



NORGES HØYESTERETT

Den 20. september 2011 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2011-01744-A, (sak nr. 2011/866), straffesak, anke over kjennelse,

I.

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Håvard Kampen)

mot

A (advokat Nicolai V. Skjerdal)

II.

B (advokat John Christian Elden)

mot

A (advokat Nicolai V. Skjerdal)

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

- (1) Dommer **Falkanger**: Saken gjelder tiltaltes krav om innsyn i speilkopier som politiet har tatt av beslaglagte harddisker og andre elektroniske lagringsmedier – heretter kalt databærere – som tilhører medtiltalte, andre mistenkte og vitner.
- (2) A ble 27. mai 2010 og 18. februar 2011 tiltalt av ØKOKRIM for flere tilfeller av grovt bedrageri og forsøk på slike. C og B ble tiltalt for medvirkning til henholdsvis to og tre av disse bedrageriene. Hovedforhandling i saken er berammet til våren 2012.
- (3) Under etterforskningen har ØKOKRIM gjort en rekke beslag, blant annet av databærere som tilhører medtiltalte, andre mistenkte og vitner. Innholdet er sikret ved speilkopiering,

det vil si at det er produsert eksakte kopier av innholdet i databærerne, slik det var på kopieringstidspunktet. Samlet omfatter speilkopiene ca. 16 millioner filer.

- (4) Databærerne er returnert til eierne. ØKOKRIM har imidlertid beholdt speilkopiene, og har i den videre etterforskningen søkt etter dokumentbevis i disse.
- (5) På grunn av mengden filer har det praktisk sett bare vært mulig for ØKOKRIM å gjennomgå en begrenset del av det materiale som finnes i speilkopiene. Dette har skjedd ved målrettede søk, basert blant annet på filtype, stikkord og lagringssted. Dokumentene som på denne måten er hentet ut, er i tråd med straffeprosessloven § 264 første ledd første punktum oversendt forsvarer. ØKOKRIM har imidlertid besluttet at dokumentene ikke skal lånes ut til A personlig, jf. § 264 fjerde ledd annet punktum.
- (6) As forsvarer har gjort gjeldende flere krav vedrørende speilkopiene. For det første har han krevd innsyn i alt materialet som befinner seg i disse kopiene, ikke bare i de dokumentene som politiet har hentet ut. I brev av 15. mars 2011 har han angitt mer konkret hvilket materiale kravet gjelder. Dokumenter som man vet er av privat karakter, er der holdt utenfor. For det annet har han krevd at det legges til rette for at speilkopiene skal kunne gjennomgås på hans kontor. For det tredje har han bestridt de restriksjoner ØKOKRIM har lagt på As mulighet til personlig å ha tilgang til materialet.
- (7) Da ØKOKRIM ikke tok kravene til følge, ble de fremmet for Oslo tingrett, som 5.april 2011 avsa kjennelse med slik slutning:
 - ”1. A sine forsvararar har rett til innsyn i elektronisk materiale som går fram av oversikta i vedlegg 3 til brevet til retten frå forsvararane av 15. mars 2011, men unntak av beslag som er eller blir tilbakelevert, som er omtvista eller som kjem frå beslag som aleine bygger på tilknytning til ein av dei to andre tiltala i saka.
 2. Kravet om at Økokrim skal stille til disposisjon for A sine forsvararar programvare som gjer det mogleg å lese alle datafiler, også såkalla ’carved files’, blir ikkje teke til følge.
 3. Økokrim kan fremleis forby at A skal få kopiar av vitneforklaringar i saka, og dessutan alt materiale som er utarbeidd av dei som har forklart seg eller skal forklare seg i saka.”
- (8) A anket kjennelsen – slutningens punkt 1 – til Borgarting lagmannsrett, som 4. mai 2011 avsa kjennelse med slik slutning:

”As forsvarere har rett til innsyn i og tilstilles kopier av elektronisk materiale som går frem av oversikten i vedlegg 3 til brevet fra forsvarerne av 15. mars 2011.”
- (9) Lagmannsretten forankret innsynsretten i straffeprosessloven § 264 første ledd første punktum. Speilkopiene ble ansett som en del av ”sakens dokumenter”.
- (10) Påtalemyndigheten har anket til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens lovtolkning. B har også anket. Hans anke er angitt å gjelde lagmannsrettens rettsanvendelse, subsidiært saksbehandling.

- (11) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 7. juni 2011 at ankesaken i sin helhet skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstoloven § 5 første ledd annet punktum.
- (12) Det skytes her inn at B 20. mars 2011 fremholdt at ØKOKRIM ikke hadde hjemmel for å sitte på speilkopier av hans databærere, og at disse måtte overleveres til ham. Da ØKOKRIM ikke har tatt begjæringen til følge, er saken brakt inn for Oslo tingrett, som har latt den stå i bero inntil den foreliggende sak er avgjort.
- (13) *Påtalemyndigheten* har i korte trekk anført:
- (14) Det er klart at straffeprosessloven § 264 får anvendelse på elektroniske dokumenter. Bestemmelsen omfatter imidlertid ikke speilkopiene. Disse må anses som realbeslag som er gjenstand for granskning, ikke som en stor mengde dokumenter. Bare i den grad dokumentene antas å ha betydning som bevis, kan politiet ta dem ut. Først når dokumenter fra speilkopien hentes ut, blir de en del av "sakens dokumenter" etter § 264. Tiltalte må akseptere politiets relevansvurdering ved søk i speilkopiene. At politiet har en slik råderett over informasjonshenting, er ikke noe særskilt for elektronisk materiale, men gjelder generelt på etterforskningsstadiet. Denne skjevheten oppveies av regler om bevisbyrde, adgangen til å begjære etterforskningskritt etter straffeprosessloven §§ 265 og 266 og granskning etter § 154. Også reelle hensyn tilsier denne løsningen, særlig hensynet til personvern.
- (15) Om speilkopiene skulle anses som "sakens dokumenter", vil straffeprosessloven § 264 siste ledd uansett avskjære forsvarers rett til innsyn.
- (16) EMD har i flere avgjørelser fremholdt at tiltalte skal ha tilgang til "material evidence". Dette omfatter imidlertid ikke de dokumentene denne saken gjelder.
- (17) *Påtalemyndigheten* har lagt ned slik påstand:
- "As forsvarere har ikke rett til innsyn i speilkopier av datamaskiner tatt i beslag hos medtiltalte, andre mistenkte og vitner under etterforskningen som har ledet frem til tiltaler av 27. mai 2010 og 18. februar 2011."**
- (18) *B* har i korte trekk anført:
- (19) Det er riktig at *As* forsvarer i utgangspunktet skal ha samme rett til innsyn som ØKOKRIM, men så lenge det ikke er fattet en beslutning om beslag, har heller ikke ØKOKRIM rett til å sitte på speilkopiene. Det pekes på at ØKOKRIM har opphevet beslaget av selve databærerne. *B* var lenge ikke klar over at speilkopiene fantes, og hadde derved ingen foranledning til å begjære rettslig prøving av ØKOKRIMs rett til å beholde disse.
- (20) *A* har således ikke krav på innsyn i de deler av *Bs* datamateriale som aldri er beslaglagt eller funnet bevismessig relevant. Innsynsrett for *A* vil først kunne oppstå når beslag er tatt og opprettholdt.
- (21) *B* har lagt ned slik påstand:

"Prinsipalt: Speilkopier av tilbakeleverte databærere tilhørende *B* slettes."

Subsidært: Lagmannsrettens kjennelse for så vidt gjelder As innsyn i speilkopier av databærere tilhørende B oppheves.”

- (22) A har i korte trekk anført:
- (23) Lagmannsrettens lovtolkning er riktig. ØKOKRIMs interesser i speilkopiene knytter seg til innholdet, og kopiene må da anses som en del av ”sakens dokumenter”, jf. straffeprosessloven § 264 første ledd første punktum.
- (24) Det kan for øvrig ikke være avgjørende om speilkopiene anses som dokumentbevis eller realbevis. Reelt sett må det foretas en avveining mellom hensynet til kontradiksjon og partslikhet på den ene siden og hensynet til personvern på den andre. Sistnevnte hensyn må da vike.
- (25) For å kunne ivareta et effektivt forsvar, må As forsvarer ha tilgang til det samme materialet som ØKOKRIM har hatt tilgang til, slik at han fra sitt ståsted kan foreta egne søk og vurderinger av hva som er av interesse. Politi og påtalemyndighet skal ikke ha en suveren rett til å styre innhenting og vurdering av bevis under etterforskningen. Den omfattende innsynsretten tiltalte har i saker om kommunikasjonskontroll, har overføringsverdi til den foreliggende problemstilling.
- (26) All den tid ØKOKRIM har hatt full tilgang til materialet, og det utgjør et grunnlag for ØKOKRIMs bevisførsel i saken mot A, kan det forhold at beslagsadgangen nå er bestridt av B, ikke være til hinder for innsynsrett.
- (27) Nektelse av innsynsrett vil være i strid med EMK artikkel 6.
- (28) A har lagt ned slik påstand:

”Ankene forkastes.”

- (29) *Jeg er kommet til at anken fra ØKOKRIM må føre frem.*
- (30) Anken gjelder lagmannsrettens avgjørelse av anke over en kjennelse. Høyesteretts kompetanse er da begrenset til å prøve lagmannsrettens lovtolkning og saksbehandling, jf. straffeprosessloven § 388 første ledd.
- (31) Lagmannsretten kom til at speilkopier av databærere tilhørende medtiltale, andre mistenkte og vitner, faller inn under formuleringen ”sakens dokumenter” i straffeprosessloven § 264 første ledd første punktum, og at As forsvarer dermed har rett til innsyn i speilkopiene. Lagmannsretten begrunnet dette slik:

”Det bærende syn etter lagmannsrettens vurdering er at politiet har satt seg i besittelse av et omfattende materiale som politi og påtalemyndighet – etter sitt eget opplegg – kan gjennomgå med sikte på å hente ut det som oppfattes som relevant bevismateriale. At politiet rent faktisk har begrenset sin gjennomgang til utvalgte deler, kan ikke være avgjørende. Skal man sikre likhet mellom partene må forsvarerne gis tilsvarende mulighet for å gjennomgå materialet for å hente ut det materialet som de – ut fra sine forutsetninger – mener kan ha betydning som bevis.”

- (32) Spørsmålet er om dette gir uttrykk for en riktig tolkning av straffeprosessloven § 264 første ledd første punktum.
- (33) Høyesterett har i en rekke saker tatt stilling til hva som er ”sakens dokumenter” etter § 264 første ledd første punktum, jf. Rt. 2005 side 1137, Rt. 2007 side 1435 og Rt. 2008 side 1053. Fra disse avgjørelsene kan det trekkes ut at formuleringen omfatter dokumenter som er blitt til eller fremkommet under etterforskningen av den sak tiltalen gjelder, uavhengig av om de er påberopt som bevis av påtalemyndigheten eller om de inneholder opplysninger av betydning for avgjørelsen av saken. Det er videre ikke tvilsomt at elektronisk materiale må likestilles med tradisjonelle dokumenter, jf. Rt. 2006 side 1193.
- (34) Høyesterett har imidlertid ikke tidligere tatt stilling til om § 264 første ledd første punktum også omfatter slike speilkopier som denne saken gjelder.
- (35) En speilkopi er som nevnt en eksakt kopi av innholdet i en databærer. Istedenfor å ransake den originale databæreren – med de ulemper det medfører for eieren – har politiet i stor utstrekning i stedet valgt å ta speilkopi av databæreren, og så benyttet denne i det videre søk etter relevante data. Fremfor alminnelig filkopiering har speilkopiering den fordel at den også vil omfatte slettede og skjulte filer. I tillegg kommer at filene forblir upåvirket av etterfølgende søk i materialet, mens man ved alminnelig filkopiering kan komme til å endre dem.
- (36) På grunn av de nevnte fordeler brukes speilkopiering relativt ofte under etterforskning, særlig i saker der datamaterialet er omfattende.
- (37) I den foreliggende sak omfatter speilkopiene en så stor mengde data at det praktisk sett ikke er mulig for ØKOKRIM å gå gjennom alt. Istedenfor er det som nevnt gjort målrettede søk, basert særlig på filtyper, stikkord og lagringssted. Forsvarer har fått innsyn i de dokumentene som på denne måten er hentet ut. At det bare er foretatt slike begrensede søk, innebærer imidlertid at det ligger en stor mengde dokumenter i speilkopien som ØKOKRIM ikke har lest eller tatt ut, og som forsvarer derved heller ikke har fått innsyn i.
- (38) Ordlyden i straffeprosessloven § 264 første ledd første punktum gir ikke noe klart svar på om bestemmelsen omfatter de sistnevnte dokumenter. Paragrafen ble skrevet og vedtatt i en tid da tradisjonelle dokumenter fremdeles nærmest var enerådende, og lovgiver har ganske sikkert ikke hatt nåtidens forhold i tankene – hvor elektroniske dokumenter er blitt dominerende, og der selv små mobile databærere har enorm lagringskapasitet. Etter min mening åpner dette for å legge betydelig vekt på reelle hensyn ved tolkningen; ikke minst bør de hensyn som ligger bak § 264 første ledd første punktum, trekkes inn.
- (39) I forhold til speilkopier av tiltaltes egne databærere oppstår spørsmålet om innsyn bare i begrenset grad. Hensynet til personvern gjør seg da ikke gjeldende, og tiltalte vil normalt ha originalen for hånden.
- (40) Det er altså der det er tatt speilkopier av databærere som tilhører tredjemenn – som i denne saken – at innsyn blir problematisk. Slike speilkopier vil normalt inneholde mye privat materiale, og sterke personvernensyn taler da mot å gi tiltalte innsyn. Dette gjelder

selv om det – som her – fra forsvarers side gjøres forsøk på å unnta fra innsynskravet dokumenter som åpenbart er av personlig og irrelevant karakter.

- (41) Hensynet til kontradiksjon og partslikhet tilsier generelt at tiltalte skal ha utstrakt innsynsrett, men jeg kan vanskelig se at disse hensynene kan tillegges avgjørende vekt i vår sammenheng. Ved at tiltalte har fått innsyn i de dokumenter som er hentet ut av speilkopiene, har han tilgang til de samme dokumenter som politiet. Han vil således under den videre behandling av straffesaken sitte på det samme materialet som politiet har. Jeg har derfor vanskelig for å se at hensynet til partslikhet og kontradiksjon ikke skulle være tilfredsstillende ivarettatt.
- (42) Det ligger i det jeg har sagt at politiet som utgangspunkt har herredømme over hva som skal utgjøre sakens dokumenter. Dette skiller seg imidlertid ikke fra det som ellers gjelder for innhenting av bevis under etterforskning av straffesaker, for eksempel ved valg av om det skal foretas spaning eller åstedsgranskning. Vårt system bygger på at det primært er politiet som henter inn relevante bevis. Til gjengjeld stilles det meget strenge krav til bevis for at noen kan straffedømmes.
- (43) Tiltalte vil dessuten – dersom han mener at politiets søk i speilkopiene ikke er tilstrekkelig – kunne begjære ytterligere søk i medhold av straffeprosessloven §§ 265-266, og ved avslag få spørsmålet prøvet av retten. Han har også på nærmere vilkår adgang til å anta private sakkyndige til å foreta granskning av speilkopiene, jf. straffeprosessloven § 154.
- (44) Jeg nevner videre at tiltalte må ha krav på en detaljert redegjørelse for de søk politiet har gjort i speilkopiene – for eksempel om filtyper, stikkord og lagringssted. Han har derved mulighet til å kontrollere at han har fått alle de dokumenter som politiet har hentet ut, og dessuten til å vurdere om søkene er foretatt på tilfredsstillende måte.
- (45) Dersom politiet skulle hente ut nye dokumenter fra speilkopien, vil tiltalte ha krav på innsyn i disse. Hvilken fremgangsmåte politiet da må benytte, går jeg ikke inn på her – utover å peke på at uthenting må skje etter reglene om beslag.
- (46) Høyesterett har i saker om kommunikasjonskontroll fremholdt at tiltalte skal ha tilgang på alt som er kontrollert av medtiltales kommunikasjon, selv om det dreier seg om opplysninger som åpenbart ikke har tilknytning til straffesaken, jf. Rt. 2005 side 1137. Jeg kan imidlertid ikke se at disse avgjørelsene har særlig overføringsverdi til vår sak. For kommunikasjonskontroll er det etablert et eget regelverk, jf. straffeprosessloven kapittel 16a. Slik kontroll må normalt besluttes av retten, og det kreves at strenge vilkår er oppfylt. Det må således være skjellig grunn til å mistenke siktede for en meget alvorlig forbrytelse, jf. § 216a, og tillatelse til kommunikasjonskontroll kan bare gis dersom den må antas å ville være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og at oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort, jf. § 216c. Det er således forutsatt at opplysningene i de kommunikasjonene som kontrolleres, kan ha relevans for straffesaken. I motsetning til hva som er tilfellet for speilkopier, vil politiet dessuten sette seg inn i all den kommunikasjon som kontrolleres; tungtveiende hensyn tilsier da at også forsvarer får sette seg inn i dette.
- (47) Jeg kan ikke se at det skulle være i strid med EMK artikkel 6 at As forsvarer ikke får innsyn i speilkopiene. EMD har riktignok i flere avgjørelser understreket at bestemmelsen

krever at tiltalte får tilgang til ”material evidence”, jf. for eksempel Rowe and Davis v. The United Kingdom (16. februar 2000) og Natunen v. Finland (31. mars 2009). Som det vil ha fremgått, finner jeg det imidlertid klart at de dokumentene i speilkopiene som ikke er hentet ut av politiet, ikke omfattes av dette.

- (48) Jeg er etter dette kommet til at tingrettens og lagmannsrettens lovtolking er uriktig, og at kjennelsene derfor må oppheves.
- (49) Bs innsigelser mot speilkopiering og krav om sletting av speilkopiene må avgjøres av Oslo tingrett.
- (50) Jeg stemmer for slik

K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens kjennelse og tingrettens kjennelse, slutningens punkt 1, oppheves.

- (51) Dommer **Endresen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (52) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (53) Dommer **Bull:** Likeså.
- (54) Dommer **Gjølstad:** Likeså.
- (55) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens kjennelse og tingrettens kjennelse, slutningens punkt 1, oppheves.

Riktig utskrift bekreftes: