de proporsjonalitetsbegrensninger risikoprinsippet foreskriver.

Hvis avvikling og avvisning av kundeforhold som reelt sett er begrunnet i hvitvaskingsloven, bør dette kunne gjøres med henvisning til hvitvaskingsloven og forpliktelsen til å håndtere

⁴²⁹ ESAs (2020) s. 60 punkt 4.64 bokstav c.

⁴³⁰ Tilsvarende Pierpaolo Fratangelo «The CDD Obligations Following a Risk-Based Approach» i Domenico Siclari (red.), *The New Anti-Money Laundering Law: First Perspectives on the 4th European Union Directive*, Palgrave 2016 s. 21.

⁴³¹ Prop. 40 L (2017-2018) s. 90.

⁴³² Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar § 1 punkt 2.3.

⁴³³ Ibid.

risiko. Det vil gi større insentiver til å vurdere tiltaket opp mot hensynene til finansiell inkludering og forbudet mot diskriminerende de-risking som regelverket foreskriver. Det gir også større muligheter for å gi retningslinjer i forbindelse med problemstillingene i nasjonale veiledende dokumenter og veiledninger fra tilsynsmyndighetene.

Hvis kundene avvises eller avvikles med hjemmel i hvitvaskingslovens krav til å håndtere risiko kan man for eksempel oppstille regler som at man først skal vurdere å tilby begrensede tjenester, og at avvisning og avvikling bør reguleres i rutinene. Da har tilsynsmyndighetene mulighet til å kontrollere at de rapporteringspliktige har begrunnede vurderinger for hva som utgjør høyere risiko enn de klarer å håndtere. Videre er det avgjørende for at høy risiko behandles likt uavhengig av fortjeneste og andre forhold som kan medføre usaklig forskjellsbehandling av kunder med lavt inntektsgrunnlag og ressurser. Internasjonalt er det pekt på at de-risking har gått særlig ut over svakere kundegrupper.⁴³⁴ At avvisning og avvikling av kundeforhold bør kunne forankres i kravet til å håndtere risiko etter § 8 innebærer ikke at det skal være enklere å si opp eller avvikle kundeforhold – det bare gir bedre muligheter til å regulere slik at de kryssende hensyn blir hensyntatt og vurdert.

8.4.3 «Gold-plating» og overrapportering

De rapporteringspliktige skal følgelig helst ikke unngå risiko, men hva gjør de når de ikke har forutsetninger eller vet hvordan de skal håndtere risiko? Risikoprinsippet er som avhandlingen så langt har vist – utfordrende. Enda mer utfordrende og usikkert kan det være å dokumentere for tilsynsmyndighetene at man har håndtert risiko tilstrekkelig.⁴³⁵ Som et resultatet av disse utfordringene kan det oppstå insentiver for å heller overoppfylle forpliktelsene («gold-plating»)⁴³⁶ Det gjelder særlig når risikoen de rapporteringspliktige løper er å bli ilagt strenge forvaltningssanksjoner og straff med vide og vage hjemmelsgrunnlag.

Fenomenet «gold-plating» beskriver en praksis hvor etterlevelsen går lengre enn hva som kreves og er nødvendig.⁴³⁷ I en undersøkelse fra 2015 utført av Association of Certified Anti-Money Laundering Specialists og Dow Jones, svarte 62% av respondentene økte regulatoriske forventninger var den største utfordringen i forbindelse med regelverket som

⁴³⁴ Ramachandran, Collin og Juden (2018) s. 261.

⁴³⁵ Van Duyne, Harvey og Gelemerova (2018b) s. 275.

⁴³⁶ Tilsvarende Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 6 punkt 8.

⁴³⁷ Melanie Smith, *Challenges in the implementation of EU Law at national level*, Brussel 2018, s. 9.

organisasjon deres sto overfor.⁴³⁸ Når forventningene økes, men ikke tydeliggjøres, kan det føre til at det gjøres mer enn nødvendig i forsøk på å innfri de uklare forventningene.

En uheldig kombinasjon av risikobaserte og regelbaserte tilnærminger kan også medføre at skjønsmessige helhetsvurderinger blir standardisert for å kunne vise tilsynsmyndighetene at de etterlever reglene ekstra godt. Som eksempel kan det vises til forpliktelsene i forbindelse med identifisering av reelle rettighetshavere etter § 14. Det er utbredt blant rapporteringspliktige at de legger til grunn at eierskap på mer enn 25 % automatisk leder til at personer blir registrert som reell rettighetshaver.⁴³⁹ Det er trolig forankret i et ønske om å kunne vise tilsynsmyndighetene at man har avdekket alle reelle rettighetshavere i kundene og en ekstra god etterlevelse. En slik fremgangsmåte er imidlertid uheldig. Som vist i punkt 6.4.5 medfører en regelbasert tilnærming til reelle rettighetshavere at et ganske stort antall personer som ikke utøver kontroll over kunden, blir registrert som reelle rettighetshavere. Videre er det problematisk ut fra lovens formål konsekvent ikke å anse personer som eier under 25 % som reelle rettighetshavere i situasjoner med høy risiko for hvitvasking og terrorfinansiering.⁴⁴⁰

Et annet eksempel er at utfordringene ved en risikobasert tilnærming kan medføre at rapporteringspliktige velger å ikke benytte seg av forenklede kundetiltak og setter flere kunder under forsterkede kundetiltak enn hva loven og risikobildet gir grunnlag for. En slik tilnærming er ikke i tråd med risikoprinsippets effektivitets- og proporsjonalitetsmål. Særlig hvis de rapporteringspliktige er usikker på hva tilsynsmyndighetene forventer av dem og i hvilken grad de godtar de konkrete risikovurderingene kan overopplyllelse være en slags forsvarsmekanisme for å unngå straff og sanksjoner.⁴⁴¹

Et annet fenomen som har en side til «goldplating» er overrapportering. En av begrunnelsene for overgangen til den risikobaserte tilnærmingen var nettopp å ta tak i problemene med overrapportering.⁴⁴² Generering av store mengder ubrukelig informasjon fra de rapporteringspliktige var i utgangspunktet assosiert med den regelbaserte tilnærmingen.⁴⁴³

⁴³⁸ Dow Jones, '2015 Global Anti-Money Laundering Survey Results: Detailed Report' Presentation (March 2015) <http://images.dowjones.com/company/wp-content/uploads/sites/15/2015/03/Dow-Jones-ACAMS-AML-Survey-2015.pdf> accessed 20 December 2016.

⁴³⁹ Rui, Ringen og Rørholt (2020) kommentar til § 14 punkt 2.3.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ Iafolla (2018) s. 101.

⁴⁴² Van Duyne, Harvey og Gelemerova (2018b) s. 257.

⁴⁴³ Stuart Ross og Michelle Hannan, «Money laundering regulation and risk-based

Likevel har det på internasjonal basis blitt observert en økning av mistenkelig transaksjonsrapporter, uten at det har vært tilsvarende økning i avdekket kriminalitet på bakgrunn av disse.⁴⁴⁴ Ettersom rapporteringspliktige risikerer sanksjoner ved manglende rapportering, og ikke ved uhensiktsmessig overrapportering, har det resultert i et utilsiktet intensiv til å rapportere over en lav sko for å være på den sikre siden. Flere forfattere bemerker at disse selvforsvarshandlingene overfører risikoen og ansvaret tilbake til myndighetene, i motsetning til hva som var tanken bak den risikobaserte tilnærmingen.⁴⁴⁵ En særlig utfordring er at de norske rapporteringspliktige som utgangspunkt ikke får tilbakemelding på de innsendte rapportene. Dermed har de dårligere forutsetninger for å forbedre rapporteringsrutinene enn hvis de hadde fått tilbakemeldinger på kvaliteten av rapportene og om mistankene i større eller mindre grad stemmer. Samtidig forventer tilsynsmyndighetene et minimum antall rapporter basert på virksomhetens størrelse. Det gir insentiver til å rapportere på lavere grunnlag enn hva loven og de faktiske mistankene tilsier.

Overrapportering er problematisk fordi når EFE mottar rapporter fra de rapporteringspliktige, er det et underliggende premiss for den videre behandlingen at rapporten er sendt på grunnlag av en risikovurdering og en konkret mistanke.⁴⁴⁶ Hvis vurderingen som ligger til grunn for rapporten og hvis det ikke foreligger objektive holdepunkter for mistanke, vil materiale gi EFE et dårlig grunnlag for det videre analysearbeidet.

Overopplyselse som ikke forankres i risikovurderinger fører følgelig til en uriktig og uheldig ressursbruk hos de rapporteringspliktige. Videre fører overopplyselse i form av overdreven innrapportering uten tilstrekkelig grunnlag til en uhensiktsmessig ressursbruk både hos de rapporteringspliktige og hos EFE. Disse implikasjonene oppstår først og fremst av en ubevisst holdning til balansen mellom risikobaserte og regelbaserte tilnærminger, samt utilstrekkelig samhandling og forståelse mellom private og offentlige aktører.

decision-making» *Journal of Money Laundering Control*, nr. 10 2007 s. 106-115 og Lucia Dalla Pellegrina og Donato Masciandaro, «The risk-based approach in the new European anti-money laundering legislation: A law and economics view» *Review of Law and Economics*, nr 5 2009 931-952.

⁴⁴⁴ Van Duyne, Harvey og Gelemerova (2018b) s. 198.

⁴⁴⁵ Iafolla (2018) s. 101 og Oldrich Bures «EU Measures to Combat Terrorist Financing» i Collin King, Clive Walker, Jimmy Gurulé (red.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law* (Cham 2018) s. 870 og Bello (2016) s. 123.

⁴⁴⁶ Rui (2012) s. 240.

9 Avsluttende betraktninger

Avhandlingen har vist at den risikobaserte tilnærmingen på flere måter er en utfordrende måte å regulere private aktører for å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering. Det kan være utfordrende å kartlegge funksjonen av og innholdet i risikoprinsippet, det fordrer et samarbeid mellom offentlig og privat, håndhevelsen er utfordrende og prinsippet kan ha uønskede implikasjoner. Det økonomiske systemet er så sammensatt, at ethvert forsøk på å påvirke systemene i den ene eller andre retningen vil få utilsiktede konsekvenser.⁴⁴⁷

Likevel må den risikobaserte tilnærmingen anses å være den beste løsningen. Det åpner for et fleksibelt og dynamisk regelverk hvor tilgjengelige ressurser brukes optimalt.⁴⁴⁸ De rapporteringspliktige har de beste forutsetningene for å vurdere risikoene i egen virksomhet, og selvreguleringen medfører at de involveres for å oppnå et viktig formål på en tydeligere måte.⁴⁴⁹ Det gir også tilsynet og øvrige myndigheter muligheter til å fordele sine ressurser mer hensiktsmessig. Blant annet kan tilsynsmyndighetene evaluere reell effektivitet ved etterlevelsen isteden for kun tekniske forpliktelser.

Den risikobaserte løsningen må derfor sies å være mer hensiktsmessig enn den regelbaserte. Et effektivt risikoprinsipp fordrer imidlertid en balanse og et samarbeid mellom det offentlige og det private. For at regelverket skal oppnå de selvreguleringsfunksjoner som er ønskelig, må myndighetene tilrettelegge for en hensiktsmessig selvregulering. Utfordringer og negative implikasjoner av risikoprinsippet oppstår når man ikke er bevisst på risikoprinsippets funksjon. Dette kan i stor grad unngås ved å ta i betraktning følgende tre forhold:

For det første må den regelbaserte forpliktelser forsiktig balanseres med risikoprinsippet. Hvis myndighetene i tillegg til risikoprinsippet innfører en rekke ressurskrevende og detaljerte forpliktelser uten god grunn vil trolig risikoprinsippet bli mindre effektivt. De konkrete og foreskrivende forpliktelsene er enklest for tilsynsmyndighetene å overprøve og vil derfor prioriteres i første rekke, nesten uavhengig av reell risiko. Andre og viktigere mål som kan være mer diffuse nedprioriteres fordi de er utfordrende å dokumentere for tilsynsmyndighetene.⁴⁵⁰ For å innføre strengere og mer tekniske forpliktelser enn hva som

⁴⁴⁷ Ramachandran, Collin og Juden (2018) s. 237.

⁴⁴⁸ Fratangelo (2016) s. 22.

⁴⁴⁹ Se tilsvarende Rui, Ringen og Rørholt (2020) kommentar til § 6 punkt 8.

⁴⁵⁰ The Wolfsberg Group, Statement on Effectiveness: Making AML/CTF Programmes more effective, 19. desember 2019, (<https://www.wolfsberg->

følger av direktivet, bør det påvises et klart behov nasjonalt. Dette forsterkes av at flere rapporteringspliktige må forholde seg til flere lands hvitvaskingslovgivning.⁴⁵¹ For dem vil særnorske løsninger medføre et særlig merarbeid, og slike løsninger bør følgelig begrunnes i viktige hensyn og nasjonale risikofaktorer.

For det andre må det legges til rette for de proporsjonalitetsbegrensningene risikoprinsippet foreskriver. Regelverket gir uttrykk for at proporsjonalitetsbetraktninger er viktige, mens loven konkrete forpliktelser i mindre grad åpner for å lempe til tiltakene. For virksomheter som har lite tilgjengelige ressurser kan lovens ufravikelige krav virke uhåndterlig.

Tilsynsmyndighetene må derfor hensynta virksomhetenes hensiktsmessige risikovurderinger og rutiner, selv om de ikke har forutsetninger til å oppdage og undersøke alle forhold. En annen tilnærming vil oppfordre til å unngå risiko framfor å håndtere den.

For det tredje må man finne en riktig balanse mellom myndighetenes og de rapporteringspliktiges ansvar. Selv om risikoprinsippet innebærer en forskyvning av ansvar fra myndighetshold til pliktsubjekter, bør ikke de rapporteringspliktige pålegges mer ansvar enn hva som er nødvendig for at de skal gjennomføre en effektiv risikobasert tilnærming.⁴⁵² Myndighetene har mulighet til å ta et større ansvar på fire følgende områder.

Først og fremst må myndighetene gi objektiv og god informasjon om nasjonal risiko. Myndighetene bør ikke skal komme med så detaljerte retningslinjer at det hindrer at risikovurderinger blir konkret og individuelt utformet.⁴⁵³ Likevel bør den nasjonale risikovurderingen ta opp mer avanserte hvitvaskingsrisikoer, gi statistisk informasjon og tilpasse seg EUs risikovurderinger. Da vil de rapporteringspliktige ha bedre forutsetninger for en effektiv implementering av risikoprinsippet.

En annen måte myndighetene kan ta ansvar er ved tilbakemeldinger. Hvis det prioriteres å i større grad gi tilbakemeldinger på de innsendte rapportene vil det kunne lette arbeidet for de rapporteringspliktige. Det vil føre til bedre forutsetninger for å vurdere risiko og forbedre

principles.com/sites/default/files/wb/pdfs/Effectiveness%201%20piger%20Wolfsberg%20Group%20019%20FINAL_Publication.pdf, sist besøkt 20. mai 2020).

⁴⁵¹ Rui, Ringen og Rørholt (upublisert) kommentar til § 13 punkt 4.1.

⁴⁵² Fratangelo (2016) s. 22-23.

⁴⁵³ Prop. 40 L (2017-2018) s. 55.

informasjonen som gis, samt at det kan ha en effekt hvor de rapporteringspliktige føler større inkludering i bekjempelsen av hvitvasking og terrorfinansiering.

Et tredje ansvar myndighetene kan ta er å tydeliggjøre forventningene fra tilsynsmyndighetene, være tydelig på tilsynsmyndighetenes risikoforståelse og ha risikobaserte tilsyn. I arbeidet med blant annet kundetiltak stilles rapporteringspliktige overfor flere handlingsalternativer når regelverket gir anvisning på skjønsmessige avveininger. Tilsynsmyndighetene må være bevisst på at de vide og strenge sanksjonshjemlene kan føre til at de rapporteringspliktige vegrer seg for å implementere en skreddersydd regelbasert tilnærming. Finanstilsynets någjeldende veiledning gir nyttige retningslinjer, men det er fortsatt behov for ytterligere avklaring, særlig knyttet til reelle rettighetshavere. Et sentralt poeng er at tilsynsmyndighetene bør skape forståelse og kunnskap, ikke frykt.

Et fjerde ansvarsområde som kan ligge til myndighetene uten å gå utover den risikobaserte tilnærmingen er bidrag til å lette de rapporteringspliktiges arbeid med de mer regelbaserte forpliktelsene. I Danmark er det blant annet opprettet et nasjonalt PEP-register, hvor det danske finanstilsynet tar ansvar for å oppdatere hvem som anses som politisk eksponerte personer nasjonalt.⁴⁵⁴ Myndighetene har i utgangspunktet like gode forutsetninger for å vurdere hvem som skal underlegges PEP-status og ved å ta et slikt ansvar vil man hjelpe de rapporteringspliktige å frigjøre ressurser til risikohåndtering.

Med en mer balansert ansvarsfordeling får de rapporteringspliktige frigjort ressurser, samt insentiver til en risikobasert tilnærming. Hvis man gir de rapporteringspliktige anledning og oppfordring til å prioritere høy risiko over detaljere og til dels uhensiktsmessige preskriptive forpliktelser og forventninger, blir behovet for å unngå risiko mindre. Med en tydelig vurdering av hensiktsmessig risikobasert implementering og effektivitet av tiltakene gjør også insentivene til overoppfyllelse og overrapportering seg mindre gjeldende.

Gjennom samhandling basert på kunnskapsdeling, risikobasert selvregulering og en balanse av tillitt og kontroll kan rapporteringspliktige og offentlige myndigheter samarbeide for å effektivt forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering.

⁴⁵⁴ Jf. hvidvaskloven § 18 syvende ledd.

Referanseliste

Lover og forskrifter

Norge

- | | |
|---------------------|--|
| 1814 | Lov 17. mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov |
| 1992 | Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven) |
| 1998 | Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. |
| 1999 | Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven). |
| 2005 | Lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven) |
| 2009 | Lov 6. mars 2009 nr. 11 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (opphevet) |
| 2009 | Forskrift 13. mars 2009 nr. 302 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. |
| 2018 | Lov 1. juni 2018 nr. 23 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven) |
| FOR-2018-09-14-1324 | Forskrift om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsforskriften) |

Danmark

2020 Lov 2. april 2020 nr. 380 om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven)

USA

Bank Secrecy Act 1970 The Financial Record-Keeping and Reporting of Currency and Foreign Transactions Act (Bank Secrecy Act), 1970

Internasjonale konvensjoner, traktater og direktiver

Konvensjoner og traktater

Wienkonvensjonen (1988) United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Vienna 1988

TFEU The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390

Europarådskonvensjonen Europarådet, Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the proceeds from Crime. CETS No. 141, i kraft 1. september 1993

EU direktiver, forordninger mv.

Direktiv 91/308 EUs rådsdirektiv 91/308/EØF av 10. juni 1991 om tiltak for å hindre at det finansielle system brukes til hvitvasking. (Første hvitvaskingsdirektiv)

Direktiv 2003/38 Rådsdirektiv 2003/38/EF av 13. mai 2003 om endring av direktiv 78/660/EØF om årsregnskapene for vise

selskapsformer med hensyn til beløp som er uttrykt i euro.
(Fjerde selskapsdirektiv)

Direktiv 2005/60

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/60/EF av 26. oktober 2005 om forebyggende tiltak mot bruk av det finansielle system til hvitvasking av penger og finansiering av terrorisme. (Tredje hvitvaskingsdirektiv)

Forordning 1093/2010

Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 1093/2010 av 24. november 2010 om opprettelse av en europeisk tilsynsmyndighet (Den europeiske banktilsynsmyndighet), om endring av beslutning nr. 716/2009/EF og om oppheving av kommisjonsbeslutning 2009/78/EF

Direktiv 2015/849

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2015/849 av 20. mai 2015 om forebyggende tiltak mot bruk av det finansielle systemet i forbindelse med hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme. (Fjerde hvitvaskingsdirektiv)

Direktiv 2018/843

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2018/843 av 30. mai 2018 om endring av direktiv (EU) 2015/849 om forebyggende tiltak mot bruk av det finansielle system av penger eller finansiering av terrorisme, og om endring av 2009/138/EF og 2013/36/EU (Femte hvitvaskingsdirektiv)

Direktiv 2018/1673

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2018/1673 av 23. oktober 2018 om strafferettslig bekjempelse av hvitvasking av penger. (Sjette hvitvaskingsdirektiv)

Forarbeider, offentlige dokumenter, rundskriv, retningslinjer, rapporter mv.

Norge

Forarbeider og veiledninger

Ot.prp. nr. 8 (1998-99)	Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv (inndragning av utbytte)
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Prop. 62 L (2015-2016)	Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.)
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)
Beslutning 249/2018	EØS-komiteens beslutning nr 249/2018 av 5. desember 2018 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2015/849 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme mv. (fjerde hvitvaskingsdirektiv).
Innst. 271 L (2017–2018)	Innstilling frå finanskomiteen om Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)
Finanstilsynet (2019a)	Finanstilsynet, Rundskriv 8/2019 Veileder til hvitvaskingsloven, 2019

Finanstilsynet (2019b) Finanstilsynet, Rundskriv 15/2019 Veiledning om regnskapsføreres og regnskapsførerselskapers etterlevelse av hvitvaskingsregelverket, 2019

Utredninger, rapporter mv.

Utenriksdepartementet (2006) Utenriksdepartementet, *Utenrikspolitisk strategi for bekjempelse av internasjonal terrorisme*, september 2006

Meld. st. 7 (2010–2011) Melding til Stortinget fra Justis- og politidepartementet av 17. desember, *Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*

Finanstilsynet ROS (2016) Finanstilsynet, *Risiko- og sårbarhetsanalyse*, 2016

Finanstilsynet, Modul for operasjonell risiko (2016) Finanstilsynet, Modul for operasjonell risiko, 2016 s. 4 (<https://www.finanstilsynet.no/contentassets/4fd11f06085f47c5bd9756a2e42e563f/modul-for-operasjonell-risiko---evaluering-av-styring-og-kontroll-og-eksponering.pdf>, sist sjekket 4. mars 2020)

Justis- og beredskapsdepartementet (2017) Justis- og beredskapsdepartementet, *Strategi for bekjempelse av hvitvasking, finansiering av terror og finansiering av spredning av masseødeleggelsesvåpen*, 2017

Justis- og beredskapsdepartementet (2018) Justis- og beredskapsdepartementet, *Nasjonal risikovurdering: Hvitvasking og terrorfinansiering i Norge*, 2018

- Økokrim (2019) Økokrim, *Statistikk MT-rapporter 2019*, 2. april 2020 (<https://www.okokrim.no/statistikk-mt-rapporter.6156901-475337.html>, sist besøkt 2. mai 2020).
- Finanstilsynets høringsnotat (2019) Finanstilsynet, Høringsnotat – forslag til endringer i hvitvaskingsloven og hvitvaskingsforskriften, 1. november 2019 (tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/contentassets/56fe59758a8f41979c0b2979e2835410/horingsnotat-hvitvaskingsforskrift-2019-master-v11-endelig-2194816.pdf>, sist besøkt 16. mai 2020)
- NS-ISO 31000:2018 Norsk standard, NS-ISO 31000:2018 Risikostyring – Retningslinjer
- EU**
- IP/04/832 Kommisjonens pressemelding IP/04/832 av 30. juni 2004, Money Laundering: Commission Proposes to Update and Improve Directive. (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_04_832, sist besøkt 2. mars 2020)
- COM(2004) 448 Kommisjonens forslag COM(2004) 448 til Europaparlamentets og rådets direktiv om forebyggende tiltak mot bruk av det finansielle systemet i forbindelse med hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme, 30. juni 2004. (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM%3A2004%3A0448%3AFIN%3ADA%3APDF>, sist besøkt 1. juni 2020)

Europarådet, pressemelding
20 april 2015

Det Europeiske råd, Pressemelding: Money Laundering:
Council Approves Strengthened Rules, 20 April 2015
(<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/04/20/money-laundering-strengthened-rules/>,
sist besøkt 3. januar 2020)

Statement of the Council's
reasons 9/2015

Statement of the Council's reasons: Position (EU) No.
9/2015 of the Council at first reading with a view to the
adoption of a Directive of the European Parliament and of
the Council on the prevention of the use of the financial
system for the purposes of money laundering or terrorist
financing, amending Regulation (EU) No. 648/2012 of the
European Parliament and of the Council, and repealing
Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of
the Council and Commission Directive 2006/70/EC

ESAs (2016)

ESAs, Joint guidelines on the characteristics of a risk-based approach to anti-money laundering and terrorist financing supervision, and the steps to be taken when conducting supervision on a risk-sensitive basis, «The Risk-Based Supervision Guidelines» (2016)

ESAs (2018)

ESAs, Joint Guidelines under Articles 17 and 18(4) of Directive (EU) 2015/849 on simplified and enhanced customer due diligence and the factors credit and financial institutions should consider when assessing the money laundering and terrorist financing risk associated with individual business relationships and occasional transactions, «The Risk Factors Guidelines» (2018)

COM(2019) 370

Report COM(2019) 370 from the Commission to the European Parliament and the Council on the assessment of the risk of money laundering and terrorist financing

affecting the internal market and relating to cross-border activities, «The Supranational Risk Assessment» (2019)

ESAs (2019) ESAs, *Joint Opinion of the European Supervisory Authorities on the risks of money laundering and terrorist financing affecting the European Union's financial sector* (2019)

ESAs (2020) ESAs, Draft Guidelines under Articles 17 and 18(4) of Directive (EU) 2015/849 on customer due diligence and the factors credit and financial institutions should consider when assessing the money laundering and terrorist financing risk associated with individual business relationships and occasional transactions ('The Risk Factors Guidelines'), amending Guidelines JC/2017/37, (2020)

Internasjonale veiledninger, rapporter, arbeidsdokumenter mv.

Basel I Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, (Basel 1988)

Basel II Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework*, (Basel 2004)

Basel III Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, (Basel 2010)

Basel (2011)	Basel Committee on Banking Supervision, <i>Principles for the Sound Management of Operational Risk</i> (Basel 2011)
Basel (2012)	Basel Committee on Banking Supervision, <i>Core Principles for Effective Banking Supervision</i> , (Basel 2012)
Basel (2017)	Basel Committee on Banking Supervision, <i>Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism</i> (Basel 2017)
G7 (1989)	G7, Economic Declaration, Paris 16 juli 1989
FATF (1990)	FATF, <i>The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering</i> (Paris 1990)
FATF (2003)	FATF, <i>The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering</i> (Paris 2003)
FATF (2007)	FATF, <i>Guidance on the risk-based approach to combating money laundering and terrorist financing: High level principles and procedures</i> (Paris 2007).
FATF (2010)	FATF, <i>Global Money Laundering & Terrorist Financing Treath Assessment</i> (Paris 2010)
FATFs anbefalinger (2012)	FATF, <i>International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, The FATF Recommendations</i> (Paris 2012)
FATF (2013a)	FATF, <i>Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems</i> (Paris 2013)

(FATF 2013b)	FATF, <i>National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment</i> (Paris 2013)
(FATF 2014)	FATF, <i>Guidance for a risk-based approach: The Banking Sector</i> (Paris 2014)
FATF MER (2014)	FATF, <i>Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Norway, Fourth Round Mutual Evaluation Report</i> (Paris 2014)
FATF (2015a)	FATF, <i>Guidance for a Risk-Based Approach: Effective Supervision and Enforcement by AML/CFT Supervisors of the Financial Sector and Law Enforcement</i> (Paris 2015)
FATF (2015b)	FATF, <i>Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies</i> , (Paris 2015)
FATF (2016)	FATF, <i>Guidance for a Risk-Based Approach for Money or Value Transfer Services</i> (Paris 2016)
FATF (2017)	FATF, <i>Anti-Money Laundering and Terrorist Financing Measures and Financial Inclusion</i> (Paris 2017)
FATF (2018a)	FATF, <i>Risk-based Approach Guidance for the Securities Sector</i> , (Paris 2018)
FATF (2018b)	FATF, <i>Risk-based Approach Guidance for the Life Insurance Sector</i> , (Paris 2018)
FATF FUR (2019)	FATF, <i>Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Norway, 5th Year Follow-Up Assessment Report of Norway</i> (Paris 2019)

FATF (2019a)	FATF, <i>Terrorist Financing Risk Assessment Guidance</i> (Paris 2019)
FATF (2019b)	FATF, <i>FATF 30 Years 1989-2019</i> (Paris 2019)
FATF (2019c)	FATF, <i>Guidance for a Risk-Based Approach Guidance for Legal Professionals</i> (Paris 2019)
Wolfsberg (2002)	Wolfsberg-gruppen, <i>Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles for Correspondent Banking</i> (2002)
Wolfsberg (2006)	Wolfsberg-gruppen, <i>Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks</i> , 2006
Wolfsberg (2015a)	Wolfsberg-gruppen, <i>Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks</i> , 2015
Wolfsberg (2015b)	Wolfsberg-gruppen, <i>Frequently Asked Questions on Risk Assessments for Money Laundering, Sanctions and Bribery & Corruption</i> , 2015
Wolfsberg (2017)	Wolfsberg-gruppen, <i>Guidance on Politically Exposed Persons (PEPs)</i> , 2017
World Bank (2016)	World Bank, <i>Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism</i> (2016)

Rettspraksis og forvaltningspraksis

Norge

Rt. 1977 s. 1207

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2005 s. 1628

Rt. 2014 s. 786

Rt. 2014 s. 1105

HR-2016-2239-A

HR-2018-110-A

Tilsynspraksis - Finanstilsynet

Merknader - endelig rapport Handelsbanken, Brev datert 9. oktober 2019

(<https://www.finanstilsynet.no/contentassets/259051b0c04b4ed5bc53e74871e391a6/merknader---endelig-rapport-handelsbanken.pdf>, sist sjekket 4. mai 2020)

Finanstilsynets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr 28. juni 2019 Santander Consumer Bank AS

(<https://www.finanstilsynet.no/contentassets/6ce0dd4e8e614aeeb1153fdb267636f4/vedtak-om-ileggelse-av-overtredelsesgebyr-santander-consumer-bank-as.pdf>, sist besøkt 13. mars 2020)

Finanstilsynets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr 3. juli 2019 Komplett Bank ASA

(<https://www.finanstilsynet.no/contentassets/4d620268d5224bae91426fc23b33552a/vedtak-om-ileggelse-av-overtredelsesgebyr-komplett-bank-asa.pdf>, sist besøkt 13. mars 2020)

EU-domstolen

Sak C-128/11 UsedSoft

Sak C-4/16 J.D

Sak 283/81 CILFIT v. Ministry of Health

Litteratur

Arnesen og Stenvik
(2015)

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave (Oslo 2015)

- Aven (2015) Aven, Terje, *Risikostyring: Grunnleggende prinsipper og ideer*, 2. utgave, (Oslo 2015).
- Bamle og Bruu (2019) Morten Bamle og Barbro Bruu, *Økonomisk kriminalitet: trusler og tiltak*, (Oslo 2019)
- Bello (2016) Bello, Abdullahi Usman, *Improving anti-money laundering compliance: Self-protecting theory and money laundering reporting officers*, (Cham 2016).
- Bergström (2016) Bergström, Maria, «Money laundering» i Valsamis Mitsilegas, Maria Bergström og Theodore Konstadinides (red.), *Research Handbook on EU Criminal Law* (Cheltenham 2016) s. 335-352
- Bergström (2018) Bergström, Maria «The Global AML Regime and the EU AML Directives: Prevention and Control» i Collin King, Clive Walker, Jimmy Gurulé (red.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law* (Cham 2018)
- Bernt og Doublet (2008) Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 6. opplag (Bergen 2008)
- Bures (2018) Bures, Oldrich «EU Measures to Combat Terrorist Financing» i Collin King, Clive Walker, Jimmy Gurulé (red.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law* (Cham 2018)
- Chapelle (2019) Chapelle, Ariane, *Operational risk management: Best practices in the financial services industry* (Chichester 2019).

- Chatain (2009) Chatain, Pierre-Laurent m.fl., *Preventing money laundering and terrorist financing : A practical guide for bank supervisors*, (Washington 2009)
- Cox (2014) Cox, Dennis, *Handbook of Anti Money Laundering* (Chichester 2014)
- Dionne (2013) Dionne, Georges, «Risk management: History, definition, and critique.», *Risk Management and Insurance Review* nr. 2, (2013).
- Formisani (2016) Formisani, Roberto «Beneficial Ownership and Effective Transparency» i Domenico Siclari (red.), *The New Anti-Money Laundering Law: First Perspectives on the 4th European Union Directive* (Palgrave 2016)
- Fratangelo (2016) Fratangelo, Pierpaolo «The CDD Obligations Following a Risk-Based Approach» i Domenico Siclari (red.), *The New Anti-Money Laundering Law: First Perspectives on the 4th European Union Directive* (Palgrave 2016)
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave (Bergen 2018)
- Fredriksen og Mathisen (2019) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, «EU-rett som norsk rettskilde» i Alf Petter Høgberg (red.) og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte* (Oslo 2019) s. 386-419
- Friel og Kilcommins (2018) Friel, Raymond og Shane Kilcommins, «Taxing crime: A new power to control» i Clive Walker og Jimmy Gurulé Collin King (red.), *The palgrave handbook of criminal and terrorism financing law*, (Cham 2018).

- Frøberg (2013) Frøberg, Thomas, *Rettslig Prinsippargumentasjon* (Oslo 2013)
- Gelemerova (2011) Gelemerova, Liliya, *The Anti-money Laundering System in the Context of Globalisation: A Panopticon Built on Quicksand?*, (Nederland 2011)
- Gelemerova (2018) Gelemerova, Liliya «A ‘Risky’ Risk Approach: Proportionality in ML/TF Regulation» i Collin King, Clive Walker, Jimmy Gurulé (red.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law* (Cham 2018)
- Georgsen (2018) Georgsen, Ragnhild «Direkte og indirekte eierskap», *Tax Justice Network* (2018)
- Grahn (2010) Grahn, Thomas, Fredric Lundén. Kent Madstedt og Björn Wendleby, *Åtgärder mot penningtvätt m.m.: en praktisk vägledning och kommentar* (Stockholm 2010)
- Hopton (2016) Hopton, Doug, *Money Laundering: A Concise Guide for All Business*, 2. utgave (London 2016)
- Iafolla (2018) Iafolla, Vanessa, «The production of suspicion in retail banking: An examination of unusual transaction reporting» i Collin King, Clive Walker og Jimmy Gurulé (red.), *The palgrave handbook of criminal and terrorism financing law* (Cham 2018)
- Jacobsen og Henriksen (2014) Jacobsen, Sigrid Klæboe og Peter Henriksen, «Skjulte eiere – konsekvenser av skjult eierskap og hvordan Norge kan bidra til mer åpenhet» *Tax Justice Network* (Oslo 2014)
- Johansen (2019) Johnsen, Lars G. Wessel, *Risikovurdering: Praktisk risiko- og sårbarhetsanalyse i virksomheter*, 2. utgave, (Oslo 2019).

- Kringen (2015) Kringen, Jacob, «Regulering og tilsyn som kunnskapsområde og forskningstema» i Preben H. Lindøe, Jacob Kringen og Geir Sverre Braut (red.), *Risiko og tilsyn: Risikostyring og rettslig regulering*, 2. utgave (Oslo 2015)
- Lindøe (2015) Lindøe, Preben H., «Risikoforståelse og myndighetskontroll» i Preben H. Lindøe, Jacob Kringen og Geir Sverre Braut (red.), *Risiko og tilsyn: Risikostyring og rettslig regulering*, 2. utgave (Oslo 2015)
- Lindøe, Kringen og Braut (2015) Lindøe, Preben H., Jacob Kringen og Geir Sverre Braut, *Risiko og tilsyn: Risikostyring og rettslig regulering*, 2. utgave (Oslo 2015)
- Lindøe (2018) Lindøe, Preben H., *Risiko, tillit og kontroll: Et aktørperspektiv på risikostyring* (Oslo 2018)
- Løyning (2014) Løyning, Trond, «Nyliberalisme, finanskriser og håndtering av risiko: En vurdering av reformtiltak i finansreguleringen», *Sosiologisk tidsskrift* nr. 2 (2014) s. 120-145
- Mehr og Hedges (1963) Mehr, Robert Irwin og Bob A. Hedges, *Risk management in the business enterprise*, (Homewood 1963)
- Meidell (2017) Meidell, Anita, «Utviklingen av helhetlig risikostyring i relasjon til internkontroll og revisjon.», *Praktisk økonomi & finans* nr. 1 (2017).
- Smith (2018) Melanie Smith, *Challenges in the implementation of EU Law at national level* (Brussel 2018)

- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner*, nr. 05-06, (2004) s. 329-342
- Naheem (2016) Naheem, Mohammed Ahmad, «Money laundering: A primer for banking staff» *International Journal of Disclosure and Governance*, nr. 13 (2016) s. 135-156
- Nygaard (2015) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2015)
- Pellegrina og Masciandro (2009) Pellegrina, Lucia Dalla og Donato Masciandro, «The risk-based approach in the new European anti-money laundering legislation: A law and economics view» *Review of Law and Economics*, nr 5 2009
- Power (2007) Power, Michael, *Organized uncertainty: Designing a world of risk management* (London 2007)
- Ramachandran, Collin og Juden (2018) Ramachandran, Vijaya, Matthew Collin og Matt Juden «De-risking: An Unintended Negative Consequence of AML/CFT Regulation» i Collin King, Clive Walker, Jimmy Gurulé (red.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law* (Cham 2018)
- Rose (2019) Rose, Kalle Johannes «De-risking or re-contracting the way around money laundering risks» i *Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 19-37* (København 2019)
- Ross og Hannan (2007) Stuart Ross og Michelle Hannan, «Money laundering regulation and risk-based decision-making» *Journal of Money Laundering Control*, nr. 10 (2007)

- Rui (2012) Rui, Jon Petter, *Hvitvasking: Fenomenet, regelverket, nye strategier* (Oslo 2012)
- Rui (2014) Rui, Jon Petter, «Straffeprosessen i perspektiv», *Jussens Venner nr. 6*, (2014) s. 382–443
- Rui (2018) Rui, Jon Petter «Fra menneskerettighetsdomstolen: G.I.E.M. og andre mot Italia. Ingen straff uten skyld (nulla poena sine culpa)», *Tidsskrift for Strafferett* (2018)
- Rui, Ringen og Rørholt (upublistert) Rui, Jon Petter, Gunnar Holm Ringen og Kristine Frivold Rørholt, *Kommentarutgave. Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering*, (upublisert). Vedlagt.
- Rørholt (2018) Rørholt, Kristine Frivold, *Lovkommentar til hvitvaskingsloven på Rettsdata*, (2018)
- Salas (2005) Salas, Mariano Fernández, «The third anti-money laundering directive and the legal» i *European Association of Lawyers*, October (London 2005)
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, (Oslo 2018)
- Tricker (2012) Tricker, R. I. Bob, «The evolution of corporate governance» i Thomas Clarke (red.) og Douglas Branson (red.), *The SAGE handbook of corporate governance*, (New York 2012)
- Unger og van Der Linde (2013) Unger, Brigitte og Daan van Der Linde, *Research handbook on money laundering*, (Cheltenham 2013).
- Utne (2019) Utne, Amund, «Internasjonalt samarbeid mot hvitvasking og terrorfinansiering», *Lov og rett nr. 4* (2019) side 232-254

- Van Duyne, Harvey og Gelemerova (2018a) Van Duyne, Petrus C., Jackie H. Harvey og Liliya Y. Gelemerova, «A ‘Risky’ Risk Approach: Proportionality in ML/TF Regulation» i Collin King, Clive Walker, Jimmy Gurulé (red.) *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law* (Cham 2018)
- Van Duyne, Harvey og Gelemerova (2018b) Petrus C. Van Duyne, Jackie H. Harvey og Liliya Y. Gelemerova, *The critical handbook of money laundering: Policy, analysis and myths* (London 2018)
- Williams og Heins (1964) Williams, C. A. og Richard M. Heins, *Risk Management and Insurance*, (New York 1964)

Avisartikler, innlegg mv. (etter publiseringsdato)

Se artikkel i E24, Hvitvasking til skatteparadis, 5. februar 2007

(<http://e24.no/naeringsliv/hvitvasking-til-skatteparadis/1628419>, sist besøkt 10. mai 2020).

FATF, *FATF clarifies risk-based approach: case-by-case, not wholesale de-risking*, 23. oktober 2014 (<https://www.fatf-gafi.org/documents/documents/rba-and-de-risking.html>, sist besøkt 11. mai 2020)

Dow Jones, ‘2015 Global Anti-Money Laundering Survey Results: Detailed Report’ Presentation (March 2015) <http://images.dowjones.com/company/wp-content/uploads/sites/15/2015/03/Dow-Jones-ACAMS-AML-Survey-2015.pdf> accessed 20 December 2016

Økokrim, *Hvitvasking*, 6. juni 2017 (tilgjengelig på <https://www.okokrim.no/hvitvasking.6004527.html>, sist besøkt 20. mai 2020)

Basel Committee on Banking Supervision, *History of the Basel Committee*, 14. april 2018 (<https://www.bis.org/bcbs/history.htm>, sist besøkt 2. januar 2020)

Finanstilsynet, *Veiledning fra EUs tre finanstilsynsmyndigheter om risikobasert tilnærming på hvitvaskingsområdet*, 7. september 2018 (<https://www.finanstilsynet.no/tema/hvitvasking-og-terrorfinansiering/veiledning-fra-eus-tre-finanstilsynsmyndigheter-om-risikobasert-tilnarming-pa-hvitvaskingsområdet/>, sist besøkt 27. januar 2020).

Artikkel i Finansfokus, *Banker tvinges til ryddesjau*, 30. januar 2019 (<https://www.finansforbundet.no/finansfokus/2019/01/30/banker-tvinges-til-ryddesjau/>, sist besøkt 4. januar 2020)

Artikkel på finans.dk, *Jyske Bank afviser kunder uden revisor*, 1. mars 2019 (<https://finans.dk/finans2/ECE11221254/jyske-bank-afviser-kunder-uden-revisor/?ctxref=ext>, sist besøkt 25. mai 2020)

Artikkel i The Guardian, *What is Westpac accused of, and how is this related to child exploitation? – explainer*, 21. november 2019 (<https://www.theguardian.com/australia-news/2019/nov/21/what-is-westpac-accused-of-and-how-is-this-related-to-child-exploitation-explainer>, sist besøkt 13. mai 2020)

Artikkel i Aftenposten, *Økokrim starter etterforskning av DNB i forbindelse med islandsk fiskerisak*, 28. november 2019 (<https://www.aftenposten.no/okonomi/i/P9LOv7/oekokrim-starter-etterforskning-av-dnb-i-forbindelse-med-islandsk-fiskerisak?>, sist besøkt 2. desember 2019).

Artikkel i E24, *Aksjonær om DNB-etterforskning: – Viktig at ledelsen tar dette på alvor*, 30. november 2019 (<https://e24.no/naeringsliv/i/g71rOk/aksjonaer-om-dnb-etterforskning-viktig-at-ledelsen-tar-dette-paa-alvor>, sist besøkt 14. mai 2020)

Artikkel i Aftenposten, *Hvordan ble DNB involvert i en korrupsjonsetterforskning med aktører i Namibia og Island?*, 10. desember 2019 (<https://www.aftenposten.no/okonomi/i/aw0M85/hvordan-ble-dnb-involvert-i-en-korrupsjonsetterforskning-med-aktoerer-i-namibia-og-island?>, sist besøkt 4. april 2020)

The Wolfsberg Group, *Statement on Effectiveness: Making AML/CTF Programmes more effective*, 19. desember 2019, (tilgjengelig på https://www.wolfsberg-principles.com/sites/default/files/wb/pdfs/Effectiveness%201%20pager%20Wolfsberg%20Group%202019%20FINAL_Publication.pdf, sist besøkt 20. mai 2020)

Innlegg i Dagens næringsliv av Jon Petter Rui og Tina Søreide, *Tiltakene mot hvitvasking koster mer enn de smaker*, 8. mars 2020

(<https://www.dn.no/innlegg/hvitvasking/korrupsjon/okokrim/innlegg-tiltakene-mot-hvitvasking-koster-mer-enn-de-smaker/2-1-767790>, sist besøkt 20. mai 2020)

Økrimpodden, Hva skjer når mistenkelige forhold rapporteres til ØKOKRIM? (Samtale med EFE/ØKOKRIM), 11. mai 2020, (Tilgjengelig på

https://soundcloud.com/okrimpodden/episode-9-hva-skjer-nar-mistenkelige-forhold-rapporteres-til-okokrim?fbclid=IwAR1lfR6kRMdMyjTSMMsPSaboJIr8aRZbyGWd0DdGG4icOmYZdN_GJK2-W_I, sist besøkt 26. mai 2020)

Diverse (uten dato – alfabetisk rekkefølge)

Basel Committee on Banking Supervision, *About the BCBS*,

(<https://www.bis.org/bcbs/about/overview.htm?m=3%7C14%7C573>, sist besøkt 19. november 2019).

Cambridge Advanced Learner's Dictionary, *Mitiagte*

(<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/mitigate>, sist sjekket 4. mai 2020)

Clue digital ordbok, Mitigate: Engelsk-Norsk (<https://online.clue.no/>, sist sjekket 4. mai 2020).

Egmont Group, *About*, (<https://egmontgroup.org/en/content/about>, sist besøkt 19. november 2019).

FATF, History of the FATF (<https://www.fatf-gafi.org/about/historyofthefatf/>, sist besøkt 4. mai 2020)

The Wolfsberg Group, *Mission*, (<https://www.wolfsberg-principles.com/about/mission>, sist besøkt 3. februar 2020)

Vedlegg

Foreløpig bokmanus (20. mai 2020):

Jon Petter Rui, Gunnar Holm Ringen og Kristine Rørholt, *Kommentarutgave: Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering.*

