

Sak om tilsynsrådet for advokatvirksomhets forståelse av hvitvaskingsloven §7

1.3.2024 (2023/4069)

Saken gjelder Tilsynsrådet for advokatvirksomhets forståelse av anvendelsesområdet for hvitvaskingsloven § 7, som gjelder plikten til å gjennomføre en virksomhetsinnrettet risikovurdering.

Ombudet er kommet til at bestemmelsen ikke kan tolkes slik at den omfatter alle advokater, slik Tilsynsrådet har lagt til grunn. Bestemmelsen omfatter kun advokater som er «rapporteringspliktige» i henhold til hvitvaskingsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. § 4 andre ledd bokstav c. Ombudet kom også til at Tilsynsrådets begrunnelse i vedtaket var mangelfull.

Tilsynsrådet ble bedt om å behandle saken på nytt. Videre ba ombudet Tilsynsrådet om å endre sin hvitvaskingsveileder og å legge ombudets konklusjon til grunn ved behandlingen av fremtidige saker.

Sakens bakgrunn

(1) Tilsynsrådet for advokatvirksomhet besluttet 16. desember 2021 å avholde tilsyn hos Advokat A (heretter klageren). Tilsynet ble gjennomført i 2022 av Tilsynsrådets revisor, Ernst & Young AS. Tilsynsrådet fattet 1. juni 2023 vedtak hvor klageren ble meddelt en advarsel og pålagt å utarbeide nye hvitvaskingsrutiner og virksomhetsinnrettet risikovurdering, samt pålagt å dekke Tilsynsrådets utgifter til revisor i forbindelse med det avholdte tilsynet.

(2) I vedtaket la Tilsynsrådet vekt på at det ved tilsynet ble avdekket mangler knyttet til etterlevelsen av reglene for behandling av klientmidler. Videre ble det lagt vekt på manglende etterlevelse av anti-hvitvaskingsregelverket. Klageren hadde ved tilsynet fremlagt en udatert mal fra Advokatforeningen for hvitvaskingsrutiner og virksomhetsinnrettet risikovurdering. Rutinene

var ifølge tilsynsrapporten ikke vedtatt av advokaten, og malen var ikke fylt ut eller tilpasset advokatens virksomhet.

(3) Klageren begjærte Tilsynsrådets vedtak omgjort 30. juni 2023. I begjæringen anførte han bl.a. at hans virksomhet ikke er omfattet av hvitvaskingsloven da han ikke påtar seg oppdrag som omfattes av regelverket, og at kravene til virksomhetsinnrettet risikovurdering og rutiner i henhold til hvitvaskingsloven §§ 7 og 8 derfor ikke kunne gjelde for ham.

(4) I vedtak 23. august 2023 omgjorde Tilsynsrådet delvis sitt tidligere vedtak, ved å meddele klageren en irettesettelse i stedet for en advarsel. Refusjonskravet ble opprettholdt i tråd med det tidligere vedtaket. Når det gjaldt spørsmålet om hvorvidt klageren var omfattet av hvitvaskingsloven, uttalte Tilsynsrådet blant annet:

(5) «Hvitvaskingsloven legger opp til en risikobasert tilnærming ved anvendelse av loven, se hvitvaskingsloven § 6. Tilsynsrådet har derfor inntatt det standpunkt at alle advokater, uavhengig av om de har oppdrag i porteføljen som omfattes av loven, plikter å gjennomføre en virksomhetsinnrettet risikovurdering, jf. hvitvaskingsloven § 7.»

(6) Tilsynsrådet skrev at utarbeidelse av en risikovurdering etter deres mening var viktig for advokater som klageren, som benytter klientbankkonto aktivt i den daglige virksomheten, da bruk av klientbankkonto er beheftet med hvitvaskings- og terrorfinansieringsrisiko. Avslutningsvis uttalte de at det uansett ikke kunne legges til grunn at klageren aldri hadde utført tjenester omfattet av hvitvaskingsloven.

(7) Saken ble klaget inn for Sivilombudet 8. september 2023. Klageren viste til at hans virksomhet ikke faller inn under hvitvaskingsloven, og at han dermed ikke kunne se at han var forpliktet til å ha hvitvaskingsrutiner og risikovurdering i henhold til hvitvaskingsloven §§ 7 og 8.

Våre undersøkelser

(8) Vi tok saken opp med Tilsynsrådet for advokatvirksomhet i brev 17. november 2023. Vi ba Tilsynsrådet om en nærmere rettslig begrunnelse for standpunktet om at hvitvaskingslovens krav til risikovurdering etter § 7 gjelder uavhengig av om advokaten har oppdrag som omfattes av hvitvaskingsloven i henhold til § 4 andre ledd bokstav c.

(9) Videre spurte vi Tilsynsrådet om de mente at et slikt standpunkt tilfredsstillende kravet til tilstrekkelig klar og forutberegnelig lovhjemmel i Grunnloven § 113.

(10) Til slutt spurte vi om Tilsynsrådet mente at henvisningen i avgjørelsen om at Tilsynsrådet har inntatt et standpunkt om at hvitvaskingsloven § 7 gjelder for alle advokater, er tilstrekkelig til å sette klageren i stand til å forstå innholdet i regelen, jf. forvaltningsloven § 25 første ledd annet punktum.

(11) Tilsynsrådet for advokatvirksomhet svarte i brev 7. desember 2023. I svaret skrev Tilsynsrådet blant annet at utarbeidelse av en virksomhetsinnrettet risikovurdering etter § 7 er avgjørende for at lovens formål om forebygging av hvitvasking kan realiseres, og at det følger

forutsetningsvis av bestemmelsens tredje og femte ledd at vurderingen i tid må skje før oppdrag utføres. Tilsynsrådet viste til at lovens formål vil være en sentral rettskilde ved tolkningen av lovens bestemmelser.

(12) Tilsynsrådet mente videre at standpunktet om at hvitvaskingslovens krav til risikovurdering etter § 7 gjelder uavhengig av om advokaten har oppdrag som omfattes av hvitvaskingsloven i henhold til § 4 andre ledd bokstav c, ikke var i strid med Grunnloven § 113. Tilsynsrådet var også av den oppfatning at vedtaket var tilstrekkelig begrunnet ettersom klageren som advokat hadde spesielt gode forutsetninger for å forstå innholdet av hvitvaskingsloven § 7, jf. forvaltningsloven § 25.

(13) I den aktuelle klagesaken mente Tilsynsrådet at det at advokaten benytter en felles klientbankkonto ga grunn til å anta at advokaten har til hensikt å tilby transaksjonstjenester som kan være omfattet av hvitvaskingsloven, selv om dette ikke gjelder alle overføringer. I sin kommentar til Tilsynsrådets svar, sa klageren seg ikke enig i dette. Det synes også å være en uenighet mellom Tilsynsrådet og klageren om hvorvidt det forelå ett oppdrag som var omfattet av loven. Dette har imidlertid ikke vært en del av Sivilombudets undersøkelse i saken.

Sivilombudets syn på saken

(14) Sivilombudet vil i det følgende drøfte om hvitvaskingsloven § 7 gjelder for alle advokater, samt om Tilsynsrådets begrunnelse i vedtaket på dette punktet er tilstrekkelig, jf. forvaltningsloven § 25.

Generelt om hvitvaskingsloven

(15) Hvitvaskingsloven av 2018 bygger på anbefalingene til Financial Action Task Force (FATF) og EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv. Loven inneholder enkelte endringer og presiseringer i forhold til tidligere lovverk. Formålet med loven er å forebygge og avdekke hvitvasking og terrorfinansiering, jf. hvitvaskingsloven § 1. Lovens § 4 angir anvendelsesområdet. I hvilke tilfeller advokater er omfattet av loven, er regulert i § 4 andre ledd bokstav c:

«(2) Loven gjelder også for følgende juridiske og fysiske personer i utøvelsen av deres yrke:

[...]

c) advokater og andre som ervervsmessig eller stadig yter selvstendig rettshjelp, når de på klientens vegne utfører finansiell transaksjon eller en transaksjon som gjelder fast eiendom, eller når de bistår ved planlegging eller utføring av transaksjon for klient i forbindelse med

1. kjøp og salg av fast eiendom eller virksomhet
2. forvaltning av en klients penger, verdipapir eller andre aktiva
3. åpning eller forvaltning av bank- eller verdipapirkonto
4. fremskaffelse av nødvendig kapital til opprettelse, drift eller ledelse av selskap
5. opprettelse, drift eller ledelse av selskap, fond eller en lignende juridisk person

eller formuesmasse, herunder utenlandsk trust eller tilsvarende juridisk arrangement»

(16) Advokater som omfattes av definisjonen, er å anse som «rapporteringspliktig», jf. hvitvaskingsloven § 2 første ledd bokstav c

(17) Hvitvaskingsloven kapittel 3 (§§ 6-8) har regler om risikobasert tilnærming og rutiner for «rapporteringspliktige». § 6 er en overordnet bestemmelse som sier at rapporteringspliktige «ved anvendelsen av denne loven skal legge til grunn vurderinger av risiko for hvitvasking og terrorfinansiering» (risikobasert tilnærming). Det følger av § 7 første ledd at rapporteringspliktige har en plikt til å identifisere og vurdere risikoen for hvitvasking knyttet til sin egen virksomhet. Nærmere bestemmelser om hvordan risikovurderingen skal utarbeides, følger av § 7 andre til femte ledd. Videre følger det av § 8 første ledd at rapporteringspliktige skal ha oppdaterte rutiner for å sikre at virksomheten håndterer identifisert risiko og oppfyller plikter etter bestemmelser gitt i eller i medhold av hvitvaskingsloven

(18) Regler om tilsyn, forvaltningstiltak og sanksjoner er inntatt i lovens kapittel 9. Tilsynsmyndigheten kan blant annet gi pålegg etter § 47 og ilegge overtredelsesgebyr etter § 49 ved overtredelse av nærmere angitte bestemmelser i loven (inkludert §§ 6-8).

Gjelder hvitvaskingsloven § 7 alle advokater?

(19) Tilsynsrådet har inntatt et standpunkt om at lovens krav til risikovurdering etter § 7 gjelder uavhengig av om advokaten har slike oppdrag som er omfattet av lovens anvendelsesområde etter § 4 andre ledd bokstav c. Dette standpunktet kommer til uttrykk både i vedtaket til klageren, og to steder i Tilsynsrådets «Veiledning til etterlevelse av hvitvaskingsregelverket i advokat- og rettshjelpvirksomhet», se punkt 2.2 og punkt 4.2.1.

(20) Hvitvaskingsloven § 7 første ledd slår fast at «[r]apporteringspliktige skal identifisere og vurdere risikoen for hvitvasking og terrorfinansiering knyttet til sin virksomhet». Etter ordlyden i § 7 er dermed ikke samtlige advokater omfattet av bestemmelsen. Spørsmålet blir da om § 7 kan tolkes utvidende, slik at den likevel må anses å gjelde for alle advokater.

(21) Ombudet kan ikke se at forarbeidene gir holdepunkter for at lovgiver mente at § 7 skulle ha et videre anvendelsesområde for advokater enn det som følger av § 4 andre ledd bokstav c. I Prop. 40 L (2017- 2018) punkt 3.4.5.5 kommenterte departementet høringsuttalelsen fra Tilsynsrådet for advokatvirksomhet, der det ble reist spørsmål ved om all klientmiddelbehandling skulle omfattes av virkeområdet. Departementet viste til at dette vil bero på advokatens virksomhet, og at dette ikke stilte seg annerledes enn etter den dagjeldende hvitvaskingsloven. Se også Innst. 271 L (2017-2018) i punkt 2.2.1 der komiteen understreket betydningen av at det skal være enkelt å fastslå i hvilke situasjoner loven gjelder, særlig for grupper som bare omfattes av loven i nærmere angitte situasjoner. Komiteen viste til at lovforslaget i så måte representerte en klargjøring sammenlignet med 2009-loven når det gjaldt anvendelsesområdet for advokater, og det ble vist til lovforslaget § 4 annet ledd bokstav c.

- (22) Verken loven av 2003 eller tidligere lover omfattet alle advokater. I forarbeidene til loven av 2003 ble det diskutert å la loven omfatte alle advokater, og det ble foreslått en ordlyd for dette, jf. Ot.prp. nr. 72 (2002-2003) punkt 5.5.3. Dette forslaget ble imidlertid ikke vedtatt.
- (23) Heller ikke Hvitvaskingslovutvalget foreslo i NOU 2016: 27 at loven, eller deler av denne, skulle omfatte alle advokater. Så langt ombudet kan se, er det ikke uttrykt noe sted i forarbeidene at hvitvaskingsloven §§ 6-8 særskilt er ment å omfatte samtlige advokater. Hvis lovgiver hadde ment å endre anvendelsesområdet for hvitvaskingsloven ved at deler av denne skulle gjelde for alle advokater, måtte dette formodentlig fremgå av ordlyden, og i alle fall vært omtalt i forarbeidene.
- (24) Etter ombudets syn må forarbeidene til hvitvaskingsloven, i likhet med lovens ordlyd, forstås slik at hvitvaskingsloven § 7 kun gjelder for advokater som har oppdrag som omfattes av § 4 annet ledd bokstav c, og dermed er å anse som «rapporteringspliktige».
- (25) Juridisk teori synes heller ikke å støtte opp under Tilsynsrådets fortolkning. I Rettsdatas kommentar til hvitvaskingsloven § 7, i note 43 siste avsnitt (revidert 28. april 2023), skriver Kristine Rørholt at det ikke kan være riktig at det straffesanksjonerte kravet til å ha en risikovurdering etter § 7, skal gjelde for advokater som ikke er rapporteringspliktig i henhold til § 4 annet ledd bokstav c.
- (26) Tilsynsrådet begrunnet sitt standpunkt om at § 7 skal gjelde alle advokater med reelle hensyn/formålsbetraktninger, og viser til at lovens formål om å forebygge hvitvasking vil bli svekket dersom advokater ikke trenger å vurdere risikoen for fremtidige oppdrag. Etter Tilsynsrådets syn vil en annen forståelse av § 7 medføre at plikten til å foreta en risikovurdering av egen virksomhet ikke inntre før advokaten faktisk har påtatt seg et oppdrag som omfattes av loven, og at det neppe kan ha vært lovgivers intensjon å unnta advokatene fra plikten til å risikovurdere egen virksomhet i forkant av eventuelle oppdrag.
- (27) Tilsynsrådet har også vist til at det generelt sett kan være vanskelig å fastslå i hvilke situasjoner hvitvaskingsloven kommer til anvendelse på advokaters virksomhet, og at dette har betydning for hvordan rekkevidden av § 7 må vurderes.
- (28) Spørsmålet er om de reelle hensyn som Tilsynsrådet har vist til kan begrunne en utvidende tolkning av hvitvaskingsloven § 7, selv om verken lovens ordlyd, forarbeidene eller juridisk teori støtter en slik tolkning.
- (29) Å stille krav om virksomhetsinnrettet risikovurdering er i seg selv et inngrep overfor den enkelte. Dette krever hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113. Lovens ordlyd er sentral ved tolkningen. Tolkningstvill må løses ut fra hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettkildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne, jf. bl.a. Rt. 2014 s. 1281 avsnitt 48.
- (30) Ved overtredelse av hvitvaskingsloven § 7 kan rapporteringspliktige ilegges overtredelsesgebyr etter hvitvaskingsloven § 49. Overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon, jf. Prop. 40 L (2017-2018) punkt 10.7.3, hvor departementet støttet forslaget om at

overtredelser av §§ 6-8 kunne møtes med administrative sanksjoner da dette var grunnleggende plikter for «rapporteringspliktige». Administrative sanksjoner anses dessuten som straff i EMKs forstand, jf. forvaltningsloven § 43. Hvitvaskingsloven § 7 må dermed tolkes i lys av legalitetsprinsippet.

(31) I svarbrevet hit skrev Tilsynsrådet at vurderingen om brudd på hvitvaskingsloven § 7 og hjemmelsgrunnlaget for anvendelse av overtredelsesgebyr i medhold av § 49 må skilles fra hverandre. Tilsynsrådet viste til at de har satt bruken av overtredelsesgebyr på vent inntil behovet for en lovendring som i større grad er tilpasset advokaters virksomhet er vurdert. Og videre at de stiller beskjedne krav til den kvalitative vurderingen som må gjennomføres etter § 7 for advokatforetak som ikke har, eller kun sporadisk og tilfeldig kan tenkes å få, oppdrag som er omfattet av hvitvaskingsloven.

(32) Ombudet kan ikke se at det er relevant for vurderingen av om hvitvaskingsloven § 7 kan tolkes utvidende, om Tilsynsrådet selv har valgt å benytte adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr etter § 49 eller ikke. Dette er en kompetanse som de uansett har etter loven, og som derfor ikke kan ses bort i fra når man skal tolke bestemmelser som faller innenfor anvendelsesområdet til § 49. Selv om man skulle sett bort fra adgangen til å ilegge gebyr etter § 49, pålegger § 7 en plikt til å gjennomføre noe, nemlig til å utarbeide hvitvaskingsrutiner. Klageren i denne saken fikk som kjent et pålegg om å utarbeide rutiner, samt en irettesettelse. Et påbud om å gjøre noe er også et «inngrep» i henhold til Grunnloven § 113 som krever grunnlag i lov.

(33) Ombudet utelukker ikke at de hensyn som Tilsynsrådet anfører for at hvitvaskingsloven § 7 bør omfatte samtlige advokater kan ha gode grunner for seg. Ombudet er likevel av den klare oppfatning at reelle hensyn og formålsbetraktninger ikke alene kan føre til en slik utvidende tolkning av § 7. Hvorvidt samtlige advokater bør være omfattet av hvitvaskingsloven kapittel 3, er derfor et spørsmål som lovgiver i tilfelle må ta stilling til.

(34) Ombudet har etter dette kommet til at hvitvaskingsloven § 7 ikke kan forstås slik at bestemmelsen gjelder for alle advokater, uavhengig av hvorvidt advokaten har oppdrag som omfattes av hvitvaskingsloven § 4 annet ledd bokstav c. «Rapporteringspliktige» har dermed den samme betydning i § 7 som i resten av hvitvaskingsloven. Tilsynsrådet har etter ombudets syn lagt feil lovforståelse til grunn for sitt vedtak, og ombudet ber Tilsynsrådet om å behandle saken på nytt da det foreligger «begrunnet tvil om forhold av betydning for saken», jf. sivilombudsloven § 12 c. Ombudet ber også Tilsynsrådet om å endre sin veileder og fremtidige praksis i tråd med ombudets forståelse.

(35) Tilsynsrådet har oppgitt at en utvidende tolkning av hvitvaskingsloven § 7 også er lagt til grunn i andre saker, men kan ikke angi i hvor mange. På bakgrunn av dette ber ombudet Tilsynsrådet om å vurdere om det er nødvendig å gå gjennom tidligere vedtak for å avgjøre om det er ytterligere saker som bør behandles eller vurderes på nytt.

Vedtaketts begrunnelse

(36) Forvaltningsloven § 25 fastsetter krav til begrunnelsens innhold. Det fremgår av bestemmelsens første ledd at begrunnelsen – i den utstrekning det er nødvendig for å sette parten i stand til å forstå vedtaket – skal vise til de regler vedtaket bygger på, og at den skal inneholde en gjengivelse av innholdet i regelen eller den problemstillingen vedtaket bygger på. Forvaltningsloven § 25 er en minimumsregel, og normer om god forvaltningsskikk utfyller de rettslige kravene til begrunnelsen, se blant annet ombudets uttalelse 23. januar 2020 (SOM-2019-1404).

(37) Klagerens hovedanførsel i omgjøringsbegjæringen til Tilsynsrådet når det gjaldt punktet om hvitvasking, var at han ikke var rapporteringspliktig og at han dermed ikke var omfattet av § 7. Han viste også til juridisk teori som spesifikt ga uttrykk for at Tilsynsrådets tolkning ikke kunne være korrekt. Tilsynsrådets svar på dette var begrenset til å vise til at Tilsynsrådet tidligere hadde inntatt et standpunkt om at alle advokater var omfattet av bestemmelsen, og at de ikke fant grunn til å endre på dette synet på bakgrunn av den juridiske teorien som klager hadde vist til. Noen nærmere forklaring på eller begrunnelse for Tilsynsrådets utvidede lovforståelse av § 7 ble ikke gitt, og det ble heller ikke vist til rettskilder, tidligere vedtak eller annen dokumentasjon som kunne sette klageren i stand til å forstå Tilsynsrådets rettslige forståelse. Ombudet mener derfor at vedtaket ikke er begrunnet i tråd med forvaltningsloven § 25.

Konklusjon

(38) «Rapporteringspliktige» i hvitvaskingsloven § 7 kan ikke tolkes utvidende til å gjelde samtlige advokater. Legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 innebærer at reelle hensyn og formålsbetraktninger ikke alene kan begrunne en slik tolkning av bestemmelsen.

(39) Tilsynsrådets vedtak er ikke begrunnet i tråd med forvaltningsloven § 25.

(40) Sivilombudet ber Tilsynsrådet om å behandle saken på nytt. Tilsynsrådet bes også om å endre sin veileder og fremtidige praksis i tråd med ombudets syn. Ombudet ber videre Tilsynsrådet om å vurdere om det er nødvendig å gå gjennom tidligere saker for å avgjøre om det er flere vedtak som bør behandles eller vurderes på nytt.

1.3.2024 (2023/4069)