



# NORGES HØYESTERETT

Den 17. desember 2015 avsa Høyesterett kjennelse i

**HR-2015-02527-A, (sak nr. 2015/1558), straffesak, anke over kjennelse,**

I.

A

(advokat Mette Yvonne Larsen)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Geir Evanger)

II.

B

(advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Geir Evanger)

III.

C

(advokat Halvard Helle)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Geir Evanger)

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

- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder spørsmål om politiets adgang til å gjennomgå samtaler mellom klient og hans advokat som er avlyttet ved kommunikasjonskontroll. Spørsmålet er blant annet om politiets avlytting kan brukes til å etablere mistanke mot advokaten, hvis ikke slik mistanke er etablert på annen måte. Saken reiser videre spørsmål om når opptak av slike samtaler skal slettes, jf. straffeprosessloven § 216 g bokstav b.

- (2) Ankende part, B, var i ledelsen av matvarekjeden "X", og han og hans familie hadde også egneide butikker i denne kjeden. Som følge av mistanke om straffbare forhold, herunder menneskehandel, ble det iverksatt en rekke etterforskningskritt mot et større antall personer tilknyttet kjeden og Bs familie. Det ble også gjennomført kommunikasjonskontroll.
- (3) Ankende part, C, drev butikk i X-kjeden. Også han ble underlagt kommunikasjonskontroll.
- (4) Ankende part, A, var advokat for X-kjeden. Det har ikke vært gjennomført kommunikasjonskontroll direkte rettet mot ham, men aktor har opplyst i skranken i Høyesterett at det gjennom kommunikasjonskontroll mot de andre siktede i saken er blitt kontrollert samtaler med A. Det er opplyst at ca. 80 samtaler mellom A og B er avlyttet. Det er ikke avlyttet samtaler mellom advokat A og C, men Cs forsvarer har opplyst at hans klient er nevnt i avlyttede samtaler med advokat A.
- (5) Kommunikasjonskontrollen foregikk i perioden fra begynnelsen av mars til begynnelsen av september 2014.
- (6) Blant annet som følge av de avlyttede samtalene ble advokat A 5. september 2014 siktet for grov menneskehandel. Den 14. september 2014 ble han varetektsfengslet.
- (7) Det oppstod tvist om materialet fra kommunikasjonskontrollen som gjaldt samtaler mellom advokat og klient. Ved kjennelsen inntatt i Rt. 2015 side 81 tok Høyesterett stilling til tvisten. Det ble slått fast at hvis det er klart at en samtale faller innenfor advokatens taushetsplikt etter straffeprosessloven § 119, skal påtalemyndigheten uten videre sørge for utsortering og sletting av samtalen. Politiet har ikke adgang til selv å påbegynne gjennomlytting av materialet. Hvis det er usikkert om en samtale er klientsamtale eller en annen type samtale mellom advokat og klient, må samtalene slettes med mindre det etableres en ordning med gjennomhøring som er i samsvar med EMK. Høyesterett ga i avsnitt 31 anvisning på at samtaler med advokat som ikke er mistenkt i saken og som påtalemyndigheten ikke ønsker å slette, må oversendes tingretten for gjennomgang og avklaring av om det dreier seg om en klientsamtale som er omfattet av bevisforbudet i straffeprosessloven § 119 eller ikke.
- (8) Etter at Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2015 side 81 forelå, fremsatte A 5. februar 2015 begjæring for Nedre Romerike tingrett om sletting av telefonsamtaler fra kommunikasjonskontrollen. Begjæringen gjaldt samtalene – og nedtegnelser politiet hadde gjort fra samtalene – han hadde hatt med B og hans bror D før pågripelsen. Begrunnelsen for begjæringen var at advokaters klientsamtaler er omfattet av vitneforbudet i straffeprosessloven § 119 og derfor ikke skulle vært lyttet til.
- (9) Ved Nedre Romerike tingretts kjennelse 27. mars 2015 ble begjæringen ikke tatt til følge.
- (10) Tingrettens kjennelse ble påanket. Ved Eidsivating lagmannsretts kjennelse 1. juli 2015 ble anken forkastet. Både B og C opptrådte for lagmannsretten med partsrettigheter.
- (11) A, B og C har anket lagmannsrettens avgjørelse inn for Høyesterett. De anfører at opptakene av samtalene og notatene fra samtalene mellom A og hans klienter må slettes, jf. straffeprosessloven § 216 g bokstav b sammenholdt med Norges folkerettslige

forpliktelser. Det anføres at det bare kan gjøres unntak fra sletteplikten dersom det på forhånd er etablert en dokumentert mistanke mot advokaten som i seg selv kunne gitt grunnlag for kommunikasjonskontroll. Påtalemyndigheten har tatt til motmæle.

- (12) Høyesteretts ankeutvalg besluttet at ankesaken skulle avgjøres i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum. Saken er for Høyesterett i avdeling behandlet i sammenheng med sak HR-2015-02526-A som gjelder samtaler mellom blant annet B og hans mor.
- (13) *Jeg er kommet til at ankene fører frem.*
- (14) Ankene gjelder lagmannsrettens avgjørelse av anke over kjennelse, og Høyesteretts kompetanse er begrenset etter straffeprosessloven § 388.
- (15) Spørsmålet i saken er om kommunikasjonskontroll hvor det ble gjort opptak av advokatsamtaler skulle vært slettet uten gjennomlytting og om de – dersom det forelå sletteplikt – likevel kan benyttes som bevis i saken.
- (16) Reglene om plikt til å slette materiale som er omfattet av advokaters taushetsplikt er gitt i straffeprosessloven § 216 g. De særlig relevante delene av bestemmelsen lyder:

**"Påtalemyndigheten skal sørge for at opptak eller notater som er gjort under kommunikasjonskontrollen, snarest mulig blir tilintetgjort i den utstrekning de**

...

**b) gjelder uttalelser som retten etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om, med mindre vedkommende mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen."**

- (17) En tilsvarende bestemmelse er tatt inn i § 9 i forskrift om kommunikasjonskontroll av 31. mars 1995 nr. 281.
- (18) Om bakgrunnen for bestemmelsen viser jeg til flertallsvotumet i HR-2015-02526-A som er avsagt tidligere i dag. Som det fremgår der la departementet i Ot.prp. nr. 10 (1976–1977) side 7 til grunn at samtaler med personer som var omfattet av reglene om vitnefritak – som for eksempel nærstående – skulle behandles på samme måte som samtaler med personer som hadde vitneforbud, som for eksempel advokater. Formålet var å styrke beskyttelsen av opplysninger av privat natur. At det er forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende og som begrunner henholdsvis vern av advokatsamtaler og nærståendesamtaler, er ikke kommentert.
- (19) Likestillingen av nærståendesamtaler og advokatsamtaler ble videreført ved stortingsbehandlingen, se Innst. O. nr. 21 (1976–77) side 2. Utvidelsen av sletteplikten ble som departementet hadde foreslått, men sletteplikten skulle ikke gjelde dersom personen som var omfattet av vitneforbud eller vitnefritak – blant annet nærstående og advokater – selv kunne mistenkes for en straffbar handling. Komiteens tilføyelse kommenteres slik i innstillingen:

**"Tilføyelsen er gjort for å gjøre det klart at det ikke er nødvendig å ødelegge opptak av en telefonsamtale hvor eksempelvis siktede ringer sin far som i telefonsamtalen avslører**

**seg som bakmannen. Også personer underlagt taushetsplikt – leger, advokater, prester m.m. – kan tenkes innblandet i straffbare handlinger i strid med denne lov, og komiteen finner derfor ikke grunn til å unnta disse."**

- (20) Stortingskomiteen synes her å forutsette at det kan lyttes til samtaler mistenkte har med advokat, og at avlyttede samtaler kan danne utgangspunkt for mistanke mot advokaten. For så vidt gjelder den videre rettsutviklingen frem til dagens lovtekst, viser jeg til HR-2015-02526-A. Det rettslige utgangspunktet om likestilling av nærståendesamtaler og advokatsamtaler er videreført i regelverket.
- (21) Klientsamtalene atskiller seg imidlertid klart fra samtaler mellom siktede og hans pårørende. Konfidensialiteten mellom en klient og hans eller hennes advokat nyter et vesentlig sterkere vern både etter norske prosessregler og Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK – enn beskyttelsen av forholdet mellom nærstående. Riktignok vil enhver form for kommunikasjonskontroll innebære et inngrep etter EMK artikkel 8 nr. 1. Det må derfor alltid vurderes om inngrepet er rettmessig etter artikkel 8 nr. 2. For at et inngrep skal være berettiget, må det foreligge lovhjemmel, formålet med inngrepet må være legitimt, og inngrepet må være forholdsmessig, se for eksempel Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere, tredje utgave side 589 følgende. Klientsamtaler med advokat nyter et særlig sterkt vern etter EMK, se NOU 2015: 3 "Advokaten i samfunnet" side 213 følgende.
- (22) Jeg finner at lovskravet er oppfylt. Straffeprosessloven § 216 a ga hjemmel for å foreta kommunikasjonskontroll overfor de mistenkte i saken. Også vilkåret om legitimt formål er oppfylt, ettersom avlyttingen er motivert av kriminalitetsbekjempelse og for å beskytte andres "rettigheter og friheter". Spørsmålet er om inngrepet er forholdsmessig. I NOU 2015: 3 side 216 heter det under henvisning til Den europeiske menneskerettsdomstolen – EMD – dommer 21. januar 2010 *Xavier Da Silveira mot Frankrike* og 25. februar 2003 *Roemen og Schmit mot Luxembourg* :

**"Ved inngrep i advokaters taushetsplikt vil EMD legge stor vekt på hvilke rettsikkerhetsgarantier som er etablert for å hindre misbruk. Hvis det ikke foreligger rettsikkerhetsgarantier ved inngrep i advokaters taushetsplikt, vil et inngrep lett bli uproporsjonalt. Og motsatt, hvis det er fastsatt tilfredsstillende garantier, vil det kunne føre til at inngrepet blir forholdsmessig."**

- (23) Dette er også lagt til grunn i Prop. 147 L (2012–2013) side 107–109. De relevante avsnittene er sammenfattet til følgende sitat i Rt. 2015 side 81 avsnitt 15:
- "Departementet vil ikke tilrå en løsning der alt materiale som er innhentet ved skjulte tvangsmidler, og som potensielt kan inneholde informasjon som det ikke kan kreves vitneforklaring om, skal forelegges en domstol for gjennomgåelse. Det synes på denne bakgrunn nødvendig at politiet i en viss utstrekning må ha mulighet til å høre gjennom materiale som potensielt kan være omfattet av regler om vitneforbud eller -fritak.**
- ...
- Det kan anføres at en adgang for politiet til å høre gjennom kommunikasjon av denne typen, for så å avgjøre at materialet skal slettes, innebærer en trussel mot det særlige fortrolighetsforholdet som eksisterer mellom advokat og klient, og som er sentralt for at den mistenkte i en straffesak skal kunne ivareta sine interesser. Behovet for en slik fortrolighet er uttrykkelig anerkjent gjennom reglene om taushetsplikt, vitnefritak og beslagsforbud.**
- ...
- ... det [er] grunn til å tro at korrespondanse mellom advokat og klient er særlig sterkt beskyttet av artikkel 8, og at det skal gode grunner til for å kunne gjøre inngrep i denne.**

**Det er likevel usikkert nøyaktig hvor langt dette vernet rekker. Etter departementets forståelse kan det ikke utledes av EMK artikkel 8 et forbud mot at politiet hører gjennom opptak av samtaler som potensielt kan inneholde vernet informasjon, for å finne ut om materialet skal slettes eller ikke. Dette gjelder hva enten det er tale om advokatkorrespondanse eller om annen informasjon som er omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksregler."**

- (24) Jeg er enig med departementet i at EMK artikkel 8 neppe innebærer et generelt forbud mot at politiet hører igjennom advokaters klientsamtaler. Det forutsetter imidlertid at det er etablert tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier som sikrer at klientsamtaler som har krav på vern – det vil si klientsamtaler der advokaten ikke selv er mistenkt – ikke blir lyttet på av politiet.
- (25) Dette er også lagt til grunn i Rt. 2015 side 81. Med utgangspunkt i praksis fra EMD og i synspunktene i Prop. 147 L (2012–2013), avklarer avgjørelsen at forarbeidenes forutsatte likestilling mellom nærståendeamtaler og advokatsamtaler ikke kan gjelde fullt ut. I avsnitt 23 slås det fast at hvis det på forhånd er klart at samtalen faller inn under straffeprosessloven § 119, har påtalemyndigheten ikke rett til å påbegynne gjennomhøringen av samtaler. Hvis det er usikkert om en samtale med en advokat faller inn under § 119 eller om det for eksempel dreier seg om privatsamtaler uten tilknytning til et advokatoppdrag, må samtalen slettes med mindre det etableres en ordning som tilfredsstillende EMKs krav. Oversendelse til tingretten for gjennomhøring er nevnt som eksempel på en ordning som vil tilfredsstillende kravene etter EMK. Avgjørelsen innebærer at politiet ikke har anledning til å høre igjennom kommunikasjonskontrollmaterialet hvis det er usikkert om det finnes klientsamtaler i materialet. Jeg viser til kjennelsens avsnitt 23 flg. og gjennomgangen i sak HR-2015-02526-A. Det etableres altså her en annen ordning for klientsamtalene enn det som etter HR-2015-02526-A gjelder for nærståendeamtaler.
- (26) Det følger av ordlyden i straffeprosessloven § 216 g bokstav b at politiet kan høre gjennom samtaler med en advokat dersom advokaten selv er mistenkt for en straffbar handling som kunne gitt selvstendig grunnlag for kontrollen. Dette er også lagt til grunn i Rt. 2015 side 81 avsnitt 24. På dette punktet er nærståendeamtaler og advokatsamtaler altså likestilte. En vesensforskjell er imidlertid at politiet ikke kan lytte igjennom samtaler som er, eller kan være mellom en advokat og en klient uten at det foreligger tilstrekkelig mistanke mot advokaten. Mistanke mot advokaten kan dermed ikke etableres gjennom avlytting av samtalen. Den nødvendige mistanken må altså være etablert på forhånd.
- (27) Denne løsningen synes også å være parallell med det som gjelder for beslagsadgang etter straffeprosessloven § 204. Det kan ikke tas beslag i materiale som inneholder informasjon som er omfattet av bevisforbudet i blant annet straffeprosessloven § 119, med mindre det på forhånd var etablert mistanke mot advokaten på annet grunnlag, jf. § 204 andre ledd. Konsekvensbetraktninger tilsier samme løsning for klientsamtaler som politiet kommer i besitt av som følge av kommunikasjonskontroll.
- (28) Spørsmålet som gjenstår er hvorvidt samtaler må slettes fordi det ikke var etablert mistanke mot A før politiet lyttet til samtaler.
- (29) Jeg nevner at lagmannsretten la til grunn at "det også var andre forhold som utpekte siktede som mistenkt på et tidlig stadium av saken", og at mistanken mot A var solid også om man ser bort fra kommunikasjonskontrollen. Basert på påtalemyndighetens anførsel

bygget imidlertid lagmannsretten sin avgjørelse på at det ikke forelå mistanke mot A før avlyttingsmaterialet i saken ble gjennomgått. Også jeg legger dette til grunn. Advokat A ble siktet for medvirkning til grov menneskehandel 5. september 2014. Det er opplyst at mistanken ble etablert ved gjennomgang av de aktuelle samtaler. Høyesteretts avgjørelse må derfor bygge på at A ikke var mistenkt mens samtaler frem til 5. september 2014 ble avlyttet. Forsvarer har nedlagt påstand om sletting av lydfiler og nedtegnelser fra tidsrommet før 3. september 2014. Det er uklart hvorfor denne datoen er valgt, og jeg forholder meg derfor til siktelsesens dato.

- (30) Hvis det ved avlyttingen ble begått en formfeil som kunne vært avbøtt ved at man hadde fulgt en prosedyre som gjorde inngrepet forholdsmessig, kunne det forhold at det nå er tatt ut tiltale mot A tilsi at materialet kunne brukes i saken. Alvorsgraden i den underliggende saken, nemlig tiltale for grov menneskehandel, hensynet til de fornærmede, og hensynet til å få frem korrekt faktum i saken, kunne tilsi at inngrepet likevel var forholdsmessig, og at materialet dermed ikke måtte slettes.
- (31) Selv om det foreligger flere tungtveiende motargumenter, har jeg kommet til at mangel på rettsikkerhetsgarantier medfører at materialet må slettes. Saken her skiller seg fra kjennelsen i HR-2015-02526-A på vesentlige punkter. Mens det i den saken kan være usikkert om det foreligger noe rettsbrudd, må jeg i saken her legge til grunn at politiet og påtalemyndigheten opptrådte klart i strid med den rettsforståelse jeg er kommet frem til. Politiet skulle ikke under noen omstendigheter ha fått tilgang til de omstridte samtaler med mindre det på forhånd hadde vært etablert tilstrekkelig mistanke mot advokaten, eller det var klart at det ikke dreide seg om klientsamtaler. Selv om mistankekravet nå er oppfylt, er jeg kommet til at det i for høy grad ville bære preg av en fortsatt rettskrenkelse om materialet kunne beholdes og benyttes som bevis under den kommende hovedforhandlingen.
- (32) Ankene må etter dette føre frem. Påtalemyndigheten må altså sørge for at det foretas sletting etter de retningslinjer jeg har trukket opp.
- (33) Jeg stemmer for denne

#### K J E N N E L S E :

Påtalemyndigheten pålegges å slette lydopptak og nedtegnelser fra klientsamtaler før 5. september 2014 mellom A og de siktede i saken.

- (34) Dommer **Bergsjø**: Jeg er kommet til samme resultat som førstvoterende, men har et annet syn på begrunnelsen.
- (35) Førstvoterende forutsetter at det er adgang til å lytte gjennom samtaler med nærstående for å etablere mistanke, men ikke samtaler mellom advokat og klient. Hun bygger altså på at straffeprosessloven § 216 g bokstav b gir ulikt vern avhengig av om unntaket fra forklaringsplikten følger av straffeprosessloven § 119 eller § 122. Jeg ser annerledes på forståelsen av § 216 g bokstav b. I sak HR-2015-02526-A som er votert i dag, har jeg redegjort utførlig for mitt syn på disse spørsmålene. Jeg viser til mitt votum i den saken, men finner grunn til helt kortfattet å oppsummere mine hovedsynspunkter:

- (36) Kommunikasjonskontroll er en innblanding i privat- og familielivet som krever hjemmel i lov. Straffeprosessloven § 216 a åpner i utgangspunktet adgang for avlytting ved skjellig grunn til mistanke. Men når avlyttingen gjelder samtaler med blant annet advokater, avhenger hjemmelsspørsmålet av hvordan kravet om sletting "snarest mulig" i § 216 g må tolkes.
- (37) Bestemmelsen om plikt til sletting i § 216 g bokstav b skiller ikke mellom de forskjellige vitneforbuds- og vitnefritaksreglene. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at samtaler som er vernet etter §§ 117 til 120 og 122, ikke kan høres gjennom med mindre mistanke mot eksempelvis advokaten allerede foreligger. Prop. 147 L (2012–2013) gir klar støtte til denne tolkningen, se særlig side 109. Det samme gir kjennelsene i Rt. 2014 side 1105 avsnitt 56 og 60 og Rt. 2015 side 81 avsnitt 23. Straffeprosessloven kapittel 16 a gir på denne bakgrunn ikke hjemmel for å høre gjennom samtaler som omfattes av vitneforbuds- og vitnefritaksreglene, med det formål å etablere mistanke. Materiale fra slike samtaler skal slettes så snart det er teknisk og praktisk mulig. Hvis det er *uklart* om det er tale om en samtale som nyter vern etter § 119, kan det etableres en ordning som nevnt i Rt. 2015 side 81, se særlig avsnitt 28–30.
- (38) Det er på det rene at advokat A ikke var mistenkt da gjennomhøringen av hans samtaler med klienter ble foretatt. Påtalemyndigheten var klar over at det var tale om samtaler som etter sin art var vernet etter § 119. Plikten til å slette materialet snarest mulig er brutt, og jeg er enig med førstvoterende i at sletting nå må skje for å unngå fortsatt rettskrenkelse.
- (39) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Webster.
- (40) Dommer **Noer:** Likeså.
- (41) Dommer **Matningsdal:** Som annenvoterende, dommer Bergsjø.
- (42) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

#### K J E N N E L S E:

Påtalemyndigheten pålegges å slette lydopptak og nedtegnelser fra klientsamtaler før 5. september 2014 mellom A og de siktede i saken.

Riktig utskrift bekreftes: