

Se upp med känslig konkurrensrättslig rådgivning – advokatsekretess inte tillämplig för kommunikation mellan företaget och dess bolagsjurist

Advokatsekretess är till för att företag ska kunna inhämta juridisk rådgivning utan att behöva riskera att behöva ge in känslig kommunikation med en advokat till en myndighet som t.ex. Konkurrensverket eller till domstol under en rättslig process. Nu har EU-domstolen i Akzo-målet, mål C-550/07 P, dom den 14 september 2010, slagit fast att kommunikation mellan företaget och dess bolagsjurist inte omfattas av detta sekretesskydd, även om bolagsjuristen är medlem av ett advokatsamfund inom EU/EES. Detta gäller gryningsräder som utförs av EU-Kommissionen. Advokaterna Elisabeth Eklund och Lisa af Burén förklarar här när ett företag kan råka ut för en gryningsråd, vad för slags material konkurrensmyndigheterna har rätt att ta del av och vad Akzo- domen har för konsekvenser när det gäller att skydda känsliga dokument.

Gryningsräder – vad kan Konkurrensverket / Kommissionen göra och inte göra?

I sin jakt efter bevis på konkurrensöverträdelser får Konkurrensverket (eller Kommissionen, om den eventuella konkurrensöverträdelserna har gränsöverskridande effekter) utföra oanmälda besök, så kallade gryningsräder, hos företaget. Vid en gryningsråd har myndigheterna rätt att få tillträde till lokaler, markområden, transportmedel och andra utrymmen. Om särskild misstanke föreligger om att bevis kan förvaras i anställdas hem får en gryningsråd även äga rum i en bostad. Konkurrensmyndigheterna får ta kopior av i stort sett all dokumentation, både i fysisk och elektronisk form. Detta innebär att myndigheterna har rätt att granska och ta kopior av bokföringsmaterial, avtal, brev, e-postmeddelanden, almanackor, samtalslistor, elektroniska dokument etc. En granskning utförs ofta av datorer för att se vilka elektroniska dokument som eventuellt har raderats. Konkurrensmyndigheterna har rätt att be anställda om förklaring av fakta men de har inte rätt att hålla några förhör, vilket dock kan ske senare i processen. För att säkerställa sina rättigheter har konkurrensmyndigheterna rätt att spärra av företagets lokaler för den period och i den utsträckning det är nödvändigt för undersökningen. En gryningsråd är således 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.

Det är vid insamlingen av kopior på material som frågor om advokatsekretess kan aktualiseras. Konkurrensmyndigheterna har nämligen inte rätt att ta kopior av dokument som är upprättade av ett företag för att söka juridisk rådgivning från advokat och inte heller det råd som advokaten har upprättat. För att underlätta identifieringen

av dessa dokument är det viktigt att ha klart för sig vad det är för material som är skyddat av advokatsekretessen och att lämpligen spara dessa i en speciell mapp som är märkt med exempelvis "advokatsekretesskyddat material".

För att företaget ska kunna iaktta sin rätt till försvar bör en konkurrensrättsadvokat vara närvarande under gryningsräden. I praktiken krävs ett helt team eftersom det är viktigt att ha översikt över all information konkurrensmyndigheterna tar del av och myndigheterna brukar skicka ut ett femtontal personer. Om det, under pågående gryningsråd, uppstår diskussioner huruvida ett dokument är sekretesskyddat eller inte bör detta dokument läggas i ett kuvert och förseglas tills sekretessfrågan är löst. Efter gryningsräden är det viktigt att snarast gå igenom allt material för att få en överblick över vilket bevismaterial myndigheten har till sitt förfogande och vad detta kan innebära för konsekvenser för företaget. Brott mot konkurrensreglerna innebär bland annat risk för böter eller konkurrensskadeavgift med maximalt 10 procent av företagets årsomsättning, att ansvariga företrädare kan riskera näringsförbud i tre-tio år och i länder som USA, Storbritannien och Norge kan ansvariga företrädare t.o.m. riskera fängelsestraff.

Bakgrund till Akzo-målet

Akzo-målet har sin bakgrund i Kommissionens utredning av en misstänkt kartell 2003. När Kommissionen genomförde gryningsräden av företagen Akzo Nobels och Akcros (företag som bägge ingår i Akzo Nobel-koncernen) lokaler i Storbritannien beslagtogs Kommissionen vissa dokument, bl.a. e-postkorrespondens mellan en VD och en bolagsjurist. Företagen hävdade att e-post- korrespondensen var skyddad av advokatsekretess eftersom bolagsjuristen var medlem av det holländska advokatsamfundet. Kommissionen beslutade att dokumenten inte var skyddade, vilket gjorde att företagen överklagade beslutet till Förstainstansrätten (nu Tribunalen).

Förstainstansrätten ogillade företagens talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut.

Företagen överklagade domen till EU-domstolen och hävdade att Tribunalen bl.a. felaktigt hade tolkat målet *AM & S Europe*, där EU-domstolen fastslog att advokatsekretess gäller angående kommunikationer mellan en advokat och dess klient under förutsättning att kommunikationen har gjorts med syfte på klientens rätt till försvar samt att advokaten innehar en oberoende ställning.

EU-domstolen fastslog i sin dom Tribunalens dom dvs. att kommunikation med bolagsjurister inte omfattas av advokatsekretessen även om bolagsjuristen är medlem i ett advokatsamfund inom EU/EES. EU-domstolen angav att bolagsjurister inte kan hävda en sådan oberoende ställning som uppställdes i *AM & S Europe*. Företagen argumenterade för att även bolagsjurister som är medlemmar av ett advokatsamfund borde falla under oberoende-kriteriet 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.

Vilka dokument är sekretesskyddade efter Akzo-domen?

Domen innebär att följande dokumentation från eller till företaget är 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 en bolagsjurist beskriver det (sekretesskyddade) råd han eller hon har fått av en extern advokat förutsatt att det är i *oförändrad* form.

Följande dokumentation är 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 bolagsjurist skriver sina egna kommentarer eller ändrar i det ursprungliga (sekretesskyddade) externa rådet faller också utanför advokatsekretessen och dokumentet måste ges ut till myndigheten.

Mot bakgrund av ovanstående är det alltså viktigt att se till att anlita advokat i konkurrensrättsligt känsliga situationer om det finns en risk att företaget i framtiden kan bli föremål för en gryningsråd. Såsom indikerats ovan är det viktigt att all skriftlig kommunikation med advokaten hålls inom en begränsad krets samt att dokumentationen konsekvent märks med "advokatsekretesskyddat" och förvaras på ett särskilt ställe, allt för att undvika problem vid en eventuell gryningsråd.



Advokat Elisabeth Eklund och Advokat Lisa af Burén