



NORGES HØYESTERETT

Den 22. juni 2021 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Skoghøy, Bull og Falch i

HR-2021-1336-U, (sak nr. 21-088528STR-HRET), straffesak, anke over kjennelse:

A (advokat Knut-Erik Storlykken Søvik)

mot

Påtalemyndigheten (politiinspektør Odd Skei Kostveit)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder varetektsfengsling på grunn av bevisforspillelsesfare og reiser spørsmål om det er anledning til å bruke informasjon fra kommunikasjonskontroll foretatt av utenlandsk politimyndighet for å etablere skjellig grunn til mistanke.
- (2) Bakgrunnen for saken er en internasjonal politioperasjon. Den føderale amerikanske politimyndigheten FBI etablerte en kommunikasjonsplattform for kryptert informasjon. Kommunikasjonen på plattformen ble overvåket, og FBI har samlet kommunikasjonen og oversendt denne til politimyndigheter i andre land. I Norge har informasjonen blitt gjort tilgjengelig for Kripos, som har videresendt den til aktuelle politidistrikter for oppfølging.
- (3) Grunnlagsmaterialet fra kommunikasjonskontrollen utført av FBI er etter det opplyste nå gjort tilgjengelig for utlevering fra Kripos. I e-post til ankeutvalget 21. juni 2021 er det opplyst at forsvarerne er blitt underrettet om at grunnlagsmaterialet er tilgjengelig for henting, og forsvarerne har etter det opplyste ønsket å motta grunnlagsmaterialet mot taushetsløfte, jf. straffeprosessloven § 242 andre ledd. Forsvarerne, tingretten, lagmannsretten og Høyesterett har imidlertid ikke hatt materialet tilgjengelig ved behandlingen av fengslingsbegjæringen og ankene. Politiet hadde i stedet utarbeidet sammenfatninger, som inngår som del av saksdokumentene.
- (4) A ble pågrepet 7. juni 2021 siktet for grov narkotikaovertrødelse og begjært fengslet neste dag. Siktelsen omfatter også en annen person, som ble begjært fengslet på samme grunnlag. De sentrale dokumentene er klausulert for de siktede. Tingretten har opprettholdt klausuleringen.
- (5) Ved Vestfold tingretts kjennelse 9. juni 2021 ble A besluttet løslatt. Tingretten fant at to sentrale dokumenter, nemlig sammenfatningene av kommunikasjonskontrollen, måtte

avskjæres. Tingretten kom etter dette til at det ikke forelå skjellig grunn til mistanke for det forhold som siktelsen gjaldt. Også den medsiktede ble løslatt. Påtalemyndigheten anket, og retten besluttet at anken skulle gis oppsettende virkning.

- (6) Ved Agder lagmannsretts kjennelse 15. juni 2021 ble begjæringene om fengsling tatt til følge, men ikke utover 23. juni 2021. De siktede ble undergitt brev- og besøksforbud i hele fengslingsperioden.
- (7) A har anket til Høyesterett. Han anfører at det foreligger saksbehandlingsfeil i form av mangelfulle kjennelsesgrunner. Det anføres at lagmannsretten ikke har sett eller drøftet anførselen i anketilsvaret om at siktedes og rettens innsyn i grunnlagsmaterialet er et absolutt vilkår for å benytte informasjonen. Det anføres at det heller ikke er drøftet om bruken av informasjonen strider mot siktedes rettigheter etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6.
- (8) Det gjøres også gjeldende at lagmannsrettens lovanvendelse er uriktig. Det anføres at informasjonsinnhentingen i denne saken, i motsetning til i tidligere saker som Høyesterett har tatt stilling til, var rettet mot alle brukere av kommunikasjonsplattformen uavhengig av om det på forhånd forelå noen konkret mistanke om straffbare forhold. Slik masseovervåkning ville ikke være tillatt i Norge. Det medfører at bevisinnhentingen er i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger, og at bevisene derfor ikke kan brukes. Etterforskningsmåten avviker vesentlig fra de norske grunnvilkårene for bruk av kommunikasjonskontroll, og når overvåkingen av siktedes kommunikasjon starter på et tidspunkt hvor det ikke foreligger annen mistanke, er det et brudd på EMK artikkel 8. Det anføres også at det skulle ha vært gitt innsyn i grunnlagsdokumentene, og at manglende innsyn gjør at siktede ikke har fått utøvd sin rett til kontradiksjon, og at det dermed foreligger krenkelse av prinsippet om «equality of arms».
- (9) *Påtalemyndigheten* har tatt til motmæle. Det anføres at lagmannsretten har vurdert anførselene til de siktede, og at det ikke er feil ved lovanvendelsen. Det er vist til at det ikke er et absolutt vilkår for fengsling at siktede har fullt innsyn når vilkårene for klausulering er til stede. Det er også vist til at det sentrale ved krypteringstjenesten er at den er utviklet for kriminelle og gjennomgående brukes av kriminelle. Norsk politi har hatt en passiv rolle, krypteringstjenesten er blitt etablert for å benyttes av kriminelle organisasjoner, og den er blitt spredd blant kriminelle. Det er ikke i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger når bevisinnhentingen har skjedd mot dette miljøet, og når brukerne har vært innforstått med at tjenesten har vært skreddersydd for kriminalitet. Det vises til at bevisinnhentingen har vært lovlig i USA, og at tungtveiende hensyn taler for at kontroll med kommunikasjonen må kunne føres som ledd i avdekking og motarbeiding av grov kriminalitet.
- (10) *Høyesteretts ankeutvalg* kan prøve lagmannsrettens generelle lovtolkning og saksbehandling, jf. straffeprosessloven § 388 første ledd. Når det gjelder forholdet til Grunnloven og EMK, kan utvalget også prøve den konkrete rettsanvendelsen.
- (11) Som nevnt har A anført at lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil ved for det første ikke å ta stilling til hans anførsel om at siktedes og rettens adgang til innsyn i grunnlagsmaterialet fra kommunikasjonskontrollen er et absolutt vilkår for å kunne benytte opplysningene om hva som fremgikk av dette materialet. For det andre har lagmannsretten unnlatt å ta stilling til om det her også foreligger et brudd på EMK artikkel 6.

(12) Ankeutvalget peker på at lagmannsretten har uttalt følgende:

«Det følger av det lagmannsretten har redegjort for at retten ikke har tilgang til kommunikasjonsmaterialet utover det sammenfattede i nevnte to dokumenter. Forsvarer forstås slik at materialet derfor ikke lar seg kontrollere og av den grunn ikke kan benyttes som bevis i fengslingsaken. Dette kan ikke lagmannsretten slutte seg til. Imidlertid kan slike omstendigheter lede til at bevisverdien av materialet svekkes.»

(13) Slik ankeutvalget forstår dette, har lagmannsretten dermed, om enn svært kortfattet, tatt stilling til anførselen om at siktedes og rettens adgang til grunnlagsmaterialet er et absolutt vilkår for å kunne benytte de opplysningene som politiet hadde sammenstilt om det som fremgikk av dette materialet.

(14) Når det gjelder anførselen knyttet til manglende drøftelse av kravene til en rettferdig rettergang som følger av EMK artikkel 5 og 6, peker ankeutvalget på at et vesentlig aspekt ved dette prinsippet, og ved prinsippet om «equality of arms» som utledes av det, nettopp er partenes like tilgang til informasjon. Lagmannsretten har uttalt seg om dette i det siterte avsnittet. Disse prinsippene må videre anses som en del av grunnleggende norske verdioppfatninger. Lagmannsretten har mer generelt uttalt følgende om dette:

«Materialet er innhentet i USA etter beslutning fra amerikansk domstol. Det må følgelig legges til grunn at innhenting er lovlig etter amerikansk rett. Det kan ikke kreves at utenlandsk politi og påtalemyndighet følger norske prosessregler i straffesaker. Det ville begrense internasjonalt samarbeid ved grenseoverskridende kriminalitet på en uakseptabel måte. Hensynet til personvern og privatliv ved integritetskrenkende etterforskningsmetoder som angjeldende, må vike for hensynet til kriminalitetsbekjempelse. Innhenting finnes ikke å være i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger eller brudd på EMK artikkel 8, og det foreligger etter lagmannsrettens syn ingen slik beskyttelsesverdig interesse som tilsier at materialet på kommunikasjonsplattformen ikke skal kunne brukes som bevis.»

(15) Ankeutvalget kan etter dette ikke se at lagmannsretten har unnlatt å ta stilling til A' anførsler om hans rett til å gjøre seg kjent med grunnlagsinformasjonen fra informasjonskontrollen.

(16) A har videre anført at lagmannsrettens lovanvendelse er feil når den i dette tilfellet har tillatt bruk av opplysningene innhentet fra kommunikasjonskontrollen som er foretatt av amerikanske politimyndigheter.

(17) Ankeutvalget peker først på at lagmannsretten har lagt til grunn at informasjonsinnhenting var lovlig etter amerikansk rett. Denne konklusjonen kan Høyesterett ikke overprøve, og den er heller ikke bestridt i anken hit. Det fremgår av avgjørelsen i Rt-2002-1744 at etterforskningsmaterialet fra et annet land som er innhentet på en måte som er lovlig der, men som ikke ville ha vært det etter norsk rett, etter omstendighetene kan brukes i forbindelse med en varetektsfengsling i Norge. I den forbindelse uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg blant annet følgende:

«Begrunnelsen for de begrensninger som er fastsatt for bruk av kommunikasjonskontroll som etterforskningsmiddel, er hensynet til den enkeltes rett til respekt for privatlivet og personlig integritet, se Ot.prp.nr.64 (1998–1999), side 46. Hvordan disse hensynene skal avveies mot behovet for å få oppklart straffbare handlinger, kan det være rom for ulike oppfatninger om, og her har ulike land valgt noe forskjellige løsninger. Dersom man har valgt å ta opphold i et land som ikke har like sterke begrensninger i adgangen til

kommunikasjonskontroll som det vi har, kan man etter kjæremålsutvalgets mening ikke ha noen beskyttelsesverdig forventning om at man i Norge ikke skal tillate brukt som bevis opplysninger som er innhentet ved lovlig kommunikasjonskontroll i vedkommende land.

På denne bakgrunn finner kjæremålsutvalget at det ikke bør være noe vilkår for å bruke opplysninger fra en lovlig kommunikasjonskontroll i utlandet som bevis i en straffesak i Norge, at opplysningene kunne ha vært innhentet ved kommunikasjonskontroll her i landet. Dersom den kommunikasjonskontroll som er foretatt i utlandet, ikke er gjennomført i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger, og opplysningene blir brukt som bevis for et straffbart forhold som i vedkommende land kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra, må opplysningene etter utvalgets oppfatning kunne brukes som bevis i straffesak i Norge, såfremt siktede blir gitt rett til innsyn i de opplysninger som er innhentet ved kommunikasjonskontroll i den aktuelle sak.»

- (18) A har anført at informasjonen i dette tilfellet er innhentet gjennom masseovervåkning rettet mot alle brukerne av kommunikasjonsplattformen uavhengig av om det på forhånd forelå noen konkret mistanke om straffbare forhold. Den bærer preg av masseovervåkning av brukerne på en måte som ikke ville vært tillatt i Norge, hevdes det. Ifølge A er lagmannsrettens bruk av slik informasjon i strid med «grunnleggende norske verdioppfatninger».
- (19) Til dette har påtalemyndigheten innvendt at den aktuelle krypteringstjenesten er utviklet særlig med tanke på kriminelle, den er spredt blant kriminelle og er gjennomgående brukt av kriminelle. Det må brukes spesialtilpassede telefoner som ikke kan kjøpes på vanlig måte, og abonnement er kostbart. Betalingen må skje med lite sporbare betalingsmidler som kontanter eller kryptovaluta, og brukere må inviteres inn av andre brukere.
- (20) Lagmannsretten har for sin del kort lagt til grunn at det er etablert en kommunikasjonsplattform for kryptert kommunikasjon som er tatt i bruk av et stort antall brukere verden over, blant annet av kriminelle nettverk.
- (21) Ankeutvalgets flertall – dommerne Skoghøy og Bull – bemerker at lagmannsretten med fordel kunne ha gitt en mer utførlig beskrivelse av kommunikasjonsplattformen og hvilke miljøer som lagmannsretten mener den er brukt av. Flertallet forstår det imidlertid slik at brukere av en slik plattform i det minste må være klar over at politiet vil gå ut fra at krypteringstjenesten i stor utstrekning brukes av kriminelle nettverk, og at brukerne dermed lett kan bli gjenstand for overvåkning og etterforskning. Bruk av resultatene fra overvåkingen av slike kommunikasjonsplattformer som ledd i etterforskning her i landet strider etter flertallets syn ikke mot grunnleggende norske verdier, eller mot vernet om privatlivet etter EMK artikkel 8, slik også lagmannsretten har kommet til.
- (22) Endelig har A anført at han skulle ha vært gitt innsyn i grunnlagsdokumentene som politiets sammenfatning av kommunikasjonskontrollen bygget på.
- (23) Det samlede ankeutvalget peker på at etter straffeprosessloven § 98 tredje ledd skal forsvareren senest før rettsmøtet få kopi av de av sakens dokumenter som han har rett til å gjøre seg kjent med etter § 242. Ifølge § 242 har blant annet mistenkte og hans forsvarer rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter «så fremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningens øyemed eller for tredjemann».

- (24) Det fremgår av tingrettens kjennelse at politiet nektet å fremlegge grunnlagsmaterialet på grunn av en avtale med FBI. Som nevnt innledningsvis kan imidlertid forsvareren nå få innsyn i materialet.
- (25) I det som foran er sitert fra avgjørelsen i Rt-2002-1744, ble det uttalt at «opplysningene etter utvalgets oppfatning [må] kunne brukes som bevis i straffesak i Norge, såfremt siktede blir gitt rett til innsyn i de opplysninger som er innhentet ved kommunikasjonskontroll i den aktuelle sak». Uttalelsen er generelt utformet og gjelder «i straffesaken». Dette kan etter det samlede ankeutvalgs syn ikke forstås slik at det dermed gjelder som et ufravikelig krav på ethvert stadium i straffesaken. Ved større internasjonale etterforskninger er det utvilsomt et behov for å kunne gå til arrestasjoner som er koordinert i tid mellom de ulike land som er involvert. Hvis norske politimyndigheter skulle være forhindret fra å gå til aksjon på samme tid som andre lands politimyndigheter fordi norsk politi ikke en gang helt innledningsvis kunne etterkomme en utenlandsk politimyndighets krav om hemmelighold, ville det i alvorlig grad virke negativt inn på norsk politis evne til å etterforske og iretteføre slike saker. De mistenkte ville da lett kunne få kunnskap om arrestasjonene i andre land før norsk politi kunne gå til aksjon, og de vil kunne ta sine forholdsregler. Dette ville i så fall være en «fare for etterforskningens øyemed», slik det heter i § 242.
- (26) Etter det samlede ankeutvalgs mening bygget derfor lagmannsretten på riktig lovtolkning da den kom til at retten ved avgjørelsen av fengslingssspørsmålet ikke var forhindret i å bygge på politiets sammenfattende fremstilling av overvåkningsmaterialet uten at retten eller forsvarer samtidig fikk tilgang det underliggende materialet.
- (27) En annen sak er at tilbakeholdelse av grunnlagsmaterialet har betydning for den bevisverdi som kan tillegges det materialet som påtalemyndigheten faktisk fremlegger for retten og for forsvarer – slik lagmannsretten har lagt til grunn.
- (28) Slik det samlede ankeutvalget ser det, kommer en slik kortvarig mangel på adgang for forsvareren til det grunnlagsmaterialet som påtalemyndigheten bygger sin informasjon til retten på, ikke i strid med «equality og arms» og retten til kontradiksjon, slik disse prinsippene i EMK artikkel 6 jf. artikkel 5 nr. 4 kommer til anvendelse ved beslutninger om varetektsfengsling. Ankeutvalget viser til dom 13. februar 2001 i saken Garcia Alva mot Tyskland avsnitt 39 til 43. I den saken anerkjente Den europeiske menneskerettsdomstol at det kan være nødvendig å holde informasjon tilbake av hensyn til etterforskningen, men uttalte at dette måtte vike for hensynet til kontradiksjon når den tilbakeholdte informasjonen hadde hatt stor betydning for rettens beslutning om å fengsle. I saken her har retten ikke hatt tilgang til mer informasjon enn forsvareren, og retten har tatt hensyn til at denne informasjonen bygget på grunnlagsmateriale som hverken den eller forsvareren har hatt tilgang til, da den tok stilling til hvilken bevisverdi informasjonen kunne tillegges.
- (29) Ankeutvalgets flertall er etter dette kommet til at anken forkastes.
- (30) Ankeutvalgets mindretall – dommer Falch – bemerker at saken skiller seg fra den som ble avgjort i Rt-2002-1744. Der kom ankeutvalget til at siktede ikke hadde noen «beskyttelsesverdig forventning» om at opplysninger innhentet ved lovlig kommunikasjonskontroll i utlandet kunne brukes som bevis i Norge. Begrunnelsen var at siktede «har valgt å ta opphold i et land» hvor det er videre adgang til kommunikasjonskontroll enn i Norge.

- (31) I saken her har lagmannsretten, slik mindretallet oppfatter det, bygget på at siktede oppholdt seg i Norge da amerikanske myndigheter uten noen konkret mistanke drev kommunikasjonsovervåkning av ham. Selv om amerikanske myndigheter folkerettslig skulle ha jurisdiksjon til å utføre slik overvåkning, får denne situasjonen etter mindretallets syn betydning ved vurderingen av om overvåkingen har skjedd «i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger». Det skal etter mindretallets syn mere til for å akseptere som bevis opplysninger som stammer fra en overvåkning som er foretatt av et annet lands myndigheter og er rettet mot en person med opphold i Norge enn om personen oppholdt seg i det landet som utførte overvåkingen. Dette har lagmannsretten ikke trukket inn i vurderingen, noe mindretallet mener er en mangel ved begrunnelsen som må lede til at lagmannsrettens kjennelse oppheves.
- (32) I samsvar med flertallets syn blir resultatet at anken forkastes.

S L U T N I N G

Anken forkastes.

Henrik Bull
(sign.)

Jens Edvin A. Skoghøy
(sign.)

Ingvald Falch
(sign.)