

---

**September 2011**

# Konkurrensrättsliga gryningsräder: mer omfattande skydd för advokatsekretess i Sverige än i EU

---

*När konkurrensmyndigheter genomför s.k. gryningsräder för att leta efter bevis för en eventuell konkurrensrättslig överträdelse så finns det bara ett slags dokument som de inte får läsa och det är dokument som omfattas av advokatsekretess. Advokatsekretessen är således en fredad zon där ett företag ges möjlighet att utan myndigheternas insyn korrespondera med sin advokat för att inhämta konkurrensrättslig rådgivning. I en dom som Stockholms tingsrätt nyligen meddelade gav tingsrätten omfattningen av svensk advokatsekretess en ännu vidare tolkning än vad EU-domstolen har gjort på europeisk nivå.*

Målet i tingsrätten (Konkurrensverket mot Posten AB, Posten Meddelande AB och Posten Norden AB, mål nr Å 6673-11, dom den 22 juni 2011) (nedan Posten-Målet) prövades till följd av en gryningsråd som Konkurrensverket genomförde mot Posten och dess dotterbolag (gemensamt Postenbolagen) den 3 maj 2011. Innan tingsrättens dom och konsekvenserna av denna kommenteras följer nedan en kort beskrivning av hur en gryningsråd går till och vad advokatsekretessen omfattar enligt EU-rätten.

## När och hur äger en gryningsråd rum?

Konkurrensmyndigheterna har i sin jakt efter bevis för misstänkta konkurrensöverträdelser rätt att utföra oanmälda platsbesök hos företag och i särskilda situationer även hembesök hos företrädare för bolaget. Konkurrensverket (eller Kommissionen, om den eventuella konkurrensöverträdelsen har gränsöverskridande effekter) har rätt att få tillträde till lokaler, markområden, transportmedel och andra utrymmen som innehas av bolaget. Om särskild misstanke föreligger om att bevis kan förvaras i anställdas hem får en gryningsråd även äga rum i en bostad. Oavsett var undersökningen äger rum har bolaget alltid rätt att tillkalla advokat. Däremot behöver inte konkurrensmyndigheterna invänta advokat. För att företaget ska kunna tillvarata sina rättigheter innan advokat kommer bör företaget utbilda personalen om dessa rättigheter. För att underlätta för att advokat skall kunna tillkallas så snart som möjligt när en undersökning initieras i lokalerna kan det vara väl värt för företaget att låta advokaten upprätta särskilda gryningsrådsinstruktioner. Konkurrensmyndigheterna får ta kopior av i stort sett all dokumentation, både i fysisk och i elektronisk form. Detta innebär att myndigheterna har rätt att granska och ta kopior av bokföringsmaterial, avtal, brev, e-postmeddelanden, almanackor, samtalslistor, elektroniska dokument etc. Konkurrensmyndigheterna har rätt att be anställda om förklaring av fakta men de har inte

---

**September 2011**  
**Konkurrensrättsliga**  
**gryningsråder:**  
**mer omfattande**  
**skydd för**  
**advokatsekretess**  
**i Sverige än i EU.**

rätt att hålla några förhör, vilket dock kan ske senare i processen. Konkurrensmyndigheterna har rätt att spärra av företagets lokaler för den period och i den utsträckning det är nödvändigt för undersökningen. Sedan ett par år tillämpar Konkurrensverket s.k. spegling av vissa av företagets hårddiskar (dvs. allt på hårddisken kopieras, både sparade och borttagna dokument) och verket går sedan igenom materialet elektroniskt i verkets lokaler, då elektroniska sökningar av materialet genomförs med hjälp av vissa sökord varefter dokumenten läses. Det material som ligger inom ramen för undersökningen sparas och skrivs ut. Även då har givetvis advokat rätt att närvara för att tillvarata företagets rättigheter. En gryningsråd är som framgår en mycket ingripande åtgärd för det företag som utsätts. För att en gryningsråd ska få äga rum måste en konkret misstanke om överträdelse av konkurrensreglerna finnas. Myndigheterna får alltså inte ge sig ut och "fiska" efter eventuella bevis men det kan konstateras att den grad av misstanke som krävs inte är särskilt hög.

**Vad skyddas av advokatsekretess enligt EU-rätten?**

EU-domstolen slog fast i dom i AM & S Europe-målet (mål 155/79) att advokatsekretess gäller för kommunikationer mellan en advokat och dess klient under förutsättning att kommunikationen har gjorts med syfte att tillvarata klientens rätt till försvar samt att advokaten innehar en oberoende ställning. EU-domstolen fastslog i Akzo-målet (mål C-550/07 P) (vilket vi kommenterade i Nyhetsbrevet nr 4, december 2010) att kommunikation med bolagsjurister inte omfattas av advokatsekretessen även om bolagsjuristen är med i ett advokatsamfund inom EU/EES. EU-domstolen angav att bolagsjurister inte kan hävda en sådan oberoende ställning som uppställts i AM & S Europe. De berörda företagen argumenterade för att även bolagsjurister som är medlemmar av ett advokatsamfund borde falla under det krav på oberoende som sedan slogs fast i AM & S Europe eftersom de är bundna av etiska och disciplinära regler. EU-domstolen accepterade inte detta argument utan ansåg att en bolagsjurist har ett ekonomiskt beroende och ett tätt band med sin arbetsgivare och att hans/hennes ställning därför inte kan jämföras med en extern advokats.

Sammanfattningsvis är följande dokumentation från eller till företaget sekretesskyddad gentemot Kommissionen i enlighet med EU:s konkurrensregler:

- Extern kommunikation med advokater som är med i ett advokatsamfund inom EU/EES området, om kommunikationen rör företagets rätt till försvar. Även bolagets interna dokument omfattas om dessa har utformats enbart för att kunna anlita extern juridisk rådgivning, förutsatt att själva rådgivningen faller under sekretessen.
- Dokument där bolaget beskriver det (sekretesskyddade) råd han eller hon har fått av en extern advokat, förutsatt att det är i *oförändrad* form.

Följande dokumentation är däremot inte skyddad:

- Kommunikation mellan företaget och dess bolagsjurist, inklusive konkurrensrättsliga råd.
- Juridisk rådgivning samt interna dokument angående juridisk rådgivning till företaget från externa jurister som inte är medlemmar i ett advokatsamfund inom EU/EES området, t. ex USA.
- Dokument som inte enbart upprättats i syfte att söka juridisk rådgivning, t. ex ett dokument där en del av dokumentet har upprättats i syfte att informera företagets ledning.
- Dokument där en företrädare för bolaget skriver sina egna kommentarer eller ändrar i det ursprungliga (sekretesskyddade) externa rådet faller också utanför advokatsekretessen och dokumentet måste ges ut till konkurrensmyndigheten.

---

**September 2011**  
**Konkurrensrättsliga**  
**gryningsråder:**  
**mer omfattande**  
**skydd för**  
**advokatsekretess**  
**i Sverige än i EU.**

**Domen i Posten-målet**

Postenbolagen utsattes för en gryningsråd den 3 maj 2011 efter misstanke om att bolagen missbrukade sin dominerande ställning på postmarknaden. Under undersökningen fann Konkursverket en promemoria som hade upprättats av en av Postens bolagsjurister som var specialist på konkurrensrätt. Handlingen fanns i två exemplar, det ena exemplaret var en ren utskrift av promemorian och det andra exemplaret innehöll vissa anteckningar. Postenbolagen hävdade att handlingen inte fick beslagtas av Konkursverket eftersom den omfattades av advokatsekretess, då den hade upprättats efter kontakter med bolagens externa advokat och i direkt syfte att inhämta rådgivning från advokaten. Handlingen rörde just den frågeställning som Konkursverket sökte uppgifter om. Det framgick inte av handlingen vem som hade upprättat den, vilket företag den kom från eller om den hade kommunicerats med advokat. Då parterna hade olika inställning till om handlingen kunde beslagtas i utredningen så överlämnades den förseglad till Stockholms tingsrätt för prövning.

Tingsrätten konstaterade inledningsvis i sitt beslut att reglerna om advokatsekretess (5 kap. 11 § konkurrenslagen) är baserade på vad advokat eller dess biträde inte får höras om som vittne enligt 36 kap. 5 § rättegångsbalken. Av förarbetena till konkurrenslagen framgår att bestämmelsen ska tillämpas i enlighet med EU-rätten, en s.k. EU-konform tolkning. I förarbetena hade även en hänvisning gjorts till AM & S Europe-domen. Dock konstaterade tingsrätten att då EU-domstolen i AM & S Europe-domen försökte etablera en minsta gemensam nämnare för advokatsekretess bland medlemsstaterna kunde inte skyddsnivån som uppställts i EU-domstolens dom innebära en maximinivå. Den EU-rättsliga miniminivån blir inte heller aktuell om svensk rätt uppställer ett mera långtgående skydd. Därför kan en högre nationell skyddsnivå gälla.

De svenska reglerna skyddar mot beslagtagande av material som har anförtratts advokat och detta innebär i princip varje skriftlig handling som har anförtratts en advokat inom ramen för dennes yrkesutövning. För att skyddet inte ska urholkas ansåg tingsrätten med hänvisning till två domar från Högsta domstolen (NJA 1990 s 527 och NJA 2010 s 122) att bevisningen endast krävs "i blygsamt mått" för att handlingen ska omfattas av advokatsekretess. Postenbolagens externa ombud hade uppvisat en kopia på ett e-postmeddelande där den omstridda handlingen hade överlämnats till honom – därmed ansågs beviskravet vara uppfyllt. Då ombudet aldrig skulle kunna höras om frågan som vittne kunde inte handlingen bli fråga för beslag av Konkursverket.

**Konsekvenser av Posten-målet**

Slutsatsen av domen är att det svenska skyddet sträcker sig längre än inom EU-rätten och skyddar alla de handlingar som har anförtratts advokat eller dess biträde inom ramen för deras yrkesutövning. Det skall noteras att Konkursverket valde att inte överklaga tingsrättens dom.

För att på bästa sätt kunna skydda sina intressen vid en eventuell gryningsråd är det viktigt att företag är medvetna om att korrespondens med advokat (men däremot inte bolagsjurister), inklusive dokumentation för att förbereda sådan korrespondens och dokumentation som upprättats på grundval av denna rådgivning inte får läsas av Konkursverket, än mindre kopieras till utredningen. För att bevara "advokatsekretessen" bör all skriftlig kommunikation med advokaten hållas inom en begränsad krets, dokumentationen konsekvent märkas med

---

**September 2011**  
**Konkurrensrättsliga**  
**gryningsrader:**  
**mer omfattande**  
**skydd för**  
**advokatsekretess**  
**i Sverige än i EU.**

“advokatsekretess” och om möjligt förvaras på ett särskilt ställe. När företaget upprättar dokumentation i syfte att inhämta rådgivning från advokat bör detta noga dokumenteras. Motsvarande gäller för dokument som en företrädare för bolaget upprättar på basis av det ursprungliga externa rådet.

Vid en eventuell gryningsråd är det viktigt att företaget självt eller med hjälp av advokat noga bevakar sina intressen genom att tillse att det motsätter sig att Konkurrensverket tar del av dokument som omfattas av advokatsekretess och om diskussion uppstår kring frågan överlämna dokumentet i förseglat kuvert till Stockholms tingsrätt för bedömning.

Advokat Elisabeth Eklund



Elisabet Eklund, Advokat