

Advokatsekretessens betydelse i brottsutredningar

1. Inledning

Inom ramen för brottsutredningar får dokument och korrespondens enligt 27 kap. 1 § första stycket första punkten rättegångsbalken tas i beslag om det *skäligen kan antas ha betydelse för utredningen* av brottet. Det rör sig således om ett lindrigt beviskrav som tar sikte på att det kan förväntas att de handlingar som tas i beslag kan ha relevans för utredningen.

Det är emellertid utifrån lagtexten inte alldeles klart om handlingarnas innehåll måste vara känt för att de ska få tas i beslag. Det har i doktrinen pekats på att det i praktiken förekommer att omfattande skriftligt eller datorbaserat material tas i beslag utan att materialet har studerats och analyserats på förhand.¹

Denna brist på granskning har historiskt medfört att förundersökningar tillförts handlingar som omfattas av advokatsekretess, trots att dessa handlingar omfattas av det s.k. beslagsförbudet som följer av 27 kap. 2 § rättegångsbalken. Förhoppningsvis tillhör dock detta det förgångna i och med de nya reglerna om närvaro vid genomsökning av beslagtagna information och det nya tvångsmedlet *genomsökning på distans* som införts i 27 och 28 kap. rättegångsbalken.

Även om handlingar som omfattas av beslagsförbudet identifierats är det emellertid inte helt ovanligt att innehavaren till handlingen, exempelvis ett bolag, ombeds att helt eller delvis efterge advokatsekretessen då handlingarna kan innehålla information som är av betydelse för utredningen. Denna typ av påstötningar sker ibland också under stor press.

Att efterge sina rättigheter i samband med ett beslag är dock inte riskfritt. Den som ska fatta ett sådant beslut måste ta ställning till en mängd frågor, såsom om sekretessen överhuvudtaget kan efterges, eventuella konsekvenser av ett eftergivande, vilket material som omfattas av eftergivandet och i förhållande till vem eftergivandet gäller.

Huvudregeln enligt 12 kap. 2 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) är att enskilda helt eller delvis kan häva sekretess som gäller till skydd för honom eller henne. Enligt andra stycket i nämnda bestämmelse framgår vidare att det är möjligt att förena ett frivilligt utlämnande med ett förbehåll som begränsar mottagarens möjlighet att föra uppgifterna vidare. Svensk

¹ Heuman, L., Vilka beviskrav gäller eller bör gälla för användningen av tvångsmedel?, SvJT 2007 s. 149.

rätt erkänner således på ett generellt plan såväl partiella som selektiva eftergivanden av sekretess.

Av 36 kap. 5 § andra stycket rättegångsbalken framgår vidare b.l.a. att advokater får höras som vittnen *om något* som anförtröts dem inom ramen för deras yrkesutövning, förutsatt att den till vars förmån sekretessen gäller samtycker till det. Det rör sig såldes inte om något binärt rekvisit, utan erhålls samtycke endast avseende vissa uppgifter – det vill säga avseende ”något” förhållande – kan det rimligen inte tolkas som att samtycket gäller för samtliga uppgifter. Detta innebär enligt vår mening att selektiva och partiella eftergivanden också är tillåtna avseende advokatsekretess.

Varken rättegångsbalken eller advokatsamfundets vägledande regler om god advokatsed reglerar emellertid närmare tillåtligheten av selektiva och partiella eftergivanden av advokatsekretess, eller i övrigt vilka rättsverkningar som följer av ett eftergivande av sådan sekretess.

Ovan beskrivna situationer och frågeställningar har behandlats styvmoderligt av lagstiftaren och enligt vår erfarenhet råder det stor osäkerhet inom advokatkåren om hur dylika situationer ska hanteras och vilka konsekvenser som kan inträda om advokatsekretessen efterges. Denna osäkerhet är enligt vår erfarenhet påtaglig även bland åklagare och poliser. Syftet med denna artikel är därför att närmare undersöka advokatsekretessens omfattning, dess betydelse i brottsutredningar och vilka följdverkningar som kan uppstå om sekretessen efterges.²

2. Advokatsekretess enligt svensk rätt

Med begreppet advokatsekretess avses den tystnadsplikt som åligger advokater och det skydd som klienten åtnjuter för att uppgifter som omfattas av tystnadsplikten inte kommer till utomståendes kännedom.

Tystnadsplikten är en grundval i en demokratisk rättsstat. En grundläggande förutsättning för att advokaten ska kunna tillvarata sin klients intressen är att klienten är övertygad om att vad han eller hon anförtror advokaten inte förs vidare utan medgivande.³ Brott mot advokatsekretessen är enligt 20 kap. 3 § brottsbalken straffbar som brott mot tystnadsplikt.

Advokaters tystnadsplikt regleras i huvudsak genom 8 kap. 4 § rättegångsbalken, 34 § i Advokatsamfundets stadgar och Advokatsamfundets vägledande regler om god advokatsed. Tystnadsplikten skyddas också genom EKMR och EU-rätten. Det finns en relativt omfattande praxis från Europadomstolen avse-

² Artikeln tar sitt avstamp i det föredrag på samma tema som hölls av advokat Olle Kullinger i oktober 2022 inom ramen för Stockholm Centre for Commercial Law (SCCL).

³ Se p. 1.2–1.3 i vägledande föreskrifter avseende advokatens tystnadsplikt antagna av Advokatsamfundet den 11 juni 2020.

ende vilka handlingar och kontakter mellan advokater och dess klienter som omfattas av s.k. *attorney-client privilege* och vad som konstituerar en kränkning av advokatsekretessen.⁴

Men såvitt avser betydelsen för brottsutredningar styrs advokatsekretessen främst av beslagsförbudet i 27 kap. 2 § rättegångsbalken, vars omfattning närmare bestäms genom 36 kap. 5 § rättegångsbalken.

2.1 Allmänt om beslags- och frågeförbudet

Enligt beslagsförbudet i 27 kap. 2 rättegångsbalken får en skriftlig handling inte tas i beslag om den kan antas innehålla *uppgifter som advokater och deras biträden inte får höras som vittne om*, och handlingen *innehas av honom eller henne eller av den som tystnadsplikten gäller till förmån för*.

Enligt 36 kap. 5 § andra stycket rättegångsbalken är huvudregeln att advokater och deras biträden inte får höras som vittnen om något som har anförtrotts dem i deras yrkesutövning eller som de erfarit i samband därmed. Undantag från detta görs endast i) om det är medgivet i lag, ii) om den som tystnadsplikten gäller till förmån för samtycker till det eller iii) i mål angående brott för vilket inte är föreskrivet lindrigare straff än fängelse i två år (den s.k. genombrottsregeln). Det finns alltså tre undantag då advokater eller deras biträden får höras som vittnen.

Försvare har dock aldrig – även om det lindrigaste straffet överstiger fängelse två år – en skyldighet att vittna. I förhållande till försvarare finns alltså överhuvudtaget inte någon vittnesplikt. Därmed är också beslagsförbudet i förhållande till försvarare absolut.

Avseende bolag finns det en teoretisk möjlighet för polis och åklagare att ”runda” beslagsförbudet. Exempelvis kan frågor ställas direkt till en anställd om innehållet i en skyddad handling eller så kan handlingar som inte får tas i beslag i stället fotograferas.

Det förstnämnda exemplet har behandlats av bland annat Fitger m.fl., som menar att frågor till en anställd som tar sikte på skyddad information kan utgöra ett otillbörligt kringgående av frågeförbudet.⁵

⁴ Se bland annat Laurent mot Frankrike (28798/13, dom meddelad den 24 maj 2018), Kopp mot Schweiz (23224/94, dom meddelad den 25 mars 1998), Pruteanu mot Rumänien (30181/05, dom meddelad den 3 februari 2015), Saber mot Norge (459/18, dom meddelad den 17 december 2020), Sallinen m.fl. mot Finland (50882/99, dom meddelad den 27 september 2005), Robathin mot Österrike (30457/06, dom meddelad den 3 juli 2012), Niemietz mot Tyskland (13710/88, dom meddelad den 16 december 1992) samt André m.fl. mot Frankrike (18603/03, dom meddelad den 24 juli 2008).

⁵ Fitger, P., m.fl., kommentaren till 36 kap. 5 § rättegångsbalken, JUNO Version 92, publicerad digitalt 2022-06-03.

Det sistnämnda exemplet har vidare behandlats i Beslagsutredningen (SOU 2017:100). Där har det uttalats att det *”torde dock följa av grunderna för beslagsförbudet att en handling som fotograferats på avstånd i samband med exempelvis spaning inte får användas i utredningen, om den inte kunnat tas i beslag eller kopieras hos den fotograferade personen”*.⁶

Högsta domstolen har vidare uttalat att syftet med beslagsförbudsreglerna är att förhindra att de brottsbekämpande myndigheterna över huvud taget får kännedom om skyddade uppgifter.⁷

Enligt vår uppfattning innebär detta att det inte är tillåtet att indirekt utreda innehållet i en skyddad handling, då detta kraftigt skulle urholka beslagsförbudet, och därmed syftet med reglerna.⁸

Polis och åklagare bör helt enkelt vara skyldiga att förhålla sig lojalt till beslagsförbudet med beaktande av dess ändamål och syfte.

2.2 Särskilt om begreppet ”försvarare”

Beslagsförbudet gäller alltså alltid i förhållande till försvarare. I sammanhanget finns det anledning att påpeka att juridiska personer enligt svensk rätt inte kan hållas straffrättsligt ansvariga då företagsbot enligt lagstiftaren inte är ett straff utan en *särskild rättsverkan av brott*. Vid en första anblick kan det därför förefalla oklart om en advokat som företräder ett bolag inom ramen för en förundersökning i lagens mening är en ”försvarare”.

I samband med att reglerna om företagsbot relativt nyligen sågs över konstaterades emellertid att det inte torde *”råda något tvivel om att även företagsbot utgör ett straff i den bemärkelse som avses i Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga”*.⁹

EKMR och EU:s rättighetsstadga medför alltså att de rättigheter som tillkommer en misstänkt fysisk person även tillkommer en juridisk person som är föremål för en brottsutredning. Även advokater som är ombud för ett ”misstänkt” bolag är således försvarare i rättegångsbalkens mening.

⁶ SOU 2017:100 s. 434.

⁷ NJA 2015 s. 631, p. 32.

⁸ I sammanhanget bör det även noteras att Högsta domstolen genom NJA 2015 s. 631 p. 22 har öppnat upp för analogiska tolkningar av beslagsförbudet förutsatt att tillämpningen *”innebär ett i förhållande till bestämmelsens ordalydelse vidgat och inte inskränkt rättskydd för den enskilde”*, se p. 22.

⁹ SOU 2016:82 s. 108.

2.3 Särskilt om begreppet ”advokat”

Med advokat avses medlem i Sveriges advokatsamfund. Av 8 kap. 9 § rättegångsbalken framgår att vad som i rättegångsbalken eller i någon annan lag föreskrivs om advokat i tillämpliga delar även ska gälla för den som är auktoriserad som advokat i någon annan stat inom EU, EES eller i Schweiz när denne är *verksam* i Sverige.

Enligt bestämmelsens förarbeten omfattas dock inte advokater som från sin hemstat tillhandahåller tjänster till klienter som befinner sig i Sverige, till exempel per brev eller telefon.¹⁰ I förvaltningsrättslig praxis har det också bekräftats att endast advokater som har sitt driftställe i Sverige omfattas.¹¹

Dessa förarbetsuttalanden, vilka nämnda praxis refererar till, är emellertid från tiden före Sveriges anslutning till EU. Kravet på att en advokat måste vara verksam i Sverige torde enligt vår mening inte vara förenligt med friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 56 och 57 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Genom detta krav får svenska advokater en konkurrensfördel framför den som är auktoriserad som advokat i annan stat inom EU, EES eller i Schweiz och som är att jämställa med en advokat som är medlem i Sveriges advokatsamfund, utan att åtgärden förefaller vara objektivt motiverad utifrån ett allmänintresse.¹²

Vår uppfattning – även om det alltså finns förvaltningsrättslig praxis i motsatt riktning – är därför att tillämpliga delar av rättegångsbalken, däribland beslagsförbudet, gäller även för den som är auktoriserad som advokat i annan stat inom EU, EES eller i Schweiz och som är att jämställa med en advokat som är medlem i Sveriges advokatsamfund trots att denne inte bedriver verksamhet i Sverige.

Med detta sagt finns det alltså en osäkerhet kring hur handlingar från en utländsk advokat inom EU som förvaras hos exempelvis ett svenskt bolag ska bedömas. I våra kontakter med rättsvårdande myndigheter har vi dock sällan stött på några problem i detta avseende. Polis och åklagare gör sällan skillnad på handlingar och korrespondens från svenska advokater och advokater verksamma inom EU, EES eller i Schweiz. Frågan förefaller därför främst ha teoretisk betydelse.

¹⁰ Prop. 1992/93:64 s. 46. Se även NJ lagkommentar: Rättegångsbalken till 8 kap. 9 §.

¹¹ Kammarrätten i Göteborgs dom 2018-01-12 i mål nr 3878-17.

¹² Se resonemang i Jean-Philippe Lahorgue mot Ordre des avocats du barreau de Lyon, Conseil national des barreaux m.fl. i mål nr C-99/16, särskilt p. 26 och 31.

2.4 Advokatsekretess för advokater verksamma i tredje land samt för bolagsjurister

Om bolag har anlitat en advokat från ett land utanför EU – exempelvis USA – så omfattas dessa advokater formellt inte av rättegångsbalkens regelverk. Det finns inte någon bestämmelse som föreskriver att de som är advokater utanför EU, EES och Schweiz omfattas av samma regler som är föreskrivet för advokater verksamma i Sverige.

Frågor om beslagsförbudet i förhållande till advokater från tredje land ställs dock sällan på sin spets. Även här är vår erfarenhet att rättsvårdande myndigheter respekterar advokatsekretessen, förutsatt att den aktuella advokaten är verksam i en rättsstat.¹³

Bolag bör likväl överväga vilka handlingar som skickas/tas emot om en advokat utanför EU, EES och Schweiz anlitas. Det förekommer också att bolag i ärenden som rör mycket känslig information väljer att anlita en svensk advokat vid sidan av den utländska advokaten för att vara helt säkra på att åtnjuta rättegångsbalkens skydd.

Parentetiskt ska även nämnas att bolagsjurister inte åtnjuter något sekretesskydd enligt svensk rätt. Frågan om det finns anledning att också låta bolagsjurister omfattas av advokatsekretessen har prövats på EU-nivå i det s.k. Akzo Nobel-målet.¹⁴ I målet konstaterade EU-domstolen att bolagsjuristens ekonomiska beroende och täta ekonomiska band med sin arbetsgivare innebär att dennes ställning inte är jämförbar med en advokats, och att advokatsekretess därmed inte gäller i förhållande till bolagsjurister.

2.5 Vilka handlingar omfattar beslagsförbudet?

Beslagsförbudet omfattar samtliga skriftliga handlingar som innehåller information som anförtrotts en advokat eller som denne annars erfarit inom ramen för sin yrkesutövning, om handlingen innehas av advokaten eller av klienten.¹⁵

Högsta domstolen har konstaterat att det endast krävs ett blygsamt mått av bevisning för att ett påstående om att handlingarna innehåller skyddad information ska godtas.¹⁶ Regeringsrätten har intagit samma inställning som Högsta domstolen i mål där advokaters vittnesplikt enligt 36 kap. 5 § rättegångsbalken har aktualiserats.¹⁷ Högsta förvaltningsdomstolen har också uttalat att beslags-

¹³ Det bör noteras att ett sådant beslag eventuellt kan konstituera en överträdelse mot utländska rättsordningar eller intressen. Detta berörs inte närmare i denna artikel.

¹⁴ Akzo Nobel Chemicals mot Kommissionen i mål nr C-550/07 P.

¹⁵ NJA 1977 s. 403 och NJA 2010 s. 122.

¹⁶ NJA 1990 s. 537.

¹⁷ RÅ 2001 ref. 67 I och II.

förbudet även är tillämpligt i vissa fall då handlingar som innehåller skyddad information förvaras hos tredje man, såsom en bank.¹⁸

Högsta domstolen har dock uttalat att om syftet med ett samarbete mellan en advokat och dennes uppdragsgivare är brottsligt eller enbart består i att advokatens aktiva medverkan ska dölja brott är det i regel inte frågan om sådan yrkesutövning som anges i 36 kap. 5 § rättegångsbalken.¹⁹ Är förhållandena sådana är alltså beslagsförbudet i regel inte tillämpligt.

Rättsläget är därmed sådant att i princip alla handlingar omfattas av beslagsförbudet om en advokat eller klient presenterar ett blygsamt mått av bevisning för att handlingarna innehåller uppgifter som omfattas av advokatsekretess. Beslagsförbudet är inte begränsat till handlingar som är föranledda av klientens kontakt med advokaten utan omfattar också handlingar som advokaten fått från någon annan så länge advokaten mottagit dem inom ramen för sin yrkesutövning.

En klient kan också ”smitta” dokument med advokatsekretess genom att översända dokumentet till advokaten. Det saknar betydelse om sådana handlingar härrör från tiden innan någon advokatkontakt överhuvudtaget etablerats. Kommer däremot rättsvårdande myndigheter på annat håll över en kopia av en handling som omfattas av advokatsekretess smittas naturligtvis inte kopian.

Som följer av lagtexten tar förbudet sikte på ”skriftliga handlingar”. Intrycket kan därför ges att regleringen endast rör fysiska dokument. Det finns heller inte någon uttrycklig bestämmelse som anger hur beslagsförbudet ska tillämpas på datalagrad information.

JO har dock uttalat att starka skäl talar för att behandla elektronisk lagrad information på samma sätt som om den återfunnits i en skriftlig handling.²⁰ Även JK har uttalat att beslagsförbudet bör gälla för annat än skriftliga handlingar då informationen finns sparad på ett annat medium.²¹ Uttalandena har bekräftats av Högsta domstolen som slagit fast att beslagsförbudet gäller för information av annat slag än skrift samt för andra bärare av information än papper.²² Det står således helt klart att beslagsförbudet även omfattar information på en elektronisk informationsbärare, såsom en dator eller server.

Trots att beslagsförbudet alltså omfattar handlingar som lagrats på elektroniska databärare har det ofta förekommit att datorer och andra lagringsmedium

¹⁸ HFD 2012 ref. 12. Målet rörde s.k. tredjemansrevision och inhämtandet av uppgifter på klientmedelskonton hos en bank. Högsta förvaltningsdomstolen fäste särskild vikt vid att advokater enligt lag är skyldiga att hålla klientmedel avskilda samt att banker omfattas av i lag föreskriven tystnadsplikt. Därför kunde ”den förtrolighet beslagsförbudet avser att skydda inte anses ha brutits beträffande uppgifter som finns i anslutning till ett klientmedelskonto”. Avgörandet kan därför knappast tas till intäkt för att uppgifter hos tredje man generellt sett är skyddade.

¹⁹ NJA 2010 s. 122.

²⁰ JO:s beslut 2010-12-22, dnr 140-210.

²¹ JK:s beslut 2007-12-19, dnr 6373-07-31.

²² NJA 2015 s. 631.

som innehållit skyddad information tagits i beslag. Sådan skyddad information har inte sällan hamnat i det s.k. sidomaterialet²³ i förundersökningar.

I avsaknad av en tydlig reglering har detta medfört olika *ad hoc*-lösningar där försvaret vid upptäckt av skyddat material har uppmärksammat åklagare på detta och begärt att det skyddade materialet ska raderas.²⁴ Denna typ av situationer har varit bekymmersam ur ett sekretessperspektiv och har i praktiken inneburit att polis och åklagare från tid till annan har fått tillgång till handlingar som omfattas av advokatsekretess.

Sedan den 1 juni 2022 finns emellertid en ny bestämmelse i 27 kap. 11 b § rättegångsbalken som medför att den som drabbats av ett beslag har rätt att närvara vid genomgång av handlingarna. Därigenom ges en möjlighet att i ett tidigare skede identifiera de handlingar som omfattas av advokatsekretess.

2.6 Nya regler om närvarorätt

Av 27 kap. 11 b § rättegångsbalken följer att vid genomsökning av handlingar i elektronisk kommunikationsutrustning eller kopia av sådana handlingar får den som drabbats av beslaget närvara om det *kan antas* att det framkommer uppgifter som omfattas av beslagsförbudet. Med ”elektronisk kommunikationsutrustning” avses all utrustning som kan anslutas till ett elektroniskt kommunikationsnät. Förutom datorer och mobiltelefoner omfattar begreppet sådan utrustning som vid det aktuella tillfället inte var anslutet till kommunikationsnätet, så länge utrustningen kan anslutas.²⁵ Således omfattas i regel bland annat externa hårddiskar och USB-minnen som genom en dator kan anslutas till ett kommunikationsnät.

Närvarorätten gäller alltså den som drabbats av genomsökning, inte den som genomsökningen gjorts hos.²⁶ Tas en dator i beslag hos exempelvis en tjänsteman på ett bolag och det på tjänstemannens dator finns handlingar som omfattas av beslagsförbudet har alltså *bolaget* rätt att närvara vid genomsökningen. Enligt 27 kap. 11 c § rättegångsbalken har den som har närvarorätt även rätt att ha ett biträde närvarande om de kan ske utan men för utredningen och biträdet

²³ Det vill säga i den del av förundersökningen som inte bedömts relevant och således inte inkluderats i förundersökningsprotokollet.

²⁴ I beslut 2006-12-21, dnr ÅM-A 2006/115, har Riksåklagaren även anförts, avseende hur polis och åklagare ska agera om det påträffar information som omfattas av beslagsförbudet, att den aktuella handlingen om det rör sig om elektroniskt lagrad information måste släckas ned, respektive genast förstöras om den är i pappersform. Det har alltså även tidigare funnits – även om den inte varit lagstadgad – en skyldighet att ”radera” handlingar som omfattas av advokatsekretess. Det ska även noteras att nämnda beslut finns återgivet i JK:s beslut 2007-12-19, dnr 6373-07-31.

²⁵ Prop. 2021/22:119 s. 166.

²⁶ Prop. 2021/22:119 s. 70.

uppfyller de krav som ställs på en försvarare enligt 21 kap. 3 § tredje stycket rättegångsbalken.

2.7 Nya regler om genomsökning på distans

De tidigare beslagsreglerna var anpassade till fysiska föremål. Ny teknik, bland annat genom så kallade molntjänster, har medfört tillämpningssvårigheter av den tidigare lagstiftningen. Genom molntjänster lagras information på e-postkonton och i datorer externt på separata servrar – ofta i tredje land.

När information som sparats i molntjänster har eftersökts vid husrannsakan har polis och åklagare ställts inför det faktum att det inte funnits någon databärare att beslagta. I praktiken har detta löst sig genom att polis och åklagare – ibland utan samtycke – har kopierat exempelvis hela e-postkataloger.²⁷

I de fall sådan kopiering har skett med samtycke har sådant samtycke ibland lämnats under en indirekt påtryckning om att datorer och servrar, som i många fall är helt nödvändiga för verksamheten, annars kan komma att tas i beslag i sin helhet.²⁸

JK:s uppfattning²⁹ – som vi till fullo delar – är emellertid att sådan kopiering alltid krävde samtycke från innehavaren av databäraren och att frivilligt samtycke inte gärna kunde ges i samband med ett beslag om alternativet var att datorbäraren skulle beslagtags, eftersom det var att betrakta som en tvångssituation.

I dessa situationer har vår gängse rekommendation varit att det berörda bolaget på eget initiativ ska kopiera det eftersökta materialet till ett USB-minne, som därefter görs tillgängligt för beslag. På så sätt har det eftersökta materialet kunnat tillhandahållas utredningen utan att någon advokatsekretess behöver efterges.

Det förefaller vidare ha saknats fullgoda rutiner hos rättsvårdande myndigheter för hur skyddad beslagtagen information ska raderas. Möjligheten att underställa dessa beslag rättens prövning används också sällan eftersom handlingarna och ärendet då riskerar att bli offentliga.

²⁷ Notera att spegling av elektroniska databärare tidigare var oreglerat. Genom de nya reglerna i 27 kap. 17 a–17 e §§ rättegångsbalken som trädde i kraft den 1 juni 2022 tilläts numera kopiering av handlingar i såväl pappersform som i elektronisk form. En förutsättning för kopiering är dock bland annat att handlingen omfattas av ett beslag eller påträffas vid en husrannsakan och att handlingen inte omfattas av beslagsförbudet.

²⁸ Det bör i sammanhanget även nämnas att det av 27 kap. 1 § tredje stycket rättegångsbalken framgår att beslag, liksom andra tvångsmedel, endast får beslutas om åtgärden är proportionell. Detta är en bestämmelse som ofta förbises. Enligt vår mening torde det i praktiken aldrig vara proportionellt att beslagta till exempel en banks eller annat finansiellt företags servrar då det sannolikt innebär att bolaget – i vart fall under period – helt tvingas upphöra med sin verksamhet.

²⁹ JK:s beslut 2001-05-17, dnr 2806-00-21.

Den 1 juni 2022 infördes emellertid en ny bestämmelse i 27 kap. 17 a § rättegångsbalken. Bestämmelsen innebär att det numera är uttryckligen förbjudet att kringgå beslagsförbudet genom att kopiera fysiska eller elektroniska handlingar. Enligt 27 kap. 17 d § rättegångsbalken, som infördes samma datum, ska en kopia som omfattas av beslagsförbudet också omedelbart förstöras.

Den 1 juni 2022 infördes därtill det nya tvångsmedlet genomsökning på distans. Detta regleras i 28 kap. 10 a–10 i §§ rättegångsbalken. Tvångsmedlet ger polis och åklagare möjlighet att söka efter handlingar som lagrats utanför informationsbäraren – exempelvis i en molntjänst – men som kan nås via till exempel en dator.

Enligt de nya reglerna får handlingar som omfattas av beslagsförbudet inte eftersökas.³⁰ Står det på förhand klart att den eftersökta handlingen omfattas av beslagsförbudet får således någon eftersökning inte ske. En genomsökning ska vidare avbrytas omedelbart om en handling som omfattas av beslagsförbudet påträffas. Handlingen som gås igenom ska då stängas ned och inte öppnas igen.³¹

Av 28 kap. 10 e § fjärde stycket rättegångsbalken följer därtill att den drabbade i vissa fall har rätt att närvara vid genomsökning på distans för att bevaka att genomsökningen inte går in på handlingar som omfattas av beslagsförbudet.

De nya reglerna om närvaro och genomsökning på distans är ännu i sin linda men vår förhoppning är att reglerna kan bidra till ett ökat skydd för advokatsekretessen och att handlingar som omfattas av beslagsförbudet i minskad omfattning tas in i förundersökningar.

2.8 Upplysningspliktens betydelse för advokatsekretessen

I samband med brottsutredningar är det vanligt att andra tillsynsmyndigheter ställer frågor och begär ut material inom ramen för sin tillsyn. Det finns därför anledning att beröra detta och hur aktuella bestämmelser förhåller sig till advokatsekretessen.

Av 47 kap. 2 § skatteförfarandelagen (2011:1244) följer att Skatteverket vid skatterevisioner eller bevissäkring inte får granska en handling som inte får tas i beslag enligt 27 kap. 2 § rättegångsbalken. I 5 kap. 11 § konkurrenslagen (2008:579) respektive i 4 kap. 9 § lagen (2016:1306) med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning (Kompletteringslagen) återfinns också likande bestämmelser som hänvisar till beslagsförbudet vid platsundersökningar. Förbudet gäller alltså inte bara i förhållande till rättsvårdande myndigheter, utan även i förhållande till Skatteverket, Konkurrensverket och Finansinspektionen.

³⁰ 28 kap. 10 c § första stycket rättegångsbalken och prop. 2021/22:119 s. 180.

³¹ 28 kap. 10 c § andra stycket rättegångsbalken och prop. 2021/22:119 s. 180.

Att anmärka är dock att 3 kap. 1 § andra stycket Kompletteringslagen anger att Finansinspektionen inte får förelägga om tillhandahållande av uppgifter eller inställelse vid förhör i den ”*utsträckning uppgiftslämnandet skulle strida mot den i lag reglerade tystnadsplikten för advokater*”. Även om skillnaden är ringa innebär det ett skydd som sträcker sig längre än beslagsförbudet.

Revisorer har enligt 9 kap. 46 § aktiebolagslagen (2005:551) en skyldighet att medverka i förundersökning i brottmål angående det bolag denne reviderar. Bolaget är också enligt 9 kap. 7 § samma lag skyldigt att ge revisorn den information som revisorn begär.

Rättegångsbalkens beslagsförbud avser endast handlingar som innehas av advokaten eller klienten och alltså inte sådana handlingar som innehas av revisorn. Det kan ifrågasättas om denna ordning är rimlig, då handlingar som är avsedda att skyddas kan tillföras en brottsutredning via en sådan omväg.

I sammanfattning följer svensk lagstiftning en internationell trend med ökad tillsyn inom en rad områden och en utökad upplysningsplikt. Beslagsförbudet gäller dock i många fall även i förhållande till sådana tillsynsmyndigheter. Det finns därför anledning för den som är föremål för tillsynsåtgärder att märka skyddade handlingar med ”Advokatsekretess” eller motsvarande för att försäkra sig om att de inte tas om hand av tillsynsmyndigheten med risk för efterföljande spridning.

2.9 Eftergivande av advokatsekretess

Som angetts ovan får advokater eller deras biträden inte enligt 36 kap. 5 § andra stycket rättegångsbalken höras som vittnen om något som har anförtrotts dem i deras yrkesutövning eller som de erfarit i samband därmed om det inte är medgivet i lag eller om den som tystnadsplikten gäller till förmån för *samtycker* till det. Advokater kan alltså höras som vittnen och handlingar tas i beslag om klienten samtyckt till det.

Som redogjorts för ovan omfattar advokatsekretessen alla handlingar som anförtrotts advokaten inom ramen för dennes yrkesutövning. Utgångspunkten är att all information som anförtrotts advokaten inom ramen för ett uppdrag är skyddad. Klienten behöver därför inte agera aktivt för att exempelvis korrespondens med advokaten ska vara skyddad. I stället är det en omvänd reglering som innebär att klienten måste samtycka till att sekretessen efterges.

Det finns i svensk rätt inga formkrav för hur samtycket ska inhämtas. Det har dock framförts att ett sådant samtycke ska vara uttryckligt, väl dokumenterat och tillräckligt tydligt.³² I brist på uttrycklig reglering bör dock rättsläget för närvarande medge att samtycke kan lämnas muntligen. Som angetts ovan bör

³² Lexino lagkommentar till 8 kap. 4 § rättegångsbalken. Att samtycket måste vara uttryckligt har också framhållits av justitierådet Stefan Lindskog, se tillägg till NJA 2010 s. 122.

dock ett samtycke som lämnats i samband med ett pågående tvångsmedel vara ogiltigt på grund av bristande frivillighet.

En fråga som i grunden är associationsrättslig är vem eller vilket bolagsorgan som på ett aktiebolags vägnar kan ge samtycke till att häva advokatsekretessen avseende handlingar som tillhör bolaget. Enligt vår mening torde ett sådant beslut endast kunna fattats av bolagets styrelse eller möjligen av VD. Klart är emellertid att varken ett bolags säkerhetschef eller andra funktioner som vanligen tar emot polis vid en husrannsakan normalt sett har sådan behörighet.

Att samtycket är tydligt och dokumenterat är naturligtvis viktigt för att det ska stå klart vilka handlingar som samtycket avser. I annat fall finns en risk att skyddade uppgifter tas in i förundersökningsmaterialet.

Frågan uppkommer dock till vem samtycket har lämnats och om advokatsekretessen avseende de aktuella handlingarna därmed har eftergetts även i förhållande till exempelvis andra myndigheter. För närvarande förefaller det inte finns tydligt något svar på dessa frågor. Såvitt vi känner till har frågorna inte behandlats närmare i vare sig förarbeten eller praxis.³³

På motsvarande vis saknas det ett tydligt svar på huruvida det är tillåtet att efterge advokatsekretessen endast för vissa delar av ett skyddat material eller om ett sådant eftergivande innebär att även övriga delar av materialet förlorar sitt skydd.

Vi är dock av uppfattningen att såväl *selektivt* som *partiellt* eftergivande av advokatsekretessen är tillåtet. Detta följer av att det enligt 36 kap. 5 § rättegångsbalken är klienten som förfogar över samtycket och att det inte finns någon reglering som inskränker dennes möjlighet att bestämma samtyckets omfattning. Detta är också i linje med den huvudregel som gäller i offentlighets- och sekretesslagen, nämligen att enskilda förfogar över sekretess som gäller till skydd för honom eller henne. Erfarenhetsmässigt är detta också en ordning som har accepterats av polis och åklagare.

Sammanfattningsvis bör det vara möjligt att efterge sekretessen i förhållande till vissa, men inte andra myndigheter, respektive avseende vissa, men inte alla handlingar som är av intresse i en förundersökning.

3. Praktiska problem vid gränsöverskridande brottsutredningar

Brottsutredningar är idag ofta internationella och det är inte ovanligt att flera rättsvårdande myndigheter samarbetar inom ramen för en utredning. Därtill kommer att många svenska bolag bedriver tillståndspliktig verksamhet utomlands och har en upplysningsskyldighet gentemot utländska tillsynsmyndighe-

³³ Shaughnessy, P., The attorney client-client privilege, A comparative study of American, Swedish and EU law, Stockholm, 2001, s. 513–514.

ter. Gränsöverskridande brottsutredningar har därför ofta den följd effekten att berörda bolag mottar stora mängder förfrågningar från utländska tillsynsmyndigheter. Bolagen har därför ofta behov av att anlita utländska advokater som är specialister inom aktuellt tillsynsområde.

Ett problem som kan uppkomma i förhållande till utländska advokater – inte minst från USA – är att begreppet attorney-client privilege inte är preciserat enligt svensk rätt. I olika rättsordningar kan olika rättsföljder inträda beroende på hur ett bolag hanterar och skyddar information som omfattas av advokatsekretess.

Exempelvis kan ett frivilligt avstående till en part innebära att attorney-client privilege permanent går förlorat även i förhållande till andra parter. Detta har beskrivits som att advokatsekretessen antingen existerar eller så existerar den inte. Generellt sett faller därför sekretessen avseende hela handlingen om den som sekretessen gäller till förmån för väljer att avslöja delar av handlingens innehåll, eller om handlingen avslöjas endast till en viss mottagare.³⁴

Sammanfattningsvis skiljer sig de amerikanska reglerna – i vart fall avseende partiella eftergifter – markant från motsvarande svenska regler.

3.1 Konsekvenser av att efterge advokatsekretessen

Ofta är bolag angelägna om att samarbeta lojalt med utredande myndigheter i en brottsutredning. När ett bolag i en sådan kontext frivilligt vill förse åklagaren med diverse uppgifter och handlingar och utredningen involverar amerikanska advokater uppkommer ofta invändningar om att bolagets agerande kan få stora följdverkningar i USA. Skälet till detta är, som redovisats ovan, att advokatsekretessen i och med det frivilliga tillhandahållandet av handlingarna kan anses eftergiven enligt amerikansk rätt. Om handlingarna inte längre omfattas av advokatsekretess kan det i sin tur leda till nya utredningar och sanktioner från amerikanska tillsynsmyndigheter och handlingarna kan utan begränsning åberopas i amerikanska domstolar.

Vi vågar påstå att transparens och öppenhet mot myndigheter – i vart fall avseende större börsnoterade bolag – är grundpelare inom svensk bolagskultur. Mot denna bakgrund är det förståeligt att svenska bolag inom ramen för brottsutredningar ofta försöker vara polis och åklagare till lags och därför i vissa fall avstår från att åberopa sina lagstadgade rättigheter rörande information och handlingar som omfattas av advokatsekretess.

Som framgår av redogörelsen ovan finns det dock all anledning att åberopa beslagsförbudet och eventuellt rådgöra med utländsk juridisk expertis innan ett samtycke lämnas. Om det uppstår en kontrovers med polis eller åklagare i samband med en husrannsakan om huruvida visst material är skyddat kan det

³⁴ Ibid., s. 321 och 325.

vara klokt att försegla aktuella handlingar i ett kuvert eller liknande som tydligt märks med ”Advokatsekretess”. Därigenom kan det inte råda några tveksamheter om att bolaget inte eftergivit sina rättigheter. Bolaget kan därefter utvärdera om materialet är skyddat och vilka risker som är förenade med att efterge sekretessen.

3.2 Kontakter med utländska advokater/bolagsjurister

Som redogjorts för ovan finns det alltså en oklarhet huruvida advokater inom EU, EES och i Schweiz som inte är verksamma i Sverige skyddas av advokatsekretessen. Avseende advokater utanför EU, EES eller Schweiz står det dock klart att de inte erhåller något skydd enligt rättegångsbalken.

Även om rättsvårdande myndigheter enligt vår erfarenhet tillämpar beslagsförbudet även i förhållande till advokater utanför EU, EES eller Schweiz finns det alltså anledning vid gränsöverskridande utredningar vara särskilt omsorgsfull och om nödvändigt anlita en svensk advokat vid sidan av den utländska advokaten för att försäkra sig om att advokatsekretess gäller.

4. Slutord

Frågor om advokatsekretess har historiskt sett fört en slumrande tillvaro i svensk rätt och i begränsad utsträckning intresserat lagstiftaren eller rättsvetenskapsmän. Den ökade internationaliseringen av brottsutredningar och nya krav inom regelefterlevnad kommer troligtvis ändra detta.

Som nämnts inledningsvis har det historiskt varit ett problem att handlingar som omfattas av advokatsekretess tagits i beslag. En anledning till detta är att de tidigare beslagsreglerna utgick från fysiska föremål och inte var anpassade till elektronisk information. De nya reglerna om närvarorätt och genomsökning på distans är steg på vägen för att stärka skyddet för advokatsekretessen och möjliggöra att elektronisk information kan beslagtas på ett rättssäkert sätt.

Olle Kullinger och Erik Sundqvist