



NORGES HØYESTERETT

Den 27. juni 2013 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2013-01383-A, (sak nr. 2013/146), straffesak, anke over kjennelse,

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Håvard Kampen – til prøve)

mot

A (advokat Anders Ryssdal)

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

- (1) Dommer **Bergsjø**: Saken gjelder krav fra en tidligere advokat om at påtalemyndigheten skal tilbakelevere speilkopi av innholdet på hans databærere.
- (2) ØKOKRIM utferdiget 9. mars 2010 siktelsener mot A og B for lånebedragerier og kunstsvindel, jf. straffeloven § 270 jf. § 271. Samme dag fremmet ØKOKRIM begjæring om ransaking blant annet hos A, som da var advokat.
- (3) Oslo tingrett tok begjæringen til følge i beslutning 10. mars 2010. I medhold av beslutningen foretok ØKOKRIM 23. mars 2010 ransaking i As kontor og bolig og beslagla blant annet to databærere i form av en harddisk og en bærbar PC. Advokat C var i As fravær til stede ved ransakingen på kontoret. Det ble tatt speilkopi av innholdet i databærerne, før disse ble levert tilbake til A to dager senere.
- (4) A fikk 3. mai 2010 gjennomgå papirbeslaget for å skille ut det som etter hans syn var undergitt hans taushetsplikt som advokat. Det materialet som han mente var taushetsbelagt, ble lagt i nye poser og deretter forseglet.
- (5) ØKOKRIM fremmet så 5. januar 2011 begjæring til Oslo tingrett om gjennomgang og utlevering av beslag. I begjæringen ble det forutsatt at retten på egenhånd skulle gjennomgå papirbeslaget, for deretter å utlevere til ØKOKRIM de deler som ikke var

omfattet av taushetsplikten samt materiale som det kunne tas beslag i med hjemmel i straffeprosessloven § 204 andre ledd. Når det gjelder databeslaget, foreslo ØKOKRIM følgende fremgangsmåte:

"Det er uvisst hvordan siktedes pc'er er organisert. Det antas at det vil være nødvendig med bruk av spesielle dataverktøy og bistand fra datakyndig i gjennomgangen av datamaterialet. Basert på erfaring i tilsvarende saker, foreslås det herfra at en medarbeider ved ØKOKRIMs dataavdeling i første omgang får utlevert materialet, slik at man kan skaffe en oversikt over hva materialet består i og hvordan en gjennomgang kan gjennomføres på mest mulig effektiv og målrettet måte. Vedkommende medarbeider har samtykket i og underlegges taushetsplikt overfor enhver – herunder alle andre på ØKOKRIM – med hensyn til opplysninger i materialet som er omfattet av taushetsplikten, jf. vedlagt kopi av taushetserklæring.

Når materialet er utlevert og man har skaffet seg en oversikt over bestanddelene i materialet, vil påtalemyndigheten komme tilbake med en spesifisering av hva man ønsker utlevert, begrunnelse og et forslag til videre fremgangsmåte for gjennomgangen. Dette vil kunne skje uten at taushetsbelagt materiale røpes overfor andre enn den aktuelle medarbeideren."

- (6) Etter at A ved advokat Hermann Skard hadde fått uttale seg, ga tingretten i brev 18. februar 2011 sin tilslutning til den foreslåtte fremgangsmåten. Seniorrådgiver Bjørn Niclas Opheim i ØKOKRIM bekreftet i erklæring 3. mars 2011 at han ville bevare taushet internt og eksternt om all informasjon han måtte få ved sin gjennomgang av datamaterialet. Også de tre øvrige ansatte med administratortilgang ville få adgang til materialet ved den fremgangsmåte som ble valgt, og en av dem undertegnet en tilsvarende taushetserklæring. Tingretten ble gjort kjent med Opheims erklæring.
- (7) ØKOKRIM foretok søk i datamaterialet etter en diskusjon med A om hvilke søkeord som skulle benyttes. Søket ga treff i 2309 filer, og disse ble oversendt til tingretten 6. mai 2011. I brev 11. mai 2011 opplyste tingretten at den videre prosessen skulle være som beskrevet i Rt. 2011 side 296 avsnitt 38–44 og fulgte opp dette i en beslutning 22. juli 2011. As anke ble forkastet av lagmannsretten 9. november 2011, mens ankeutvalget ved forenklet kjennelse forkastet den videre anken 20. desember 2011.
- (8) Tingretten avholdt rettsmøte 25. januar 2012 til drøftelse av hvilke deler av papirbeslaget og datamaterialet som kunne utleveres til påtalemyndigheten. I kjennelse 11. mai 2012 kom tingretten til at til sammen 1264 enkeltdokumenter fra datamaterialet kunne utleveres. A aksepterte utlevering av 858 av disse dokumentene, mens han anket vedrørende de øvrige 406 samt deler av papirbeslaget. Med et unntak uten betydning for denne saken forkastet lagmannsretten anken ved kjennelse 4. september 2012. En anke fra ØKOKRIM ble avvist. Høyesteretts ankeutvalg opphevet 26. oktober 2012 lagmannsrettens kjennelse så langt den forkastet As anke, se Rt. 2012 side 1639.
- (9) Ved ny behandling av spørsmålet kom Borgarting lagmannsrett i kjennelse 8. januar 2013 til at 36 av de 406 omstridte dokumentene kunne utleveres. Lagmannsrettens kjennelse er nå rettskraftig etter at ankeutvalget ved forenklet kjennelse 22. mai 2013 forkastet As anke.
- (10) Foreliggende sak gjelder som nevnt krav om tilbakelevering av speilkopiene. A begjærte 11. juni 2012 tilbakelevering av diverse beslaglagt materiale, herunder speilkopiene. I kjennelse 18. september 2012 forkastet Oslo tingrett kravet så langt gjelder speilkopien, mens begjæringen på andre punkter ble tatt til følge.

- (11) A anket til Borgarting lagmannsrett under henvisning til at tingretten hadde anvendt loven feil. Lagmannsrettens kjennelse 8. januar 2013 har slik slutning:

"1. Speilkopi av materiale tatt under ransaking hos A utleveres ham.

2. Eventuell anke over kjennelsen her gis oppsettende virkning."

- (12) ØKOKRIM har påanket kjennelsen og anfører at den må oppheves på grunn av feil lovtolkning. Selv om advokaters taushetsplikt har et sterkt vern, er det adgang til å ransake og ta speilkopi også hos disse. Siktede har ikke rett til å få tilbakelevert speilkopien på dette stadiet i saken. Speilkopien er å betrakte som et realbevis og ikke en samling dokumenter. Politiet må som ledd i en pågående ransaking ha rett til selv å foreta sikring, klargjøring og indeksering, altså en grovsortering. Spørsmålet om tilbakelevering må løses etter straffeprosessloven § 213, men hverken første eller annet ledd hjemler tilbakelevering nå. Speilkopien må være tilgjengelig for nye søk av hensyn til metadata. Det er videre nødvendig å beholde speilkopien for å sikre de siktedes – ikke bare As – rett til å begjære ytterligere etterforskningsskritt. Selv om advokatkorrespondanse er vernet etter EMK artikkel 8, utgjør ikke fortsatt besittelse en krenkelse.

- (13) ØKOKRIM har nedlagt slik påstand:

"Borgarting lagmannsretts kjennelse av 8. januar 2013 i sak nr. 12-162347SAK-BORG/04 oppheves."

- (14) A har tatt til motmæle og anfører at lagmannsrettens lovtolkning er riktig. Advokaters taushetsplikt er begrunnet i tungtveiende hensyn og krever et sterkt vern. Det kreves klar hjemmel i lov for å besitte beslaglagt materiale, og noen slik hjemmel kan ikke påvises i dette tilfellet. ØKOKRIM skulle i medhold av straffeprosessloven § 205 tredje ledd umiddelbart overlevert speilkopien til tingretten. Fremgangsmåten i forbindelse med beslaget var uriktig, noe som må få som konsekvens at kopien tilbakeleveres. ØKOKRIMs besittelse innebærer også en krenkelse av EMK artikkel 8. Subsidiært må tilbakelevering skje allerede av den grunn at siktelsen ikke beskriver et straffbart forhold.

- (15) A har nedlagt slik påstand:

"Anken forkastes."

- (16) Høyesteretts ankeutvalg har besluttet at saken i sin helhet skal behandles av Høyesterett i avdeling, jf. domstoloven § 5 første ledd annet punktum.
- (17) Jeg nevner at saken om lånebedrageri foreløpig har endt ved Borgarting lagmannsretts dom 12. juni 2013, der A ble dømt til betinget fengsel i 90 dager. Etter det opplyste er det ikke tatt ut tiltale mot A for kunstbedrageri.

- (18) *Mitt syn på saken*

- (19) 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.

- (20) A har som nevnt krevd tilbakelevering av en speilkopi av innholdet i hans harddisk og bærbar PC. En speilkopi er en eksakt kopi av innholdet i en databærer. Politiet velger ofte å ta speilkopi av databærere til bruk i videre søk etter relevante data istedenfor å ransake den originale databæreren. I motsetning til ved filkopiering har speilkopiering den fordel at kopien også vil omfatte slettede og skjulte filer. Speilkopien er ikke "levende" – tekstdokumenter, bilder mv. kan ikke endres i selve kopien, og kopien forblir upåvirket av søk. Filene og informasjon om filene ("metadata") "fryses" ved tidspunktet for kopieringen. Dette innebærer at speilkopien inneholder all historisk informasjon om de aktuelle filene, som når de ble opprettet, tidspunkt for siste endring og størrelsen på filen.
- (21) I dette tilfellet har ØKOKRIM tatt speilkopi av databærere som tilhører en advokat. Advokater har straffebelagt taushetsplikt, jf. straffeloven § 144. Etter straffeprosessloven § 119 kan retten ikke ta imot forklaring fra forsvarer i straffesak "om noe som er betrodd dem i deres stilling". Hovedregelen er at dokumenter og annet som inneholder taushetsbelagte opplysninger, er underlagt beslagsforbud, jf. straffeprosessloven § 204 første ledd.
- (22) Om begrunnelsen for advokaters taushetsplikt heter det i Rt. 2010 side 1638 avsnitt 33:
- "Begrunnelsen for taushetsplikten i § 119 er at folk skal kunne søke profesjonell behandling, hjelp eller råd fra yrkesutøvere som omfattes av bestemmelsen, uten at opplysninger de i den forbindelse gir, skal komme ut eller bli gitt videre, se Rt. 2006 side 633 med videre henvisninger. Advokaters taushetsplikt skal altså verne fortroligheten mellom klient og advokat. Dette vil bidra til at man får materielt riktige avgjørelser og er dermed en viktig rettssikkerhetsgaranti."**
- (23) 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 side 1081. Jeg finner det ikke tvilsomt at denne presumsjonen omfatter en advokats databærere.
- (24) På bakgrunn av disse generelle utgangspunktene går jeg over til konkret å vurdere lagmannsrettens lovtolkning. Lagmannsretten uttaler i kjennelsen følgende:
- "Lagmannsretten tar utgangspunkt i at det fremstår som klart at politiet/Økokrim ved ransakingen hos siktede, hadde anledning til å ta med siktetes elektronisk lagrede skriftlige materiale. Det må videre anses utvilsomt at politiet har lovlig adgang til å speilkopiere databærere som inneholdt materialet."**
- (25) Jeg kan ikke se at lagmannsretten her bygger på en uriktig lovtolkning. Retten til å ta speilkopi av innholdet i databærere er forutsatt i flere avgjørelser av Høyesterett, jf. Rt. 2011 side 1188 og Rt. 2012 side 1645.
- (26) I sin videre vurdering av om speilkopien i dette tilfellet er behandlet slik straffeprosessloven forutsetter, har lagmannsretten tatt utgangspunkt i lovens § 205 tredje ledd. Bestemmelsen lyder:
- "Dokumenter eller annet som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, kan ikke beslaglegges uten rettens kjennelse, hvis ikke slikt pålegg allerede er gitt. Dersom politiet vil ta med dokumenter til retten for avgjørelse av om beslag kan tas, skal dokumentene forsegles i lukket konvolutt i nærvær av en representant for besitteren."**

- (27) Lagmannsretten uttaler følgende om ØKOKRIMs fremgangsmåte:

"Politiet kan altså ikke 'gjennomgå' dokumentene, jf. Rt. 1986 side 1149 på side 1155, annet hele avsnitt. Skulle politiet mene at dokumentene ikke faller inn under § 204, skal dokumentene ifølge avgjørelsen uansett 'sendes forhørsretten til avgjørelse av beslagsspørsmålet'.

...

Etter dette forekommer det lagmannsretten som utgangspunkt å være uhjemlet at speilkopien i saken her er i politiets, og ikke i rettens besittelse. Politiets søk i speilkopien eller deler av den fremstår også med samme utgangspunkt å være i strid med lovens ordning slik den beskrives blant annet i Rt. 1986 side 1149.

Slik lagmannsretten forstår rettstilstanden, skulle speilkopien vært innlevert til tingretten, og tingretten alene skulle foreta søk i denne.

...

Lagmannsretten finner i tråd med det utgangspunkt den har tatt ovenfor, at speilkopien i sin helhet skulle vært overlevert og gjennomgått av tingretten. Det synes på det rene at dette er en svært omfattende oppgave og at den ikke kan gjennomføres på en meningsfull måte uten kjennskap til etterforskningen og saken. Selv om lagmannsretten anser at denne fremgangsmåten vil være tidkrevende, kan lagmannsretten etter sin forståelse av regelverket om beslag som det er redegjort for ovenfor, ikke se at den kan unngås."

- (28) Det er korrekt når lagmannsretten i sin vurdering tar utgangspunkt i straffeprosessloven § 205 tredje ledd. Bestemmelsen løser ikke direkte spørsmålet om håndteringen av beslag som hevdes å være undergitt taushetsplikt, men det er lagt til grunn at den må gis analogisk anvendelse i slike situasjoner, se Rt. 2011 side 296 avsnitt 38 med videre henvisning. Spørsmålet er hva som kan utledes av bestemmelsen om den nærmere fremgangsmåten når det er tatt speilkopi hos en advokat.
- (29) Systemet i straffeprosessloven 1887 var at en dommer måtte vurdere om og i hvilken utstrekning "papirer" kunne beslaglegges, jf. lovens § 218. Straffeprosesslovkomiteen ønsket ikke at dette skulle opprettholdes som en generell regel, men at prinsippet bare skulle gjelde for post- og telegrafforsendelser, se § 212 i gjeldende straffeprosesslov. I NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker side 256 uttaler komiteen:

"Ved ransaking må politiet kunne undersøke papirer i den utstrekning det er nødvendig for å skaffe grunnlag for skjønnretten over hvilke papirer som bør beslaglegges ..., og i så fall er det ikke til å unngå at politiet også kan komme til å gjennomse papirer som det ikke er adgang til å beslaglegge."

- (30) Uttalelsen er generell og taler isolert sett for at politiet må kunne foreta en grovsortering av dokumenter også hvor det er en risiko for å komme over taushetsbelagt materiale. Men jeg finner det klart at komiteen her ikke har for øye den spesielle situasjonen som foreligger når det tas beslag hos en advokat etter at taushetsplikt er påberopt, og hvor det som nevnt gjelder en presumsjon for at "dokumenter og tilsvarende" er underlagt taushetsplikt. På dette punkt viser jeg også til Rt. 1986 side 1149 på side 1154 og til Jahre, Festskrift til Anders Bratholm side 259.
- (31) Forarbeidene til endringen i straffeprosessloven § 205 i 1985 omhandler problemstillingen i vår sak. I Ot.prp. nr. 53 (1983–84) side 63 heter det:

"I tilknytning til dette bestemmer § 205 tredje ledd at dokumenter som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, ikke kan beslaglegges

uten rettens kjennelse med mindre slikt pålegg allerede er gitt. Konsekvensen av disse reglene blir at når politiet under ransaking av et redaksjonslokale ønsker å beslaglegge et dokument som avisen hevder har et innhold som avisens medarbeidere er fritatt forklaringsplikt om etter § 125, vil ikke politiet ha adgang til å gjennomgå dokumentet på stedet. Men politiet vil ha rett til å ta dokumentet med seg med sikte på å få rettens avgjørelse om dokumentet kan beslaglegges. Dermed blir det opp til retten å avgjøre om politiet skal få innsyn i det omstridte dokumentet."

(32) Departementet gir her uttrykk for en restriktiv holdning ut fra hensynet til taushetsplikten. Etter mitt syn er det desto større grunn til å stille opp begrensninger ved ransaking hos en advokat, der taushetsplikten rekker lenger, sml. straffeprosessloven § 125 tredje ledd om rettens adgang til å gjøre unntak fra pressens kildevern.

(33) Høyesterett behandlet i Rt. 1986 side 1149 spørsmål om beslag i et pengeskap som ble anført å inneholde fortrolig korrespondanse mellom en siktet og hans forsvarer. Kjæremålsutvalget uttaler på side 1154:

"Dersom den som besitter dokumentene allerede, før eller under ransakingen gjør det klart at han, når det gjelder bestemte dokumenter, vil kreve forhørsrettens avgjørelse av forholdet til § 204, er det etter kjæremålsutvalgets syn ikke tilstrekkelig grunn til at politiet skal gjennomgå disse dokumenter før forhørsrettens avgjørelse er innhentet. Det vil nok kunne oppstå noe merarbeid ved at forhørsretten kan få oversendt til gjennomgåelse dokumenter som politiet ikke under noen omstendighet ville ha beslaglagt. På den annen side vil en vurdering fra politiets side fordre en grundig gjennomgåelse som nettopp kan føre til at også opplysninger i dokumenter som omfattes av § 204 blir sett."

(34) Kjæremålsutvalget viser i forlengelsen av dette til det avsnittet i Ot.prp. nr. 53 (1983–84) side 63 som jeg nettopp har sitert. Utvalget uttaler videre:

"Det er nærliggende å forstå det slik at når besitteren utpeker bestemte dokumenter og hevder at de er av den art som omhandlet i § 205 tredje ledd, kan politiet ikke gjennomgå dokumentene. Også i disse tilfelle kan man få den ulempe at forhørsretten må gjennomgå dokumenter som politiet etter en nærmere vurdering ikke ville ha beslaglagt fordi de manglet bevisverdi. Dette praktiske hensyn er her ikke funnet avgjørende. Den fremgangsmåte det er gitt anvisning på, når det gjelder dokumenter som besitteren hevder ikke kan beslaglegges uten rettens beslutning, bør også anvendes når det gjelder dokumenter som besitteren under henvisning til § 204 hevder at det overhodet ikke er adgang til å beslaglegge. De reelle grunner som tilsier at forhørsrettens avgjørelse avventes, er i alle fall ikke mindre sterke i dette tilfelle."

(35) Også her finner jeg klare holdepunkter for at ØKOKRIM ikke kan besitte og grovsortere en speilkopi som hevdes å inneholde taushetsbelagt materiale.

(36) Riktignok er avgjørelsen fra 1986 i noen grad modifisert gjennom Rt. 1995 side 1831. Kjæremålsutvalget påpekte der at 1986-avgjørelsen fremsto "som særlig knyttet til situasjoner hvor taushetspliktbestemmelsene tar sikte på å beskytte mot innsyn nettopp fra politiets side". Utvalget aksepterte i 1995-avgjørelsen at politiet i forbindelse med siktelse mot en lege tok beslag i taushetsbelagt journalmateriale for flere leger ved det aktuelle legekontoret, for deretter å foreta en utsortering av relevant materiale.

(37) Jeg kan likevel ikke tillegge avgjørelsen i Rt. 1995 side 1831 utslagsgivende vekt for det spørsmål som nå står til prøving. For det første inneholdt legeloven § 44 den gang en bestemmelse om at journalmateriale kunne kreves fremlagt i rettssak om en leges virksomhet. Kjæremålsutvalgets avgjørelse må ses på bakgrunn av at man ikke ønsket at

bestemmelsen skulle få for begrenset rekkevidde. Dessuten gjelder vår sak – som i Rt. 1986 side 1149 – fortrolig kommunikasjon mellom en advokat og hans klienter. Som jeg allerede har vært inne på, nyter hensynene bak advokaters taushetsplikt et sterkt vern. Uten at jeg finner det nødvendig for resultatet å gå inn på EMK, nevner jeg at advokatkorrespondanse er vernet etter konvensjonens artikkel 8. I Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention, 3. utgave heter det:

"Nogle personer nyder efter praksis en helt særlig beskyttelse mod indgreb i form af ransagning og beslaglæggelse. Det gælder navnlig advokater, idet der gælder krav om særlig beskyttelse af professionel tavshed og fortrolighed mellem advokat og klient. Det har derfor stor betydning, at der findes retssikkerhedsgarantier til beskyttelse mot misbrug og vilkårlighed, og at sådanne efterleves."

- (38) Det er grunn til å legge til at kjæremålsutvalget i Rt. 2000 side 531– som gjaldt pressens kildevern – avviste påtalemyndighetens anførsel om at politiet på bakgrunn av avgjørelsen i Rt. 1995 side 1831 måtte gis adgang til en "foreløpig gjennomgang" av beslaglagt materiale. Utvalget begrunnet sitt syn med at saken "lå helt annerledes an" i saken fra 1995.
- (39) Avslutningsvis under dette punkt nevner jeg at ØKOKRIM har fremhevet at bare medarbeiderne ved dataavdelingen, og ikke etterforskerne, har hatt tilgang til speilkopien. Det er gjort et poeng av at taushetserklæring er undertegnet, og at man generelt må ha tillit til medarbeiderne i politi og påtalemyndighet. ØKOKRIM har gjort gjeldende at dette samlet sett gir en sikkerhet som kan likestilles med en forseglet overlevering til tingretten, jf. straffeprosessloven § 205 tredje ledd. Til dette bemerker jeg at det ikke er grunn til å reise tvil om integriteten til medarbeiderne i ØKOKRIMs dataavdeling eller til politi og påtalemyndighet for øvrig. Men så lenge speilkopien er i ØKOKRIMs besittelse, vil det alltid med rette eller urette kunne oppstå *mistanke* om at taushetsbelagt informasjon har tilflytt personer som ikke burde hatt den. Man kan også tenke seg situasjoner der den som sitter på avgjørende informasjon utsettes for et betydelig press. Et system som baserer seg på tillit gir derfor ikke de nødvendige rettssikkerhetsgarantier. Jeg viser her til EMDs dom 27. september 2005 i saken Sallinen mfl. mot Finland, som i avsnitt 89–92 nettopp fremhever behovet for "proper legal safeguards" ved beslag hos advokat.
- (40) På denne bakgrunn har jeg kommet til at speilkopien av innholdet på ankemotpartens databærere ikke skulle vært i ØKOKRIMs besittelse. Den skulle vært overlevert tingretten uten noen form for gjennomgåelse eller sortering på forhånd. Som jeg allerede har vist, har lagmannsretten lagt dette til grunn. Følgelig har lagmannsretten heller ikke her tolket loven feil.
- (41) Lagmannsretten har videre fremholdt at tingretten ikke skulle benyttet en datamedarbeider i ØKOKRIM i søket etter relevant materiale, men i stedet utpekt en uavhengig datakyndig. Om dette heter det i lagmannsrettens kjennelse:

"Lagmannsrettens oppfatning er at den fremgangsmåten som Økokrim foreslo i begjæringen, og som tingretten godkjente, ikke oppfyller lovens krav om at dokumenter skal 'forsegles i lukket konvolutt'. Om lovens ordlyd fremstår som gammelmodig og kanskje upraktisk når det gjelder elektronisk lagrede dokumenter, viser kravet i straffeprosessloven § 205 tredje ledd in fine, at formålet er å skille skarpt mellom politiets og rettens befatning med materiale fra en ransaking."

Hadde lovgiver ment at en datakyndig innenfor politiet eller Økokrim, med taushetsplikt eksternt og internt, når praktiske hensyn tilsa det, skulle ivareta dette skillet, antar lagmannsretten at det hadde vært sagt i loven og i lovforarbeidene. Det er etter lagmannsrettens mening sannsynlig at lovgiver – om en slik fremgangsmåte skulle aksepteres – ville ha gjort den avhengig av rettens beslutning. I så fall ville retten sannsynligvis av lovgiver også ha vært gitt herredømme over eventuelle vilkår for ordningen. Som påpekt i rettspraksis og juridisk teori, se Rt. 2011 side 296 avsnitt 40, er rettens arbeid knyttet til § 205, jf. § 204 i realiteten et ledd i en pågående ransaking. Arbeidet i dette leddet har lovgiver uttrykkelig gitt retten enekompetanse til å utføre og deretter avgjøre om beslag kan tas.

Lagmannsretten har ikke vanskelig for å se at den fremgangsmåte som tingretten etter Økokrims forslag i begjæringen 5. januar 2011, valgte her, kan fremstå som praktisk for både Økokrim og retten, men den er etter lagmannsrettens syn i strid med det loven fastsetter.

De praktiske utfordringene ved det lagmannsretten oppfatter som lovens ordning, slik de er antydnet ovenfor, kan dessuten løses også innenfor rammen av rettens gjennomgang ved bruk av datakyndig som utpekes av retten, og som forut for gjennomgangen orienteres av retten etter at partene har fått uttale seg, slik at vedkommende gis de retningslinjer for gjennomgangen som retten til syvende og sist vil måtte fastsette.

- (42) Mange av de hensyn og argumenter som taler mot å la ØKOKRIM ha besittelsen av speilkopien, kommer på tilsvarende måte inn ved vurderingen av om tingretten kan la medarbeidere fra ØKOKRIM få adgang til på egenhånd å gjennomføre søk i materialet. Jeg viser derfor til det jeg nettopp har fremhevet og nøyer meg med noen supplerende kommentarer.
- (43) ØKOKRIM har også i denne sammenhengen fremhevet betydningen av at datamedarbeiderne har taushetsplikt. Til dette bemerker jeg at straffeprosessloven § 61a pålegger politiet en taushetsplikt som etter straffeloven § 121 er straffesanksjonert. Men § 61c nr. 3 gir et praktisk viktig unntak, idet taushetsplikten ikke er til hinder for at opplysningene gjøres tilgjengelig for andre i politi og påtalemyndighet i den utstrekning opplysningene vil være av betydning for deres arbeid. Som jeg har vært inne på, er det i denne saken også undertegnet en særskilt taushetserklæring. Det kan imidlertid reises spørsmål ved om brudd på denne kan straffes etter straffeloven § 121. Bestemmelsen rammer brudd på taushetsplikt som følger av "lovbestemmelse eller gyldig instruks", mens taushetsplikten overfor kolleger her er selvpålagt. Dessuten har bare to av datamedarbeiderne med tilgang til speilkopien undertegnet taushetserklæringen. Sett i sammenheng med de hensyn som loven skal verne, gir dette en utilstrekkelig sikkerhet mot at andre får tilgang til taushetsbelagt informasjon.
- (44) Videre har ØKOKRIM hevdet at nyere rettskilder må tas til inntekt for at politi og påtalemyndighet må gis anledning til å foreta søk på egenhånd. Det er særlig vist til Prop. 75 L (2012–2013), der departementet foreslår at Konkurransetilsynet uten forutgående vurdering av tingretten skal kunne foreta søk i materiale som kan inneholde taushetsbelagte opplysninger. Jeg finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på de endringer i konkurranselovgivningen som foreslås her. For meg er det tilstrekkelig å konstatere at man på konkurranserettens område – i motsetning til ved beslag hos advokat – ikke kan oppstille en generell presumsjon om at materialet som finnes, er taushetsbelagt. Blant annet av den grunn kan jeg ikke se at dette lovgivningsarbeidet får betydning for spørsmålet i vår sak.

- (45) Etter dette er det ikke uriktig lovtolkning når lagmannsretten har kommet til at en medarbeider fra ØKOKRIM ikke skulle vært gitt anledning til på egenhånd å gjennomgå speilkopien.
- (46) Derimot kan jeg – på samme måte som lagmannsretten – ikke se at noe er til hinder for at en uavhengig datakyndig engasjeres av retten til å foreta de nødvendige søk. Lovens system er at retten skal gjennomgå materiale som beslaglegges hos advokat. På dette som på andre områder må retten ved behov kunne knytte til seg en fagkompetanse som den selv ikke besitter, for eksempel gjennom oppnevning av sakkyndig. Jeg utelukker heller ikke at denne personen etter en konkret vurdering kan søke teknisk bistand hos en medarbeider fra ØKOKRIM i en slik prosess, så lenge den oppnevnte sakkyndige har det overordnede ansvaret. Følgelig er det korrekt lovtolkning når lagmannsretten har kommet til at tingretten kunne og skulle ha oppnevnt en uavhengig datakyndig til å bistå seg, så lenge den selv ikke ønsket å gjennomføre søkingen.
- (47) Jeg er enig med lagmannsretten i at den fremgangsmåte som her skisseres, kan by på praktiske utfordringer. Etter mitt syn kan det ikke være avgjørende, idet et annet system i tilfelle må utformes av lovgiver.
- (48) Lagmannsretten har konkludert med at speilkopien temmelig omgående må tilbakeleveres til A. I kjennelsen har lagmannsretten oppsummert sitt syn slik:

"Oppsummert er lagmannsrettens syn at når speilkopi er tatt, må hele speilkopien overlates retten. Etter at partene er hørt skal retten foreta gjennomgang og avgjørelse dersom det er tale om at speilkopien inneholder materiale som omtalt i straffeprosessloven § 204 første ledd. Det materiale som da av retten skilles ut som enten ikke av betydning som bevis eller som å falle inn under taushetsplikt, og derfor ikke blir beslaglagt etter at rettens avgjørelse foreligger, jf. § 205 tredje ledd, skal leveres tilbake til besitteren, jf. Jahre op.cit. side 265 på slutten av avsnitt 3.4.4 om tilbakelevering av beslag som ikke kan utnyttes som bevis i straffesaken.

...

Lagmannsretten anerkjenner Økokrims behov for å få rettens gjennomgang og eventuelle avgjørelse for så vidt gjelder restmaterialet på speilkopien. Det har gått så lang tid siden ransakingen, at det er grunn til å peke på det alminnelige kravet til fremdrift i straffeprosessloven § 226 siste ledd. Lagmannsretten forutsetter derfor at Økokrim mest mulig omgående begjærer tingrettens gjennomgang og eventuelle avgjørelse om beslag av materiale på speilkopien. Gjøres ikke det, skal utlevering skje. Det må hensyntas at lagringsmediet for speilkopien er Økokrims eiendom. Hvordan utleveringen forøvrig konkret skjer i praksis, forutsetter lagmannsretten at partene blir enige om."

- (49) Til dette bemerker jeg at saksbehandlingsfeil ved beslaget ikke nødvendigvis må medføre at beslaget faller bort, jf. til illustrasjon Rt. 2008 side 645 avsnitt 53. Jeg har allerede konstatert at ØKOKRIM ikke kan ha besittelsen, og det vil være en fortsatt krenkelse dersom ØKOKRIM beholder speilkopien. Men dette betyr ikke nødvendigvis at den må tilbakeleveres til A.
- (50) En sentral anførsel fra ØKOKRIMs side har vært at speilkopien må være tilgjengelig av hensyn til metadata. Det er anført at de filene som er utlevert, har blitt endret som følge av kopiering mv., og at metadata knyttet til de utleverte filene bare finnes på speilkopien. ØKOKRIM har videre fremholdt at speilkopien må være tilgjengelig for nye søk dersom det begjæres ytterligere etterforskningskritt for eksempel fra medsiktede. På denne bakgrunn har ØKOKRIM subsidiært tatt til orde for at speilkopien kan oversendes

tingretten for oppbevaring der. Disse anførsle er ikke vurdert av lagmannsretten, noe som etter mitt syn må føre til at lagmannsrettens kjennelse oppheves.

- (51) Jeg nevner avslutningsvis at A for Høyesterett subsidiært har anført at speilkopien må tilbakeleveres fordi siktelsen ikke beskriver et straffbart forhold. Til dette bemerkes at spørsmålet ikke er behandlet av lagmannsretten, noe som etter straffeprosessloven § 388 første ledd nr. 3 er en forutsetning for Høyesteretts prøving. Jeg kan dessuten vanskelig se at prøving av det grunnlaget som er angitt i siktelsen kan anses som prøving av en tolkning av "lovforskrift".
- (52) Jeg stemmer etter dette for slik

K J E N N E L S E:

Lagmannsrettens kjennelse oppheves.

- | | | |
|------|----------------------------|------------------------------------------------------------------|
| (53) | Dommer Noer: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (54) | Dommer Webster: | Likeså. |
| (55) | Dommer Falkanger: | Likeså. |
| (56) | Dommer Matningsdal: | Likeså. |
- (57) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens kjennelse oppheves.

Riktig utskrift bekrefte: