



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

avsagt 30. juni 2022 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg
dommer Wilhelm Matheson
dommer Kristin Normann
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Kine Steinsvik

HR-2022-1317-A, (sak nr. 22-061707STR-HRET)
Anke over Eidsivating lagmannsretts kjennelse 6. april 2022

A (advokat Kim Ellertsen)

mot

Påtalemyndigheten (førstestatsadvokat
Per Eirik Vigmostad-Olsen)

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

(1) Dommer **Arntzen:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder forbudet mot å ta beslag i de delene av siktedes datamateriale som inneholder korrespondanse med advokat, jf. straffeprosessloven § 204, jf. § 119. Spørsmålet er om systemet for utsortering av dette datamaterialet som er fastsatt i riksadvokatens direktiv 9. juni 2021, er i samsvar med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8.
- (3) A, født 00.00.1972, er siktet for grov hvitvasking av mer enn 500 millioner kroner i utbytte fra «særlig grov narkotikaovertrødelse». Siktelsen omfatter også overtrødelse av straffeloven § 221 om uriktig forklaring og § 202 om identitetskrenkelse samt overtrødelse av finansieringsvirksomhetsloven, tolloven og vaktvirksomhetsloven. Siktede har vært varetektsfengslet siden slutten av januar 2021. Saken hører under Øst politidistrikt.
- (4) I forbindelse med etterforskningen har politiet sikret seg en rekke av siktedes databærere, både Pcer og mobiltelefoner. Det er laget sikringsfiler av innholdet på de ulike enhetene. Sikringsfilene er lagret på en server der bare politiets Enhet for digitalt politiarbeid (DPA) har tilgang. Databrerne oppbevares i forseglet emballasje på et eget beslagsrom.
- (5) Tidlig i den tekniske analysen ble det oppdaget at datamaterialet inneholder korrespondanse med advokat. Gjennomgangen ble midlertidig stanset og siktede begjærte databrerne overlevert til tingretten for utsortering av det beslagsfrie materialet der. Politiet besluttet å stanse sin videre gjennomgang i påvente av tingrettens avgjørelse.
- (6) Romerike og Glåmdal tingrett avholdt muntlig forhandling om siktedes begjæring, og avsa 27. oktober 2021 kjennelse der påtalemyndigheten ble pålagt å «overlevere de databrerne som er beslaglagt fra A til tingretten, som vil besørge en videre utsortering av beslagsfritt materiale». Tingretten mente at det var «så vidt stor uklarhet ved DPAets adgang til å dele taushetsbelagte opplysninger med sakens etterforskere» at videre besittelse og gjennomgang av siktedes databærere ikke kunne sies å være «i samsvar med loven», jf. EMK artikkel 8 nr. 2.
- (7) Påtalemyndighetens anke til Eidsivating lagmannsrett ble avvist som for sent fremsatt.
- (8) Den 5. januar 2022 fremmet påtalemyndigheten begjæring om tilbakeføring av ansvaret for ransaking av de beslaglagte databrerne til politiet. I begjæringen vises det til at politimesteren i Øst politidistrikt ved instruks 20. desember 2021 om «ransaking av datamengder som det er grunn til å tro inneholder opplysninger underlagt beslagsforbud» har avklart usikkerheten rundt taushetsplikten. I denne instruksen heter det:

«3. TAUSHETSPLIKT

Den som foretar utsortering av beslagsfritt materiale, pålegges taushetsplikt overfor enhver om all informasjon om materialet som utsorteres som han eller hun får gjennom utsorteringen. Brudd på taushetsplikten rammes av straffeloven § 209 første ledd, jf. andre ledd.»

- (9) Romerike og Glåmdal tingrett avsa 15. februar 2022 kjennelse med slik slutning:
- «Den videre utsorteringen av beslagsfritt materiale på siktedes databærere gjennomføres av politiet.»
- (10) Siktete anket til Eidsivating lagmannsrett, som straks ga anken oppsettende virkning. Lagmannsretten avsa 6. april 2022 kjennelse med slik slutning:
- «Anken forkastes.»
- (11) A har anket til Høyesterett. Anken retter seg mot lagmannsrettens lovanvendelse. Det ble nedlagt påstand om at databærerne oversendes tingretten for sletting av opplysninger underlagt taushetsplikt. Påstanden er senere endret til at lagmannsrettens kjennelse 6. april 2022 oppheves.
- (12) Påtalemyndigheten har tatt til motmæle og nedlagt påstand om at anken *forkastes*.
- (13) Saksforberedende dommer i Høyesterett ga i beslutning 29. april 2022 anken oppsettende virkning. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 2. mai 2022 at ankesaken skal avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum.

Mitt syn på saken

Innledning

- (14) Saken gjelder en videre anke over kjennelse. Høyesteretts kompetanse er da begrenset til å prøve lagmannsrettens lovtolkning og saksbehandling, jf. straffeprosessloven § 388 første ledd. I saker som gjelder forholdet til Grunnloven og de inkorporerte menneskerettskonvensjonene, kan Høyesterett også prøve den konkrete anvendelsen av den aktuelle lovregelen, jf. HR-2018-699-A avsnitt 21.
- (15) Saken reiser som nevnt spørsmål om siktedes rettigheter etter EMK artikkel 8. Jeg kommer tilbake til forsvarers anførsler under min gjennomgang av Riksadvokatens direktiv 9. juni 2021 om ransaking av datamengder som det er grunn til å tro inneholder opplysninger underlagt beslagsforbudet i straffeprosessloven § 204, jf. § 119.

Rettslige utgangspunkter

- (16) Straffeprosessloven § 203 første ledd gir politiet adgang til å ta beslag i ting «som antas å ha betydning som bevis». Dette gjelder også dokumenter og elektronisk lagrede filer, jf. HR-2018-104-A avsnitt 26.
- (17) Etter § 204 første ledd kan det likevel ikke tas beslag i «dokumenter eller annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om» etter nærmere angitte bestemmelser. En av disse bestemmelsene er straffeprosessloven § 119, som pålegger advokater taushetsplikt om «noe som er betrodd dem i deres stilling». Taushetsplikten er vidtrekkende og omfatter også kommunikasjon som kan avsløre eksistensen av selve klientforholdet. For materiale som omfattes av advokaters taushetsplikt etter denne bestemmelsen, er beslagsforbudet i

utgangspunktet absolutt. Som det fremgår av § 204 andre ledd, er det imidlertid gjort unntak i de tilfellene advokaten selv er mistenkt for å være medskyldig i det straffbare forholdet.

- (18) Advokaters taushetsplikt skal verne fortroligheten mellom klient og advokat. Dette er en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti, der også vernet mot selvinkriminering står sentralt. I HR-2018-104-A avsnitt 30 er forholdet mellom taushetsplikten og beslagsretten beskrevet slik:

«Når vår rettsorden her lar taushetsplikten gå foran, og dermed gjør vidtrekkende innhugg i politiets mulighet for å få tilgang til materiale som opplagt ville kunne være verdifullt for etterforskning og irettføring av alvorlige straffbare forhold, er det først og fremst for å beskytte fortroligheten mellom klient og advokat, jf. Rt-2010-1638 avsnitt 33 og Rt-2014-297 avsnitt 18. For at advokater skal kunne ivareta klientenes interesser, er det helt sentralt at enhver som søker bistand kan stole på at ingenting av det som blir meddelt advokaten, bringes videre, jf. Rt-2012-608 avsnitt 37. Et sterkt vern av tillitsforholdet mellom klienter og advokater er i neste omgang også avgjørende for at advokater skal kunne fylle sin rettsstatlige rolle, ikke minst ved å bidra til at partene får en rettfærdig rettergang ...»

- (19) Taushetsplikten er ikke til hinder for at politiet ved ransaking hos advokater eller andre kan ta med siktedes databærere og at de kan speilkopiere dem, jf. Rt-2013-968 avsnitt 24 og 25. Speilkopiene vil bli gjennomgått av kompetent instans for eventuell utsortering av beslagsfritt materiale. Denne gjennomgangen er ansett som et ledd i en pågående ransaking med grunnlag i straffeprosessloven § 197, jf. HR-2018-699-A avsnitt 29 og Rt-2011-296 avsnitt 40. Så snart eventuelt beslagsfritt materiale er sortert ut, kan politiets egentlige ransaking etter bevis som det er aktuelt å beslaglegge, komme i gang. I de tilfellene siktede ikke samtykker til at politiet beholder bevismaterialet, treffer påtalemyndigheten beslutning om beslag, jf. straffeprosessloven § 205 første ledd. Ved eventuell tvil om en opplysning er beslagsfri, kan spørsmålet bringes inn for retten etter bestemmelsens andre eller tredje ledd. Siktede kan på sin side kreve beslutningen om beslag brakt inn for retten etter § 208 første ledd.
- (20) Forarbeidene til straffeprosessloven § 205 forutsetter at politiet må kunne gjennomgå dokumenter for å avklare hva som kan beslaglegges, jf. NUT 1969: 3 side 256. I rettspraksis er det imidlertid lagt til grunn at utsorteringen av taushetsbelagt materiale må skje i tingretten dersom databæreren er sikret hos en advokat. Begrunnelsen for dette fremgår av Rt-2013-968, som gjaldt undersøkelser av en advokats harddisk og bærbar PC, der det i avsnitt 23 heter:

«Det gjelder normalt en presumsjon for at 'dokumenter og tilsvarende som befinner seg på kontoret hos en frittstående privatpraktiserende advokat' er undergitt taushetsplikt og dermed beslagsforbud, jf. Rt-1996-1081. Jeg finner det ikke tvilsomt at denne presumsjonen omfatter en advokats databærere.»

- (21) Det er altså en presumsjon for at alle «dokumenter og tilsvarende» som finnes på et advokatkontor er underlagt taushetsplikt, typisk kommunikasjon med klienter som ikke har noe med den aktuelle saken å gjøre.
- (22) Høyesterett fant på denne bakgrunn at forutsetningen i straffeprosesslovens forarbeider om at politiet må kunne undersøke papirer for å vurdere hva som kan beslaglegges, ikke var

myntet på «den spesielle situasjonen som foreligger» når det tas beslag hos en advokat, jf. avsnitt 30. Som det fremgår av avsnitt 28 og 40, må politiet i slike tilfeller overlevere datamaterialet til tingretten etter analogi fra straffeprosessloven § 205 tredje ledd uten noen form for gjennomgang eller sortering på forhånd.

- (23) I HR-2017-111-A uttalte Høyesterett, under henvisning til straffeprosesslovens forarbeider, at denne ordningen ikke gjelder for datamateriale som sikres hos andre enn advokater. I avsnitt 38 heter det om dette:

«Påtalemyndigheten har, som allerede nevnt, primærkompetansen til å foreta beslag. Det er dermed også påtalemyndighetens ansvar i første hånd å sørge for at det ikke beslaglegges materiale utover det loven hjemler. Som påpekt av Bjerke, Keiserud og Sæther, Straffeprosessloven kommentarutgave bind I, 4. utgave 2011, side 718 ligger det i dette at påtalemyndigheten i utgangspunktet også har kompetanse til selv å gå gjennom det beslaglagte. Ved en slik gjennomgang er selvsagt forutsetningen at påtalemyndigheten sorterer ut og leverer tilbake eller sletter det som ikke lovlig kan beholdes.»

- (24) Etter en omtale av Rt-2013-968 og den ordningen som er etablert for gjennomgang av datamateriale fra et advokatkontor, uttaler førstvoterende i avsnitt 41:

«Etter mitt syn er det neppe grunnlag for å utvide den særreguleringen som Høyesterett i 2013 kom til at måtte etableres for beslag på advokatkontor til alle situasjoner hvor det oppdages advokatkorrespondanse i et større beslag, eller hvor det pretenderes at dette er tilfelle. I slike tilfeller kan det antakelig være vel så nærliggende å se hen til de retningslinjer Høyesterett har trukket opp for håndtering av samtaler sikret ved kommunikasjonskontroll.»

- (25) Høyesterett går deretter over til å behandle de retningslinjene for håndteringen av kommunikasjonskontroll som ble trukket opp i Rt-2015-81. I avsnitt 43 oppsummeres utsorteringen etter disse retningslinjene slik:

«... påtalemyndigheten sorterer ut og umiddelbart, og uten gjennomgang, sletter samtaler som faller inn under straffeprosessloven § 119 – typisk klientsamtaler med advokat, se avsnitt 23. Er det usikkert om det dreier seg om klientsamtaler som faller inn under § 119, må påtalemyndigheten enten slette samtalen, eller sende dem til tingretten for gjennomgang uten at de på forhånd er gjennomgått, se avsnitt 28. Avgjørelsen er fulgt opp i Rt-2015-1456 og HR-2016-1086-U.»

- (26) Høyesterett går ikke nærmere inn på de praktiske sidene ved selve gjennomgangen av datamaterialet, ut over å peke på at «søkekriterier med videre bør søkes valgt i samråd med forsvareren», jf. avsnitt 47.

- (27) At denne ordningen kan følges ved gjennomgang av datamateriale som er sikret hos andre enn advokater, ble gjentatt i HR-2018-699-A avsnitt 31. Uttalelsen der om at «det som måtte være taushetsbelagt, umiddelbart må sorteres ut uten ytterligere undersøkelse», tolker jeg dithen at politiets gjennomgang ble forutsatt begrenset til det absolutt nødvendige for å ta stilling til beslagsforbudet.

Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8

- (28) Siktedes databærere inneholder korrespondanse. Både Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 om retten til respekt for blant annet privatliv og korrespondanse setter rammer for ransaking og beslag av slikt materiale. Jeg kan ikke se at grunnlovsvernet går lenger enn EMK og nøyer meg i det følgende med å behandle artikkel 8.
- (29) Det er ikke tvilsomt at ransaking av det aktuelle datamaterialet er et «inngrep» i siktedes rettigheter etter artikkel 8. For at inngrepet skal være rettmessig, må det etter artikkel 8 nr. 2 forfølge et legitimt formål, være «i samsvar med loven» og i det konkrete tilfellet være egnet, nødvendig og forholdsmessig, jf. HR-2018-104-A avsnitt 23 med henvisning til praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Det er på det rene – og heller ingen uenighet om – at ransakingen av siktedes datamateriale skjer for å forebygge kriminalitet og derved forfølger et legitimt formål. Ved vurderingen av om de øvrige inngrepsvilkårene er oppfylt, må det tas hensyn til at korrespondanse mellom advokat og klient nyter et særskilt vern etter EMK.
- (30) EMD har behandlet en rekke saker om gjennomgang av datamateriale som inneholder korrespondanse med advokat, det vil si korrespondanse som nyter «legal professional privilege» (LPP). De fleste sakene gjelder databærere som er sikret hos advokat.
- (31) EMDs dom 17. desember 2020 *Saber mot Norge* gjaldt imidlertid gjennomgang av en smarttelefon sikret hos en person som hadde status som fornærmet i den aktuelle straffesaken. Det var enighet om at telefonen også inneholdt korrespondanse mellom klageren og hans advokater i en annen straffesak. En speilkopi av telefonen ble først oversendt tingretten for gjennomgang og utsortering av den beslagsfrie advokatkorrespondansen. Etter at Høyesterett hadde avsagt kjennelsen i HR-2017-111-A, ble imidlertid speilkopien returnert til politiet for gjennomgang der. Eierens anke til lagmannsretten og videre anke til Høyesterett førte ikke frem.
- (32) EMD fant at politiets gjennomgang av telefonen utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8 fordi kravet om at inngrepet måtte være «in accordance with the law», ikke var oppfylt.
- (33) Domstolen tok utgangspunkt i at ransakingen og beslaget av datamaterialet hadde formell hjemmel i straffeprosessloven kapittel 15 og kapittel 16, men at «the crux of the case» – sakens avgjørende spørsmål – var om «the law in question had sufficient quality and offered sufficient safeguards» til å sikre at konfidensiell advokatkommunikasjon ikke ble kompromittert, jf. avsnitt 49. For å være forenlig med «the rule of law», måtte den nasjonale reguleringen av ransakings- og beslagsprosessen tilfredsstillende følge krav oppstilt i avsnitt 50:

«In the context of searches and seizures, the domestic law must provide some protection to the individual against arbitrary interference with Article 8 rights. Thus, the domestic law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances and conditions under which public authorities are empowered to resort to any such measures. Moreover, search and seizure represent a serious interference with private life, home and correspondence and must accordingly be based on a ‘law’ that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject (see *Sallinen and Others v. Finland*, no. 50882/99, §§ 82 and 90, 27 September 2005).»

- (34) Det er altså et krav at nasjonalt regelverk gir individet beskyttelse mot vilkårlig inngrep i rettighetene etter artikkel 8. Regelverket må derfor være så klart at det gir borgerne tilstrekkelig informasjon om når og under hvilke betingelser myndighetene har adgang til å ransake og beslaglegge taushetsbelagt materialet. Inngrepets alvorlige karakter tilsier at regelverket må være særlig presist.
- (35) I avsnitt 51 minner domstolen om viktigheten av «specific procedural guarantees» til beskyttelse av fortroligheten mellom advokat og klient, en beskyttelse som er grunnleggende for å ivareta tilliten mellom dem. Også klientens vern mot selvinkriminering forutsetter at myndighetene søker å bevise sin sak – «prove their case» – uten å ty til fortrolig kommunikasjon med advokat. Disse hensynene er ikke begrenset til kommunikasjon i verserende saker og gjelder uavhengig av om kontakten mellom klient og advokat gjelder strafferettslige eller sivilrettslige spørsmål.
- (36) Etter å ha redegjort for at tilbakeleveringen av det aktuelle datamaterialet fra tingretten til politiet var foranlediget av Høyesteretts kjennelse i HR-2017-111-A, uttaler EMD i avsnitt 54:

«Having regard to the foregoing observations, the Court does not find it necessary in the instant case to consider whether or under what circumstances credible claims for LPP in respect of specific data carriers entail that they must be sent to a court or another third-party independent of the police and prosecution in order to have any data covered by LPP deleted before the latter may proceed to search the data carriers.»

- (37) Domstolen fant det ikke nødvendig å vurdere om og under hvilke omstendigheter det er nødvendig å overlevere datamaterialet til retten eller en annen uavhengig instans for utsortering av beslagsfritt materiale. Det avgjørende i saken var svakhetene ved regelverket om utsortering av klagers advokatkommunikasjon, som i det påfølgende avsnittet er beskrevet slik:

«Firstly, the Court takes note of the circumstance that the proceedings relating to the filtering of LPP in cases such as the present one lacked a clear basis in the Code of Criminal Procedure right from the outset, which rendered them liable to disputes such as that which followed the Supreme Court's decision of 16 January 2017. Secondly, the actual form of the proceedings could hardly be foreseeable to the applicant – notwithstanding that he was allowed to object (see paragraph 12 above) – given that they were effectively reorganised following that decision. Thirdly, and most importantly, the Court finds that the Government have not rebutted the applicant's contention that subsequently to the Supreme Court's finding in its decision of 16 January 2017 that the police should themselves examine the data carriers in cases such as the present one, the decision to apply that instruction to the applicant's ongoing case, which became final with the Supreme Court's decision of 30 June 2017 (see paragraph 26 above), meant that no clear and specific procedural guarantees were in place to prevent LPP from being compromised by the search of the mirror image copy of his phone. The Supreme Court had not given any instructions as to how the police were to carry out the task of filtering LPP, apart from indicating that search words should be decided upon in consultation with counsel; even though the claim lodged for LPP in the instant case was as such undisputedly valid, the mirror image copy was effectively just returned to the police for examination without any practical procedural scheme in place for that purpose. As to the report of 9 November 2017 (see paragraph 27 above), it described the deletion of data in the applicant's case, but did not describe any clear basis or form for the procedure either.»

- (38) EMD merker seg altså at prosedyrene for utsortering av beslagsfritt materiale ikke var forankret i straffeprosessloven, noe som ga grunnlag for rettslig uenighet. Videre peker domstolen på at den konkrete prosessen for gjennomgangen av innholdet på klagers mobiltelefon – som var blitt endret underveis – var uforutsigbar. Den siste og viktigste innvendingen er at speilkopien ble sendt tilbake til politiet for utsortering der, uten at klare og spesifikke prosessuelle garantier var på plass for å unngå at klagers korrespondanse med sine advokater ble kompromittert. Domstolen viser i denne sammenheng til at Høyesterett i HR-2017-111-A ikke hadde gitt noen nærmere anvisninger på hvordan denne utsorteringen skulle foregå. Dette innebar at det ikke forelå et praktisk prosessuelt system – «practical procedural scheme» – for utsorteringen av klagers advokatkorrespondanse.
- (39) Verken straffeprosessloven eller anvisningene i HR-2017-111-A om bruk av retningslinjene for kommunikasjonskontroll, etablerer altså et tilstrekkelig rammeverk etter EMK artikkel 8 nr. 2 for gjennomgang og utsortering av korrespondanse med advokat. I avsnitt 56 heter det:

«... the Court's concern is, however, the lack of an established framework for the protection of LPP in cases such as the present one. On that point, the Court observes in passing that the Supreme Court, in its decision of 16 January 2017 *in fine*, also pointed to the lack of provisions suited to situations where LPP data form part of batches of digitally stored data, and indicated that it would be natural to regulate the exact issue that arose in the instant case by way of formal provisions of law. ...»

- (40) Etterlysningen av et «established framework» er for øvrig i samsvar med Høyesteretts påpekning i HR-2018-104-A avsnitt 24 om at «systemet for å avgjøre om et dokument er omfattet av beslagsforbudet eller ikke, samlet sett må gi tilstrekkelige garantier for at politiet ikke mottar informasjon fra det sikrede materialet» i strid med beslagsforbudet.
- (41) EMDs avsluttende observasjon «in passing» refererer seg til HR-2017-111-A avsnitt 48 der det heter:

«Regelverket på området er ikke tilpasset den teknologiske utviklingen som gir mulighet for beslag av store datamengder blant annet lagret på datamaskiner, mobiltelefoner og minnepinner. Noen av vanskene knyttet til håndteringen av databeslag er omtalt i NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov side 337 flg. Nærmere regulering i lov og forskrift synes nærliggende.»

- (42) Jeg forstår det slik at EMD gir sin tilslutning til det Høyesterett her uttaler, men uten å oppstille et krav om at rammeverket må fremgå av lov eller forskrift. Som jeg straks kommer tilbake til, opererer EMK med et *materielt* lovskrav.

Riksadvokatens direktiv om ransaking av datamengder som det er grunn til å tro inneholder opplysninger underlagt beslagsforbudet i straffeprosessloven § 204, jf. § 119.

- (43) Foranlediget av EMDs dom i Saber-saken sendte riksadvokaten straks ut et midlertidig direktiv om at digitale lagringsenheter som kunne inneholde beslagsfritt materiale, skulle sendes tingretten for gjennomgang og utsortering. Dette ble imidlertid ansett som en lite hensiktsmessig ordning, særlig fordi den hemmer fremdriften i de aktuelle sakene. Det midlertidige direktivet var forutsatt å skulle avløses av et rammeverk som gjør det forenlig med EMK å la politiet selv foreta utsortering av taushetsbelagte opplysninger.

Riksadvokaten sendte 9. juni 2021 derfor ut et nytt direktiv om utsortering av materiale som omfattes av straffeprosessloven § 119. Direktivet gjelder ikke ved ransaking hos en advokat eller en annen person med stilling som nevnt i straffeprosessloven § 119, se direktivet punkt 4.4.

- (44) Spørsmålet i vår sak er om riksadvokatens direktiv gir et rammeverk som er tilstrekkelig til å sikre EMKs krav til klare og presise prosessuelle garantier ved utsortering av taushetsbelagt materiale. Dette beror på en samlet vurdering der også skranker fastsatt i lov og Høyesteretts praksis må trekkes inn.
- (45) Prosedyren for ransaking av datamengder funnet på digitale lagringssteder, herunder fysiske databærere, fremgår av direktivets punkt 4. Denne prosedyren skal iverksettes der det er «grunn til å tro» at datamengden inneholder opplysninger som er beslagsfrie etter straffeprosessloven §§ 204, jf. § 119. Dette omfatter blant annet situasjoner der «vedkommende selv anfører at det foreligger beslagsfrie opplysninger», jf. punkt 4.3.2. Det er uomtvistet at prosedyren vil bli iverksatt i saken her.
- (46) Forsvarer gjør gjeldende at det er en rekke svakheter ved riksadvokatens direktiv som gjør at det ikke gir tilstrekkelige og effektive rettsikkerhetsgarantier etter EMK. Før jeg går inn på selve direktivet og innvendingene mot det, behandler jeg forsvarers ene hovedanførsel, som går ut på at riksadvokatens direktiv ikke har tilstrekkelig forankring i lov.
- (47) Jeg peker innledningsvis på at straffeprosessloven § 204 bygger på en forutsetning om at materiale som er underlagt beslagsforbud etter § 119 må sorteres ut, slik at det holdes utenom påtalemyndighetens beslag etter § 203, jf. § 205. Så lenge loven ikke sier noe om hvordan denne utsorteringen skal skje, må statens myndigheter sikre at prosedyrene tilfredsstillt kravene etter EMK artikkel 8, jf. Grunnloven § 92. Det er altså nødvendig å gi *presiserende* anvisninger for den utsorteringen som loven forutsetter.
- (48) Som jeg allerede har vært inne på, stiller EMD i Saber-dommen ikke krav om at rammeverket for utsorteringen må fremgå av lov eller forskrift. Den stiller derimot *kvalitative* krav i tråd med EMKs materielle lovskrav. I EMDs dom 19. oktober 2017 *Lebois mot Bulgaria* avsnitt 66 heter det følgende om lovskravet:

«The first of those requirements means that the interference must have some basis in domestic law and be in conformity with that law (see, among many other authorities, *Silver and Others*, cited above, § 86). But it also means that the law must be adequately accessible and formulated with sufficient precision (*ibid.*, §§ 87-88). Although that does not entail that the all detailed conditions and procedures governing the interference have to be laid down in the substantive law itself, the requirements of Article 8 § 2 are not met if points which cannot be satisfactorily resolved on the basis of the substantive law are set out in internal orders of which the detainees have not been made sufficiently aware (*ibid.*, §§ 88-89 and 93-94). As evident from that judgment, and from the Court's case-law relating to the accessibility of the law more generally (see *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, 26 April 1979, §§ 50-52, Series A no. 30; *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 28 March 1990, § 68, Series A no. 173; and *Autronic AG v. Switzerland*, 22 May 1990, § 57, Series A no. 178), the ways in which detainees can be made aware of those internal orders may vary. These ways must, however, be adequate in the circumstances.»

(49) Dette innebærer at «internal orders» – rundskriv, direktiv eller instruksjoner – kan presisere og utfylle nasjonal lovgivning, forutsatt at de er tilgjengelige og forutsigbare.

(50) Slike «internal orders» er behandlet av Kjølbro i Den Europæiske Menneskerettighedskonventionen, 5. utgave (2020) kapittel 15, der han uttaler følgende om lovskravet:

«Der er tale om et indholdsmæssigt krav og ikke et formelt krav. Heraf følger, at et indgreb kan være regulert i en egentlig lov, i retsregler af trinlavere niveau end egentlig lov, uskreven ret samt retspraksis. En 'lov' kan også være folkeretlige regler eller andre internationale regler, der er en del af national ret. En cirkulæreskrivelse eller instruks fra en overordnet administrativ myndighed til en underordnet myndighed om administrativ praksis kan udgøre et hjemmelsgrundlag ...»

(51) Jeg utleder av dette at et tilgjengelig og forutsigbart direktiv som presiserer hvordan utsortering av taushetsbelagt datamateriale skal gjennomføres, kan tilfredsstillere lovskravet hva enten direktivet er forankret i et administrativt overordningsforhold eller i lov. Forutsetningen er selvfølgelig at det ikke er i strid med lov, forskrift eller bindende konvensjonsbestemmelser, og at det tilfredsstillende kravet til kvalitet slik dette på vårt rettsområde er presisert i Saber-dommen.

(52) Riksadvokatens generelle kompetanse til å gi rundskriv og direktiv fremgår av straffeprosessloven § 56, som i andre ledd slår fast at «[r]iksadvokaten har den overordnede ledelse av påtalemyndigheten». Riksadvokatens instruksjonsmyndighet er dessuten uttrykkelig nedfelt i § 58 andre ledd der det heter at «[r]iksadvokaten og statsadvokatene kan gi pålegg umiddelbart til politiets tjenestemenn». Også andre bestemmelser i straffeprosessloven presiserer riksadvokatens instruksjonsmyndighet i konkrete situasjoner, for eksempel under etterforskningen, jf. §§ 224 og 225.

(53) Direktivet er publisert på riksadvokatens hjemmeside og er også tilgjengelig på Lovdata.no. Brudd på direktivet vil kunne straffes som tjenestefeil eller misbruk av offentlig myndighet etter straffeloven §§ 171 til 173, for eksempel etter anmeldelse fra den siktede. Brudd vil også kunne medføre tjenstlige reaksjoner.

(54) Det er etter dette ikke tvilsomt at riksadvokatens direktiv er en sentral del av det etablerte rettslige rammeverket for utsortering av taushetsbelagt materiale. Spørsmålet er da om rammeverket tilfredsstillende de *kvalitative* kravene i artikkel 8 nr. 2.

(55) Jeg vil i det følgende gjengi de delene av direktivet som er mest sentrale, og som forsvarers anførsler knytter seg til.

(56) Direktivets punkt 4.3.3 lyder slik:

«4.3.3 Hvilken enhet som skal foreta utsorteringen, taushetsplikt mv.

Utsorteringen skal skje ved Enhet for Digitalt politiarbeid (DPA) eller annen teknisk enhet som er organisatorisk adskilt fra etterforskningsenheten. Politimesteren har ansvaret for å utpeke hvilken enhet i distriktet som skal ha denne oppgaven. Dersom det vurderes som hensiktsmessig, kan politidistriktene samarbeide om én eller flere slike enheter. I det følgende omtales den tekniske enheten for enkelhets skyld som DPA.

Personell ved enheten skal gis opplæring i behandling av denne type beslag. Den som skal foreta utsorteringen, kan ikke opptre i andre roller eller utføre andre oppgaver i etterforskingen av saken.

Taushetsplikten etter politiregisterloven § 24 innebærer at personell som utfører utsortering og blir eksponert for beslagsfrie opplysninger, ikke kan bringe disse videre til etterforskningsenheten eller andre. Dette gjelder selv om opplysningene kan være av interesse for etterforskingen av saken.»

- (57) Direktivets «hovedgrep» er å legge utsorteringen til en teknisk enhet i politiet som er organisatorisk atskilt fra etterforskningsenheten – i vårt tilfelle Enhet for digitalt politiarbeid (DPA).
- (58) Forsvarer har anført at det ikke er tilstrekkelig å legge utsorteringen til en egen organisatorisk enhet, så lenge denne er en del av politiet. Det hevdes derfor at utsorteringen må skje i tingretten etter analogi fra straffeprosessloven § 205 tredje ledd, på samme måte som ved ransaking hos advokater.
- (59) Som jeg allerede har vært inne på, gjør det seg gjeldende helt spesielle hensyn ved ransaking hos en advokat. I EMDs dom 12. februar 2015 *Yuditskaya mfl. mot Russland* er det uttalt at slik ransaking krever spesielt streng overvåkning, jf. avsnitt 27:

«The Court has repeatedly held that persecution and harassment of members of the legal profession strikes at the very heart of the Convention system. Therefore the searching of lawyers' premises should be subject to especially strict scrutiny (see *Elci and Others v. Turkey*, nos. 23145/93 and 25091/94, § 669, 13 November 2003) ...»

- (60) Dette innebærer at EMDs omfattende praksis om ransaking hos advokater, ikke uten videre er overførbar til ransaking hos andre siktede. I *Saber-dommen* avsnitt 54 holdt EMD det som nevnt åpent om utsorteringen fra fornærmedes smarttelefon måtte foretas av retten eller eventuelt av en annen uavhengig instans.
- (61) Et helt sentralt spørsmål må da være om rammeverket samlet sett gir tilstrekkelige garantier for at taushetsbelagt materiale ikke formidles til noen andre enn dem som arbeider med utsorteringen i DPA. Det er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti at klienten kan kommunisere fritt med sin forsvarer uten å risikere at kommunikasjonen senere blir brukt mot en. Dette understreker viktigheten av at fortrolig kommunikasjon med advokat verken videreformidles til etterforskere eller påtalejurister, heller ikke til bruk som overskuddsinformasjon utenfor den aktuelle saken.
- (62) For å sikre at opplysningene «gjerdes inn» i den organisatorisk atskilte digitale enheten (DPA), gir direktivet pålegg om at den som skal foreta utsorteringen, ikke kan «opptre i andre roller eller utføre andre oppgaver i etterforskingen av saken». Forbudet gjelder både under arbeidet i DPA og eventuelt senere arbeid i andre avdelinger. Utsorteringen vil altså gjøre vedkommende tjenestemann inhabil etter straffeprosessloven § 60. Jeg tilføyer at dette må gjelde befatning med *alle saker* der det taushetsbelagte materialet vil kunne ha betydning.
- (63) Riksadvokaten viser videre til at «personell som utfører utsortering og blir eksponert for beslagsfrie opplysninger» har taushetsplikt etter politiregisterloven. Forsvarer har

imidlertid gjort gjeldende at taushetsplikten ikke er tilstrekkelig klar når det gjelder informasjonsflyt mellom personell i DPA og andre tjenestemenn i politiet. Jeg er ikke enig i dette.

- (64) Politiets og påtalemyndighetens taushetsplikt er regulert i politiregisterloven, som langt på vei viderefører de opphevede bestemmelsene i straffeprosessloven §§ 61 a til 61 e. Flyttingen fra straffeprosessloven til politiregisterloven rokker ikke ved at taushetsreglene fortsatt må tolkes i lys av straffeprosesslovens regler, herunder § 204, jf. § 119 om beslag.
- (65) Politiregisterloven § 23 – som i direktivet feilaktig er referert til som § 24 – pålegger i første ledd enhver som er ansatt i eller utfører oppdrag for politiet, plikt til å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det vedkommende får vite om «noens personlige forhold». Det er ikke tvilsomt at opplysninger om siktedes kommunikasjon med advokat omfattes av taushetsplikten. Dette gjelder i utgangspunktet også eksistensen av selve klientforholdet, jf. presiseringen i politiregisterforskriften § 7-3.
- (66) Det følger videre av § 23 fjerde ledd at taushetsplikten gjelder overfor «andre i politiet og påtalemyndigheten» med mindre § 21 kommer til anvendelse. Etter § 21 kan tjenestemenn i politiet og påtalemyndigheten gis tilgang til opplysninger «i den utstrekning det er et tjenestemessig behov, og det er til formål som omfattes av denne lov». Lovens formål er å «bidra til effektiv løsning av politiets og påtalemyndighetens oppgaver, beskyttelse av personvernet og forutberegnelighet for den enkelte ved behandlingen av opplysninger», jf. § 1.
- (67) Jeg finner det klart at forbudet mot å dele opplysninger med andre i politiet og påtalemyndigheten omfatter materiale underlagt beslagsforbud etter straffeprosessloven § 204, jf. § 119. Forbudet mot å ta beslag i blant annet taushetsbelagt kommunikasjon med advokat, innebærer at det *ikke* er et tjenestemessig behov for å dele denne type informasjon. Slikt materiale kan verken brukes som bevis i den aktuelle saken eller som ledd i avdekking eller oppklaring av andre straffbare forhold. Jeg viser i denne sammenheng til politiregisterloven § 50 om at opplysninger som ikke er nødvendig for formålet med behandlingen, skal slettes eller sperres. Det samme gjelder taushetsbelagte opplysninger, jf. § 51 og Ot.prp. nr. 108 (2008–2009) side 319.
- (68) Forsvarer har vist til politiregisterloven § 26 som fastslår at taushetsplikten ikke er til hinder for at opplysningene brukes i den enkelte straffesak. Til dette bemerker jeg at bestemmelsen ikke kan forstås slik at den tilsidesetter beslagsforbudet i § 204, jf. § 119. Det fremgår tvert imot av politiregisterloven § 5 nr. 1 at opplysninger skal behandles i tråd med straffeprosesslovens regler i den enkelte straffesak. I og med at taushetsbelagt kommunikasjon mellom klient og advokat *ikke* kan brukes, kommer unntaket fra taushetsplikten i § 26 ikke til anvendelse.
- (69) Brudd på taushetsplikten – også etter at en tjenestemann har sluttet – rammes av straffeloven § 209.
- (70) Det er etter dette ikke nødvendig for meg å underbygge taushetspliktens rekkevidde med EMK artikkel 8, eventuelt artikkel 6. Det er heller ikke nødvendig å basere forbudet mot intern deling av fortrolig advokatkommunikasjon på politimesteren i Øst politidistrikts instruks, som jeg tidligere har gjengitt.

- (71) Jeg peker endelig på at personellet i DPA skal gis opplæring, noe som åpenbart også omfatter habilitetsbegrensninger og taushetsplikt. Etter mitt syn må det forventes at offentlige tjenestemenn på samme måte som dommere, forholder seg lojalt til slike helt grunnleggende regler.
- (72) Min konklusjon så langt er at pålegget om å legge utsorteringen av taushetsbelagt materiale til en teknisk enhet som er adskilt fra etterforskningsenheten, er et formålstjenlig organisatorisk grep. Forutsetningen er, slik direktivet legger opp til, at tjenestemennene ikke samtidig eller senere har andre roller eller utfører etterforskningsarbeid i den aktuelle saken eller i saker der det beslagsfrie materialet vil kunne være av betydning. Den straffesanksjonerte taushetsplikten følger av loven.

- (73) Jeg går så over til direktivets punkt 4.3.5 om den praktiske behandlingen av materialet:

«4.3.5 Behandlingen ved DPA

Det skal være et system for notoritet om mottatt materiale, og dette skal oppbevares på sikker måte.

Det skal etableres en dokumentert original tilstand av det digitale beslaget. Med dette menes for eksempel en såkalt checksum eller hashverdi.

DPA vurderer hvordan arbeidet med utsorteringen av opplysninger teknisk skal gjennomføres. Ved behov kan det anmodes om bistand fra et annet politidistrikt eller fra Kripos, for eksempel ved mangel på kapasitet eller teknisk kompetanse. Etter omstendighetene kan det være fornuftig å ha dialog med mistenkte eller forsvarer for å identifisere og lette utsorteringsarbeidet, og det skal alltid vurderes om det er grunn til å initiere en slik dialog.

Innhold som kan være undergitt beslagsforbud, skal deretter utsorteres.

Dersom det identifiseres mulig beslagsfrie opplysninger som av tekniske årsaker ikke kan utsorteres, kan påtalemyndigheten beslutte at hele materialet oversendes tingretten for vurdering av om opplysningene er beslagsfrie.

DPA utarbeider en sluttrapport om hvordan arbeidet er gjennomført og organisert. Rapporten må redegjøre for de ulike trinnene i prosessen slik at det kan kontrolleres at disse er gjennomført i tråd med direktivet.

Etter utsortering gjøres den resterende delen av datamengden tilgjengelig for etterforskningsenheten.»

- (74) Hvordan arbeidet med å utsortere taushetsbelagte opplysninger teknisk skal gjennomføres, overlates til DPA. Etter det opplyste benyttes det søkeord for å identifisere materiale som skal utsorteres, se HR-2018-699-A avsnitt 49–50.
- (75) Forsvarer har reist spørsmål ved DPAs adgang til å anmode om teknisk bistand fra et annet politidistrikt eller fra Kripos. Til dette nøyer jeg meg med å bemerke at tjenestemenn som gir slik bistand, blir underlagt de samme begrensninger med hensyn til habilitet og taushetsplikt som jeg nettopp har redegjort for. Også når tingretten gjør bruk av ekstern bistand ved utsortering fra advokaters datamateriale, vil det gjelde tilsvarende begrensninger.

- (76) Endelig gjør forsvarer gjeldende at siktede ikke har innsyn i eller på annen måte mulighet til å kontrollere arbeidet med gjennomgangen av datamaterialet. Det erkjennes at dette også gjelder tingrettens gjennomgang av innholdet på advokaters datamateriale, men domstolens uavhengighet av politiet gjør dette mindre betenkelig.
- (77) Den rettsstilstand forsvarer her beskriver, er omtalt i HR-2018-1517-U avsnitt 21. Saken gjaldt tingrettens gjennomgang av et advokatarkiv. I avsnitt 20 uttaler Høyesteretts ankeutvalg at det ikke er «noe i veien for at retten kan samtykke til at forsvarer gis uttalerett på dette tidspunktet dersom politiet og forsvarer er enige om at dette er en hensiktsmessig fremgangsmåte». Jeg kan for min del ikke se at det er noe i veien for å gi uttalerett under tilsvarende forutsetninger ved DPAs gjennomgang av materiale fra en siktet som ikke er advokat.
- (78) Riksadvokatens direktiv pålegger tvert imot DPA å vurdere om det er grunn til å initiere dialog med mistenkte eller dennes forsvarer for å identifisere og lette utsorteringsarbeidet. En mulighet til frivillig medvirkning må normalt anses som et gode så lenge formålet er å legge til rette for en effektiv håndheving av siktedes prosessuelle rettigheter. En slik medvirkning vil typisk kunne bestå i å foreslå søkeord som vil gi treff i det taushetsbelagte materialet. Som det fremgår av HR-2017-111-A, kan det ikke stilles noe krav om at siktede identifiserer konkret beslagsfritt materiale. At DPA må vise forsiktighet ved slike forespørsler, fremgår også av direktivets punkt 4.3.2 der det heter:
- «Når vedkommende som er rammet av beslaget anfører at en datamengde inneholder opplysninger med beslagsforbud, bør han oppfordres til å angi type/mengde beslagsfrie opplysninger og hvor disse finnes (i e-post, sms, notater e.l.). Spørsmål om dette må ikke stilles på en slik måte at det innbyr til et svar som er egnet til å avdekke korrespondansens innhold.»
- (79) Selv om siktede og dennes forsvarer etter straffeprosessloven ikke har innsyns- eller uttalerett på ransakningsstadiet, vil de altså på forespørsel kunne medvirke frivillig til å effektivisere utsorteringsarbeidet.
- (80) Jeg viser i forlengelsen av dette til direktivets pålegg om at det skal utarbeides en sluttrapport som redegjør for de ulike trinnene i prosessen «slik at det kan kontrolleres at disse er gjennomført i tråd med direktivet». Av sluttrapporten vil det også fremgå hvem som har deltatt under arbeidet og som følgelig vil være underlagt habilitetsbegrensninger med hensyn til utførelse av annet arbeid i den aktuelle saken eller i tilknyttede saker. Det følger av straffeprosessloven § 242 at siktede og siktedes forsvarer har innsyn i denne rapporten.
- (81) Arbeidet i DPA avsluttes med at datamengden etter utsortering av innhold som «kan» være undergitt beslagsforbud, gjøres tilgjengelig for etterforskningsenheten. Dersom det oppstår tvil om beslagsfriheten, skal denne delen av materialet enten forelegges tingretten eller sperres uten at politiet eller påtalemyndigheten har sett materialet. Høyesteretts uttalelser om dette i HR-2017-111-A avsnitt 43, som jeg tidligere har gjengitt, ligger fast med den tilpasning at taushetsbelagt materiale skal sperres og ikke slettes. At det beslagsfrie materialet gjøres uleselig gjennom sperring og ikke sletting, har etter det opplyste sammenheng med at sletting av data på en speilkopi vil ødelegge den tekniske integriteten og følgelig lesbarheten av hele datamengden. Jeg viser til professor Inger Marie Sundes utredning, «Effektiv, tillitvekkende og rettssikker behandling av databevis», 18. juni 2021

del II kapittel 5 om ulike tekniske problemstillinger. Politiregisterloven likestiller for øvrig sletting og sperring med hensyn til opplysninger som ikke skal lagres, jf. §§ 50 til 52.

- (82) Jeg kan etter dette ikke se at gjennomgangen av datamateriale, slik denne er beskrevet i riksadvokatens direktiv, svekker den grunnleggende forutsetningen om at de beslagsfrie opplysningene skal «gjerdes inn» i DPA og bare tilflyte de aktuelle tjenestemennene der. Opplysninger som «kan» være taushetsbelagt, skal sorteres ut. Forutsetningen må fortsatt være at gjennomgangen begrenses til det absolutt nødvendige for å ta stilling til beslagsforbudet. Siktede og hans forsvarer vil gis anledning til å komme med innspill som effektiviserer utsorteringen, og det skal også sikres notoritet rundt gjennomføringen av denne. Bare den resterende delen av datamengden gjøres tilgjengelig for etterforskningsenheten.
- (83) Høyesteretts avsluttende bemerkninger i HR-2018-699-A om tingrettens behandling av advokaters datamateriale, er likevel treffende også for DPA, jf. avsnitt 49 der det heter:
- «Selv om det alltid vil være en viss risiko for at ikke alt taushetsbelagt materiale er luket ut før utlevering til politiet, må dette være det klare målet. Søkemetodene må raffineres med det for øye, det må tas stikkprøver, og siktede og dennes advokat må fortløpende trekkes inn for å gjøre listene over søkeord så gode som mulig. Før det kan bli aktuelt å utlevere sikret materiale, må risikoen for at det fortsatt inneholder noe som er beslagsfritt, være lav.»
- (84) De anvisningene som her gis, må gjelde på samme måte ved gjennomgang av datamateriale fra andre enn advokater. Jeg peker særlig på at siktede og hans forsvarer må gis adgang til å foreslå søkeord.
- (85) Dette bringer meg over til direktivets punkt 4.3.6, der det heter:
- «4.3.6 Den videre behandling ved etterforskningsenheten
- Etterforskningsenheten gjennomfører ransaking av datamengden som er gjort tilgjengelig etter utsortering, jf. punkt 4.3.5. Dersom det under den videre ransakingen avdekkes opplysninger som kan være underlagt beslagsforbud, gjennomføres prosedyren for utsortering ved DPA på nytt.
- Påtalemyndigheten kan beslutte at hele eller deler av de utsorterte opplysningene sendes tingretten for vurdering av om opplysningene er undergitt beslagsforbud.»
- (86) Materialet skal altså sendes tilbake til DPA for en fornyet gjennomgang eller til tingretten for videre utsortering dersom det oppdages beslagsfritt materiale. Her som ellers må materialet returneres eller videresendes umiddelbart og uten gjennomlesning.
- (87) Jeg går ikke inn på to unntak fra prosedyren som er omtalt i riksadvokatens direktiv punktene 4.3.7 og 4.3.8, da ingen av disse er aktuelle i vår sak.
- (88) Oppsummeringsvis mener jeg at rammeverket i tilknytning gjennomgangen av innholdet fra siktedes databærere har tilstrekkelig forankring i norsk rett, og at det tilfredsstiller kravet til forutberegnelighet, klarhet og presisjon. Samlet sett gir det etter mitt syn også tilstrekkelig spesifiserte prosessuelle garantier til beskyttelse av fortroligheten mellom advokat og klient. Lovskravet i EMK artikkel 8 nr. 2 er da oppfylt.

- (89) Under disse omstendighetene finner jeg at DPAs forestående gjennomgang for å sortere ut taushetsbelagt materiale fra siktedes databærere, også er nødvendig, egnet og forholdsmessig. Siktelsen gjelder blant annet svært omfattende hvitvasking av utbytte fra «særlig grov narkotikaovertrødelse». Det er på det rene at alternativet med en gjennomgang i tingretten av så store datamengder som vi her står overfor, vil kunne få vidtrekkende konsekvenser ikke bare for politiets og tingrettens arbeid, men også for siktedes rett til å få avgjort sin sak innen rimelig tid etter EMK artikkel 6.

Konklusjon

- (90) Jeg er etter dette kommet til at det etablerte rammeverket for utsortering av beslagsfritt materiale ivaretar siktedes rettigheter etter EMK artikkel 8. Anken blir derfor å forkaste.
- (91) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.

- (92) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (93) Dommer **Normann:** Likeså.
- (94) Dommer **Steinsvik:** Likeså.
- (95) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (96) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.