



NOREGS HØGSTERETT

ORSKURD

sagd 30. juni 2022 av Høgsterett i avdeling med

dommar Aage Thor Falkanger
dommar Knut H. Kallerud
dommar Arne Ringnes
dommar Borgar Høgetveit Berg
dommar Erik Thyness

**HR-2022-1314-A, (sak nr. 22-027874STR-HRET), (sak nr. 22-027879SIV-HRET)
og (sak nr. 22-027883SIV-HRET)**

Anke over Borgarting lagmannsretts kjennelse 19. januar 2022

I.

A

(advokat Marius Oscar Dietrichson)

mot

Påtalemakta

(statsadvokat Andreas Magne Alfoni Strand)

II.

B

(advokat Berit Reiss-Andersen)

mot

Påtalemakta

(statsadvokat Andreas Magne Alfoni Strand)

III.

C

(advokat Øystein Ola Storrvik)

mot

Påtalemakta

(statsadvokat Andreas Magne Alfoni Strand)

R Ø Y S T I N G

(1) Dommar **Høgetveit Berg:****Kva saka gjeld og bakgrunnen for henne**

- (2) Saka gjeld krav om avskjering av prov. Spørsmålet er om data avlest av utanlandske styresmakter frå eit kryptert kommunikasjonsnettverk kan førast som prov i ei norsk straffesak.
- (3) A, B og C er tiltalte for brot på straffelova § 232 andre ledd fyrste straffalternativ, jf. § 231 fyrste ledd, jf. § 15, om omgang med «meget betydelig mengde» narkotika. Tiltalen mot B og C gjeld også brot på straffelova § 79 c om aktivitet som er ledd i ei organisert kriminell gruppe.
- (4) Etterforskinga i saka tok til som følge av at det var innhenta datamateriale frå kommunikasjon som C hadde hatt gjennom EncroChat, som er skildra slik i lagmannsrettens orskurd:

«EncroChat er navnet på én av flere tilbydere av krypterte kommunikasjonsløsninger via bruk av krypterte mobiltelefoner. Telefonene leveres med et eget operativsystem, som kun tillater bruk av bestemte kommunikasjonsapplikasjoner. Telefonene fungerer i praksis kun i kontakt med andre krypterte telefoner av samme type og tilbyr kommunikasjon med høy sikkerhet. EncroChat-telefonene leveres med internasjonalt sim-kort, som er forhåndsbetalt. Telefonene kan ikke kjøpes i butikk, men utelukkende gjennom EncroChats nettsider eller på Ebay.

All kommunikasjon mellom slike telefoner er kryptert datatrafikk og kan derfor ikke avlyttes i transportfasen. Tjenesten har også en mulighet for 'panikksletting', 'fjernsletting' og automatisk sletting av meldinger etter en gitt tid. Disse funksjonalitetene gjør telefonene egnet for kriminell kommunikasjon.»

- (5) Bakgrunnen for at norsk politi – ved Kripos – fekk tilgang til materialet, var at nederlandsk og fransk politi i 2018 hadde innleia etterforsking av EncroChat, og hadde lukkast med å få tilgang til ein datasørvar som låg i Roubaix i Frankrike. I byrjinga av 2020 lukkast dei vidare – med bistand frå Eurojust og Europol – med å utvikle ei teknisk løysing for å dekryptere datatrafikken i EncroChat slik at innhaldet kunne lesast av i tilnærma sanntid.
- (6) Fyrsteinstansdomstolen i Lille gav 30. januar 2020 løyve til dataavlesing av sørvaren i Roubaix. Ut frå mistankegrunnlaget i kravet om dataavlesing og avgjerda frå fyrsteinstansdomstolen var det primære føremålet, på det innleiande stadiet, etterforsking av personar og selskap knytte til EncroChat og den identifiserte sørvaren i Roubaix som tenestetilbydar – og ikkje brukarane av tenesta. Mistanken var såleis retta mot tenestetilbydaren og gjaldt mellom anna medverknad til grove narkotikalovbrot. Løyvet gjaldt for éin månad, men vart forlenga fleire gonger. I avgjerd 12. februar 2020 vart løyvet utvida til også å gjelde terminalane/telefonane til brukarane.
- (7) Fransk politi installerte programvare på sørvaren i Roubaix, som førte til at brukarane lasta ned ei falsk oppdatering som gjorde det mogleg for politiet å omgå krypteringa. Den tekniske metoden for dataavlesinga er sikkerheitsgradert i Frankrike, slik at nærare detaljar

om framgangsmåten ikkje er skildra. Det er difor heller ikkje klart om det er mest korrekt å karakterisere dette slik at det innhenta materialet kjem frå sørvaren, telefonane eller begge delar. Lagmannsretten konkluderte slik:

«Lagmannsretten er, i likhet med tingretten, etter en samlet vurdering likevel kommet til at det virker noe mer sannsynlig at datamaterialet ble hentet på serveren og/eller telefonene enn at materialet utelukkende ble hentet fra serveren. Slik saken er opplyst for lagmannsretten, framstår det som mest sannsynlig at den tekniske løsningen som ble installert har gitt mulighet til dataavlesning både på serveren og på telefonene (de eksterne enhetene) som har vært i bruk. Sammen synes serveren, telefonene og øvrige komponenter å være et elektronisk kommunikasjonsnettverk som utgjør et 'datasystem', slik dette er definert i Europarådets konvensjon 8. november 2001 om bekjempelse av kriminalitet som knytter seg til informasjons- og kommunikasjonsteknologi artikkel 1 bokstav a.»

- (8) Kripos fekk 27. mars 2020 tilbud om tilgang til data knytt til brukarar i Noreg, og takka ja til dette. Data vart motteke frå 2. april 2020 og fram til EncroChat vart teke ned i juli 2020. Materialet vart gjort tilgjengeleg utan at fransk politi eller andre hadde gått gjennom det fyrst.
- (9) På grunnlag av dette materialet, og anna etterforskningsmateriale, vart fleire brukarar av telefonane identifiserte og mistankegrunnlag individualisert. Kripos fekk deretter løyve frå Oslo tingrett til kommunikasjonsavlytting av mellom andre dei tre tiltalte i saka her. Etter at Oslo politidistrikt overtok materialet frå Kripos, fekk påtalemakta i juni 2020 samtykke frå franske styresmakter til å bruke materialet som prov i straffesaka.
- (10) Under saksførebuinga vart EncroChat-materialet kravd avskore som prov. Etter at spørsmålet hadde vore handsama i munnleg rettsmøte, sa Oslo tingrett 2. november 2021 orskurd med slik slutning:
- «Encrochat-materialet tillates ført som bevis i straffesak mot C, B og A.»
- (11) Tingretten kom til at prova var lovleg henta inn i Frankrike, at innhentinga ikkje var ei omgåing av kontrollmekanismane i norsk rett og at korkje innhentinga eller bruken som prov er i strid med grunnleggande norske verdiar.
- (12) A, B og C anka orskurden til lagmannsretten. Borgarting lagmannsrett sa 19. januar 2022 orskurd med slik slutning:
- «Ankene forkastes.»
- (13) Lagmannsretten fann at materialet ikkje kunne ha vore henta inn på den aktuelle måten etter norsk rett, men at det var lovleg henta inn i Frankrike. Innhentinga innebar ikkje ei omgåing av norsk rett. Bruk som prov under hovudforhandling vil ikkje vera i strid med grunnleggande norske verdiar.
- (14) A, B og C har anka orskurden frå lagmannsretten til Høgsterett. Ankane gjeld rettsbruken og sakshandsaminga. Høgsteretts ankeutval fann i orskurd og vedtak 3. mars 2022, HR-2022-520-U, det samrøystes klart at ankane over sakshandsaminga ikkje kunne føre fram, jf. straffeprosesslova § 387 a fyrste ledd, og at ankane over rettsbruken skulle

handsamast av Høgsterett i avdeling etter munnlege forhandlingar, jf. domstollova § 5 fyrste ledd andre punktum og straffeprosesslova § 387.

Partanes syn

- (15) A gjer gjeldande at norma for bruk av materiale innhenta av utanlandske styresmakter som prov i ei norsk straffesak, stilt opp mellom anna i Rt-2002-1744, ikkje er nytta korrekt av lagmannsretten. Materialet er ikkje lovleg innhenta i Frankrike. Franske styresmakters vurdering av lovlegheita må kunne overprøvast i Noreg når spørsmålet er om prova kan nyttast i ei sak i Noreg. Lagmannsretten har vidare vurdert omgåingsvilkåret feil; det kan ikkje vera rett at påtalemaktas manglande kunnskap om metodebruken er avgjerande. Innhentinga av og eventuell bruk av materialet i ei norsk straffesak er uansett i strid med norske verdier.
- (16) B gjer gjeldande at prova må avskjerast fordi innhentinga i realiteten har skjedd i Noreg. Slike tvangsmiddel kan då berre gjennomførast etter norsk lov, i dette høvet straffeprosesslova § 216 o. Når det ikkje er gjort, er prova ulovleg innhenta og må avskjerast. Uansett er prova innhenta ved ei omgåing av norske reglar – og er difor i strid med norske verdier.
- (17) C gjer gjeldande at eit tilsvarende tvangsmiddel ikkje kunne ha vore brukt etter norsk rett. Det er feil å rekne data innhenta frå norske telefonar som overskotsinformasjon. Det er feil når lagmannsretten har avgjort saka ut frå påtalemaktas manglande kunnskap om innhentinga av data frå ein norsk telefon. Samla har aksjonen preg av ei omgåing av krava i straffeprosesslova.
- (18) *Påtalemakta* gjer gjeldande at ankane må forkastast. Ei tilsvarende innhenting av materialet ville ha vore lov i Noreg, jf. straffeprosesslova § 216 o. Det er uansett franske styresmakter som har henta inn materialet i tråd med fransk rett. Bruken av materialet er ikkje i strid med grunnleggande norske verdier. Under alle omstende kan avskjering berre skje i Cs sak, då det berre er frå hans telefon det er henta ut materiale.

Mitt syn på saka

Rettslege utgangspunkt

- (19) Hovudspørsmålet i saka er om dataa som er avlesne av utanlandske styresmakter, kan førast som prov i straffesaka. Det grunnleggande utgangspunktet er at partane kan føre dei prova dei ynskjer. For å nekte eit prov ført krevst det heimel i lov eller anna særskilt grunnlag.
- (20) Bruk av materiale innhenta av utanlandske styresmakter som prov i ei norsk straffesak er ikkje lovregulert. Det følgjer av Høgsteretts kjæremålsutvals orskurd i Rt-2002-1744 at etterforskingmateriale frå eit anna land, innhenta på lovleg måte der, men som ikkje ville ha vore lovleg framskaffa etter norsk rett, *kan* nyttast som prov i ei norsk straffesak. Avgjerda gjaldt telefonavlytting av ein norsk borgar i Spania. Avlyttinga var lovleg i Spania, men ville ikkje vore det i Noreg. Kjæremålsutvalet uttalte på side 1747:

«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 (1998–99), 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.»

- (21) Orskurden gjaldt materiale innhenta ved kommunikasjonskontroll. Avgjerda er fylgd opp mellom anna i Rt-2005-1524, HR-2021-1336-U og HR-2021-1538-U.
- (22) Rt-2005-1524 gjaldt materiale frå kommunikasjonskontroll gjort av politiet i Litauen. Høgsterett gjentok at norske domstolar må akseptere prov som er lovleg innhenta av utanlandske styresmakter gjennom andre framgangsmåtar og etter andre prosessreglar, med mindre det ville vera i strid med grunnleggende norske verdiar. Fyrstvoterande uttalte i avsnitt 19:
- «Eg legg til at dersom det skulle krevjast at utanlandsk politi og påtalemakt skulle følgje norske prosessreglar i straffesaker, så ville det i praksis langt på veg innebere ei sperre mot internasjonalt samarbeid ved grenseoverskridande kriminalitet. Det vil ikkje vere akseptabelt.»
- (23) HR-2021-1336-U gjaldt bruk av samandrag av grunnlagsmateriale frå kontroll av ein kryptert kommunikasjonsplattform ved orskurd om fengsling. Bakgrunnen for saka var at amerikanske FBI hadde etablert ein kommunikasjonsplattform for kryptert informasjon. Kommunikasjonen vart overvaka, og innhentinga av informasjon var retta mot alle brukarane uavhengig av om det på førehand låg føre konkret mistanke om straffbare forhold. Materialet vart sendt politiet i andre land, mellom anna Noreg. Lagmannsretten hadde her lagt til grunn at innhentinga var lovleg etter amerikansk rett. I anken til Høgsterett vart det gjort gjeldande at slik overvaking ikkje ville ha vore lov i Noreg, og at bruken av informasjonen var i strid med grunnleggende norske verdiar. Fleirtalet i ankeutvalet var ikkje samd i det, sidan brukarane av ein 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», jf. avsnitt 21. Mindretallet meinte at det skal «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», og at det var feil at lagmannsretten ikkje

hadde vurdert dette, jf. avsnitt 31. I lys av dissensen er det naturleg å forstå fleirtalet slik at det må ha meint at det var meir underordna at personen som var overvaka, var i Noreg på det aktuelle tidspunktet.

- (24) HR-2021-1538-U gjaldt forlenging av varetektsfengslinga i saka frå HR-2021-1336-U. Ankeutvalet la til grunn fleirtalets standpunkt frå den førre orskurden. Utvalet la til at sjølvve kommunikasjonsforma – som var prega av kodeord – underbygde resultatet i HR-2021-1336-U ytterlegare.
- (25) Eg kan ikkje sjå at det er grunnlag for å fråvike utgangspunktet som er stilt opp i Rt-2002-1744 og ført vidare i seinare praksis. Norma er teknologinøytral, og det er ikkje grunn til å skilja mellom prov innhenta etter kommunikasjonskontroll og dataavlesing. Dataavlesing kan vera knytt til kommunikasjon, men er ikkje avgrensa til det. Det kan til dømes vera tekst, film eller bilete som er lagra på ei dataeining.
- (26) Dersom innhentinga ikkje kunne ha vore gjort lovleg i Noreg, må etter dette tre vilkår vera oppfylte for å nytte etterforskmateriale innhenta av utanlandske styresmakter i ei norsk straffesak: (i) Prova må vera innhenta etter reglane som gjeld i det aktuelle landet, (ii) den tiltalte må ha rett til innsyn i alle opplysningane som er innhenta, og (iii) innhentinga må ikkje vera gjennomført på ein måte som gjer at bruken som prov vil vera i strid med grunnleggande norske verdier. Eit provforbod for materiale innhenta av utanlandsk styresmakt vil særleg vera aktuelt der innhentinga er gjort av statar der mellom anna straffeprosessen byggjer på eit anna verdisyn enn vårt.
- (27) Det er altså ikkje eit vilkår for å bruke materiale innhenta av utanlandske styresmakter som prov i ei norsk straffesak at provet lovleg kunne vore innhenta på det same viset i Noreg. Riksadvokaten har i brev 20. januar 2003, i etterkant av Rt-2002-1744, halde fram at innhentinga heller ikkje må ha karakter av å vera ei rein omgåing av dei skrankane som følgjer av norsk lov. Dette er tvillaust rett. Systematisk fell dette inn under vilkår (iii), der rolla til dei norske styresmaktene er relevant.
- (28) Det er heller ikkje eit hinder for å bruke materialet som prov at det er innhenta etter initiativ frå norske styresmakter. I Rt-2002-1744 vart etterforskinga i Spania sett i verk etter ei rettsoppmoding frå norsk påtalemynd. Rettsoppmodinga var i form og innhald nøytralt utforma og la ikkje føringar på den spanske etterforskinga.
- (29) Dersom norske styresmakter ber utanlandske styresmakter om å bruke ein metode som ikkje er heimla i norsk rett, utelukkande for å omgå skrankane i norsk straffeprosess, kan materiale som blir framskaffa på denne måten i utgangspunktet ikkje nyttast som prov i ei norsk straffesak. Slik «kompetanse-shopping» vil lett vera eit omstende som gjer at innhentinga og bruken av prova er i strid med grunnleggande norske verdier.
- (30) Der norske styresmakter *ikkje* har initiert etterforskinga, og dei utanlandske styresmaktene har opptredd lovleg etter eige lands rett, kan norske styresmaktens kunnskap om metodebruken berre heilt unntaksvis føre til at prova ikkje kan nyttast i ei norsk sak.

Kva for regel om avskjering av prov kjem i bruk i saka her?

- (31) Det er frå forsvararen til B gjort gjeldande at slik saka er opplyst, må det leggjast til grunn at innhentinga av prov i alle fall for ein del skjedde i Noreg. Sidan vilkåra i straffeprosesslova ikkje er oppfylte, vil den allmenne læra om ulovleg erverva prov, oppsummert i HR-2021-966-A, gjelde.
- (32) Eg er ikkje samd i det. Det kan i saka her rett nok argumenterast med at metoden som vart etablert, i realiteten slusa materiale meir eller mindre direkte frå Cs telefon i Noreg til norske styresmakter, sjølv om trafikken gjekk via sørvaren i Roubaix. Men det kan i denne samanhengen ikkje vera avgjerande at Cs telefon var i Noreg på det aktuelle tidspunktet. Å spørja kva for land materialet blir innhenta frå, er etter mitt syn mindre relevant. Elektronisk informasjon flyt i dag nærast uhindra av landegrensar. Det avgjerande må vera kven som henta inn materialet.
- (33) I saka her vart materialet henta inn av fransk politi etter ein framgangsmåte fransk politi hadde etablert, tufta på godkjenning frå franske domstolar. Det er då norma frå Rt-2002-1744 og seinare praksis som kjem i bruk i vår sak.

Bruk av prov innhenta av utanlandsk styresmakt på ein måte som ville vore ulovleg etter norsk rett

Ville ei tilsvarande innhenting av prov vore lovleg etter norsk rett?

- (34) Påtalemakta har gjort gjeldande at tvangsmiddelbruken, som innebar avlesing av data både på sørvaren og telefonane, uansett ville ha vore tillaten etter norsk rett, jf. straffeprosesslova § 216 o, og at materialet i så fall utan ytterlegare kvalifikasjon vil kunne nyttast som prov i ei norsk straffesak. Eg er samd i at dersom materialet kunne ha vore henta inn på tilsvarande måte i Noreg, er det ingen grunn til å avskjera det som prov.
- (35) Vårt tilfelle ser ut til å vera omfatta av ordlyden, men det er for meg ikkje nødvendig å ta stilling til den nærare rekkjevidda av § 216 o og den hypotetiske bruken av føresegna i dette tilfellet, då føresegna under alle omstende vil vera eit tungt moment i vurderinga av om det er i strid med grunnleggande norske verdiar å føre datamaterialet som prov. Eg kjem attende til dette.

Var materialet lovleg henta inn etter fransk rett?

- (36) Fransk politi bad i januar 2020 om løyve frå retten til å lesa av sørvaren i Roubaix. Domstolen gav slikt løyve – som vart utvida og forlenga fleire gonger. Lagmannsretten konkluderte med at materialet var lovleg innhenta etter fransk rett. Høgsterett kan i utgangspunktet ikkje overprøve lagmannsretten på dette punktet, jf. straffeprosesslova § 388 fyrste ledd, jf. også HR-2021-1336-U avsnitt 17 og Rt-2000-710.
- (37) Eg skyt likevel inn at lagmannsretten var tilbakehalden med å prøve spørsmålet, slik at konklusjonen også byggjer på ei vurdering av kor langt norske domstolar kan og skal gå i å overprøve franske domstolar. Lagmannsretten antok at der det er spørsmål om å bruke etterforskningsmateriale innhenta av utanlandsk styresmakt i ei norsk straffesak, er det – på

den same måten som ved utlevering av lovbrytarar til land utanfor Norden og EU – ikkje nødvendig eller tenleg at norske domstolar overprøver om vurderingar frå utanlandske styresmakter er i samsvar med vedkomande lands rett, med mindre det ligg føre særlege grunnar som tilseier at det blir gjort nærare undersøkingar, til dømes brot på sentrale rettar etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Eg sluttar meg til dette – og legg til at når provinnhentinga er basert på avgjerder frå ein fransk domstol, må det heilt spesielle omstende til for at norske domstolar skal ta stilling til om dei franske reglane er fylgde.

- (38) Ut frå dei opplysingane som ligg føre, må det leggjast til grunn at materialet er lovleg innhenta etter fransk rett.

Strir det mot grunnleggande norske verdiar å føre prova?

- (39) EncroChat var utvikla for konfidensiell kommunikasjon. Kryptering er i seg sjølv korkje straffbart eller uynskt. Tvert om er moglegheita for kryptering og konfidensiell kommunikasjon ein viktig føresetnad for informasjons- og ytringsfridomen, jf. mellom anna EU-rådets resolusjon om kryptering 24. november 2020 (13084/1/20). Resolusjonen understrekar at det i statanes plikt til å respektere og sikre ytringsfridomen og retten til privatliv også ligg eit ansvar for å verne kryptert kommunikasjon. Samstundes peikar resolusjonen på at kryptert kommunikasjon er godt eigna til å verne kriminelle nettverk mot overvaking. Som det blir framheva i EU-resolusjonen, må difor omsynet til ytringsfridomen og retten til privatliv balanserast mot styresmaktenes kamp mot alvorleg kriminalitet. På den eine sida står personvernomsyn generelt sterkt som verdi i Noreg. Masseovervaking av borgarane for å avdekke kriminalitet vil lett vera i strid med norske verdiar. På hi sida står omsynet til oppklaring av alvorleg kriminalitet.
- (40) I avgjerd frå fyrsteinstantdomstolen i Lille 29. april 2020 er det nemnt at tvangsmiddelet avdekka 32 477 brukarar i 121 land. Av dei 380 brukarane som var i Frankrike, anslo franske styresmakter at 242 brukte det krypterte systemet til kriminelle føremål. Dei resterande 138 brukarane var på det tidspunktet knytte til inaktive eller ikkje analyserte telefonar. Lagmannsretten slutta seg mellom anna på dette grunnlaget til tingrettens konklusjon om at det er «svært sannsynlig» at EncroChat i «all hovudsak benyttes av kriminelle til bruk for kriminell kommunikasjon».
- (41) Samstundes viser dei faktiske omstenda at det ikkje er dekkjande å tale om masseovervaking. Eg viser her til vedtak frå den tyske høgsteretten for sivile saker og straffesaker – Bundesgerichtshof – 2. mars 2022, sak 5 StR 457/21, som konkluderte med at tvangsmidla brukt mot EncroChat ikkje hadde karakter av masseovervaking – men når alt kom til alt gjaldt mistanke mot alle brukarane, sjå særleg avsnitt 37. Eg sluttar meg til denne karakteristikken.
- (42) Eg er difor samd med tingretten og lagmannsretten i at bruk av ein kryptert kommunikasjonsplattform som i all hovudsak blir nytta av kriminelle, ikkje har krav på vern. Personar som vel å ta i bruk ei slik teneste, må vera klare over moglegheita for overvaking og etterforsking. I slike tilfelle vil det gjennomgåande ikkje vera i strid med norsk rettskjensle å bruke materiale innhenta på denne måten som prov i ei straffesak. Eg legg til at når norske verdiar ikkje var eit hinder for bruk av materialet i saka i HR-2021-1336-U, er det vanskeleg å sjå at det kan vera eit hinder i saka her.

- (43) Provforbødet for materiale innhenta av utanlandsk styresmakt er som nemnt særleg aktuelt der innhentinga er gjort av statar som har ein straffeprosess som byggjer på eit anna verdisyn enn vårt. Det gjeld openbart ikkje Frankrike.
- (44) Under alle omstende veg det tungt – i tillegg til at det ikkje er tale om masseovervaking – at Stortinget gjennom vedtakinga av straffeprosesslova § 216 o har opna for datainnhenting i situasjonar som i alle fall etter ordlyden ligg nære opp til det me står overfor i saka her.
- (45) Når det gjeld norske styresmaktens rolle i etterforskinga, nemner eg at Kripos 27. mars 2020 fekk førespurnad om mottak av datamateriale frå den utanlandske etterforskinga. Det var eit vilkår at norsk politi aksepterte at etterforskinga førte med seg ein metodebruk som innebar innhenting av data frå einingar i Noreg. Vidare var det eit vilkår at materialet ikkje kunne nyttast i straffesak i Noreg utan samtykke frå dei etterforskande partane. Kripos aksepterte vilkåra den same dagen og stadfesta at norsk politi ville få materialet frå operasjonen. Etter mottak av materialet konkluderte Kripos med at kommunikasjonen var av kriminell art – og starta deretter eiga etterforsking. Lagmannsretten fann at det ikkje var haldepunkt for at Kripos tok aktivt del i etterforskinga saman med utanlandsk politi. Dette er ei provvurdering som Høgsterett ikkje kan prøve. Kripos var ikkje involvert på nokon annan måte enn som «passiv mottakar» av materialet. Kva form materialet hadde – rådata i tilnærma sanntid – er utan relevans.
- (46) Eg meiner etter dette at det ikkje vil vera i strid med norske verdiar å tillate at det omtvista etterforskningsmaterialet blir ført som prov i straffesaka her.

Konklusjon

- (47) Som det går fram av det eg har sagt, meiner eg det ikkje er grunnlag for å avskjera materialet knytt til EncroChat som prov. Anken må etter dette forkastast. Ut frå utgangspunktet om fri provføring meiner eg det er mest korrekt å utforme ein ny slutning.
- (48) Eg røystar etter dette for slik

O R S K U R D :

Krava om avskjering av materiale knytt til EncroChat som prov, blir ikkje tekne til følge.

- (49) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (50) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (51) Dommer **Thyness:** Likeså.
- (52) Dommer **Falkanger:** Likeså.

(53) Etter røytinga sa Høgsterett slik

O R S K U R D :

Krava om avskjering av materiale knytt til EncroChat som prov, blir ikkje tekne til følge.