

**BORGARTING LAGMANNSRETT****KJENNELSE****Avsagt:** 29.08.2013 i Borgarting lagmannsrett**Saksnr.:** 13-063938AST-BORG/01**Dommere:**Lagdommer
Lagdommer
LagdommerKristel Heyerdahl
Hedda Remen
Lars Ole Evensen**Tiltalt**

Sigurd Jørgen Klomsæt

Advokat Arvid Sjødin

Påtalemyndighet

Oslo Statsadvokatembeter

Statsadvokat Kristian Jarland

Saken gjelder begjæring om avskjæring av bevis i straffesak.

Sigurd Jørgen Klomsæt har drevet Advokatfirmaet Klomsæt & Co i Oslo. Ved forelegg utferdiget av politimesteren i Asker og Bærum politidistrikt 13. november 2012 ble han ilagt en bot på 20 000 kroner, subsidiært 10 dagers fengsel, for overtredelse av:

Straffeloven § 325 første ledd nr 1

for som bestillingsmann å ha utvist grov uforstand i tjenesten (§ 325 nr. 1), å ha foretatt en handling som på grunn av hans stilling er ham forbudt (§ 325 nr. 2) eller utenfor tjenesten å ha utvist et forhold, som gjør ham uværdig til eller virker nedbrytende på den for stillingen fornødene tillit eller aktelse (§325 nr. 5), jfr. domstolloven § 234 siste ledd hvor det fremgår at straffeloven § 325 gjelder tilsvarende for advokater og advokatfullmektiger.

Grunnlag:

Fredag 3. februar 2012 - som oppnevnt bistandsadvokat - mottok han fra Oslo politidistrikt en passordbeskyttet CD inneholdende straffesaksdokumenter i "22/7-saken" . (Passordet ble sendt fra Oslo politidistrikt til Klomsæts kontor den 3. februar 2012 kl. 14.28). Han sørget derefter for at innholdet i CDen senere samme dag gjort tilgjengelig for media ved kopiering og overlevering.

Opplysningene fra straffesaksdokumentene ble gitt til media til tross for at Oslo politidistrikt på forhånd hadde bedt om at materialet (straffesaksdokumentene) ikke skulle publiseres uten samtykke. Det ble også gjort i strid med advokatforskriften, særlig kapittel 12, punkt 2.3.2. om fortrolig behandling av taushetsbelagte og av andre fortrolige opplysninger (jf. også punkt 2.4.2) og advokatforeningens retningslinjer for bistandsadvokater punkt 7.3. som setter forbud mot å gi pressen innsyn i eller opplysninger fra straffesaksdokumenter uten politiets samtykke.

Grov uforstand er utvist - særlig fordi straffesaksdokumentene inneholdt opplysninger som - ved publisering - kan virke sterkt støtende for de etterlatte i "22/7-saken" og fordi publiseringen kan bevirke at vitner vil vegre seg for å avgi forklaring til politiet og rettsapparatet.

Klomsæt nektet å vedta forelegget, og saken ble sendt Oslo tingrett til pådømmelse i samsvar med straffeprosessloven § 268.

Ved Oslo tingretts dom 7. mars 2013 ble Klomsæt frifunnet. Påtalemyndigheten anket dommen, og anken ble ved lagmannsrettens beslutning 26. april 2013 henvist til ankeforhandling. Ankeforhandling er berammet til 17. september 2013.

Oslo tingrett besluttet 29. februar 2012 å tilbakekalle Klomsæts oppnevning som bistandsadvokat. Anke over beslutningen ble forkastet av lagmannsretten ved kjennelse 14. mars 2012. Videre anke over lagmannsrettens kjennelse ble forkastet av Høyesteretts ankeutvalg 27. mars 2012.

Klomsæts advokatbevilling ble tilbakekalt ved Advokatbevillingsnemndens vedtak 14. august 2012. Klomsæt har reist søksmål mot staten ved Advokatbevillingsnemnden med påstand om at bevillingen ikke tilbakekalles. Ved Oslo tingretts dom 28. februar 2013 ble staten frifunnet. Dommen er anket.

Under etterforskningen besluttet påtalemyndigheten beslag av trafikkdata knyttet til tre telefonnumre (900 39 240, 900 90 579 og 908 39 250) som ble disponert av Klomsæt og hans fullmektig Johannes Wegner Mæland. Klomsæt begjærte beslaget bragt inn for tingretten til prøving etter straffeprosessloven § 208. Ved tingrettens kjennelse 11. juni 2012 ble beslaget ikke opprettholdt. Begrunnelsen var denne:

Det er på det rene at trafikkdataene ikke røper noe om innholdet i den enkelte samtale/sms som Klomsæt og Mæland har hatt. Poenget har utelukkende vært å identifisere hvem de siktede har hatt kontakt med, for deretter å sjekke navnene opp mot arbeidsgiverregisteret. På denne måten ønsker politiet å kartlegge hvorvidt og i hvilken utstrekning de siktede hadde kontakt med journalister rundt tidspunktet for lekkasjene. På den annen side må det med stor sannsynlighet antas at etterforskningen dermed vil gi politiet navnene også til klienter som Klomsæt og Mæland har. Retten viser i den forbindelse til at de aktuelle telefonene har vært benyttet av Klomsæt og Mæland i deres advokatvirksomhet. Det er nå sikker rett at selve eksistensen av et klientforhold er undergitt taushetsplikt etter straffeprosessloven § 119, jf. Rt-2010-1638 og kjennelse avsagt av Høyesterett 31. mai 2012 (HR-2012-1137-U). Etter rettens mening må således teledataene være unntatt beslagsadgang etter straffeprosessloven § 204 første ledd, jf. § 119.

Påtalemyndigheten anket kjennelsen. Borgarting lagmannsrett sluttet seg til tingrettens lovförståelse og forkastet anken ved kjennelse 23. august 2012. Lagmannsrettens kjennelse ble ikke anket.

Under forberedelsen av ankesaken har påtalemyndigheten meddelt at den under ankeforhandlingen ønsker å føre som bevis utskriften med teledata samt vitneforklaring fra politiförstebetjent Ekeli ved Asker og Bærum politidistrikt om det samme. Forsvarer har på vegne av Klomsæt motsatt seg det.

Lagmannsretten innkalte til saksforberedende møte i medhold av straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c for å ta stilling til spørsmål om avskjæring av bevisene. Rettsmøte ble holdt 26. august 2013 i Borgarting lagmannsretts hus. For påtalemyndigheten møtte statsadvokat Kristian Jarland. Sigurd Klomsæt møtte med sin forsvarer, advokat Arvid Sjødin.

Påtalemyndigheten har i korte trekk gjort gjeldende at utskrift av trafikkdata for de tre aktuelle telefonnumrene kan føres som bevis i sin helhet, samt at politiförstebetjent Ekeli kan avgi vitneforklaring om de samme trafikkdata.

Lagmannsretten skal foreta en full ny prøving av alle bevis slik saken nå står.
Trafikkdataene er bevis for hånden, som ikke kan nektes ført uten særskilt hjemmel.

Lagmannsrettens avgjørelse 12. august 2012 er ikke grunnlag for avskjæring.
Lagmannsrettens kjennelse gjelder beslag, og når beviset som her er for hånden, er det reglene om bevisfremleggelse som gjelder. De hensyn som lagmannsrettens kjennelse hviler på, blir ikke krenket eller utfordret ved at bevisene føres nå. Selv om beslaget måtte være ulovlig, innebærer bruk av utskriften som bevis ingen fortsatt krenkelse.
Lagmannsretten kan dessuten fritt omgjøre sin kjennelse, idet ingen ervervet rett er til hinder for det.

Reglene om taushetsplikt er heller ikke grunnlag for avskjæring av bevisene.
Opplysningene som fremgår av utskriften med trafikkdata, er ikke betroede opplysninger som omfattes av straffeprosessloven § 119. Listen inneholder bare numre, ikke navn, og det er ikke mulig å se hvem som er klienter av Klomsæt ved å se på listen.

Uansett er navnet på en klient bare omfattet av advokatens taushetsplikt dersom det er konkret mulighet for at navnet vil røpe noe som kan sies å være betrodd advokaten, jf. Rt. 1999 side 911. Avgjørelsen inntatt i Rt. 2010 side 1638, der det legges til grunn at navnet på klienten i seg selv er taushetsbelagt, er ikke avgjørende for vår sak. Det er ingen forbindelse mellom klientforholdet og det saken vår gjelder, og § 119 verner ikke en advokat som er under strafforfølgning og som ønsker å unngå at påtalemyndigheten fører bevis mot ham. Klientenes navn har dessuten ingen interesse for saken. Føringen av trafikkdatabeviset skal vise at Klomsæt var i kontakt med seks journalister samt med medarbeidere på sitt kontor i tidsrommet mellom kl. 13 og kl. 16.30 den aktuelle ettermiddagen. Journalistene hadde ikke noe klientforhold til Klomsæt.

Subsidiært må utskriften tillates ført som bevis i sladdet stand, der de telefonnumrene som kan tilhøre klienter, er sortert vekk fra listen.

Under enhver omstendighet må politiførstebetjent Ekeli kunne avgi forklaring basert på den rapporten har allerede har utferdiget. Rapporten ble skrevet på bakgrunn av lovlig innhentete trafikkdata og er ikke ulovlig ervervet.

Hensynet til sakens opplysning tilsier også at bevisene tillates ført.

Påtalemyndigheten har nedlagt slik påstand:

Prinsipalt:	Trafikkdata tillates ført som bevis.
Subsidiært:	Borgarting lagmannsretts kjennelse av 23. august 2012 om beslag av trafikkdata omgjøres.

Forsvarer har i korte trekk gjort gjeldende at tingrettens og lagmannsrettens kjennelser i beslagsspørsmålet var korrekt. Lagmannsrettens kjennelse ble ikke anket og er derfor rettskraftig. Kjennelsen kan ikke omgjøres. Det må i det minste kreves omstendigheter som kan danne grunnlag for en endring, men noe nytt er ikke påvist her. Alle reelle hensyn tilsier at beslagsspørsmålet er materielt avgjort.

Beslaget er derfor ulovlig. Politiet skulle ikke ha beholdt det, men skulle ha levert det til tingretten. Teledatene er ulovlig ervervet bevis, og må avskjæres av den grunn.

Bruk av beviset medfører fare for at klientnavn skal bli kjent, og klientnavn er taushetsbelagt informasjon. En eventuell sortering listen må foretas av retten og ikke politiet.

Heller ikke Ekeli eller hans rapport kan føres som bevis om teledataene. Rapporten er unntatt BL-systemet og er holdt skjult i strid med kontradiksjonsprinsippet.

Forsvarer har nedlagt slik påstand:

Teledata avskjæres som bevis.

Lagmannsretten ser slik på saken:

En samlet lagmannsrett finner det klart at den innhentede utskriften av teledata ikke kan fremlegges som bevis i sin helhet. Straffeprosessloven § 119 forbyr retten å ta imot bevis om noe som er betrodd en advokat i hans stilling.

Utskriften inneholder opplysninger om at en eller flere av de tre telefonnumrene tilhørende Klomsæt og hans fullmektig har vært i kontakt med flere andre numre i det aktuelle tidsrommet. I tillegg til at ulike medarbeidere ved Klomsæts kontor har hatt kontakt med hverandre og med numre tilhørende seks navngitte journalister, har det også vært kontakt med numre som ikke er identifisert. Siden Klomsæt drev advokatvirksomhet, er det en presumsjon for at ett eller flere av disse numrene kan tilhøre klienter, jf. Rt. 1996 side 1081.

Det følger av Rt. 2010 side 1638 at navnet på en klient i et egentlig advokatoppdrag må anses for å være omfattet av advokatens taushetsplikt. Det skal dermed ikke foretas noen nærmere vurdering av hvorvidt noe som kan anses å være betrodd advokaten, vil bli røpet dersom navnet på klienten blir kjent. Lagmannsretten legger dette til grunn. Når da et telefonnummer gjøres kjent, vil det normalt være så enkelt å finne ut hvilket navn nummeret er knyttet til, at også nummeret må anses for å være omfattet av advokatens taushetsplikt.

Det neste spørsmålet er om føring av beviset vil krenke advokatens taushetsplikt dersom opplysningene om de numrene som kan være klientnumre, fjernes fra utskriften. Da vil utskriften bare vise telefontrafikken mellom ulike medarbeidere ved Klomsæts advokatkontor og de aktuelle numrenes kontakt med de seks navngitte journalistene. Påtalemyndigheten har opplyst at politiet allerede har foretatt en slik sortering av listen.

Lagmannsretten påpeker at en sortering av taushetsbelagt informasjon fra ikke-taushetsbelagt informasjon må gjøres av retten og ikke av påtalemyndigheten. Det vises til Høyesteretts kjennelse 27. juni 2013 (HR-2013-1383-A), særlig avsnittene 35, 40 og 45, som på dette punktet er en videreføring av tidligere rettspraksis.

Under behandlingen av beslagsspørsmålet trakk verken tingretten eller lagmannsretten noe skille mellom taushetsbelagt informasjon og informasjon som ikke var underlagt taushetsplikt. Etter å ha konstatert at utskriften med teledata inneholdt klientopplysninger som var omfattet av taushetsplikten, bestemte tingretten – med lagmannsrettens tilslutning – at beslaget i sin helhet ikke skulle opprettholdes.

Det riktige ville etter denne lagmannsretts oppfatning ha vært at utskriften den gangen ble overlatt tingretten i samsvar med regelen i straffeprosessloven § 205 in fine og Rt. 2008 side 645 avsnitt 44 og 45, Rt. 2011 side 296 avsnitt 38 og HR-2013-1383-A avsnitt 28. Da ville tingretten kunnet foreta en nærmere vurdering av det beslaglagte dokumentet. Etter eventuelt å ha sortert ut taushetsbelagte opplysninger, skulle tingretten ha avgjort om beslag kunne tas i den gjenværende delen av dokumentet. Tingrettens kjennelse 11. juni 2012 og lagmannsrettens kjennelse 23. august 2012 bygger etter denne lagmannsretts syn på uriktig lovforståelse.

Påtalemyndigheten har opplyst at utskriften med teledata frem til nå er oppbevart nedlåst hos Asker og Bærum politidistrikt.

Flertallet i denne lagmannsrett, lagdommerne Heyerdahl og Evensen, påpeker at utskriften med teledata fortsatt befinner seg hos påtalemyndigheten i strid med lagmannsrettens rettskraftige avgjørelse om at beslaget ikke skal opprettholdes, og at Klomsæt fortsatt bestrider lovligheten av beslaget.

En saksbehandlingsfeil ved beslaget innebærer ikke nødvendigvis at beslaget faller bort. Påtalemyndigheten kan oversende materialet til retten for gjennomgang, og muligens også for oppbevaring, jf. HR-2013-1383-A avsnitt 49. Se nærmere nedenfor om adgangen til å omgjøre tidligere avgjørelser om beslag. Påtalemyndigheten har imidlertid gjort gjeldende at det dreier seg om et bevis som er for hånden, og anført at reglene for bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, ikke er til hinder for at beviset føres.

Påtalemyndighetens syn innebærer at politiet skal beholde listen med teledata og fremlegge denne for retten i en bearbeidet versjon. Etter flertallets vurdering kan det stilles spørsmål ved om ikke dette innebærer en fortsatt krenkelse selv om politiet sletter overskuddsinformasjonen etter bearbeidelsen, jf. samme høyesterettsavgjørelse avsnitt 49, hvor Høyesterett la til grunn at det ville innebære en fortsatt krenkelse om politiet beholdt speilkopien. Det er ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette, idet flertallet finner at en interesseavveining tilsier at beviset uansett ikke tillates ført før det eventuelt foreligger et lovlig beslag.

Som redegjort for ovenfor er det gjennom rettspraksis gitt klare anvisninger for hvordan denne type bevismateriale skal håndteres. Når denne fremgangsmåten ikke er fulgt, må utgangspunktet være at politiet snarest oversender materialet til tingretten for gjennomgang dersom det ønskes benyttet som bevis. Hensynet til å unngå omgåelser av beslagsreglene tilsier at det i alle fall som den klare hovedregel ikke åpnes for en alternativ fremgangsmåte for føring av denne type bevis.

Flertallet viser videre til at det ikke er slik at politiet nå besitter et dokumentbevis som kan føres uten at retten først har kontrollert at det ikke krenker taushetsplikten. Politiet har foretatt undersøkelser, og opplyser at de gjennom disse har identifisert navngitte journalister som ikke er klienter. Påtalemyndigheten kan derfor selv fremlegge en bearbeidet liste. Flertallet mener likevel at reglene om domstolens gjennomgang ved beslag må medføre at retten må kontrollere den bearbeidete listen før den tillates ført som bevis. Flertallet mener at denne kontrollen bør skje i samsvar med det systemet som er etablert for domstolskontroll av denne typen bevis.

For flertallet har ovennevnte vært de avgjørende hensyn i interesseavveiningen. Hensynet til sakens opplysning tilsier ikke at beviset tillates ført uten at man først går veien om et lovlig beslag. Dette kan føre til at ankeforhandlingen må utsettes, men prosessøkonomiske hensyn kan ikke være avgjørende. Flertallet finner heller ikke å legge avgjørende vekt på at det må antas at teledataene i bearbeidet form kan føres som bevis uten å krenke taushetspliktsreglene.

Flertallet er etter dette kommet til at saken må løses på bakgrunn av reglene om beslag.

Lagmannsrettens kjennelse er en kjennelse som etter straffeprosessloven § 52 siste ledd kan omgjøres. Det er ikke noe vilkår for omgjøring at det er kommet nye opplysninger. Opphevelsen av beslaget kan ikke sies å innebære noen ervervet rett for Klomsæt. Det vises til Bjerke m. fl., Straffeprosessloven Kommentartutgave side 183-184. Denne lagmannsretts flertall finner det riktig å omgjøre lagmannsrettens kjennelse slik at tingrettens kjennelse oppheves, med den følge at lovligheten av beslaget må vurderes på ny av tingretten.

Flertallet antar at en slik sortering ikke vil være noe omfattende arbeid, og at arbeidet neppe krever noen særlig datakyndighet. Dersom tingretten likevel skulle ønske å la seg bistå av en annen kyndig person, må denne personen være uavhengig av partene. Det vises til HR-2013-1383-A avsnitt 46.

Slik saken er opplyst for lagmannsretten, skal denne sorteringen kunne la seg gjøre ved at det tas utgangspunkt i numrene som ubestridt disponeres av øvrige medarbeidere ved Klomsæts kontor og av de navngitte journalistene, og at alle øvrige numre på utskriften med tilhørende opplysninger sladdes. Disse øvrige numrene forutsettes ikke undersøkt nærmere, heller ikke slik at det foretas noen kobling til nummerets eier. Lovens ordning forutsetter at retten nødvendigvis kan få innsyn også i taushetsbelagte opplysninger, men i dette tilfellet synes sorteringen altså å kunne skje uten at den innebærer en fortsatt krenkelse av taushetsplikten.

Det er for øvrig klarlagt gjennom politiavhør av samtlige aktuelle journalister at ingen av dem stod i noe klientforhold til Klomsæt.

Ingen av partene har berørt om beslaget også reiser spørsmål i tilknytning til straffeprosessloven § 125 jf. § 204 første ledd. Slik saken er opplyst for lagmannsretten, har ikke retten noe grunnlag for å anta at dette er tilfellet. Lagmannsrettens flertall legger til grunn at tingretten ved en gjennomgang av trafikkdataene også vurderer eventuelle problemer knyttet til journalistenes kildevern.

Lagmannsrettens mindretall, lagdommer Remen, påpeker at saken er forelagt lagmannsretten i form av en begjæring om bevisavskjæring og må avgjøres som det. Mindretallet legger til grunn lagmannsrettens rettskraftige kjennelse 23. august 2012 om at beslaget i teledatautskriften ikke skulle opprettholdes. Når påtalemyndigheten likevel har beholdt utskriften i stedet for å overlate den til tingretten, har påtalemyndigheten gått frem på feil måte. Utskriften må etter mindretallets mening behandles etter de samme reglene som gjelder for bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. Det vises til Bjerke m.fl., Straffeprosessloven Kommentartutgave side 425-426 med videre henvisninger.

Et slikt bevis kan ikke føres dersom føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av krenkelsen, jf. Rt. 1999 side 1269. Føringen av beviset vil i dette tilfelle ikke innebære noen fortsettelse av krenkelsen av taushetsplikten dersom bevisføringen begrenser seg til de delene av utskriften som ikke inneholder taushetsbelagt informasjon. Det kan oppnås ved at retten på forhånd gjennomfører en slik sortering som lagmannsrettens flertall har gitt anvisning på ovenfor. Siden ankesaken nå står for lagmannsretten, må denne sorteringen etter mindretallets syn kunne foretas av lagmannsretten.

Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må retten i tillegg foreta en interesseavveining. På den ene siden må det tas hensyn til at politiets håndtering av beviset har vært kritikkverdig. På den annen side er tingrettens og lagmannsrettens avgjørelser i beslagssaken bygget på uriktig lovanvendelse. Det må legges betydelig vekt på hensynet til opplysning av saken, som til tross for at den dreier seg om bøtStraff, er alvorlig og har stor offentlig interesse. Etter en samlet vurdering er mindretallet av den oppfatning at en bearbeidet utskrift av teledataene må tillates ført.

Mindretallet nevner at det på denne måten vil være mulig å holde ankeforhandlingen som berammet, uten at prosessøkonomiske hensyn har vært avgjørende for mindretallets konklusjon.

Etter dette avsier lagmannsretten i samsvar med flertallets syn kjennelse for at beviset i sin nåværende form nektes ført og at tingrettens kjennelse oppheves.

Kjennelsen er avsagt under dissens slik det fremgår ovenfor.

SLUTNING

1. Teledata tillates ikke ført i bevisets nåværende form.
2. Oslo tingretts kjennelse 11. juni 2012 oppheves.

Kristel Heyerdahl

Hedda Remen

Lars Ole Evensen

Bekreftes for
førstelagmannen:

