

EncroChat, bevisförbud och genomsökning av mobiltelefoner

Av f.d. hovrättsrådet HANS SUNDBERG¹

EU-domstolen har historiskt varit restriktiv med att dra processrättsliga slutsatser utifrån de krav som tillämpningen av EU-rätten kan medföra.² Den har i stället hänvisat till nationell processrättslig autonomi, med förbehåll för principerna om likabehandling och effektivitet. Sedan i vart fall 2003 har domstolen dock uppställt krav som i praktiken innebär ett förbud mot användning av bevis som åtkommit på ett sätt som strider mot vissa EU-rättsliga regler eller principer. Frågan har åter aktualiserats i kölvattnet av att den krypterade kommunikationstjänsten EncroChat knäckts. Även om unionsrätten tveklöst innehåller en sådan regel om bevisförbud, finns det emellertid inte något som tydligt talar för att EU-rätten kräver ett underkännande av just den bevisning som åtkommit genom att EncroChat knäckts. Däremot finns det, utifrån ett senare meddelat avgörande från EU-domstolen, anledning att ifrågasätta om bevisning som i Sverige åtkoms vid genomsökning av mobiltelefoner i brottsutredande syfte kan aktualisera den typ av regel om bevisförbud domstolen utmejslat.

1 Bakgrund

1.1 Fem krypterade kommunikationstjänster har knäckts

EncroChat, Anom, Sky ECC, Ghost och senast Matrix. Fem krypterade kommunikationstjänster som använts av grov organiserad brottslighet har knäckts genom internationella insatser, den sistnämnda så sent som i mitten av september 2024.³ Enligt Europol har, genom den information som kunnat säkras från EncroChat-tjänsten, mer än 6500 gripanden över hela världen kunnat ske och över 900 miljoner euro kunnat beslagt. Mord, stora drogtransporter och andra allvarliga brott har kunnat förhindras, och brottsutredande myndigheter har fått omfattande insikter i den organiserade brottsligheten. Samtliga dessa insatser har haft två huvudsakliga skeden efter det att krypteringen av tjänsten i fråga knäckts, eller i Anoms fall ända från början. I det första skedet har informationsflödet inom tjänsten övervakats och kartlagts. Nationella samarbetspartners i berörda länder har informerats om de

¹ Författaren har även tidigare arbetat som rättssekreterare i EU-domstolens tribunal.

² Artikelförfattaren hade en gång det exklusiva nöjet att avnjuta ett närmare tre timmar långt föredrag av den amerikanske juridikprofessorn och advokaten Irving Younger om det amerikanska rättsfallet *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938), där Supreme Court fastslog att USA inte har någon federal "common law of civil procedure". EU-domstolen har alltså iakttagit en liknande hållning beträffande unionsrätten.

³ Anom-tjänsten var en smula speciell, då den konstruerats av amerikanska FBI som via infiltratörer lyckats sprida den inom organiserad brottslighet över hela världen.

uppgifter som framkommit och i många fall förhindrat pågående eller nära förestående allvarliga brott. I det andra skedet, när det avslöjats att krypteringen av tjänsten knäckts, har huvuddelen av gripanden och lagföring på nationell nivå tagit vid, varvid information som insamlats från tjänsten i många fall varit viktig eller avgörande bevisning i enskilda mål. Även om denna artikel främst tar sin utgångspunkt i EU-domstolens dom av den 30 april 2024, M.N. (EncroChat), C-670/22 (nedan kallad EncroChat-domen), kan det antas att de principiella frågeställningar som här behandlas aktualiseras även när det gäller de övriga tjänsterna.

1.2 Närmare om bakgrunden i EncroChat-målet

Franska myndigheter lyckades under våren 2020 placera en ”trojan” på den server i Roubaix, Frankrike från vilken den krypterade kommunikationstjänsten EncroChat tillhandahölls klienter över hela världen. Trojanen kom att via simulerade uppdateringar installeras på ett mycket stort antal användares mobiltelefoner. Mobiltelefonerna var modifierade för ändamålet, vilket tillsammans med användningen av tjänsten EncroChat medförde att kommunikationen inte kunde avlyssnas med traditionella metoder. Trojanen kom att installeras hos mer än 30 000 användare, dvs omkring hälften av alla EncroChats användare, i 122 länder.

Brottsutredningen hade inletts i Frankrike och fortsatt som en gemensam insats mellan Frankrike och Nederländerna, vid vilken man avlyssnade lokaliserings-, trafik- och kommunikationsuppgifter, inklusive text och bilder, som överfördes under pågående chattar mellan EncroChats användare. Fransk domstol hade lämnat tillstånd till denna insamling av uppgifter. Insamlingen avbröts den 13 juni 2020, när företaget bakom EncroChat-tjänsten insett att informationsflödet inte längre var skyddat. Den tekniska utformningen av den trojan med hjälp av vilken insamlingen skedde har i Frankrike klassificerats som försvarshemlighet, vilket innebär att det är straffbart att undersöka detta.

Samarbetet mellan medlemsstaternas brottsutredande myndigheter har skett genom en gemensam utredningsgrupp, så kallad JIT (Joint Investigation Team), först bildad av franska och nederländska myndigheter. Vid en videokonferens den 9 mars 2020 informerades övriga länder om de övervakningsåtgärder som den franska polisen planerade och det tilltänkta överlämnandet av uppgifter. De uppgifter som hade samlats in av den fransk-nederländska utredningsgruppen tillgängliggjordes för bland annat tyska myndigheter via en server hos Europeiska unionens byrå för samarbete inom brottsbekämpning (Europol) från och med den 3 april 2020.

De nationella myndigheterna har fått tillgång till de insamlade uppgifter som utredningsgruppen haft genom utfärdande av europeiska utredningsorder med Frankrike som verkställande stat. För svensk del är det åklagare som utfärdar sådana utredningsorder. Dessa har i båda

skedena av EncroChat-operationen avsett befintligt material, så att inga utredningsåtgärder har behövt utföras av franska myndigheter på svensk åklagares begäran.

1.3 Begäran om förhandsavgörande i EncroChat-målet

Efter den information som lämnades vid videokonferensen den 9 mars 2020 meddelade företrädarna för Bundeskriminalamt (den federala kriminalpolisen i Tyskland, nedan kallad BKA) och åklagarmyndigheten i Frankfurt sitt intresse av de uppgifter som samlades in om tyska användare. Till följd av denna information inledde åklagarmyndigheten i Frankfurt en förundersökning mot okända personer. De uppgifter som hade samlats in av den fransk-nederländska utredningsgruppen tillgängliggjordes för bland annat tyska myndigheter via en server hos Europol från och med den 3 april 2020.

Inom ramen för den tyska förundersökningen mot okända personer begärde åklagarmyndigheten i Frankfurt, genom en europeisk utredningsorder, den 2 juni 2020 tillåtelse av de franska myndigheterna att använda EncroChat-uppgifterna i straffrättsliga förfaranden. Begäran grundades på en misstanke om olaglig handel med betydande mängder narkotika som hade utförts av ännu oidentifierade personer. Det misstänktes emellertid att de ingick i en i Tyskland verksam organiserad kriminell grupp som använde sig av EncroChat-telefoner. Brottmålsdomstolen i Lille godkände den europeiska utredningsordern om överlämnande och användning vid domstol av de tyska användarnas EncroChat-uppgifter. Ytterligare uppgifter överlämnades därefter på grundval av två kompletterande europeiska utredningsorder av den 9 september 2020 och den 2 juli 2021.

Utredningarna har sedermera delats upp så att de avser vissa specifika personer som misstänks för brott. En av utredningarna rör M.N., som åtalades av Staatsanwaltschaft Berlin (åklagarmyndigheten i Berlin) för flera fall av olaglig handel med betydande mängder narkotika och olagligt innehav av betydande mängder narkotika i Tyskland. I det målet begärde Landesgericht Berlin (Landesgericht) förhandsavgörande angående bland annat tillåtligheten av bevisning åtkommen genom EncroChat-utredningen (EncroChat-bevisning).

1.4 EU-domstolens avgörande

Begäran om förhandsavgörande innehåller fem grupper av frågor.⁴ I denna artikel berörs bara vissa av dessa frågekomplex. EU-domstolen har på sedvanligt maner omformulerat frågorna, i syfte att ”ge den

⁴ Domstolens bedömning avviker i centrala delar kraftigt ifrån den bedömning som generaladvokaten förordade i sitt förslag till avgörande. Efter det att generaladvokaten lämnat sitt förslag till avgörande lämnade Landesgericht Berlin den 23 november 2023 en ytterligare begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen, mål C-675/23. Begäran återkallades emellertid efter EncroChat-domen, och det målet avskrevs.

nationella domstolen ett användbart svar”.⁵ Domen är, i de delar som är centrala för analysen i denna artikel, mycket svårtolkad. De fyra första frågegrupperna rör hur olika aktörer ska hantera vissa problem i tillämpningen av direktivet i en situation som den i målet, medan den femte gruppen av frågor rör vilka konsekvenser det kan få för användningen av den information som överlämnats genom den europeiska utredningsordern. Kortare uttryckt: *finns det något på EU-rätten grundat bevisförbud* i en sådan situation? EU-domstolen uttalar i inledningen av sin bedömning av frågan att det ”endast finns anledning att besvara denna fråga för det fall den hänskjutande domstolen, på grundval av svaren på den första till den fjärde tolkningsfrågan, kommer fram till att de europeiska utredningsorderna har utfärdats rättsstridigt”.⁶

Så långt är allt väl. Väl hade det nog förblivit om det inte var så att EU-domstolen själv i sina skäl till bedömningen av de andra och tredje grupperna av frågor hade uttalat sig om just ett sådant bevisförbud. I ett försök att göra saker och ting en smula mer begripliga har jag därför valt att först ta upp domstolens resonemang rörande de första fyra grupperna av frågor, förutom just den del som avser det bevisförbud som nämns i skälen jag just nämnde. Därefter övergår jag till den femte gruppen av frågor och frågan om ett EU-rättsligt bevisförbud, inklusive det sålunda utlämnade resonemanget om bevisförbud.

1.5 De första fyra grupperna av frågor

Den *första* gruppen av frågor är för svensk del okontroversiell. I svaret på den frågan slår EU-domstolen fast att det räcker att det är en åklagare som beslutar om en europeisk utredningsorder, om åklagaren skulle ha motsvarande behörighet i en rent inhemsk situation.

De *andra* och *tredje* grupperna av frågor har EU-domstolen sammanfattat till att avse ”huruvida, och i så fall på vilka villkor, artikel 6.1 i direktiv 2014/41 hindrar att en åklagare fattar beslut om en europeisk utredningsorder som avser översändande av bevisning som de behöriga myndigheterna i den verkställande staten redan har i sin besittning, när denna bevisning har erhållits till följd av att dessa myndigheter har avlyssnat telekommunikation i den utfärdande staten för samtliga användare av mobiltelefoner som med hjälp av särskild programvara och modifierad utrustning möjliggör end-to-end-krypterad kommunikation”.⁷ Det ska nämnas att den tyska författningsdomstolen, Bundesverfassungsgericht, i ett tidigare avgörande ansett att artikel 6.1 b i direktivet inte alls gällde i fråga om överföring av befintlig bevisning, utan enbart när den begärande medlemsstaten fordrade att en viss utredningsåtgärd skulle utföras. EU-domstolen anger emellertid att bestämmelsen visserligen gäller, men att dess innebörd endast, när det gäller befintliga bevis, är att själva överföringen ska ha varit tillåten

⁵ Punkt 78 i domen.

⁶ Punkt 127 i domen.

⁷ Punkt 85 i domen.

enligt nationell rätt, medan det inte ankommer på den begärande statens myndigheter att pröva om själva insamlingen av bevis varit förenlig med dess egen lagstiftning — en sådan prövning skulle till och med strida mot direktivet. I övrigt konstaterade EU-domstolen att frågan huruvida det är tillåtet att genomföra utredningsåtgärder mot misstänkta som ännu inte identifierats ska prövas enligt nationell rätt. Om sådana åtgärder är tillåtna enligt nationell rätt är också en europeisk utredningsorder med begäran om information eller bevis rörande misstänkta som inte identifierats förenlig med EU-rätten.⁸

Den fjärde gruppen av frågor förtjänar viss uppmärksamhet. EU-domstolen fann att den hänskjutande domstolen ville veta huruvida artikel 31 i direktiv 2014/41 ska tolkas så, att en åtgärd som avser infiltrering av terminalutrustning i syfte att hämta trafik-, lokaliserings- och kommunikationsuppgifter från en internetbaserad kommunikationstjänst utgör ”avlyssning av telekommunikation” i den mening som avses i denna artikel, som ska anmälas till en domstol i den medlemsstat där avlyssningsmålet befinner sig.⁹ Artikel 31.1 i direktivet avser det fallet att den behöriga myndigheten i en medlemsstat, i syfte att verkställa en utredningsåtgärd, har godkänt avlyssning av telekommunikation avseende en person som har en kommunikationsadress som används i en annan medlemsstat, vars tekniska bistånd inte är nödvändigt för avlyssningen. I ett sådant fall ska den första av dessa medlemsstater anmäla avlyssningen till den behöriga myndigheten i den andra av dessa medlemsstater.¹⁰ EU-domstolen konstaterade att begreppet ”telekommunikation” måste ges en EU-rättslig tolkning. Utifrån denna tolkning kom domstolen fram till att ”infiltrering av terminalutrustning som syftar till att inhämta kommunikationsuppgifter, men även trafik- eller lokaliseringsuppgifter, från en internetbaserad kommunikationstjänst utgör en ’avlyssning av telekommunikation’ i den mening som avses i artikel 31.1 i direktiv 2014/41”.¹¹ Så långt inget som sticker ut.

När det gäller frågan till vilken myndighet en sådan underrättelse som föreskrivs i artikel 31 i direktivet — enligt vilken ”den avlyssnande medlemsstaten [ska] underrätta den behöriga myndigheten i den underrättade medlemsstaten om avlyssningen ... under eller efter avlyssningen, så snart som den fått kännedom om att den person som är föremål för avlyssningen befinner sig eller under avlyssningen har befunnit sig på den underrättade medlemsstatens territorium” — ska lämnas, konstaterar EU-domstolen visserligen att det inte finns några indikationer i vare sig direktivet eller det formulär C som återfinns i bilaga till detta angående till vilken en sådan underrättelse ska ske.

EU-domstolen framhåller emellertid att ”den behöriga myndigheten, i den mening som avses i artikel 31.1 i direktiv 2014/41, enligt

⁸ Punkterna 86–100 i domen.

⁹ Punkt 107 i domen.

¹⁰ Punkt 108 i domen.

¹¹ Punkt 114 i domen.

artikel 31.3 i direktivet bland annat kan meddela att avlyssningen inte får utföras eller ska avslutas om avlyssningen inte skulle vara tillåten i ett liknande inhemskt ärende. Av detta följer att om den myndighet som mottar underrättelsen inte är den behöriga myndigheten enligt lagstiftningen i den underrättade medlemsstaten, ska denna första myndighet, för att säkerställa den ändamålsenliga verkan av artikel 31 i direktiv 2014/41, på eget initiativ översända underrättelsen till den behöriga myndigheten.”¹² Om den avlyssnande medlemsstaten inte kan identifiera den behöriga myndigheten i den underrättade medlemsstaten, kan underrättelse lämnas till varje myndighet i den underrättade medlemsstaten som den avlyssnande medlemsstaten anser lämplig för detta ändamål.¹³

EU-domstolen konstaterar vidare att artikel 31 i direktivet inte enbart syftar till att skydda medlemsstaternas suveränitet, utan även att säkerställa att skyddet för den enskilde när det gäller avlyssning av telekommunikation inte äventyras.¹⁴ EU-domstolen framhåller att ”den behöriga myndigheten i den underrättade medlemsstaten, om det inte är tillåtet att avlyssna uppgifterna i ett liknande inhemskt förfarande, får anmäla till den behöriga myndigheten i den avlyssnande medlemsstaten att avlyssningen inte får utföras eller ska avbrytas eller, i förekommande fall, att de inhämtade uppgifterna inte får användas eller bara får användas på sådana villkor som den anger”.¹⁵

Domstolens diskussion stannar där. Sammanfattningsvis gäller alltså att underrättelse om avlyssningen ska lämnas så snart som möjligt. Underrättelsen ska lämnas till den myndighet som den medlemsstaten utsett. Det behöver inte vara en domstol. Om ingen myndighet utsetts får den avlyssnande medlemsstaten underrätta den myndighet den anser vara lämpad för ändamålet. EU-domstolen anger inte uttryckligen några villkor för hur den avlyssnande medlemsstaten ska göra den bedömningen. Av det förhållandet att den myndigheten ska kunna förbjuda eller avbryta avlyssningen eller förbjuda användningen av de uppgifter som inhämtats kan det ifrågasättas om myndigheten i fråga måste vara en domstol eller i vart fall måste ha domstolsliknande befogenheter.

1.6 Bevisförbud?

Innan jag går in på EU-domstolens bedömning av den femte gruppen av frågor ska jag kort redovisa de skäl som tidigare utelämnats och som domstolen tagit upp under bedömningen av de andra och tredje grupperna av frågor.

Som ovan angivits har ingen i de medlemsstater som använt sig av möjligheten att ta del av den bevisning som samlats in genom den fransk-nederländska operationen kunnat få full information om hur

¹² Punkt 118 i domen.

¹³ Punkt 119 i domen.

¹⁴ Punkt 124 i domen.

¹⁵ Punkt 122 i domen.

insamlingen av uppgifter tekniskt gått till — varken åklagare, polis, domstolar, försvarare eller de tilltalade själva. Det tidigare utelämnade resonemanget rör synbarligen konsekvenserna av denna informationsbrist. Landesgericht hade frågat om *artikel 6.1 a i direktiv 2014/41* utgör ”hinder för att utfärda en sådan europeisk utredningsorder om det inte är möjligt att kontrollera integriteten hos uppgifterna som inhämtats genom avlyssningen på grund av omfattande sekretess hos myndigheterna i den verkställande staten”.¹⁶ EU-domstolen formulerade den frågan så att den avser ”huruvida *proportionalitetsprincipen*, med avseende på rätten till en rättvis rättegång, utgör hinder för att utfärda en europeisk utredningsorder när integriteten hos de uppgifter som erhållits genom avlyssningen inte kan kontrolleras på grund av konfidentialiteten för de tekniska grunderna för åtgärden och en tilltalad av denna anledning kan sakna möjlighet att på ett effektivt sätt yttra sig över dessa uppgifter under det senare straffrättsliga förfarandet”.¹⁷ Möjligen motiveras EU-domstolens omformulering av att den hade behov av att grunda sitt resonemang på andra bestämmelser än artikel 6.1 i direktivet, såsom artikel 14.7 i detta fall. Artikel 14.7 i direktivet föreskriver ett iakttagande av rätten till försvar och ett rättvist förfarande, vilket torde förutsätta ett iakttagande av proportionalitetsprincipen.

Frågeställningen besvaras inte uttryckligen i domslutet. EU-domstolen besvarar emellertid i vart fall delvis, i skälen, frågan om vilka de rättsliga konsekvenserna av denna informationsbrist är. Den påminner om att det i artikel 14.7 i direktiv 2014/41 föreskrivs ”att medlemsstaterna ska säkerställa att man vid straffrättsliga förfaranden i den utfärdande staten respekterar rätten till försvar och ett rättvist förfarande vid bedömningen av den bevisning som erhållits med anledning av utredningsordern”. I den följande punkten i domen görs följande, för denna artikel centrala uttalande:

Vad särskilt gäller rätten till en rättvis rättegång ska det erinras om att en domstol som anser att en part inte har beretts tillfälle att på effektivt sätt yttra sig över bevisning som kan påverka bedömningen av de faktiska omständigheterna på ett avgörande sätt, ska konstatera att rätten till en rättvis rättegång har åsidosatts och bortse från denna bevisning för att undvika ett sådant åsidosättande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 mars 2021, Prokuratuur (Villkor för att ge tillgång till uppgifter avseende elektronisk kommunikation), C-746/18, EU:C:2021:152, punkt 44, nedan kallad domen i målet Prokuratuur).

1.7 Den femte gruppen av frågor

EU-domstolen konstaterade inledningsvis att den femte gruppen av frågor avsåg att ge ”klarhet i huruvida effektivitetsprincipen innebär att en nationell brottmålsdomstol, inom ramen för ett straffrättsligt för-

¹⁶ Punkt 54 i domen, fråga 2 b).

¹⁷ Punkt 83 i domen.

farande som inletts mot en person som misstänks för brott, är skyldig att underlåta att beakta information och bevisning som erhållits i strid med de unionsrättsliga bestämmelserna”. Det är knappast möjligt att formulera frågan på ett mer omfattande sätt. Jag kan inte se att frågan i övriga språkversioner är mindre öppet formulerad. Även om EU-domstolen omedelbart, i nästa punkt, anger att det ”endast finns anledning att besvara denna fråga för det fall den hänskjutande domstolen, på grundval av svaren på den första till den fjärde tolkningsfrågan, kommer fram till att de europeiska utredningsorderna har utfärdats rättsstridigt” är det svårt att bortse ifrån att det resonemang som där efter förs är generellt hållet.

EU-domstolen hänvisar visserligen inledningsvis till principen om processuell autonomi med de för denna autonomi sedvanliga förbehållen om likvärdighet och effektivitet, och framhåller att det på EU-rättens nuvarande utvecklingsnivå ”i princip uteslutande” är en fråga för nationell rätt att avgöra om rättsstridigt åtkommen bevisning ska tillåtas. Strax därpå kommer den emellertid fram till att just artikel 14.7 i direktiv 2014/41 ”uttryckligen ålägger medlemsstaterna att, utan att det påverkar tillämpningen av nationella processrättsliga regler, se till att rätten till försvar och ett rättvist förfarande iakttas i straffrättsliga förfaranden i den utfärdande staten vid bedömningen av den bevisning som erhållits genom den europeiska utredningsordern, vilket innebär att bevisning som en part inte har beretts tillfälle att på effektivt sätt yttra sig över ska uteslutas från det straffrättsliga förfarandet”.

Detta blir också svaret på den femte frågan.

2 Hur ser den uppställda regeln om bevisförbud ut?

EU-domstolens svar på den femte gruppen av frågor avviker helt från generaladvokatens förslag till avgörande. Generaladvokaten menade att det råder en fullständig processuell autonomi när det gäller frågan om tillåtlighet av illegalt åtkomna bevis, och att principerna om likvärdighet och effektivitet därmed inte är tillämpliga. EU-domstolen hänvisar emellertid i sina mycket kortfattade skäl indirekt till rättspraxis i vilken den använda lösningen har anvisats — faktiskt så tidigt som år 2003. Vägen dit börjar i punkt 130 i domen:

Som framgår av punkterna 104 och 105 ovan kan man emellertid inte bortse från att artikel 14.7 i direktiv 2014/41 uttryckligen ålägger medlemsstaterna att, utan att det påverkar tillämpningen av nationella processrättsliga regler, se till att rätten till försvar och ett rättvist förfarande iakttas i straffrättsliga förfaranden i den utfärdande staten vid bedömningen av den bevisning som erhållits genom den europeiska utredningsordern, vilket innebär att bevisning som en part inte har beretts tillfälle att på effektivt sätt yttra sig över ska uteslutas från det straffrättsliga förfarandet.

I punkt 105 sägs, som framgått ovan, samma sak. Men där finns också en hänvisning till ett tidigare avgörande, domen i målet Prokura-

tuur. Det avgörandet rörde bevisning i brottmål som enligt den tilltalade insamlats i strid mot bestämmelserna i direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation, såsom dessa tolkats i domen av den 21 december 2016, *Tele2 Sverige och Watson m.fl.* (C-203/15 och C-698/15, EU:C:2016:970, den så kallade *Tele 2*-domen). EU-domstolen uttalade i domen i målet *Prokuratuur* följande:

Frågan huruvida det är nödvändigt att bortse från information och *bevisning som erhållits i strid med kraven i unionsrätten* måste bedömas bland annat mot bakgrund av den risk som tillåtligheten av sådan information och bevisning medför för iakttagandet av den kontradiktoriska principen och därmed rätten till en rättvis rättegång. En domstol som anser att en part *inte har beretts tillfälle att på effektivt sätt yttra sig* över ett bevismedel som hänför sig till ett område som domarna saknar sakkunskap om och som *kan påverka bedömningen av omständigheterna på ett avgörande sätt*, måste i så fall fastställa att rätten till en rättvis rättegång har åsidosatts och *bortse från denna bevisning* för att förhindra ett sådant åsidosättande. *Effektivitetsprincipen* kräver således att en nationell brottmålsdomstol — inom ramen för ett straffrättsligt förfarande mot personer som är misstänkta för brott — bortser från information och bevisning ... (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2020, *La Quadrature du Net m.fl.*, C-511/18, C-512/18 och C-520/18, EU:C:2020:791, punkterna 226 och 227).¹⁸

Här grundar EU-domstolen sitt ställningstagande på effektivitetsprincipen, och ställer såvitt kan bedömas upp fyra villkor för att ett bevisförbud ska gälla. Dessa är 1) att bevisningen åtkommit på ett sätt som strider mot unionsrätten, 2) att den tilltalade inte har beretts tillfälle att på ett effektivt sätt yttra sig över bevisningen, 3) att bevisningen hänför sig till ett område som domarna saknar sakkunskap om och 4) att bevisningen kan påverka bedömningen på ett avgörande sätt. Den rättsregel domstolen anger i de punkter som den hänvisat till i domen *La Quadrature du Net m.fl.* är densamma, men där hänvisar domstolen även till sin dom av den 10 april 2003, *Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228, punkterna 76–79. Även den domen rör lagring av trafikuppgifter, och den rättsregel som där ställs upp består av samma fyra moment som återgivits här.

När vi återvänder till *EncroChat*-målet och ställer upp den angivna rättsregeln på motsvarande sätt är utformningen något annorlunda. Ett bevisförbud gäller under förutsättning 1) att bevisningen erhållits i strid med de unionsrättsliga bestämmelserna (ett villkor som inte återges i svaret, utan ställs upp i EU-domstolens sammanfattning av vad den hänskjutande domstolen velat få klarhet i, i punkt 126 i domen), 2) att den tilltalade inte har beretts tillfälle att på ett effektivt sätt yttra sig över bevisningen och 3) att bevisningen i fråga kan påverka bedömningen av de faktiska omständigheterna på ett avgörande sätt. Som synes saknas det något svårtydda villkoret att bevisningen ska hänföra

¹⁸ Punkt 44 i domen. Min kursivering.

sig till ”ett område som domarna saknar sakkunskap om”. Det framstår som oklart om denna skillnad har någon praktisk betydelse, främst för att innebörden av villkoret är något obskyrt. Men om villkoret att domarna saknar sakkunskap på området rör den något tekniska arten av de slutsatser som kan dras utifrån lagrade trafikuppgifter och liknande, torde samma brist på sakkunskap finnas när det gäller det tekniska runt EncroChat-bevisning. I det följande har jag emellertid valt att avstå från diskussion avseende detta villkor.

Vilken betydelse ska då förbehållet i den ovan återgivna punkt 130 i domen ”utan att det påverkar tillämpningen av nationella processrättsliga regler” anses ha? Det är närmast självklart att den rättsregel som domstolen därefter uttalar, och som inte innehåller något sådant förbehåll, påverkar tillämpningen av nationella processrättsliga regler i en lång rad medlemsstater, däribland Sverige. EU-domstolen lämnar inga klargöranden alls i detta avseende. Förbehållet om nationell processrättslig autonomi förefaller mot bakgrund av denna utevaro av klargörande diskussion ha en i sammanhanget närmast kosmetisk karaktär.

3 Hur kan regeln om bevisförbud i tillämpas i svensk rätt?

Svensk processordning är i detta avseende sedan lång tid strukturerad kring principerna om fri bevisföring och fri bevisprövning. Det fåtal avsteg som svensk rätt känner från dessa grundläggande principer, såsom de bevisförbud som stadgas i 27 kap. 21a § tredje stycket rättegångsbalken eller 17 § tredje stycket lagen om hemlig dataavläsning, tillämpas knappast alls. Så när EU-domstolen säger att nationella domstolar är skyldiga att bortse ifrån bevisning som den tilltalade inte haft möjlighet att på ett effektivt sätt yttra sig över saknas det, såvitt jag kan se, någon i svensk straffprocessrätt allmänt etablerad metod för att genomföra den prövningen. Det är heller inte självklart att frågan om tillåtlighet, det vill säga huruvida den tilltalade haft möjlighet att på ett effektivt sätt yttra sig över bevisningen, kan avgöras utan att domstolen tar del av den ifrågasatta bevisningen, vilket ju i det fall bevisningen inte ska tillåtas ligga till grund för en fällande dom skapar en ytterst obekväm och för svenska förhållanden ovanlig situation för de yrkes- och lekmannadomare som har att pröva målet.¹⁹

Jag återkommer nedan till dessa frågor, men först behandlas kortfattat hur EU-domstolens förhandsavgörande kan tillämpas i svenska mål där EncroChat-bevisning (eller möjligen bevisning som åtkommit när någon av de övriga krypterade kommunikationstjänsterna knäckts) aktualiseras.

¹⁹ Det kunde möjligen tänkas att lagstiftaren inför en hantering av tillåtligheten av sådan bevisning motsvarande den som föreslagits för anonyma vittnen, där frågan om tillåtlighet ska avgöras vid ett särskilt sammanträde och av annan domare än den eller de som slutligt avgör målet, se prop. 2024/25:20, s 46 f. och 74 f.

3.1 EncroChat-bevisning

EU-domstolen uttalade, i punkterna 104 och 105 i domen, att den utfärdande staten ska respektera rätten till försvar och ett rättvist förfarande vid bedömningen av den bevisning som erhållits med anledning av utredningsordern, och att det sätt på vilket detta resultat ska åstadkommas är genom en skyldighet för domstolarna i den utfärdande medlemsstaten att bortse från bevisning som en part inte har beretts tillfälle att på effektivt sätt yttra sig över och som kan påverka bedömningen av de faktiska omständigheterna på ett avgörande sätt. Det är som sagt svårt att förena det uttalandet med det i punkt 130 i domen uppställda förbehållet ”utan att det påverkar tillämpningen av nationella processrättsliga regler”. EU-domstolen öppnar i rättsregeln den uttalar i sitt svar inte för att beakta bristen genom bevisvärdering eller påföljdsräkning, utan anger enbart en konsekvens — ett förbud för domstolen att beakta bevisning av detta slag. Det kan finnas skäl för den domstol som eventuellt har att hantera liknande bevisning att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen angående hur denna synbara motsättning ska förstås. För svensk del är det tämligen klart att en regel om bevisförbud påverkar tillämpningen av nationella processrättsliga regler, då ett sådant förbud synes helt oförenligt med våra grundläggande principer om fri bevisföring och fri bevisprövning.²⁰

Det är, när det gäller svaren på den fjärde gruppen av frågor, inte känt huruvida de franska/nederländska myndigheterna har underrettat svenska myndigheter så snart de fått kunskap om att de personer som använt EncroChat-enheterna har befunnit sig i Sverige, eller om någon sådan underrättelse lämnats till annan myndighet än polis eller åklagare. Det kan möjligen ifrågasättas om polis- eller åklagarmyndigheter uppfattat sig vara behöriga eller varit lämpade att pröva avlyssningens lagenlighet, och det kan ifrågasättas om de varit behöriga att begära att avlyssningen upphör eller användningen av dess resultat begränsas. Det är vidare tveksamt om det är lämpligt att låta brottsutredande myndigheter självständigt och utan insyn eller inflytande från aktörer företrädande andra intressen tillvarata de suveränitets- eller integritetsintressen som artikel 31 i direktiv 2014/41 är avsedd att

²⁰ Jfr NJA 2021 s. 286. Det kan möjligen ifrågasättas om EU-domstolens linje i fråga om bevisförbud låter sig förenas med senare års avgöranden från Europadomstolen för mänskliga rättigheter. Den domstolen har, med början i sin dom den 15 december 2011 i målet Al-Khawaja och Tahery mot Storbritannien (GC), nr 26766/05 och 22228/06, nedan kallat Al-Khawaja och Tahery, och därefter år 2015 i sin dom den 15 december 2015 i målet Schatschaschwili mot Tyskland (GC), nr 9154/10, nedan kallad Schatschaschwili, nyanserat sin praxis rörande artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen) från att närmast framstå som ett förbud mot att låta en frånvarande persons vittnesmål ensamt eller på ett avgörande sätt ligga till grund för en fällande dom, till att tydligare betona att rätten att förhöra eller låta förhöra vittnen som åberopas emot honom ska prövas som en del i bedömningen av om den tilltalade fått sin rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1 i Europakonventionen tillgodosedd som helhet.

skydda. EU-domstolen har emellertid inte angett några konsekvenser av eventuella åsidosättanden av sådana regler. Under alla förhållanden kan knappast ett åsidosättande av underrättelseskyldigheten leda till att den misstänkte inte ges tillfälle att på ett effektivt sätt yttra sig över bevisningen. Det är också svårt att se hur ett åsidosättande av detta slag skulle vara avgörande för bedömningen i ett konkret fall. Så även om denna fråga kan kräva ytterligare överväganden för lagstiftaren, är detta inte något som synes kunna leda till ett underkännande av bevisning som åtkommit genom EncroChat-avlyssningen.

Den för denna analys intressanta frågeställningen återfinns i stället i EU-domstolens svar på den andra och tredje gruppen av frågor, eller snarare i skälen rörande dessa. För resonemangets skull får vi anta att domstolen genom hänvisningen till domen i målet Prokuratuur velat ställa upp den rättsregel om bevisförbud den har mejslat ut i det målet och i andra mål. Det första villkoret i den av EU-domstolen sålunda uppställda regeln är att bevisningen erhållits i strid med unionsrättsliga bestämmelser. EU-domstolen utvecklar inte närmare vad som avses med detta i fråga om EncroChat-bevisning. I tidigare avgöranden som den hänvisat till har det rört sig om lagring av trafikuppgifter och liknande krav som ställs i de sekundärrättsliga bestämmelser som målet rör. Det framstår då som självklart att domstolen avser att bevisförbudet gäller för just de uppgifter som åtkommit genom ett åsidosättande av de sekundärrättsliga bestämmelser som målet rör.

Någon liknande unionsrättslig regelöverträdelse hittar vi inte omedelbart i fråga om EncroChat-bevisning. Det som EU-domstolen själv, av de hänvisningar som gjorts mellan punkterna 104 och 105, å ena sidan, och punkt 130 å den andra, emellertid tycks vara en smula tveksam till är avsaknaden av insyn i fråga om hur insamlingen av uppgifter gått till. Teknisk information om denna insamling har som sagt klassificerats som en fransk försvarshemlighet, vilket gjort det omöjligt (och straffbart) att granska hur insamlandet av uppgifter gått till, och möjligen även vilka uppgifter som finns men inte redovisats, i det enskilda fallet. En sådan situation är måhända inte ägnad att skapa en situation där "equality of arms" råder, men frågan är om det innebär att bevisningen erhållits i strid med unionsrätten. Det synes snarare vara frågan om att försvarssekretessen leder till en rättegång som inte uppfyller villkoren i artikel 14.7 i direktivet. Men kanske är det möjligt att själva sekretessbeslutet, tillsammans med konsekvensen att det blivit svårt för den tilltalade att på ett effektivt sätt yttra sig över de bevis som samlats in, medför att bevisningen ska anses ha erhållits i strid med unionsrätten? Även i denna del kan det finnas skäl för svensk domstol att begära förhandsavgörande (vilket för EncroChat-bevisning vid det här laget snarast torde aktualiseras i ett eventuellt resningsärende).²¹

²¹ Svenska domstolar synes i allmänhet ha tillåtit EncroChat-bevisning. Högsta domstolen har undvikit att ta ställning till frågan, se t.ex. dess mål B 2222-21, B 3624-21 och B 801-22.

Men det måste ändå, för att avsluta denna del, konstateras att EU-domstolen i allt väsentligt godtagit det förfarande för insamling och spridning av uppgifter till nationella brottsutredande myndigheter som använts i fallet EncroChat och, får det antas, även i fallen Anom, Sky ECC och Ghost. Om insamlingen av bevisningen följt de regler om detta som gällt i den avlyssnande staten och det varit möjligt att i en rent nationell situation överföra de uppgifter som framkommit till den brottsutredande myndighet som mottagit resultatet av den avlyssnande statens arbete är allt således frid och fröjd. När det gäller befintliga bevis skulle, enligt EU-domstolen, en ”motsatt tolkning av artikel 6.1 i direktivet [...] i praktiken leda till ett mer komplicerat och mindre effektivt system som skulle undergräva det mål som eftersträvas med direktivet”.²² När det gäller risken för att en sådan ordning skulle kunna leda till ett kringgående av vissa medlemsstaters restriktiva lagstiftning rörande tvångsmedel eller liknande nöjer sig domstolen med att konstatera att det inte framgått att så skulle vara fallet i det aktuella målet, men att det är en fråga som det ankommer på den nationella domstolen att pröva.²³

Sammanfattningsvis finns det, med förbehåll för konsekvenserna av det franska beslutet om försvarssekretess, inga tydliga indikationer i de resonemang som EU-domstolen för i EncroChat-domen på att den svenska hanteringen av denna typ av bevisning skulle stå i strid med EU-rätten på ett sådant sätt att regeln om bevisförbud aktualiseras. EU-domstolen uttalar inte att det franska beslutet om försvarssekretess i sig skulle strida mot unionsrättsliga bestämmelser, varför det första villkoret om att bevisningen ska ha åtkommits rättsstridigt faller i den delen. I övriga fall av möjliga åsidosättanden av unionsrätten som diskuteras i domen är det svårt att se hur ett sådant åsidosättande skulle kunna leda till att det andra villkoret, att det ska leda till att den tilltalade har svårt att på ett effektivt sätt yttra sig över bevisningen, skulle vara uppfyllt.

3.2 Undersökning av mobiltelefoner

Den rättsregel om bevisförbud som EU-domstolen påminner om i EncroChat-domen kan formuleras på följande sätt: Bevisning som åtkommit på ett sätt som strider mot unionsrätten får inte läggas fram eller beaktas i ett mål om ansvar för brott, om den rättsstridiga åtkomsten medfört att den tilltalade haft svårt att på ett effektivt sätt yttra sig över den bevisningen och denna på ett avgörande sätt påverkat bedömningen i målet. Även om det inte finns något i EncroChat-domen som tydligt talar för att den bevisning som var aktuell där skulle ha åtkommit i strid med unionsrätten, har den rättsregeln framhållits i EU-domstolens avgöranden under lång tid. Det finns alltså anledning att anta att rättsregeln utgör en konkretion av den allmänt tillämpliga effektivitetsprincip som EU-domstolen brukar hänvisa till som för-

²² Punkt 100 i domen.

²³ Punkt 97 i domen.

behåll för den nationella processrättsliga autonomi. Det gäller därmed att aktivera varningsklockorna för andra sammanhang som kan aktualisera dess tillämpning. Ett sådant sammanhang är just det område inom vilket bevisförbudsregeln har sitt ursprung, nämligen EU-rättens bestämmelser om personuppgifter, och närmare bestämt vad som gäller enligt dessa bestämmelser vid genomgång av mobiltelefoner som påträffas hos personer som är misstänkta för brott.

3.2.1 EU-domstolens dom i mål C-584/21

I dom den 4 oktober 2024 i mål C-548/21, Bezirkshauptmannschaft Landeck (försök har gjorts att få tillgång till personuppgifter som finns lagrade i en mobiltelefon), EU:C:2024:830, har EU-domstolen (stora avdelningen) prövat en begäran om förhandsavgörande från Landesverwaltungsgericht Tirol, Österrike.²⁴ Polisen hade i samband med en narkotikakontroll beslagtagit ett paket med 85 gram cannabis (vilket inte utgjorde grovt brott) adresserat till den misstänkte CG. Vid ett förhör några veckor senare ombads han att öppna sin mobiltelefon, vilket han vägrade. Mobiltelefonen beslagtogs. Specialister inom polisen försökte senare öppna telefonen, men misslyckades. Försöken genomfördes utan föregående beslut från domstol, och dokumenterades inte. CG överklagade beslutet om beslag till den hänskjutande domstolen. Han fick då kännedom om försöken att öppna telefonen.

Polisens hantering av mobiltelefonen var förenlig med österrikisk rätt. Den hänskjutande domstolen konstaterade emellertid att en mobiltelefon idag innehåller så mycket information om dess innehavare att en genomsökning av den riskerar att allvarligt kränka innehavarens rättigheter enligt bl.a. artiklarna 7 (respekt för privatlivet och familjelivet) eller 8 (skydd av personuppgifter) i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan). Domstolen, som prövade frågan utifrån direktiv 2016/680²⁵ och artiklarna 7, 8, 47 och 52 i stadgan, instämde i den bedömningen och uttalade sammanfattningsvis att

- det inte nödvändigtvis behöver röra sig om grov brottslighet för att polisen ska få bereda sig tillträde till de uppgifter som finns i en mobiltelefon, men arten eller kategorierna av brott där så får ske ska anges med tillräcklig precision i lagstiftningen,
- saken prövas på förhand av domstol eller oberoende myndighet, utom i motiverade brådskande fall, och

²⁴ Målet rör genomgång av mobiltelefoner. Resonemanget torde kunna överföras på andra typer av elektronisk kommunikationsutrustning på vilka stora mängder av personlig information lagras, oavsett om detta sker lokalt eller externt i "molnet". I artikeln talas emellertid fortsättningsvis endast om mobiltelefoner.

²⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/680 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behöriga myndigheters behandling av personuppgifter för att förebygga, förhindra, utreda, avslöja eller lagföra brott eller verkställa straffrättsliga påföljder, och det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av rådets rambeslut 2008/977/RIF (EUT L 119, 2016, s. 89, och rättelse i EUT L 127, 2018, s. 16).

- det ska vid den prövningen säkerställas att proportionalitetsprincipen iakttas.

Polisen ska vidare underrätta den enskilde om vilka skäl som ligger till grund för tillståndet att få tillgång till hans eller hennes uppgifter så snart en sådan upplysning inte riskerar att skada utredningen.

Målet rörde inte de bevisrättsliga konsekvenserna av att polisen försökte få tillgång till uppgifterna i mobiltelefonen i strid med dessa regler. Det är emellertid tämligen uppenbart att om bevisning åtkoms på ett sätt som är oförenligt med vad EU-domstolen uttalar i detta avgörande, så är det första villkoret i den i artikeln behandlade regeln om bevisförbud uppfyllt. Bevisningen har erhållits i strid med unionslagstiftningen. Den fråga som undersöks i följande avsnitt är om svensk rätt är utformad så att brottsutredande myndigheters genomsökningar av mobiltelefoner riskerar att utlösa den bevisförbudsregel som anvisats i EncroChat-domen och i de tidigare avgöranden som domstolen direkt eller indirekt där hänvisat till.

3.2.2 Avgörandets betydelse för svensk del

En mobiltelefon påträffas vid en husrannsakan som sker i bevissäkrings-syfte. Den genomgås, polisen hittar graverande bevis, personen häktas, telefonen är kvar i beslag, försvararen har små möjligheter eller resurser att själv undersöka telefonen... Det är kanske inte så svårt att föreställa sig en situation där den tilltalade, för det fall att en sådan genomgång av en mobiltelefon ska anses vara rättsstridig enligt unionsrätten, ställs i en situation där det är svårt att på ett effektivt sätt yttra sig över den bevisning som polisen säkrat. Det framstår som sannolikt att sådan rättsstridigt åtkommen bevisning på ett avgörande sätt påverkar bedömningen i målet. Så frågan är om svensk rätt uppfyller de krav på genomgång av misstänkta personers mobiltelefoner som domstolen ställer upp i den här aktuella domen.

Frågan är mer specifikt om det krävs ett särskilt beslut om husrannsakan eller annat tvångsmedel specifikt för att genomsöka innehållet i en mobiltelefon, när mobiltelefonen har åtkommit genom användning av ett annat tvångsmedel, såsom husrannsakan, kroppsvisitation eller genom beslag.²⁶ Den frågan har varit omdiskuterad i svensk rätt. Efter de omfattande ändringar år 2022 av bestämmelserna i 27 och 28 kapitlen i rättegångsbalken, bl.a. med införandet av tvångsmedlet genomsökning på distans, torde det emellertid stå klart att lagstiftarens syn på saken är att en genomgång av en mobiltelefon mycket ofta inte utgör ett självständigt tvångsmedel, utan är en del av verkställigheten av ett annat tvångsmedel, vanligtvis husrannsakan eller beslag,²⁷ varför själva genomgången av en mobiltelefon som påträffas

²⁶ Det kan ifrågasättas om beslag alls kan aktualiseras som ett särskilt tvångsmedel i detta avseende.

²⁷ När det gäller sådan genomsökning av mobiltelefoner som sker enligt de hemliga tvångsmedel som anges i 27 kap. rättegångsbalken eller i lagen (2020:62) om hemlig dataavläsning finns det uttryckliga föreskrifter om att tillstånd provas av rätten på

och tas i beslag vid en husrannsakan eller kroppsvisitation inte kräver någon särskild tillståndsprövning.

Lagstiftarens utgångspunkt i denna fråga är att även om elektronisk kommunikationsutrustning ofta kan innehålla personlig eller känslig information, så beaktas detta inom ramen för den proportionalitetsbedömning som alltid ska göras vid användning av ett tvångsmedel, såsom beslag eller husrannsakan.²⁸ EU-domstolen har naturligtvis inte haft anledning att gå in på det svenska systemet, och det framgår inte av den österrikiska domstolens uppgifter såsom de redovisats i EU-domstolens dom att det skett någon provning alls av användningen av tvångsmedel när den misstänkte CG greps av polis. Det går därför inte att dra några absoluta slutsatser om det svenska systemet med provning av det tvångsmedel som leder till beslaget av en mobiltelefon innefattar den proportionalitetsbedömning som ska göras mellan skälen för genomsökning av eventuellt påträffade mobiltelefoner och de risker för den enskildes grundläggande rättigheter en sådan genomsökning medför *är en godtagbar modell* för att tillgodose EU-rättens krav på skydd av dessa rättigheter.

Även om det alltså inte i domen sägs något som utesluter en sådan provningsmodell finns det anledning att hysa tvivel om att så är fallet. Till att börja med uttalar EU-domstolen, efter att ha redogjort i viss detalj för arten av de uppgifter som kan finnas lagrad i en mobiltelefon, att en sådan genomsökning ”kan medföra ett allvarligt, eller till och med *synnerligen allvarligt*, ingrepp i de grundläggande rättigheter som fastslås i artiklarna 7 och 8 i stadgan”.²⁹ Där en sådan genomsökning ”medför en risk för ett allvarligt, eller till och med särskilt allvarligt, ingrepp i den registrerades grundläggande rättigheter är det av väsentlig betydelse att frågan om tillstånd att använda detta tvångsmedel prövas av en domstol eller en oberoende myndighet, detta bland annat för att tillgodose kravet på att en proportionalitetsbedömning görs i varje enskilt fall, där samtliga relevanta omständigheter vägs mot varandra”.³⁰ Domstolen framhåller därefter att det krävs att ”den domstol eller oberoende myndighet som ska pröva tillståndsfrågan har alla de befogenheter och erbjuder alla de garantier som är nödvändiga för att tillgodose kravet på att en avvägning görs mellan de olika berättigade intressen och rättigheter som berörs”.

Vad närmare gäller användningen av detta tvångsmedel i samband med en brottsutredning ska följande påpekas. Vid provningen av tillståndsfrågan måste domstolen eller den oberoende myndigheten kunna göra en korrekt avvägning mellan å ena sidan de intressen som vid brottsbekämpning gör sig gällande när det gäller tillgång till information som behövs för att kunna utreda ett visst brott och å andra sidan

ansökan av åklagare. Då dessa tvångsmedel ligger lite vid sidan av den fråga som här undersöks behandlas inte dessa förfaranden vidare i denna artikel.

²⁸ Se prop. 2021/22:119 s. 58.

²⁹ Punkt 95 i domen, min kursivering.

³⁰ Punkt 102 i domen.

de grundläggande rättigheterna avseende respekt för privatlivet och skydd av personuppgifter för den som är föremål för tvångsmedelsanvändningen”.³¹ Det är svårt att föreställa sig att den som prövar om en husrannsakan eller kroppsvisitation ska tillåtas har möjlighet att göra den detaljerade bedömning avseende innehållet i de vid en sådan husrannsakan eller kroppsvisitation eventuellt påträffade mobiltelefoner som EU-domstolen här anvisar. Den domstol som konkret ställs inför frågan och delar mina tvivel i detta avseende kan med fördel begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

Det finns alltså goda skäl att anta att det krävs en särskild bedömning av åtgärden att genomsöka en mobiltelefon och att den svenska lagstiftningen kan vara oförenlig med ett sådant EU-rättsligt krav. Enligt EU-domstolen ska prövningen vidare göras i förväg ”utom i motiverade brådskande fall, då prövningen ska ske utan dröjsmål”,³² och dessutom då enligt huvudregeln av domstol eller oberoende myndighet. Det är svårt att se att svensk rätt uppfyller det sistnämnda kravet, då det i det stora flertalet fall torde vara åklagare som lämnar polisen tillstånd att, ibland genast på platsen för en husrannsakan, genomsöka en påträffad mobiltelefon. Även om EU-domstolen inte utvecklar vad den menar med oberoende myndighet framstår det som ytterst tveksamt om åklagaren ska anses vara en sådan. Även om så skulle vara fallet, kan det ifrågasättas om ett samtal från polis på platsen kan tjäna som underlag för en sådan allsidig proportionalitetsbedömning som EU-domstolen anvisar i här aktuell dom.

Slutligen kan det framhållas att den svenska regleringen av när beslag får ske enligt 27 kap. 1 § rättegångsbalken inte ”på ett tillräckligt precist sätt anges vilka faktorer som ska beaktas, däribland vilken art eller vilka kategorier av brott som kan medföra användning av det aktuella tvångsmedlet”, vilket enligt EU-domstolen är ett krav.³³ Eftersom beslag av mobiltelefoner knappast aktualiseras utan att något annat tvångsmedel kan användas, där förutsättningarna nog kan sägas uppfylla kravet på att beskriva vid vilken art eller vilka kategorier av brott, saknas det emellertid här anledning att här fördjupa den diskussionen.

Sammanfattningsvis kan det ifrågasättas om det enligt EU-rätten

- krävs en särskild proportionalitetsbedömning av domstol eller oberoende myndighet innan genomsökning av mobiltelefoner genomförs,
- åklagare är en sådan oberoende myndighet som kan genomföra en sådan bedömning,
- bevisning som åtkommit vid en genomsökning av mobiltelefoner som inte uppfyller dessa krav ska anses ha åtkommit på ett sätt som strider mot unionsrätten i den mening som avses i

³¹ Punkt 103 i domen.

³² Punkt 104 i domen.

³³ Punkt 99 i domen.

den bevisförbudsregel som domstolen anvisat i EncroChat-
domen och i tidigare meddelade avgöranden

- det i så fall medför att den bevisningen, i den mån den har
avgörande betydelse, får läggas fram mot den tilltalade.