

HØJESTERETS KENDELSE

afsagt tirsdag den 27. september 2022

Sag 2/2022

Anklagemyndigheden

mod

T

(advokat Anders Schønnemann Olesen, beskikket)

I tidligere instanser er truffet afgørelse af Retten i Holbæk den 31. august 2021 (60-3682/2020) og afsagt kendelse af Østre Landsrets 10. afdeling den 7. oktober 2021 (S-2559-21).

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Thomas Rørdam, Jens Peter Christensen, Jan Schans Christensen, Kurt Rasmussen og Rikke Foersom.

Påstande

T har principalt nedlagt påstand om, at udskrifter fra EncroChat ikke tillades anvendt som bevismiddel under hovedforhandlingen i sagen, subsidiært at byrettens afgørelse ophæves, og at sagen hjemvises til realitetsbehandling.

Anklagemyndigheden har nedlagt påstand om afvisning af Ts principale påstand, subsidiært at påstanden ikke tages til følge. Over for den subsidiære påstand har anklagemyndigheden nedlagt påstand om stadfæstelse af landsrettens kendelse, subsidiært at sagen hjemvises til byretten til realitetsbehandling.

Sagsfremstilling

Den 10. maj 2021 blev T anholdt og sigtet for overtrædelse af straffelovens § 191, stk. 2, jf. stk. 1, 1. pkt., ved over en længere periode i forening med flere personer og som en del af en samlet organisation at have bestilt og modtaget betydelige mængder hash.

T blev den 11. maj 2021 fremstillet i grundlovsforhør ved Retten i Holbæk, hvor han blev varetægtsfængslet. Af politiets fremstillingsrapport af 10. maj 2021 fremgår om baggrunden for anholdelsen af T og en række andre personer bl.a., at politiet (Særlig Efterforskning Vest) siden februar 2020 havde efterforsket en større sag om indsmugling og distribution af narkotika, og at politiet under efterforskningen havde fået adgang til materiale fra netværket EncroChat, der i foråret 2020 blev dekrypteret af fransk politi.

Den 6. august 2021 indbragte Ts daværende forsvarer, advokat Kåre Pihlmann, i medfør af retsplejelovens § 746 spørgsmålet om lovligheden af, at udskrifter fra EncroChat anvendes som bevis, for Retten i Holbæk.

Af Retten i Holbæks retsbog af 31. august 2021 fremgår bl.a.:

”Den 6. august 2021 har forsvarer, advokat Kåre Pihlmann med henvisning til retsplejelovens § 746 nedlagt påstand om, at udskrifter fra Encro-chat ikke tillades anvendt som bevis i sagen.

Retten bemærker, at spørgsmålet om, hvorvidt udskrifter fra Encro-chat kan anvendes som bevis under straffesagen, afgøres af retten under hovedforhandlingen i medfør af retsplejelovens § 871.

Retten har ikke modtaget anklageskrift, og sagen er indtil videre alene forhåndsberammet til foretagelse over en række dage i 2022.

Retten har derfor ikke anledning til på nuværende tidspunkt at tage stilling til forsvarerens påstand.”

T kærede byrettens afgørelse til Østre Landsret med påstand om ophævelse af afgørelsen og hjemvisning af sagen til realitetsbehandling.

Under landsrettens behandling af kæresagen fremlagde anklagemyndigheden en række oplysninger om tilvejebringelsen af materialet fra EncroChat, herunder notat af 21. maj 2021 fra Danmarks repræsentant ved Den Europæiske Unions Agentur for Strafferetligt Samarbejde (Eurojust), statsadvokat Jesper Hjortenberg, hvoraf fremgår bl.a.:

”I en del år og frem til starten af 2020 var ENCROCHAT blevet en af de største udbydere af krypteret digital kommunikation med en meget høj andel af brugere knyttet til alvorlig og organiseret kriminalitet. De særlige telefoner, som ENCROCHAT solgte til brugerne, blev i stigende grad fundet i forbindelse med aktioner mod de relevante miljøer over store dele af Europa, herunder i Danmark. De servere, som ENCROCHAT betjente sig af, var alle placeret i Frankrig. På et tidspunkt i forbindelse med efterforskning-

gen blev det muligt for de franske myndigheder at omgå krypteringen og dermed få adgang til en stor mængde data og korrespondance relateret til brugere i mange lande. Data blev tilgået med de fornødne franske retskendelser og i overensstemmelse med fransk lovgivning.

...

Da forholdene omkring ENCROCHAT var blevet offentlig kendt, holdt Frankrig, Holland samt Europol og Eurojust den 2. juli 2020 en fælles pressekonference og udsendte en fælles pressemeddelelse.

Det skal understreges, at der frem til dette tidspunkt ikke havde været nogen form for dansk deltagelse i efterforskningsaktiviteterne omkring ENCROCHAT. Danmark var gennem Europol uden at være inddraget i efterforskningen og uden at kende den nærmere baggrund for oplysningerne blevet underrettet i enkelte konkrete tilfælde, hvor der ud fra ENCROCHAT data skønnedes at være tale om umiddelbar fare for enkeltpersoners liv eller helbred. Europol delte således, hen over medio og ultimo 2020, et begrænset antal rapporter med efterretninger om aktiviteter og mistænkte, med Danmark til brug for videre analyse og efterforskning.

I forbindelse med den fransk-hollandske efterforskning blev data fra ENCROCHATs servere overgivet til Europol. I Europol regi blev der herefter oprettet en operationel task force – OTF Emma. Danmark blev inviteret ind i OTF Emma samarbejdet i december 2020, og der blev fra starten af januar 2021 givet adgang til, at danske efterforskere kunne arbejde særskilt med data om mistænkte i Danmark. Derigennem kunne dansk politi få adgang til at analysere de data fra ENCROCHAT, som vedrørte danske forhold, ligesom dansk politi kunne begynde arbejdet med at identificere de danske brugere. Brug af oplysningerne i politiets efterforskning samt som bevis i straffesager kræver i hvert enkelt tilfælde fremsendelse af en retsanmodning til den kompetente undersøgelsesdommer i Frankrig, idet franske myndigheder er dataejer grundet servernes geografiske placering. Efter en konkret vurdering godkender de franske myndigheder herefter den konkrete judicielle brug af oplysningerne. Retsanmodninger fra Danmark fremsendes gennem den danske og franske desk ved Eurojust.”

Ts daværende forsvarer sendte den 1. oktober 2021 en mail til landsretten, hvori han understregede, at kæremålet alene angik, om byretten i medfør af retsplejelovens § 746 skulle have realitetsbehandlet de rejste spørgsmål om legalitet.

Den 7. oktober 2021 stadfæstede landsretten byrettens afgørelse. Af landsrettens begrundelse fremgår bl.a.:

”Landsretten finder, at anklagemyndighedens anvendelse af udskrifter fra EncroChat som led i efterforskningen i den pågældende straffesag efter det foreliggende ikke i sig selv udgør sådanne konkrete efterforskningsskridt, som kan gøres til genstand for retens legalitetskontrol efter reglen herom i retsplejelovens § 746, stk. 1, eller princippet heri.

Der er herunder lagt vægt på de oplysninger, som er fremlagt af anklagemyndigheden, hvoraf det fremgår bl.a., at de omhandlede oplysninger fra Encro-chat er indsamlet af de franske myndigheder i overensstemmelse med fransk lovgivning, uden at der er fremlagt nærmere oplysninger herom, og at oplysninger fra denne indsamling på baggrund af retsanmodninger fra de danske myndigheder til de franske myndigheder efterfølgende er blevet udleveret til brug for politiets efterforskning og som bevis i straffesager i et antal tilfælde. Der er ikke oplysninger om, at indsamlingen i sin tid skulle være sket på foranledning af danske myndigheder.

Med denne begrundelse tiltræder landsretten, at der ikke er grundlag for at tage forsvarerens påstand om rettens prøvelse efter retsplejelovens § 746, stk. 1, under realitetsbehandling.

Der er ikke herved taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt udskrifterne fra Encro-chat vil kunne fremlægges som bevis under en eventuel hovedforhandling.”

Den 29. december 2021 meddelte Procesbevillingsnævnet T tilladelse til at kære landsrettens kendelse til Højesteret.

Under hovedforhandlingen i straffesagen mod T og flere medtiltalte tog byretten stilling til, om materiale fra bl.a. EncroChat kunne anvendes som bevis. Ved kendelse af 17. januar 2022 bestemte byretten, at de indhentede oplysninger fra bl.a. EncroChat ikke skulle udgå af sagen.

Den 10. februar 2022 stadfæstede landsretten byrettens kendelse. Af landsrettens begrundelse fremgår bl.a.:

”På grundlag af anklagemyndighedens oplysninger, herunder indholdet af Notat om EncroChat dateret den [21. maj 2021] fra Danmarks repræsentant ved Eurojust, Statsadvokat Jesper Hjortenberg, lægger landsretten til grund, at de omhandlede data fra EncroChat er indsamlet af de franske myndigheder i overensstemmelse med fransk lovgivning og med de fornødne franske retskendelser.

Indsamling af data fra EncroChat er sket på baggrund af retsanmodninger fra de danske myndigheder til de franske myndigheder og er efterfølgende udleveret til brug for politiets efterforskning og bevis i straffesager i et antal tilfælde. Det er ikke sandsynliggjort, at indsamlingen af oplysninger i sin tid er sket på foranledning af danske myndigheder.

På den baggrund, og uanset om de franske myndigheders sikring af de omhandlede data er sket på en måde, der opfylder betingelserne efter dansk ret for at foretage et sådant indgreb, findes der ikke grundlag for at træffe bestemmelse om, at de indhentede EncroChat-data skal udgå af sagen.”

Byretten afsagde dom i straffesagen den 24. marts 2022. T har efter det oplyste anket dommen til landsretten.

Anbringender

T har anført bl.a., at Højesteret bør tillade, at kæremålet udvides, således at Højesteret tager stilling til, om EncroChat-materialet kan anvendes som bevis under hovedforhandlingen i sagen.

Det er forbundet med væsentlige betænkeligheder, hvis EncroChat-materialet tillades anvendt som bevis. Materialet er tilvejebragt ulovligt, og det er upålideligt som bevismiddel. Anvendelse af materialet vil være i strid med artikel 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, da usikkerhederne i materialet medfører, at han er afskåret fra på kvalificeret vis at anfægte bevisets lødighed.

Hvis Højesteret ikke under dette kæremål vil tage stilling til, om EncroChat-materialet kan tillades anvendt som bevismiddel under hovedforhandlingen i sagen, skal sagen hjemvises til realitetsbehandling i medfør af retsplejelovens § 746.

Danmark har gennem Europol-samarbejdet deltaget i sikringen, dekrypteringen og håndteringen af EncroChat-materialet, og sådanne efterforskningskridt er omfattet af den legalitetskontrol, som domstolene skal foretage efter retsplejelovens § 746. Det kan ikke lægges til grund, at materialet er indhentet og sikret i henhold til fransk lovgivning, sådan som både byretten og landsretten har forudsat. Spørgsmålet om lovligheden af indhentelsen og sikringen af EncroChat-materialet er indbragt for den franske højesteret.

Anklagemyndigheden har anført bl.a., at Højesteret under dette kæremål alene skal foretage en prøvelse af, om landsretten har anvendt reglerne i retsplejelovens § 746, stk. 1, korrekt.

Efter forarbejderne til § 746, stk. 1, har domstolene alene kompetence til at prøve lovligheden af politiets efterforskningskridt. Anvendelsen af EncroChat-materialet som led i det danske politis efterforskning er ikke et efterforskningskridt, der kan gøres til genstand for rettens legalitetskontrol efter retsplejelovens § 746, stk. 1, eller princippet heri.

Danmarks deltagelse i Europol-samarbejdet kan ikke i sig selv føre til, at dansk politi må anses for at have deltaget i de franske myndigheders sikring og dekryptering af EncroChat. Dansk politi har fået adgang til oplysninger i EncroChat gennem retsanmodninger til de fran-

ske myndigheder, og det må lægges til grund, at EncroChat-materialet er tilvejebragt lovligt i Frankrig.

Hvis den franske højesteret måtte nå frem til, at EncroChat-materialet ikke er tilvejebragt lovligt, skal der tages stilling til, om de ulovligt tilvejebragte beviser kan anvendes i sagen. Et sådant spørgsmål skal ikke afklares i forbindelse med en prøvelse efter retsplejelovens § 746, stk. 1.

Højesterets begrundelse og resultat

For Højesteret har T i første række gjort gældende, at Højesteret under dette kæremål, der angår legalitetsprøvelse af politiets efterforskningskridt i medfør af retsplejelovens § 746, stk. 1, skal tage stilling til, om udskrifter fra EncroChat kan anvendes som bevis under hovedforhandlingen i sagen.

Twist om anvendelse af udskrifter fra EncroChat som bevis under hovedforhandlingen i sagen må forelægges retten til afgørelse efter retsplejelovens § 841. Der kan derimod ikke ske prøvelse af en sådan twist i medfør af retsplejelovens § 746, stk. 1, der angår prøvelse af lovligheden af politiets efterforskningskridt.

Højesteret tager derfor ikke Ts principale påstand under påkendelse.

T har i anden række gjort gældende, at retten skal foretage en prøvelse af lovligheden af politiets efterforskningskridt, idet sikringen, dekrypteringen og håndteringen af EncroChat-materialet i sagen er omfattet af domstolenes legalitetskontrol i medfør af retsplejelovens § 746, stk. 1.

Efter retsplejelovens § 746, stk. 1, afgør retten tvistigheder om lovligheden af politiets efterforskningskridt.

Af forarbejderne til § 746, stk. 1, fremgår bl.a., at retten for så vidt angår politiets efterforskningskridt kun kan prøve lovligheden, og at politiet inden for de grænser, som sættes af loven og dens retsgrundsætninger, bør være frit stillet med hensyn til, hvilke undersøgelser politiet vil foretage, og hvilken fremgangsmåde politiet vil følge under efterforskningen, jf. betænkning nr. 622/1971 om efterforskning i straffesager mv., side 14.

Det fremgår af oplysningerne i sagen, herunder notatet af 21. maj 2021 fra Eurojust, at sikringen, dekrypteringen og håndteringen af de indsamlede oplysninger fra EncroChat blev foretaget af de franske myndigheder som led i en efterforskning i Frankrig, som Danmark ikke deltog i.

Danmarks deltagelse i ”OTF Emma” i Europol regi som beskrevet i notatet af 21. maj 2021 fra Eurojust kan ikke i sig selv føre til, at de danske myndigheder må anses for at have deltaget i de franske myndigheders efterforskning, og T har ikke anført, hvilke konkrete efterforskningsskridt foretaget af dansk politi, som han i medfør af retsplejelovens § 746, stk. 1, anmoder retten om at prøve lovligheden af, ligesom han ikke har anført, hvilke ulovligheder han påberåber sig.

Efter det anførte tager Højesteret ikke Ts subsidiære påstand til følge.

Herefter stadfæster Højesteret landsrettens kendelse.

Thi bestemmes:

Landsrettens kendelse stadfæstes.

T skal betale kæresagens omkostninger for Højesteret.