

HØJESTERETS KENDELSE

afsagt onsdag den 11. januar 2023

Sag 23/2022

Anklagemyndigheden

mod

T1

(advokat Peter Secher),

T2

(advokat Jane Ranum)

og

T3

(advokat Jakob Buch-Jepsen)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Retten på Frederiksberg den 9. december 2021 (2380/2021) og af Østre Landsrets 22. afdeling den 31. januar 2022 (S-3424-21).

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Poul Dahl Jensen, Vibeke Rønne, Lars Hjortnæs, Kurt Rasmussen og Ole Hasselgaard.

Påstande

De kærende, T1, T2 og T3, har nedlagt påstand om, at udskrifter fra EncroChat ikke tillades som bevis i sagen, subsidiært at spørgsmålet hjemvises til ny realitetsbehandling, og mere subsidiært at behandlingen af kæremålet for Højesteret udsættes.

Indkærede, anklagemyndigheden, har påstået stadfæstelse.

Sagsfremstilling

Straffesagen

Den 8. december 2021 blev der ved Retten på Frederiksberg indledt hovedforhandling i en nævningesag mod i alt syv tiltalte om bl.a. drab, drabsforsøg og våbenbesiddelse. Her nedlag-

de forsvarerne påstand om, at udskrifter fra kommunikation via den krypterede tjeneste EncroChat skal udgå af sagen. I kendelse af 9. december 2021 bestemte byretten, at påstanden ikke skulle tages til følge. Af byrettens begrundelse fremgår:

”EncroChat-data

...

Der foreligger ingen oplysninger, der gør det muligt for retten at vurdere, om de franske myndigheders sikring af de omhandlede data, angiveligt fra de pågældende servere, er sket på en måde, der opfylder betingelserne efter dansk ret for at foretage et sådant indgreb.

...

Efter det oplyste er de EncroChat-data, der indgår i denne sag, indhentet ved en anmodning i overensstemmelse med EU-retshjælpskonventionens regler, og anklagemyndigheden har i øvrigt henvist til bl.a. afgørelsen af 30. september 2020 fra undersøgelsesdommeren i Lille, hvoraf fremgår bl.a.:

”Under henvisning til den af fru Laura BIRCH, specialanklager ved statsadvokaturen inden for organiseret kriminalitet ved KØBENHAVNS Politi i DANMARK, truffede beslutning om europæisk efterforskning under j.nr. 070073112-00020-20 som følge af drabsforsøg ved organiseret bande, overtrædelser af lovgivningen om våben, stiftelse af/deltagelse i forbrydersammenslutning,

Under henvisning til Konventionen om gensidig retshjælp i straffesager mellem medlemsstaterne i Den Europæiske Union af 29. maj 2000 og protokollen af 16. oktober 2001,

...

Under henvisning til den til hr. Generaldirektør for det Nationale Gendarmeri afleverede/udstedte retsanmodning, giver vi herved ved hr. Generaldirektør for det Nationale Gendarmeri, som er ansvarlig for nærværende retsanmodning og den vedrørende forundersøgelserne JIRSAC/20/5 afleverede/udstedte retsanmodning, tilladelse til overdragelse/overførsel af dataet, som er et resultat af den digitale datafangst udført inden for rammerne af forundersøgelserne nr. JIRSAC/20/5, vedrørende de forhold, som synes at være begået på dansk territorium af brugerne "X", til fru Laura BIRCH, specialanklager ved statsadvokaturen inden for organiseret kriminalitet ved KØBENHAVNS Politi i DANMARK.

Der kan gøres brug af det overdragne data inden for rammerne af nærværende anmodning om gensidig retshjælp inden for alle undersøgelser og med henblik på enhver retssag, retsforfølgning,”

Når dette sammenholdes med det oplyste i notatet af 21. maj 2021 om EncroChat om, at dataene fra EncroChat ”blev tilgået med de fornødne franske retskendelser og i overensstemmelse med fransk lovgivning”, finder retten, at det kan lægges til grund, at det til brug for denne sag indhentede EncroChat-data er lovligt tilvejebragt af anklagemyndigheden.

...

Retten bemærker herefter, at det må lægges til grund, at andre efterforskningskridt, end indhentelse af det omhandlede data, ikke ville have været egnet til at sikre tilsvarende bevis i nærværende sag, der vedrører manddrab og forsøg på manddrab under anvendelse af skydevåben i det offentlige rum i forbindelse med en bandekonflikt.

Efter de foreliggende oplysninger er der desuden ikke grundlag for at antage, at tilvejebringelsen af de omhandlede data og de omstændigheder, hvorunder tilvejebringelsen er sket, i sig selv kan udgøre et retssikkerhedsmæssigt problem i forbindelse med sagens afgørelse.

De bevismæssige spørgsmål, der knytter sig til det omhandlede data, herunder betydningen af, at data ikke nødvendigvis er fuldstændige og kan være fejlbehæftet, samt den omstændighed, at telefoner og profiler kan være benyttet af mere end én person, vil skulle indgå i rettens fri bevisbedømmelse.

Retten finder herefter ikke grundlag for at tage påstanden om, at det omhandlede data skal udgå af sagen, til følge.”

Seks af de syv tiltalte i sagen kærede byrettens kendelse til Østre Landsret, der ved afgørelse af 31. januar 2022 stadfæstede byrettens kendelse. Af landsrettens begrundelse fremgår:

”På grundlag af anklagemyndighedens oplysninger 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. Data fra denne indsamling er på baggrund af retsanmodninger fra de danske myndigheder til de franske myndigheder efterfølgende udleveret til brug for politiets efterforskning og bevis i straffesager i et antal tilfælde. Indsamlingen af oplysninger er i sin tid ikke 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.

Landsretten har ikke herved taget stilling til den bevismæssige vægt af dataene fra EncroChat.

Herefter, og da det for landsretten i øvrigt anførte ikke kan føre til et andet resultat, stadfæster landsretten byrettens kendelse.

De af forsvarerne i øvrigt fremsatte påstande og anmodninger vedrører forhold, der ikke er omfattet af byrettens kendelse, hvorfor der ikke kan ske en prøvelse heraf. Landsretten afviser derfor at tage stilling til disse spørgsmål.”

Byretten afsagde den 11. maj 2022 dom i straffesagen. Ved dommen blev T2 og T3 idømt henholdsvis fængsel på livstid og fængsel i 10 år. T1 blev frifundet. Det er oplyst, at T2 og T3 har anket dommen.

Retsanmodninger i sagen

Om behandlingen af de retsanmodninger, der vedrører udskrifter fra EncroChat, er det oplyst, at Appellretten i Douai, Interregional specialenhed ved straffedomstolen i Lille, ved kendelse af 30. september 2020 i sag CRI nr. 2020/121 gav tilladelse til, at generaldirektøren for det nationale gendarmeri kunne overdrage/overføre data fra EncroChat til den danske anklagemyndighed om de forhold, der synes at være begået på dansk territorium af brugerprofilen ”X”, som efter de danske myndigheders opfattelse var blevet brugt af T2. Ved kendelse af 8. december 2020 i sag CRI nr. 2020/168 gav samme ret en tilsvarende tilladelse til at overdrage/overføre data fra EncroChat om bl.a. brugerprofilen ”Z”, som efter de danske myndigheders opfattelse var blevet brugt af T3.

EncroChat

Der er fremlagt en række oplysninger om EncroChat, herunder et notat af 21. maj 2021 fra den danske repræsentant ved Den Europæiske Unions Agentur for Strafferetligt Samarbejde (Eurojust), 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 efterforskningen 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.”

Politiet udarbejdede i 2021 en ”varedeklaration”, der omhandler anvendelse af data fra EncroChat i forbindelse med efterforskningen og behandlingen af straffesager. Varedeklarationen har til formål at beskrive data sikret fra EncroChat samt eventuelle fejl og usikkerheder ved anvendelse af disse data i straffesager. I varedeklarationen gennemgås nogle generelle punkter, som myndighederne skal være opmærksomme på bl.a. som følge af, at dansk politi ikke har den tekniske dokumentation for, hvordan de franske myndigheders sikring af data fra EncroChat skete.

Anbringender

De kærende har til støtte for påstanden om, at udskrifter fra EncroChat skal udgå af sagen, anført navnlig, at Danmark gennem Europol- og Eurojust-samarbejdet har deltaget i sikringen, dekrypteringen og håndteringen af EncroChat-materialet. Der er derfor tale om efterforskningsskridt omfattet af den legalitetskontrol, som de danske domstole skal foretage. Det indebærer, at materialet kun kan indgå som bevis i sagen, hvis tilvejebringelsen, sikringen og håndteringen har levet op til de krav, der i dansk ret stilles til sådanne alvorlige efterforskningsindgreb.

Disse betingelser er ikke opfyldt. Materialet er tilvejebragt ved, at de franske myndigheder har foretaget datafangst af samtlige EncroChat-brugeres kommunikation fuldstændigt uafhængig af konkret mistanke om den enkelte brugers tilknytning til strafbare forhold. Dermed strider tilvejebringelsen af materialet ikke blot mod retsplejelovens regler om efterforskningsindgreb, men også mod grundlæggende danske retsprincipper.

Den generelle og automatiske sikring af samtlige brugeres beskeder er endvidere et indgreb i kommunikationshemmeligheden i strid med e-databeskyttelsesdirektivet sammenholdt med artikel 7, 8 og 11 samt artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Der foreligger tillige en overtrædelse af Den Europæiske Menneskerettigheds-konventions artikel 8 om ret til privatliv.

Der er en formodning for, at EncroChat-materialet ikke alene er indhentet fra servere i Frankrig, men også fra EncroChat-brugeres telefoner, herunder fra danske brugeres telefoner. Det er ikke entydigt oplyst, hvilken rolle henholdsvis de franske og danske myndigheder i givet fald har spillet ved tilvejebringelsen af data fra telefonerne. Det står heller ikke klart, hvilke tekniske procedurer myndighederne har anvendt for at undgå, at der som led i sikringen, dekrypteringen og håndteringen af EncroChat-materialet kunne ske f.eks. sammenblanding af forskellige brugeres beskeder eller forvanskning af tidsstempler på beskeder. Hvis EncroChat-materialet tillades ført som bevis, vil disse uklarheder reelt afskære forsvarerne fra konkret at belyse og anfægte materialets værdi som bevis i sagen. Vigtigheden af forsvarernes adgang til nærmere oplysninger om tilvejebringelsen og håndteringen understreges af, at de franske domstole i konkrete sager har gjort anvendelsen af EncroChat-materiale som bevis i straffesager betinget af, at efterforskningsmyndighederne godtgør oplysningernes ægthed eller giver en nærmere redegørelse for materialets tilvejebringelse og håndtering.

Hvis udskrifter fra EncroChat tillades anvendt som bevis, må de forventes at få afgørende betydning. Straffesagens meget alvorlige karakter taler imod at lade materialet indgå på trods af betydelig tvivl om, hvorvidt sikringen, dekrypteringen og håndteringen er sket på en teknisk betryggende måde og i overensstemmelse med grundlæggende straffeprocessuelle retsgarantier og frihedsrettigheder.

Til støtte for påstanden om udsættelse er det anført navnlig, at anklagemyndigheden ikke har fremlagt en nærmere redegørelse fra den franske anklagemyndighed eller Eurojust om, hvorvidt de franske domstole har taget endelig stilling til, om de franske myndigheders behandling af data fra EncroChat har været lovlig. Den franske kassationsdomstol har i en kendelse af 11. oktober 2022 i en anden sag hjemvist spørgsmålet om anvendelse af EncroChat-materiale på grund af mangelfuld attestation om materialets ægthed og pålidelighed. Hertil kommer, at Landgericht Berlin i en kendelse af 19. oktober 2022 har stillet nogle præjudicielle spørgsmål

til EU-Domstolen. Besvarelsen heraf vil være egnet til at belyse, om franske myndigheders sikring af EncroChat-data har været forenelig med EU-retten.

Anklagemyndigheden har anført navnlig, at de franske myndigheders sikring af data fra EncroChat ikke er sket på foranledning af de danske myndigheder. Materialet er indsamlet af de franske myndigheder i overensstemmelse med fransk lovgivning og efterfølgende overdraget til de danske myndigheder på baggrund af retsanmodninger og i henhold til kendelser afsagt af en fransk domstol. De danske domstole skal i en sådan situation ikke foretage en prøvelse hverken efter dansk eller fransk ret af de franske myndigheders sikring, dekryptering og håndtering af EncroChat-materialet, men skal alene vurdere, om der er grundlag for at antage, at materialet er tilvejebragt i strid med grundlæggende danske retsprincipper.

I den foreliggende sag er der ikke holdepunkter for at antage, at grundlæggende danske retsprincipper er tilsidesat. Navnlig kan en sådan antagelse ikke støttes på, at de franske regler for efterforskningsmyndigheders tilvejebringelse af materiale af den omhandlede karakter måtte være mere lempelige end de tilsvarende danske regler.

Anvendelse af data fra EncroChat som bevis i straffesager indebærer ikke en overtrædelse af e-databeskyttelsesdirektivet sammenholdt med Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, sådan som de pågældende rettigheder er blevet fortolket i bl.a. EU-Domstolens dom af 5. april 2022 i sag C-140/20 (GD-dommen). Dette følger allerede af, at det i dommen udtales, at spørgsmål om anvendelse af beviser som udgangspunkt hører under national ret.

Der er ikke holdepunkter for en forhåndsantagelse om, at data fra EncroChat blev sikret af de franske myndigheder på en måde, der ikke var teknisk betryggende. De usikkerhedsmomenter og fejlkilder, der er i materialet, har dansk politi beskrevet i en varedeklaration og kvalitetsrapporter. Forsvarerne er derfor ikke afskåret fra at anfægte materialets bevisværdi, hvorefter retten på sædvanlig vis vil kunne foretage en samlet bevisbedømmelse, herunder af udskrifter fra EncroChat sammenholdt med sagens andre beviser.

I vurderingen af, hvorvidt EncroChat-materialet skal udgå som bevis på grund af eventuel tvivl med hensyn til retmæssigheden eller den tekniske fremgangsmåde ved indhentningen, må det også indgå, at sagen angår særdeles alvorlig personfarlig kriminalitet, som samfundet

har en væsentlig interesse i at kunne retsforfølge effektivt. Indvendinger, der i det væsentlige svarer til de kærendes synspunkter i denne sag, har i andre europæiske lande, herunder Norge og Sverige, ikke ført til, at anklagemyndigheden er blevet nægtet at fremlægge EncroChat-materiale, der er tilgået disse landes myndigheder på tilsvarende måde.

Der er ikke grundlag for at hjemvise eller udsætte afgørelsen af, om EncroChat-materialet skal udgå af sagen. Den franske kassationsdomstols kendelse af 11. oktober 2022 angik en mangel ved underinstansens begrundelse og ikke tvivl med hensyn til lovligheden af indsamlingen af EncroChat-data efter fransk ret. De præjudicielle spørgsmål, som Landgericht Berlin ved kendelse af 19. oktober 2022 har forelagt EU-Domstolen, kan heller ikke begrunde, at sagen udsættes. Selv hvis indsamlingen og behandlingen af EncroChat-data på visse punkter måtte være sket i strid med EU-retlige regler, er det ikke ensbetydende med, at udskrifter fra EncroChat skal nægtes tilladt som bevis.

Højesterets begrundelse og resultat

Spørgsmålet er, om udskrifter fra EncroChat skal udgå af straffesagen mod de kærende.

Det fremgår af oplysningerne i sagen, herunder notatet af 21. maj 2021 fra den danske repræsentant ved Eurojust, at sikringen, dekrypteringen og håndteringen af indsamlede oplysninger fra EncroChat blev foretaget af de franske myndigheder som led i en efterforskning i Frankrig, som danske myndigheder ikke deltog i. Danske myndigheders deltagelse i ”OTF Emma” i Europol-regi som beskrevet i notatet kan ikke i sig selv føre til, at de danske myndigheder må anses for at have deltaget i de franske myndigheders efterforskning, jf. Højesterets kendelse af 27. september 2022 (UfR 2022.4878). Det må derfor lægges til grund, at de franske myndigheders indsamling af oplysninger fra EncroChat ikke skete som led i danske myndigheders efterforskning eller på foranledning af danske myndigheder. Under disse omstændigheder finder Højesteret, at der ikke skal foretages en bedømmelse af indsamlingen efter den danske retsplejelovs regler om straffeprocessuelle indgreb.

Baggrunden for de franske myndigheders indsamling af data fra EncroChat var efter det oplyste, at det havde vist sig, at EncroChat som udbyder af krypteret digital kommunikation havde en meget høj andel af brugere knyttet til alvorlig og organiseret kriminalitet.

Anklagemyndigheden har på baggrund af retshjælpsanmodninger fået de franske myndigheds tilladelse til at anvende indsamlede data fra EncroChat i straffesagen mod de kærende.

Udskrifter fra EncroChat kan herefter som udgangspunkt anvendes i straffesagen, og Højesteret finder, at der ikke foreligger retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, der kan begrunde, at dette udgangspunkt fraviges. Det bemærkes herved, at politiet har udfærdiget en ”varedeklaration” til brug for anvendelsen af EncroChat-materiale i straffesager. Heri gennemgås eventuelle fejkilder og usikkerheder, som myndighederne skal være opmærksomme på bl.a. som følge af, at det ikke er nærmere oplyst, hvordan de franske myndigheder foretog den tekniske sikring af data fra EncroChat.

Efter det anførte er der ikke grundlag for at hjemvise eller udsætte afgørelsen af, om udskrifterne skal nægtes anvendt som bevis i straffesagen mod de kærende.

Højesteret tiltræder herefter, at udskrifterne fra EncroChat ikke skal udgå af sagen, og stadfæster derfor landsrettens kendelse.

Thi bestemmes:

Landsrettens kendelse stadfæstes.