

HÖGSTA DOMSTOLENS BESLUT

meddelat i Stockholm den 30 mars 2023

Mål nr

Ö 5686-22

PARTER

Klagande

HO

Ombud och offentlig försvarare: Advokat SB

Motpart

Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

SAKEN

Genomsökning på distans

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Göta hovrätts beslut 2022-09-01 i mål Ö 3245-22

Dok.Id 248095

HÖGSTA DOMSTOLEN	Postadress	Telefon 08-561 666 00	Expeditionstid
Riddarhustorget 8	Box 2066	Telefax -	08:00–12:00
	103 12 Stockholm	E-post:	13:15–16:00
		hogsta.domstolen@dom.se	
		www.hogstodomstolen.se	

HÖGSTA DOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta domstolen förklarar att det har varit möjligt att besluta om genomsökning på distans, trots att den begärda genomsökningen avsett information som kan vara lagrad i utlandet.

Högsta domstolen, som inte meddelar prövningstillstånd i målet i övrigt, skriver av målet.

SB ska få ersättning av allmänna medel för försvaret av HO i Högsta domstolen med 36 050 kr. Av beloppet avser 28 840 kr arbete och 7 210 kr mervärdesskatt. Staten ska svara för kostnaden.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN M.M.

HO har yrkat att Högsta domstolen ska upphäva hovrättens beslut om genomsökning på distans.

Riksåklagaren har motsatt sig att hovrättens beslut ändras.

Högsta domstolen har meddelat det prövningstillstånd som framgår av punkten 6.

SKÄL

Bakgrund

1. HO är misstänkt för grovt penningtvättsbrott och grovt bokföringsbrott. Åklagaren begärde under förundersökningen att tingsrätten skulle besluta om genomsökning på distans för att söka efter handlingar som kunde vara av betydelse för utredningen av brotten.
2. Enligt åklagaren fanns handlingarna lagrade i avläsningsbara informationssystem, som var tillgängliga i mobiltelefoner och datorer som

hade tagits i beslag hos HO. Åklagaren angav att det var oklart på vilken molntjänst och var i världen den eftersökta informationen fanns lagrad.

3. Tingsrätten, som kom fram till att förutsättningarna för att besluta om genomsökning på distans var uppfyllda, beviljade begäran. Beslutet var begränsat till eftersökning av handlingar som är lagrade i avläsningsbara informationssystem som är tillgängliga utanför vissa i beslutet angivna mobiltelefoner och datorer. I beslutet angavs särskilt att genomsökningen fick utföras endast genom autentisering i de avläsningsbara informationssystemen och att den inte fick avse handlingar som omfattas av bestämmelsen om beslagsförbud i 27 kap. 2 § rättegångsbalken.

4. Hovrätten har fastställt tingsrättens beslut.

5. Verkställigheten av det överklagade beslutet har avslutats.

6. Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd i frågan om det har varit möjligt att besluta om genomsökning på distans, trots att genomsökningen avser information som kan vara lagrad i utlandet. Frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt har förklarats vilande. (Se ”Den verkställda genomsökningen” Högsta domstolens beslut den 17 mars 2023 i detta mål.)

Prejudikatfrågan

7. Prejudikatfrågan är om genomsökning på distans får beslutas även när den information som genomsökningen avser kan vara lagrad i utlandet.

Genomsökning på distans

Vad som avses med genomsökning på distans

8. Genomsökning på distans utgör ett tvångsmedel som gör det möjligt att under en brottsutredning komma åt elektroniska uppgifter som kan ha

betydelse som bevis och som finns lagrade på t.ex. externa servrar eller i s.k. molnbaserade internetjänster. Tvångsmedlet är reglerat i 28 kap. 10 a – 10 i §§ rättegångsbalken.

9. Ett beslut om genomsökning på distans gör det möjligt att eftersöka handlingar som finns lagrade i ett avläsningsbart informationssystem utanför den elektroniska kommunikationsutrustning (t.ex. en mobiltelefon eller dator) som används för att utföra genomsökningen (se 28 kap. 10 a §). Åtgärden kan ske med användning av utrustning som har tagits i beslag eller påträffats vid en husrannsakan eller kroppsvisitation men den kan också genomföras med myndighetens egen utrustning (se prop. 2021/22:119 s. 76 och 178). Med ett avläsningsbart informationssystem avses en elektronisk kommunikationsutrustning eller ett användarkonto till, eller en på motsvarande sätt avgränsad del av, en kommunikationstjänst, lagringstjänst eller liknande tjänst (jfr 1 § andra stycket lagen, 2020:62, om hemlig dataavläsning). Handlingar som påträffas vid genomsökningen kan säkras genom kopiering och sedan användas som bevisning.

10. En genomsökning på distans ger alltså den verkställande myndigheten tillgång till information som finns lagrad utanför den utrustning som myndigheten själv har tillgång till. Myndigheten kan vid genomsökningen ta del av exempelvis information i internetbaserade applikationer, däribland meddelandetjänster och konton på sociala medier, där informationen lagras utanför den mobiltelefon eller surfplatta som används för att ta del av informationen.

Förutsättningarna för genomsökning på distans

11. Genomsökning på distans får enligt 28 kap. 10 b § rättegångsbalken utföras för att söka efter handlingar som kan vara av betydelse för utredning av brott eller för utredning av om det finns skäl för förverkande enligt

36 kap. 1 b § brottsbalken. Det ska finnas anledning att anta att ett brott med fängelse i straffskalan har begåtts. Åtgärden får som huvudregel utföras endast i ett avläsningsbart informationssystem som den som skäligen kan misstänkas för brottet kan antas ha använt. Även i annat fall får dock åtgärden komma till stånd om det finns synnerlig anledning att anta att det går att påträffa handlingar som kan vara av betydelse för utredning av brottet. Förutsättningarna för åtgärden är i dessa avseenden väsentligen desamma som förutsättningarna för husrannsakan (jfr 28 kap. 1 §).

12. Åtgärden får utföras endast genom autentisering i det avläsningsbara informationssystemet (se 28 kap. 10 b § tredje stycket). Det innebär att de brottsbekämpande myndigheterna inte får använda sig av andra sätt för att komma åt innehållet i systemen än de som användaren av tjänsten själv kan använda. Om det krävs exempelvis användarnamn och lösenord, biometrisk autentisering eller inloggning med personlig kod för att komma åt innehållet, måste myndigheterna alltså ha tillgång till det som krävs. Bestämmelserna tillåter inte installation av mjuk- eller hårdvara eller användandet av andra metoder för att kringgå en nödvändig autentisering.

13. Genomsökning på distans förutsätter därutöver *att* åtgärden inte avser uppgifter som enligt 27 kap. 2 § rättegångsbalken hindrar beslag, *att* den som drabbats av åtgärden under vissa omständigheter får närvara vid genomsökningen eller i annat fall underrättas om åtgärden *och att* åtgärden är proportionerlig (se 28 kap. 10 c, 10 e, 10 g och 10 i §§).

14. Det är avsett att genomsökning på distans ska vara av momentan karaktär och att det alltså inte ska vara möjligt att använda tvångsmedlet för fortlöpande övervakning. Åtgärden får inte utsträckas i väntan på att ytterligare handlingar kommer in och lagras. (Se prop. 2021/22:119 s. 78 f. och 177.)

Beslutsordningen

15. Beslut om genomsökning på distans fattas av förundersökningsledaren, åklagaren eller rätten. Om genomsökningen kan antas bli av stor omfattning eller medföra synnerlig olägenhet för den som drabbas av åtgärden bör, om det inte är fara i dröjsmål, åtgärden inte vidtas utan rättens beslut. (Se 28 kap. 10 d §.)

16. Har beslutet om genomsökning meddelats av rätten, kan det överklagas enligt allmänna regler om överklagande. Beslutet är dock genast verkställbart (se 30 kap. 12 § första stycket 3). Om beslutet i stället har fattats av förundersökningsledaren eller av åklagaren, finns ingen möjlighet till överklagande (jfr prop. 2021/22:119 s. 91 f.). I den utsträckning som påträffade handlingar har kopierats har dock den som drabbats av åtgärden alltid, oavsett vem som har beslutat om genomsökningen, vissa möjligheter att hos rätten begära att kopiorna förstörs (se närmare 27 kap. 17 e §).

Genomsökning på distans som berör eller kan beröra utländska servrar*Bestämmelserna om genomsökning på distans avser inte enbart eftersökning av information som finns i Sverige*

17. Vid verkställigheten av ett beslut om genomsökning på distans kan svenska myndigheter komma att påträffa elektroniska handlingar som är lagrade i utlandet eller på okänd plats. Frågan är om detta förhållande medför att det finns hinder mot åtgärden, antingen på så vis att något beslut om genomsökning på distans då över huvud taget inte kan fattas eller så att beslutet inte kan verkställas.

18. Bestämmelserna om genomsökning på distans är enligt sin ordalydelse inte begränsade till eftersökning av information som är lagrad i Sverige. Det finns inte heller någonting i bestämmelsernas förarbeten som ger uttryck för

att en sådan begränsning har varit åsyftad. Det står tvärtom klart att en begränsning av det slaget påtagligt skulle motverka syftet med lagstiftningen, eftersom svenska myndigheter då regelmässigt skulle vara hänvisade till att begära rättslig hjälp från utländska myndigheter. De negativa verkningarna av en sådan begränsning skulle vara särskilt påtagliga när det inte är känt var informationen finns lagrad ("loss of location"), eftersom svenska myndigheter då skulle sakna praktiska möjligheter att begära rättslig hjälp.

19. Det finns inte anledning att anta annat än att relevanta rättssäkerhets- och integritetsskyddsintressen – t.ex. intresset av att viss särskilt skyddsvärd information inte genomsöks (jfr 27 kap. 2 § rättegångsbalken) – kan tillgodoses lika väl om den eftersökta informationen finns i utlandet.

20. Det står mot denna bakgrund klart att en genomsökning på distans som berör i utlandet lagrad information väl kan förenas med bestämmelserna i 28 kap. rättegångsbalken. Den kritiska frågan är i stället om allmän folkrätt eller någon internationell överenskommelse som är bindande för Sverige utesluter en sådan tillämpning.

Allmänt om verkställande jurisdiktion

21. Enligt 2 kap. 12 § brottsbalken ska en domstol iaktta de begränsningar som följer av allmän folkrätt eller av en internationell överenskommelse som är bindande för Sverige. Bestämmelsen tar i första hand sikte på inskränkningar i den judiciella jurisdiktionen, dvs. på inskränkningar i svensk domstols behörighet att döma över en viss gärning. Begränsningarna följer framför allt av folkrättsliga regler om immunitet men också andra folkrättsliga normer ska beaktas. Folkrättsligt grundade begränsningar i svensk straffrättslig kompetens innebär i princip även hinder mot användning av straffprocessuella tvångsmedel (jfr prop. 1984/85:156 s. 5). Begränsningen avseende användningen av

straffprocessuella tvångsmedel är då härledd från den begränsning som finns avseende domstolens behörighet.

22. Också när det står klart att svensk domstol är behörig att döma över en viss gärning finns det emellertid folkrättsliga begränsningar när det gäller användningen av tvångsmedel och andra verkställande åtgärder. I synnerhet gäller att en stats verkställande jurisdiktion är begränsad till den statens territorium och att staten alltså är förbjuden att vidta verkställighetsåtgärder på andra staters territorium. Det är här fråga om en tillämpning av den s.k. territorialitetsprincipen när det gäller verkställighetsåtgärder. En sådan tillämpning av principen bör skiljas från den som sker vid bedömningen av svensk domstols behörighet att döma över en viss gärning. Att begränsningen av svensk verkställande jurisdiktion till svenskt territorium ska beaktas kan sägas följa av 2 kap. 12 § brottbalken eller av grunderna för den bestämmelsen.

23. För att folkrätten med stöd av 2 kap. 12 § ska innebära ett hinder mot svensk domsrätt eller svensk verkställande jurisdiktion förutsätts att det finns en inom folkrätten etablerad norm som begränsar den nationella kompetensen i det enskilda fallet. Något positivt stöd inom folkrätten för utövande av jurisdiktion i enlighet med svenska bestämmelser krävs således inte. (Se ”Universalitetsprincipen” Högsta domstolens beslut den 10 november 2022 i mål Ö 1314-22 p. 12–14.)

24. Som framhållits i det föregående är det en allmän folkrättslig princip att en stats verkställande jurisdiktion är begränsad till statens eget territorium. Principen utgör ett utflöde av den folkrättsliga principen om staters suveränitet. Om en brottsbekämpande myndighet genomför en straffprocessuell åtgärd, t.ex. ett gripande eller en husrannsakan, i en annan stat utan godkännande av den andra staten, anses detta typiskt sett innebära en kränkning av den andra statens territoriella suveränitet. Territorialitetsprincipen har emellertid

utvecklats i tider då verkställighetsåtgärder vanligen förutsatte att myndighetsföreträdare var fysiskt närvarande på platsen för verkställigheten. Det är inte alltid självklart hur principen ska förstås när en sådan företrädare genomför en åtgärd som berör en annan stat utan att beträda den statens territorium.

Den svenska diskussionen

25. Svensk lagstiftning om tvångsmedel saknar bestämmelser om när svenska myndigheter kan utöva verkställande jurisdiktion. Det får dock anses vara underförstått att den svenska tvångsmedelslagstiftningen, däribland 28 kap. rättegångsbalken, som utgångspunkt kan tillämpas endast om svensk domsrätt föreligger. Det står också klart att territorialitetsprincipen ska respekteras. Om svenska myndigheter saknar behörighet att verkställa ett tvångsmedel som berör en annan stat och det inte heller finns något avtal med den staten, förutsätts de begära rättslig hjälp från den andra statens myndigheter. (Jfr p. 21 och 22.)

26. Det finns emellertid olika uppfattningar om detta också innebär att svenska myndigheter är förhindrade att bereda sig tillgång till elektroniska handlingar som är lagrade utomlands men åtkomliga genom utrustning som finns i Sverige.

27. Frågan har berörts i förarbetena till bestämmelserna om genomsökning på distans. I det utredningsbetänkande som föregick lagstiftningen konstaterades att det i svenska förarbeten och doktrin i allmänhet har antagits att svenska myndigheter är förhindrade att bereda sig tillgång till elektronisk information som är lagrad i andra länder och att detta gäller även när informationens ägare finns i Sverige. Utredningen uttalade dock att det finns starka skäl för ett annat synsätt och att frågan borde överlämnas till rättspraxis. (Se SOU 2017:100 s. 362 ff., även SOU 2017:89 s. 443 ff. Jfr även Ds 2005:6 s. 282.)

28. I den efterföljande propositionen konstaterade regeringen att det för en effektiv brottsbekämpning är angeläget att reglerna om tillgång till elektronisk bevisning också kan tillämpas i praktiken, även när informationen finns utanför Sverige eller när det är okänt var den finns. Regeringen ansåg sig dock inte ha underlag för att närmare överväga frågan om exekutiv jurisdiktion utanför Sverige. (Se prop. 2021/22:119 s. 85 f.)

29. Frågan om vilka begränsningar som följer av folkrätten avgörs i och för sig inte av den svenska lagstiftaren. Det kan emellertid konstateras att det i dag inte finns någon vedertagen svensk uppfattning om vad som folkrättsligt gäller i frågan.

Traktaträttsliga begränsningar?

30. Det är en internationellt uppmärksammas och omdiskuterad fråga om – och i så fall på vilka villkor – det kan godtas att en stats brottsbekämpande myndigheter bereder sig tillgång till information som är lagrad i en server i en annan stat eller på okänd plats. Inom såväl Europarådet som EU har det bedrivits omfattande arbeten i syfte att komma fram till gemensamma lösningar.

31. Den viktigaste internationella regleringen på området är Europarådets konvention om it-relaterad brottslighet (ETS 185). Konventionen, som brukar kallas Budapestkonventionen, antogs år 2001 och trädde i kraft år 2004. Sverige är sedan den 1 augusti 2021 part till konventionen.

32. Ett syfte med konventionen är att lägga grunden för ett snabbt och effektivt internationellt samarbete vid bekämpning av it-relaterade brott. Enligt artikel 32 i konventionen får en fördragsslutande stat utan tillstånd av en annan sådan stat bereda sig tillgång till lagrade datorbehandlingsbara uppgifter som är allmänt tillgängliga, oavsett var uppgifterna befinner sig

geografiskt. Det är också tillåtet för en stat att genom ett datorsystem inom sitt territorium bereda sig tillgång till uppgifter som finns hos en annan stat om den förstnämnda staten erhåller lagligt och frivilligt samtycke av den person som har laglig rätt att via datorsystemet röja uppgifterna för staten.

33. Vid konventionens tillkomst var det inte möjligt att nå en överenskommelse om vad som skulle gälla i övriga situationer. Det som sägs i artikel 32 anses dock inte utesluta att en fördragsslutande stat bereder sig tillgång till information som lagras i utlandet i andra situationer än de som anges i artikeln. (Se Council of Europe, Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, 2001, s. 53, p. 293 med hänvisning till artikel 39.3 i konventionen.)

34. Sverige är inte bundet av någon annan internationell överenskommelse som reglerar brottsbekämpande myndigheters behörighet att bereda sig tillgång till information som är lagrad i utlandet eller på okänd plats. Det innebär sammantaget att det inte finns några traktaträttsliga begränsningar för svenska myndigheter att skaffa sig sådan tillgång.

Sedvanerättsliga begränsningar?

35. Frågan är då om sådana begränsningar följer av regler som har utvecklats inom den allmänna folkrätten (den internationella sedvanerätten). Det brukar anses att en sådan regel föreligger om det har utvecklats en internationell sedvänja och denna ger uttryck för en allmän praxis (statspraxis) som har godtagits som gällande rätt.

36. I flera internationella rapporter har konstaterats att avsaknaden av ett tydligt, effektivt och fungerande internationellt regelverk har lett till att stater i allt högre grad väljer unilaterala (dvs. egna och ensidiga) lösningar för att få tillgång till elektroniskt lagrad information i molnbaserade tjänster. I flera länder är det tillåtet för de brottsutredande myndigheterna att inom ramen för

en brottsutredning skaffa sig tillgång till information på externa servrar, om informationsbäraren är öppen under undersökningen eller den brottsbekämpande myndigheten på laglig väg har fått tag i inloggningsuppgifter, även om det är känt att informationen finns lagrad i ett annat land. Det finns dock även länder där detta inte är tillåtet. (Se bl.a. Transborder access and jurisdiction: What are the options? Report of the Transborder Group, Cybercrime Convention Committee (T-CY), Council of Europe, 2012 och Criminal justice access to electronic evidence in the cloud: Recommendations for consideration by the T-CY. Final report of the T-CY Cloud Evidence Group, Council of Europe, 2016.)

37. Det kan här särskilt nämnas att brottsbekämpande myndigheter i både Danmark och Norge har ansetts ha möjlighet att skaffa sig tillgång till elektroniskt lagrad information som funnits i utlandet (se Danmarks Højesterets avgörande UfR 2012 s. 2614 [H.K. 10 maj 2012 i sag 129/2011] och Norges Høyesteretts avgörande HR-2019-610-A).

38. Det är mot denna bakgrund tydligt att det inte finns någon statspraxis som kan ligga till grund för en internationellt sedvanerättslig regel av innebörd att myndigheter är förhindrade att bereda sig tillgång till elektronisk information som är eller kan vara lagrad i servrar utanför den egna statens territorium.

Slutsats

39. Rättegångsbalkens bestämmelser om genomsökning på distans är utformade så att de medger eftersökning av information som finns lagrad utanför Sverige (se p. 17–20). Det finns inga folkrättsliga hinder mot sådan eftersökning (se p. 21–38). Det saknar betydelse om det är känt i vilket land som informationen finns lagrad eller om platsen för lagringen är okänd.

40. Det sagda gäller under förutsättning att åtgärden vidtas inom ramen för en svensk brottsutredning och alltså är föranledd av en misstanke om brott som faller inom svensk dömande jurisdiktion (jfr p. 21); med svensk brottsutredning får i detta sammanhang jämföras ärende om rättslig hjälp åt en behörig utländsk myndighet. Det måste också förutsättas att åtgärden vidtas med användning av utrustning som finns i Sverige och att den sker på ett sådant sätt att den eftersökta informationen inte raderas eller på annat sätt påverkas till sitt innehåll. Såsom bestämmelserna om genomsökning på distans är utformade föreligger emellertid dessa förutsättningar regelmässigt när tvångsmedlet beslutas och verkställs. Det finns inte anledning att därutöver uppställa några särskilda krav på anknytning till Sverige, t.ex. att den misstänkte har hemvist här i landet eller att lagringen tillhandahålls av ett i Sverige etablerat företag.

41. Genomsökning på distans kan alltså, under nu angivna förutsättningar, beslutas även om den eftersökta informationen kan vara lagrad utomlands.

Bedömningen i detta fall

Bedömningen av den fråga i vilken prövningstillstånd har lämnats

42. Den aktuella genomsökningen har varit avsedd att vidtas inom ramen för en i Sverige bedriven förundersökning och med användning av utrustning som finns i Sverige. Den har inte varit ägnad att påverka innehållet i informationen på lagringsplatsen. Det förhållandet att den efterforskade informationen kan vara lagrad i utlandet utgör under dessa förhållanden inte något hinder mot åtgärden (se p. 39 och 40).

Frågan om prövningstillstånd i övriga delar av målet

43. Genom det överklagade beslutet har hovrätten funnit att åtgärden är förenlig med de villkor som anges i 28 kap. rättegångsbalken. Det har inte framkommit något skäl att meddela prövningstillstånd i dessa avseenden.

Målet ska skrivas av

44. Verkställigheten av beslutet om genomsökning på distans har numera avslutats. Det medför att Högsta domstolens ställningstagande i saken inte ska utmyнна i ett beslut att avslå överklagandet. I stället ska målet skrivas av. (Se ”Den verkställda genomsökningen”, jfr p. 6 i det föregående.)

I avgörandet har deltagit justitieråden Anders Eka, Agneta Bäcklund, Sten Andersson (referent), Petter Asp och Johan Danelius
Föredragande har varit justitiesekreteraren Hanna Hallonsten