



NORGES HØYESTERETT

Den 27. januar 2015 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2015-00181-A, (sak nr. 2014/2104), straffesak, anke over kjennelse,

A (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Geir Evanger)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Normann**: Saken gjelder anke over lagmannsrettens avslag på siktedes begjæring om at samtaler som er tatt opp under kommunikasjonskontroll, skulle oversendes tingretten før de ble stilt til disposisjon for politiet.
- (2) A er – sammen med flere andre – siktet for overtredelse av straffeloven § 224 fjerde ledd, jf. annet ledd bokstav a, jf. første ledd. Det er gjennomført kommunikasjonskontroll mot ham, og det er på det rene at det innhentede materialet blant annet inneholder samtaler med advokat som er omfattet av vitneforbudet i straffeprosessloven § 119. Forsvareren har på denne bakgrunn prinsipielt gjort gjeldende at det innhentede materialet i sin helhet skal oversendes tingretten til gjennomgang før det som ikke er taushetsbelagt, kan utleveres til politiet. Subsidiært er det gjort gjeldende at alle samtaler med advokater skal oversendes tingretten til slik gjennomgang.

- (3) Ved Nedre Romerike tingretts beslutning 7. november 2014 ble begjæringen ikke tatt til følge. A anket til Eidsivating lagmannsrett, som forkastet anken ved kjennelse 8. november 2014. Han har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett.
- (4) Høyesteretts ankeutvalg besluttet at ankesaken skulle avgjøres i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd annet punktum.
- (5) *Mitt syn på saken*
- (6) Anken gjelder lagmannsrettens avgjørelse av anke over beslutning, og Høyesteretts kompetanse er begrenset etter straffeprosessloven § 388. Høyesterett kan da prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning. Så langt det er spørsmål om å anvende EMK, kan Høyesterett også prøve subsumsjonen, men ikke bevisbedømmelsen.
- (7) Påtalemyndigheten gjorde først gjeldende at ankesaken måtte heves fordi den rettslige interesse i saken var falt bort som følge av at politiet allerede hadde gått gjennom det aktuelle materialet, og at alle samtaler mellom advokat og klient var slettet. Anførselen er frafalt under ankeforhandlingene. Tvisten knytter seg til bevisførselen i en verserende sak, og jeg mener at A, slik saken ligger an, fremdeles må anses å ha rettslig interesse i å få en avgjørelse. Jeg finner støtte for dette syn i tidligere praksis, jf. Rt. 2006 side 649 med videre henvisninger til Rt. 2005 side 195 og Rt. 2005 side 203 og Rt. 2009 side 396.
- (8) Anken gjelder lagmannsrettens generelle tolkning av straffeprosessloven § 216 g første ledd bokstav b. Bestemmelsen har slik ordlyd:

"Påtalemyndigheten skal sørge for at opptak eller notater som er gjort under kommunikasjonskontrollen, snarest mulig blir tilintetgjort i den utstrekning de

a) er uten betydning for forebyggelsen eller etterforskningen av straffbare forhold, eller

b) gjelder uttalelser som retten etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om, med mindre vedkommende mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen.

§ 216 a annet ledd gjelder tilsvarende."

- (9) Paragraf 216 g er videreført ved endringslov 21. juni 2013 nr. 86. Den endrete bestemmelsen har en litt annen ordlyd uten at en realitetsendring er tilsiktet. Lovendringen er ikke trådt i kraft.
- (10) Det følger direkte av § 216 g at ansvaret for sletting er pålagt påtalemyndigheten. Dette gjelder også samtaler som faller inn under straffeprosessloven § 119, jf. § 216 g bokstav b. I saken her knytter uenigheten seg til samtaler med advokat. Forsvareren har i sin argumentasjon også trukket inn samtaler med nærstående, men dette spørsmålet, som ikke er behandlet av lagmannsretten, faller utenfor det som skal avgjøres her.
- (11) Samtaler mellom advokat og klient er konfidensielle og omfattes av bevisforbudet i straffeprosessloven § 119. Slike samtaler skal slettes "snarest mulig". Derimot omfattes ikke sletteplikten samtaler som ikke omfattes av § 119, selv om en advokat deltar i samtalen. Etter loven vil det således være avhengig av innholdet i samtalen om det

foreligger sletteplikt. Påtalemyndigheten har etter bestemmelsen i § 216 g bokstav b heller ikke sletteplikt dersom advokaten selv mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kommunikasjonskontroll i saken.

- (12) Det fremgår av bestemmelsens ordlyd – "i den utstrekning" – og av lovforarbeidene som jeg senere skal gjengi – at sletteplikten er begrenset til de samtaler som omfattes av advokatens taushetsplikt. At det er på det rene at det samlede materialet blant annet inneholder slike samtaler, innebærer altså ikke at alle samtaler må slettes.
- (13) Hvordan den nærmere gjennomgangen for å klarlegge hva sletteplikten omfatter skal være, er ikke regulert i loven. Men når loven pålegger påtalemyndigheten en sletteplikt som avhenger av innholdet i samtalen, må lovgiverens forutsetning være at påtalemyndigheten i utgangspunktet har en viss adgang til å gjennomgå det innhentede materialet for å kunne avgjøre hva som skal slettes.
- (14) At påtalemyndigheten er forutsatt å ha en slik adgang, følger også av forarbeidene til lovendring 21. juni 2013 nr. 86, og – som jeg allerede har nevnt – viderefører dagens rettstilstand.
- (15) I Prop. 147 L (2012–2013) heter det på side 107–109:

"Departementet vil ikke tilrå en løsning der alt materiale som er innhentet ved skjulte tvangsmidler, og som potensielt kan inneholde informasjon som det ikke kan kreves vitneforklaring om, skal forelegges en domstol for gjennomgåelse. Det synes på denne bakgrunn nødvendig at politiet i en viss utstrekning må ha mulighet til å høre gjennom materiale som potensielt kan være omfattet av regler om vitneforbud eller -fritak.

...

Det kan anføres at en adgang for politiet til å høre gjennom kommunikasjon av denne typen, for så å avgjøre at materialet skal slettes, innebærer en trussel mot det særlige fortrolighetsforholdet som eksisterer mellom advokat og klient, og som er sentralt for at den mistenkte i en straffesak skal kunne ivareta sine interesser. Behovet for en slik fortrolighet er uttrykkelig anerkjent gjennom reglene om taushetsplikt, vitnefritak og beslagsforbud.

...

... det [er] grunn til å tro at korrespondanse mellom advokat og klient er særlig sterkt beskyttet av artikkel 8, og at det skal gode grunner til for å kunne gjøre inngrep i denne. Det er likevel usikkert nøyaktig hvor langt dette vernet rekker. Etter departementets forståelse kan det ikke utledes av EMK artikkel 8 et forbud mot at politiet hører gjennom opptak av samtaler som potensielt kan inneholde vernet informasjon, for å finne ut om materialet skal slettes eller ikke. Dette gjelder hva enten det er tale om advokatkorrespondanse eller om annen informasjon som er omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksregler."

- (16) Det fremgår her at departementet, etter en avveining av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende, konkluderte med at påtalemyndigheten selv skal gjennomgå det innhentede materialet for å kunne ta stilling til hva som skal slettes. Loven gir ingen holdepunkter for at påtalemyndigheten skal oversende materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll til tingretten for gjennomgang, selv om dette inneholder taushetsbelagte samtaler. Det er ikke holdepunkter for at Stortinget har lagt en annen forståelse til grunn. Begrensninger i påtalemyndighetens adgang til å gjennomhøre samtaler, kommer jeg tilbake til.
- (17) Forsvareren har anført at materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll må behandles på samme måte som materiale innhentet ved beslag, jf. straffeprosessloven § 204 jf. § 205 tredje ledd. Han har særlig fremhevet at det ikke er reelle grunner for å behandle

kommunikasjon mellom advokat og klient annerledes når materialet er innhentet ved kommunikasjonskontroll enn når det er omfattet av beslag, jf. også Rt. 2013 side 968.

- (18) En avgjørende forskjell er imidlertid at problemstillingene behandles av ulike regelsett. I motsetning til hva som gjelder for gjennomgang av kommunikasjonskontroll, har lovgiveren i beslagstilfellene nettopp lagt oppgaver til retten, jf. straffeprosessloven § 205 tredje ledd og § 208. De hensyn som gjør seg gjeldende er til dels også ulike, uten at jeg finner det nødvendig å gå nærmere inn på dette.
- (19) Kjennelsen i Rt. 2013 side 968 må leses på denne bakgrunn. Den gjaldt for øvrig beslag av materiale hos en advokat, hvor det er en presumsjon for at det beslaglagte materialet er underlagt taushetsplikt, jf. avsnitt 30:

"Uttalelsen [i NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker side 256] er generell og taler isolert sett for at politiet må kunne foreta en grovsortering av dokumenter også hvor det er en risiko for å komme over taushetsbelagt materiale. Men jeg finner det klart at komiteen her ikke har for øye den spesielle situasjonen som foreligger når det tas beslag hos en advokat etter at taushetsplikt er påberopt, og hvor det som nevnt gjelder en presumsjon for at 'dokumenter og tilsvarende' er underlagt taushetsplikt. På dette punkt viser jeg også til Rt. side 1986 side 1149 på side 1154 og til Jahre, Festskrift til Anders Bratholm side 259."

- (20) Det kan på denne bakgrunn ikke legges til grunn at materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll skal behandles på samme måte som materiale beslaglagt hos en advokat, selv om det skulle være på det rene at kommunikasjonskontrollmaterialet blant annet inneholder samtaler med en advokat.
- (21) Det fremgår av det jeg allerede har sitert fra forarbeidene, at departementet kom til at det av EMK artikkel 8 ikke kan utledes et generelt forbud mot at politiet hører gjennom opptak av kommunikasjonskontrollmateriale som potensielt kan inneholde vernet informasjon, for å finne ut om noen av samtaleene skal slettes. Jeg kan ikke se at jeg som utgangspunkt har grunnlag for å fravike dette standpunktet.
- (22) Men utgangspunktet må modifiseres. I Prop. 147 L (2012–2013) heter det på side 109:

"Departementet legger ... til grunn at dersom det på forhånd er på det rene at avlyttingsmaterialet består i advokatkorrespondanse eller tilsvarende, vil slik gjennomhøring neppe være berettiget. Gjennomhøring vil her medføre at politiet med viten trenger inn i fortrolig informasjon, som nyter vern etter EMK artikkel 8 og de norske reglene om vitneforbud og -fritak. For så vidt må det samme gjelde for gjennomhøring av materialet, som det Høyesteretts ankeutvalg la til grunn i Rt-2009-396 med hensyn til selve avlyttingen av informasjonen. Dette er etter departementets syn en naturlig konsekvens av regelen om sletting av materiale som er omfattet av reglene om vitneforbud eller -fritak i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122."

- (23) Jeg tolker dette slik at dersom det på forhånd er klart at det i materialet inngår samtaler som faller inn under straffeprosessloven § 119 – typisk klientsamtaler med advokat – har påtalemyndigheten ikke adgang til å påbegynne gjennomhøring av disse samtaleene. Slike samtaler skal uten videre sorteres ut og slettes. Departementet har i denne sammenheng vist til at det fremgår av EMDs praksis at korrespondanse mellom advokat og klient nyter særskilt vern, jf. EMDs dom i saken Michaud mot Frankrike 6. desember 2012. Dette er for øvrig understreket i en rekke andre avgjørelser fra EMD, jf. blant annet den generelle

gjennomgangen i Rt. 2014 side 1105 avsnitt 28 følgende med videre henvisninger til EMDs praksis.

- (24) På den annen side er det – som jeg allerede har nevnt – klart at påtalemyndigheten kan høre gjennom samtaler til og fra en advokat, dersom advokaten selv i den samme saken er mistenkt "for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen", jf. straffeprosessloven § 216 g bokstav b.
- (25) Det gjenstår etter dette å ta stilling til hvordan påtalemyndigheten nærmere skal håndtere samtaler den vet – eller ved gjennomgangen blir klar over – at er med en advokat, men hvor det er usikkert om det dreier seg om en klientsamtale som faller inn under straffeprosessloven § 119.
- (26) Det ble – som tidligere referert – under lovbehandlingen forutsatt at en gjennomhøring fra politiets side med dette formålet ikke ville være i strid med EMK artikkel 8, jf. nå også Grunnloven § 102. Det foreligger ingen avgjørelse fra EMD som direkte tar stilling til dette spørsmålet.
- (27) Jeg er likevel under en viss tvil kommet til at det følger av de prinsipper som kan utledes av EMDs praksis, at en slik gjennomhøring rammes av Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, jf. blant annet forutsetningen i EMDs dom i saken Kopp mot Sveits 25. mars 1998. Det kan også vises til saken Campbell mot Storbritannia 25. mars 1992. Denne gjaldt riktignok en annen problemstilling, nemlig fengselsmyndighetens begrensede adgang til å åpne brev fra advokat til en innsatt, men premissene har nokså generell rekkevidde. I avsnitt 48 heter det:

"... the Courts sees no reason to distinguish between the different categories of correspondence with lawyers which, whatever their purpose, concern matters of a private and confidential character. In principle, such letters are privileged under Article 8 ...".

- (28) Dette innebærer at påtalemyndigheten i de tilfellene jeg drøfter, må slette samtalene med mindre det etableres en ordning som på dette punktet er i samsvar med EMK artikkel 8. Forsvareren har subsidiært anført at samtalene i slike tilfeller må sendes tingretten for gjennomgang uten at politiet på forhånd har gjennomgått disse. En slik praksis vil sikre at eventuelle samtaler som omfattes av straffeprosessloven § 119, tas ut av materialet og slettes. Eventuelle samtaler som ikke er vernet, returneres påtalemyndigheten. En slik ordning vil etter mitt syn tilfredsstille kravene i EMK artikkel 8. Om det her kan etableres andre ordninger som også ville tilfredsstille kravene i artikkel 8, tar jeg ikke stilling til.
- (29) Jeg ser så på lagmannsrettens lovtolkning. Fra lagmannsrettens kjennelse gjengis:

"Lagmannsretten er ikke enig med forsvareren ... [i] at alt det resterende materialet som er innhentet ved skjulte tvangsmidler skal forelegges tingretten for gjennomgåelse.

Det er særskilt regulert i straffeprosessloven § 216 g bokstav b hvordan taushetsbelagt materiale skal håndteres. I prop. 147 L (2012-2013) pkt. 6.8.2.3. konkluderer departementet med at politiet i en viss utstrekning må ha mulighet til å høre gjennom materiale som kan være omfattet av reglene om vitneforbud eller -fritak.

Dersom det på forhånd er på det rene at materialet inneholder samtaler mellom advokat og klient, antar departementet at gjennomhøring ikke vil være berettiget. Etter

lagmannsrettens syn vil det da være tilstrekkelig at politiet sletter samtale uten å høre gjennom dem.

Politiet må gis anledning til å gå gjennomgå materialet for å identifisere taushetsbelagt informasjon. Lagmannsretten forutsetter at så snart en samtale identifiseres som taushetsbelagt, blir den slettet, og ikke blir gjenstand for gjennomhøring."

- (30) Jeg kan langt på vei slutte meg til den lovtolkning som lagmannsretten her gir uttrykk for. Men som jeg tidligere har fremholdt, tilfredsstillt det ikke kravene i EMK at politiet på egen hånd gjennomhører samtaler med advokater for å ta stilling til om de omfattes av straffeprosessloven § 119. Med mindre det på dette punktet – generelt eller konkret – etableres en ordning som tilfredsstillt kravene i artikkel 8, må politiet – som sagt – slette disse samtale uten gjennomhøring. Det er etter mitt syn mest nærliggende å forstå siste avsnitt i det jeg har sitert, slik at lagmannsretten – på linje med lovgiver – ikke har bygget på en slik forståelse. Den samme forståelse synes også tingretten å ha lagt til grunn.
- (31) Det er som nevnt opplyst at påtalemyndigheten allerede har slettet det den mener er klientsamtaler. Dersom det i materialet fortsatt finnes samtaler med advokat som ikke er mistenkt i saken, og som påtalemyndigheten ikke ønsker å slette, må disse sendes til tingretten for gjennomgang, slik jeg tidligere har redegjort for.
- (32) Lagmannsrettens kjennelse og tingrettens beslutning må etter dette oppheves.
- (33) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens kjennelse og tingrettens beslutning oppheves.

- (34) Dommer **Arntzen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (35) Dommer **Kallerud:** Likeså.
- (36) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (37) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (38) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens kjennelse og tingrettens beslutning oppheves.

Riktig utskrift bekreftes: