

Nya regler för gryningsräder – är du beredd om företaget får oväntat besök?

Elisabeth Eklund / Partner / Advokat
Oscar Jansson / Senior Associate / Advokat

Den 1 januari 2016 träder nya regler i kraft vilka ger Konkurrensverket lagstöd för att under vissa omständigheter ta med s.k. speglade hårddiskar från företaget vid gryningsräder och att granska dem i verkets egna lokaler. Partner Elisabeth Eklund och senior associate Oscar Jansson redogör här för vad de nya reglerna innebär för företag och varför företagets företrädare nogga bör överväga huruvida Konkurrensverket ska få denna rätt.

Bakgrund kring gryningsräder och granskning av elektroniskt material

Ungefär ett 20-tal platsinspektioner eller s.k. gryningsräder sker varje år i Sverige. Räderna sker för att samla bevis när Konkurrensverket eller någon av de andra europeiska konkurrensmyndigheterna har en konkret misstanke om att ett företag har överträtt de konkurrensrättsliga bestämmelserna. Vid en gryningsråd granskar konkurrensmyndigheterna i praktiken all slags information som finns hos företaget vare sig det är fråga om fysiska dokument eller elektronisk information på datorer, mobiler, USB-minnen etc. Vid gryningsräder granskas normalt en stor mängd elektronisk information. Detta sker antingen genom att Konkurrensverket på plats hos företaget söker på datorer tillhörande de medarbetare som misstänks vara delaktiga i den aktuella överträdelsen. Mer vanligen sker dock en elektronisk granskning genom att Konkurrensverket kopierar hela hårddiskarnas innehåll för dessa personer, en s.k. spegling, och därefter på verkets egna datorer eller server indexerar all information som finns på hårddisken. På det sättet kommer verket åt både "synlig" och raderad information. Informationen indexerar därefter med hjälp av en for-ensisk programvara till en databas och sedan

använder inspektörerna sökord för att finna relevanta dokument som extraheras och tillförs utredningen. Riktigt kraftfulla blir sökmöjligheterna om flera speglade hårddiskar tillförs samma databas och inspektörerna därmed får tillgång till alla de dokument som de berörda personerna på företaget i fråga tillsammans har tillgång till.

Det finns dock vissa begränsningar kring vilken information konkurrensmyndigheterna får ta del av. Det material som extraheras från databasen måste avse de produkter eller tjänster, det geografiska område och inom den tidsrymd som utredningen rör. Materialet får inte heller vara skyddat av advokatsekretess. Konkurrensverket får inte ens läsa information som är skyddad av advokatsekretess och får endast läsa annan information i den utsträckning som krävs för att verifiera att den omfattas (eller inte omfattas) av undersökningens omfattning.

Konkurrensverkets möjlighet att ta speglade hårddiskar till Konkurrensverket

Processen att indexera och söka igenom informationen är relativt tidskrävande vilket gör att Konkurrensverket under en längre tid har hävdade att det har laglig rätt att ta speglade hårddiskar till Konkurrensverket för att indexera och söka i informationen där. Konkurrensverket har även hävdade att det blir smidigare för företaget, eftersom Konkurrensverket snabbare lämnar de berörda företagens lokaler och verksamheten därmed kan återgå till det vanliga. Kommissionen går däremot som regel igenom speglat material på plats hos företaget.

Många företag och advokater har dock invänt att detta är en åtgärd som saknar lagstöd. Frågan har diskuterats

i olika lagstiftningsärenden under ett par års tid. Delphi har, tillsammans med flera remissinstanser, vid dessa tillfällen invänt att det inte är förenligt med lagstiftningen eller företagets grundläggande rättigheter att Konkurrensverket får ta med all speglad information till sina lokaler utan att först stämma av vad som omfattas av advokatsekretess eller ligger utanför utredningen. Lagstiftaren har vid flera tillfällen undvikit att ta ställning i frågan vilket till stor del har berott på remissinstansernas inställning. Under 2014 fick dock en ensamutredare i uppdrag att utreda denna fråga och nu har riksdagen, i enlighet med regeringens förslag, beslutat att fr.o.m. den 1 januari 2016 år ska Konkurrensverket få rätt att ta med speglad information till sina lokaler om företaget lämnar samtycke till detta.

Varför är det viktigt att noga överväga om samtycke ska lämnas?

Vår rekommendation är i dagsläget att företaget inte ska samtycka till att Konkurrensverket tar med det speglade materialet för granskning hos Konkurrensverket i händelse av en gryningsråd. Vi vill primärt lyfta fram följande anledningar till denna rekommendation.

Konkurrensverket tar med information från företaget som kan omfattas av advokatsekretess och som verket därför inte får läsa. Verkets processer för hur denna information ska hanteras är inte helt klara. Dessutom kan det för forskningsintensiva företag innebära att mycket omfattande information innehållande tekniska företags-hemligheter lämnar företagets lokaler. Även om detta oss veterligen aldrig har hänt, finns det även en risk att denna information kommer på avvägar.

Dessutom föreligger frågetecken huruvida informationen ses som allmänna handlingar eller inte, vilket gör att den som begär en kopia kan få del av materialet. Huvudregeln i svensk förvaltningsrätt är att alla handlingar som kommer in till myndigheter blir allmänna, vilket gör att tredje part kan begära ut dem. Myndigheten kan endast neka om det föreligger lagstöd för sekretess. Sekretessbeslutet för viss information kan sedan överklagas till kammarrätten. Den nuvarande regleringen medför att det är oklart huruvida informationen på de speglade hårddiskarna blir allmänna handlingar när de inkommer till Konkurrensverket. Är så fallet kan en konkurrent begära ut mycket information enligt reglerna om allmänna handlingar, dock föreligger i ett inledande skede utredningssekretess. Eftersom alla beslut om sekretess kan överklagas, kan Konkurrensverket därmed inte garantera att all information kommer att skyddas av sekretess när det tar med informationen till sina

lokaler. Med tanke på att mycket information på företags datorer är affärskänslig till sin natur och att viss information är av privat natur för den enskilda medarbetaren, kan det därmed orsaka skada för både företaget och individen om informationen lämnas ut. Vår förhoppning är dock att Konkurrensverket endast betraktar de handlingar som ligger inom ramen för utredningen och vilka tillförs ärendet som inkomma.

Det blir således sammantaget svårt för företaget att överblicka konsekvenserna av ett samtycke.

Om företaget ändå överväger att lämna samtycke understryks i förarbetena till den aktuella bestämmelsen i Konkurrenslagen att det är viktigt att Konkurrensverket inhämtar samtycket från den som är behörig att företräda den som undersökningen genomförs hos, att det dokumenteras och att den som lämnar samtycket är införstådd med dess innebörd.

Dessutom bör företaget, liksom vid gryningsråden ha biträde av advokater när Konkurrensverket granskar materialet i sina egna lokaler. I lagstiftningen anges en rätt för den som är föremål för gryningsråd att "följa de åtgärder som verket vidtar". Det innebär att den personen eller dennes företrädare har rätt att följa verkets granskning och ta del av de kopior eller utdrag som omfattas av verkets befogenheter enligt tingsrättens beslut om platsundersökning.

Ny praxis som begränsar Konkurrensverkets möjligheter att utvidga omfattningen av en gryningsråd

Det har tidigare funnits vissa osäkerheter huruvida Konkurrensverket kan utnyttja information som framkommit vid en gryningsråd och med anledning av detta utöka sökningen i redan speglat material för vilket samtycke har lämnats att transporterats till verkets lokaler. Det är positivt att Marknadsdomstolen i en nyligen meddelad dom, MD 2015:15, Assa AB mot Konkurrensverket, ansett det inte var möjligt att – när spegling och överflyttning av material har skett till Konkurrensverkets lokaler – bifalla en ny ansökan till Stockholms tingsrätt med begäran om att få genomföra en ny undersökning i detta material med anledning av nya misstankar som hade uppstått under den första gryningsråden.

Avslutande synpunkter

Helst hade vi sett att samtyckesmöjligheten inte fördes in i konkurrenslagen men regeringen och riksdagen var av en annan mening. Sammanfattningsvis, anser vi dock att det är positivt att en lagreglering finns – det är alltid bättre att ha en reglering än att låta myndigheter agera i

gråzonen.

Däremot tycker vi att regleringen som börjar gälla den 1 januari 2016 leder till en ordning där företag som utsätts för gryningsräder ställs inför ett val där de inte riktigt kan överblicka konsekvenserna om samtycke lämnas till att materialet transporteras till Konkurrensverkets lokaler. Av den anledningen anser vi att all granskning ska ske i företagets lokaler trots att det orsakar visst omak i den dagliga verksamheten. Vår rekommendation är således att inte lämna samtycke till att det elektroniska materialet får transporteras till Konkurrensverkets lokaler.