



NORGES HØYESTERETT

Den 11. oktober 2013 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Skoghøy, Indreberg og Bergsjø i

HR-2013-02131-U, (sak nr. 2013/1692), straffesak, anke over kjennelse:

I.

Den offentlige påtalemyndighet

mot

Sigurd Jørgen Klomsæt

(advokat Arvid Sjødin)

II.

Sigurd Jørgen Klomsæt

(advokat Arvid Sjødin)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

avsagt slik

KJENNELSE:

- (1) Saken gjelder spørsmål om det i en straffesak kan fremlegges opplysninger om hvilke telefonnummer som det i løpet av en periode på tre døgn er blitt kommunisert med fra telefoner som tilhører en advokat.
- (2) Under etterforskningen av straffesaken etter terrorangrepet 22. juli 2011 i Oslo sentrum og på Utøya ble politidokumenter lekket til media. Lekkasje ble etterforsket, og under henvisning til reglene om beslag i straffeprosessloven § 205, jf. § 203 påla påtalemyndigheten Telenor Mobil å utlevere informasjon om utgående og inngående telefonsamtaler i tidsrommet 1. til 3. februar 2012 for tre telefoner som ble brukt av advokat Sigurd Klomsæt og hans fullmektig. Klomsæt var en av bistandsadvokatene i terrorsaken.
- (3) Post- og teletilsynet fritok teleoperatøren fra taushetsplikt etter straffeprosessloven § 118, og informasjonen ble utlevert til politiet. Advokat Klomsæt ble deretter orientert, og 5. mars 2012 krevde han spørsmålet om opprettholdelse av beslaget brakt inn for tingretten, jf. straffeprosessloven § 208.

- (4) Oslo tingrett avsa 11. juni 2012 kjennelse hvor beslaget ikke ble opprettholdt. Tingretten bygde på at en advokats taushetsplikt ikke bare omfatter innholdet av kommunikasjon mellom advokat og klient, men også eksistensen av klientforhold, og at trafikkdata til og fra en advokats mobiltelefon derfor ikke kan beslaglegges, da videre etterforskning med stor sannsynlighet vil røpe eksistensen av klientforhold, jf. straffeprosessloven § 119 sammenholdt med § 204 første ledd. Påtalemyndigheten påanket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, som ved kjennelse 23. august 2012 forkastet anken med den samme begrunnelse som tingretten. Lagmannsrettens kjennelse ble ikke påanket.
- (5) Det beslaglagte materialet ble imidlertid fortsatt oppbevart hos politiet.
- (6) Asker og Bærum politidistrikt utferdiget 13. november 2012 forelegg mot advokat Klomsæt for overtredelse av straffeloven § 325 første ledd nr. 1. Grunnlaget var at Klomsæt hadde gjort straffesaksdokumenter som var mottatt av ham 3. februar 2012 på en passordbeskyttet CD, tilgjengelig for media – til tross for at politiet på forhånd hadde bedt om at de ikke skulle publiseres uten samtykke. Boten ble satt til 20 000 kroner, subsidiært fengsel i 10 dager.
- (7) Klomsæt vedtok ikke forelegget, og etter dette ble saken brakt inn for Oslo tingrett til pådømmelse, jf. straffeprosessloven § 268. Ved tingrettens dom 7. mars 2013 ble Klomsæt frifunnet. Påtalemyndigheten har anket dommen til Borgarting lagmannsrett, og anken er henvist til ankeforhandling.
- (8) Under saksforberedelsen for lagmannsretten har påtalemyndigheten meddelt at den under ankeforhandlingen ønsker å fremlegge som bevis utskriften fra Telenor Mobil med informasjon om hvilke telefonnummer som det i tidsrommet 1. til 3. februar 2012 var blitt kommunisert med fra advokat Klomsæts telefoner. I tillegg har påtalemyndigheten påberopt vitneforklaring fra en politibetjent om utskriften. Da Klomsæt har motsatt seg denne bevisførselen, holdt lagmannsretten 26. august 2013 rettsmøte etter straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c for å ta stilling til spørsmålet om bevisavskjæring.
- (9) Lagmannsretten avsa 29. august 2013 under dissens kjennelse med denne slutning:
1. Teledata tillates ikke ført i bevisets nåværende form.
 2. Oslo tingretts kjennelse 11. juni 2012 oppheves.
- (10) Den samlede lagmannsrett fant det klart at teledatautskriften ikke kan fremlegges som bevis i sin helhet, jf. straffeloven § 119, som forbyr retten å ta imot bevis som er omfattet av advokaters taushetsplikt. Standpunktet er begrunnet med at siden Klomsæt var advokat, er det en presumsjon for at flere av telefonnumrene kan tilhøre klienter, og at det ved fremleggelse av teledatautskriften vil være enkelt å finne navnene deres. Samtidig var flertallet og mindretallet enige om at utskriften ikke vil være undergitt taushetsplikt dersom mulige klientnumre blir fjernet. De var også enige om at utskriften skulle ha vært overlatt til tingretten da spørsmålet om beslaget skulle opprettholdes, ble behandlet, og at tingretten da skulle ha sortert ut og opprettholdt beslaget for de telefonnumrene som ikke tilhører klienter.
- (11) I den videre vurderingen tok både lagmannsrettens flertall og mindretall utgangspunkt i at det er i strid med lagmannsrettens rettskraftige avgjørelse av 23. august 2012 om at beslaget ikke skal opprettholdes, at utskriften med teledata fortsatt befinner seg hos påtalemyndigheten.

- (12) Flertallet mente at det kan stilles spørsmål om ikke føring av beviset vil innebære en fortsatt rettskrenkelse, men tok ikke stilling til dette, da en interesseavveining etter flertallets oppfatning uansett tilsa at beviset ikke kan tillates ført før det eventuelt foreligger et lovlig beslag. Flertallet mente imidlertid at utskriften nå kan bringes til tingretten for gjennomgang i samsvar med regelen i straffeprosessloven § 205 tredje ledd, slik at det eventuelt kan tas et lovlig beslag. Under henvisning til straffeprosessloven § 52 fjerde ledd fant flertallet at lagmannsrettens kjennelse av 23. august 2012 måtte omgjøres og opphevet på dette grunnlag tingrettens kjennelse av 11. juni 2012.
- (13) Lagmannsrettens mindretall mente at siden saken var forelagt for lagmannsretten som en begjæring om bevisavskjæring, måtte den avgjøres ut fra reglene om bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. Dersom telefonnummer som kan tilhøre klienter, blir fjernet fra trafikkdatautskriften, vil det etter mindretallets syn ikke representere noen fortsatt rettskrenkelse om utskriften blir ført som bevis. Etter mindretallets oppfatning måtte lagmannsretten kunne sortere ut de telefonnumre som kan tilhøre klienter, og nekte opplysninger om disse telefonnumrene ført som bevis. Derimot måtte opplysninger om øvrige telefonnumre etter mindretallets syn tillates ført som bevis, selv om opplysningene er ervervet på ulovlig måte.
- (14) *Påtalemyndigheten* har anket lagmannsrettens kjennelse, slutningen punkt 1, til Høyesteretts ankeutvalg. Anken gjelder lovanvendelsen. Påtalemyndigheten har i korte trekk anført:
- (15) Teledataene inneholder ikke betrodde opplysninger etter straffeprosessloven § 119. Selv om navn på klienter i egentlige advokatoppdrag etter Rt. 2010 side 1638 omfattes av bestemmelsen, angir ikke teledataene om noen av personene advokaten har snakket med, er slike klienter. Når straffeprosessloven § 119 ikke kommer til anvendelse, kan det heller ikke oppstilles krav om at beviset skal gjennomgås etter en analogi av § 205 tredje ledd. Dessuten er fremgangsmåten i § 205 tredje ledd ikke anvendelig på teledata.
- (16) Subsidiært anføres det at lagmannsretten selv kan sortere ut de telefonnumre som kan tilhøre klienter i egentlige advokatoppdrag.
- (17) Etter påtalemyndighetens syn vil føringen av teledatautskriften ikke krenke den rett journalister etter straffeprosessloven § 125 har til å nekte å svare på spørsmål om hvem som er kilde for en opplysning.
- (18) Påtalemyndigheten har nedlagt slik påstand:
- "Teledata tillates ført som bevis."
- (19) *Sigurd Jørgen Klomsæt* har påanket punkt 2 i slutningen i lagmannsrettens kjennelse og inntegått påtalemyndighetens anke. Han har i korte trekk anført:
- (20) For dokumenter som kan avsløre en advokats klientforhold, gjelder det ikke bare et bevisforbud, jf. straffeprosessloven § 119, og et beslagsforbud, jf. § 204, men også et innsynsforbud, jf. § 205 tredje ledd. Politiet har ikke lovlig tilgang til slike dokumenter. De skal forsegles og straks leveres til retten for gjennomgang av hva politiet kan gjøre seg kjent med. Forbudet gjelder uavhengig av hvem beslaget er hentet fra, jf. Rt. 2012 side 1601. Det er en presumsjon for at en advokats teletrafikkdata er undergitt forbud siden dette vil kunne identifisere klienters navn. Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett anvendte loven korrekt i kjennelsene som ikke opprettholdt beslaget.

- (21) Under enhver omstendighet er tingrettens og lagmannsrettens opphevelse av beslaget rettskraftig. Når lagmannsrettens kjennelse ikke ble påanket, pliktet politiet straks å tilbakelevere beslaget, jf. straffeprosessloven § 214.
- (22) Det finnes ikke noen hjemmel for at beslaget nå kan bringes inn for tingretten til gjennomgang. Politiets besittelse av materialet er ulovlig.
- (23) Den rettskraftige kjennelsen innebærer at Klomsæt har fått en ervervet rett etter straffeprosessloven § 52 fjerde ledd. Kjennelsen kan derfor ikke omgjøres. Det må i tilfelle treffes ny avgjørelse om beslag. Også av den grunn kan beslaget ikke føres som bevis.
- (24) Politiet har opptrådt i strid med innsynsforbudet, og har også opptrådt rettsstridig når det har kartlagt journalister og avhørt dem om hvorvidt de er klienter av Klomsæt. Politiets behandling av beslaget er i strid med lovkravet i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 og 10.
- (25) Klomsæt har nedlagt slik påstand:
1. Påtalemyndighetens anke forkastes.
 2. Borgarting lagmannsretts kjennelse av 29. august 2013, slutningens punkt 2, oppheves."
- (26) *Norsk Redaktørforening* har inngitt skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser i saken etter analogi fra tvisteloven § 15-8. Redaktørforeningen har i det vesentlige anført:
- (27) Politi og påtalemyndighet har krenket mediernes kildevern ved innhenting av trafikkdataene, og det vil utgjøre en fortsatt krenkelse om informasjonen tillates ført som bevis. Trafikkdataene måtte forelegges retten for avgjørelse etter straffeprosessloven § 204 første ledd annet punktum. Det må gjelde selv om beslaget er tatt med utgangspunkt i tredjemanns telefonnumre. Beslag er uansett i strid med EMK artikkel 10. Det utgjør i alle fall en krenkelse at politiet har fått tilgang til trafikkdataene uten noen domstolskontroll. At politiet besitter trafikkdataene til tross for at beslaget er opphevet ved rettskraftig avgjørelse, utgjør en fortsatt krenkelse.
- (28) Subsidiært gjør redaktørforeningen gjeldende at tingretten eller lagmannsretten må foreta en proporsjonalitetsvurdering etter straffeprosessloven § 170a og EMK artikkel 10.
- (29) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker:
- (30) Da den påankede kjennelse er avsagt av lagmannsretten som første instans, har ankeutvalget full kompetanse ved avgjørelsen av anken.
- (31) Etter analogi fra tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b gis *Norsk Redaktørforening* tillatelse til å gi skriftlig innlegg i ankesaken, jf. Rt. 2013 side 92 avsnitt 26–30.
- (32) Utvalget er kommet til at påtalemyndighetens anke må tas til følge.
- (33) Det følger av straffeprosessloven § 119, jf. § 204 første ledd at det ikke er adgang til å føre bevis om forhold som er betrodd en advokat som ledd i juridisk bistand eller rådgivning –

såkalt egentlig advokatvirksomhet. Etter sikker rettspraksis omfatter bevisforbudet også hvorvidt en advokat har hatt en person som klient, jf. blant annet Rt. 2010 side 1638 og 2012 side 608. Spørsmålet i vår sak er hvorvidt og i tilfelle hvor langt teletrafikkdata til og fra en advokats telefon er omfattet av bevisforbudet.

- (34) Den omstendighet at et dokument delvis inneholder opplysninger som er omfattet av et bevisforbud, gir ikke grunnlag for å nekte hele dokumentet ført som bevis. For sivile saker er denne regel kommet til uttrykk i tvisteloven § 26-7 andre ledd andre punktum. Selv om straffeprosessloven ikke inneholder noen tilsvarende bestemmelse, gjelder det samme i straffesaker. I vår sak innebærer dette at det bare er opplysninger om telefonnumre som tilhører Klomsæts klienter i egentlig advokatvirksomhet, som etter straffeprosessloven § 119, jf. § 204 første ledd ikke kan fremlegges som bevis under ankeforhandlingen for lagmannsretten. Med mindre det finnes andre begrensninger, kan den dømmende rett få opplysninger om de øvrige telefonnumrene.
- (35) I tilfeller hvor det i en straffesak blir tatt beslag i et dokument som delvis inneholder opplysninger som er omfattet av et bevisforbud, og dels andre opplysninger, må dokumentet etter analogi fra straffeprosessloven § 205 tredje ledd overlates til retten for gjennomgang av hvilke opplysninger som beslaget skal opprettholdes for, se Rt. 2011 side 296 avsnitt 38–39 og Rt. 2012 side 1601 avsnitt 29. Dersom en dommer ved denne gjennomgangen får innsyn i taushetsbelagt informasjon som er av betydning ved pådømmelsen av saken, vil han kunne bli inhabil til å delta ved pådømmelsen, jf. domstolloven § 108. Det at en dommer ved gjennomgangen etter straffeprosessloven § 205 tredje ledd kan få tilgang til opplysninger som gjør ham inhabil til å delta ved pådømmelsen, kan imidlertid ikke begrense rettens tilgang til dokumenter ved gjennomgangen av beslaget. For at retten skal kunne foreta en korrekt avgrensning av beslaget, må den ved gjennomgangen etter straffeprosessloven § 205 tredje ledd få innsyn også i materiale som er eller kan være omfattet av bevisforbud. Når retten er ferdig med sin gjennomgang, skal imidlertid det materiale som retten kommer til er omfattet av bevisforbud, tilbakeleveres til den som beslaget er foretatt hos, og beslaget skal bare opprettholdes for opplysninger som kan benyttes som bevis ved pådømmelsen av saken.
- (36) Ved tingrettens og lagmannsrettens prøving av beslaget i vår sak ble det ikke foretatt en slik gjennomgang som omhandlet i straffeprosessloven § 205 tredje ledd, idet begge instanser feilaktig la til grunn at det ikke kan tas beslag i dokumenter som *kan* inneholde taushetsbelagt materiale. Materialet ble imidlertid ikke tilbakelevert. Når påtalemyndigheten fortsatt har hånd om dette og ønsker å fremlegge det som bevis under ankeforhandlingen for lagmannsretten, må det tas stilling til om det er regler som er til hinder for at det blir overlatt til lagmannsretten for slik gjennomgang som er omhandlet i § 205 tredje ledd, slik at lagmannsretten kan sortere ut de deler som kan tillates ført som bevis.
- (37) Det første spørsmål som reiser seg, er hvilken betydning det skal ha at påtalemyndigheten ikke har rettet seg etter lagmannsrettens kjennelse av 23. august 2012, hvor anke over tingrettens opphevelse av beslaget ble forkastet.
- (38) Spørsmålet om hvilke gjenstander som kan benyttes som bevis, er prosessledende, og det er sikker rett at prosessledende avgjørelser ikke har materiell rettskraft. De har bare virkning for vedkommende instans, jf. tvisteloven § 19-10 andre ledd. I straffesaker kan avgjørelser under etterforskningen heller ikke være bindende ved pådømmelsen av saken for tingretten.
- (39) På denne bakgrunn er den omstendighet at lagmannsrettens kjennelse av 23. august 2012 ikke ble påanket, klart ikke til hinder for at spørsmålet om hvor langt utskriften om

teledatatrafikken til og fra Klomsæts telefoner kan benyttes som bevis, nå blir vurdert annerledes. Selv om lagmannsrettens kjennelse 23. august 2012 var feil, hadde imidlertid påtalemyndigheten plikt til å rette seg etter denne. Når påtalemyndigheten fortsatt besitter dette materialet, må det således betraktes som ulovlig ervervet bevis.

- (40) Ved vedtakelsen av tvisteloven ble adgangen til å benytte bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, lovfestet for sivile saker, se tvisteloven § 22-7, som bestemmer:

"Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte."

- (41) I Tvistemålsutvalgets utredning er det fremholdt at "hvorvidt beviset skal avskjæres, skal i henhold til argumentasjonsmønsteret i rettspraksis avgjøres etter bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning", se NOU 2001: 32 Rett på sak, Bind B, side 961. I fortsettelsen heter det:

"For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet. Det kriterium utvalget har valgt, fremhever spesielt det sistnevnte momentet. Andre momenter er hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte."

- (42) Selv om utfallet kan bli forskjellig i straffesaker og sivile saker, er vurderingstemaet det samme, jf. Rt. 2009 side 1526 og Skoghøy, Tvisteløsning, 2010, side 752 ff.
- (43) Etter ankeutvalgets oppfatning må det ved vurderingen i denne saken legges avgjørende vekt på at lagmannsrettens kjennelse av 23. august 2013 var uriktig. Det er således her ikke tale om noen materiell rettskrenkelse, men om brudd på formelle regler for erverv av bevis. I stedet for å forkaste anken over tingrettens kjennelse om å oppheve beslaget, skulle lagmannsretten i kjennelsen 23. august 2012 ha overlatt det beslaglagte telekommunikasjonsmaterialet til tingretten for gjennomgang i samsvar med straffeprosessloven § 205 tredje ledd. Når dette ikke ble gjort, og påtalemyndigheten ikke har tilbakelevert beslaget, må gjennomgangen av materialet etter ankeutvalgets oppfatning kunne foretas nå.
- (44) Når det gjelder spørsmålet om hvem som skal foreta gjennomgangen, er ankeutvalget enig med lagmannsrettens mindretall. Dersom spørsmålet skal vurderes i forbindelse med beslag, skal gjennomgangen foretas av tingretten som første instans. Her har påtalemyndigheten hånd om bevismaterialet, og det er spørsmål om hvilke deler av dette som skal tillates ført for lagmannsretten. Det er da lagmannsretten som må foreta denne gjennomgangen som første instans.
- (45) Klomsæt og Norsk Redaktørforening har hevdet at fremleggelse av utskrift over teledatatelekomunikasjon vil være i strid med journalisters rett til kildevern etter straffeprosessloven § 125 og krenker retten til privatliv og ytringsfrihet etter EMK artikkel 8 og 10, da det ikke foreligger lovhjemmel for inngrepet. Disse anførselene har klart ikke noe for seg. Kildevernet etter straffeprosessloven § 125 gir bare de der nevnte personer rett til å nekte å oppgi kilde. Den omstendighet at en journalist nekter å oppgi kilde, er selvsagt ikke til hinder for at påtalemyndigheten på annen måte finner frem til kilden. Hvordan man skal behandle dokumenter som dels inneholder bevisforbud og dels andre opplysninger, fremgår av straffeprosessloven § 205 tredje ledd og de retningslinjer som er gitt i Rt. 2011 side 296

avsnitt 38–39 og Rt. 2012 side 1601 avsnitt 29. Kravet om lovhjemmel for inngrep i rettigheter som er sikret under EMK artikkel 8 og 10, er etter dette oppfylt. Inngrepet er også legitimt begrunnet og klart proporsjonalt. Det er da ikke nødvendig å gå inn på i hvilken utstrekning bevisførsel om hvilke telefonnumre som det har vært kommunisert med fra Klomsæts telefonnumre, er inngrep i retten til privatliv eller retten til ytringsfrihet.

- (46) Lagmannsretten har i slutningen punkt 2 opphevd tingrettens kjennelse av 11. juni 2012. Opphevelsen er begrunnet i omgjøringsbestemmelsen i straffeprosessloven § 52 fjerde ledd. Denne bestemmelse gir domstoler adgang til selv å omgjøre prosessledende kjennelser når ingen ervervet rett er til hinder. Utvalget finner det klart at lagmannsretten ikke med hjemmel i straffeprosessloven § 52 fjerde ledd kunne omgjøre tingrettens kjennelse. Da tingrettens kjennelse var avsagt under etterforskningen, var virkningen av denne begrenset til etterforskningsstadiet, og opphevelse av tingrettens kjennelse var derfor unødvendig. Som tidligere nevnt, er lagmannsretten ved avgjørelsen av hvilke beviser som kan fremlegges under ankeforhandlingen for lagmannsretten, ikke bundet av prosessledende avgjørelser som er truffet under etterforskningen eller hovedforhandlingen for tingretten.
- (47) Lagmannsrettens kjennelse må etter dette oppheves, og ved den nye behandlingen av spørsmålet om bevisfremleggelse må lagmannsretten undersøke hvilke telefonnumre som tilhører personer som Klomsæt har hatt oppdrag for som ledd i egentlig advokatbistand – juridisk bistand og rådgivning – og hvilke telefonnumre som tilhører andre. Det er bare opplysninger om telefonnumre som tilhører andre, som kan fremlegges for den dømmende rett.
- (48) Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING:

Lagmannsrettens kjennelse oppheves.

Hilde Indreberg
(sign.)

Jens Edvin A. Skoghøy
(sign.)

Per Erik Bergsjø
(sign.)

Riktig utskrift:

