



Högsta domstolen  
Box 2066  
103 12 Stockholm

## **MU./ riksåklagaren ang. grovt narkotikabrott m.m.**

*(Hovrättens för Västra Sverige dom den 17 mars 2021 i mål B 1466-21)*

Högsta domstolen har förelagt mig att sända eller lämna in förklaring över MU:s överklagande. Jag vill anföra följande.

### **Min inställning**

Jag bestrider ändring av hovrättens dom och ser inte att det finns något skäl att meddela prövningstillstånd med anledning av överklagandet.

### **Bakgrund**

#### **Åtalet**

MU åtalades den 10 december 2020 för bl.a. grovt narkotikabrott genom att han tillsammans och i samförstånd med andra gärningsmän uppsåtligen i överlåtelsesyfte olovligen förvärvat cirka ett kilo kokain och överlätit minst 497 gram kokain, som är narkotika. Det hände mellan den 27 maj 2020 och den 31 maj 2020 på Sehlstedtgatan, Göteborgs stad, eller annan okänd plats i landet. Brottet borde enligt åtalet bedömas som grovt då det avsett en särskilt stor mängd narkotika av särskild hög renhetsgrad.

#### **Tingsrätten**

Tingsrätten dömde MU för rattfylleri, narkotikabrott, ringa brott, och grovt narkotikabrott till fängelse i fyra år och sex månader. Tidigare villkorligt medgiven frihet förklarades helt förverkad. Tingsrätten förklarade vidare 38 000 kronor avseende från MU beslagtagna kontanter förverkade eftersom det enligt tingsrätten var klart mer sannolikt att kontanterna utgjorde utbyte av brott än att så inte var fallet samt eftersom ett förverkande inte bedömdes vara oskäligt.

#### **Hovrätten**

Hovrätten ändrade tingsrättens dom endast på så sätt att hovrätten beträffande åtalpunkterna 2 och 3, med tillämpning av 1 § första stycket 1, 3 och 6 samt 3 § första stycket narkotikastrafflagen, dömde MU för ett grovt narkotikabrott.

Vid straffmätningen tog hovrätten hänsyn till att MU varit häktad med restriktioner under en tid om knappt sju månader och att det funnits begränsade

möjligheter för honom att ta emot besök efter att restriktionerna hävdes. Hovrätten bedömde att handläggningen hos Åklagarmyndigheten och därmed häktningstidens längd inte utgjorde skäl för att inte förverka eller endast delvis förverka den återstående strafftiden.

### **EncroChat-bevisning**

Som bevisning till stöd för åtalet åberopades bland annat material från s.k. EncroChat-kommunikation. EncroChat är namnet på ett företag som sålt en krypterad kommunikationslösning via modifierade mobiltelefoner. Kommunikation via EncroChat har kunnat ske enbart mellan användare som har en särskild EncroChat-telefon. Den krypterade kommunikationstjänsten har använts för kommunikation inom kriminella nätverk över hela Europa.

Under år 2020 framkom att franska myndigheter med stöd av fransk lag hade fått tillgång till kommunikation som skett via EncroChat-tjänsten i okrypterad form. EncroChat-materialet har därefter i ett flertal fall överlämnats från Frankrike till Sverige genom att svenska åklagare har utfärdat europeiska utredningsordrar med begäran om att få del av det material som funnits tillgängligt i Frankrike. De utfärdade utredningsordrarna har inte innefattat någon begäran om att franska myndigheter skulle verkställa någon utredningsåtgärd. De har istället enbart avsett begäran om att få del av redan befintligt material, vilket Sverige fått efter rättslig prövning i Frankrike. I det nu aktuella målet har EncroChat-materialet överlämnats från Frankrike efter att behörig åklagare fattat beslut om en europeisk utredningsorder i juli 2020 och begäran har godkänts i Frankrike senare i samma månad.

På Eurojusts webbsida <https://www.eurojust.europa.eu/> finns viss information om bakgrunden till identifieringen av den krypterade kommunikationslösningen EncroChat där det klargörs att det franska arbetet har bedrivits i enlighet med tillämpliga rättsregler. En svensk översättning av den publicerade informationen, utförd av översättargruppen vid Polismyndighetens nationella operativa avdelning (NOA), bifogas denna svarsskrivelse som en bilaga.

Av informationen framgår bl.a. att den krypterade kommunikationslösningen EncroChat har genomförts via i Frankrike installerade servrar till förmån för kunder över hela världen. I den franska utredningen har det varit möjligt att sammanföra information om hur EncroChat tekniskt fungerar, vilket lett till att en teknisk lösning kunnat tas fram för att hämta in användarnas icke-krypterade kommunikation. Det framgår vidare att utlämnande av uppgifter rörande den tekniska lösning som använts av franska myndigheter är straffbart enligt fransk lag men att följande uppgifter ändå kan lämnas (översättningen citeras här).

- Tack vare en teknisk lösning har åtkomst möjliggjorts, på ett icke-krypterat sätt, till kommunikationer tillhörande ett stort antal tekniker och användare, inblandade i brottslig verksamhet, av denna kommunikationslösning som avsiktligt ställts till kriminella organisationers förfogande.

- En teknisk lösning för vilken ”statliga resurser som är föremål för nationell försvarssekretess” har föreskrivits med stöd av artikel 706-102-1 i straffprocesslagen.
- En lösning vars utformning och mekanism omfattas av den nationella försvarssekretessen, men som emottagits och använts av ett enligt lag bemyndigat organ att göra detta, dvs. den Centrala kriminalunderrättelsetjänsten vid Nationella Gendarmeriet (Service Central de Renseignement Criminel de la Gendarmerie Nationale (SCRC)), Nationella Gendarmeriets kriminalavdelning (Pôle Judiciaire de la Gendarmerie Nationale (PJGN)), i enlighet med art. D15-1-6 i straffprocesslagen.

## Överklagandet

MU har överklagat hovrättens dom och yrkat att Högsta domstolen ska ogilla åtalet avseende grovt narkotikabrott (åtalpunkten 2), rattfylleri (åtalpunkten 4) och narkotikabrott (åtalpunkten 3) såvitt gäller påståendet att narkotikan har innehafts i överlåtelsesyfte. MU yrkar vidare att åklagarens talan om utvidgat förverkande ska ogillas samt att villkorligt medgiven frihet inte ska förverkas.

I andra hand yrkar MU att målet ska återförvisas till underinstans på grund av felaktig handläggning.

Som skäl för prövningstillstånd har han uppgett att det är av vikt för rättstillämpningen att Högsta domstolen klargör följande frågor.

1. För det fall åklagarmyndigheten handlägger ett mål med frihetsberövade personer i strid med det skyndsamhetskrav som gäller bör detta beaktas vid straffmätningen med stöd av 29 kap. 5 § p. 9 BrB, eller ska tidsutdräkten beaktas vid bedömningen av huruvida den villkorliga frigivningen ska förverkas eller inte i enlighet med 34 kap. 5 § andra stycket p. 3 BrB?
2. Utgör Encrochattmaterial tillåten bevisning? Om rättigheter har överskridits genom att materialet har tillåtits som bevisning, ska detta beaktas till den tilltalades fördel vid straffmätningens värde enligt 29 kap. 5 § p. 9 BrB?

I frågan om tillåtligheten av EncroChat-material som bevisning har MU gjort gällande att Högsta domstolen bör ta ställning till hur EncroChat-materialet ska klassificeras i svensk rätt, nämligen om det är att betrakta som överskottsmaterial från hemlig dataavläsning, som överskottsmaterial från hemlig avlyssning och övervakning av elektronisk kommunikation eller som beslagshandlingar från en i beslag tagen server i Frankrike.

Det görs i första hand gällande att EncroChat-materialet har inhämtats på ett sätt som är att likställa med en tvångsåtgärd som motsvarar hemlig dataavläsning, eftersom all information som har funnits på aktuell mobilenhet har avlästs, och att materialet bör behandlas som uppteckningar/upptagningar av hemlig dataavläsning samt att endast svensk domstol kan fatta beslut beträffande sådant material.

I andra hand görs det gällande att EncroChat-materialet i vart fall är att betrakta som i beslag tagen kommunikation från den franska servern, eftersom materialet rimligtvis har anskaffats via tvångsmedel.

Det görs oavsett gällande att förfarandet för hur EncroChat-materialet har inhämtats strider mot såväl inhemsk som internationell rätt, och inte borde tillåtas. För det fall Högsta domstolen skulle finna, i ljuset av principen om fri bevisföring, att materialet ska tillåtas trots att gällande rätt inte följts bör detta beaktas till den tilltalades fördel vid straffmättningsvärdet.

I överklagandet anförs vidare att den huvudsakliga bevisningen i målet utgörs av EncroChat-material och att MU inte skulle ha dömts om EncroChat-materialet inte hade tillåtits i målet. Effekterna av detta bör enligt överklagandet i första hand vara en frikännande dom och i andra hand att straffet sätts ned ordentligt. I vart fall borde enligt MU målet återförvisas till underinstans för en ny handläggning eftersom bevisning som inte har varit tillåten har legat till grund för underinstansernas bedömning.

## **Grunderna för min inställning**

### **Lagen om en europeisk utredningsorder**

Lagen (2017:1000) om en europeisk utredningsorder infördes den 1 december 2017 som ett led i genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/41/EU om en europeisk utredningsorder på det straffrättsliga området. Direktivet, som antogs den 3 april 2014, byggde på ett initiativ från bl.a. Sverige. I förarbetena konstaterades att lagen skulle förbättra möjligheterna att inhämta bevisning mellan EU:s medlemsstater och därmed förstärka det brottsbekämpande arbetet. Lagen innebär att en svensk domstol eller åklagare kan utfärda en europeisk utredningsorder som ska erkännas och verkställas i en annan medlemsstat, om det finns bevisning där som behövs för att utreda brott i Sverige. (Prop. 2016/17:218.)

Med en europeisk utredningsorder avses

1. ett beslut i Sverige som innebär att en utredningsåtgärd ska vidtas i en annan medlemsstat i syfte att inhämta bevisning och som har meddelats av en åklagare eller domstol under en förundersökning eller rättegång i brottmål, eller
2. ett beslut i en annan medlemsstat som innebär att en utredningsåtgärd ska vidtas i Sverige i syfte att inhämta bevisning och som har meddelats eller godkänts av en domare, domstol, undersökningsdomare eller allmän åklagare i ett straffrättsligt förfarande eller i ett annat förfarande avseende straffbara gärningar som inleds vid en administrativ eller rättslig myndighet, när ett beslut i ett sådant annat förfarande kan leda till ett förfarande inför en domstol som är behörig att handlägga brottmål.

(1 kap. 3 § lagen om en europeisk utredningsorder.)

En utredningsåtgärd enligt lagen ska avse eller motsvara bl.a. inhämtande av bevis som finns hos en myndighet (1 kap. 4 § första stycket 11 lagen om en europeisk utredningsorder).

Vad som avses kan bl.a. vara föremål eller handlingar som en medlemsstats behöriga myndigheter redan har tillgång till (se artikel 1.1 andra stycket och 10.2 a). Behörig myndighet i en viss medlemsstat är den myndighet som den staten har anmält som behörig enligt artikel 33.1 a direktivet. Åtgärden avser även uppgifter i databaser som innehas av polisiära eller rättsliga myndigheter och som är direkt tillgängliga för t.ex. en åklagare under en brottsutredning (artikel 10.2 b). Därutöver omfattar åtgärden inhämtande av bevis som finns hos andra myndigheter i en annan medlemsstat och som behöriga myndigheter kan få tillgång till utifrån de förutsättningar som gäller enligt nationell rätt. (A. prop. s. 240 f.)

En utredningsorder för en sådan utredningsåtgärd som avser inhämtande av bevis som finns hos en myndighet får utfärdas av åklagare (2 kap. 1 § lagen om en europeisk utredningsorder).

En utredningsorder får utfärdas om de förutsättningar som gäller för att vidta utredningsåtgärden under en svensk förundersökning eller rättegång i brottmål och enligt denna lag är uppfyllda (2 kap. 3 § lagen om en europeisk utredningsorder). Dessa förutsättningar anges huvudsakligen i rättegångsbalken. Endast de åtgärder som är tillgängliga för åklagare eller domstol i det konkreta fallet kan omfattas av en utredningsorder. En utredningsorder får således inte utfärdas för en åtgärd, som visserligen är tillåten i en annan stat, men som inte är möjlig att vidta enligt svensk rätt antingen på grund av att den inte finns tillgänglig enligt svensk rätt eller på grund av att den inte kan vidtas för att vissa materiella förutsättningar inte är uppfyllda (t.ex. för att vissa krav på brottets svårhetsgrad eller att det ska avse vissa typer av brott inte är uppfyllda). (A. prop. s. 91 f. och 243 f.)

### **Den fria bevisprövningen**

I svensk rätt gäller fri bevisprövning. Rätten ska avgöra vad som är bevisat i målet efter en samvetsgrann prövning av allt som har förekommit (35 kap. 1 § rättegångsbalken).

Parterna är i princip fria att lägga fram vilken bevisning som helst, dvs. i stort sett alla bevismedel är tillåtna (principen om fri bevisföring). Vissa undantag finns reglerade i lag. Även om bevisning har kommit åt i strid mot gällande regler eller bevisets ursprung är oklart gäller som huvudregel att den ändå kan läggas fram av en part (se bl.a. ”Laboratorieassistentens blodprovstagning” NJA 1986 s. 489, ”Överskottsinformation” NJA 2003 s. 323 och ”Bevisprovokationen” NJA 2011 s. 638 p. 18).

Domstolen är vidare fri att avgöra vilket bevisvärde ett visst bevis har för utgången i målet (principen om fri bevisvärdering). Friheten vid bevisvärderingen innebär inte att rätten får grunda sin värdering på en subjektiv

uppfattning utan bedömningen måste vara objektivt grundad och stödjas av skäl som kan godtas av andra förståndiga personer (se NJA II 1943 s. 445).

Rätten får avvisa bevisning i vissa angivna fall, nämligen om den omständighet som en part vill bevisa är utan betydelse i målet (1), om beviset inte behövs (2), om beviset uppenbart skulle bli utan verkan (3), om bevisningen med avsevärt mindre besvär eller kostnad kan föras på annat sätt (4) eller om beviset trots rimliga ansträngningar inte kan tas upp och avgörandet inte bör fördröjas ytterligare (5). (35 kap. 7 § rättegångsbalken.)

Med att beviset uppenbarligen skulle bli utan verkan (punkten 3) avses att beviset inte ska kunna förändra det totala bevisvärdet rörande ett visst bevisstema så att tillräcklig bevisning uppnås eller inte längre anses föreligga, och att detta ska vara uppenbart. För att ett bevis ska kunna avvisas med stöd av bestämmelsen måste det helt kunna fränkännas värde. I allmänhet får det anses vara mycket svårt att i förväg uttala sig om resultatet av viss bevisning. (Se "Karaktärsbevisningen" NJA 2007 s. 547, "De tio vittnena" NJA 2010 s. 151 och Högsta domstolens beslut "Kroppskamerainspelningen" den 21 april 2021 i mål B 4175-20.)

### **Rätten till en rättvis rättegång enligt Europakonventionen**

Grundläggande bestämmelser om rätten till en rättvis rättegång finns i 2 kap. 11 § andra stycket regeringsformen, artiklarna 47 och 48 i Europeiska unionens stadga och artikel 6.1 i Europakonventionen.

Europadomstolen har i ett flertal avgöranden konstaterat att frågan om tillåtligheten av viss bevisning i första hand är en fråga för den nationella rättsordningen och att det kan vara tillåtet att åberopa även sådan utredning som skaffats fram på ett sätt som inte är förenligt med Europakonventionen, så länge det inte är fråga om utredning som har skaffats fram i strid med förbudet mot tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling i artikel 3. (Se bl.a. *Khan mot Storbritannien*, *Schenk mot Schweiz*, *Jalloh mot Tyskland* samt *P.G och J.H. mot Storbritannien*.)

Något krav enligt Europakonventionen på att bevisning som tillkommit i strid med någon av de rättigheter som anges i artikel 6 Europakonventionen ska avvisas finns alltså inte. Europadomstolens prövning har istället varit inriktad enbart på frågan om hanteringen av brottmålet som helhet har inneburit att den tilltalades rätt till en rättvis rättegång har uppfyllts.

Högsta domstolen har klargjort att det inom ramen för svensk rättstillämpning undantagsvis kan finnas anledning att överväga om bevisning som kommit till i strid med ett absolut förbud som det i artikel 3 Europakonventionen (förbudet mot tortyr) överhuvudtaget ska få läggas till grund för en fällande brottmålsdom. Ett liknande synsätt kan enligt Högsta domstolen dock inte anses påkallat när

bevis har skaffats fram genom otillbörliga åtgärder av mindre allvarligt slag även om det skulle innebära att artikel 6 har kränkts. (NJA 2011 s. 638.)

Exempelvis har Europadomstolen i flera avgöranden som gällt förhörsuppgifter som tillkommit utan beaktande av den brottsanklagades rätt till s.k. motförhör enligt artikel 6.3 (d) i Europakonventionen lagt vikt vid om det funnits annan bevisning mot den tilltalade eller om det ändå funnits ett starkt processuellt skydd för den tilltalade. Om så varit fallet, har det faktum att förhörsuppgifterna lagts till grund för en fällande dom trots bristerna i förhållande till artikel 6 inte ansetts utgöra en kränkning av rätten till en rättvis rättegång. (Se Hans Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, femte upplagan, 2015, s. 281 f.)

### **Praxis**

I frågan om tillåtlighet av EncroChat-material som bevisning och värdet av sådant material som bevisning har en viss underrättspraxis utvecklats, genom bl.a. följande avgöranden.

#### *Hovrätterna*

#### **Svea hovrätts beslut den 26 mars 2021 i mål B 3203-21**

Hovrätten avslog den tilltalades yrkande om avvisning av EncroChat-bevisning och om återförvisning av målet. Hovrätten anförde bl.a. följande.

I målet har det inte framkommit annat än att bevisningen hänförlig till EncroChat har inhämtats av fransk polis och att materialet därefter på begäran tillsänts åklagare och polis i Sverige och tillförts den aktuella utredningen. Det har inte framkommit att Frankrike inhämtat bevisningen på uppdrag av svensk åklagare eller att svensk domstol beslutat att godkänna en begäran från franska myndigheter om att få bedriva hemlig dataavläsning i Sverige. Enligt 17 § tredje stycket lagen om hemlig dataavläsning föreligger förbud mot att använda uppgifter som lästs av eller tagits upp, om domstol finner att en åklagare gett tillstånd till hemlig dataavläsning trots att det saknats skäl härför. Eftersom den hemliga dataavläsningen i detta fall inte skett efter beslut av svensk åklagare är dock denna bestämmelse inte direkt tillämplig i målet och det föreligger därför inget förbud på den grunden mot att använda bevisningen till [AN:s] nackdel. Hovrätten finner att det inte är uppenbart att bevisningen skulle bli utan verkan. Inte heller mot bakgrund av vad som i övrigt framkommit i målet finns skäl att avvisa bevisningen. I vad mån åtkomsten eller bevisets ursprung ska tillmätas någon betydelse är ett förhållande som domstolen har att bedöma inom ramen för sin fria bevisprövning vid den slutliga prövningen av målet. Vid denna bedömning utgjorde det inte ett grovt rättegångsfel att tingsrätten tillät bevisningen där. Det finns därmed inte heller skäl att återförvisa målet.

#### **Svea hovrätt beslut den 8 april 2021 i mål 2251-21**

Hovrätten avslog två tilltalades yrkande om avvisning av EncroChat-bevisning och även en av de tilltalades begäran om att hovrätten skulle förelägga åklagaren att föra bevisning om innehållet i fransk lag. Hovrätten anförde bl.a. följande.

Bevisningen hänförlig till EncroChat har överlämnats för att användas i svensk brottsutredning och rättegång på grundval av en europeisk utredningsorder. Bevisningen har inte tillförts målet på sådant sätt att det föreligger skäl att analogt tillämpa 17 § tredje stycket lagen (2020:62) om hemlig dataavläsning eller 27 kap. 21 a § tredje stycket rättegångsbalken. Detta då det inte är någon svensk myndighet som har kommit över bevisningen genom att besluta om ett hemligt

tvångsmedel. Hovrätten anser vidare att det inte är uppenbart att bevisningen skulle bli utan verkan. Inte heller mot bakgrund av vad som i övrigt framkommit i målet finns det skäl att avvisa bevisningen.

(...)

I vad mån åtkomsten till bevisningen eller bevisningens ursprung ska tillmätas någon betydelse är ett förhållande som domstolen har att bedöma inom ramen för sin fria bevisprövning vid den slutliga prövningen av målet.

### **Hovrättens för Västra Sverige beslut den 19 april 2021 i mål B 1858-21**

Hovrätten avslog den tilltalades yrkande om att hovrätten skulle avvisa åklagarens bevisning såvitt avser uppteckningar av konversationer från EncroChat. Hovrätten fann att det inte fanns skäl att avvisa bevisningen med stöd av 35 kap. 7 § rättegångsbalken och att det inte heller fanns skäl att avvisa bevisningen mot bakgrund av vad som i övrigt framkommit i målet om hur materialet har åtkommit av franska myndigheter eller hur det har tillförts den svenska utredningen.

### **Svea hovrätts dom den 18 december 2020 i mål B 12120-20**

En tilltalad dömdes för grovt narkotikabrott. I hovrätten åberopades som ny bevisning bl.a. EncroChat-material. Hovrätten, som i domen beaktade bevisningen vid avgörande av skuldfrågan, anförde i fråga om tillåtligheten av denna bl.a. följande.

Med utgångspunkt i de uppgifter som under målets handläggning här gjorts tillgängliga för hovrätten finns det inget som ger anledning att anta att Försvarets radioanstalt på uppdrag av någon brottsutredande myndighet skaffat sig tillgång till uppgifterna i den beslagtagna telefonen. Vidare finns det inte skäl att utgå från annat än att information som åtkommit genom utländsk polismyndighets försorg delats med svenska brottsutredande myndigheter i enligt med gällande bestämmelser om detta (se särskilt lagen [2017:1000] om en europeisk utredningsorder). Detta har inte heller i sig ifrågasatts av försvaret. Det finns enligt hovrätten inte belegg för att den framlagda utredningen skulle vara otillbörligt åtkommen. Skulle så likväl vara fallet föreligger inte hinder vare sig enligt Regeringsformen eller Europakonventionen mot att lägga fram utredningen i rättegången, och för hovrätten att beakta den, då den inte utgjort den enda bevisningen mot [JF] – annan väsentlig bevisning finns att tillgå och domen grundas på en samlad bedömning av den bevisning som lagts fram i målet. [JF] har vidare i förfarandet kunnat lägga fram synpunkter på hur bevisningen skaffats fram. I den mån uppgifterna härrör från användning av hemliga tvångsmedel i annan utredning, närmast hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation eller hemlig övervakning av elektronisk kommunikation, är den också tillåten som bevisning (se 27 kap. 23 a § rättegångsbalken). Nämnas kan i sammanhanget att det brott som [JF] misstänkts för är sådant att det hade kunnat läggas till grund för en direkt användning av sådana hemliga tvångsmedel. Någon grund för att avvisa bevisningen finns därmed inte. (Jfr NJA 2003 s. 323 och där redovisade avgöranden från Europadomstolen; se också Hans Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, Juno, s. 293 ff.)

### **Svea hovrätts dom den 23 december 2020 i mål B 11583-20**

Hovrätten fastställde tingsrättens fällande dom som avsåg våldsamt upplopp och som bl.a. grundade sig på EncroChat-bevisning.

### **Hovrättens för Västra Sverige dom den 25 januari 2021 i mål B 5902-20**

Hovrätten dömde bl.a. två personer för synnerligen grov narkotikasmuggling m.m. Hovrätten ansåg i likhet med tingsrätten, med beaktande av de



invändningar som en av de tilltalades försvarare riktat mot åberopandet av EncroChat-material i målet, att det inte mötte något hinder att beakta innehållet i chatten som bevisning i målet. Tingsrätten hade tidigare i sin dom konstaterat att materialet hade hämtats in från Frankrike genom en europeisk utredningsorder och att inget hade framkommit som talade för att materialet inte tillförts utredningen i enlighet med gällande lag och internationella överenskommelser.

#### **Svea hovrätts dom den 19 mars 2021 i mål B 1090-21**

Målet gällde bl.a. försök till mord med åberopad EncroChat-bevisning. Hovrätten konstaterade, i likhet med tingsrätten, att bevisvärdet av de i målet åberopade Encro-chattarna måste bedömas med viss försiktighet med hänsyn till att de två tilltalade inte själva deltagit i chattarna, att det inte blivit helt klarlagt vilka personer som stått bakom alla användarnamn som deltagit samt att konversationerna huvudsakligen skett i tiden efter brottet. Dessutom stod det enligt hovrätten klart att flera av chattarna inte var fullständiga. Samtidigt beaktade hovrätten att användarna vid tillfället borde ha utgått ifrån att konversationerna skett med en så stark kryptering att innehållet skulle hållas dolt för polis och andra myndigheter. Mot denna bakgrund ansåg hovrätten att det saknades skäl att helt bortse från chattarnas innehåll. Hovrätten fann, efter överväganden om vad som framgick av chatinnehållet, att de åberopade Encro-chattarna bekräftade den övriga utredningen som hovrätten ansåg talade för att gärningen föregicks av en noggrann planering med avsikten att målsäganden skulle dödas.

#### **Svea hovrätts dom den 23 april 2021 i mål B 1128-21**

I målet, där bl.a. en person dömdes för anstiftan av försök till mord och försök till mord, lades bl.a. åberopad EncroChat-bevisning till grund för domen.

#### *Tingsrätterna*

#### **Attunda tingsrätts dom den 22 februari 2021 i mål B 10010-20**

I målet dömdes de tilltalade bl.a. för försök till mord och medhjälp till försök till mord. Tingsrätten konstaterade att åklagarens bevisning i stor utsträckning avsåg meddelanden mellan tre av de tilltalade och andra på telefoner i den krypterade tjänsten Encrochat. Meddelandena var enligt tingsrätten av avgörande betydelse för bedömningen av åtalerna. Vid sin värdering av bevisningen anförde tingsrätten bl.a. följande.

Alla meddelanden som har skickats via Encrochat finns inte med i de exporter som åberopats som bevis i målet. Denna avsaknad av vissa meddelanden gör att chattarna måste tolkas med viss försiktighet. En annan omständighet som tingsrätten har att beakta är den s.k. burner-funktionen, som innebär att vissa meddelanden som finns i chatten kan ha raderats inom viss tid från avsändandet. Det kan därför inte uteslutas att vissa meddelanden som finns med i exporterna har raderats innan de har hunnit läsas av mottagaren. Oavsett dessa reservationer kan dock den information som tydligt kan utläsas av materialet läggas till grund för tingsrättens bedömning.

**Stockholms tingsrätts dom den 22 april 2021 i mål B 5546-20**

I målet dömdes de tilltalade för bl.a. synnerligen grovt narkotikabrott och grovt narkotikabrott. Tingsrätten uttalade bl.a. följande om åberopad EncroChat-bevisning.

Det är ostridigt att de chattar som ligger till grund för åtalet inte omfattar all den kommunikation som skett mellan de aktuella användarna utan att kommunikation skett parallellt via andra krypterade eller okrypterade kommunikationskanaler. Det framgår också av chattarna att det har skett flera röstsamtal med okänt innehåll mellan användarna och att det förekommer att bilder har skickats mellan användarna som inte har kunnat dekrypteras. Det kan också ha förekommit att meddelanden har raderats. Detta innebär att informationen som framkommer i chattarna måste värderas med försiktighet. Det innebär emellertid inte att den information som framgår av chattarna inte kan läggas till grund för bedömningen i målet. Avsaknaden av viss korrespondens kan dock ha viss betydelse för frågan om varje åtalspunkt är styrkt.

EncroChat-bevisning har, efter värdering av bevisningen utifrån omständigheterna i de enskilda fallen, lagts till grund för fällande domar även i bl.a. Stockholms tingsrätts dom den 19 februari 2021 i mål B 14980-20, Göteborgs tingsrätts dom den 25 februari 2021 i mål B 19660-20, Göteborgs tingsrätts dom den 6 april 2021 i mål B 19270-20 och Södertörns tingsrätts dom den 14 april i mål B 772-20.

Det finns dessutom ett flertal ytterligare tingsrättsavgöranden där rätten har avslagit framförda yrkanden om avvisning av EncroChat-bevisning, nämligen bl.a.

- Göteborgs tingsrätts beslut den 24 mars 2021 i mål B 533-21,
- Norrköpings tingsrätts beslut den 30 mars 2021 i mål B 1198-20,
- Södertörns tingsrätts beslut den 31 mars 2021 i mål B 3712-21,
- Södertälje tingsrätts beslut den 8 april 2021 i mål B 2559-20,
- Göteborgs tingsrätts beslut den 15 april 2021 i mål B 18952-20, och
- Örebro tingsrätts beslut den 16 april 2021 i mål B 5057-20.

**Min bedömning**

Enligt svensk rätt gäller som huvudregel att allt som har ett bevisvärde får läggas fram som bevis och att bevisföringen därför är fri. I det här fallet har det åberopade EncroChat-materialet haft en betydelse för att, tillsammans med övrig åberopad bevisning, klarlägga MU:s inblandning i den brottslighet han dömts för i hovrätten.

Inom ramen för EU-samarbetet inhämtar svenska åklagare regelbundet material från andra europeiska länder som sedan används som bevisning vid rättegångar. Om svenska myndigheter, som i fallet med EncroChat, får information från ett annat EU-land om att det finns viss bevisning i det landet kan svenska åklagare be om att få ta del av den bevisningen. Hur detta ska gå till är reglerat i svensk lag. Lagen om en europeisk utredningsorder innebär att åklagare kan utfärda en europeisk utredningsorder som ska erkännas och verkställas i en annan

medlemsstat, om det finns bevisning i den andra staten som behövs för att utreda brott i Sverige.

Förfarandet med utredningsorder inom ramen för det europeiska samarbetet bygger på principen om ömsesidigt förtroende mellan de EU-länder som ingår i samarbetet. Det betyder att Sverige har accepterat att exempelvis Frankrike upprätthåller en godtagbar rättssäkerhetsnivå, både i fråga om innehållet i sin nationella lag och i fråga om tillämpningen av lagen.

Hur inhämtandet av EncroChat rent tekniskt har gått till har inte röjts. Varje EU-land har rätt att skydda sina metoder för brottsbekämpning och har därmed inte någon skyldighet att redogöra för dessa metoder med anledning av överlämnande av bevisning som landet har inhämtat inom ramen för sin nationella lagstiftning.

Ingenting har framkommit som talar för att hanteringen när det gäller EncroChat-materialet avviker från den etablerade rutinen för inhämtning av bevisning från ett av de EU-medlemsländer som lagen om en europeisk utredningsorder är tillämplig i förhållande till. Överlämnandet och mottagandet i det här fallet är likställt med överlämnande och mottagande av annan bevisning som finns tillgänglig i ett EU-land och som har hämtats in enligt det landets lag, exempelvis material från en genomförd telefonavlyssning eller ett konkret föremål.

EncroChat-materialet har skaffats fram av franska myndigheter i enlighet med fransk lag och efter begäran och godkännande överlämnats från franska till svenska myndigheter. Svenska åklagare har inte begärt att franska myndigheter ska verkställa någon utredningsåtgärd utan enbart att Sverige ska få del av redan befintligt material. Svenska regler om hemliga tvångsmedel är därför inte tillämpliga. Det är vidare inte fråga om bevisning som kommit till i strid med ett absolut förbud som det i artikel 3 Europakonventionen (förbudet mot tortyr). Det finns inte heller i övrigt skäl att misstänka att de misstänkta rättigheter inte har iakttagits inom ramen för det franska förfarandet. På vilket sätt MU menar att de brister han påstår finns i hanteringen skulle ha inverkat på hans rätt till en rättvis rättegång går inte att läsa ut av överklagandet.

Sammanfattningsvis har inget kommit fram som talar för att det aktuella materialet tillförts utredningen i det nu aktuella målet i strid med gällande lag eller internationella överenskommelser.

Att svenskt rättsväsende via franska myndigheter har fått del av kommunikationsinnehåll från telefoner som huvudsakligen har använts för kriminella syften har, i det här och andra fall, lett till att allvarlig brottslighet har kunnat förhindras och utredas. Överförandet av EncroChat-materialet utgör därför enligt min uppfattning ett exempel på sådant välfungerande europeiskt samarbete för att bekämpa allvarliga brott som var tanken med att införa lagstiftningen om europeisk utredningsorder.

I vissa mål utgör EncroChat-material en central del av bevisningen. I det nu aktuella målet består emellertid bevisningen som har lagts fram mot MU bl.a. av beslag, en spaningsfilm, pm och fotografier, vittnesuppgifter från ingripande polis och uppgifter från en medtilltalad. Det stämmer alltså inte, som MU gjort gällande, att den huvudsakliga bevisningen i målet utgörs av EncroChat-material och att han inte skulle ha dömts om EncroChat-materialet inte hade tillåtits i målet. Av hovrättens domskäl framgår hur bevisningen, inklusive EncroChat-materialet, har värderats med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

Mot bakgrund av redovisade omständigheter är det min uppfattning att det inte finns något skäl att avvisa den åberopade EncroChat-bevisningen, att tillmäta bevismedlet ett lägre bevisvärde med hänvisning till hur bevisningen har tillkommit eller att beakta den åberopade bevisningen i billighetshänseende vid straffmätningen.

I de frågor om skuld, påföljd och förverkande som överklagandet väcker i övrigt ansluter jag mig till hovrättens bedömningar och slutsatser. Jag har då även beaktat vad MU anfört om betydelsen av kravet på skyndsam handläggning för bedömningarna i målet och hur hovrätten har tagit ställning till detta.

### **Prövningstillstånd**

Enligt 54 kap. 10 § första stycket 1 rättegångsbalken får prövningstillstånd meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen (prejudikatdispens). För att bevilja prövning enligt denna punkt krävs alltså att ett avgörande av Högsta domstolen blir av generell betydelse för bedömningen av framtida mål som innehåller liknande frågeställningar. Den enskildes intresse av att få tillstånd en prövning i Högsta domstolen kan inte föranleda prövningstillstånd på denna grund.

Jag ser inte något behov av att Högsta domstolen prövar den fråga om tillåtlighet av EncroChat-bevisning eller dess betydelse för straffmätningen som väcks i överklagandet. Inhämtning av befintlig bevisning från ett annat EU-land genom en s.k. utredningsorder sker regelmässigt enligt gällande svenska regler. Att det i det här målet rör sig om bevisning från en chatt-tjänst som användarna av tjänsten har trott var skyddad från insyn men som franska myndigheter har skaffat sig tillgång till inom ramen för sin lagstiftning innebär inte att någon ny principiell frågeställning väcks som gör att det finns behov av vägledning från Högsta domstolen. Underrätternas enhetliga praxis stärker slutsatsen att rättsläget är klart.

Inte heller i frågan om bevismedlets värde finns det enligt min uppfattning något skäl för Högsta domstolen att uttala sig. Av den begränsade underrättspraxis som finns framgår att domstolarna på sedvanligt sätt, i enlighet med den fria bevisvärderingen, i respektive fall har bedömt värdet av den åberopade EncroChat-bevisningen med utgångspunkt i omständigheterna i det fallet.

Jag ser sammanfattningsvis inte något skäl för Högsta domstolen att meddela prövningstillstånd med anledning av överklagandet i den del detta avser argumentationen kring EncroChat-bevisning.

Inget har enligt min uppfattning heller i övrigt framförts som talar för att prövningstillstånd bör meddelas med anledning av överklagandet.

### **Bevisuppgift och handläggning**

Jag ber om att få återkomma med bevisuppgift och synpunkter på målets fortsatta handläggning för det fall Högsta domstolen skulle meddela prövningstillstånd i målet.

Petra Lundh

Eva Bloch

### Bilaga

Information om EncroChat i översättning.

### Kopia till

Göteborgs åklagarkammare (AM-79606-20).

Kammaråklagaren Mats Ihlbom.

Utvecklingscentrum.