

“Egentlig” advokatvirksomhet og taushetspliktens grenser



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 517
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 15 556 ord

25.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning av tema	2
<u>2</u>	<u>ADVOKATERS TAUSHETSPLIKT</u>	<u>4</u>
2.1	Innledning	4
2.2	Hensynet bak advokaters taushetsplikt	6
2.2.1	Hensynet til tillitsforholdet mellom advokat og klient	6
2.2.2	Hensynet til vern av private interesser	6
2.2.3	Hensynet til materielt riktige avgjørelser	7
2.2.4	Hensynet til vern av advokaters uavhengighet	7
2.3	Hvem som vernes av taushetsplikten	9
2.4	Hva som vernes av taushetsplikten	10
2.4.1	“Hemmeligheter”	10
2.4.2	“Betrodd”	11
2.4.3	“I stillings medfør”	12
2.4.4	“Åpenbarer”	13
2.4.5	“Rettsstridig”	13
2.5	Taushetsplikt og vitneforbudet – strpl. § 119 og tvl. § 22-5	13
2.6	EMK art 8 – retten til respekt for privatlivet	15
2.7	Andre konvensjonsbestemmelser	16
2.8	Reglene for god advokatskikk	17
2.9	Taushetspliktens grenser ved ulike typer advokatvirksomhet	19
2.9.1	Innledning	19
2.9.2	Generelt om advokatvirksomhet	20
2.9.3	Hvem som kan drive advokatvirksomhet	23

2.9.4	Nærmere om den “egentlige” advokatvirksomheten	24
2.9.4.1	Juridisk bistand i og utenfor rettergang	27
2.9.4.2	Juridisk rådgivning	30
2.9.4.3	Juridiske betenkninger	32
2.9.4.4	Annen rådgivende virksomhet	33
2.9.4.5	Annen form for bistand	33
2.9.4.6	Taushetspliktens grenser under press?	34
3	<u>LOVBESTEMTE UNNTAK FRA TAUSHETSPLIKTEN</u>	36
3.1	Innledning	36
3.2	Utviklingen av lovgivningen	36
3.3	Internasjonale forpliktelser	37
3.3.1	Financial Action Task Force (FATF)	37
3.3.2	Hvitvaskingsdirektivene	38
3.3.3	Konvensjoner	40
3.4	Lovens formål og hensynene bak hvitvaskingsloven	40
3.5	Begrepet hvitvasking	41
3.6	Advokaters plikter etter hvitvaskingsloven	42
3.6.1	Når omfattes advokater av hvitvaskingsloven?	44
3.6.1.1	“Ervervsmessig eller stadig”	44
3.6.1.2	“Selvstendig juridisk bidrag”	44
3.6.1.3	Å bistå eller opptre på vegne av klienter ved planlegging eller utførelse av finansielle transaksjoner	45
3.6.2	Undersøkelsesplikten	46
3.6.3	Rapporteringsplikten	48
3.6.4	Nærmere om advokatvirksomhet som omfattes av rapporteringsplikten	49
3.6.5	Unntak fra advokaters rapporteringsplikt.	50
3.6.5.1	Generelt	50
3.6.5.2	“Fastslå klientens stilling”	52
3.6.5.3	“Før, under og etter en rettssak”	54
3.6.5.4	“Forholdet må ha direkte tilknytning til rettstvisten”	56
3.6.6	Gjennomføring av mistenkelige transaksjoner	56
4	<u>AVSLUTNING</u>	58

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Tema for denne avhandlingen er spenningsfeltet mellom advokaters taushetsplikt og opplysningspliktene som følger av andre lover. Herunder kommer nærmere grensene for hva som er “egentlig” advokatvirksomhet som en skranke for taushetsplikten, opp mot opplysningspliktene som følger av andre lover og pålegger advokater å gi opplysninger om klientforhold til myndighetene.

Advokaters taushetsplikt er dels lovfestet og dels ulovfestet rett, og springer ut av samfunnets behov for at borgerne kan søke råd og bistand i rettslige konflikter uten frykt for å bli utsatt for sanksjoner eller lide tap.¹ Straffeloven (strl) § 144 bestemmer at det er straffbart for advokater, i likhet med flere andre profesjoner å bryte taushetsplikten.

Advokaters taushetsplikt er en “sterk” taushetsplikt, og kan i utgangspunktet ikke fravikes med mindre klienten samtykker til det.² Advokaters taushetsplikt betegnes også som en “kallsmessig taushetsplikt”,³ og oppleves nok fortsatt av de fleste advokater som hellig og ukrenkelig selv om det har skjedd en uthuling.

Det er imidlertid slik at ikke all virksomhet som advokaten driver er underlagt taushetsplikt. Gjennom rettspraksis er det bl.a. avklart at det er grenser for dette, og at det bare er den “egentlige” advokatvirksomheten som omfattes av taushetsplikten. Videre har lovgiver i enkelte tilfeller gjort unntak fra advokaters taushetsplikt. Eksempelvis er unntak inntatt i hvitvaskingsloven.

¹ Lous(1960) s. 30

² NOU 2009:4 s. 142

³ Robberstad (2009) s. 234

I den siste tiden har både ØKOKRIM og Skattedirektoratet ført flere saker som har dreid seg om hvor langt advokaters taushetsplikt bør rekke. De har anført at det er i fellesskapets interesse at skattemyndighetene, ØKOKRIM og andre myndighetsorganer får en viss innsynsrett i advokatkorrespondansen.

Grunnen til at ØKOKRIM og Skattedirektoratet har anført at det er til fellesskapets interesse å få en viss innsynsrett i advokatkorrespondansen, er muligens fordi advokatrollen har endret seg noe i takt med endringene i samfunnsforholdene. Næringslivet er blitt mer komplekst, transaksjonene mer internasjonale, og elektronikken har gjort at det er raskere og enklere å utføre en del handlinger.

Noen sider av advokatvirksomheten grenser opp i mot andre yrkesgruppers virksomhet, og advokater bør ikke utgjøre en “safe haven” for kriminelle i forhold til andre yrkesgrupper.

I disse nyere rettsavgjørelsene er taushetspliktens grenser satt på prøve, både i forhold til hva som skal regnes som “egentlig” advokatvirksomhet og i forhold til opplysningsplikten i hvitvaskingsloven.⁴

I denne avhandlingen skal det drøftes hva begrepet “egentlig” advokatvirksomhet innebærer både i forhold til taushetsplikten og opplysningsplikten etter hvitvaskingsloven.

1.2 Avgrensning av tema

I kapittel 2 beskrives de rettslige grunnlag for advokaters taushetsplikt, hensynene bak taushetsplikten og hva som ligger i begrepet “egentlig advokatvirksomhet”. I kapittel 3 behandles advokaters rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven, samt lovens unntak fra

⁴ Se bl.a. Rt.2010 s. 1638, Rt. 2011 s. 1 og Oslo tingrett avsagt 22.02.2011, saksnr. 10-128469TVI-OTIR/07. Nevnte tingrettsdom ble anket av Skattemyndighetene, men saken ble begjært hevet av partene siden Thommessen har opplyst identiteten til skatteyteren etter at skatteyteren selv gikk ut i media og sa at det var ham som hadde mottatt de pengene.

en slik plikt, herunder generelt om utforming av hvitvaskingsreglene og hensynet bak hvitvaskingsloven i forhold til advokatvirksomhet.

Det er bare advokaters rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven som det redegjøres nærmere for. Problemstillinger som identitetskontroll, registrering og oppbevaring av opplysninger, samt kontroll og kommunikasjonsrutiner mv. behandles ikke. Spørsmål knyttet til selvinkriminering blir heller ikke berørt nærmere, men det nevnes at dette er en problemstilling som også er nært beslektet med oppgavens tema.

2 Advokaters taushetsplikt

2.1 Innledning

Den sentrale bestemmelsen som slår fast at advokater har taushetsplikt og at overtredelse av denne taushetsplikten kan medføre straffeansvar, finnes som nevnt innledningsvis i strl. § 144. Det er flere andre steder i lovverket hvor dette også berøres. Noen egen advokatlov finnes imidlertid ikke.

Advokatforeningen arbeider for å få en egen advokatlov som kan fastslå klientens rett til fortrolighet nærmere.

Bestemmelsen i strl. § 144 lyder slik:

“ Prester i statskirken, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, meklingsmenn i ekteskapsaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre og sykepleiere samt disses betjenter eller hjelpere, som rettsstridig åpenbarer hemmeligheter, som er dem eller deres foresatte betrodd i stillings medfør, straffes med bøter eller fengsel inntil 6 måneder.

Offentlige Paatale finder alene Sted efter fornærmedes Begjæring, eller hvor det kræves af almene Hensyn”.

Det er et begrenset rettskildemateriale som knytter seg til strl. § 144. I motsetning til for eksempel leger, som også omfattes av strl. § 144, har vi som nevnt ingen underliggende bestemmelser om hva advokaters taushetsplikt nærmere består i. Forarbeidene er heller ikke noe omfattende. Videre er det lite rettspraksis og juridisk teori som knytter seg direkte til strl. § 144. Et naturlig utgangspunkt blir således å tolke strl. § 144 ut i fra de øvrige bestemmelsene som regulerer taushetsplikten. Særlig relevante er reglene om vitneforbud i straffeprosessloven (strpl) § 119 og tvisteloven (tvl) § 22-5.

Strpl. § 119 og tvl. § 22-5 setter skranke for retten til å kunne mottar forklaring fra advokater om noe som er “betrodd dem i deres stilling”.

Taushetsplikten er av gammel dato. Allerede i det fjerde århundre ble en tilsvarende ed, den hippokratiske ed, avlagt av leger. Den hippokratiske ed lyder slik:

*“Alt som kommer til min viten under utøvelsen av mitt yrke eller i dagligsamkvem med mennesker, som ikke burde bli kjent for andre, vil jeg holde hemmelig og aldri avsløre”.*⁵

Taushetsplikten er sprunget ut av samfunnsmessige interesser. For leger er det av samfunnsmessig interesse å opprettholde den alminnelige sunnhet.⁶ Advokater ivaretar også viktige samfunnsmessige interesser, særlig knyttet til rettssikkerhet. Det er av samfunnsmessig interesse at advokater kan bistå og opptre på vegne av sine klienter i rettssaker og kan gi fortrolige rettsråd til klienter. Enhver borger må kunne ha anledning til å kontakte advokat og søke rettsråd eller rettshjelp, uten å kunne risikere at advokaten bringer dette videre til påtalemyndighetene, domstolen eller andre.

Konsekvensene ved brudd på taushetsplikten kan som nevnt innebære straff med bøter eller fengsel inntil 6 måneder, jf. strl. § 144. I tillegg kan advokater miste retten til å drive advokatvirksomhet, jf. strl. § 29 nr. 2. Dersom advokaten har tilknytning til et advokatfirma, kan også advokatfirmaet ilegges foretaksstraff i form av bøter, jf. strl. § 48 a. Det er ikke noe vilkår at ledelsen i advokatfirmaet kan klandres.⁷ Videre kan brudd på taushetsplikten innebære brudd på reglene om god advokatskikk, noe som innebærer at advokaten kan få reaksjoner fra Disiplinærnemnda.⁸ Advokaters opptreden kan imidlertid være uetisk selv om det ikke fører til disiplinære følger.⁹ Advokaten risikerer også å miste advokatbevillingen.

⁵ Den hippokratiske ed blir tradisjonelt sverget av leger. Det er antatt at den er skrevet i det fjerde århundre f.Kr. av Hippokrates.

⁶ Lous (1960) s. 30.

⁷ Kommentarutgaven til straffeloven note 427 (Gyldendal Rettsdata)

⁸ Se advokatforskriften kap 12, pkt 1.1 som omhandler reglenes formål

⁹ Haraldsen (2005) s. 9

2.2 Hensynet bak advokaters taushetsplikt

2.2.1 Hensynet til tillitsforholdet mellom advokat og klient

Det overordnede hensyn bak advokaters taushetsplikt, er som nevnt å legge forholdene til rette for et tillitsforhold mellom advokat og klient.¹⁰

I Rt. 2010 s.1638 som omhandler rekkevidden av advokaters taushetsplikt etter strpl. § 119 og § 210, samt omfanget av advokaters plikt til å rapportere mistenkelige transaksjoner etter hvitvaskingsloven (hvv) § 18 uttaler Høyesterett at taushetspliktens begrunnelse er å beskytte fortroligheten mellom klient og advokat.¹¹

I den nevnte saken ble Advokatfirmaet Thommessen AS pålagt av både tingretten og lagmannsretten å utlevere opplysninger om hvem som var mottaker av tre spesifiserte overføringer over firmaets klientkonto. Opplysningene om de tre transaksjonene hadde direkte tilknytning til et forlik. Advokatfirmaet Thommessen AS hevdet at slike opplysninger var vernet av advokaters taushetsplikt og anket saken til Høyesterett.

Høyesterett slår imidlertid fast at navnet på en klient omfattes av taushetsplikten og kan ikke oppgis til myndighetene uten klientens samtykke. Det samme gjelder pengeoverføringer som skjer som en integrert del av advokaters egentlige advokatvirksomhet.

2.2.2 Hensynet til vern av private interesser

Retten til privatliv er et grunnleggende prinsipp i en rettsstat, og anses som menneskerettighetenes grunnmur. Enhver person har alminnelig rett til privatlivets fred.¹²

¹⁰ NOU 2009:4 s.143 punkt 9.2.1.3

¹¹ Rt. 2010 s. 1638 avsnitt 33. Dette har også kommet frem i Rt. 2006 s. 633

¹² Se Rt 1952 s. 1217 hvor en tidligere forbryter som hadde sonet sin straff, var blitt brukt som modell for en filmrolle. Etter en interesseavveining kom retten til at filmen ikke kunne vises fordi den blant annet ville virke støtende på den alminnelige rettsfølelsen.

Retten til et privatliv er nedfelt i flere konvensjonsbestemmelser. En sentral bestemmelse finnes i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8. En tilsvarende bestemmelse finnes i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og i barnekonvensjonen (BK). Hensynet til vern av private interesser står også sentralt i EUs personverndirektiv (95/46 EF) som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen. Det bør være opp til den enkelte selv å bestemme hva andre skal få vite om hans egne personlige forhold.

For å ivareta personvern hensynet er det også viktig å ha lovregler som forhindrer advokaten m.fl. fra å videreformidle informasjon som han mottar fra klienten, og dette er således også et av hensynene bak taushetsplikten.

2.2.3 Hensynet til materielt riktige avgjørelser

I reglene for god advokatskikk punkt 2.3.1 annet ledd står følgende:¹³

“Advokaters plikt til å bevare taushet om opplysninger han mottar, fremmer rettspleien så vel som klientens interesser og har derfor krav på en særlig beskyttelse fra statens side”.

Uten taushetsplikten, ville mange unnlatt å gi uttømmende opplysninger til advokaten. Målsetningen om å treffe materielt riktige avgjørelser ville da svekkes og rettspleien ville ikke fremmes.

For at advokater skal kunne gi riktige råd, må klienten kunne gi uttømmende informasjon i trygg forvisning om taushetsplikten. Dette får betydning i valg av strategier, ofte mulighet til å unngå rettslige skritt, samt fremforhandle forlik.

2.2.4 Hensynet til vern av advokaters uavhengighet

I de etiske reglene fastsatt av den europeiske advokatforeningen (CCBE), er uavhengighetskravet fremhevet som et overordnet og viktig prinsipp.¹⁴ Norske regler

¹³ Advokatforskriften kap. 12 punkt 2.3.1

¹⁴ Knudtzon & Omsted s. 278

om advokaters uavhengighet ble utformet etter mønster av disse reglene¹⁵ og er hjemlet i advokatforskriften kapittel 12 punkt 2.1.1.

Kravet til advokaters uavhengighet er begrunnet i flere hensyn. Først og fremst er det hensynet til klienten. Det er av grunnleggende betydning at advokaten er uavhengig av andre hensyn hvis han skal kunne opptre som en objektiv og nøktern forsvarer eller rådgiver for sin klient.¹⁶ Uavhengighet er også viktig hvis advokaten skal beholde klientens tillit. Klientens tillit ville svekkes hvis han visste at advokaten var avhengig av andre interesser enn klientens.

Uavhengighet er dessuten viktig av hensyn til advokaten selv, og utførelsen av hans arbeid. For at advokaten skal kunne oppfylle den rollen han har i samfunnet er det nødvendig at han er uavhengig og ikke identifiseres med sin klient.

Advokater skal ikke bare gi klienten råd, men skal også for eksempel avdekke myndighetenes feil og maktmisbruk. Dette forutsetter at advokaten ikke kan instrueres av myndighetene. En slik uavhengighet er ansett som en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti.

Advokaters uavhengighet gjelder i følgende fire relasjoner;¹⁷

- uavhengighet i forhold til motparten
- uavhengighet i forhold til klienten
- uavhengighet i forhold til andre og
- uavhengighet i forhold til oppdraget

Det bemerkes at det er en pågående debatt om norske advokater er tilstrekkelig uavhengige i forhold til myndighetene. I Norge er advokater underlagt Tilsynsrådet for advokatvirksomhet som er et statelig organ. Tilsynsrådet for advokatvirksomhet har som oppgave bl.a. å føre tilsyn med praktiserende advokater og rettshjelpere. Dette innebærer blant annet at staten kontrollerer og sanksjonerer advokater, noe som strider

¹⁵ Haraldsen (2005) s. 32

¹⁶ Haraldsen (2005) s. 33

¹⁷ Haraldsen (2005) s. 34

med uavhengighetsprinsippet. I den vestlige verden er denne ordningen ganske unik for Norge. I andre vestlige land er advokater selvregulerende gjennom de nasjonale advokatforeningene. Advokatforeningens leder, Berit Reiss-Andersen, sier at denne ordningen som vi har i dag, er en svakhet ved Norges rettssamfunn.¹⁸

2.3 Hvem som vernes av taushetsplikten

Straffeloven § 144 har ingen presisering av hvem som har krav på hemmelighet. I henhold til NOU 2009:4 er det i utgangspunktet *“innehaveren av det retts gode, eller en slik interesse som vedkommende straffebud tar sikte på å beskytte, som vernes av taushetsplikten”*.¹⁹

Det er på det rene at advokaters klienter beskyttes av taushetsplikten. Dersom det oppstår tvil om det foreligger et klientforhold eller ikke, skal man vurdere hvorvidt personen som har gitt opplysningene hadde en berettiget forventning om å bli betraktet som klient.²⁰

Også andre som har betrodd seg til advokat, f.eks. vitner, slektninger eller kolleger av klienten, omfattes av advokaters taushetsplikt.²¹ Det er heller ikke noe tvil om at den som oppsøker en advokat for å få råd, er vernet av taushetsplikten, selv om advokaten ikke påtar seg oppdraget.²² Klientens motpart er derimot ikke beskyttet av taushetsplikten, men opplysninger en advokat har om klientens motpart, må behandles med fortrolighet.²³ Det vil være uten betydning om opplysningene er mottatt fra advokatens klient, motparten selv eller av andre.

¹⁸ www.advokatforeningen.no

¹⁹ Se NOU 2009:4 s. 144

²⁰ Svalheim (1996) s. 54

²¹ Wilhelmsen og Woxholth (2003) s. 29

²² Haraldsen (2005) s. 53

²³ Haraldsen (2005) s. 53

Taushetsplikten beskytter både fysiske og juridiske personer. Dersom det er en juridisk person som har krav på taushetsplikt, kan den personen som har fullmakt til å opptre på selskapets vegne via samtykke frita advokaten fra taushetsplikten.

2.4 Hva som vernes av taushetsplikten

Det er “hemmeligheter” som er betrodd” advokaten i “stillings medfør” som omfattes av taushetsplikten, jf. strl. § 144.

For at advokaten skal kunne straffes etter denne bestemmelsen, må de opplysningene som blir gitt til uvedkommende være rettsstridige.²⁴

2.4.1 “Hemmeligheter”

Det beror på en konkret vurdering hva som er en “hemmelighet”. Opplysninger kan være hemmelige selv om flere personer har kjennskap til faktum.²⁵ Opplysninger som er alminnelig kjent, for eksempel fordi de har vært beskrevet i media, anses ikke som “hemmeligheter”.²⁶ Å avgjøre hva som er alminnelig kjent kan tidvis være utfordrende, men de forskjellige hensynene som ligger bak taushetsplikten, samt reelle hensyn tilsier at det legges en streng vurdering til grunn.²⁷

Det er ikke noe krav at klienten har ytret ønske om hemmelighold. Klienten trenger verken direkte eller indirekte å gi advokaten pålegg om taushetsplikt.

Fortrolighetsprinsippet tilsier at advokaten ikke skal videreformidle opplysninger han mottar av sin klient, eller om sin klient, og bør i utgangspunktet ha den innstilling at alt han mottar av/om sin klient er “hemmeligheter”.²⁸

Hvorvidt en person har oppsøkt advokat eller ikke, er taushetsbelagt “hemmelighet”. I sin bok nevner Svalheim en så i utgangspunktet nøytral opplysning som at en person

²⁴ Advokaters taushetsplikt under press? (2010) s. 17

²⁵ Svalheim (1996) s.102

²⁶ Svalheim (1996) s.102

²⁷ Svalheim (1996) s. 102

²⁸ “føre-var-prinsippet” jf. Svalheim (1996) s.103

oppsøker en kjent skilsmisseadvokat.²⁹ En så objektiv opplysning kan være viktig informasjon for den ektefelle som vurderes å bli forlatt. Kanskje klienten ombestemmer seg, men ektefellen har hørt om advokatkontakten. Dette er et enkelt men godt eksempel på hvor viktig advokaters taushetsplikt er. I Rt. 2010 s.1638 har Høyesterett slått fast at opplysninger om klientforholdet er taushetsbelagt.

2.4.2 “Betrodd”

I Rt 2006 s. 1071 som gjaldt spørsmålet om hvilke opplysninger som er vernet av taushetsplikten, uttalte Høyesterett følgende om hvilke opplysninger som kan anses “betrodd” en advokat:

“Det er på det rene at begrepet betroelser ikke bare omfatter informasjon gitt i fortrolige samtaler mellom klient og advokat. I forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i tvistemålsloven § 205 understrekes det uttrykkelig at begrepet ikke kan tas så bokstavelig.”³⁰

Høyesterett henviser videre til forarbeidene til tvistemålsloven § 205.³¹ I forarbeidene til denne bestemmelsen står det at betroelser *“kan skje ikke bare i ord, men også i gjerning, f.eks. der en person lar seg undersøke av en lege eller overgir dokumenter til en sakfører til gjennomsyn”*

I denne avgjørelsen fastslår Høyesterett at det ikke bare er det som er fortalt advokaten som anses som “betrodd” i lovens forstand.³² Også det som fremgår av overleverte eller innhentede dokumenter er vernet av taushetsplikten. Dette har også blitt lagt til grunn i senere avgjørelser, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 1638. Skoghøy sier videre at også opplysninger som en advokat har innhentet fra tredjemann i anledning av oppdraget, anses som vernet av taushetsplikten.³³

²⁹ Svalheim (1996) s. 103

³⁰ Rt. 2006 s. 1071 avsnitt 18 f.f

³¹ Se Rt. 2006 s. 1071, med henvisning til Ot.prp.1910 nr1 s. 181

³² Rt. 2006 s. 1071 avsnitt 21

³³ Skoghøy (2001) s. 572

Begrepet “betroelse” skal forstås vidt etter denne dommen, og omfatter alt som advokaten innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten. Dette har også blitt lagt til grunn i senere avgjørelser, jf. bl.a. LB-2007-186750.

En naturlig forståelse av ordlyden i strl. § 144 tilser at det er bare opplysninger som er “betrodd” advokaten som vernes av taushetsplikten.

Det følger imidlertid av rettspraksis og juridisk teori at det er kommunikasjonen mellom advokat og klient som vernes.³⁴ Dette innebærer at også råd og vurderinger gitt fra advokat til klient, er omfattet av taushetsplikten.³⁵ De råd og vurderinger advokaten gir til sin klient vil normalt være basert på opplysninger advokaten mottar fra klienten. Dersom advokaten hadde vært pliktig til å forklare seg om de råd han har gitt til sin klient, ville risikoen for å avsløre “betrodde hemmeligheter” være stor.

2.4.3 “I stillings medfør”

Advokaters taushetsplikt skal etter strl. § 144 gjelde betroelser som advokaten har mottatt i “stillings medfør”. Dette innebærer at betroelsen må ha skjedd overfor advokaten i utøvelsen av advokatyret, ikke som privatperson eller i egenskap av annet.

Det er ikke noe betingelse at betroelsen er mottatt mens advokaten har vært “i tjeneste”.³⁶ Også opplysninger mottatt, for eksempel, på en fest kan omfattes av advokaters taushetsplikt. Det må imidlertid være en viss sammenheng mellom betroelsen og advokaters yrkesområde.³⁷

Det stilles heller ikke noe krav til at advokaten må drive selvstendig advokatvirksomhet. Taushetsplikten gjelder også i de tilfellene hvor advokaten er ansatt som funksjonær i et større selskap, eller en forening, for å ivareta selskapets eller foreningens spesielle juridiske problemer.³⁸

³⁴ Svalheim (1996) s. 122 og Rt. 1992 s. 949

³⁵ Se LB-2011-051580

³⁶ Bratholm (1997) s. 212

³⁷ Norsk lovkommentar - straffeloven (Gyldendal Rettsdata) note 1149

³⁸ Se bl.a. Lous (1960) s. 30, RG 1981 s. 777 (s.780) og Rt. 2000 s. 2167

2.4.4 “Åpenbarer”

I begrepet “åpenbarer” ligger det at en person som ikke har krav på å få vite om forholdet, gjøres kjent med det.³⁹ På hvilken måte advokaten åpenbarer opplysninger er uten betydning. Det er også uten betydning om den personen som har mottatt opplysningene, selv har lovbestemt taushetsplikt. I dette ligger, at også opplysninger meddelt til advokaters kolleger kan anses som “åpenbaring”.⁴⁰

2.4.5 “Rettsstridig”

En forutsetning for brudd på taushetsplikten, er at videreformidlingen er “rettsstridig”. Dette innebærer at dersom klienten samtykker, eller det er andre lovbestemmelser som pålegger advokaten opplysningsplikt, vil ikke videreformidling av opplysninger være straffbart.⁴¹

Videreformidling av taushetsbelagt informasjon er ikke “rettsstridig” når det for eksempel foreligger nødrett, jf. strl. § 47, når man avverger visse alvorlige forbrytelser, jf. strl. § 139, når man forhindrer at uskyldige blir straffet, jf. strl. § 172 eller når tungtveiende offentlige interesser gjør det rettmessig, for eksempel advokaters rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven, jf. hvvl. § 18 første ledd.

2.5 Taushetsplikt og vitneforbudet – strpl. § 119 og tvl. § 22-5

Utgangspunktet i norsk rett er at enhver som blir bedt om det har plikt til å forklare seg overfor retten, jf. strpl. § 108 og tvl. § 21-5. Vitneplikten er begrunnet i samfunnets ønske om at det treffes materielt riktige avgjørelser.⁴² Reelle hensyn taler også for at rettsavgjørelsene blir så riktige og rettferdige som mulig.

³⁹ Bratholm (1997) s. 211

⁴⁰ Norsk lovkommentar - straffeloven (Gyldendal Rettsdata) note 1147

⁴¹ Svalheim (1996) s. 9

⁴² Lous (1960) s.61

Forutsetningen for vitneplikten er imidlertid at man får individuell innkalling som vitne.⁴³ Slik innkalling kan også advokater få. Lovgiver har derfor ansett det nødvendig å regulere forholdet mellom advokaters taushetsplikt og vitneplikt der det oppstår kollisjoner mellom disse pliktene.

Etter strpl. § 119 jf. tvl. § 22-5 første ledd, må retten ikke uten samtykke av den som har krav på hemmelighet, ta imot forklaring av *“prester i statskirken, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, meklingsmenn i ekteskapsaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre eller sykepleiere om noe som er betrodd dem i deres stilling”*. Det samme gjelder underordnede og medhjelpere, jf. stpl. § 119 annet ledd og tvl. § 22-5 første ledd annet punktum.

Begrunnelsen for vitneforbudet for advokater m.fl. er at folk skal kunne søke profesjonell behandling, råd og hjelp uten at *“opplysninger de i den forbindelse gir, skal komme ut eller bli gitt videre”*, jf. Rt. 2010 s. 1638 og Rt. 2006 s. 633 med videre henvisninger.

Etter en tolkning av ordlyden i strpl. § 119 og tvl. § 22-5 kan man fastslå at bevisforbudet gjelder også for dokumentet, i den utstrekningen forhold som omfattes av advokaters taushetsplikt, er kommet til uttrykk i dokumentet.

Det er imidlertid slik, at ikke alt som er betrodd en advokat m.fl. omfattes av vitneforbudet. En advokat har som nevnt taushetsplikt bare når opplysningene er *“betrodd ham i hans stilling”*.⁴⁴ Utrykket *“stilling”* må tolkes innskrenkende.⁴⁵ Rent private betroelser faller for eksempel utenfor, jf. Rt. 1992 s. 894. Videre er det bare opplysninger som gis innenfor advokatvirksomhetens *“kjerneområde”*, det vil si juridisk

⁴³ Andenæs (2009) s. 191

⁴⁴ Se punkt 2.4.2 og 2.4.3

⁴⁵ Hov (2007) s. 302

bistand og rådgivning, som vernes av vitneforbudet.⁴⁶

2.6 EMK art 8 – retten til respekt for privatlivet

Advokaters taushetsplikt er også nedfelt i EMK. EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.⁴⁷

EMK art 8 lyder:

“ 1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”.

Konvensjonsbestemmelsen oppstiller med andre ord et forbud mot at offentlige myndigheter griper inn i borgernes private sfære, med mindre tre kumulative vilkår er oppfylt; det må foreligge hjemmel, inngrepet må være nødvendig i en rettsstat og inngrepet må fremme et av de angitte formål.⁴⁸ Hjemmelen må etter Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMDs) praksis være *tilstrekkelig presis, tilgjengelig og forutsigbar*. Borgerne skal kunne forutberegne når staten skal kunne gjøre inngrep i deres rett til privatliv og korrespondanse. Kravet om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn, innebærer at det må være forholdsmessighet mellom tyngden av inngrepet og dets formål.⁴⁹ Når det gjelder formålet med inngrepet, angir EMK art. 8 selv hvilke momenter det er relevant å vektlegge.

⁴⁶ Se Hov (2007) s. 303 og Andenæs (2009) s. 216

⁴⁷ Jf. menneskerettighetsloven §§ 2 og 3

⁴⁸ Hjort og Torgersen -TFS 2008-1 s. 124 (Gyldendal Rettsdata)

⁴⁹ NOU 2009:4 side 72 og Rt.2008 s. 158

En kan ikke ut fra ordlyden slå fast at det foreligger noe hjemmel for advokaters taushetsplikt. Bestemmelsen er til for å beskytte mot inngrep i den private sfære. EMD har imidlertid flere ganger slått fast at advokatens taushetsplikt er beskyttet etter EMK art 8 første ledd.⁵⁰ Dette innebærer at inngrep bare kan skje for de formål som er nevnt i art. 8 annet ledd og på de vilkår som er angitt i bestemmelsen.

Ved inngrep i taushetsplikten må det alltid foretas en avveining mellom den byrden borgerne påføres og den nytten samfunnet oppnår.

EMK utgjør altså en skranke ved tolkning av norske regler som gjelder taushets- og opplysningsplikt for advokater. Det har blant annet i flere land i Europa vært stilt spørsmål ved, og endog reist saker om, opplysningsplikten som følger av hvitvaskingsdirektivene er i strid med EMK.

2.7 Andre konvensjonsbestemmelser

Det finnes også andre konvensjonsbestemmelser som begrenser eller hindrer myndighetene adgang til å foreta seg handlinger som gjør innhugg i advokaters taushetsplikt. Eksempel på dette er EMK art 6 og tilleggsprotokoll 1 art. 1.

EMK art. 6 slår fast at retterganger skal være rettferdige. Alle har krav på “fair hearing”. I straffesaker kan reglene om taushetsplikt og fortrolighet sees i sammenheng med forbudet mot selvinkrimineringen, jf. EMK art 6 bokstav c. Men også i sivile saker skal en klient kunne stole på at det han sier til sin advokat vernes av taushetsplikten. Det er bare på denne måten en advokat kan forsvare sin klient “etter best evne”, noe som kreves etter reglene for god advokatskikk, jf. advokatforskriften kap. 12 punkt. 1.2

EMK art. 6 får imidlertid anvendelse bare i saker hvor det skal treffes avgjørelse om “civil rights and obligations” eller “criminal charge”. I kjernen til “civil rights and

⁵⁰ Se bl.a. sak Niemietz vs. Tyskland av 16. desember 1992 og Sallinen vs. Finland av 27. desember 2005 som tar for seg inngrep i den private sfære i forbindelse med etterforskning av straffbare forhold. Den private sfære er også beskyttet i sivile saker. Se også Rt. 2008 s. 158

obligations” ligger det vi kaller privatrettslige rettsforhold.⁵¹ Begrepet “civil rights and obligations” skal imidlertid tolkes autonomt. Det er uten betydning om saken anses for å være privatrettslig eller offentligrettslig i vedkommende medlemsstat.⁵² Det avgjørende er hva som anses som “privatrettslig” i konvensjonens forstand. Videre rammer den bare inngrep som leder til at rettergangen ikke lenger blir “fair”.

Men retten til fortrolig kommunikasjon med sin advokat er ikke ubegrenset. Det er adgang for myndighetene til å gripe inn i taushetsplikten der advokaten selv er mistenkt for straffbart forhold. Dette har kommet til uttrykk blant annet i Rt. 2011 s. 296 som gjaldt beslag av datalagret informasjon hos en advokat som var mistenkt for økonomisk kriminalitet. Høyesterett fastslo at beslaget ikke var i strid med EMK art. 8 eller 6. Videre er det adgang for myndighetene til å gripe inn når det er grunn til å tro at advokaten vil medvirke til bevisforspillelse eller hvor inngrepet ikke berører klienten selv.

Tilleggsprotokoll 1 art 1 verner retten til respekt for eiendomsretten, og gir med det et vern mot undersøkelser og beslag av fast eiendom eller gjenstander som rommer taushetsbelagte opplysninger.⁵³ Heller ikke denne bestemmelsen gir ubegrenset vern. Tilleggsprotokoll 1 art 1 annet punktum gir medlemsstatene en vidtrekkende unntaksadgang og en betydelig skjønnsmargin når det gjelder retten for eiendomsrett.⁵⁴

2.8 Reglene for god advokatskikk

Brudd på taushetsplikten kan også innebære brudd på reglene om god advokatskikk. Reglene om god advokatskikk er utarbeidet av Advokatforeningen, og i sin helhet tatt inn i advokatforskriften som kapittel 12 ved kongelig resolusjon. Dette innebærer at reglene gjelder for alle advokater uavhengig av om advokaten er medlem i Advokatforeningen eller ikke.⁵⁵

⁵¹ Advokaters taushetsplikt under press? (2010) s. 27

⁵² Advokaters taushetsplikt under press? (2010) s. 27

⁵³ Advokaters taushetsplikt under press? (2010) s. 32

⁵⁴ Advokaters taushetsplikt under press? (2010) s. 25

⁵⁵ Haraldsen (2005) s. 9

De første spor av etiske regler for Advokatforeningens medlemmer var å finne ved foreningens stiftelse i 1908, men skrevne regler for god advokatskikk fikk foreningen først i 1946. Dette til tross for at foreningen i mange år innen dette hadde håndhevet justis på grunnlag av hva som var ansett som god advokatskikk.⁵⁶

Reglene om god advokatskikk er harmonisert med reglene som Den europeiske advokatororganisasjonen (CCBE) har vedtatt, og som 18 europeiske land, blant annet Norge, har tiltrådt.⁵⁷ CCBE-reglene gjelder for advokatvirksomhet over landegrensene. Reglene er imidlertid ikke identiske.

Hovedregelen om advokaters taushetsplikt finner vi i bestemmelsens punkt 2.3.2. Etter denne bestemmelsen skal en advokat *“overholde den taushetsplikt som han er pålagt gjennom lovgivningen”*.

Bestemmelsens punkt 2.3.2 første ledd oppstiller altså ingen hjemmel for taushetsplikt, men henviser kun til eksisterende lovgivning. Denne bestemmelsen er ikke begrenset til taushetsplikt som er beskyttet etter strl. § 144. Den omfatter brudd på lovbestemmelser om taushetsplikt generelt.⁵⁸

Etter annet ledd skal således en advokat behandle opplysningene han får av klienten med fortrolighet, også når opplysningene ikke omfattes av hans lovbestemte taushetsplikt. Bestemmelsen som pålegger advokater fortrolighetsplikt lyder slik:

“Opplysninger advokaten blir kjent med i sitt virke som advokat behandles fortrolig også når opplysningene ikke omfattes av hans lovbestemte taushetsplikt. Plikten til fortrolighet er ikke tidsbegrenset”.

⁵⁶ Haraldsen (2005) s. 8

⁵⁷ Haraldsen (2005) s. 9

⁵⁸ Svalheim (1996) s. 33

Fortrolighetsplikten er ikke begrenset til “hemmeligheter” eller “betroelser”, men omfatter enhver opplysning som advokaten blir kjent med i sitt virke som advokat, uavhengig av hvorledes opplysningene har kommet til advokatens kunnskap.⁵⁹ Det er imidlertid unntak når det gjelder opplysninger en advokat har mottatt som privatperson uten sammenheng med advokatvirksomheten eller dersom opplysningene er allment kjent.

Fortrolighetsplikten er heller ikke absolutt, på samme måte som taushetsplikten. Men når det gjelder fortroligheten, står advokaten friere til selv å vurdere hvorvidt, og i hvilken grad, han skal ut med opplysningene. Advokaten må vurdere om videreformidling av opplysningene kan være uheldige eller skadelige for den personen som har meddelt dem, eller for den personen som opplysningene angår. Hvis det er tilfelle, bør advokaten avstå fra å bringe opplysningene videre. Advokatens vurderinger må alltid være forsvarlige.⁶⁰

2.9 Taushetspliktens grenser ved ulike typer advokatvirksomhet

2.9.1 Innledning

Norsk rett har ingen eksplisitt lovbestemmelse som fastslår omfanget av advokatenes arbeidsområde eller hva som er “egentlig” advokatvirksomhet. Domstoloven bruker uttrykket “advokatvirksomhet”. I straffeloven brukes uttrykket “i stillings medfør”. Ingen av bestemmelsene inneholder imidlertid noen definisjon av hva disse uttrykkene omfatter,⁶¹ men ved bruk av de forskjellige rettskildefaktorene kan man likevel fastslå omfanget av advokaters arbeidsområde, samt definere hva begrepet “egentlig” advokatvirksomhet er.

I det følgende gjøres innledningsvis rede for hva slags virksomhet advokater kan drive i egenskap av å være advokat. Videre foretas en vurdering av advokatvirksomhetens “kjerne”, eller den “egentlige” advokatvirksomhet.

⁵⁹ Haraldsen (2005) s. 51

⁶⁰ Haraldsen (2005) s. 51

⁶¹ Halvorsen (1997) s. 52

2.9.2 Generelt om advokatvirksomhet

Ut fra bestemmelsene i domstolloven gir advokatbevillingen grunnlag til å drive to typer virksomhet. For det første gir den grunnlag til å drive rettshjelpsvirksomhet, jf. domstolloven(dl) § 218. For det andre gir advokatbevillingen, etter en tolkning av dl. § 231 første ledd tredje punktum, mulighet til å drive andre former for virksomhet så lenge vedkommende har den nødvendige bevillingen til slik annen virksomhet.⁶² Et eksempel kan være bevilling til å drive eiendomsmegling etter eiendomsmeglingsloven. Det er likevel slik at virksomhet som drives i medhold av annet enn advokatbevilling, ikke regnes som advokatvirksomhet, jf. dl. § 231 første ledd tredje punktum og er dermed ikke vernet av taushetspliktsbestemmelsene på samme måte som når det drives advokatvirksomhet.

Begrepet rettshjelpsvirksomhet er definert i dl. § 218 første ledd annet punktum. Med rettshjelpsvirksomhet etter denne bestemmelsen menes *“erhvervsmessig eller stadig yting av rettshjelp”*.

Med “erhvervsmessig” menes bl.a. at virksomheten har et økonomisk siktemål og bærer preg av å være forretningsmessig organisert, mens med “stadig” menes at rettshjelpsaktiviteten har et visst omfang.⁶³ Det er ingen nærmere regler i domstolloven om hva som ligger i begrepet “rettshjelp”.

I rettshjelploven § 2 som kan tolkes analogisk, står det at *“fri rettshjelp i form av fritt rettsråd og fri sakførsel gis av privatpraktiserende advokater eller av offentlige advokatkontorer”*. Denne bestemmelsen gir imidlertid ikke noen uttømmende liste over hva som ligger i begrepet “rettshjelp”.⁶⁴

⁶² TFF 2003-1 s. 5 (Gyldendal Rettsdata)

⁶³ Ot.prp.nr.7 (1990-1991) s. 74

⁶⁴ TFF 2003-1 s. 5 (Gyldendal Rettsdata)

Halvorsen har i sin bok skrevet at *“med rettshjelp forstår vi råd og bistand som ytes i rettslige anliggender i og utenfor rettergang”*.⁶⁵ Heller ikke dette gir gode holdepunkter når det gjelder beskrivelsen av advokatvirksomhetens forskjellige sider.

I forarbeidene til den tidligere rettshjelpsloven av 1913 heter det således:⁶⁶

“Uttrykket rettshjelp omfatter enhver juridisk assistance som ikke ved sakførerlovgivningen er forbeholdt advokater og sagførere, saaledes meddelelse av raad og veiledning, fortattelse av kjøpekontrakter, skjøter, testamenter, egtepakter og andre retshandelsdokumenter samt ansøkninger og anmeldelser til offentlige myndigheter i anliggender av retslig betydning. At indtage nogen definition i loven antages upaakrevet”.

Gjennom rettspraksis er det avklart at denne oppregningen ikke er uttømmende, jf. bl.a. Rt 1932 s.174. I tingrettsdom av 17. oktober 2002, TOSLO-2002-1177 som gjald kravet om erstatning under sikkerhetsstillelse for advokater, fant retten grunn til å drøfte innholdet i begrepet “advokatvirksomhet”, jf. dl. § 222. Det påpekes at rettspraksis som omhandler advokaters erstatningskrav for feil og forsømmelser har betydning ved tolkning av begrepet “advokatvirksomhet” i forhold til taushetsplikten.

Saken gjaldt en advokat som hadde bistått en bekjent i forbindelse med investering av kr 1,5 millioner i aksjer i et selskap hvor advokaten selv hadde en stor aksjepost. Etterhvert ville investoren selge aksjene sine. Advokaten foresto og bekreftet salget. Advokaten bekreftet at han skyldte investoren 1,8 millioner etter salg av aksjene. Utbetalingen på kr 1,8 millioner fant imidlertid ikke sted, og investoren gjorde kravet gjeldene mot forsikringsselskapet hvor advokaten hadde sin sikkerhetsstillelse. Selskapet anførte at investeringsrådgivning, kjøp og salg av aksjer ikke kunne anses som advokatvirksomhet. Forsikringsselskapet hevdet at det dreide seg om bistand advokaten utførte som privatperson. Forsikringsselskapet ble imidlertid dømt til å betale erstatning, i det retten etter en konkret bevisvurdering kom til at advokaten hadde handlet i egenskap av advokat og ikke som privatperson.

⁶⁵ Halvorsen (1997) s. 60

⁶⁶ Halvorsen (1997) s. 60 og Ot.prp.nr.3 (1913) s. 13

På spørsmålet om hva som anses som advokatvirksomhetens kjerne konkluderte retten med:

“Advokatvirksomhetens kjerne er det som omfattes av rettshjelpsmonopolet, det vil si den alminnelige rettsrådgivningen og oppdrag som prosessfullmektig”.⁶⁷

Videre fremgår av dommen at:

“... advokatvirksomhet omfatter også oppdrag som inkasso, formuesforvaltning, gårdsbestyrelse og i en viss utstrekning finansiell rådgivning og forretningsmessig assistanse. Utgangspunktet må være at virksomheter som erfaringsmessig er naturlig å oppfatte som advokatvirksomhet faller inn under dekningsområdet.”.⁶⁸

Også dl. § 231 fjerde ledd åpner for at advokater skal kunne delta i annen virksomhet som har naturlig tilknytning til advokatvirksomhet.

Dl. § 231 fjerde ledd lyder slik:

”Selskapet kan i tillegg til advokatvirksomhet bare drive virksomhet som har naturlig tilknytning til advokatvirksomheten“.

Lovgiverens siktemål er å åpne for fremvekst av selskaper som dekker et større faglig spekter.⁶⁹ Mange advokater har betydelig interesse i annen næringsvirksomhet, og konkurransemessige hensyn tilsier at de da skal kunne drive også med slik virksomhet, når den virksomheten de driver har naturlig tilknytning til advokatvirksomheten.⁷⁰ I

⁶⁷ Det samme er lagt til grunn i Rt.1997 s. 365 og Ot.prp.nr.7 (1990-1991)

⁶⁸ Se også Halvorsen (1997) s. 55

⁶⁹ Ot.prp.nr.7 (1990-1991) s. 68

⁷⁰ Se også uttalelsene til Arbeids – og administrasjonsdepartementet i Ot.prp.nr.7 (1990-1991) s. 63

Ot.prp.nr.7 (1990-1991) står følgende:⁷¹

“Et større advokatselskap som spesialiserer seg i bygnings – og entreprisrett, kan f.eks. finne det hensiktsmessig å ansette en bygningsingeniør som kan foreta eller innhente og vurdere tekniske utredninger om bygningsmessige forhold. Ingeniørens virksomhet vil da ha naturlig tilknytning til advokatvirksomheten. Betydningen av § 231 fjerde ledd ligger i at selskapet i så fall utad kan tilby rene tekniske tjenester ”.

Selv om oppdrag som bobestyrer, formueforvaltning, gårdsbestyrelse, forretningsfinansiell rådgivning osv.⁷² oppfattes som advokatvirksomhet, har rettspraksis⁷³ fastslått at det bare er advokatvirksomhetens kjerne – den “egentlige” advokatvirksomheten – som vernes av taushetspliktens bestemmelser.

Tillitsforholdet mellom advokat og klient tilsier at opplysninger som ikke omfattes av advokaters taushetsplikt, må likevel behandles med fortrolighet, jf. advokatforskriften kap. 12 punkt. 2.3.2 annet ledd.⁷⁴ Fortrolighetsplikten verner imidlertid ikke advokaten mot vitneplikten eller opplysningsplikt etter f.eks. hvitvaskingsloven.⁷⁵

2.9.3 Hvem som kan drive advokatvirksomhet

Advokatvirksomhet kan bare drives av advokater som har advokatbevilling etter dl. § 220. Advokatbevilling gis av Tilsynsrådet for advokatvirksomhet, jf. dl.§ 220 første ledd.

En person som ikke har bevilling til å drive advokatvirksomhet, er imidlertid ikke automatisk avskåret fra å utøve rettshjelpsvirksomhet.⁷⁶ Jeg går imidlertid ikke nærmere

⁷¹ Ot.prp.nr.7 (1990-1991) s. 68

⁷² Se Rt. 1997 s. 365 og TOSLO-2002-1177

⁷³ Se bl.a. Rt. 2010 s. 1638, Rt. 2008 s. 645 og Rt. 1999 s. 911

⁷⁴ Se pkt. 2.8

⁷⁵ Fortrolighetsplikten er nærmere drøftet i pkt. 2.8

⁷⁶ Se bl.a. strpl. § 95 annet ledd annet punktum, tvl. § 3-3 tredje og fjerde ledd og dl. § 218 annet, femte og sjette ledd.

inn på dette, men påpeker at andre “rettshjelpere” enn advokater ikke kan yte juridisk bistand under rettergang med mindre vedkommende har rett til å være prosessfullmektig eller forsvarer i medhold av lov eller særskilt tillatelse fra retten i den enkelte sak,⁷⁷ samt at de ikke har lovpålagt taushetsplikt etter strl. § 144. De kan imidlertid pålegges taushetsplikt ut fra f.eks. straffelovens alminnelige regler som er til vern av privatlivets fred eller ærekrenkelsesbestemmelsene.⁷⁸

Så lenge advokaten har advokatbevilling er det uten betydning om han jobber i et advokatfirma, for seg selv eller er ansatt hos “klienten”, såkalt internadvokat.⁷⁹ Denne siste gruppen reiser særlige problemstillinger som jeg ikke går nærmere inn på her, men nevner kort at det er en debatter knyttet til denne type advokater – særlig hvorvidt de har den nødvendige uavhengigheten som advokater skal ha.⁸⁰

2.9.4 Nærmere om den “egentlige” advokatvirksomheten

Advokatvirksomhet spenner over et stort område; fra å bistå siktede i straffesaker, være bistandsadvokat i barnefordelingssaker, til forskjellige typer rådgivning i forbindelse med klienters næringsvirksomhet. Det er et spørsmål om alle typer virksomhet som advokater driver er omfattet av advokaters taushetsplikt, eller om visse typer bistand faller utenfor.

Strl. § 144 skiller ikke mellom typer virksomhet en advokat kan drive, men opplysningene må være gitt i “stillings medfør”. Heller ikke forarbeidene til denne bestemmelsen sonderer mellom “egentlig” og “uegentlig” advokatvirksomhet.⁸¹

⁷⁷ Se nærmere på dl. § 218 annet, femte og sjette ledd

⁷⁸ Lous(1960) s. 31

⁷⁹ Se bl.a. Svalheim (1996) s. 41 og Rt. 2000 s. 2167

⁸⁰ Etikkk – ekspert Jeppe Normann har uttalt til Advokatbladet at Advokatforeningen bør seg på om internadvokater i det hele tatt skal ha det privilegiet å kunne kalle seg advokat. EU domstolen har i sak C-550/07 (Akzo) sagt at internadvokater omfattes ikke av reglene for beslagsfrihet. I Sverige blir ikke firmajurister (bolagsjurister) tatt opp i Advokatforbundet og har ikke rett til å kalle seg advokat.

⁸¹ Svalheim (1996) s. 91

Rettslig sett kan således spørsmålet være om all type advokatvirksomhet er innenfor det som lovgiver har ment å være i “stillings medfør” for advokater.

Advokater som bistår siktede i straffesaker, har i utgangspunktet ikke rett eller plikt til å gi påtalemyndighetene eller retten opplysninger som han har blitt kjent med under oppdraget.⁸² Dersom klienten for eksempel erkjenner skyld bare overfor sin advokat, kan advokaten ikke gi denne informasjonen videre så lenge klienten ikke har samtykket til dette. Advokaters taushetsplikt er i dette tilfellet absolutt, med mindre det er en fare for at en uskyldig blir dømt, eller at straffen overfor en uskyldig blir fullbyrdet, jf. strl. § 172. I slike tilfeller går advokaters opplysningsplikt foran hans yrkesmessige taushetsplikt. Dette er et helt grunnleggende prinsipp i vår rettsstat som må, og skal gå foran opplysningsplikten.

Advokaten kan imidlertid frasi seg oppdraget hvis han føler at det vil være i strid med advokatetikken å forsvare den siktede, men har ingen plikt til det. Frasigelse av oppdraget kan bare skje dersom dette ikke skader klientens interesser.⁸³

Å bistå som forsvarer i en straffesak er et eksempel på advokatvirksomhetens “kjerne” i forhold til taushetsplikten.

Et annet eksempel er når advokater bistår klienter i forbindelse med barnefordelingssaker. Er det uenighet om foreldreansvaret, hvem barnet skal ha fast bosted hos eller partene er generelt uenige om samvær, kan saken bringes inn for retten. Et slikt oppdrag er å anse som egentlig advokatvirksomhet, og er dermed klart vernet av advokaters taushetsplikt. Det er imidlertid ikke utelukket at advokaters taushetsplikt kan

⁸² Se f.eks. strl. § 144 og strpl. § 119

⁸³ Se “Retningslinjer for forsvarere” vedtatt av Representantskapet i Den Norske Advokatforening den 19.11.99 pkt. 6.1 annet og tredje ledd. Retningslinjene baserer seg på, og er en utdypning av Reglene for god advokatskikk, men er ikke en del av advokatforskriften. Det forutsettes likevel at retningslinjene blir lagt til grunn av de forsvarere som er medlemmer av Den Norske Advokatforening. Høyesterett har i Rt. 2001 s. 465 (Orderud I) i en annen sammenheng sagt at reglene om god advokatskikk, og Advokatforeningens retningslinjer for forsvarere skal tillegges stor vekt.

settes til side i de tilfellene advokaten har opplysninger av sentral betydning for et barns liv og oppvekstvilkår.⁸⁴

På den andre siden finnes det advokater som gir forskjellige typer rådgivning i forbindelse med næringsvirksomhet (forretningsadvokater).

Forretningsadvokaters oppgaver kan være av svært forskjellige art. Det kan for eksempel innebære å bistå med skatteplanlegging og å bistå med pengeoverføringer. Dette er en type virksomhet som kan være utenfor den "egentlige" advokatvirksomhet, og dermed også falle utenfor den beskyttelse som taushetsplikten favner.

Forretningsadvokater blir i dag konfrontert med oppdrag som er mer komplekse og internasjonale enn i tidligere tider. Advokater får ofte oppdrag som er omfangsrike og som omfatter en rekke forskjellige rettslige områder. Ved oppkjøp av store selskaper er det for eksempel ikke bare bistand med avtaleskriving og transaksjoner via klientkonti som må foretas. Andre oppgaver som vil være viktige i slike oppdrag er skatte- og avgiftsspørsmål, konsesjons/myndighetstillatelse, effekter for avtaleforhold med tredjemann osv. I et og samme oppdrag, må advokaten være både forhandler, mellommann og gi rettsråd.

Forretningsadvokaters virksomhet innebærer blant annet opprettelse av selskaper, stiftelse av organisasjoner, overdragelse, kjøp og salg av virksomhet, organisering/omorganisering av virksomhet, fusjoner, fisjoner og juridisk gjennomgang av virksomheter (due diligence). Opprettelse av kontoer for klienter i skatteparadis er et annet eksempel.

Behovet for forretningsjuridisk bistand har økt i takt med utvikling av næringslivet og globaliseringen. Som nevnt ovenfor går advokaters taushetsplikt foran bl.a. vitneplikten, og spørsmålet blir da hvor langt taushetsplikten skal rekke i de tilfellene advokaten bistår utenfor "egentlig" advokatvirksomhet.

Et annet spørsmål som oppstår er om taushetsplikten skal forhindre samfunnet i å bekjempe kriminalitet. Skal for eksempel pengeoverføringer via en advokats anonyme

⁸⁴ NOU 2009:4 s. 144

klientkonto kunne sette en effektiv stopper for muligheten til å avdekke og oppklare straffbare forhold, i motsetning til om de ble overført regulært via bankvesenet?

Advokater har ingen interesse av å verne svart økonomi, eller organisert kriminalitet. De har imidlertid en sterk interesse av å verne tillitsforholdet mellom advokat og klient. Som tidligere nevnt er det bare da advokater kan få fullstendig oversikt over faktum i saken. Det er et dilemma for både advokatene og samfunnet for øvrig.

Lovgiver har derfor på flere områder sett det nødvendig å gjøre innhugg i advokaters taushetsplikt, særlig i advokaters rådgivende virksomhet. Som nevnt ovenfor, er advokater, underlagt rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven. Også skattemyndighetene har rutinemessig krevd innsyn i advokatkorrespondansen.

Lovgiver har imidlertid holdt seg passiv når det gjelder å klargjøre grensen for når man omfattes av advokaters taushetsplikt og når man ikke gjør det. I rettspraksis er det imidlertid lagt til grunn at det bare er *“den egentlige advokatvirksomheten – juridisk bistand og rådgivning – i og utenfor rettergang”* som vernes av advokaters taushetsplikt.⁸⁵

2.9.4.1 Juridisk bistand i og utenfor rettergang

Juridisk bistand i rettergang anses som kjernen i advokatyrket, og omfatter ikke bare bistand med saker for tingretten, lagmannsretten eller Høyesterett, men også i saker for særdomstolene som f.eks. arbeidsretten, jordskifterettene, vergemålsretten, voldgiftsrett m.v.⁸⁶

Med bistand i rettergang siktes det ikke bare til opptreden under den muntlige hovedforhandlingen, men til utførelse av alle de trinn i rettergang som knytter seg til en

⁸⁵ Se bl.a. Rt.2010 s. 1638, Rt. 2008 s. 645 og Rt.1999 s. 911

⁸⁶ Lous (1966) s. 34

sak, fra forberedelse av forlikssklage til endelig dom faller i saken og utleveres klienten.⁸⁷

Før advokaten foretas seg noe, må han forberede saken. Advokaters bistand ved forberedelse av saken består av fire deler; innhenting av faktum, tolkning av rettsregler, bevisbedømmelse og subsumsjon. Tolkning av de aktuelle rettsreglene er en viktig del av advokaters virksomhet. Men for at advokaten skal kunne anvende rettsreglene på det foreliggende faktum, må han vite hva faktum er. Ofte vet ikke klienten selv hvilke faktum knyttet til saken som har betydning og hva som er uten relevans. Advokaten må derfor tidvis foreta undersøkelser i arkiver, snakke med vitner, foreta befaring av åsteder osv. Når faktum er brakt på det rene, må advokaten, i likhet med andre rettsanvendere, foreta en bevisbedømmelse.⁸⁸ Til slutt må advokaten foreta en subsumsjon, som innebærer å avgjøre om reglene passer på det foreliggende faktum.

Også juridisk bistand utenfor rettergang anses som “egentlig” advokatvirksomhet og er i utgangspunktet vernet av taushetsplikten. Med bistand utenfor rettergang siktes det blant annet til forhandling mellom partene i forbindelse med en rettstvist og megling som kan gå ut på at partene bringer konflikten til en frittstående instans som har myndighet til å megle mellom partene.

Oppgjør mellom partene via klientkonto som følge av en rettssak eller et utenrettslig forlik anses også som “egentlig” advokatvirksomhet, jf. Rt. 2010 s.1638 avsnitt 34 hvor Høyesterett sier at: *“Å besørge overførsel av penger til eller fra klienter over klientkontoen kan inngå som et helt ordinært ledd i en advokats egentlige advokatvirksomhet. [...] Hensynet bak taushetsplikten tilsier at alle ledd i et ordinært advokatoppdrag omfattes av taushetsplikten, også transaksjoner”*. Høyesterett uttaler i kjennelsen at opplysninger om størrelsen på beløpet som overføres etter at en sak er forlikt mellom to parter, vil kunne uthule det vernet som taushetsplikten er ment å gi

⁸⁷ Lous (1966) s. 33-34

⁸⁸ Boe (1996) s. 59

fordi man i slike tilfeller ikke sjelden kan slutte seg til innholdet i et forlik eller lignende dersom man vet størrelsen på beløpet.⁸⁹

Advokaters taushetsplikt gjelder etter denne avgjørelsen også når det er risiko for at pengene som overføres til klientkonto etter en tvist som ender med forlik, stammer fra en straffbar handling.⁹⁰ I kjennelsens avsnitt 35 fastslår Høyesterett at “*Det er nettopp når en person er i en presset situasjon, behovet for å kunne søke råd i fortrolighet kan være størst*”. I denne sammenheng henviser Høyesterett til Ot.prp.nr.13 1998-1999 s. 83 som omhandler helsepersonells taushetsplikt, men som etter Høyesterett gjør seg langt på vei gjeldende også for advokaters taushetsplikt.⁹¹ Også reelle hensyn tilsier at forarbeidene til helsepersonelloven skal gjøre seg gjeldende ved tolkning av advokaters taushetsplikt. Både advokaters og legers taushetsplikt begrunnes med at klienten/pasienten skal få hjelp og at opplysninger som kommer frem i denne forbindelsen skal behandles med fortrolighet.

I Ot.prp.nr.13 (1998-1999) s. 83 sier forarbeidene:

”Taushetsplikten begrunnes også med at pasienten skal få behandling. Dersom legen eller annet helsepersonell ikke hadde taushetsplikt, kunne pasienten unnlate å oppsøke hjelp av frykt for informasjonsflyt. Særlig aktuelt vil dette kunne være dersom pasienten har vært involvert i straffbare handlinger eller søker å unndra seg kontroll fra andre offentlige myndigheter. Et formål er nettopp at mennesker med behov for helsehjelp til seg selv, barn eller ev andre pårørende, skal oppsøke helsevesenet uavhengig av atferd eller livssituasjonen for øvrig. ... Tilsvarende vil pasienter som har oppsøkt lege kunne holde tilbake opplysninger av frykt for at legen bringer disse videre. Dette kunne medføre at legen fikk et utilstrekkelig beslutningsgrunnlag, som igjen ville kunne få uheldige følger for helsehjelpens innhold. Hensiktsmessig samhandling mellom

⁸⁹ Se avsnitt 34 i nevnte avgjørelse

⁹⁰ Pengene som ble overført til Thommessens klientkonto angivelig stammet fra straffbare handlinger begått av de tre tiltalte i den såkalt Fortuna saken. I ettertid har det vist seg at pengene stammet fra bedrageri. Oslo tingrett avsa dom mot de tre tiltalte 21.mars. 2011, saksnr. 09-134817MED-OTIR/06. Dommen er ikke rettskraftig

⁹¹ Se avsnitt 36 i nevnte avgjørelse

behandler og pasient forutsetter et tillitsforhold mellom partene. Taushetsplikten skal legge forholdene til rette for at pasienten føler trygghet med hensyn til å gi informasjon som kan være nødvendig for at helsepersonell skal kunne yte et best mulig hjelpetilbud. En frykt for informasjonsspredning vil kunne være et problem for helsevesenet.”

Også klientens navn i et ordinært advokatoppdrag omfattes av advokaters taushetsplikt etter denne avgjørelsen.⁹² Ved drøftelsen av dette spørsmålet gikk førstvoterende, dommer Øie, inn på rettspraksis og juridisk teori og konkluderte følgende i avsnitt 54:⁹³

“Etter en samlet vurdering av de nevnte kilder konkluderer jeg med at navnet på en klient i et egentlig advokatoppdrag må anses for å være omfattet av taushetsplikten. Dermed skal det ikke foretas noen nærmere vurdering av hvorvidt noe som kan anses for å være betrodd advokaten vil bli røpt dersom navnet på klienten blir kjent”.

2.9.4.2 Juridisk rådgivning

Juridisk rådgivning, og å gi rettsråd, er et sentralt felt i advokaters virksomhet. I NOU 2009:4 står følgende om juridisk rådgivning og bistandsfasen:⁹⁴

“Advokaters bistand består av rådgivning, formuleringsbistand og partsrepresentasjon. Advokaters innsats for å forebygge tvister er vel så viktig som å bidra til å løse allerede oppståtte konflikter. Taushetsplikten er derfor ikke begrenset til bare å gjelde i forbindelse med rettssaker og andre konflikter, men er også viktig i den tidligere rådgivnings – og bistandsfasen”

Et råd vil være en anbefaling om å gjøre eller unnlate noe. Selve avgjørelsen om hvorvidt rådet skal følges eller ikke, ligger hos klienten. Noen klienter lener seg imidlertid ukritisk på advokaters råd. Derfor må advokater opptre forsiktige både med

⁹² Dette nevnes også i pkt. 2.4.1

⁹³ Rettspraksis: Rt. 1999 s. 911 og Rt. 2006. s. 1071. Juridisk teori: Skoghøy (2001) s. 572

⁹⁴ NOU 2009:4 s. 143-144

hensyn til å finne ut hva klienten ønsker, og med sin egen vurdering om hva som vil være rett og rimelig for klienten.

Det er imidlertid vanskelig å trekke en klar grense mellom advokaters bistand utenfor rettergang og hans rådgivende virksomhet forøvrig.⁹⁵

Juridisk rådgivning kan for eksempel gå ut på å gi klienten råd om han burde gå til søksmål eller ikke angående et pengekrav. Advokaten må bygge sitt svar på de faktiske forholdene som finnes i saken. For å få fullstendig oversikt over de faktiske forholdene, må advokaten opptre på en måte som gjør at klienten får tillit til advokaten.

Taushetsplikten er et sentralt verktøy for å skape slik tillit.

Advokaters bistand består også ofte i å gi klienten råd om hvorledes han bør innrette seg fremover. Advokaten må f.eks. vurdere rettsvirkninger som kan følge av at klienten velger en bestemt fremgangsmåte.

Råd fra en advokat om hvordan klienten bør opptre i en konkret sak er vernet av taushetsplikten, og dermed unntatt fra vitneplikten, jf. Rt. 2010 s.740 som gjaldt spørsmålet om en utredning som kommunen hadde innhentet fra et advokatfirma i forbindelse med et vedtak om eiendomsskatt, skulle fremlegges som bevis i en rettssak. Utredningen inneholdt en vurdering av de rettslige spørsmålene og råd om prosessrisikoen knyttet til saken.

I denne avgjørelsen uttaler Høyesterett at: *“tvisteloven § 22-5 første ledd for advokatkorrespondansen, som riktignok etter ordlyden gjelder betroelser eller opplysninger fra klienten, [...] må antas å gjelde også for råd fra advokat til klient om hvordan klienten bør opptre i en konkret sak”*.⁹⁶

Samme utgangspunkt er lagt til grunn i Rt. 2000 s.2167 som gjaldt spørsmålet om et såkalt internt strategidokument utarbeidet av et team hos Esso, hvor bl.a en intern

⁹⁵ Lous (1966) s. 44

⁹⁶ Se avgjørelsens avsnitt 30

advokat hadde vært med å utarbeide dette strategidokumentet, skulle fremlegges som bevis. Dokumentene inneholdt juridiske råd i forbindelse med spørsmål om heving. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens uttalelser om at også slike juridiske råd er vernet av advokaters taushetsplikt. Rådgivning om hvorvidt en kontrakt skal heves, eller eventuelt om andre virkemidler er mer tjenlige, er etter rettens mening “typisk” advokatvirksomhet som vernes av advokaters taushetsplikt. Det faktum at det var en intern advokat som hadde utarbeidet utredningene ble ikke vektlagt. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler at spørsmålet om taushetsplikt må løses ut fra hva som i det enkelte tilfelle er det reelle forhold: *“Dersom det aktuelle dokument er et resultat av en rådgivning fra den ansatte advokats side som kan likestilles med den funksjon som en frittstående advokat ville hatt, vil taushetsplikten for de nevnte advokater være den samme”*.⁹⁷

2.9.4.3 Juridiske betenkninger

En spesiell form for juridisk rådgivning er juridiske betenkninger. Mange universitetsansatte jurister så vel som advokater, avgir jevnlig slike mot betaling. Med juridisk betenkning menes en omfattende utredning om de rettsregler og rettslige betraktninger som har betydning for det aktuelle tilfellet.⁹⁸ For eksempel; en person som har et enkeltmannsforetak, vurderer å stifte et aksjeselskap i stedet. Han har hørt at han som aksjonær kan få skjermingsfradrag, men vet ikke hva dette innebærer. Han går til en advokat for å få oversikt over de skatterettslige reglene, og for å finne ut av om det vil være skattemessig fordelaktig for ham å omorganisere seg. Da kan han gi en advokat i oppdrag å skrive en kort betenkning om dette. Et annet eksempel kan nevnes fra arveretten. En mann som vil at barna skal arve minst mulig, går til en advokat for å få oversikt over de sentrale reglene, og får en omfattende utredning av arveloven. Slike juridiske utredninger, anses også som “egentlig” advokatvirksomhet og er dermed vernet av taushetspliktens regler.⁹⁹

⁹⁷ Rt. 2010 s. 2167 (s.2173)

⁹⁸ Lous (1966) s. 46

⁹⁹ Rt. 2010 s. 740

I Rt. 2010 s. 740 var Høyesterett enig i lagmannsrettens rettslige utgangspunkt om at juridiske betenkninger vedrørende et tema i utgangspunktet er vernet av bevisforbudet.

Lagmannsretten hadde tatt følgende rettslig utgangspunkt:

*“Både rettsråd og det man kan kalle advokatkorrespondanse mellom klient og prosessfullmektig og juridiske vurderinger/betenkninger om et tema, må i utgangspunktet ansees for unntatt fra bevisfremleggingsplikten”.*¹⁰⁰

2.9.4.4 Annen rådgivende virksomhet

Tidvis kan advokater få spørsmål av sine klienter som er av ren økonomisk eller forretningsmessig karakter. Klienten spør for eksempel advokaten om hans mening om hvordan pengene bør plasseres. Enkelte advokater vil nok bistå med dette, mens andre vil henvise til mer kompetente finansrådgivere. Spørsmålet er om slik virksomhet er advokatvirksomhet i egentlig forstand?

Som så ofte er forretningsmessige og juridiske spørsmål vevet i hverandre og det er vanskelig å trekke et skarpt skille mellom juridisk rådgivning og annen rådgivende virksomhet. Så lenge de råd som er gitt kan sies å være av utelukkende økonomisk karakter, faller de etter min mening utenfor begrepet “egentlig” advokatvirksomhet.¹⁰¹

2.9.4.5 Annen form for bistand

Det er ikke alltid slik at klienten bare trenger råd fra sin advokat. Han vil også behøve praktisk bistand til å utføre det rådet går ut på.¹⁰² Bistand som består utelukkende av økonomisk rådgivning er som nevnt ikke vernet av advokaters taushetsplikt. Heller ikke bistand med formidling av for eksempel pengelån, anses vernet av advokaters taushetsplikt, jf. Rt. 1918 s. 859. Det samme gjelder bistand til pengeoverføringer som ikke har tilknytning til “egentlig” advokatvirksomhet, jf. Rt. 2008 s.645 som gjaldt beslag i regnskapsmateriale og andre dokumenter hos en advokat som var mistenkt for å

¹⁰⁰ Rt. 2010 s. 740 avsnitt 30

¹⁰¹ Se også Rt. 1905 s. 109

¹⁰² Lous (1966) s. 54

ha samarbeidet med klienter om straffbare forhold. Den siktede advokaten hevdet at pengeoverføringer til eller fra hans klienter, gjennom kontoer som advokaten hadde rådigheten over, lå innenfor det som anses som advokatvirksomhet og var dermed omfattet av vitneforbudet. Ankeutvalget var ikke enig i dette, og henviste til Rt. 1999 s. 911 som påpekte at bare “den egentlige advokatvirksomhet – juridisk bistand og rådgivning- i og utenfor rettergang” som er omfattet av bevisforbudet i strpl. § 119.

I Rt. 2010 s. 1638 uttalte Høyesterett at avgjørelsen i Rt. 2008 s. 645 ikke er et prejudikat for at pengeoverføringer generelt faller utenfor. Det er bare pengeoverføringer som ikke inngår som ledd i egentlig advokatvirksomhet, som faller utenfor taushetsplikten. Rt. 2010 s.1638, som allerede er beskrevet tidligere, gjaldt et utenrettslig forlik hvor advokatfirmaet Thommessen fikk medhold i sin anførsel om at pengeoverføringer over firmaets klientkonto som inngår som ledd i “egentlig” advokatvirksomhet, er vernet av advokaters taushetsplikt, inkludert navnet på klienten.

En naturlig forståelse av gjeldene rett er at “kjernen” av advokatvirksomheten er taushetsbelagt. Jo lenger bistanden er fra advokaters kjernevirksomhet, jo større er muligheten for at oppdraget ikke er omfattet av taushetsplikten.

Jo lengere bort fra den naturlige oppfatningen av hva kjernevirksomheten består i, jo svakere blir kravet om taushetsplikten.

2.9.4.6 Taushetspliktens grenser under press?

Advokaters taushetsplikt blir sett på som et hinder for effektiv etterforskning.¹⁰³ Selv om advokaters taushetsplikt er begrenset til å gjelde bare den “egentlige” advokatvirksomheten, samt at advokater er underlagt rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven, foreslår skatteunndragelsesutvalget ytterligere beskjæringer i fortrolighetsforholdet.¹⁰⁴ I regjeringens handlingsplan mot økonomisk kriminalitet utgitt av Finansdepartementet den 15.03.2011 står det at regjeringen vil vurdere om det kan være behov for regelendringer for så vidt gjelder adgangen for politiet og

¹⁰³ Lov og rett nr. 01.02, 2011 s. 38

¹⁰⁴ Se NOU 2009:4 s. 159 og Lov og rett nr. 01.02, 2011 s. 38-39

påtalemyndighetene til å få opplysninger fra advokater om blant annet transaksjoner til og fra klientkontoer. Videre vurderer regjeringen regelverksendring når det gjelder advokaters opplysningsplikt til skatte- og avgiftsmyndighetene.¹⁰⁵

En annen kjerneverdi er advokaters uavhengighet. Det er avgjørende for tilliten til advokatstanden, at råd og bistand gis ut fra en fri og uavhengig posisjon.¹⁰⁶ Denne frie posisjonen settes under press når advokaten kontrolleres av myndighetene. Staten gjør innhugg i advokaters taushetsplikt, for eksempel ved at ØKOKRIM skal ha innsyn i deler av klientforhold eller ved at ligningsmyndighetene i visse tilfeller skal gis innsyn i rådgivningen som har funnet sted. Videre fører staten tilsyn med advokatene hvor staten selv har tilsynsmyndigheten og selv oppnevner medlemmer til ordningen.

Advokater burde få egen advokatlov hvor det fremkommer klart hvilket vern taushetsplikten bør nyte i forhold til myndighetenes innsyn.¹⁰⁷ Videre ønskes det at Norge får en lignende ordning som mange vestlige land hvor advokatforeningen fører tilsyn med advokat selv og ikke staten.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Se Regjeringens handlingsplan mot økonomisk kriminalitet pkt. 2.2.8 og 7.2.6 -

http://www.regjeringen.no/Upload/FIN/Info/2011/forelopig_versjon_handlinsplan_oko_krim.pdf

¹⁰⁶ Lov og rett nr. 01.02, 2011 s. 39

¹⁰⁷ Se bl.a. Lov og rett nr. 01.02, 2011 s. 40

¹⁰⁸ Dette uttalte advokatforeningens leder, Berit Reiss-Andersen til A-magasinet den 11. nov. 2011

3 Lovbestemte unntak fra taushetsplikten

3.1 Innledning

Som vi har sett på er det viktige rettssikkerhetshensyn som begrunner advokaters taushetsplikt, men samfunnets behov for å kunne avdekke og sanksjonere straffbare handlinger tilser at lovgiver på enkelte områder må gjøre unntak fra denne plikten. Lovgiver har f.eks. positivt angitt at enkelte bestemmelser om opplysningsplikt har forrang fremfor taushetsplikten¹⁰⁹, f.eks. strl. §§ 139 og 172 jf. strpl. § 119 tredje ledd, advokatforskriften § 4-5 annet ledd, ligningsloven § 4-10, forretningsbankloven § 18, hvvl. § 18 første ledd, jf. § 4 annet ledd nr. 3 mv.

I det følgende brukes hvitvaskingslovens regler om rapporteringsplikt som eksempel på advokaters lovbestemte unntak fra taushetsplikten.

Opplysningsplikten etter hvitvaskingsloven innebærer ikke bare en plikt for advokater til å gi opplysninger til myndighetene, men også en rett til å ikke bære på kunnskap om straffbare handlinger eller sågar komme i fare for å bidra til slike handlinger.

3.2 Utviklingen av lovgivningen

Det er først etter opprettelsen av EU og EØS at hvitvasking har fått et sterkt politisk fokus. Vårt nåværende regelverk bygger på EUs direktiver, som igjen er bygget opp etter FATFs anbefalinger.¹¹⁰

I Norge har tiltak mot hvitvasking av penger i de senere årene blitt et sentralt element i regjeringens handlingsplan mot økonomisk kriminalitet.¹¹¹

Den første hvitvaskingsloven trådte i kraft 1. januar 2004 og avløste lov av 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner

¹⁰⁹ Advokaters taushetsplikt under press? s. 105-106

¹¹⁰ Hvitvasking (2008) s. 25

¹¹¹ Siden 1992 har Regjeringen lagt frem fem handlingsplaner mot økonomisk kriminalitet hvor fokuset mot hvitvasking rettes mer og mer.

(finansieringsvirksomhetsloven) §§ 2-17 og 2-17a, som tidligere inneholdt lovregler om tiltak mot hvitvasking av penger.

Bakgrunnen for at vi fikk en egen hvitvaskingslov i 2004 var at det stadig oppsto nye metoder og trender for hvitvasking i det globale finansmarkedet. Lovgiver anså det nødvendig å utvide loven til å gjelde også ikke - finansielle virksomheter. Derfor ble det ansett som hensiktsmessig at reglene om hvitvasking ble tatt ut av finansinstitusjonsloven og plassert i en egen lov (hvitvaskingsloven).

Atter ny hvitvaskingslov og ny hvitvaskingsforskrift ble vedtatt den 15.april 2009.

Bakgrunnen for den nye hvitvaskingsloven var at EU hadde vedtatt et nytt tredje hvitvaskingsdirektiv, direktiv 2005/60/EF, som nødvendiggjorde en betydelig revisjon og utvidelse av det norske hvitvaskingsregelverket.¹¹² Ved utforming av lovforslaget hadde departementet også tatt i betraktning anbefalinger vedtatt av FATF.

Hvitvaskingsloven gjelder for rapporteringspliktige som er etablert i Norge, jf. hvvl. § 3. Bestemmelsen omfatter også filialer av utenlandske foretak etablert i Norge. Videre gjelder den for Svalbard og Jan Mayen. Departementet kan imidlertid i forskrift fastsette at deler av loven ikke skal gjelde for disse stedene, jf. hvvl. § 3 annet ledd annet punktum. Hvem som er rapporteringspliktig fremkommer av hvvl. § 4. I denne avhandlingen behandles bare bestemmelsens annet ledd nr. 3 som omhandler advokater.

3.3 Internasjonale forpliktelser

3.3.1 Financial Action Task Force (FATF)

FATF er et ad-hoc forum opprettet av G-7¹¹³ i 1989 for bekjempelse av hvitvasking av penger. Etter terrorangrepet på USA 11. september 2001 utvidet FATF sitt mandat til å gjelde også bekjempelse av finansiering av terrorisme.¹¹⁴ Norge sluttet seg til FATF i

¹¹² Ot.prp.nr.3 (2008-2009) s. 18

¹¹³ De syv største industrilandene; Frankrike, Tyskland, Storbritannia, Italia, Canada, USA og Japan

¹¹⁴ Se www.fatf-gafi.org

1991. I dag består FATF av 34 medlemsland og 2 regionale organisasjoner.¹¹⁵ Hovedoppgaven til FATF er å utarbeide internasjonale standarder med tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering. Videre har de som oppgave å evaluere medlemslandene etter disse standardene.¹¹⁶ De skal også kartlegge nye moduser og trender for hvitvasking og terrorfinansiering.¹¹⁷

I 1990 utarbeidet FATF 40 anbefalinger om tiltak mot hvitvasking som senere ble revidert (The FATF Forty Recommendations). Etter 11. september 2001 utarbeidet FATF også 9 tilleggsanbefalinger om tiltak mot finansiering av terrorisme (FATF Special Recommendations).¹¹⁸ Formålet med tilleggsanbefalingene er å forhindre at terrorister får adgang til det internasjonale finansielle system.

FATFs anbefalinger er formelt ikke bindende for medlemslandene, men de oppleves allikevel som forpliktende. En av grunnene til at Norge og mange andre land velger å innrette seg etter disse anbefalingene, er for å unngå at enkelte land får mindre effektivt regelverk enn andre land. De vil da risikere at kapital med tilknytning til kriminalitet vil bli flyttet til de landene som har mindre effektivt regelverk.¹¹⁹

3.3.2 Hvitvaskingsdirektivene

Det er tre hvitvaskingsdirektiver som har hatt betydning for utforming av reglene i kampen mot hvitvasking av penger.

¹¹⁵ Liste over medlemsland og organisasjoner finnes på www.fatf-gafi.org. FATFs medlemmer er: Argentina, Australia, Østerrike, Belgia, Brasil, Canada, Kina, Danmark, Europakommisjonen (EU-kommisjonen), Finland, Frankrike, Tyskland, Hellas, Gulf Co-operation Council, Hong Kong (Kina), Island, India, Irland, Italia, Japan, Kongeriket Nederland, Luxembourg, Mexico, New Zealand, Norge, Portugal, Korea, Russland, Singapore, Sør Afrika, Spania, Sveigie, Sveits, Tyrkia, Storbritannia, USA.

¹¹⁶ I 2004-2005 ble også Norge evaluert og ble tatt med i FATFs oppfølgingsliste over land som ikke fulgte FATFs anbefalinger fullt ut, men ble fjernet fra denne listen etter at den nye hvitvaskingsloven trådte i kraft (2009).

¹¹⁷ NOU 2007:10 s. 11

¹¹⁸ NOU 2007:10 s. 11

¹¹⁹ Se Innst.O.nr100 (2002-2003) s. 7 (Gyldendal rettsdata)

Første hvitvaskingsdirektiv, direktiv 91/308/EØF av 10.juni 1991 ble ansett som et av EUs viktigste internasjonale virkemidler i kampen mot hvitvasking av penger. Formålet med dette direktivet var å forhindre at det finansielle system ble brukt til hvitvasking av penger som stammet fra narkotikavirksomhet. Norge ble bundet av direktivet ved sitt medlemskap i EØS,¹²⁰ og ble gjennomført gjennom finansieringsvirksomhetsloven § 2-17 som påla bankene og andre finansinstitusjoner og deres funksjonærer en undersøkelses – og rapporteringsplikt for å hindre at det finansielle system ble benyttet til hvitvasking.

Den 04. desember 2001 trådte i kraft direktiv 2001/87/EF (andre hvitvaskingsdirektiv). Dette direktivet utvidet kretsen av undersøkelses – og rapporteringspliktige til å gjelde også ikke – finansielle virksomheter, noe som førte til at også advokater ble pålagt å delta aktivt i bekjempelsen av hvitvaskingskriminaliteten. Videre ble direktivets definisjon av straffbare handlinger i forbindelse med hvitvasking utvidet fra å omfatte narkotikakriminalitet, til også å omfatte “enhver alvorlig lovovertrødelse”. Direktivet ble gjennomført i norsk rett ved lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. av 20. juni 2003 nr.41 (hvitvaskingsloven).

Tredje hvitvaskingsdirektiv, direktiv 2005/60/EF, som ble fattet i EU 26. oktober 2005, er en revisjon av de forrige direktivene samt en utvidelse av anvendelsesområdet til å gjelde også finansiering av terrorisme. Direktivet ble inntatt i EØS-avtalen ved EØS – komiteens beslutning 7. juli 2006 og ble godkjent av Stortinget 19. desember 2006.

Hovedformålet med dette direktivet er å forhindre hvitvasking av penger og terrorfinansiering.¹²¹ Videre er det et formål å hindre misbruk av den frie kapitalbevegelsen og å forebygge at stabiliteten til det finansielle system skades.

Tredje hvitvaskingsdirektiv bærer preg av større detaljregulering enn første og andre hvitvaskingsdirektiv. Et eksempel er spesifiseringen av kravene til kundekontroll. Når

¹²⁰ EØS avtalen trådte i kraft 1. januar 1994

¹²¹ NOU 2007:10 s. 11

det gjelder opplysningsplikten, viderefører direktivet i stor grad reglene fra de forrige direktivene.

3.3.3 Konvensjoner

Norge er medlemsstat i FN og har forpliktelser som følge av dette. En av konvensjonene som markerer startskuddet for internasjonale tiltak mot hvitvasking er Wienkonvensjonen.¹²² I 1994 ratifiserte Norge Wienkonvensjonen og Europarådets konvensjon om hvitvasking, ransaking, beslag og inndragning av utbytte fra straffbare handlinger av 1990.¹²³ Norge er også forpliktet etter UN 200 TOC-Convention (Palermo-konvensjonen). Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på disse konvensjonene i det de naturlig faller utenfor dette temaet i omfang.

3.4 Lovens formål og hensynene bak hvitvaskingsloven

Det følger av hvitvaskingsloven § 1 at formålet med loven er *“å forebygge og avdekke transaksjoner med tilknytning til utbytte av straffbare handlinger eller med tilknytning til terrorhandlinger”*.

Her stiller således lovgiver opp et motstridende hensyn i forhold til hensynene som ligger bak taushetsplikten, nemlig samfunnets behov for å verne seg mot kriminalitet.

I Departementets uttalelse om lovens formål står det at regelverket skal ivareta flere hensyn. Det primære hensynet skal være å hindre at kriminelle nyter godt av profittmotivert kriminalitet. Det andre hensynet skal være å avdekke den kriminelle handlingen utbyttet er generert fra.¹²⁴ På bakgrunn av dette synes formålsangivelsen i hvitvaskingsloven § 1 å være snevrere enn det som følger av beskrivelsen i forarbeidene til bestemmelsen. Hensynet til å “hindre at kriminelle kan nyte godt av profittmotivert kriminalitet” og hensynet til å “avdekke den kriminelle handlingen utbyttet er generert

¹²² www.hvitvasking.no (http://www.hvitvasking.no/Internasjonalt-samarbeid/De-forste-initiativene/)

¹²³ Ot.prp.nr.22 (1995-1996) s. 6

¹²⁴ NOU 2007:10 s. 15

fra” rekker videre enn hensynet til å forebygge og bekjempe hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger.¹²⁵

Ved å bekjempe hvitvasking vil man kunne oppdage primærforbrytelsen, noe som fører til at økonomisk utbytte som stammer fra primærforbrytelsen inndras, jf. strl. § 34.

Tiltak mot hvitvasking vil være et av de effektive midlene for å begrense og stoppe utvikling innen profittorientert kriminalitet.¹²⁶ Videre vil det blir mindre attraktivt å begå økonomisk kriminalitet når man ikke får pengene til å se “rene” ut.

3.5 Begrepet hvitvasking

Hvitvasking har funnet sted så lenge reglene om eiendomsrett og andre rettigheter har eksistert. Høgberg har i en artikkel skrevet at *“den som i oldtiden bisto en hestetyv med å brennemerke hesten som tyvens egen, bisto således til en typisk hvitvaskingshandling”*,¹²⁷ men selve begrepet hvitvasking stammer fra 1930-tallet da mafiaen i USA skulle skjule sin illegale virksomhet ved å investere i myntvaskerier.¹²⁸ I Norge er uttrykket likevel relativt nytt.¹²⁹

Lovgiver har ikke sett det hensiktsmessig å lovfeste en definisjon av “hvitvasking”.¹³⁰ En forståelse av hva som menes med “hvitvasking” fremkommer imidlertid av forarbeidene til hvitvaskingsloven av 2004. Der heter det:¹³¹

“Med “hvitvasking av penger” menes vanligvis virksomhet som har til formål å sikre utbytte fra kriminelle handlinger slik at utbyttet kan tas i bruk av gjerningspersonen eller andre. Slik virksomhet kan bestå i å bruke, konvertere, overdra, tilegne eller besitte formuesgoder eller å skjule eller tilsløre formuesgodenes reelle art, opprinnelse,

¹²⁵ NOU 2007:10 s. 16

¹²⁶ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 15

¹²⁷ Hvitvasking (2008) s. 20

¹²⁸ Axelsen og Hopsnes 2005 s. 12

¹²⁹ Axelsen og Hopsnes 2005 s. 12

¹³⁰ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 23

¹³¹ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 17

plassering, råderett, bevegelser, eierforhold, samt forsøk på eller medvirkning hertil, når den som gjør det vet eller burde vite at formuesgodene stammer fra straffbare handlinger eller fra deltakelse i straffbare handlinger. Uttrykket hvitvasking inkluderer både det å skaffe seg selv eller andre del i utbyttet av en straffbar handling (mottaksalternativet), samt bistand for å sikre slikt utbytte for en annen (bistandsalternativet)”.

Axelsen og Hopsnes definerer hvitvasking slik at det “*dreier deg om å skjule opprinnelsen til formuesgoder som er utbytte av en straffbar handling slik at verdien fremstår som legal*”.¹³²

Begrepet hvitvasking omfatter mer enn hvitvasking av penger. Loven retter seg mot alle former for utbytte så lenge utbyttet stammer fra en straffbar handling.

3.6 Advokatens plikter etter hvitvaskingsloven

Vi lever i en tid med økende globalisering og teknologisk utvikling. All kommunikasjon skjer raskere, “enklere” og over landegrensene. Mennesker, varer, kapital osv. flyttes raskt over større avstander. Dette fører til at land trenger handelspolitiske forbindelser med andre land over hele verden, noe som medfører at også rettsreglene må endres og tilpasses.

Den økonomiske og rettslige endringen i samfunnet har ført til at advokatens rolle har blitt forandret drastisk i løpet av 1980 – og 1990 – tallet. Advokatrollen gikk fra å være tilbaketrukket og avventende profesjon til å bli integrert blant tjenesteytende selskaper, og en konkurrent blant andre deltakere i markedet.¹³³ I dag har ikke advokatene bare en rolle som konfliktløsere, men også som rådgivere hvor de bidrar til å gjennomføre transaksjoner for sine klienter. Med sin kunnskap om rettsregler, er advokater velegnet som konsulenter for transaksjoner. Imidlertid er det slik at i de tilfellene advokater driver med rådgivningsvirksomhet, har de en lignende rolle som andre konsulenter eller

¹³² Axelsen og Hopsnes 2005 s. 13

¹³³ Papendorf pkt. 2

mellommenn som er omfattet av rapporteringsplikten etter hvitvaskingsloven.¹³⁴

Dersom advokater som yrkesgruppe hadde vært unntatt fra rapporteringsplikten ville mange kriminelle bruke advokater som kanaler for hvitvasking av penger.¹³⁵

Som beskrevet i kapittel 2 er advokater underlagt en sterk taushetsplikt som vernes både etter straffeloven og etter EMK. EMK har etter en skjønnsmargin gitt medlemslandene adgang til å avgjøre om de hensyn taushetsplikten ivaretar skal prioriteres foran de samfunnsmessige hensyn som begrunner statens kontrollbehov, i dette tilfellet bekjempelse av økonomisk kriminalitet og terrorfinansiering.¹³⁶ Den enkelte stat må imidlertid redegjøre for at de grunnene de oppgir for inngrepet er relevant og at det er behov for å gjøre inngrep i advokatkorrespondansen.¹³⁷ I lovforslaget til hvitvaskingsloven har departementet ansett at hvitvaskingsloven, også når det gjelder advokaters plikter, er et nødvendig ledd i arbeidet med å forebygge kriminalitet og sikre landets økonomiske velferd. Departementet legger til grunn at hvitvaskingsloven ikke er i strid med EMK.¹³⁸

Advokaters plikter til å delta aktivt til å motvirke og bekjempe hvitvaskingskriminaliteten er videreført til EUs tredje hvitvaskingsdirektiv som erstatter første og andre direktiv.

De mest sentrale pliktene i hvitvaskingsloven er plikten til å foreta identitetskontroll av klienter, undersøke mistenkelige transaksjoner samt rapportere til Enheten for finansiell etterretning (EFE) ved ØKOKRIM dersom undersøkelsen ikke avkrefter mistanken.¹³⁹

Som nevnt ovenfor, skal fokuset rettes mot advokaters rapporteringsplikt, samt lovens unntak fra denne plikten. Innledningsvis vil jeg foreta en kort gjennomgang av advokaters undersøkelsesplikt, ettersom det er en viss sammenheng mellom undersøkelsesplikten og rapporteringsplikten.

¹³⁴ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 29

¹³⁵ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 29

¹³⁶ Advokaters taushetsplikt under press? (2010) s. 24

¹³⁷ Advokaters taushetsplikt under press? (2010) s. 55

¹³⁸ Ot.prp.nr.3 (2008-2009) s. 18

¹³⁹ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 11

3.6.1 Når omfattes advokater av hvitvaskingsloven?

I følge hvvl. § 4 annet ledd nr 3 gjelder loven for:

“Advokater eller andre som ervervsmessig eller stadig yter selvstendig juridisk bistand, når de bistår eller opptrer på vegne av klienter ved planlegging eller utførelse av finansielle transaksjoner eller transaksjoner som gjelder fast eiendom eller gjenstander med verdi over 40 000 kroner”.

Denne bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av tidligere hvitvaskingslov § 4 annet ledd nr.7.¹⁴⁰

3.6.1.1 “Ervervsmessig eller stadig”

Uttrykket “ervervsmessig eller stadig” har samme betydning som i dl. § 218.¹⁴¹ Som nevnt i punkt 3.2, menes det med dette uttrykket at rettshjelpsvirksomhet har et økonomisk siktemål og samtidig bærer preg av å være forretningsmessig organisert. Omsetningsstørrelse, antall oppdrag m.v. er relevante momenter for om rettshjelpen anses “ervervsmessig”. Mens med “stadig” menes at rettshjelpsaktiviteten har et visst omfang.

3.6.1.2 “Selvstendig juridisk bidrag”

Formuleringen “selvstendig juridisk bidrag” tar sikte på å klargjøre at husadvokater og interne juridiske rådgivere ikke omfattes av bestemmelsen.¹⁴² En husadvokat er en advokat som ikke opptrer for en utenforstående klient, men kun for egen arbeidsgiver. At husadvokater holdes utenfor hvitvaskingsloven er følgelig begrunnet i at de ikke anses å yte “selvstendig” juridisk bistand. Videre vil det oppstå lojalitetskonflikt dersom husadvokater og andre interne rådgivere skulle pålegges å angi sin egen arbeidsgiver til ØKOKRIM.¹⁴³

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.3 (2008-2009) s. 119

¹⁴¹ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 37

¹⁴² Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 32

¹⁴³ Dette er interessant i forhold til diskusjonen om internadvokater er så uavhengig som de burde. Andre lands advokatforeninger vil ikke ha internadvokater som medlemmer; “Om man er ansatt av klienten, er

3.6.1.3 Å bistå eller opptre på vegne av klienter ved planlegging eller utførelse av finansielle transaksjoner

Begrepet “å bistå” skal forstås på samme måte som “å yte bistand” etter strl. § 317. Strl. § 317 første ledd annet punktum foretar en opplisting av ulike bistandshandlinger. “Å yte bistand” etter strl. § 317 innebærer bl.a. det “å innkreve, oppbevare, skjule, transportere, sende, overføre, konvertere, avhende, pantsette eller investere”. Dette er handlinger som uten videre skal anses som bistand.¹⁴⁴ Listen er imidlertid ikke uttømmende.¹⁴⁵ Også andre bistandshandlinger som f.eks. rådgivning vil kunne rammes.¹⁴⁶

Å “yte bistand” forutsetter at det foreligger et kundeforhold. Så lenge advokaten ikke har påtatt seg oppdraget, er han ikke pliktig til å rapportere til ØKOKRIM.

Hvitvaskingsloven har ikke et generelt anvendelsesområde når det gjelder advokater. Forarbeidene til hvitvaskingsloven anså behovet for hvitvaskingsreglene å være mest til stede i tilknytning til finansielle transaksjoner.¹⁴⁷ I Rt. 2010 s. 1638 tolker Høyesterett forarbeidene slik at det bare er ved finansielle transaksjoner som faller utenfor advokatens egentlige virksomhet at behovet for hvitvasking er størst.¹⁴⁸

Begrepet “finansiell transaksjon” kan imidlertid reise tolkningstvill. Etter departementets mening bør begrepet tolkes vidt. Begrepet “finansielle transaksjoner” peker mot pengemessige eller økonomiske forretningsmessige avtaler ut fra en språklig forståelse.¹⁴⁹ Men i følge forarbeidene skal også transaksjoner av ikke økonomiske karakter som f.eks. “opprettelse, drift eller innhentning av kapital til opprettelse eller drift av selskaper eller andre sammenslutninger” omfattes av bestemmelsen i hvvl. § 4

det vanskeligere å få den friheten og uavhengigheten som en advokat skal ha” sier Advokatsamfundets leder i Sverige (www.advokatbladet.no)

¹⁴⁴ Se bl.a. Rt. 2011 s. 1 avsnitt 22

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.53 (1992-1993) s. 26

¹⁴⁶ Jf. Rt. 2011 s.1 med henvisning til Ot.prp.nr.45 (1987-1988) s. 22-23

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 38

¹⁴⁸ Se avgjørelsens avsnitt 40

¹⁴⁹ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 30

annet ledd nr. 3.¹⁵⁰ Axelsen og Hopsnes skriver i sin artikkel at “*verken opprettelse eller drift av et selskap behøver i seg selv å inneholde økonomiske overføringer*”.¹⁵¹

Finansielle transaksjoner av økonomisk karakter som omfattes av begrepet er: kjøp og salg av fast eiendom eller virksomheter, forvaltning av klientmidler, åpning eller forvaltning av klientkonto eller verdipapirkonto, åpning av bankbokser eller avtale om leie av bankbokser osv. Etter lovens forarbeider er listen ikke uttømmende.

Hvitvaskingsloven gjelder i tillegg for advokater som opptrer som bobestyrer, jf. hvvl. § 4 fjerde ledd.

3.6.2 Undersøkelsesplikten

Advokaters undersøkelsesplikt gjelder ikke en hvilken som helst mistenkelig transaksjon. Undersøkelsesplikten begrenses til transaksjoner advokaten bistår klienten med etter hvvl. § 4 annet ledd nr. 3.¹⁵²

Undersøkelsesplikt følger av hvvl. § 17. Bestemmelsen viderefører hvitvaskingsloven (2003) § 12. Undersøkelsesplikten kan neppe utledes av tredje hvitvaskingsdirektiv, men av FATFs anbefalinger.¹⁵³

Undersøkelsesplikten inntreffer dersom advokaten har “*mistanke om at en transaksjon har tilknytning til utbytte av en straffbar handling eller forhold som rammes av straffeloven §§ 147a, 147b eller 147c*”, jf. hvvl. § 17.

Begrepet “transaksjon” er i hvvl. § 2 første ledd nr. 2 definert som “*enhver overføring, formidling, ombytting eller plassering av formuesgoder*”. I forarbeidene er det lagt til

¹⁵⁰ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 32 og Axelsen og Hopsnes (2005) s. 30

¹⁵¹ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 30

¹⁵² Hvitvasking (2008) s. 95

¹⁵³ NOU 2007:10 s. 60

grunn at begrepet skal tolkes vidt.¹⁵⁴ Både foretatte, aktuelle og fremtidige transaksjoner omfattes av begrepet.

Det er et vilkår for undersøkelsesplikten at den aktuelle transaksjonen *“har tilknytning til utbytte fra en straffbar handling”*. Hva som menes med begrepet *“utbytte”* fremgår av forarbeidene til strl. § 317,¹⁵⁵ hvor Justisdepartementet uttaler det slik:

“Med utbytte menes noe som har vært fremskaffet ved en straffbar handling eller som på annen måte står i nær sammenheng med en straffbar handling”. Samme forståelse av begrepet *“utbytte”* skal legges til grunn ved tolkning av hvvl. § 17.¹⁵⁶ Uttrykket *“straffbar handling”* omfatter enhver straffbar handling, uansett om denne straffbare handlingen er en forbrytelse eller en forseelse.

Formålet med undersøkelsesplikten er ikke å klargjøre omstendigheter rundt primærforbrytelsen. Mistanken trenger heller ikke å være knyttet til en bestemt straffbar handling. Formålet med undersøkelsesplikten er å avkrefte eller bekrefte mistanken som har oppstått. Etter hvvl. § 17 er det tilstrekkelig at man har en liten mistanke for at undersøkelsesplikten skal kunne inntre. Det skal med andre ord legges en lav terskel i forhold til begrepet *“mistanke”*.¹⁵⁷ Enhver mistanke vil i utgangspunktet kunne oppfylle kriteriet.

Verken lovteksten, forarbeidene eller forskriften sier noe om hvilke undersøkelser som må foretas dersom det foreligger mistanke om at en transaksjon har tilknytning til utbytte av en straffbar handling. Etter gjeldende rett kan det ikke kreves særlig omfattende undersøkelser av advokaten.¹⁵⁸

Forskrift om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (hvitvaskingsforskriften) § 12 nevner imidlertid en del forhold som kan utløse undersøkelsesplikten, som for eksempel hvor transaksjonen synes å mangle et legitimt formål, er usedvanlig stor, er

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 24

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.53 (1992-1993) s. 24

¹⁵⁶ NOU 2007:10 s. 63

¹⁵⁷ Hvitvasking (2008) s.109

¹⁵⁸ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 35

uvanlig i forhold til klientens tidligere transaksjoner, foretas til eller fra en kunde i et land eller område som ikke har tilfredsstillende tiltak mot handlinger som beskrevet i strl. § 317 og 147b eller på annen måte har en usedvanlig karakter.¹⁵⁹ Det vil uansett være opp til den enkelte advokat ut fra en skjønnspreget vurdering i det konkrete tilfellet å avgjøre hvilke former for undersøkelser som skal foretas.

3.6.3 Rapporteringsplikten

Advokaters rapporteringsplikt følger av hvvl. § 18 første ledd.

Formålet med rapporteringsplikten er å øke myndighetenes muligheter for å oppdage og eventuelt avverge hvitvaskingskriminaliteten.¹⁶⁰ Det er Enheten for finansiell etterretning ved ØKOKRIM som analyserer rapportene de mottar fra advokater og andre rapporteringspliktige.

Rapporteringsplikten inntreder dersom advokaten har foretatt undersøkelser rundt en mistenkelig transaksjon, men mistanken ikke har blitt avkreftet. Dette viser at det er nær sammenheng mellom rapporteringsplikten og undersøkelsesplikten.¹⁶¹

Advokaten skal av eget tiltak oversende opplysningene til ØKOKRIM om den aktuelle transaksjonen og om de forhold som har medført til mistanken.¹⁶² Kravet til mistanken er ikke strengere for at advokaten skal melde til ØKOKRIM, enn det som utløser undersøkelsesplikten.¹⁶³

Hvvl. § 18 første ledd pålegger advokater å oversende *“opplysninger til ØKOKRIM om den aktuelle transaksjonen og om de forhold som har medført mistanke”*. På bakgrunn av lov og forarbeider er advokater pålagt å rapportere om alle forhold som tenkes å

¹⁵⁹ Se hvitvaskingsforskriften. § 12

¹⁶⁰ Hvitvasking (2008) s. 117.

¹⁶¹ Hvitvasking (2008) s. 117

¹⁶² Se hvvl § 18 første ledd

¹⁶³ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 36

være til nytte for politiets undersøkelser.¹⁶⁴ Uttrykket “den aktuelle transaksjon” refererer til transaksjonen advokaten bistår klienten med etter hvvl. § 4 annet ledd nr 3.

Overtredelse av rapporteringsplikten kan etter hvvl. § 28 gi bøter, men ved særlige skjerpene omstendigheter kan fengsel inntil ett år anvendes.

Dersom den rapporteringspliktige er en del av hvitvaskingsoperasjonen, uansett om det er uaktsomt eller med hensikt, kan vedkommende straffes for hvitvasking etter strl. § 317.¹⁶⁵

Forholdet mellom advokaters rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven og plikten til å forholde seg taust om opplysninger som han mottar fra klienten, samt plikten til å opptre uavhengig, er ikke uproblematisk. Når advokater blir pålagt av staten til å verne andre hensyn enn klientens, mister advokaten sin uavhengighet.¹⁶⁶

3.6.4 Nærmere om advokatvirksomhet som omfattes av rapporteringsplikten

For advokater begrenses rapporteringsplikten til saker hvor det finnes en transaksjon. Begrepet transaksjon er som nevnt definert i hvvl. § 2 første ledd nr. 2 og omfatter “*enhver overføring, formidling, ombytting eller plassering av formuesgoder*”.

Det er ikke noe vilkår at advokaten deltar i gjennomføringen av den aktuelle transaksjonen, for at rapporteringsplikten skal kunne inntre. Siden begrepet transaksjon skal tolkes vidt, vil også avtaleskriving i forbindelse med en transaksjon, rammes av rapporteringsplikten. Advokaten “bistår” via avtaleskriving til at transaksjonen gjennomføres. Det har ikke noe betydning at den tenkte transaksjonen mislykkes. Også juridisk rådgivning som har tilknytning til transaksjoner, kan være bistand i lovens forstand.¹⁶⁷ En slik handling fra advokaters sin side kan også etter omstendighetene straffes, jf. Rt. 2011 s.1.

¹⁶⁴ Hvitvasking (2008) s. 119

¹⁶⁵ Se f.eks. Rt. 2011 s. 1

¹⁶⁶ www.advokatforeningen.no

¹⁶⁷ Andenæs (2009) s. 489

Videre vil bistand i forbindelse med innfrielse eller inndragelse av en fordring omfattes av advokaters rapporteringsplikt til tross for at slik bistand anses som “egentlig” advokatvirksomhet.¹⁶⁸

Det faktum at bistanden som advokaten yter faller innenfor rammen av hva som anses som advokatoppdrag fritar ikke advokaten automatisk fra rapporteringsplikten og eventuelt ansvar for brudd av denne plikten.¹⁶⁹ I Rt. 2011 s.1 hevdet de siktede advokatene frifinnelse med den begrunnelse at bistanden ble ytet innenfor rammen av advokatoppdraget. Strl. § 317 åpnet ikke for slike unntak, og Høyesterett tok stilling til om en slik innskrenkende tolkning av strl. § 317 kunne foretas basert på strafferettens alminnelige rettstridsreservasjon. I avgjørelsens avsnitt 30 uttalte Høyesterett følgende: “*Dette må i så fall bygge på en avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn som det er grunn til å beskytte, jf. Rt-1979-1492*”. Etter en henvisning til utvikling av hvitvaskingslovgivningen og EUs direktiver i avsnitt 31, slutter Høyesterett til følgende i avsnitt 32:

“I den grad man ved rettstridsvurderingen overhode bør legge vekt på utviklingen i tilknytning til hvitvaskingslovgivningen og hvitvaskingsdirektivene, er det etter mitt syn ikke noe i dette materialet som tilsier en innskrenkende tolkning av straffeloven § 317 for tilfeller som i vår sak. Det er tvert om understreket at advokatens taushetsplikt ikke gjelder der «advokaten vet at klienten søker juridisk bistand med henblikk på hvitvasking av penger»”

3.6.5 Unntak fra advokaters rapporteringsplikt.

3.6.5.1 Generelt

Hensynet til tillitsforholdet mellom advokat og klient, har ført til at lovgiver har gjort en begrensning i advokaters rapporteringsplikt. Begrensning i advokaters rapporteringsplikt har sin bakgrunn i at andre hvitvaskingsdirektiv åpnet for en slik

¹⁶⁸ Se Rt. 2011 s. 1 avsnitt 24

¹⁶⁹ Se Rt. 2011 s. 1 avsnitt 28-32

begrensning.¹⁷⁰ Det er lagt opp til den enkelte stat å bestemme selv om de vil gjøre unntak fra rapporteringsplikten for advokater, basert på det særlige forholdet mellom advokat og klient.

Til tross for at bekjempelse av hvitvasking og terrorfinansiering er tungtveiende hensyn, var det under lovforberedelsen allmenn enighet om at det måtte gjøres *“temmelig vidtgående unntak for advokater”*, jf. Rt. 2010 s.1638 avsnitt 40 med henvisning til Ot.prp.nr.72 (2002-2003) punkt. 6.3.

Justisdepartementet uttalte følgende under høringen:¹⁷¹

“Etter departementets syn er det viktig å sondre mellom advokaters rolle når de bidrar til å få fastslått klientens rettsstilling eller til at klienten gjennom en retts sak får sin rett på den siden og når de gir råd eller bistand i forbindelse med ulike forretningsmessige transaksjoner på den andre. Først og fremst er det i det sistnevnte tilfellet at advokaten vil kunne bli brukt i forbindelse med en hvitvaskingshandling. Behovet for rapporteringsplikt mv. er dermed størst i disse sakene. Samtidig er behovet for å verne om advokaters taushetsplikt størst i de førstnevnte sakene”

Unntak fra rapporteringsplikten må dermed vurderes i lys av at hvitvaskingslovens regler kun gjelder advokater i tilknytning til *“finansielle transaksjoner eller transaksjoner som gjelder fast eiendom eller gjenstander med verdi over 40 000 kroner”*, jf. hvvl. § 4 annet ledd nr. 3.

Advokater og andre som ervervsmessig eller stadig yter retts hjelpvirksomhet er unntatt fra rapporteringsplikten etter hvvl. § 18 annet ledd. Det må antas at advokaten heller ikke har undersøkelsesplikt dersom han/hun er fritatt fra rapporteringsplikten etter denne bestemmelsen.¹⁷²

Hvvl. § 18 annet ledd lyder slik:

¹⁷⁰ Direktiv 2001/97/EF art. 6 nr. 3

¹⁷¹ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 57

¹⁷² Hvitvasking (2008) s. 90

“Advokater og andre som ervervsmessig eller stadig yter rettshjelpsvirksomhet har ikke plikt til å rapportere om forhold som de har fått kjennskap til gjennom arbeidet med å fastslå klientens rettsstilling, eller om forhold som de har fått kjennskap til før, under eller etter en rettssak, når de forhold opplysningene omhandler har direkte tilknytning til rettstvisten. Tilsvarende gjelder for revisorer, og andre rapporteringspliktige når de bistår advokater eller andre som ervervsmessig eller stadig yter rettshjelpsvirksomhet i arbeid som nevnt i første punktum”.

Forarbeidene til forrige hvitvaskingslov begrunner advokaters unntak fra rapporteringsplikten slik:¹⁷³

“Dersom det ikke gjøres unntak fra arbeidet med å fastslå klientens rettsstilling, vil man kunne risikere at de som er usikker på sin rettsstilling unnlater å oppsøke råd under frykt for å kunne bli angitt av sin advokat. Slik sett vil man neppe oppnå mye i forhold til lovens formål uten en slik bestemmelse”.

Som nevnt ovenfor, er det av samfunnsmessig interesse at folk kan oppsøke advokat for å få klarlagt sin rettslige situasjon uten å risikere å bli anmeldt til myndighetene.¹⁷⁴

Unntaket i hvvl. § 18 annet ledd har to alternative grunnvilkår, og ett tilleggsvilkår. Å “fastslå klientens rettsstilling” og forhold som de har fått kjennskap til “før, under eller etter en rettssak” anses som grunnvilkårene. At “forholdet må ha direkte tilknytning til rettstvisten” anses som et tilleggsvilkår.¹⁷⁵

3.6.5.2 “Fastslå klientens stilling”

Verken ordlyden eller forarbeidene gir god veiledning i å klargjøre hva “å fastslå klientens stilling” innebærer. Forarbeidene til hvitvaskingsloven 2003¹⁷⁶ påpeker imidlertid at begrepet omfatter” *advokaters arbeid med å fortolke gjeldende rett og deres vurdering av hvilke rettsregler som får anvendelse på de faktiske forhold i en gitt*

¹⁷³ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 58

¹⁷⁴ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 57

¹⁷⁵ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 31-32

¹⁷⁶ Hvvl. 18(2) har i hovedsak samme innhold som i hvitvaskingsloven 2003 §12

sak (subsumsjonen)”.¹⁷⁷ Dette kan tyde på at faktiske forhold som blir oppgitt eller innhentet av advokaten selv for å klargjøre rettsstillingen, gir grunnlag for rapportering i medhold av hvitvaskingsloven. Dette er imidlertid ikke tilfellet. Også faktiske forhold som blir oppgitt eller innhentet av advokaten selv omfattes av ordlyden “å fastslå klientens rettsstilling”.¹⁷⁸ Forarbeidene til hvitvaskingsloven gjør imidlertid oppmerksom på at begrepet “å fastslå klientenes stilling” har et snevrere innhold enn begrepet “rettshjelpsvirksomhet” i dl. § 218 som angir rekkevidden av det såkalte advokatmonopolet.¹⁷⁹ Departementet mener at et unntak fra rapporteringsplikt basert på “rettshjelpsvirksomhet” vil favne vidt siden begrepet “rettshjelpsvirksomhet” etter domstolloven vil bl.a. omfatte utferdigelse av kontrakter, noe unntaket etter hvvl. § 18 annet ledd ikke gjør.¹⁸⁰ Forarbeidene sier likevel ikke hvor grensen skal trekkes. Det å gi generell juridisk rettsråd til sin klient, vil eksempelvis etter en alminnelig tolkning av lovens forarbeider, være rapporteringspliktig til tross for at rettsråd i utgangspunktet anses som “egentlig” advokatvirksomhet.¹⁸¹

Forskjellen mellom “å rådgi” og “å fastslå” en klients rettsstilling er flytende og må til enhver tid bedømmes konkret. Det “å fastslå klientens rettsstilling” kan illustreres slik: Daglig leder for et aksjeselskap går til en advokat fordi han ønsker å vite om selskapet har innrettet seg etter gjeldende regelverk i en skattesak. Advokaten går gjennom selskapets transaksjoner og foretar en vurdering opp mot gjeldende rett. I forbindelse med gjennomgangen får advokaten mistanke om hvitvasking, og gjør klienten oppmerksom på at selskapet ikke har innrettet seg etter gjeldende regelverk. Den daglige lederen betaler og går. Oppdraget anses dermed som avsluttet fordi den daglige lederen bare ville få det fastslått om de skatterettslige reglene er overholdt eller ikke. I dette tilfellet er advokaten ikke underlagt rapporteringsplikt. Advokaten har bare “fastslått klientens rettsstilling”. Advokaten hadde imidlertid vært underlagt reglene om rapporteringsplikt dersom han i samme oppdrag også hadde gitt rettsråd til den daglige lederen om hvordan selskapet burde håndtere saken.

¹⁷⁷ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 59

¹⁷⁸ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 32

¹⁷⁹ Begrepet “rettshjelpsvirksomhet” er nærmere drøftet i punkt 2.9.2

¹⁸⁰ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 58-59

¹⁸¹ Se pkt. 3.3.2

I en del tilfeller vil advokater yte tjenester som dels faller innenfor og dels utenfor unntaket i hvvl. § 18 annet ledd. Dersom dette er tilfellet, vil advokater etter forarbeidene ha rapporteringsplikt om de ytelsene som fallet utenfor taushetsplikten.¹⁸²

Også revisorer og regnskapsførere som bistår en advokat med “å fastslå klientens rettsstilling”, omfattes av unntaket.

3.6.5.3 “Før, under og etter en rettssak”

Vilkåret “før, under og etter en rettssak” skaper også tolkningstvil. Mange finansielle transaksjoner kan lede til en rettssak. Forarbeidene sier ikke noe om hva som ligger i begrepet “etter” en rettssak. Når det gjelder hva begrepet “før” en rettssak innebærer, konkluderte forarbeidene med at det må foreligge en “*rimelig klar mulighet*” for rettssak for at unntaket skal kunne inntre.¹⁸³ Det kan stilles spørsmål om en slik forståelse medfører et snevrere unntak fra det EU-direktivet åpner for.¹⁸⁴ Etter tredje hvitvaskingsdirektiv artikkel 23 nr 2 er ikke medlemsstatene forpliktet til å pålegge advokater m.fl rapporteringsplikt om forhold som de mottar eller innhenter om en av deres klienter “in the course of ascertaining the legal position for their client or performing their task of defending or representing that client in, or concerning judicial proceedings, **including advice on instituting or avoiding proceedings**, whether such information is received or obtained before, during or after such proceedings”.¹⁸⁵ I dette ligger at advokater er unntatt fra rapporteringsplikten om forhold som har kommet til hans kjennskap bl.a. i “*forbindelse med rådgivning om innledning eller unngåelse av saksanlegg*”, uansett om opplysningene er mottatt eller innhentet før, under eller etter rettssaken. I brev fra Finansdepartementet til Finanskomiteen av 21. januar 2009 i forbindelse med vedtaket av loven, står det imidlertid at unntaket også omfatter “råd om

¹⁸² Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 59

¹⁸³ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) s. 58

¹⁸⁴ www.advokatforeningen.no

¹⁸⁵ Direktiv 2005/60/EF art. 23 nr. 2

hvordan rettergang bør unngås, og dette alternativet, som er innhentet fra direktivet, trenger ikke å fremgå eksplisitt av loven”.¹⁸⁶

Begrepet “under en rettssak” volder ikke mye tvil. Alt som skjer under en rettssak, er unntatt fra rapporteringsplikten. Enkeltindividets behov for å kunne betro seg, søke råd og veiledning hos sin advokat under en rettsak, uten at betroelsen i seg selv får konsekvenser, går foran samfunnets behov om å bekjempe kriminalitet. Dette er også i samsvar med det overordnede prinsippet om at alle skal ha en rettferdig rettergang.¹⁸⁷

Spørsmålet er om “rettssak” skal forstås slik at saker utenfor de alminnelige domstoler ikke omfattes? Forarbeidene sier ikke noe om dette. I Rt. 2010 s. 1638 har det imidlertid kommet frem at også utenrettslig forlik omfattes av unntaket, samt transaksjoner som knytter seg direkte til en rettssak eller et forlik. I kjennelsens avsnitt 39 står følgende:

“Jeg kan imidlertid ikke se at det er holdepunkter for at pengetransaksjoner som knytter seg direkte til rettsvister, faller utenfor unntaket i § 18 andre ledd. Sammenhengen mellom § 18 og § 4 andre ledd nr. 3, jf. § 2 nr. 2 taler imot en slik forståelse. Det samme gjør uttalelser i forarbeidene... ”.

Videre i kjennelsen står det:¹⁸⁸

“Dersom det skulle vise seg at de rettslige rammer for å pålegge advokater å gi opplysninger om mulige straffbare forhold er for snevre, vil det være lovgivers oppgave å vurdere om rettstilstanden bør endres”.

Dette har lovgiver ikke gjort, men regjeringen har kommet med uttalelse om at dette kan være aktuelt.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Se www.advokatforeningen.no og

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/andre/brev/brev_stortinget/2009/sporsmal-vedrorende-otprp-nr-3-2008-2009.html?id=543249

¹⁸⁷ Se EMK art. 6

¹⁸⁸ Se kjennelsens avsnitt 41

¹⁸⁹ Se pkt. 2.9.4.6

3.6.5.4 “Forholdet må ha direkte tilknytning til rettstvisten”

Hvv. § 18 annet ledd oppstiller også et tilleggsvilkår.¹⁹⁰ Advokater har ikke plikt til å rapportere om opplysninger de har fått kjennskap til gjennom arbeid med å fastslå klientens rettsstilling, eller om forhold som de har fått kjennskap til før, under eller etter rettssak “når forholdet har direkte tilknytning til rettstvisten”.

Ut fra ordlyden kan det hevdes at tilleggsvilkåret gjelder for begge ovenfor nevnte alternative vilkårene. Forarbeidene til bestemmelsen gir imidlertid ikke noen veiledning. Da lovforslaget ble vedtatt, kommenterte ikke departementet om relevanskravet skulle gjelde for begge de alternative vilkårene.

3.6.6 Gjennomføring av mistenkelige transaksjoner

Den rapporteringspliktige skal ikke gjennomføre transaksjonen før ØKOKRIM er underrettet, jf. hvvl. § 19. Gjennomført underretting er en straffefrihetsgrunn, dersom advokaten etter å ha underrettet ØKOKRIM, bistår klienten med gjennomføring av transaksjonen på en måte som ellers ville rammes av strl. § 317, jf. Rt. 2011 s. 1 avsnitt 32 hvor Høyesterett henviser til Axelsen og Hopsnes. Høyesterett sier her at en slik straffefrihet “*har bare interesse dersom handlingen ellers anses rettsstridig*”.

I særlige tilfeller kan ØKOKRIM gi pålegg om å ikke gjennomføre transaksjonen. Etter bestemmelsens annet ledd kan en transaksjon gjennomføres før opplysninger er oversendt ØKOKRIM, dersom unnlattelse kan vanskeliggjøre undersøkelsene til ØKOKRIM eller det ikke vil være mulig å la være å gjennomføre transaksjonen.

Advokaten skal ikke informere sin klient om at melding har eller vil bli gitt, jf. hvvl. § 21 første ledd. Det samme gjelder vedrørende undersøkelsen. Begrunnelsen for dette er faren for bevisforspillelse. Hvv. § 21 første ledd er ikke til hinder for at advokaten

¹⁹⁰ Axelsen og Hopsnes (2005) s. 32

forsøker å få sin klient til å avstå fra å begå en ulovlig handling, jf. hvvl. § 21 tredje ledd.

Rapportering som har skjedd i god tro utgjør ikke noe brudd på taushetsplikten, samt at slik melding fritar for erstatningsansvar og straff, jf. hvvl. § 20.

4 Avslutning

Forholdet mellom advokaters taushetsplikt og opplysningsplikt bygger på motstridene hensyn. De er begge to viktige og grunnleggende prinsipper i en rettsstat som Norge. På den ene side er hensynet til tillitsforholdet mellom advokat og klient, som er det klare utgangspunktet for advokaters mulighet til å utøve sitt virke. På den andre side veier hensynet om bekjempelse av kriminalitet.

Det er først når disse hensynene krysser hverandre, at spørsmålet om hvor grensen skal trekkes, oppstår. Som vi har sett, er det bare *“den egentlige advokatvirksomhet – juridisk bistand og rådgivning – i og utenfor rettergang”* som vernes av taushetsplikten. Begrepet *“egentlig advokatvirksomhet – juridisk bistand og rådgivning – i og utenfor rettergang”* er et begrep og en definisjon som kan volde tvil å tolke. Grensen er på ingen måte klar, og advokatvirksomheten er i evig endring. Rettsreglene om hva som vernes av advokaters taushetsplikt er imidlertid ikke endret. Det er fortsatt *“advokatmonopolet”* som vernes av disse reglene. Dette fører til usikkerhet rundt hva advokater kan og ikke kan si til myndighetene ettersom de risikerer alvorlige sanksjoner ved brudd av taushetsplikten. På den andre siden risikerer de sanksjoner ved brudd av rapporteringsplikten.

Lovgiver har tatt hensyn til advokaters taushetsplikt i utforming av hvitvaskingsreglene. Den *“egentlige”* advokatvirksomheten, *“juridisk bistand og rådgivning – i og utenfor rettergang”* er unntatt fra rapporteringsplikten. Det er imidlertid slik at den rådgivende virksomhet har fått snevrere vern etter advokatunntaket i hvitvaskingsloven. Rådgivning i forbindelse med transaksjoner kan for eksempel falle inn under opplysningsplikten.

Grensedragningen mellom *“egentlig”* og *“uegentlig”* advokatvirksomhet, kan føre til at tillitsforholdet mellom advokat og klient blir svekket. Det er meget viktig at allmennheten har tillit til at betroelser til advokaten vernes av taushetsplikten uavhengig

av om betroelsen har skjedd utenfor eller innenfor det som kalles den “egentlige” advokatvirksomhet. Og det er særlig viktig at dette er forutsigbart for både borgerne og advokatene.

I ytterst konsekvens vil uklare regler og trussel om straff for advokater medføre at advokaten vil ta reservasjoner for oppdrag. Dette kan medføre til at advokattjenesten blir svekket. Retten til advokatbistand er grunnleggende i en rettsstat.

Litteraturliste

Lover

- 1902 Alminnelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven)
- 1915 Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5 (domstolloven)
- 1980 Lov om fri rettshjelp av 13. juni 1980 nr. 35 (rettshjelploven)
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25
(straffeprosessloven)
- 1988 Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner
(finansieringsvirksomhetsloven)
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS loven)
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettighetsloven)
- 2005 Lov om meglings og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90
(tvisteloven)
- 2009 Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. av 06. mars 2009 nr. 11
(hvitvaskingsloven)

Forarbeider

- NOU 2007:10 Om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering
- NOU 2009:4 Tiltak mot skatteunndragelser
- NOU 2009:15 Skjult informasjon – åpen kontroll
-
- Ot.prp.nr.45 (1987-1988) Straffeloven (endringslov)
- Ot.prp.nr.7 (1990-1991) Om lov om endringer i domstolloven m.m
(advokatlovgivningen m.m)

Ot.prp.nr.53 (1992-1993)	Om lov om endringer i straffeloven m.v (hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger)
Ot.prp.nr.22 (1995-1996)	Om lov om endringer i lov 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner og visse andre lover (tiltak mot hvitvasking av penger)
Ot.prp.nr.13 (1998.1999)	Helsepersonell mv. (helsepersonelloven)
Ot.prp.nr.72 (2002-2003)	Om lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven)
Ot.prp.nr.3 (2008-2009)	Om lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (hvitvaskingsloven)
Innst.O.nr.100 (2002-2003)	Innstilling fra finanskomiteen om lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven)

Forskrifter

FOR 1996-12-20 nr. 1161	Forskrift til domstolloven
FOR 2009-03-13 nr. 302	Forskrift om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (hvitvaskingsforskriften)

Rettsavgjørelser

Høyesterett:

Rt. 1918 s. 859

Rt. 1932 s. 174

Rt. 1952 s. 1217

Rt. 1992 s. 894

Rt. 1992 s. 949

Rt. 1997 s. 365

Rt. 1999 s. 911

Rt. 2000 s. 2167

Rt. 2001 s. 465

Rt. 2006 s. 633

Rt. 2006 s. 1071
Rt. 2008 s. 158
Rt. 2008 s. 645
Rt. 2010 s. 740
Rt. 2010 s. 1638
Rt. 2011 s. 1
Rt. 2011 s. 296

Underrettspraksis:

RG. 1981 s. 777

LB-2007-186750

TOSLO-2002-1177

Oslo tingrett avsagt 22.02.2011, saknr 10-128469TVI-OTIR/07

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). 4. november 1950

Avgjørelser fra EMD

Niemietz vs. Tyskland 13710/88

Sallinen vs. Finland 50882/99

Direktiver

91/308/EØF	Rådsdirektivet av 10. juni 1991 om tiltak for å hindre at det finansielle system brukes til hvitvasking av penger. Det først hvitvaskingsdirektiv.
2001/97/EF	Europaparlamentets rådsdirektiv av 4. desember 2001 om endring av rådsdirektiv 91/308/EØF om tiltak for å forhindre at det finansielle system brukes til hvitvasking av penger. Endringsdirektivet/andre hvitvaskingsdirektiv.
2005/60/EF	Europaparlamentets- og rådsdirektiv av 26. oktober 2005 om tiltak mot bruk av det finansielle system til hvitvasking av penger og finansiering av terrorisme. Det tredje hvitvaskingsdirektiv.

Bøker

- Andenæs, Jons. *Norsk straffeprosess*, samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer 4. utg. Oslo, 2009
- Andenæs, Jons. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, samlet utgave ved Kjell V.Andorsen. Oslo, 2009
- Boe, Erik. *Innføring i Juss – Juridisk tenkning og rettskildelære*
- Bratholm, Anders. *Straffeloven: kommentarutgaven*. Oslo, 1997
- Haraldsen, I. Haakon. *Regler for god advokatskikk med kommentarer*. Oslo, 2005
- Halvorsen, Harald. *Advokatvirksomhet – betingelser og krav*, ajourført av Morten F. Arnesen. Oslo, 1997
- Hov, Jo. *Rettergang I sivil – og straffeprosess*. Oslo 2007
- Høgberg, Alf Petter og Stridbeck Ulf (red). *Hvitvasking*. Oslo, 2008
- Knudtzon, Sigurd og Omsted, Wilhelm (red). *Å være advokat*. Oslo, 2002
- Lous, Georg. *Hva er advokatvirksomhet?*. Oslo, 1966
- Lous, Georg. *Sakføreres taushetsplikt*. Oslo, 1960
- Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. Oslo, 2009
- Svalheim, Knut. *Advokaters taushetsplikt*. Oslo, 1996
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. Oslo, 2001
- Wilhelmsen, Jan-Fredrik og Woxholth, Geir. *Juristetikk*. Oslo, 2003

Juridiske artikler

- Axelsen, Niels Kristian og Hopsnes, Roald. *TFS 2005-1 Hvitvaskingsloven* ([www.lovdata](http://www.lovdata.no))
- Hjort, Henriette S og Torgersen Åsne Hana. *TFS 2008-1 Fra Økokrim: Påtalemyndighetens adgang til å overlevere beslaglagte materiale til ligningsmyndighetene – en gjennomgang av Høyesteretts kjennelse 1. februar 2008.*(www.idunn.no)
- Nerdrum, Gunnar. *Advokatetikken i tid og rom (2005)*. (www.lovdata.no)
- Papendorf, Knut. *Forretningsadvokater i globaliseringens tid – en sammenlikning av situasjonen i Norge og Tyskland.*(www.uio.no)

Rogstad, Anne. *TFF 2003-1: Om ansatte advokaters advokat-virksomhet knyttet til kontraktmessige forhold og regler om taushetsplikt og opplysningsplikt.* (www.gyldendal.no)

Smith, Merete og Austdal, Jan Rino. *Advokatyret i en omskiftet tid*, Lov og rett 01.02/2011 (www.idunn.no)

Internettider:

www.advokatforeningen.no

www.advokatbladet.no

www.fatf-gafi.org

Retningslinjer for forsvarere

www.forsvarergruppen.no

Regjeringens handlingsplan mot økonomisk kriminalitet

http://www.regjeringen.no/Upload/FIN/Info/2011/forelopig_versjon_handlingsplan_oko_krim.pdf

Brev fra Finansdepartementet til Finanskomiteen av 21. januar 2009 i forbindelse med vedtaket av hvitvaskingsloven

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/andre/brev/brev_stortinget/2009/sporsmal-vedrorende-otprp-nr-3-2008-2009.html?id=543249

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/andre/brev/brev_stortinget/2009/sporsmal-vedrorende-otprp-nr-3-2008-2009.html?id=543249

Avisartikkel:

A-magasinet utgitt den 11.nov 2011

