

Statslederens bruk av utenlandske banker til hvitvasking av korrupsjonsutbytte

- effektivt innsyn i bankopplysninger under strafferettslig etterforskning?

Kandidatnummer: 536

Veileder: Anne-Mette Dyrnes

Leveringsfrist: 27. november 2006

Til sammen 17775 ord

23.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Definisjoner	3
1.2.1	”Statsledere”	3
1.2.2	”Etterforskere”	4
1.2.3	”Korrupsjon”	4
1.3	Avgrensninger	4
1.3.1	Nasjonale regler	4
1.3.2	Regionale og bilaterale initiativer	5
1.3.3	Politisamarbeid	5
1.3.4	Andre banktjenester enn transaksjoner og bruk av konto til oppbevaring av utbytte	5
1.4	Den videre framstilling	6
<u>2</u>	<u>METODE OG KILDER</u>	<u>6</u>
2.1	Om den folkerettslige metode	6
2.2	Kilder av særlig relevans for oppgaven	8
<u>3</u>	<u>STATSLEDERE SOM FORBRYTERE</u>	<u>11</u>
3.1	Statsledere, korrupsjon og makt	11
3.1.1	I posisjon for korrupsjon - storkorrupsjon	11
3.1.2	Straffrihet – ”Staten, det er meg!”	12
3.2	Bruk av utenlandske banker	13
3.2.1	Hvitvasking	13
3.2.2	Bank secrecy	15
3.2.3	Hvorfor banker i utlandet?	16

3.3	Behovet for innsyn	16
3.3.1	Spør og bevis	16
3.3.2	Andre hensyn bak innsyn	18
4	<u>KAN STATSLEDERE ETTERFORSKES?</u>	18
4.1	Innledning	18
4.1.1	Forholdet mellom folkerettslige og nasjonale immunitetsbestemmelser	19
4.1.2	Forholdet mellom immunitet og jurisdiksjon	20
4.1.3	Begrepsavklaring	20
4.2	Jurisdiksjon	21
4.3	Hensyn og hjemmel for den folkerettslige immunitet	23
4.4	Omfanget av den folkerettslige immunitet	25
4.5	Oppsummering	27
5	<u>BANKOPPLYSNINGENE</u>	28
5.1	Innledning	28
5.2	Banken – en etterforsker?	29
5.3	Statsledere som ”politically exposed persons”	30
5.4	Opplysninger fra alminnelig kundekontroll	32
5.5	Opplysninger fra ytterligere undersøkelser	35
5.6	Registrering og oppbevaring	35
6	<u>INNSYN VIA BANKENS RAPPORTERING</u>	36
6.1	Innledning	36

6.2	Opplysningenes gang fra banken til etterforskerne	37
6.3	Når må banken rapportere?	39
6.4	Hva må banken rapportere?	42
6.5	Immunitetsspørsmål	42
6.6	Bankens dilemma	44
<u>7</u>	<u>INNSYN PÅ ETTERFORSKERNES INITIATIV</u>	<u>46</u>
7.1	Innledning	46
7.2	Anmodningen	47
7.3	Typiske grunner for å nekte samarbeid	48
7.3.1	Bank secrecy-regler	48
7.3.2	Skattehensyn	49
7.3.3	Krav om "dual criminality"	49
7.4	Innsyn i kontoer som er oppført under andres navn	49
7.5	Enkelte alternative fremgangsmåter for innsyn	51
7.6	Immunitetsspørsmål	52
<u>8</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>55</u>
<u>9</u>	<u>REGISTER</u>	<u>56</u>
9.1	Konvensjoner	56
9.2	Dommer	57
9.2.1	Dommer fra internasjonale domstoler	57
9.2.2	Dommer fra nasjonale domstoler	57
9.3	Bøker	58

9.4	Artikler	58
9.5	Andre kilder	59

1 Innledning

Etter at Nigerias daværende statsoverhode, Sani Abacha, avgikk plutselig ved døden i 1998, satte det nye regimet i gang sporing av midler han og hans familie hadde plassert i utlandet. Det antas at Abacha og hans familie, gjennom ulike former for korrupsjonshandlinger, til sammen skaffet et utbytte på rundt 4 milliarder amerikanske dollar.¹

Saken viser ikke bare at også statsledere kan begå forbrytelser, men dessuten hvordan banker ikke går av veien for å inngå kundeforhold med statsledere mistenkt for korrupsjon. Bankene som ble benyttet befant seg dels i typiske finanshavner, slik som Liechtenstein, Luxembourg og Sveits. Mer overraskende var det kanskje at banker i Storbritannia, Frankrike og USA også hadde gått inn i kundeforhold med diktatoren (om enn som følge av sviktende identifisering av kunden).

1.1 Oppgavens tema

Som tittelen viser er oppgavens tema statslederens bruk av utenlandske banker til hvitvasking av korrupsjonsutbytte. Hovedproblemstillingen følger av undertittelen: Effektivt innsyn i bankopplysninger under strafferettslig etterforskning?

Hvilke situasjoner er problemstillingens slagfelt?

Etterforskningen kan være rettet mot korrupsjonen eller mot hvitvaskingen, og oppgavens tema presiserer heller ikke hvor etterforskningen er igangsatt. Behandlingen er derfor ment å ha relevans uansett om etterforskningen er igangsatt av statslederens land², av bankstaten eller av et tredje land. Helt gjennomførbart er dette likevel ikke. For eksempel er drøftelsen av hvorvidt folkerettslige immunitetsregler hindrer igangsettelse av etterforskning mot statslederen (jf. punkt 4), ikke relevant dersom etterforskningen er

¹ Transparency International Global Corruption Report 2001, s. 204.

² Begrepene ”stat” og ”land” benyttes om hverandre i oppgaven – det skal ikke være noen meningsforskjell om ikke annet klart fremgår.

igangsatt av statslederens eget land. Immunitetsspørsmål blir i dette tilfelle å løse etter nasjonale bestemmelser. Denne skiftende relevansen, med hensyn til om forholdet styres utelukkende av nasjonal rett eller ikke, er det viktig å ha i mente under lesningen av oppgaven.

Hvilke momenter er så viktige for å avgjøre oppgavens hovedproblemstilling - om etterforskernes innsyn kan betegnes som effektivt? Disse momentene kan betegnes som oppgavens underproblemstillinger.

For det første må finnes *måter* for etterforskerne å få innsyn på. Med andre ord: Hvordan kan etterforskerne få adgang til opplysningene? Dette er tema under punktene 6 og 7.

Dessuten kan innsyn aldri bli effektivt dersom ikke selve bankopplysningene finnes og holder en viss standard. Dette behandles i punkt 5. Som vi skal se, er dette arbeid som for det meste er lagt til banken.

I tillegg må det undersøkes i hvilken grad immunitet forstyrrer de overnevnte punkter. Som vi skal se, kan statsledere være et usedvanlig brysomt etterforskningssubjekt fordi de er beskyttet av til dels omfattende regler om immunitet. Ikke bare skal det ses på om disse forhindrer adgang til opplysningene, samt bankens arbeid, men også om etterforskning i det hele tatt kan igangsettes – er ikke det tilfelle, blir innsyn nokså upraktisk. Immunitetsspørsmål drøftes særlig under punkt 4.

Spørsmålene skal vurderes i forhold til internasjonale initiativer, herunder særlig FN-konvensjonen mot korrupsjon³ og FATF-anbefalingene. Dette er nødvendig fordi situasjonene som drøftes involverer to eller flere jurisdiksjoner. Man kommer da ikke utenom folkerettslige elementer.⁴ Hvitvasking og korrupsjon er dessuten i sin natur internasjonale fenomener. Bekjempelsen må dermed også ha sitt utgangspunkt internasjonalt.

Er temaet praktisk?

Ja. Fordi Abacha ikke er den eneste korruperte statslederen: Duvalier (Haiti), Marcos (Filippinene), Suharto (Indonesia), Bhutto (Pakistan), Milosevic (Serbia), Abacha

³ Heretter ofte betegnet som "FN-konvensjonen".

⁴ Se nærmere under punktene 1.3.1 og 2.

(Nigeria), Pinochet (Chile), Honecker (Øst-Tyskland), Lasarenko (Ukraina), Noriega (Panama), Fujimori (Peru), Nastase (Romania), Sese Seko (Kongo), Nguessos (Kongo-Brazzaville), Berlusconi (Italia)... og mange flere statsledere har blitt dømt eller mistenkt for korrupsjon, og i de fleste tilfellene har utbytte antakelig blitt plassert i (og sendt rundt mellom) utenlandske banker.

Nei. Fordi etterforskning er utopisk i mange tilfeller. Statslederen vil ofte nyte godt av immunitetsregler eller ha mulighet til å obstruere etterforskning på andre måter. I de fleste av tilfellene over har etterforskningen skjedd i ettertid, det vil si etter statslederens avgang eller død – ofte på grunn av omfattende immunitetsbeskyttelser (både i forhold til eget land og i forhold til utlandet) eller fordi statslederen har kunnet forhindre etterforskning på annen måte⁵. Men dette er et problem som det arbeides med i noen grad. Den nevnte FN-konvensjonen oppfordrer for eksempel landene til å skape balanse mellom immuniteter og effektiv etterforskning, jf. art. 30 nr. 2. Dessuten synes muligheten for å etterforske hvitvaskingen som en selvstendig forbrytelse, typisk en av bankstatene, å være stadig mer aktuell. Som jeg kommer tilbake til, legger for eksempel FN-konvensjonen opp til at slik etterforskning kan skje selv om utbyttet stammer fra en forbrytelse i et annet land. I bankstaten vil dessuten statslederen mulighet til å sabotere være langt smalere. Det kan være fundamentalt å etterforske mens sporene ennå er ferske. Noe annet er at selve straffen, som følge av immuniteten, ikke kan idømmes før statslederen har gått av.

1.2 Definisjoner

1.2.1 "Statsledere"

"Statsledere", slik det benyttes i oppgaven, tar sikte på *sittende* statsoverhoder, regjeringsoverhoder og utenriksministre. Årsaken til definisjonen er, som det skal vises under punkt 4, at disse tre antakelig må innrømmes den samme folkerettslige immuniteten. Likeledes går alle tre klart innunder hva som må regnes som "politically exposed persons", jf. punkt 5. Jeg slipper dermed å skjelne mellom dem i drøftelsen. Samtidig øker det praktiske og det politiske omfanget av oppgaven ved at ikke kun statsoverhoder omtales.

⁵ Jf. punkt 3.1.2.

Forhenværende statslederens situasjon behandles ikke.

For øvrig avgrenses det i oppgaven mot problematisering av uttrykket ”stat” – man kunne for eksempel tenke seg at stat A ikke anerkjente stat B som en selvstendig stat. Dette kunne for eksempel ha den følge at stat A heller ikke innrømmet immunitet til statslederen i stat B.⁶ Dette synes upraktisk, og jeg går altså ikke mer inn på dette.

1.2.2 ”Etterforskere”

Bruken av termen ”etterforskere” i oppgaven tar sikte på kompetent etterforskningsmyndighet i de forskjellige land. Det kan være politiet, en magistrat, en såkalt ”financial intelligence unit”⁷ eller andre, alt ettersom dette er organisert etter nasjonal lovgivning.

1.2.3 ”Korrupsjon”

Det finnes ingen universal definisjon av ”korrupsjon”. I denne oppgaven, dersom ikke noe annet fremgår av sammenhengen, betyr ”korrupsjon” en hvilken som helst av de handlinger som FN-konvensjonen mot korrupsjon tar sikte på at landene skal kriminalisere (også de handlinger hvis kriminalisering er frivillig), jf. konvensjonen art. 15-25. At noe annet går frem av sammenhengen, er tilfelle eksempelvis når jeg omtaler at land A etterforsker korrupsjon – ”korrupsjon” her vil naturligvis bety korrupsjon slik det faktisk er kriminalisert i land A.

Hvitvasking, jf. art. 23, benevnes likevel alltid som hvitvasking i denne oppgaven for å unngå forvirring. Jeg kommer tilbake til definisjon og nærmere beskrivelse av hvitvasking under punkt 3.2.1.

1.3 Avgrensninger

1.3.1 Nasjonale regler

Det avgrenses mot nasjonale regler. Som nevnt i punkt 1.1 blir ikke internrettslige situasjoner behandlet. Dette ville blåst omfanget langt på utsiden av oppgavens rammer.

⁶ Jf. SIMBEYE (2004) s. 114 flg.

⁷ Jf. punkt 6.2.

Noe annet er at de folkerettslige initiativene har sin betydning gjennom nettopp nasjonal implementering. I den grad nasjonal lovgivning nevnes, er dette derfor som eksempler på implementering. FN-konvensjonen mot korrupsjon etterlater en nokså stor grad av fleksibilitet i så måte.

1.3.2 Regionale og bilaterale initiativer

Oppgaven behandler ikke regionale initiativer eller bilaterale avtaler. Dette betyr ikke at slike er upraktiske. Snarere tvert i mot. USA alene har for eksempel 110 bilaterale avtaler om rettslig samarbeid.⁸ Regionale initiativer er også av enorm viktighet. Eksempler er EUs hvitvaskingsdirektiver, Haagkonvensjonen om gjensidig hjelp i straffesaker, samt de regionale korrupsjonskonvensjonene i Afrika og Amerika⁹. Det avgrenses mot disse på grunn av omfang.

1.3.3 Politisamarbeid

Prosedyrer og muligheter for utveksling av opplysninger gjennom samarbeid ved hjelp av internasjonale organisasjoner som Interpol og Europol avgrenses det mot. Også dette er imidlertid viktige alternativer for etterforskerne – som det så vidt nevnes under punkt 7.5.

1.3.4 Andre banktjenester enn transaksjoner og bruk av konto til oppbevaring av utbytte

Oppgaven konsentrerer seg om bruk av bankkontoer til oppbevaring av utbytte¹⁰, samt bankens gjennomføring av transaksjoner for kunden. Andre banktjenester (som også kan tenkes benyttet i forhold til hvitvasking), for eksempel veksling, bankboksbruk og lån, omtales derfor ikke.

At det er snakk om bankkontobruk, betyr dessuten at ikke andre finansinstitusjoner omtales – disse er imidlertid i stor grad bundet av lignende regler som banker.¹¹ Banker er

⁸ Jf. Transparency International Global Corruption Report 2004, s.113.

⁹ African Union Convention on Preventing and Combating Corruption og Inter-American Convention against Corruption.

¹⁰ Se definisjon i FN-konvensjonen art. 2 litra h.

¹¹ Begrepet "bank" er riktignok noe diffust; grensen til andre institusjoner kan være flytende.

dessuten spesifikt nevnt i FN-konvensjonen, jf. art. 14 nr. 1, slik at avgrensningsspørsmål med hensyn til hva slags institusjoner bestemmelsene tar sikte på, blir overflødig.¹²

1.4 Den videre framstilling

I punkt 2 tar jeg for meg metode, samt kilder som er av særlig interesse i relasjon til oppgavens problemstilling. I punkt 3, som har fått tittelen ”Statsledere som forbrytere”, blir spredte temaer tatt opp, herunder tilknytningen mellom statsledere og korrupsjon, bruk av utenlandske banker, hvitvasking og formålet med innsyn i bankopplysninger. Dette punktet er ment å gi leseren en bredere forståelse av oppgavens tema og dermed for forståelsen av de påfølgende punkter. I punkt 4 er problemstillingen om statsledere kan etterforskes. Dette punktet har også som hensikt å skape en plattform til forståelsen av punktene 6.5 og 7.6. I punkt 5 skal bankens oppgaver med hensyn til opplysninger om kunden (statslederen) undersøkes. Etterforskernes adgang til disse utforskes så under punktene 6 og 7, før det gis et forsøk på konklusjon i punkt 8: Effektivt innsyn eller ikke?

Underveis vil oppgaven dels omhandle forhold som angår statsledere spesielt, og dels forhold som gjelder bankkunder generelt, særlig gjelder dette kapitlene 5-7. Å behandle slike generelle spørsmål kunne jeg ikke komme utenom for å få en forståelig helhet ut av oppgaven. Jeg har dog forsøkt å gå mer i dybden på spørsmål som knytter seg spesifikt til statsledere.

2 Metode og kilder

2.1 Om den folkerettslige metode

Opgaven tar sikte på en internasjonal tilnærming. Dette betyr at det er internasjonale kilder som skal behandles, og tilnærmingen skjer ved bruk av folkerettslig metode.

Sentralt blant de internasjonale kildene står traktatene. Wienkonvensjonen om traktatretten legger føringer for disse og den folkerettslige metoden, herunder om tolkning,

¹² FATF benytter utelukkende ”financial institutions”, men det er tvilløst at dette dekker banker.

jf. art. 31-33. Viktig er bestemmelsen i artikkel 31 nr. 1 som sier at traktatteksten skal tolkes ”in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” Dette utgangspunktet legges til grunn i oppgaven.

Samtidig er Wienkonvensjonen selv en traktat, og har derfor ikke høyere rang enn andre traktater. Den overveiende del av traktaten må likevel anses å gi uttrykk for prinsipper som er internasjonal sedvanerett, og som således må gjelde for alle stater. Det spiller derfor liten rolle om et land for eksempel skulle trekke tilbake sin ratifikasjon av traktaten. Slik sett gir Wienkonvensjonen altså uttrykk for metanormer som gjelder for den folkerettslige metoden.

Et særlig fundamentalt hensyn ved benyttelse av folkerettslig metode, er prinsippet om statenes suverenitet. I forhold til metode, går prinsippet ut på at man skal utøve forsiktighet under fortolkningen av traktatene. Statene skal ikke anses å være bundet av mer enn hva som følger av en rimelig moderat tolkning av ordlyden. Det overnevnte utsagnet fra Wienkonvensjonen art. 31 nr. 1 må derfor leses i sammenheng med disse hensyn.

Statuttene til ICJ, jf. art. 38, gir en oppstilling over folkerettslige kilder. Disse er traktater, sedvanerett, alminnelige rettsgrunnsetninger, rettspraksis og juridisk teori. Statuttens oppstilling må antas å være i tråd med internasjonal sedvane, men kan neppe anses som uttømmende.¹³ Når det gjelder rettspraksis må så vel praksis fra internasjonale domstoler som fra nasjonale domstoler (hva angår forståelsen av folkerettslige kilder) være relevant. Det kan også noteres at forarbeider ikke er nevnt. Dette må ha dels sammenheng med det nevnte suverenitetsprinsipp (forarbeider er vanskeligere tilgjengelig) og dels med at folkerettslige forarbeider tradisjonelt har vært av svak kvalitet. I Wienkonvensjonen art. 32 føyes det likevel til at forarbeider kan ha betydning ved uklarhet. Privates praksis er heller ikke nevnt som en folkerettslig kilde. I forhold til oppgaven er det særlig bankpraksis som er aktuelt. Slik praksis vil nok likevel komme indirekte til uttrykk gjennom sedvanerett og rettspraksis. Dessuten må mye av bankenes retningslinjer i det minste ha vekt som

¹³ RUUD (1997) s. 16.

juridisk teori. I tillegg kan bankpraksis også ha kommet til uttrykk i konvensjoner. Dette viser for øvrig hvorledes de folkerettslige kildene glir over i hverandre.

I oppgaven gis enkelte referanser til nasjonal lovgivning. Disse må ikke anses som argumenter for innholdet av folkeretten, men snarere som eksempler på hvordan folkeretten er implementert. Nasjonal lovgivning kan også gi eksempler på hvorledes språkmisforståelser er en del av den folkerettslige hverdag. Viktig er det at traktatenes autentiske språk benyttes under den folkerettslige metode.

2.2 Kilder av særlig relevans for oppgaven

Sentralt står den allerede nevnte FN-konvensjonen mot korrupsjon fra 2003 (trådte i kraft i 2005). I forholdet til oppgavens tema omhandler den så vel etterforskernes adgang til opplysninger som bankens plikter i forhold til kundekontroll, undersøkelser og rapportering.

Konvensjonen er ratifisert av 80 land per 23. november 2006. Landene som har ratifisert kommer fra et bredt spekter, både økonomisk og geografisk. Blant landene finnes mellom andre USA, Kina, Russland, Storbritannia, Brasil og Indonesia. På denne annen side er et viktig bankland som Sveits, sammen med Liechtenstein, Luxembourg og de fleste andre typiske "finanshavner" blant landene som ikke har ratifisert. Tallet på ratifiserte stater øker likevel stadig, og skyldes dels treg gjennomføring av nasjonale rettssystemer for å komme overens med konvensjonens krav. Det bør derfor ventes at tallet kommer til å øke betraktelig.

Ved siden av konvensjonen har FN utarbeidet enkelte dokumenter som dels er ment å kunne gi veiledning og dels behandler utdypende en del temaer innenfor korrupsjon generelt. Dette er UN Guide for anti-corruption policies (2003), UN Handbook on practical anti-corruption measures for prosecutors and investigators (2004) og UN anti-corruption toolkit (2004). Disse er ikke utarbeidet av medlemslandene, men av ekspertgrupper og kan neppe ha større vekt enn juridisk teori. Det vil bli gitt noen referanser til disse underveis i oppgaven.

FATF, "Financial Action Task Force", er en mellomstatlig, uavhengig organisasjon som har utarbeidet 40 anbefalinger i forbindelse med kampen mot hvitvasking. De første anbefalingene ble utarbeidet i 1990, men senere revidert, senest i 2003. Blant de 32

medlemslandene er de fleste store finanssentra, blant annet USA, Tyskland, Storbritannia, Russland og Canada. Det kan dessuten bemerkes at Sveits er medlem. I tillegg jobbes det med anbefalingene gjennom fem FATF-lignende regionale initiativer som igjen har en rekke medlemsland, herunder kan det være interessant å nevne Caribbean Financial Action Task Force (CFATF) som inkluderer de fleste av de typiske finanshavnene i det Karibiske hav.

FATF-anbefalingene har ikke bindende virkning for medlemslandene, og må derfor betegnes som såkalt ”soft law”.

Rent faktisk har likevel anbefalingene stor betydning. For det første som følge av at det skal foretas jevnlige evalueringer av medlemslandenes oppfølging av anbefalingene. For det andre har FATF utarbeidet en liste over ikke-samarbeidende land. Dessuten har anbefalingene fått betydning gjennom samarbeid med det Internasjonale Pengefondet (IMF) og Verdensbanken. Indirekte har dessuten FATF-anbefalingene fått betydning ved at de har virket som inspirasjonskilde for blant annet FN-konvensjonen mot korrupsjon og en rekke regionale initiativer.

Hva angår oppgaven, er FATF-anbefalingene i hovedsak relevant på de samme områder som FN-konvensjonen mot korrupsjon, og bestemmelsene er i stor grad sammenfallende. Jeg har valgt å benytte anbefalingene særlig under punkt 5 om bankopplysninger fordi de her gir en mer ryddig og presis gjennomgang enn FN-konvensjonen.

I tilknytning til evalueringsprosessene har FATF utarbeidet en ”methodology”.¹⁴ Til en del av anbefalingene finnes det også tolkningsuttalelser.¹⁵ I likhet med hva som gjaldt for FN-dokumentene over, kan heller ikke disse i utgangspunktet betraktes som noe annet enn juridisk teori.

Over nevnte jeg bankenes egne retningslinjer som en aktuell kilde. Særlig kan to slike initiativer nevnes. Det ene er de såkalte Wolfsbergprinsippene¹⁶ mot hvitvasking som

¹⁴ FATF Methodology for assessing compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations.

¹⁵ FATF Interpretative notes to the forty recommendations. Heretter ofte benevnt som ”tolkningsuttalelsene”.

¹⁶ Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles for Private Banking (2000).

er utarbeidet av en rekke store, globale banker. Viktigere er likevel arbeidene til Baselkomiteen (BSBC¹⁷): ”Customer due diligence for banks”¹⁸ fra 2001 og ”Core principles for effective banking supervision” fra 1997. I følge Ellinger følges disse retningslinjene av banker over hele verden.¹⁹ Deres relevans kan derfor neppe utelukkes.

Sentralt i oppgaven står behandlingen av statslederens immunitet. Slik immunitet er ikke regulert i noen konvensjon, men har antakelig sin base i folkerettslig sedvanerett. Det nærmere innholdet av reglene må anses som usikkert. En privat organisasjon, Institute de droit international (IDI), har utarbeidet et utkast om statslederens immunitet: *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international* (2001)²⁰. IDI består av anerkjente jurister, advokater og dommere fra hele verden, hvis formål er ”promote the progress of international law”, jf. IDI's statutter, art. 1 nr. 2. Klarlig nok kan utkastet ikke ha noen bindende folkerettslig virkning, og kan neppe anses som noe annet enn juridisk teori, til tross for dens traktatdrakt. I mangel av andre kilder på dette området, har jeg likevel henvist i noen grad til dette utkastet. Det kan tilføyes at jeg dessuten i noen grad har måttet støtte meg på formålsbetraktninger – hensyn bak immunitetsreglene – i sammenheng med effektivitetshensyn hva angår etterforskningen.

Juridisk teori i tradisjonell drakt, det vil si bøker og artikler, er også benyttet. Viktig har det vært i dette henseende at litteraturen ikke er for gammel fordi store deler av det aktuelle rettsområdet er i rivende utvikling - og ikke minst fordi de nevnte FATF-anbefalingene og FN-konvensjonen er datert 2003.

Jeg har funnet lite rettspraksis av verdi. Saker om statsledere oppstår ikke hyppig. ICJ-dommen *Democratic Republic of Congo v. Belgium* som benyttes ivrig i punkt 4 er dermed nærmest for et unntak å regne.

¹⁷ BCBS, Basel Committee for Banking Supervision, er administrativt underlagt BIS, Bank for International Settlements.

¹⁸ CBB, Cross Border Banking group, står bak ”Customer due diligence for banks”. CBB består av medlemmer fra BCBS, samt fra OGBS, Offshore Group of Banking Supervisors. OGBS er en sammenslutning av bankrepresentanter fra de såkalte ”offshoreparadisene” – også OGBS er sprunget ut av BCBS.

¹⁹ Jf. ELLINGER (2006) s. 61.

²⁰ Heretter benevnt som ”Vancouver-resolusjonen”.

3 Statsledere som forbrytere

3.1 Statsledere, korrupsjon og makt

3.1.1 I posisjon for korrupsjon - storkorrupsjon

Korrupsjonsmuligheten kan manifestere seg hyppig for en statsleder. En statsleder har makt, og mange kan forsøke å kjøpe seg beslutninger og innflytelse. Det kan dreie seg om et ”bidrag” fra et utenlandsk selskap. For eksempel for at selskapet skal få etablere seg i landet eller for at selskapet skal vinne en statlig kontrakt.²¹ Det kan dreie seg om kjøp av politisk støtte. Det kan dreie seg om bestikkelser fra det nasjonale næringslivet, for eksempel for å få konsesjoner eller hindre rettsprosesser. Det kan dreie seg om gaver eller andre private fordeler. Statslederen kan også ta initiativet selv. Det trenger ikke engang være noen andre involvert, typisk ved underslag av offentlige midler. Statslederen kan for eksempel ha direkte disposisjon over offentlige kontoer. Eller han kan sørge for at hans private selskaper får urettmessige fordeler.

Linjen mellom det lovlige og det ulovlige og mellom det offentlige og det private kan være forskrekkende enkel å krysse. Særlig kan dette være tilfelle i mindre utviklede land, hvor makten er ujevnt fordelt og kontrollmekanismene er svake. Ikke alle stater har lovgivning som sikrer god kontroll med disse forholdene. Den nevnte Abacha benyttet for eksempel Nigerias sentralbank som sin egen sparebøsse.

Statslederes korrupsjon er storkorrupsjon. Den forstyrrer fundamentale politiske strukturer og den personlige vinningen kan være enorm. Storkorrupsjonen kan lede til en ”erosion of confidence in good governance, the rule of law and economic stability”.²² Storkorrupsjonen har blitt kalt “state capture” fordi den ofte innebærer at private interesser styrer beslutninger på samfunnets høyeste plan.²³

²¹ OECD-konvensjonen, OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, tar sikte på slike tilfeller, men konsentrerer seg om forfølgning av selskapet. I motsetning konsentrerer denne oppgaven seg om forfølgning av statslederen.

²² UN Guide for anti-corruption policies (2003), s. 28.

²³ UN Handbook on practical anti-corruption measures for prosecutors and investigators (2004), s. 23.

FN-konvensjonen inneholder flere bestemmelser som søker å skape et klima hvor storkorrupsjonen vanskeligere kan vokse, særlig i kapitel 2 ("Preventive measures"), men se også særlig art. 52 nr. 5-6. Jeg går ikke nærmere inn på disse. I stedet skal jeg nå se på hvordan statslederens storkorrupsjon kan tenkes å etterfølges av straffrihet.

3.1.2 Straffrihet – "Staten, det er meg!"

Ikke bare er fristelsene mange, beløpene store og adgangen enkel. Muligheten for å skjule sporene eller sabotere en eventuell etterforskning, kan være til stede. Statslederen kan ha direkte makt over statlige organer. Og har han det ikke, kan han likevel ha innflytelse, kanskje så mye at han har reell makt. Selv rettsapparatet og lovgivningen kan befinne seg i statslederens grep. Ofte sørger korrupsjon for å skjule korrupsjon; personer i andre viktige samfunnsposisjoner inkluderes i korrupsjonen. Statslederens sirkel av korrupsjon kan vokse slik at maktbalansen i samfunnet forsvinner. Hele den statlige sektor kan bli degenerert. I en slik kontekst kan statslederen bli utilnærmelig.

Selv etter en eventuell tiltale kan statslederens innflytelse være enorm. Han kan motvirke prosessen, sørge for sletting av bevis, ansette de skarpeste advokatene (som for eksempel vet hvordan man kan utnytte ankemuligheter for å sinke behandlingen). Han kan ha innflytelse til å påvirke opinionen og media, typisk ved å forklare eventuelle prosesser mot ham som politisk motivert eller som hekseforfølgning. Eller ganske enkelt forsøke å så tvil om straffverdigheten ved å si at den "angivelige" korrupsjonen var til det beste for landet.²⁴ Han kan ha innflytelse over etterforskere eller dommere, og innflytelsen til en statsleder kan enkelt tenkes å ha rekkevidde over landegrensene.

I tillegg nyter normalt statsledere beskyttelse gjennom immunitetsregler. I grove trekk setter disse en stopper for all straffeforfølgning ved rettsapparatet så lenge han er statsleder. Etterpå, når statslederen går av, kan de aktuelle forholdene være foreldet. Eller bevisene kan, som vist over, være slettet eller aldri ha blitt anskaffet.

Statslederen kan dessuten ha tilgang på betydelige ressurser og ekspertise; profesjonelle vaskere med kunnskaper om sofistikerte metoder²⁵ for å unngå å vekke

²⁴ Jf. OECD Effective prosecution of corruption (2003) s. 9.

²⁵ Jeg avgrensner mot detaljer i ulike hvitvaskingsmetoder.

mistanke og etterlate spor. Eventuell etterforskning må dermed også inneha ekspertise og det må benyttes ressurser som det kan være vanskelig å få bevilget. I tillegg må etterforskerne kanskje ha kunnskaper om lovgivning i flere land også videre.²⁶ Forfølgning av statslederens storkorrupsjon støter derfor på mange skjær.

Slik kan resultatet bli straffrihet.

3.2 Bruk av utenlandske banker

3.2.1 Hvitvasking

Å benytte seg av korrupsjonsvinningen uten at dette vekker mistanke, kan være en vel så stor utfordring som å foreta selve den korruperte handlingen. Det gjelder å skjule forbindelsen til den bakenforliggende forbrytelsen, ”predicate offence”, jf. FN-konvensjonen art. 2 litra h. Man må kle utbyttet i den legale økonomiens drakt, for eksempel ved å integrere utbyttet i regnskapet til en brukthandel, veksle utbyttet i vinnerkuponger på travbanen eller på annen måte få utbyttet til så se ut som lovlig inntekt, og derved slette forbindelsen til den bakenforliggende korrupsjonen.²⁷ Det er denne prosessen som det er vanlig å kalle hvitvasking.

Denne oppgaven dreier seg om bruk av utenlandske kontoer til å hvitvaske. Dette kan gjøres på mange måter. Er korrupsjonsutbyttet bestående av kontanter, kan moneygram benyttes. Moneygram sørger for at kontanter kan settes inn i ett land og tas ut igjen i et annet (mot å vise en kvittering på innbetalingen). En annen mulighet er å smugle ut kontantene. Mer praktisk er det at korrupsjonsutbyttet havner direkte på konto. For eksempel avtales det at utbyttet skal betales inn på kontoen til et, kanskje fiktivt, utenlandskregistrert selskap, som statslederen i realiteten har kontroll over, typisk gjennom en advokat²⁸, gjerne i de nevnte finanshavnene, hvor det er svakere regulering og overvåkning av finansielle transaksjoner, eller besværlig for etterforskere å få innsyn i opplysninger.²⁹ Eller man kan benytte andres kontoer, gjerne gjennom flere ledd og

²⁶ Jf. UN Guide for anti-corruption policies (2003), s. 95.

²⁷ Jf. ROBALDO (2003) s. 310.

²⁸ Jf. SCOTT (1995).

²⁹ UN anti-corruption toolkit (2004) s. 440.

jurisdiksjoner for at sporingen skal bli så møysommelig som mulig. Til slutt overføres utbyttet til en konto som statslederen disponerer.³⁰

FN-konvensjonen pålegger landene å kriminalisere hvitvasking, jf. art. 23. Den favner videre enn det tradisjonelle utgangspunktet; ikke bare dekker den skjuling av pengenes ulovlige opphav, men også enhver anskaffelse, bruk og ihendehavelse av utbyttet³¹, likeså forsøk og medvirkning, jf. artikkel 23 nr. 1 litra b (ii). For en statsleder kan man tenke seg alle disse rollene; han kan for eksempel stille kontoen sin til disposisjon for hvitvasking av andres skitne penger (typisk mot et bidrag) – statslederens kontoer kan være særlig attraktive i så tilfelle på grunn av immunitetsbeskyttelsen, jf. nærmere under punkt 4.

Pengene må stamme fra utbytte av en bakenforliggende handling som er kriminalisert (i motsatt tilfelle finnes det ikke noe egentlig utbytte), jf. art. 23 nr. 2, jf. art. 2 litra h, og hvitvaskeren må kjenne til at dette er tilfelle, jf. art. 23 nr. 1. Hvilke handlinger som skal kriminaliseres som korrupsjon fremgår særlig av art. 15-25, jf. 27. Kriminaliseringen er til dels frivillig.³² Blant annet gjelder dette forsøk og forberedelse, jf. art. 27 nr. 2-3. Bemerkelsesverdig er det at forhold som synes å kunne være særlig praktisk å anvende på en statsleder, herunder påvirkningshandel (art. 18), misbruk av stilling (art. 19), ulovlig berikelse (art. 20) og utenlandske offentlige tjenestemenns aksept av bestikkelse (art. 16 nr. 2), faller utenfor den obligatoriske kriminaliseringen. En forklaring kan være at disse handlingene befinner seg på siden av det tradisjonelle korrupsjonsbegrepet, og at de derfor har vært mindre kriminalisert, i det minste globalt sett.

Et problem i tilknytning til dette er at en selvstendig forfølgelse av hvitvasking, ofte vil kreve en viss forfølgelse også for den bakenforliggende forbrytelsen – ellers blir det jo vanskelig å fastslå at hvitvasking dreier seg om kriminelt utbytte. Det holder for eksempel ikke at bankstaten har løse antakelser om at statslederens penger stammer fra korrupsjon. Samtidig kan det neppe kreves endelig dom i det annet land for den

³⁰ Jf. ELLINGER (2006) s. 94.

³¹ Med mindre en slik kriminalisering strider mot "basic concepts in its legal system", jf. art. 23 nr. 1 litra b.

³² Men må leses i sammenheng med art. 23 nr. 2 litra a og b.

bakenforliggende forbrytelse.³³ Det vil føre for langt å gå nærmere inn på dette – kravene vil nok variere litt fra land til land.

For øvrig følger det av art. 23 nr. 2 litra e at såkalt egenvask, det vil si hvitvasking der det er gjerningsmannen selv som vasker utbyttet, ikke nødvendigvis må kriminaliseres.³⁴ Synspunktet har vært at forbindelsen til den bakenforliggende forbrytelsen var så tett at å gjøre egenvaskingen til et eget straffbart forhold virket lite naturlig; straffverdigheten økte lite. Dessuten ville en kriminalisering innebære en skjevhet i forhold til andre former for å skjule utbytte, for eksempel å grave ned pengene i skogen også videre som ikke er egne straffbare forhold. Dette synspunktet er i ferd med å dø ut, og egenvask er stort sett kriminalisert eller i ferd med å kriminaliseres.

3.2.2 Bank secrecy

Regler om bank secrecy er konfidensialitetsregler som legger lokk på opplysninger om kundeforholdet. Alle banker har slike regler, og normalt følger det av den nasjonale lovgivningen at bankene *skal* ha slike regler. Reglene kan inneholde straffetrusler vedrørende lekkasjer, og disse kan rette seg mot den enkelte bankfunksjonær. Dette er for eksempel tilfelle i Sveits.³⁵

Tradisjonelt har taushetsplikten som reglene medførte, blitt begrunnet med at bankopplysninger gjelder forhold innenfor den private sfære.³⁶ Allmennheten og offentlige organer hadde ikke noe med den enkeltes økonomiske omstendigheter. Det virker nærliggende å anta at også rent forretningsmessige hensyn har medvirket til kodifiseringen i de nasjonale lover. Strenge bank secrecy-regler fristet kunder og kapital, særlig dersom den gikk utenpå hva kundene kunne oppnå av konfidensialitet i sine egne land.

Bank secrecy har selvsagt virket attraktivt på personer som har hatt behov for å skjule utbytte fra kriminalitet. Statsledere intet unntak.

³³ Jf. STESENS s. 231.

³⁴ Kriminalisering kan utelates hvis anses å stride mot ”fundamental principles” i landets rettssystem. Det samme følger av FATF-anbefaling 1 (6).

³⁵ Se fotnote 123.

³⁶ Jf. STESENS (2000) s. 314 flg.

3.2.3 Hvorfor banker i utlandet?

I tillegg til at statslederen kan nyte godt av strenge bank secrecy-regler, er det dessuten en sikring i seg selv at banken er utenlandsk. Oppdagelse og innhenting av eventuelle opplysninger kompliseres ytterligere, og prosedyrene kan være langsomme. Rettslig samarbeid med såkalte finanshavner kan vise seg spesielt brysomt, se nærmere under punkt 7. Når kunden er en statsleder, kan dessuten bankstaten tenkes å nekte samarbeid som følge av at statslederens immunitet må beskyttes og dermed er i veien for frigivelse av opplysninger om kundeforholdet. Som det senere skal vises, er immunitetsreglene svært uklare, og misbruk, eller svært utvidende tolkninger, kan lett forekomme. Dersom den anmodende stat er statslederens egen, blir likevel en slik forklaring fra bankstatens side uten fornuftig forankring – som jeg kommer tilbake til i punkt 4 eksisterer statslederens immunitet nettopp av hensyn til staten han representerer.

En annen grunn for statslederen til å velge plassere utbyttet i utenlandske banker, kan være at han frykter sin egen avgang, typisk hvis det er et valg i sikte, eller dersom det på annen måte virker aktuelt med et maktskifte – statslederen frykter for eksempel kupp. De nye makthaverne kan tenkes å søke inndragelse av statslederens midler. Eller han kan føle korrupsjonsutbyttet utsatt for interne ”farer” – for eksempel underslag fra andre korruperte, medsamsvorne eller lignende.³⁷ I ekstreme tilfeller kan man tenke seg at landet har blitt så gjennomsyret og ødelagt av korrupsjon at selv penger plassert i banker ikke lenger er trygge - selv for statslederen.³⁸ Utenlandske banker vil i slike tilfeller både være tryggere og mer utilgjengelige.

3.3 Behovet for innsyn

3.3.1 Spor og bevis

Under etterforskning knytter behovet for innsyn seg til behovet for spor og beviser.

Bankopplysninger, som kontoutskrifter og transaksjonsinformasjon, fungerer som spor når de lager en linje bakover i tid som fører etterforskerne i retning av den

³⁷ UN Guide for anti-corruption policies (2003), s. 94.

³⁸ UN anti-corruption toolkit (2004) s. 575.

bakenforliggende forbrytelsen. Denne linjen kan bestå av bare ett ledd: utbyttet er overført til statslederens konto, hvorpå etterforskerne får innsyn og sporer opplysningene direkte til korrupsjonen.³⁹ Men ofte har hvitvaskingen foregått over mange ledd, gjennom flere land, via flere medvirkere, ved bruk av fiktive selskaper også videre. Således kan linjen være lang og krokete tilbake mot den opprinnelige forbrytelsen. Jeg går for øvrig ikke inn på detaljer i den tekniske sporingen.⁴⁰

De enkelte opplysninger, så som kontoutskrifter og andre dokumenter, kan fungere som beviser i en senere straffeforfølgning ved rettsapparatet.

Som vist under punkt 3.1, kan storkorrupsjonen ledsages av en massiv motarbeidelse av eventuell etterforskning, herunder at statslederen kan ha muligheter til å slette spor og bevis. Bruk av utenlandske banker medfører to forhold i tilknytning til dette. For det første kan slik bruk medføre en økt risiko for statslederen – utenlandske banker kan vanskeligere ”kontrolleres” av ham enn hva som er tilfellet for innenlandske banker. Det annet forhold, som henger tett sammen med det første, er at opplysninger fra disse bankene kan ha særlig betydning, fordi andre eventuelle beviser i saken kan ha gått tapt som følge av statslederens (dårlige) innflytelse i eget land, med hensyn på motarbeidelse av etterforskning (se over i punkt 3.1.2). Registrering og oppbevaring av opplysninger, samt eventuell selvstendig forfølgning av hvitvaskingen i bankstaten (som jeg kommer tilbake til), kan derfor være måter for det internasjonale samfunnet å motarbeide storkorrupsjonen på, og kanskje de eneste, i hvert fall så lenge statslederen holder trådene i sitt eget land.⁴¹

Til sist skal det legges til at innsyn i statslederens bankopplysninger naturligvis kan føre til oppdagelse av nye forhold. Hvitvaskings klassiske feilgrep er at samme konto brukes til hvitvasking fra flere separate bakenforliggende forbrytelser.⁴²

³⁹ Det kan imidlertid legges til at hvitvasking naturligvis også kan skje i forkant av korrupsjonen. ”Kjøperen” av statslederens korrupsjon overfører utbyttet via flere ledd før pengene havner i statslederens ”sfære”.

⁴⁰ Se nærmere ELLINGER (2006) s. 273.

⁴¹ Jf. UN anti-corruption toolkit (2004), s. 578.

⁴² Jf. OECD Effective prosecution of corruption (2003) s. 29.

3.3.2 Andre hensyn bak innsyn

Av flere grunner er innsyn av særlig viktighet i saker som gjelder statsledere.

For det første dreier det seg ofte om store summer, som det er viktig å få inndratt. Innsyn er et nødvendig element på veien mot slik inndragning. I enkelte land, blant annet Storbritannia og Irland, er det for øvrig blitt innført regler om motsatt bevisbyrde ved plutselig formuesøkning. I slike tilfeller kan innsyn og produksjon av dokumenter være bevis gode nok for å gjennomføre inndragning (dersom vedkommende ikke klarer å bevise kilden). Dette faller det imidlertid utenfor oppgavens tema å gå nærmere inn på.

For det andre kan pengene stamme direkte fra offentlige kontoer. Det er med andre ord snakk om midler som skulle kommet borgerne til gode. Storkorrupsjonen har dessuten en tendens til å foregå i allerede fattige land⁴³, antakelig fordi statsapparatene og statsstyringen generelt holder et lavere kvalitetsnivå. At korrupsjonen således rammer en allerede bestående fattigdom, gir den derfor en enda mer skremmende karakter.

I tillegg bidrar statslederens korrupsjon til at folkets tro på statsstyringen forsvinner, tilliten til de folkevalgte brytes også videre. Det endelige resultatet kan bli en generell svekkelse av demokratiet og stabiliteten i landet.

4 Kan statsledere etterforskes?

4.1 Innledning

Her skal det ikke drøftes alminnelige vilkår og prosedyrer for å sette i gang etterforskning. Det som skal drøftes er om den folkerettslige immunitetsbeskyttelsen som statsledere nyter, forhindrer igangsettelse av etterforskning. I tillegg skal jeg omtale jurisdiksjon. Dette gjøres både fordi immunitetsregler har en sterk tilknytning til jurisdiksjonsregler, og for å foreta en klargjøring av hvilke land som kan ha jurisdiksjon (og dermed incentiv til å sette i gang etterforskning) over de aktuelle forbrytelser som oppgaven drøfter.

⁴³ Transparency International's "topp-10-liste" inneholder kun statsledere fra typiske utviklingsland, kanskje med unntak av Slobodan Milosevic, tidligere president i det daværende Jugoslavia.

Aller først skal jeg foreta noen sondringer av viktighet for den etterfølgende drøftelsen.

4.1.1 Forholdet mellom folkerettslige og nasjonale immunitetsbestemmelser

Forfølgning fra statslederens eget land byr ikke på folkerettslige spørsmål. Slik forfølgning beror på om statslederen er beskyttet av nasjonale immunitetsregler, og det avgrenses derfor mot dette i resten av punkt 4.⁴⁴

Ved straffeforfølgning i utlandet kan man tenke seg tre sett av immunitetsregler: Folkerettslige immunitetsregler, forfølgningslandets immunitetsregler i forhold til utenlandske statsledere og statslederens lands immunitetsregler om hvilken immunitet statslederen skal nyte i utlandet. Mellom disse kan det oppstå konflikter. Følgende to forhold kan imidlertid fastslås:

(1) Forfølgningslandet kan ikke innskrenke den folkerettslige immuniteten til statslederen – i så fall foreligger brudd på folkeretten. (2) Forfølgningslandet kommer ikke i folkerettslig brudd, selv om den bryter med immunitetsreglene til statslederens land – så lenge den innrømmer den nødvendige folkerettslige immunitet.

At forfølgningslandet innrømmer en videre immunitet enn etter folkeretten kan ikke være folkerettslig problematisk.⁴⁵ Statslederens land må på den annen side kunne gi avkall på statslederens folkerettslige immunitet, helt eller delvis, hvis den ønsker det. Årsaken til dette, er at immuniteten er gitt av hensyn til staten, ikke av hensyn til statslederen.⁴⁶

Etter dette kan det fastslås at forfølgningslandet, dersom avkall ikke er gitt, må respektere statslederens folkerettslige immunitet – og kun denne. Det sentrale blir dermed å undersøke omfanget av statslederens folkerettslige immunitet.

⁴⁴ Jf. punkt 1.3.1.

⁴⁵ Men som nevnt over i punkt 3.2.3 kan slik utvidende innrømmelse tenkes misbrukt av bankstater som grunn til å nekte rettslig samarbeid.

⁴⁶ Se nærmere under punkt 4.3.

4.1.2 Forholdet mellom immunitet og jurisdiksjon

I tillegg til immunitetsspørsmålet oppstår det et spørsmål om det landet som ønsker å straffeforfølge har jurisdiksjon⁴⁷ over den straffbare handlingen. Jurisdiksjonsspørsmål skal tas opp under punkt 4.2. Her skal jeg knytte noen ord til forholdet mellom de to begrepene ”jurisdiksjon” og ”immunitet”.

I internasjonal rett synes det å råde en viss forvirring om forholdet dem i mellom. Gjør immunitetsreglene en innskrenkning i jurisdiksjonen?⁴⁸ Eller er jurisdiksjon og immunitet uavhengige av hverandre?

La oss ta et eksempel: Det er fastslått at statslederen nyter immunitet. Den konkrete virkning av dette blir den samme, uansett hvilken av synsmåtene som legges til grunn: Statslederen kan ikke straffeforfølges ved rettsapparatet (se under i punkt 4.4). Forskjellen er at landet likevel kan sies å ha jurisdiksjon etter den siste synsmåten. Etter min mening virker det ryddigst og riktigst⁴⁹ å følge denne synsmåten: Immunitet og jurisdiksjon avgjøres hver for seg.⁵⁰ Jeg behandler derfor jurisdiksjonsspørsmål under punkt 4.2. Deretter går jeg over til immunitetsspørsmål som er det mest omfattende.

4.1.3 Begrepsavklaring

Før jeg går inn på den nærmere drøftelsen av jurisdiksjon og immunitet må det foretas en rask avklaring av enkelte begreper av betydning for fortsettelsen.

⁴⁷ Går ikke nærmere inn på ulike former for jurisdiksjon. Se nærmere STESENS (2000) s. 209-210.

⁴⁸ Jf. for eksempel KJELDGAARD-PEDERSEN (2004) s. 44: ”Immunitet er egentlig en forkortelse for *jurisdiktionsimmunitet*, som i ældre teori kaldtes *eksterritorialitet*. Begge benævnelser illustrerer, at der er tale om en undtagelse fra det folkerettslige udgangspunkt, at staten har eksklusiv og fuldstændig jurisdiktionskompetence inden for sit territorium.”

⁴⁹ ICJ’s standpunkt, jf. *Democratic Republic of Congo v. Belgium*, paragraph 59: “(...) the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction.”. Mindretallet (3 dommere) så imidlertid immunitetsreglene som et unntak fra jurisdiksjon, jf. Joint Separate Opinion, paragraf 71. Se nærmere om dommen under fotnote 64.

⁵⁰ Immunitet er dermed ikke noe ”unntak” fra jurisdiksjon, men kan eventuelt utelukke en eventuell straffeforfølgning ved rettsapparatet.

”Straffeforfølgning ved rettsapparatet” skulle være klart nok. Dette dreier seg om stadiet der man bringer statslederen inn for en domstolsprosess for å (eventuelt) straffe ham.

”Etterforskning” tar sikte på stadiet i forkant av domstolsprosessen. Her er det snakk om handlinger av ”etterforskerne”, slik de er definert i punkt 1.2.2. Etterforskningen kan likevel inneholde judisielle sider, typisk må en del tvangsinngrep godkjennes av en dommer. Normalt er dessuten målet med etterforskning å få bragt statslederen inn for rettsapparatet.

”Forfølgning” og ”straffeforfølgning” er ment å ha samme meningsinnhold. De henspeiler på den generelle forfølgningen mot statslederen, altså så vel etterforskningen som straffeforfølgningen ved rettsapparatet.

4.2 Jurisdiksjon

Etterforskning av statslederens korrupsjon eller hvitvasking vil bare settes i gang dersom landet har jurisdiksjon over det straffbare forholdet.

FN-konvensjonen art. 42 regulerer landenes jurisdiksjon, eller snarere, sikrer at det etableres tilstrekkelig jurisdiksjon over handlingene som er kriminalisert etter konvensjonen. Uten tilstrekkelig jurisdiksjon kan resultatet bli at handlingene ikke sanksjoneres; forbryteren går straffri.

Utgangspunktet er territorialprinsippet; landet har jurisdiksjon til å straffeforfølge forholdet når handlingen er foretatt på dets territorium, jf. art. 42 nr.1 litra a. Teoretisk sett sikrer dette prinsippet jurisdiksjon over alle handlinger⁵¹, men da jurisdiksjon ikke alltid følges opp av straffeforfølgning, eventuell effektiv straffeforfølgning⁵², samt at mange stater ikke er bundet av FN-konvensjonen, inneholder bestemmelsen også andre jurisdiksjonsgrunnlag. De viktigste, basert på personalprinsippet (begått av en av landets statsborgere) og det passive personalprinsippet (begått *mot* en av landets statsborgere)⁵³, jf.

⁵¹ Med unntak av handlinger foretatt i internasjonalt farvann også videre.

⁵² Se punkt 3.1.2.

⁵³ Hvitvasking og korrupsjon er imidlertid typiske eksempler på offerløs kriminalitet. Det passive personalprinsipp blir dermed mindre praktisk.

art. 42 nr.2 litra a og b, er dog utformet som ”kan”-regler. Dermed oppstår det ikke automatisk konflikt med territorialprinsippet, som også er en ”skal”-regel. Samtidig opprettholdes ”kan”-landets mulighet til å ivareta sine interesser. Disse ”kan”-reglene er for øvrig ikke noen utvidelse av hva landene uansett selv kunne bestemt i nasjonal lovgivning – poenget er snarere at de andre landene plikter å respektere slik jurisdiksjon. ”Kan”-reglene blir således ”skal”-regler for motparten i det retten benyttes (!).

Art. 42 nr. 5 henviser til samarbeid dersom flere land har jurisdiksjon.

Jeg går ikke nærmere inn på de ulike jurisdiksjonsgrunnlagene, men skal i stedet se på de mest praktiske tilfellene i forhold til oppgavens tema.

Statslederens stat vil alltid ha jurisdiksjon etter personalprinsippet. Dersom korrupsjonen er begått på territoriet, har den i tillegg jurisdiksjon etter territorialprinsippet.

Bankstaten har jurisdiksjon til å forfølge korrupsjonshandlingen dersom den er foretatt på dens territorium. Den vil alltid ha jurisdiksjon over hvitvaskingen (som er foretatt på dens territorium). Det spiller ingen rolle at den bakenforliggende forbrytelse er foretatt i utlandet.⁵⁴ I Abacha-saken ble for eksempel Abachas sønn dømt for hvitvasking som selvstendig forbrytelse etter sveitsisk rett. Denne adgangen følger nå uttrykkelig av art. 42 nr. 1, jf. art. 23. I forhold til statsledere kan bankstatens mulighet til å straffeforfølge være av særlig viktighet som følge av de muligheter statslederen har til å spolere og styre eventuelle tiltak i eget land.⁵⁵ Som vi straks skal se, er likevel statslederens immunitet i stor grad til hinder for dette. Ofte benyttes imidlertid familiemedlemmer eller andre bekjente av statslederen i forbindelse med hvitvaskingen (som Abachas sønner). Disse nyter ikke den samme immuniteten som statslederen, og vil kunne risikere forfølgning fra bankstaten. Jeg kommer tilbake til dette under.

Om en tredje stat kan ha jurisdiksjon til å straffeforfølge, beror likeledes på om de konkrete omstendigheter i saken oppfyller minst ett av de nevnte prinsippene. Dette synes imidlertid mindre praktisk.⁵⁶

⁵⁴ Men se problematikken under punkt 3.2.1.

⁵⁵ Jf. punkt 3.1.2.

⁵⁶ Det mest praktiske tilfellet er at korrupsjonsforbrytelsen har blitt begått i dette landet.

I det følgende (og i resten av oppgaven) forutsettes det etter dette at jurisdiksjon foreligger.

4.3 Hensyn og hjemmel for den folkerettslige immunitet

Det tradisjonelle hensynet bak folkerettslig immunitet er at statsoverhoder representerer sin stat, og at statsoverhodets immunitet derfor utledes fra *statenes* immunitet som igjen utledes av prinsippet om statenes suverenitet – en stat skal ikke gjøre seg til dommer over en annen stat. Derfor kan et statsoverhode, fordi det identifiseres med sin stat, i likhet med staten selv ikke pådra seg strafferettslig ansvar.⁵⁷

Denne strenge teoretiske tilnærmingen er muligens i ferd med å forlates.⁵⁸ I hvert fall er det blitt mer vanlig å støtte den med mer pragmatiske hensyn: Immuniteten er viktig på grunn av fredsmessige og diplomatiske hensyn. For å sikre stabile, åpne forbindelser mellom landene er det sentralt at blant annet statsledernes reisevirksomheten beskyttes. For eksempel ville en arrest av statsoverhodet i utlandet, i mange tilfeller, momentant føre til instabilitet og krise mellom de to land.

Som nevnt finnes ingen folkerettslige konvensjoner som direkte angår statsoverhoders folkerettslige immunitet. Som vi skal se, synes reglene å kunne splittes i to: Immunitet *ratione personae* og regler om ukrenkelighet. Jeg skal i det følgende forsøke å se på hjemmelsgrunnlag for disse separat.

Hjemmelen for immunitet *ratione personae*, personlig immunitet, er folkerettslig sedvanerett – den utledes direkte fra det folkerettslige prinsippet om statenes suverenitet⁵⁹, og det følger av en rekke dommer at folkerettslig sedvanerett er hjemmelen.⁶⁰ Slik immunitet fremgår dessuten forutsetningsvis av enkelte internasjonale instrumenter, blant annet *FN-konvensjonen om forebygging av og straff for forbrytelser mot internasjonalt beskyttede personer, herunder diplomatiske representanter* (1973) art. 1. I Vancouver-

⁵⁷ JENNINGS (1992) s. 1034.

⁵⁸ Se blant annet WATTS (1994) s. 36: “In place of the older law which treated States and their rulers the same, the more modern approach allows those two strands in the law to develop in their separate ways, reflecting the inherent differences in their subject matters.”

⁵⁹ SIMBEYE (2004) s. 109-110.

⁶⁰ Jf. for eksempel *Democratic Republic of Congo v. Belgium*.

resolusjonen er ikke selve begrepet ”immunitet ratione personae” benyttet, men resolusjonen innrømmer en tilsvarende personlig immunitet til statsoverhoder.⁶¹

Hjemmelen for ukrenkelighetsreglene er uklar. Statsledere er ikke innbefattet i *Wienkonvensjonen av 18. april 1961 om diplomatiske forbindelser*⁶², og oppfatningen er også antakelig den, at man heller ikke kan analogisere direkte fra denne konvensjonen.⁶³ For hva angår offisielle tjenestereiser spesifikt, finnes hjemmel for ukrenkelighet i *Convention on Special Missions* (1969), jf. art. 29. Folkerettslig sedvanerett synes etter dette, i likhet med for immunitet ratione personae, å være hjemmelen for ukrenkelighetsreglene. Et positivt uttrykk for en slik ukrenkelighet, finnes for øvrig i *Vancouver-resolusjonen*, jf. art. 1 og 15. Som det skal nevnes under punkt 4.4, blir dessuten ukrenkelighetsreglene av noen ansett å være en del av immunitet ratione personae, og dermed også ha felles hjemmelsgrunnlag.

Hittil har jeg omtalt *statsoverhoder*. Etter *Democratic Republic of Congo v. Belgium*⁶⁴ er det klart at den samme immuniteten må innrømmes regjeringsoverhoder (statsministre)⁶⁵ og utenriksministre. Disse har representasjonsroller hvor tilsvarende

⁶¹ Se nærmere om Vancouver-resolusjonens kildemessige betydning under punkt 2.

⁶² Heretter ”Diplomatkonvensjonen”.

⁶³ Jf. *Tachiona v. Mugabe, nr. 1*. Noe av grunnen til at retten ikke fant å kunne analogisere var at diplomaters ukrenkelighet er begrunnet snarere i personlige forhold, mens statslederens forhold er begrunnet i prinsippet om statenes suverenitet, jf. også *Democratic Republic of Congo v. Belgium*.

⁶⁴ Denne dommen, også kalt *Arrest Warrant*-dommen, er den mest sentrale dom avgitt av ICJ om statsrepresentanters immunitet. Den vil bli brukt en rekke ganger i det følgende, og det er derfor på sin plass med en kort gjengivelse av saksforholdet: Saken gjaldt en internasjonal arrestordre utstedt av en belgisk dommer på den kongolesiske utenriksminister (Abdulaye Yerodia Ndombasi). Den belgiske *Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire* ga belgiske dommere såkalt universaljurisdiksjon (altså jurisdiksjon til straffeforfølge uten at saksforholdet eller subjektene på noe sett er tilknyttet landet) over alvorlige forbrytelser mot den internasjonale humanitærretten. I tillegg inneholdt loven bestemmelser som tok sikte på å suspendere eventuelle regler om immunitet. Den demokratiske republikken Kongo hevdet at arrestordren var i strid med folkerettslige regler om immunitet og ukrenkelighet og fikk medhold av ICJ (13-3). ICJ kom i denne forbindelse med enkelte oppklaringer i forhold til disse reglenes omfang.

⁶⁵ Jf. også Vancouver-resolusjonen art. 15.

hensyn gjør seg gjeldende som for statsoverhoder.⁶⁶ Med andre ord vil alle *statsledere*, slik de ble definert i punkt 1.2.1, inneha den samme folkerettslige immuniteten.

4.4 Omfanget av den folkerettslige immunitet

Omfanget av statslederens folkerettslige immunitet består etter dette av det samlede omfang av immunitet *ratione personae* og ukrenkelighet.

Det kan være noe uklart hvorvidt de to begrepene egentlig har hvert sitt nedslagsfelt.

Kjeldgaard-Pedersen synes å stå for et slikt synspunkt. Hun utleder fra *Democratic Republic of Congo v. Belgium*, at mens immunitet *ratione personae* beskytter statslederen mot enhver straffeforfølgning ved rettsapparatet, beskytter ukrenkeligheten mot ”myndighetshandlinger af enhver art, der kan forhindre vedkommendes uforstyrrede embedsudførelse.”⁶⁷ Dette stemmer i så fall godt overens med ukrenkelighetsbegrepet for diplomater slik det er benyttet i Diplomatkonvensjonen, særlig art. 29 og 30, som tar sikte på beskyttelse av person, frihet, bolig, papirer også videre. For øvrig kan det legges til at flertallet i *Democratic Republic of Congo v. Belgium* uttalte at ukrenkeligheten også gjelder under private reiser og endog *in absentia*, med andre ord når statslederen ikke oppholder seg i det respektive landet. Dette siste skiller seg klart ut fra hva som gjelder for diplomaters ukrenkelighet som etter den nevnte konvensjonen kun gjelder under opphold på fremmed territorium.

Simbeye synes på sin side å behandle ukrenkeligheten som en bit av immunitet *ratione personae*, og drøfter derfor ikke hjemmelsgrunnlagene hver for seg.⁶⁸

I forhold til denne oppgave har det heller ikke betydning å sondre klart. Det er det kumulerte omfanget, enten om hjemler dette i ett eller to begreper, som bestemmer omfanget av den folkerettslige immunitet.

⁶⁶ Det kan legges til at statsoverhoder, regjeringsoverhoder og utenriksministre dessuten er nevnt i samme åndedrag i Wienkonvensjonen art. 7 (2) litra a som typiske representanter for staten.

⁶⁷ KJELDGAARD-PEDERSEN (2005) s. 144.

⁶⁸ SIMBEYE (2004) s. 110.

Etter dette vil altså den folkerettslige immuniteten beskytte mot straffeforfølgning ved rettsapparatet, samt mot visse myndighetshandlinger.

Straffeforfølgning ved rettsapparatet er klart nok – statslederen kan verken bringes inn for domstolen eller straffes. Beskyttelsen er absolutt; den gjelder enten de aktuelle handlingene er private eller foretatt i kraft av stillingen som statsleder.⁶⁹ Nettopp at immunitet *ratione personae* ikke skiller mellom statslederens handlinger, er det som skiller den fra såkalt immunitet *ratione materiae* (se nærmere under i punkt 4.5). At statsledere skal nyte slik absolutt beskyttelse mot straffeforfølgning ved rettsapparatet, er slått fast i en rekke dommer.⁷⁰ Også Vancouver-resolusjonen art. 2 gir uttrykk for dette.

Dette er heller ikke situasjonen i denne oppgaven. Spørsmålet er kun om etterforskning kan igangsettes.

Det avgjørende blir dermed om slik igangsettelse er en myndighetshandling som ”kan forhindre vedkommendes uforstyrrede embedsutførelse”, jf. utsagnet rett over.

Først kan det slås fast at etterforskning er en myndighetshandling. Men i hvilken grad forstyrres statslederens ”embedsutførelse”?

I *Democratic Republic of Congo v. Belgium* gikk mindretallet (hva angikk gyldigheten av arrestordren) noe inn på spørsmålet om adgangen til etterforskning (riktignok i en *obiter dictum*). Det ble hevdet at ”**commencing** an investigation on the basis of which an arrest warrant may later be issued **does not of itself violate those principles** [immunitet og ukrenkelighet]. The function served by the international law of immunities does not require that States fail to keep themselves informed”⁷¹ (min uthevelse og parentes). Flertallet uttalte seg ikke om dette spørsmålet.

⁶⁹ Mulig unntak ved forfølgning for såkalte internasjonale forbrytelser, særlig overfor Den internasjonale krigsforbryterdomstolen (ICC), men drøftelsen av dette faller utenfor denne oppgaven.

⁷⁰ Jf. for eksempel *Re Honecker* og *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and others intervening)*.

⁷¹ Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal para. 59. Det er også interessant at uttalelsen er gitt i forhold til en sak om universaljurisdiksjon; Belgia var ikke på noen måte knyttet til de angivelige forbrytelsene til den aktuelle kongolesiske utenriksminister. Mindretallet synes altså å mene at selv helt utenforstående land, så lenge de har jurisdiksjon etter nasjonal rett, må kunne drive en viss etterforskning.

4.5 Oppsummering

Etter dette, taler de beste grunner for at den folkerettslige immunitet ikke er til hinder for at etterforskning i det minste kan igangsettes. Etterforskning er dog en myndighetshandling, og immunitetsreglene vil fort sette sperrer for hvor langt etterforskerne kan gå uten at embetsutførelsen forstyrres. I forhold til oppgavens tema er det sentralt å klarlegge hvorvidt innsyn i statslederens bankopplysninger kan komme i konflikt med immunitetsreglene (se punkt 7.6). Dessuten kan immunitetsreglene tenkes å komme inn ved bankens og FIUens arbeid (se punkt 6.5). Dette vil jeg komme inn på fortløpende under behandlingen av disse temaer. Den nærmere grensdragningen må uansett anses som usikker etter internasjonal rett.

Noe annet enn at immuniteten ikke stenger for igangsetting av etterforskning, er at etterforskning i slike tilfeller ofte må foregå i utlandet. Man ønsker for eksempel å foreta undersøkelser i statslederens land. Utgangspunktet for dette er at man må ha tillatelse fra vedkommende land – dette følger igjen direkte fra prinsippet om statenes suverenitet, jf. slik dette har kommet til uttrykk i FN-konvensjonen art. 4.

Man kan spørre seg om hva som er poenget med å igangsette etterforskning dersom statslederen likevel ikke kan forfølges og straffes ved rettsapparatet. Straff er jo normalt det endelige målet for en etterforskning. Jeg skal her, avslutningsvis, gi to grunner for at slik etterforskning kan være relevant.

Den første grunnen er at statslederen kan tenkes å straffeforfølges ved rettsapparatet *etter* at styringsperioden er avsluttet. Som nevnt, gjelder statslederens immunitet uansett om handlingen er privat eller ”funksjonell” (handling foretatt i funksjon av stillingen som statsleder) i sin karakter. Men i det han går av som statsleder, nyter han bare såkalt immunitet *ratione materiae* over handlingene han foretok i styringsperioden. Det vil si at private handlinger fra styringsperioden ikke lenger er beskyttet av immunitet. Det er derfor ingenting i veien for, folkerettslig sett, at han straffes for disse. Korrupsjons- og hvitvaskingshandlinger vil det for eksempel være vrient å definere som noe annet enn private. Denne latente muligheten til å innlede forfølging ved rettsapparatet viser dermed relevansen av å etterforske.

Den andre etterforskningsgrunnen er at selv om statslederen ikke selv kan straffes som følge av immuniteten, så kan en etterforskning være med på å skaffe beviser til å straffeforfølge andre personer rundt ham. Statslederens sirkel av korrupsjon vil ofte inkludere for eksempel venner, kolleger og familie.⁷² Disse vil neppe være beskyttet folkerettslig immunitet i samme grad som statslederen.⁷³

5 Bankopplysningene

5.1 Innledning

En forutsetning for at innsyn i bankopplysninger under etterforskning kan anses effektivt, er at det i det hele tatt finnes opplysninger og at de er av en viss kvalitet. Banken er derfor pålagt å registrere og oppbevare en del opplysninger om kundeforholdet, dels gjennom alminnelig kundekontroll, dels gjennom ytterligere undersøkelser. Sammenhengen fremgår også direkte av FATF-anbefaling 10, som innskyter ”so as to provide, if necessary, evidence for prosecution of criminal activity”.⁷⁴

Viktig er det at pliktene som skal beskrives i det følgende er ment å være rettslige plikter for banken, jf. FATF-anbefaling 17 som pålegger landene å sanksjonere eventuelle brudd.⁷⁵

I tillegg til de nevnte pliktene må banken rapportere mistenkelige opplysninger. Dette behandles under punkt 6 fordi det handler om en måte som etterforskerne kan få *adgang* til opplysningene på. Pliktene er likevel sammenfiltret; rapporteringsplikten blir i hovedsak realitetsløs dersom det ikke samtidig kreves at banken plikter å kjenne kundeforholdet og foreta visse undersøkelser.

⁷² Jf. for eksempel UN anti-corruption toolkit (2004) s. 435.

⁷³ Jf. Vancouver-resolusjonen art. 5.

⁷⁴ Jf. FATF-anbefaling 28.

⁷⁵ Se mer under punkt 6.6 om hvordan banken kan pådra seg ansvar.

Aller først skal det drøftes om det er rimelig at banken har blitt påført de nevnte pliktene.

5.2 Banken – en etterforsker?

Pliktene som banken er pålagt med hensyn til kundekontroll, registrering, rapportering også videre, er nokså omfattende, og innebærer at banken reelt sett spiller en viktig brikke i kampen mot korrupsjon og hvitvasking. For banken medfører pliktene nødvendigvis økonomiske belastninger. Banken må for eksempel lære opp personell, installere overvåkningsutstyr og kanskje ansette flere medarbeidere som følge av tregere rutiner. Dessuten kan den økte gjennomsiktigheten og den minskede anonymiteten føre til tap av visse kunder.

Det kan virke urimelig at banken, som i bunn og grunn er et forretningsmessig foretak, skal måtte befatte seg med noe som er en naturlig, offentlig oppgave. Jeg skal her kort se på bakgrunnen for dette.

I begynnelsen ble kampen mot den grensesprengende kriminaliteten i hovedsak ført med tradisjonelle, repressive metoder. Etterforskerne skred til verket der de oppdaget konkrete mistenkeligheter. Dessuten ble det arbeidet for utvidelse av internasjonalt samarbeid, samt for økte straffetrusler når det gjaldt narkotikaforbrytelser, som var den forbrytelsen man særlig hadde i tankene hva angikk internasjonal, organisert kriminalitet.

Etter hvert ble man vår den uunnværlige nytten de kriminelle hadde av ulike institusjoner til å skjule og legalisere kriminalitetsutbyttet. Ved siden av typiske kontantforetak som kasinoer og brukthandler (hvor det var særlig enkelt å integrere de skitne pengene i foretakets økonomi), ble blant andre banker benyttet. Utbyttet ble på ulike måter tredd inn i finanssystemet med det formål å miste sin identitet som skitne, kriminelle penger. I tillegg begynte man å sende pengene på kryss av landegrensene, for å gjøre etterforskerens oppgave enda mer umulig. Bankene (og andre institusjoner) fungerte altså i realiteten som medvirkere, om enn i god tro, ved å sørge for at de skitne, svarte pengene ble kvitt sin tilknytning til den bakenforliggende forbrytelsen.

På grunn av denne reelle medvirkningen fremstod det derfor rimelig å påføre banken enkelte preventive plikter. Fra et repressivt ståsted var det også ønskelig med bankens involvering. Uten dens deltakelse stod etterforskerne ofte på bar bakke, både med

hensyn til å oppdage utbyttet og med hensyn til å spore den bakenforliggende forbrytelsen. Hvitvasking har uten tvil, tradisjonelt sett, vært en forbrytelse med høye mørketall.⁷⁶

Fra bankene selv ble det også et mer og mer vanlig standspunkt at deres stempel som vaskemaskin for kriminelle penger, ikke var heldig, særlig kunne det være smertefullt for bankens renommé dersom midlene ble drenert fra offentlige kontoer i fattige land, noe som var aktuelt i forhold til statslederens korrupsjon. Å innføre preventive tiltak, og dermed opparbeide en ”ren” profil, ble derfor ansett som viktigere og viktigere – kunder kunne dessuten velge banken nettopp på grunn av dette. Den bedrede, interne sikkerheten som tiltakene medførte, hjalp dessuten bankene til å beskytte seg selv mer effektivt mot bedrageri fra kundene.

Ved at bankene selv står for dette arbeidet, herunder rapporteringen, slipper de dessuten omfattende ekstern innblanding fra offentlige organer – dette kunne vært alternativet, og man kan enkelt se for seg at slik innblanding ikke alltid ville vært ønskelig.

Avslutningsvis kan det nevnes at samarbeidet gjennom Wolfsbergprinsippene og Baselkomiteen også viser hvordan bankene selv begynte å oppfatte situasjonen og dermed satte i gang ansvarlige grep.

Etter dette er det grunn til å fastslå at bankens oppgaver er sentrale for effektiviteten i etterforskningen, og at det er rimelig at den har blitt pålagt de nevnte pliktene. Bankens ansvar er likevel begrenset til disse spesifikke plikter – noe egentlig etterforskningsansvar har den selvsagt ikke.

5.3 Statsledere som ”politically exposed persons”

Kundeforhold med personer i ”prominent public functions”, jf. FN-konvensjonen art. 52 nr. 1, skal være underlagt særlig skjerpene kundekontroll. Det samme fremgår av FATF-anbefaling 6, hvor termen ”politically exposed persons” (PEPs) benyttes. Begrepsforskjellen har neppe stor betydning; begge reglene tar sikte på personer som er særlig eksponert for korrupsjonsfristelser i egenskap av sin posisjon, typisk gjennom å være

⁷⁶ Jf. ROBALDO (2003) s. 312.

offentlige beslutningstakere⁷⁷, ha adgang til offentlige midler eller lignende.⁷⁸ Det kan imidlertid bemerkes at FATF-anbefaling 6 bare gjelder *utenlandske* PEPs. Dette fremgår motsetningsvis av tolkningsuttalelsen som oppfordrer landene til å gi anbefalingen virkning også for PEPer i deres eget land. Art. 52 synes derimot å gjelde generelt.^{79 80}

Noen universal definisjon av ”politically exposed persons” finnes verken i FATF-anbefalingene eller i FN-konvensjonen. Nøyaktig hvem som inkluderes av PEP-reglene skal jeg heller ikke gå detaljert inn på, men eksempelvis vil dommere, regjeringsmedlemmer, høyerestående militære, ledere i statlige selskaper og en del politikere kunne gå innunder reglene.⁸¹ Statsledere, slik disse er definert i denne oppgaven, går uansett klart innunder PEP-reglene, i kraft av å være landenes mest sentrale politiske figurer.

Som nevnt, er årsaken til slike skjerpede rutiner at PEPene befinner seg i stillinger som er særlig utsatt for korrupsjonsfristelseter. Også familie og nære kolleger inkluderes i reglene – dette skal virke preventivt mot at PEPene omgår reglene ved å opprette kundeforhold med banken i familiemedlemmers navn også videre. Dessuten skal det forhindre at slike personer på egen hånd drar nytte av sin nære tilknytning til PEPen. For øvrig kan neppe sirkelen av slike nære strekkes for vidt. Art. 52 presiserer selv at reglene bare gjelder ”close associates”. Familiemedlemmer kan antagelig bare inkludere slike som ektemake, barn, søsken og foreldre.⁸² Vurderingen må uansett bli konkret. Har PEPen for eksempel et særlig nært forhold til sin fetter kan det tenkes at han må finne seg i lignende kontroll.⁸³ Av samme grunn må også andre bekjente kunne gå innunder, for eksempel nære venner. Det sier seg imidlertid selv at jo fjernere forbindelsen fremstår, jo mindre kan man

⁷⁷ Norge er blant landene som ikke har implementert PEP-reglene, men det vurderes i disse dager, under gjennomføring av EU’s tredje hvitvaskingsdirektiv (Directive 2005/60/EC).

⁷⁸ Jf. BCBS Customer due diligence for banks (2001) s. 10.

⁷⁹ Jf. UN anti-corruption toolkit (2004) s. 579.

⁸⁰ EU har gått motsatt vei i sitt tredje hvitvaskingsdirektiv, ved å ekskludere så vel nasjonale PEPs som PEPs fra hele EU-området fra særreglene.

⁸¹ Jf. BCBS Customer due diligence for banks (2001) s. 10.

⁸² Jf. Wolfsberg Group FAQ's on Politically Exposed Persons.

⁸³ Jf. Wolfsberg Group FAQ's on Politically Exposed Persons.

forvente at banken identifiserer kunden som en PEP.⁸⁴ Avslutningsvis kan det tillegges at ”close associates” vil normalt være personer som på en eller annen måte *bistår* PEPen (for eksempel til å gjennomføre transaksjoner), mens familiemedlemmer snarere *benyttes av* PEPen til å skjule sin egen identitet.⁸⁵

Statslederens kundeforhold med banker er altså underlagt særlige skjerpelse. Den særlige skjerpelsen består blant annet av at banken, i tillegg til normal kundekontroll, i rimelig grad må kartlegge pengenes kilder, samt innhente såkalt ”senior management approval” innad i banken ved opprettelse av et PEP-kundeforhold, jf. FATF-anbefaling 6. Jeg kommer nærmere inn på disse forhold i fortsettelsen.

5.4 Opplysninger fra alminnelig kundekontroll

Kundekontrollen har sin kjerne i det såkalte ”kjenn-din-kunde-prinsippet”. Prinsippet kommer særlig til uttrykk i FN-konvensjonen art. 14 og FATF-anbefaling 5, og går i grove trekk ut på identifikasjon av kunden og kundeforholdets formål.⁸⁶ For statsledere, som er PEPs, må de nevnte bestemmelser leses i sammenheng med henholdsvis art. 52 og FATF-anbefaling 6. I det følgende velger jeg å ta utgangspunkt i FATF-anbefalingene fordi disse, som nevnt i punkt 2.2, fremstår som noe mer omfattende og systematisk utformet (FN-konvensjonen art. 52 er for eksempel plassert i kapitlet om ”asset recovery”). Reglene må uansett anses å sammenfalle i stor grad.⁸⁷

Før jeg går videre, er det viktig å merke seg at flere av elementene i kundekontrollen inneholder en viss fleksibilitet. I visse henseender kreves det bare at banken tar ”reasonable measures”, jf. for eksempel FATF-anbefaling 5 (3) litra b. På den annen side må denne fleksibiliteten, hva angår opplysningenes kvalitet, ses i sammenheng med anbefaling 10 som foreskriver at opplysningene må være ”sufficient to permit

⁸⁴ For øvrig kan det tillegges at det neppe er helt ”enten-eller”. Selv om banken ikke identifiserer kunden som en PEP, kan normale ”risk-analyser”, jf. FATF-anbefaling 5 (4), føre til en viss skjerpelse. Se nærmere i FATF Methodology (2004) s. 9.

⁸⁵ BURT (2005).

⁸⁶ Også bankens kommersielle drift krever selvsagt en viss identifikasjon og kartlegging av kundene.

⁸⁷ Se også FN-konvensjonen art. 14 nr. 4 som henviser til initiativer mot hvitvasking.

reconstruction of individual transactions (...) so as to provide, if necessary, evidence for prosecution of criminal activity.” Jeg går ikke nærmere inn på denne balansegangen.

Kontrollen skal skje fortløpende, samt ved kundeforholdets opprettelse, jf. anbefaling 5. At kontroll skjer ved opprettelsen er hensiktsmessig av flere grunner. For det første fordi man i tid er nærmest den (eventuelle) bakenforliggende korrupsjonen, slik at eventuelle opplysninger vil kunne fremstå som ”ferskere spor” for etterforskerne. For det andre er det sentralt for banken å skape en kundeprofil helt fra begynnelsen av, slik at den kan undersøke om senere transaksjoner er i tråd med, eller i kontrast til, denne profilen.

Banken må ha tilstrekkelige rutinger for å fastslå om en kunde er en PEP, jf. anbefaling 6 litra a. Abacha-saken kan igjen illustrere: Sveitsiske myndigheter hadde bedt landets banker klarlegge om de hadde noen kunder som kunne ha tilknytning til saken. UBS (for øvrig landets største bank på tidspunktet) brukte tre år på å identifisere de aktuelle kontoene. Forklaringen var at banken ”did not know the names of everyone in Abacha's entourage.”⁸⁸ Videre kom det frem at banken, under opprettelsen av de aktuelle kundeforholdene, simpelthen hadde stolt på kundene når disse hadde sagt at de ikke var PEPs (kundene var to av Abachas sønner som opptrådte under fiktive navn). Disse forklaringene holder naturligvis ikke. Banken må opptre med en viss skepsis i forhold til kunders egenmessige utsagn og, om nødvendig, foreta egne undersøkelser for å verifisere den oppgitte informasjonen.

I dag finnes det en rekke databaser over PEPs – disse er nyttige for den enkelte bank og bankfunksjonær.⁸⁹

Dersom banken får opplyst eller oppdager at kunden er en PEP, må det innhentes en ”senior management approval” for å opprette kundeforholdet, jf. anbefaling 6 litra b. Dette henger sammen med at et slikt kundeforhold kan innebære en særlig risiko, og dessuten krever ekstra oppfølging fra banken. Ikke minst dersom kunden er en statsleder. Dessuten løftes ansvaret til et høyere nivå i banken.⁹⁰

⁸⁸ SANDA (2002).

⁸⁹ Et eksempel er databasen til World Compliance som inneholder mer enn 420.000 profiler av PEPs, jf. <http://www.worldcompliance.com/PEPs.htm>.

⁹⁰ Jf. UN Guide for anti-corruption policies (2003), s. 54.

Verken FATF eller FN-konvensjonen beskriver nøyaktig hvilke opplysninger som skal innhentes ved identifikasjonen⁹¹, men eksempler kan være navn, adresse, alder, nasjonalitet, økonomisk bakgrunn, yrke, formål med opprettelsen av kontoen (jf. FATF-anbefaling 5 (3) litra c) og annet som er sentralt for at banken skal kunne danne seg en profil av kunden. Det må videre kreves at dokumentene som benyttes er troverdige, jf. anbefaling 5 (3) litra a, ”reliable”, for eksempel et pass. Dersom kontoen er opprettet i fleres navn, bør banken skaffe seg oversikt over hvem som eventuelt skal kunne disponere også videre.⁹² Dersom kunden er en juridisk person, kan ytterligere identifikasjon inkludere selskapsform, eierskap og hvilke fysiske personer som skal kunne disponere kontoen.⁹³

Særlig viktig er det at den såkalte ”beneficial owner” identifiseres, det vil si den ”egentlige eier” av kontoen, jf. anbefaling 5 (3) litra b. Dette gjelder også ved kundeforhold med juridiske personer. Bruk av fiktive selskaper for å skjule egen identitet er en svært praktisk måte å skjule identitet på. Bakom kan hvem som helst skjule seg, også en statsleder.

I forhold til statsledere og andre PEPs må man i tillegg foreta ”reasonable measures to establish the source of wealth and source of funds”, jf. anbefaling 6 litra c. Igjen må det stilles visse krav til verifikasjon. I Abacha-saken ble det blant annet stolt på at en del av pengene stammet fra flyvirksomhet med base i Lagos. Hadde banken sjekket dette nærmere hadde den funnet ut at flyplassen i Lagos ikke var i funksjon i den aktuelle perioden (!).

Som sagt skal kontrollen foretas fortløpende. For statsledere (og andre PEPs) skal denne være ”enhanced”, jf. anbefaling 6 litra d. Banken må altså opptre med ekstra årvåkenhet. Anbefaling 6 litra c må likeledes få virkning på de enkelte transaksjoner. Det må fastlegges fra hvem og fra hvor pengene er overført.⁹⁴ Opplysninger som kan tenkes

⁹¹ Dette må igjen bero på en ”risk-analyse”, se også fotnote 84.

⁹² Jf. ELLINGER (2006) s. 290.

⁹³ Jf. tolkningsuttalelsen til FATF-anbefaling 5.

⁹⁴ Et særlig problem er at en del banker ennå ikke har elektronisk overvåkning – det er da ingen i banken som har direkte kontakt med transaksjonen dersom den skjer fra en annen konto. Utbyttet blir for eksempel overført konto B fra konto A. Etter en kort stund overføres det videre til konto C – uten at noen i banken til konto B har kunnet oppdage transaksjonen.

anskaffet i forbindelse med transaksjoner, er identifikasjon av avsender/mottaker og dennes bank/kontonummer, tidspunkt for transaksjonen, beløp, valuta og annet som kan ha relevans.⁹⁵

5.5 Opplysninger fra ytterligere undersøkelser

I visse tilfeller inntreer en plikt for banken til å foreta ytterligere undersøkelser. Dette gjelder først og fremst dersom den har mistanke om hvitvasking, jf. anbefaling 5 (2). Men også i en del andre tilfeller, blant annet dersom transaksjonen dreier seg om et beløp større enn 15000 USD/EUR, jf. anbefaling 5 (2)⁹⁶ eller dersom transaksjonen forekommer formålsløs eller på annen måte uvanlig⁹⁷, jf. anbefaling 11. Se også anbefaling 21 som gjelder kontakt med ikke-samarbeidende land⁹⁸, og anbefaling 7 om ”cross-border correspondent banking”. Jeg går ikke nærmere inn på detaljene i disse av hensyn til oppgavens omfang. Det sentrale er at banken innhenter opplysninger også i forbindelse med slike undersøkelser.

5.6 Registrering og oppbevaring

Opplysningene om kundeforholdet skal registreres og oppbevares i henhold til FATF-anbefaling 10. Etter denne skal opplysninger om selve kunden oppbevares i minst fem år fra kundeforholdets opphør, mens opplysninger tilknyttet den enkelte transaksjon skal oppbevares i minst fem år fra transaksjonens gjennomføring.

FN-konvensjonen skiller seg her ut ved at den bare angir at oppbevaringen skal skje ”over an appropriate period of time”, jf. art. 52 nr. 3, men i følge UN anti-corruption toolkit skal imidlertid statene ta i betraktning erfaringen med langsomheten i sakene om

⁹⁵ Jf. FATF Handbook for countries and assessors, s. 47.

⁹⁶ Beløpsgrensen fremgår av tolkningsuttalelsen. Det fremgår også at det ikke er et vilkår at beløpet er overført i én operasjon – ved flere operasjoner som ”appear to be linked” (såkalt ”smurfing”) gjelder den samme regelen. Jf. også ”unusual large transactions” i anbefaling 11.

⁹⁷ FN-konvensjonen inneholder en konkret regel om transaksjoner med manglende informasjon om avsenderen, jf. art. 14 nr. 3 litra c.

⁹⁸ Kun ett land (per 20. november 2006): Myanmar.

storkorrupsjon.⁹⁹ Sett i sammenheng med hensynene bak PEP-reglene bør bankene etter dette ta sikte på en oppbevaring som i hvert fall tilfredsstiller kravene etter FATF hva angår statsledere.

6 Innsyn via bankens rapportering

6.1 Innledning

Fokuset flyttes nå fra selve bankopplysningene til hvordan etterforskerne kan få *adgang* til disse. Dette er temaet for dette punktet og for punkt 7.

Man kan tenke seg tre¹⁰⁰ ulike muligheter for adgang til opplysningene: Etter anmodning, via bankens rapportering og med bankkundens samtykke.

Samtykke er upraktisk (og i for seg uproblematisk), og skal heller ikke drøftes. Under etterforskning er det fundamentalt at innsyn holdes hemmelig for kunden. I motsatt fall vil kunden antakelig forsøke å slette eventuelle bevis, samt motarbeide etterforskernes innsyns adgang¹⁰¹.

Innsyn etter anmodning skal behandles i punkt 7.

I dette punktet er det derfor innsyn via bankens rapportering som skal drøftes. Etterforskernes innsyn via bankens rapportering er en følge av bankens rapporteringsplikt og den etterfølgende distribusjon av opplysningene. Rapporteringsplikten går i korte trekk ut på at banken må rapportere mistenkelige opplysninger som den oppdager under de prosedyrer som er beskrevet under punkt 5.

⁹⁹ Jf. UN anti-corruption toolkit (2004) s. 579.

¹⁰⁰ FN-konvensjonen art. 56 og 46 nr. 4 inneholder dessuten regler om spontan utlevering av relevante opplysninger (altså uten anmodning). Bestemmelsene innebærer neppe noen plikt, og må anses uproblematisk. Jeg behandler derfor ikke disse. Det samme gjelder bestemmelsene i art. 52 nr. 5-6 som oppfordrer landene til å opprette systemer for bedre kontroll med finansene til ”public officials”, herunder rutiner for frigivelse og rapportering av opplysninger.

¹⁰¹ For eksempel ved å benytte seg av diverse ankemuligheter.

Ved denne formen for innsyn, er det altså ikke etterforskerne selv som aktivt søker innsyn i bankopplysninger. Faktisk er det snarere slik at det er nettopp rapporteringen som tenner gnisten for en etterforskning. Et av formålene med rapporteringsplikten er nettopp at flere mistenkelige forhold skal komme til etterforskernes viten, og det på en ”enkler” måte.¹⁰² Korrupsjon og hvitvasking er typiske offerløse forbrytelser, og kan derfor være vanskelige å oppdage.¹⁰³ Bankenes rapportering er derfor svært praktisk. Men bankens rapporteringsplikt gjelder selvsagt uansett, uavhengig av om etterforskning er igangsatt eller ikke.

6.2 Opplysningenes gang fra banken til etterforskerne

Jeg vil her gi en oversikt over hvordan bankopplysningene finner veien fra banken til etterforskerne. Jeg går ikke inn på prosessuelle detaljer vedrørende oversendelsen av opplysningene mellom jurisdiksjonene. Det sentrale er å vise hvordan etterforskerne får innsyn via bankens rapportering.

Ved oppdagelse av mistenkelige transaksjoner, skal banken oversende opplysninger til en såkalt FIU. En FIU, ”Financial Intelligence Unit”, er en spesialisert enhet for mottak, analyse og filtrering av slike finansielle opplysninger, jf. FN-konvensjonen art. 58.¹⁰⁴

At en FIU opprettes og at denne er mål for bankens rapportering, har flere fordeler. For det første vil FIUen opparbeide seg erfaring og ekspertise ved å være en spesialisert enhet. For det andre ivaretas taushetshensyn i forhold til opplysningene i større grad: banken rapporterer kun til FIUen, ikke til (mer eller mindre tilfeldige) ansatte i politi- og påtalemyndighet. Dessuten vil filtreringen innad i FIUen sørge for at en mindre kvantitet opplysninger (men forhåpentligvis med bedre kvalitet) videresendes til etterforskerne. Også fordi hemmelighold kan være et kriterium for effektiviteten i etterforskningen selv, er det ønskelig med ryddige prosedyrer for informasjonsgangen. For det tredje er opprettelsen av

¹⁰² Jf. drøftelsen under punkt 5.1.

¹⁰³ OECD Effective prosecution of corruption (2003) s. 13.

¹⁰⁴ FN-konvensjonen stiller ikke et absolutt krav om opprettelse av en FIU; ”shall consider establishing”, jf. art. 58. FATF-anbefaling 26 synes å gå lenger; ”should establish”. (Det er på det rene at ”should” må leses som ”must”, jf. ordlisten som er utarbeidet til FATF Methodology.)

FIUer ment å forenkle prosessen med utveksling av opplysninger over landegrensene, nemlig ved at disse kan utveksles fritt mellom FIUer (uten judisiell anmodning).¹⁰⁵

Av disse formålene følger også at det mest hensiktsmessige er at hver jurisdiksjon kun har én sentralisert FIU. At dette er meningen fremgår også av ordlyden, både i FN-konvensjonen og i FATF-anbefalingene.¹⁰⁶ FIUen bør dessuten være uavhengig i den forstand at den ikke utsettes for utilbørlig press fra andre nasjonale organer, det være seg av økonomisk eller politisk art. I forhold til behandlingen av bankopplysninger som angår statsledere, kan dette være et særlig vesentlig poeng. Både fordi det kan bety at FIUen er direkte underlagt statslederen og/eller fordi statslederen kan ha makt til å yte indirekte påvirkning mot FIUen. Dette kan, som nevnt, også være tilfelle over landegrenser.

Enkelte lands FIUer har etterforskningskompetanse i tillegg til de overnevnte oppgaver.¹⁰⁷ Det vanligste er likevel at FIUen, etter analyse og filtrering, videresender opplysninger til kompetent etterforskningsorgan. FIUen står for øvrig fritt til å innhente flere opplysninger fra banken dersom den skulle ønske det, jf. FATF-anbefaling 26.¹⁰⁸

Hvis opplysningene gjelder utenlandske personer eller forhold, vil det være naturlig for FIUen å oversende opplysningene til FIUen i det aktuelle land, og dette fremgår også forutsetningsvis av FN-konvensjonen art. 58, jf. art. 48 nr. 1 litra a. Ved opplysninger som gjelder utenlandske statsledere, vil FIUen (i stat A) ha incentiv til oversende opplysningene til FIUen i statslederens land (stat B), eventuelt til det land som forholdene knytter seg til (stat C). Et eksempel på det siste kan være at opplysningene knytter seg til en korrupsjonshandling som statslederen fra stat B har foretatt i stat C. Er statslederen allerede

¹⁰⁵ Jf. tolkningsuttalelsen til anbefaling 26.

¹⁰⁶ Jf. ordlyden ”national centre”, jf. FN-konvensjon art. 14 nr. 1 litra b og FATF-anbefaling 26. Det kan nevnes at Tyskland har blitt kritisert av FATF for å operere med FIUer i hver delstat.

¹⁰⁷ For eksempel i Østerrike og Japan.

¹⁰⁸ FN-konvensjonen er mer uklar, men ordlyden ”collection”, jf. art. 14 nr. 1 litra b, indikerer at FIUen skal ha slik aktiv adgang, i tillegg til rent mottak. Egmont Group (som er paraplyorganisasjonen til FIUene) har i dessuten spesifikt nevnt ”requesting” i sin definisjon av FIU: ”(...) a central agency responsible for receiving, requesting, analysing and disseminating (...)”. Tilgjengelig på:

http://www.egmontgroup.org/egmont_final_interpretive.pdf.

satt under etterforskning i en jurisdiksjon er det naturligvis praktisk å oversende relevante opplysningene dit.¹⁰⁹

FIUen i stat B/C vil så gjennomgå en lignende prosedyre med opplysningene, for deretter (eventuelt) å overlevere disse til kompetent etterforskningsorgan i dens stat.

Skulle de kompetente etterforskere ønske ytterligere informasjon, kan dette gjøres ved å rette en anmodning til kompetent myndighet i bankstaten om å foreta et utleveringspålegg overfor banken – dette hører dermed hjemme under kapitel 7.

Jeg har nå sett på hvordan opplysninger kommer frem til etterforskerne som følge av bankens rapporteringsplikt. Verdien av denne type innsyn vil naturligvis avhenge av kvaliteten og kvantiteten i bankens rapportering. Dermed må to forhold undersøkes:

- 1) Når må banken rapportere (punkt 6.3)?
- 2) Hva må banken rapportere (punkt 6.4)?

6.3 Når må banken rapportere?

Banken må altså rapportere mistenkelige transaksjoner til FIUen. FN-konvensjonen nøyer seg med å fastslå at slik rapportering skal finne sted, jf. art. 14 og 52. FATF-anbefaling 13 gir mer presise holdepunkter. Etter denne er utgangspunktet at bankens rapporteringsplikt utløses når banken mistenker eller har rimelig grunn til å mistenke ("suspects or has reasonable grounds to suspect"), at de aktuelle midler er utbytte fra kriminalitet. Som vist i punkt 3.2.1, er statslederens korrupsjon en bakenforliggende forbrytelse i forhold til hvitvaskingsreglene i FN-konvensjonen og FATF-anbefalingene.

Hva ligger i "suspects or has reasonable grounds to suspect"?

For det første må vilkåret være oppfylt når banken har faktisk kunnskap om de overførte midlenes tilknytning til korrupsjonen.

Videre er vilkåret oppfylt ved konkret mistanke, "suspects". Dette må vurderes subjektivt. Har banken mistanke eller har den det ikke? Har den mistanke, må den

¹⁰⁹ Opplysningene kan selvsagt også være relevante for etterforskning i bankstaten selv, for eksempel i forhold til forfølgning av selve hvitvaskingen, se nærmere punkt 4.2.

rapportere til FIUen. Dette kan naturligvis by på bevisvanskeligheter i etterhånd¹¹⁰ dersom banken anklages for å brutt med rapporteringsplikten. Dessuten gir vilkåret lite informasjon til banken selv om når den skal foreta rapportering. Mest praktisk blir derfor alternativet ”reasonable grounds to suspect”.¹¹¹ Ordlyden ”reasonable” peker mot at dette må være et objektivt vilkår, og dette følger også av FATF’s Methodology¹¹². Med andre ord stilles det krav om et visst aktsomhetsnivå i banken i forhold til å oppdage mistenkelige transaksjoner. Det holder altså ikke for banken å påvise god tro, dersom dens rutiner i seg selv ikke holdt tilstrekkelig nivå; bankens rutiner må være *egnet* til å oppdage mistenkeligheter. Det avgjørende blir dermed om en bank med et tilstrekkelig aktsomhetsnivå ville oppdaget mistenkelighetene. Med en slik angrepsvinkel lettes dessuten bevisbyrden i etterkant. For å fastslå at banken har brutt rapporteringsplikten behøver man kun påvise *de konkrete forholdene* som burde ledet til mistanke. For øvrig bør vurderingen av om det forelå ”reasonable grounds” sees i forhold til de konkrete tiltak FATF-anbefalingene og FN-konvensjonen har pålagt banken, herunder krav til kundekontroll, opplæring av personale også videre. I forhold til statsledere må aktsomhetsnivået skjerpes, jf. FN-konvensjonen art. 52 nr. 1, ”enhanced scrutiny”.

Man kan imidlertid spørre seg om det stilles krav til mistankens styrke. Er selv den minste mistanke nok til å utløse plikten, eller må mistanken være forankret i konkrete omstendigheter? Ordlyden tyder på at enhver mistanke vil utløse plikten. Likevel er det neppe meningen at FIUene skal overlasses med rapporteringer forankret i de mest luftige holdepunkter. Det andre alternativet, ”reasonable grounds”, synes også å støtte et slikt syn; mistanken bør ha holdepunkter av en viss rimelighet. Terskelen kan uansett ikke være høy – kanskje ser banken bare en liten flik av en større sak. Da bør ikke bankens subjektive oppfattelse av mistankens styrke ha for stor betydning; resultatet kan bli at sentrale opplysninger ikke blir rapportert.

¹¹⁰ Det vil si i en vurdering av hvorvidt banken kan straffes for pliktbrudd, jf. FATF-anbefaling 17 som tar sikte på at medlemslandene skal sanksjonere brudd på bankens plikter.

¹¹¹ Imidlertid kan landene velge å unnlate dette alternativet ved implementering, jf FATF Methodology (2004) s. 25.

¹¹² FATF Methodology (2004) s. 25.

For statsledere er som nevnt aktsomhetsnivået særlig høyt, og det skal derfor neppe mye til for å utløse rapporteringsplikten.

Rapporteringsplikten må betraktes i forlengelsen av bankens undersøkelsesplikt. Som vist under punkt 5, utløses bankens plikt til å foreta ytterligere undersøkelser (altså i tillegg til den vanlige kundekontrollen) av enkelte konkrete omstendigheter, for eksempel ved stort beløp, grenseoverskridende karakter, eller manglende transaksjonsinformasjon. I tillegg utløses den som nevnt ved mistanke, jf. FATF-anbefaling 5. For statsledere må dessuten banken foreta undersøkelser for å avdekke midlenes opphav, jf. FATF-anbefaling 6. I realiteten fungerer dermed undersøkelsesplikten som en filtrering for rapporteringsplikten. Hvis transaksjonen, også etter at nærmere undersøkelser er foretatt, inneholder mistenkeligheter som ikke er helt ubetydelige, bør banken rapportere.

I tillegg kan landene selv velge å innføre krav om at rapporteringsplikten utløses ved enkelte, konkrete omstendigheter. FATF oppmuntrer til dette, jf. anbefaling 19 hva angår automatisk rapportering av store beløp.¹¹³ Fordelen er enkelheten en slik absolutt regel medfører, både for den enkelte bankfunksjonær, for hver enkelt bank og for å få til et mer ensartet rapporteringsnivå. Slike regler har også en retts teknisk fordel i forhold til eventuell sanksjonering i etterkant: Det blir lettere å fastslå om banken har holdt seg innenfor reglene. At mistankebegrepet likevel er utgangspunktet er forståelig; banken skal ikke slippe unna rapportering på grunn av eventuelle hull som kunne oppstå dersom man bare opererte med slike enkle regler.

Til sist kan det legges til at elektronisk overvåkning, for eksempel for å avdekke kompliserte transaksjonsmønstre, kan være et alternativ til manuell lokalisering av mistenkeligheter.¹¹⁴

¹¹³ Her kan det nevnes at også "motsatte" regler finnes i nasjonal lovgivning, for eksempel at rapportering ikke skal finne sted når transaksjonen dreier seg om særlig små beløp. Et eksempel er Storbritannia hvor rapportering ikke skal skje for mindre beløp enn 250 pund, jf. ELLINGER (2006) s. 102.

¹¹⁴ Blant annet i Norge er det blitt et lovpålagt krav for finansinstitusjoner å installere slik elektronisk overvåkning, jf. § 15 i Lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. av 20. juni 2003 nr. 41.

6.4 Hva må banken rapportere?

FN-konvensjonen, jf. art. 14 nr. 1 litra a, sier at "suspicious transactions" skal rapporteres. Det er imidlertid på det rene at banken må oversende andre relevante opplysninger enn kun opplysninger om selve transaksjonen. Alt som kan ha betydning for å avgjøre om det ligger noe straffbart bak transaksjonen, må følge med. Typisk informasjon vil være opplysninger som banken har registrert i forbindelse med kundekontroll, for eksempel ved opprettelsen av kundeforholdet med vedkommende kunde. For noen kunder kan banken ha opparbeidet seg et langt bredere spekter av opplysninger, for eksempel dersom det er et langvarig kundeforhold eller dersom det tidligere har vært mistenkeligheter. Helt avgjørende er likevel ikke bankens vurdering. Som nevnt under punkt 6.2, kan FIUen uansett hente mer informasjon etter ønske.

6.5 Immunitetsspørsmål

Her skal det undersøkes om bankens og FIUens rolle i forbindelse med rapportering og formidling av bankopplysninger er i strid med reglene om statslederens immunitet. Samtidig vurderes bankens kundekontroll (jf. punkt 5). Som nevnt under punkt 2.2 og 4.3, er det mangel på kilder i forhold til fastleggelse av immunitetsreglers omfang. Drøftelsen som følger vil dermed i stor grad ta utgangspunkt i de hensyn som kom til uttrykk i punkt 4. Dette startstedet gjelder likeså for drøftelsen som følger i punkt 7.6.

Når det gjelder bankens arbeid, kan det for det første påpekes at den ikke foretar noen offentlig myndighetshandling som er det immunitetsreglene i utgangspunktet tar sikte på å beskytte mot (jf. punkt 4). Banken driver en tjeneste som det er frivillig å benytte seg av, og kundekontrollen er således en prosedyre i likhet med mange andre prosedyrer i samfunnet. Reglene som banken er underlagt i forhold til kundekontroll, undersøkelse og rapportering er dessuten generelle og gjelder i forhold til alle kunder. Forholdet mellom banken og statslederen er således av kontraktuell og privat karakter. Dette taler for å anse arbeidet som uproblematisk i forhold til immunitetsreglene. Også undersøkelsesplikten, selv om denne i stor grad skjer uten statslederens viten, må kunne betraktes som regulert av kontrakten mellom banken og statslederen, og således kunne utelukke immunitetsreglenes anvendelse.

Annerledes kunne man tenke seg rapporteringsplikten fordi denne medfører ”lekkasje” av opplysninger, og dermed bryter med konfidensialiteten i forholdet mellom banken og statslederen. Likevel taler gode grunner for å legge et tilsvarende synspunkt til grunn også her. Ved å inngå et kundeforhold med banken, aksepterer i realiteten statslederen de plikter banken har etter gjeldende rett.¹¹⁵ Det må ligge utenfor immunitetsreglens formål å kunne skaffe statslederen særfordeler i kontraktuelle forhold.

At statsledere er pålagt særlig observasjon gjennom PEP-reglene kan ikke endre disse synspunkter. Heller ikke kan det ha betydning at bankens plikter på sett og vis, jf. punkt 5.2, kan ses på som et ledd i den offentlige kriminalitetsbekjempelsen og således går utover hva som er kanskje normalt i kontraktuelle forhold. Pliktene er uansett forutsebare for kunden ved inngåelsen av forholdet.

Man kan imidlertid spørre seg om FIUens formidling av opplysninger til etterforskere i inn- og utland kan sies å ligge innenfor hva som er akseptert av statslederen ved opprettelse av kundeforholdet. Teoretisk må vel dette være plausibelt, men argumentet står nok ikke like sterkt når det slik er snakk om en tredjeparts arbeid som i tillegg er et offentlig myndighetsorgan. Samtidig inneholder heller ikke FIUens oppgaver noen direkte inngrep som hindrer statslederens virksomhet.

Vancouver-resolusjonen, som gjelder statslederens immunitet spesielt, inneholder følgende regel i art. 4 nr. 3: ”In conformity with their obligations of cooperation, States should take all appropriate measures to combat illegal practices, in particular to clarify the origin of deposits and dealings in assets and to supply all relevant information in this respect.”

Bestemmelsen må tas til inntekt for at bankens og FIUens arbeid ikke skal anses å være i konflikt med statslederens immunitet.

Etter dette taler de beste grunner for at bankens kundekontroll og FIUens virksomhet ikke er i strid med immunitetsreglene. Før jeg konkluderer for

¹¹⁵ At han eventuelt ikke er kjent med gjeldende rett kan naturligvis ikke være relevant.

rapporteringsplikten del, skal jeg se kort på dens nære forbindelse med frysing¹¹⁶ av konto, fordi frysing er et tiltak som lettere kan anses å stride mot reglene om immunitet.

I praksis må nemlig rapporteringsplikten følges opp av frysing. Grunnen er at eventuelle transaksjonsgjennomføringer etter at mistenkeligheter er oppdaget, kan medføre at banken blir ansett for å ha medvirket til hvitvasking – rapporteringen i seg selv vil ikke suspendere et slikt medvirkningsansvar.¹¹⁷

Frysing kan i ”verste” fall føre til at statslederens private økonomi blir lammet, noe som kan medføre visse fysiske begrensninger. Og fordi frysing er noe han lett vil få kunnskap til (ingen tilgang til pengene), kan belastningen også bli psykisk. I ytterste konsekvens kan man tenke seg at dette kan ha en viss betydning for hans ”embetsutførelse”, jf. punkt 4.4. På den annen side vil hans virksomhet som statsleder, økonomisk sett, neppe være avhengig av private midler.

Vancouver-resolusjonen art. 4 nr. 2 sier på sin side at immunitet ikke skal være til hinder for “provisional measures [typisk frysing] with respect to those funds or assets, as are necessary for the maintenance of control over them while the legality of the appropriation remains insufficiently established.”

Etter dette taler de beste grunner for at heller ikke rapporteringsplikten, selv om frysing ofte er et medfølgende element, innebærer brudd på immunitetsreglene.

6.6 Bankens dilemma

For å sette bankens plikter inn i en mer realistisk ramme, skal jeg avslutningsvis i korte trekk vise at pliktene kan medføre visse dilemmaer for banken.

Best vises dette med et eksempel: Banken oppdager mistenkeligheter i kundeforholdet med person A, og ser seg nødt til å rapportere. I tråd med pliktene, jf. punkt 6.5, bestemmer banken seg for å fryse kontoen til A for å hindre at det skjer ytterligere misbruk. Samtidig kan det kontraktuelle forholdet mellom banken og A være slik at frysing

¹¹⁶ Frysing av midler på konto, betyr at ingen transaksjoner tillates, verken til eller fra kontoen, jf. FN-konvensjonen art. 2 litra f.

¹¹⁷ Jf. ELLINGER (2006) s. 106.

er et kontaktsbrudd.¹¹⁸ Banken har dermed brutt sine plikter i forhold til kunden, men hadde den handlet motsatt, hadde den brutt sine plikter i forhold til frysing, og kunne i det ytterste tilfelle risikere å bli tiltalt for medvirkning til hvitvasking, samt blitt sanksjonert som følge av brudd på pliktene, jf. FATF-anbefaling 17.¹¹⁹ Ytterligere kompliseres forholdet av at banken skal holde rapporteringen hemmelig for kunden av hensyn til etterforskningens effektivitet. Dette blir normalt kinkig når frysing må skje – kontoen vil slutte å fungere for A, og han vil enkelt oppdage ”ugler i mosen”. For dette kan banken bli anklaget for å ha tipset kunden om etterforskningen, såkalt ”tipping off”. Også dette kan være straffebelegget for banken. Samtidig kan den bli møtt med sivile søksmål fra A som følge av at han har lidd økonomisk tap som følge av frysingen. Særlig kan dette siste være relevant hvis det viser seg at mistanken ikke var berettiget.¹²⁰ Skal banken da måtte erstatte tapet selv om den egentlig ikke kunne handlet annerledes?¹²¹

Med andre ord kan det oppstå enkelte ”catch-22-situasjoner” på bankens hånd, og dette kan det være viktig å ha i mente før man tillegger banken ansvar for den ene eller annen handling. For øvrig oppstår ikke slike problemer kun ved rapportering – de kan oppstå også ved annen frigivelse av kundeinformasjon, typisk etter utleveringspålegg fra kompetent myndighet.¹²²

Det vil imidlertid føre for langt å gå inn i disse situasjonene. Men kanskje kan dette være et argument for at bankene kan legge et visst proporsjonalitetsprinsipp til grunn under etterlevelsen av pliktene? Dette er nok ikke særlig praktisk. Uansett ikke i forhold til denne oppgave – forhold av minimal viktighet (hvor det kunne tenkes at

¹¹⁸ Men jf. drøftelsen over i punkt 6.5 om at bankens plikter kan anses å være akseptert av kunden i det kundeforholdet inngås.

¹¹⁹ Se rett under om banken som juridisk person kan straffes. Alternativt kan den enkelte funksjonær straffes. I forbindelse med Abacha-saken ble fem sveitsiske bankfunksjonærer straffet for medvirkning til hvitvasking.

¹²⁰ Jf. ELLINGER (2006) s. 182.

¹²¹ Jf. ELLINGER (2006) s. 114 flg.

¹²² I følge engelsk rettspraksis må slike situasjoner forsøkes løst ved dialog og samarbeid underveis mellom bank og myndigheter med hensyn til bankens handlinger, jf. *C v. S* (1999) og *Governor & Company of the Bank of Scotland v. A Ltd* (2001). Dette løser imidlertid ikke situasjonen i etterkant.

proposjonalitetsprinsippet ville hatt betydning) anmodes det uansett ikke om over landegrensene.

FATF-anbefaling 14 litra a fremhever for øvrig at så lenge banken har rapportert i god tro, bør den nasjonale retten være slik utformet at banken (og dens ansatte) er beskyttet mot sivilrettslig (typisk fra kunden) så vel som strafferettslig ansvar¹²³.

I forholdet til det motsatte, at banken ikke har rapportert eller brutt pliktene på annen måte, kan den altså bli strafferettslig ansvarlig for dette, jf. FATF-anbefaling 17. Hvorvidt banken som sådan kan straffes, må bero på om juridiske personer kan pådra seg straffeansvar etter nasjonal rett.¹²⁴ Aktuelle sivilrettslige sanksjoner kan være av økonomisk art eller tap av lisens eller lignende. Dette går jeg ikke mer inn på.

Banken kan altså finne seg i en tvinge mellom sanksjoner fra flere hold.

7 Innsyn på etterforskerens initiativ

7.1 Innledning

I dette punktet skal det undersøkes hvordan etterforskerne kan få innsyn i bankopplysningene på eget initiativ. Det er med andre ord snakk om å løfte bank secrecy ved et myndighetspålegg.

Det følger av prinsippet om statenes suverenitet og ble sagt klart i Lotusdommen¹²⁵, at ekstraterritorial jurisdiksjon ikke godtas. Utgangspunktet er derfor at den etterforskende stat må søke samarbeid med bankstaten for å få utlevert opplysninger. Banken er bare pliktsubjekt i forhold til bankstatens myndigheter.

¹²³ Strafferettslig ansvar i dette henseende må ta sikte på eventuelt straffeansvar som følge av brudd på konfidensialitetsregler. Eksempler kan være art. 162 og 320 i sveitsiske straffeloven hvoretter den enkelte bankfunksjonær kan bli strafferettslig ansvarlig ved brudd på konfidensialitetsplikten.

¹²⁴ Sverige og Tyskland er for eksempel land hvor slikt ansvar er utelukket.

¹²⁵ Jf. *The Case of the S.S. "Lotus"*, Permanent Court of International Justice, Haag, 7. september 1927.

FN-konvensjonen art. 46 omhandler rettslig samarbeid.¹²⁶ I følge art. 46 nr. 3 litra g kan rettslig samarbeid blant annet anmodes for: ”Identifying or tracing proceeds of crime, property, instrumentalities or other things for evidentiary purposes”. Det kan for øvrig alltid anmodes om rettslig samarbeid, uansett om formålet faller inn under FN-konvensjonen. Men ved at formålet faller innunder, blir det anmodede landet pliktig til å følge opp anmodningen i tråd med konvensjonen. Dette betyr at det anmodede landet bare kan nekte samarbeid dersom konvensjonen åpner for dette, for eksempel i art. 46 nr. 21.

Samarbeidsreglene er omfattende, og selv om jeg har forsøkt å fokusere på de mest relevante reglene i forhold til innsyn i bankopplysninger, må fremstillingen nødvendigvis bli noe overfladisk. I punkt 7.2 skal det ses på enkelte krav til selve anmodningen om samarbeid, fordi disse kravene kan ha betydning for effektiviteten av innsynet. Deretter, i punkt 7.3, skal jeg behandle typiske grunner som har vært benyttet av det anmodede land for å nekte samarbeid. Punkt 7.5 skal kort drøfte noen alternative ruter til innsyn; ruter som ikke går via anmodning til bankstatens myndigheter. Avslutningsvis skal det undersøkes om reglene kan være i konflikt med immunitetsregler.

7.2 Anmodningen

En anmodning om opplysninger må for det første utformes i tråd med det såkalte ”spesialitetsprinsippet”. Dette går ut på at anmodningen må være tilstrekkelig presis med hensyn på informasjon om avsender, formål, ønsket fremgangsmåte også videre. Prinsippet har særlig kommet til uttrykk i FN-konvensjonen art. 46 nr. 15 og 46 nr. 19. Jeg skal ikke gå inn på detaljene i utformingen av anmodningen, men heller forklare hvorfor ”spesialitetsprinsippet” kan ha betydning for effektiviteten av innsynet.

Den reelle følgen av prinsippet er at det stilles større krav til kunnskap hos den anmodende part. Således blir det for eksempel vrient å utforme anmodninger i forbindelse med vage spor som etterforskerne følger. Også dersom anmodningen er korrekt utført, kan resultatet bli noe begrenset, fordi det anmodede land svarer på nøyaktig det som er anmodet (og ikke annen relevant informasjon som det eventuelt har). Dette bør likevel ses i sammenheng med fanebestemmelsene om effektivt samarbeid i konvensjonens art. 1 og 46

¹²⁶ Sml. FATF-anbefaling 36.

nr. 1, samt konvensjonens forord ("preamble"). Det finnes også eksempler på at anmodninger av mer udefinert art har blitt fulgt opp. Under saken mot Milosevic i Den internasjonale krigsforbryterdomstol (ICC) ble det for eksempel sendt ut en generell forespørsel til en rekke land om å undersøke hvorvidt Milosevic hadde midler i landene, og det uten at man engang visste om slike kundeforhold eksisterte.

Anmodningen må også fylle andre krav etter FN-konvensjonen, så som skriftlighet etter art. 46 nr. 14. Dette er imidlertid prosessuelle regler som neppe skulle ha noe å si i forhold til å få en god respons fra det anmodede land. Det kan likevel nevnes at FN har utarbeidet et dataprogram som skal effektivisere og strømlinjeforme anmodningene.¹²⁷

7.3 Typiske grunner for å nekte samarbeid

FN-konvensjonen har regler som suspenderer enkelte grunner for samarbeidsnekt. I forhold til innsyn i bankopplysninger har typiske nektelser vært begrunnet i bank secrecy-regler og skattehensyn. I tillegg skal jeg behandle det såkalte kravet om "dual criminality" fordi konvensjonen er relativt fleksibel hva angår krav til landene om kriminalisering av korrupsjon og hvitvasking. Til slutt skal det sies litt om nektelse på grunn av manglende forfølgning av den bakenforliggende forbrytelse (korrupsjonen). Som vi har sett i punkt 3.2.3, kan også immunitet (mis)brukes til å nekte samarbeid – om samarbeid er utelukket på grunn av immunitet skal behandles separat i punkt 7.6.

7.3.1 Bank secrecy-regler

Bank secrecy kan ikke benyttes som grunn for å nekte samarbeid, jf. artikkel 46 nr. 8.¹²⁸ Stessens hevder for øvrig at dette allerede er gjeldende folkerettslig sedvanerett.¹²⁹ Dette har i så fall den betydning, at også land som ikke er bundet av konvensjonen vil være avskåret fra å benytte seg av denne nektelsesgrunnen.

¹²⁷ Tilgjengelig på: <http://www.unodc.org/mla/index.html>.

¹²⁸ FATF-anbefaling 36 (1) litra d.

¹²⁹ STESENS (2000) s. 331.

7.3.2 Skattehensyn

Den anmodede stat kan heller ikke nekte bare fordi den etterforskede handling også har sider som angår skatt, jf. FN-konvensjonen artikkel 46 nr. 22.¹³⁰ Denne nektelsesgrunnen har vært praktisk, blant annet fordi bank secrecy-suspensjonen allerede eksisterte i nasjonal rett, for eksempel i Sveits.¹³¹

7.3.3 Krav om "dual criminality"

Vilkår i bankstatens lovgivning om at den etterforskede forbrytelse likeledes må være en forbrytelse etter bankstatens lovgivning, er også i stor grad suspendert, jf. FN-konvensjonen art. 43 nr. 2 og 46 nr. 9 litra b.¹³² Suspensjonen er ikke absolutt, men nektelse vil være konvensjonsstridig så lenge begge statene har kriminalisert den rent faktiske handlingen.¹³³

Som følge av at kriminaliseringen av de opplistede handlingene i konvensjonen er delvis frivillig¹³⁴, kan det likevel forekomme at en handling anses som korrupt i ett land og lovlig i et annet. Bestikkelser i den private sektor, påvirkningshandel og misbruk av stilling kan tenkes som eksempler.¹³⁵

7.4 Innsyn i kontoer som er oppført under andres navn

Som tidligere nevnt er det ikke upraktisk at statslederen har benyttet et fiktivt navn ved opprettelsen av kundeforholdet med banken. Eller han kan ha benyttet navn på andre nærstående, typisk familiemedlemmer eller kolleger. Alternativt kan kontoen stå oppført

¹³⁰ FATF-anbefaling 36 (1) litra c.

¹³¹ Men dette gjelder altså når anmodningen er utstedt i forbindelse med etterforskning av en forbrytelse. Gjelder anmodningen skatteunndragelse primært, kommer konvensjonen ikke til anvendelse. Skattehensyn kan da være en nektelsesgrunn, og er det, blant annet i Sveits hvor skatteunndragelse ikke er en forbrytelse.

¹³² FATF-anbefaling 37.

¹³³ Med andre ord er det irrelevant om handlingen er benevnt eller systematisert annerledes i lovgivningen.

¹³⁴ FN-konvensjonen beskriver i alt nitten handlinger, jf. art. 15-25. For ni av disse fremgår det at kriminalisering er frivillig.

¹³⁵ UN Guide for anti-corruption policies (2003), s. 80-81.

med et selskap som kontoeier. Hvilke problemer skaper dette i forhold til innsyn i opplysninger via anmodning?

For det første *bør* ikke dette skape problemer. Det er ingen grunn til at statslederen skal nyte noen beskyttelse på grunn av slike forhold.

Dessuten, hvis banken har fulgt pliktene som redegjort under punkt 5, skal statslederen være registrert som ”beneficial owner”, jf. FATF-anbefaling 5 (3) litra b. Dette bør være like relevant som om han var oppført som kunde i forhold til å få innsyn i opplysningene.

Men hva så om bankens kundekontroll har sviktet - statslederens navn er overhodet ikke nevnt?

Utgangspunktet da er antakelig at innsyn bare kan tillates hvis man har visse, fornuftige holdepunkter for at denne tredjepart oppbevarer midler på vegne av statslederen.¹³⁶ I praksis må vel dette bety at anmodningen til bankstatens myndigheter bør vise til noe håndfast; for eksempel dokumenter eller andre bevis som kobler tredjeparten og statslederen (i tillegg til andre krav, jf. 7.2). Det samme gjelder i og for seg anonyme kontoer – det må vises til konkrete omstendigheter. Dreier det seg om nærståendes navn, skulle det være en smal sak å identifisere forbindelsen. Vanskeligere er det naturligvis i forhold til selskaper med kompliserte eierstrukturer også videre. Det vil føre for langt å gå inn på disse forhold.

Hva så hvis disse nære personene ikke er benyttet av statslederen; de opptrer i egne navn, og er også de egentlige eierne?

Dette utelukker selvsagt ikke muligheten for innsyn. I en etterforskning av statslederen kan det være svært relevant å finne spor også i andre, nærståendes bankkontoer. Her må kravet til konfidensialitet vike for muligheten av å finne spor, jf. FATF-anbefaling 28. Det betyr likevel ikke at etterforskerne kan kreve innsyn i enhver konto, for eksempel i håp om å ”snuble over noe”. Dette følger dessuten av at anmodningen må følge ”spesialitetsprinsippet”, jf. punkt 7.2. Jeg går ikke videre inn på dette.

¹³⁶ Jf. UN Handbook on practical anti-corruption measures for prosecutors and investigators (2004) s. 79.

7.5 Enkelte alternative fremgangsmåter for innsyn

Jeg skal her peke på noen alternativer til veien om anmodning. Drøftelsen holdes kort og vil nødvendigvis etterlate løse tråder.

Visse opplysninger, typisk opplysninger som er offentlig tilgjengelige, opplysninger som er avgitt frivillig også videre, kan fås adgang til gjennom politisamarbeid. Dette er det avgrenset mot i punkt 1.3.3, og jeg går derfor ikke mer inn på det enn å si at slik distribusjon er praktisk og normalt hurtigere enn bruk av anmodning.¹³⁷

Opplysninger fra banker med filialer i flere land reiser følgende problemstilling: Opplysningene som det søkes innsyn i, befinner seg i en bank i land A. Denne banken har også en filial i etterforskerens land B. Kan kompetent myndighet i land B derfor pålegge bankfilialen i land B om å skaffe og utlevere opplysninger fra filialen i land A?

Svaret må anses usikkert, men det finnes eksempler på at slike pålegg har blitt gjort, blant annet i USA og Storbritannia¹³⁸, og godkjent av nasjonale domstoler.¹³⁹ Muligens avhenger svaret av hvordan forholdet mellom de to filialene er, både hierarkisk og avhengighetsmessig.¹⁴⁰ Er for eksempel hovedkvarteret i land B og filialen i land A står i et veldig avhengighetsforhold til hovedkvarteret, kan det tale for å tillate pålegg. Opererer derimot filialen i land A helt selvstendig, og filialen i land A også bare er en vanlig filial, kan det tale mot pålegg.

Et annet alternativ, dog beslektet, er å foreta avhør av bankansatte (fra filialen i land A) som av en eller annen grunn befinner seg i land B. Dette må den bankansatte finne seg i, så langt land B har jurisdiksjon over ham etter nasjonal rett.¹⁴¹ Mer problematisk kan dette være om avhøret gjelder opplysninger som er dekket av bank secrecy, og den bankansattes bank befinner seg i en jurisdiksjon hvor regler om bank secrecy kan være et legalt

¹³⁷ Jf. UN Handbook on practical anti-corruption measures for prosecutors and investigators (2004), s.120 flg. Se FN-konvensjonen art. 48.

¹³⁸ Jf. STESENS (2000) s. 319.

¹³⁹ Jf. *First National City Bank v. Internal Revenue Service* (1960).

¹⁴⁰ Jf. STESENS (2000) s. 323-324.

¹⁴¹ Jf. for eksempel *United States v. Field*.

argument for ikke å utlevere opplysninger (landet er for eksempel ikke bundet av FN-konvensjonen).

Mer praktisk kunne man tenke seg at avhør av statslederen, kunden, ville være. Statsledere har gjerne en betydelig (og nødvendig) reisevirksomhet. Det ville da ikke være utenkelig at han på et eller annet tidspunkt skulle befinne seg i land B's jurisdiksjon. Slikt avhør vil nok imidlertid være avskåret på grunn av hans ukrenkelighet, jf. drøftelsen under punkt 4.¹⁴²

Dersom man skulle ønske å foreta vitneavhør i utlandet er det heller praktisk at man anmoder om at dette blir gjort av vedkommende stat, på samme måte som man anmoder om dokumenter. I Abacha-saken foretok eksempelvis Sveits vitneavhør og sendte rapporter fra disse til Nigeria.

Et fjerde alternativ kunne være å tvinge frem et samtykke fra statslederen om at (den utenlandske) banken kan utlevere opplysninger. Dette er neppe mulig, selv om det finnes eksempler fra amerikansk rett.¹⁴³ For det første vil et slikt samtykke ikke være noe samtykke i egentlig forstand. For det andre vil et slikt samtykke, utstedt under press, fort stride mot prinsipper om forbud mot selvinkriminering. Til sist vil dette ganske sikkert stride med statslederens ukrenkelighet.

7.6 Immunitetsspørsmål

Som nevnt i punkt 3.2.3, kan det forekomme at enkelte bankstater bruker (den utenlandske) statslederens immunitet som en grunn til å nekte samarbeid.¹⁴⁴ I dette punktet skal det undersøkes om innsyn i utenlandske bankopplysninger etter anmodning kan innebære slikt brudd på statslederens immunitet.

¹⁴² Om det er snakk om en "special mission" kan det dessuten følge direkte av UN Convention on Special Missions art. 29. Se også Vancouver-resolusjonen art. 1.

¹⁴³ Jf. *United States v. Ghidoni*.

¹⁴⁴ Det er neppe noe veien for at et land innrømmer enn mer vidtgående immunitet til den utenlandske statslederen enn hva som følger av folkeretten. Dette fremgår også av Vancouver-resolusjonen art. 9. Noen annet er at dette kan være problematisk hvis utvidelsen fører til brudd på andre folkerettslige forpliktelser, typisk regler om samarbeid etter FN-konvensjonen.

Slik løfting av bank secrecy skjer altså normalt etter rettens innblanding. Det er altså, i motsetning til bankens og FIUens arbeid, snakk om en offentlig myndighetshandling: rettens utleveringspålegg til banken. Dette betyr at immunitetsreglene kan bli aktuelle, jf. punkt 4.4. Etter konklusjonen i punkt 4 var igangsetting av etterforskning ikke en tilstrekkelig forstyrrelse i forhold til immunitetsreglene. Hvor går så grensen? Enkelte etterforskningsgrep vil vel stride mot statslederens immunitet?

Et kompetansemessige skille går mellom handlinger som krever rettens innblanding og handlinger som ikke gjør det. Et generelt hensyn med å kreve rettens godkjenning av en del handlinger, er at disse handlingene anses som mer inngripende overfor personen som etterforskes. Hvor skillet befinner seg varierer naturligvis noe fra jurisdiksjon til jurisdiksjon, men typiske eksempler på handlinger som krever rettens innblanding kan være pågripelse, ransakelse og rettslig avhør. Slike handlinger vil i alminnelighet medføre vesentlige forstyrrelser for en statsleder, og må normalt være utelukket som følge av hans ukrenkelighet.

I følge Dinstein må enhver tvangsgjennomføring av nasjonal lovgivning være utelukket overfor utenlandske statsledere som følge av deres immunitet *ratione personae*.¹⁴⁵

Hva så med et utleveringspålegg?

Et slikt inngrep har ikke den samme fysiske virkningen som for eksempel en pågripelse eller et avhør har, og vil derfor forstyrre statslederens embetsutførelse i mye mindre grad. Inngrepet retter seg snarere mot banken, som må gi slipp på egen konfidensialitet overfor kunden (statslederen). Meningen er jo at statslederen ikke en gang skal merke tiltaket.¹⁴⁶ Tiltaket rammer derfor heller ikke statslederen psykisk.

Det taler også mot Dinsteins synspunkt at artikkelen er av eldre dato, og at vi her taler om judisiell innblanding som ledd i en type kriminalitetsbekjempelse som stadig har fått mer oppmerksomhet, og hvis rettslige samarbeid er regulert i FN-konvensjonen som er fra 2003.

¹⁴⁵ Jf. DINSTEIN (1966) s. 81.

¹⁴⁶ Men som forklart under punkt 6.5 vil innsyn ofte bli fulgt opp av frysing i påvente av nærmere undersøkelser. Det øker muligheten for at statslederen oppdager inngrepet.

Etter utgangspunktet i art. 4 nr. 1 i Vancouver-resolusjonen kan utenlandsk plassert eiendom “not be subject to any measure of execution except to give effect to a final judgement, rendered against such Head of State.” Unntaket i art. 4 nr. 2 dreier seg imidlertid om midlertidige tiltak, typisk beslag og frysing, så det kan være noe usikkert om selve innsynet er regulert. Uansett er innsyn et mindre inngripende tiltak enn beslag og frysing, og ”serious doubt”, jf. art. 4 nr. 2, må i alle tilfeller være godt nok også for innsyn. Art. 4 nr. 3 må dessuten være relevant også her, slik den er behandlet under punkt 6.5.

Det kan dessuten legges til at FN-konvensjonen, i art. 30 nr. 2, pålegger landene å balansere hensyn til effektiv etterforskning med hensynet bak blant annet immuniteter. Bestemmelsen retter seg mot landenes nasjonale regler om immunitet, i motsetning til den folkerettslige immunitet. Men hensynet til effektiv etterforskning kan tenkes å være et hensyn å ta i betraktning også ved tolkningen av omfanget av den folkerettslige immunitet.

Som nevnt under punkt 6.5, kan innsyn ofte måtte ledsages av frysing av kontoen. Ikke bare kan det oppstå en plikt på bankens hånd, slik som vist i punkt 6.5, men et slikt pålegg kan også komme direkte fra myndighetene, jf. særlig FN-konvensjonen art. 54 nr. 2 litra b, jf. 55 nr. 2.¹⁴⁷ Etter som frysing kan ha relativt vidtgående følger, jf. drøftelsen i samme punkt, kan dette tale for at immunitetsreglene er i veien for innsyn etter anmodning. Frysing kan heller ikke lenger betraktes som akseptert kontraktuelt, slik tilfellet var i punkt 6.5.

Innhenting av opplysninger fra utlandet, og dermed involvering av flere parter og ledd, kan dessuten øke risikoen for bekjentgjøring av etterforskningen. Omtale i pressen kan fort bli en stor belastning og kan føre til forhåndsdømming og i ytterste konsekvens kan det for eksempel føre til krav om statslederen avgang. Dette må også tale mot innsyn.

Etter dette taler likevel de beste grunner for at innsyn i statslederens bankopplysninger etter anmodning ikke er i strid med immunitetsreglene.

¹⁴⁷ Se også FATF-anbefaling 3.

8 Konklusjon

Så hva er konklusjonen? Har etterforskerne mulighet for effektivt innsyn eller har de det ikke?

Kanskje er svaret at i et ideelt tilfelle er innsyn effektivt. Når banken har registrert alle relevante opplysninger, når anmodninger responderes raskt og utfyllende, når rapportene suser inn fra FIUene...

Og det er tross alt dette reglene legger opp til.

Problemene synes å ligge i den praktiske etterlevelsen. Skal dette være et kriterium for å besvare problemstillingen, må kanskje svaret bli at nei – effektivt innsyn er ikke hovedregelen, bare et unntak.

Vi har sett at mange av reglene er fleksible – det er muligheter, også rettslig, for å opptre vanskelig. Man kan tolke immunitetsregler vidt, definere forbrytelsene smalt og verifisere opplysninger bare på liksom. For statsledere kan det for eksempel være praktisk at såkalt ”Illicit enrichment”, jf. FN-konvensjonen art. 20, ikke kriminaliseres? Mindre valgfrihet kunne derfor vært ønskelig, men følgen ville kanskje bli færre ratifikasjoner?

I tillegg er mange land ubundet av FN-konvensjonen, og det finnes ennå mange finanshavner og fristeder. Sant nok, midlene må komme dit – kanskje via en bank i et land som er bundet. Men som vi har sett, finnes metoder for å sno seg rundt dette.

Kanskje er det et håp om at enkelte regler gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett? For eksempel at bank-secrecy ikke kan brukes som unnskyldning for samarbeidsnekt, jf. punkt 7.3.1. Da hjelper det ikke å være ubundet.

En annen svakhet ved konvensjonen er at den har mangelfulle overvåknings- og sanksjonsmekanismer i forhold til landenes nasjonale implementering. Det blir litt som å ha straffetrusler, men ingen fengsler. Men konvensjonen er ny – det blir spennende å følge utviklingen. I hvilken grad vil for eksempel PEP-reglene følges opp? Kan landene få til raskere samarbeid? Rettslige prosedyrer med bruk av anmodninger kan være langdryge. Transaksjoner skyter av gårde.

Mye beror derfor på effektiv implementering, og at hull og fleksibilitet i de internasjonale initiativene ikke utnyttes.

Noe som var positivt, var at immunitetsreglene ikke synes å blokkere særlig for innsyn i statslederens bankopplysninger.

Men når skal det komme en global konvensjon som kan klare statslederens immunitet?

9 Register

Konvensjoner og dommer er oppført kronologisk, mens øvrige kilder er oppført alfabetisk. Populærnavn, dersom dette er benyttet i oppgaven, er oppført i parentes. For flere av kildene er det foretatt oppdateringer som ikke kommer til uttrykk i oppførte årstall.

9.1 Konvensjoner

Haagkonvensjonen om gjensidig hjelp i straffesaker, Haag, 1959.

(Diplomatkonvensjonen) Wienkonvensjonen om diplomatiske forbindelser, Wien, 1961.

UN Convention on Special Missions, New York, 1969.

(Wienkonvensjonen) Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien, 1969.

FN-konvensjonen om forebyggelse av og straff for forbrytelser mot internasjonalt beskyttede personer, herunder diplomatiske representanter, Wien, 1973.

Inter-American Convention against Corruption, Caracas, 1996.

OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Paris, 1997.

African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, Maputo, 2003.

(FN-konvensjonen) FN-konvensjonen mot korrupsjon, Merida, 2003.

9.2 Dommer

9.2.1 Dommer fra internasjonale domstoler

Case of the S.S. "Lotus", Permanent Court of International Justice, Haag, 7. september 1927.

Democratic Republic of Congo v. Belgium, International Court of Justice, Haag, 11. april 2000.

9.2.2 Dommer fra nasjonale domstoler

USA:

First National City Bank v. Internal Revenue Service, 271 F.2d 616 (1959), cert denied, 361 US 948. 1960.

United States v. Field, 532 F.Supp.2d 404 (5th Circ.1976). 1976.

United States v. Ghidoni, 732 F.Supp.2d 814 (11th Circ.1984), cert.denied, 469 US 932. 1984.

Tachiona v. Mugabe, nr. 1, 169 F.Supp.2d 259, S.D.N.Y. 2001.

STORBRITANNIA:

Tournier v. National Provincial and Union Bank of England, 1 KB 461, 1924.

C v. S, 1 WLR 1551, 2 All ER 343, Lloyds Rep. 26, 1999.

R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and others intervening) (No. 3), 1 AC 147, 2000, 24. mars 1999.

Governor & Company of the Bank of Scotland v. A Ltd, 1 WLR 751, All ER (D) 81, 2001.

TYSKLAND:

Re Honecker, 80 ILR 365, Bundesgerichtshof, 14. desember 1984.

9.3 Bøker

ELLINGER, E. P., Eva Lomnicka og Richard Hooley. *Ellinger's modern banking law*. 4. utg. Oxford, 2006.

JENNINGS, Robert og Watts, Arthur. *Oppenheim's International Law*. 9. utg. Longman, England, 1992.

KJELDGAARD-PEDERSEN, Astrid. *Statsrepræsentanters immunitet*. 1. utg. København, 2005.

RUUD, Morten, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald. *Utvalgte emner i folkerett. Metode – miljø – havrett – handel*. Oslo, 1997.

SIMBEYE, Yithia. *Immunity and international criminal law*. 1. utg. Aldershot, 2004.

STESSENS, Guy. *Money Laundering. A new international law enforcement model*. Antwerpen, 2000.

9.4 Artikler

BURT, Sue. *BSA Compliance and Politically Exposed Persons*. 2005. Tilgjengelig på: http://www.complianceheadquarters.com/AML/AML_Articles/8_19_05.html.

DINSTEIN, Yoram. *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*. I : International & comparative law quarterly, vol. 15, nr. 1, 1966, s. 76-89.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Considerações sobre o Crime de Lavagem de Capitais: Uma Visão Político-criminal*. I *Direito Bancário e Temas Afins*, Geraldo José Guimarães da Silva [et al.], Campinas, 2003, s. 299-328.

SANDA, Julcit. *Abacha loot: Swiss bank censured*. 2002. Tilgjengelig på: <http://www.odiousdebts.org/odiousdebts/index.cfm?DSP=content&ContentID=5250>.

SCOTT, David. *Money Laundering and international efforts to fight it*. 1995. Tilgjengelig på: <http://rru.worldbank.org/Documents/PublicPolicyJournal/048scott.pdf>.

WATTS, Arthur. *The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*. I: Recueil des Cours de l'Académie de droit international. Vol. 247, 1994+III, s.13-130.

9.5 Andre kilder

BCBS Core Principles for effective banking supervision. 1997.

BCBS Customer due diligence for banks. 2001.

(EUs hvitvaskingsdirektiver) Directive 91/308/EEC (Hvitvaskingsdirektiv no 1).

Directive 2001/97/EC (Hvitvaskingsdirektiv no 2).

Directive 2005/60/EC (Hvitvaskingsdirektiv no 3).

FATF 40 anbefalinger mot hvitvasking, Paris, 1990 (FATF-anbefalingene).

FATF Interpretative notes to the forty recommendations (Tolkningsuttalelsene).

(FATF Methodology) FATF Methodology for assessing compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations. 2004.

(Vancouver-resolusjonen) Institut de Droit International: Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international, Vancouver, 2001.

OECD: Effective prosecution of corruption, Ghaziabad, 2003.

(ICJ-statuttene) Statute of the International Court of Justice, New York, 1945.

Transparency International: Global Corruption Report 2001.

Transparency International: Global Corruption Report 2004.

UN anti-corruption toolkit. 2004.

UN Guide for anti-corruption policies. 2003.

UN Handbook on practical anti-corruption measures for prosecutors and investigators. 2004.

(Wolfsbergprinsippene) Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles for Private Banking. 2000. Tilgjengelig på: <http://www.wolfsberg-principles.com>.

Wolfsberg Group FAQ's on Politically Exposed Persons. Tilgjengelig på: <http://www.wolfsberg-principles.com/faq-persons.html>

