

HÖGSTA DOMSTOLENS BESLUT

meddelat i Stockholm den 30 november 2018

Mål nr

Ö 5652-17

PARTER

Klagande

1. PO Söderberg & Partner AB, 556659-9964

Box 7785

103 96 Stockholm

2. S & P Assurans AB, 556859-2496

c/o PO Söderberg & Partner AB

Samma adress

3. S & P Assurans Offentlig AB, 556869-1363

c/o PO Söderberg & Partner AB

Samma adress

4. S & P Underwriting Agency AB, 556686-1984

Box 3145

169 03 Solna

5. Söderberg & Partners Insurance Consulting AB, 556707-7648

Box 7807

103 96 Stockholm

Ombud för 1–5: Advokaterna JC och FS samt jur.kand. PN

Dok.Id 154419

| | | | |
|-------------------|------------------|-------------------------|----------------|
| HÖGSTA DOMSTOLEN | Postadress | Telefon 08-561 666 00 | Expeditionstid |
| Riddarhustorget 8 | Box 2066 | Telefax 08-561 666 86 | 08:45–12:00 |
| | 103 12 Stockholm | E-post: | 13:15–15:00 |
| | | hogsta.domstolen@dom.se | |
| | | www.hogstodomstolen.se | |

Motpart

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

SAKEN

Avvisande av överklagande

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolens beslut 2017-11-20 i mål
PMÖÄ 9698-17

HÖGSTA DOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta domstolen avslår överklagandet.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

PO Söderberg & Partner AB, S & P Assurans AB, S & P Assurans Offentlig AB, S & P Underwriting Agency AB och Söderberg & Partners Insurance Consulting AB (gemensamt benämnda S & P) har yrkat att Högsta domstolen, med ändring av Patent- och marknadsöverdomstolens beslut, ska återförvisa målet till Patent- och marknadsdomstolen för prövning i sak.

Konkurrensverket har motsatt sig att Patent- och marknadsöverdomstolens beslut ändras.

SKÄL

Bakgrund

1. Konkurrensverket bedömde att det fanns anledning att anta att S & P hade överträtt förbudet om konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) och artikel 101 i EUF-fördraget. Verket ansökte hos Patent- och marknadsdomstolen om att få genomföra en undersökning hos företagen (platsundersökning) för att utreda om de hade överträtt förbudet i ett angivet avseende (5 kap. 3 § konkurrenslagen).
2. Patent- och marknadsdomstolen gav Konkurrensverket tillstånd att genomföra en platsundersökning. Vid denna utförde verket en s.k. spegling av elektroniskt lagrad information som fanns hos S & P. Det speglade materialet flyttades med S & P:s samtycke till verkets lokaler för sökning efter handlingar som var relevanta för utredningen.
3. I samband med att platsundersökningen formellt avslutades undertecknade Konkurrensverket och S & P dokument som angav vilka handlingar i det speglade materialet verket ansåg vara relevanta för utredningen och därför avsåg att kopiera. Av en bilaga framgick att S & P i vissa delar motsatte sig kopiering, bl.a. under påståendet att vissa handlingar inte omfattades av beslutet om platsundersökning.
4. Konkurrensverket kopierade emellertid de handlingar som verket bedömde vara relevanta och förde dem till akten i utredningsärendet.

5. S & P överklagade till Patent- och marknadsdomstolen vad företagen benämnde ”Konkurrensverkets beslut [...] om kopiering enligt 5 kap. 3 § konkurrenslagen” och yrkade, såvitt nu är ifråga, att beslutet skulle upphävas.

6. S & P anförde att konkurrenslagens bestämmelser om överklagande, som inte medger att beslut om kopiering överklagas till Patent- och marknadsdomstolen, strider mot artiklarna 6.1 och 8.2 i Europakonventionen och artiklarna 7 och 47 i EU:s stadga.

7. Patent- och marknadsdomstolen uttalade att åtgärden att kopiera handlingar inte utgör ett beslut som domstolen utan direkt lagstöd har möjlighet att pröva och avvisade därför överklagandet.

8. Patent- och marknadsöverdomstolen har avslagit S & P:s överklagande av Patent- och marknadsdomstolens beslut och därvid anført sammanfattningsvis följande. Konkurrenslagens bestämmelser om att Konkurrensverket får begära handräckning av Kronofogdemyndigheten är tillämpliga även på åtgärder som genomförs i verkets lokaler. Vid oenighet mellan Konkurrensverket och det berörda företaget om visst material ska få kopieras måste verket begära handräckning av Kronofogdemyndigheten för att genomföra den omtvistade åtgärden. Ett beslut om handräckning kan bli föremål för domstolsprövning. För det fall Konkurrensverket inte följt den utpekade ordningen att begära handräckning vid oenighet, kan detta inte medföra att en domstolsprövning av kopieringsbeslutet, i annan ordning än den som redan finns, skapas i det enskilda fallet. Den kränkning av S & P:s rätt till domstolsprövning som kan ha förekommit får hanteras på annat sätt.

9. S & P har i Högsta domstolen vidhållit att konkurrenslagens bestämmelser står i strid med Europakonventionen och EU-stadgan. Företagen har sammanfattningsvis tillagt följande. Även om det skulle finnas en sådan skyldighet för Konkurrensverket att begära handräckning som Patent- och marknadsöverdomstolen har angett så utgör en sådan prövning inte ett effektivt rättsmedel. Under alla förhållanden har S & P inte fått någon sådan prövning och S & P:s rättigheter enligt Europakonventionen och EU:s stadga har därmed kränkts. Den kränkningen kan endast gottgöras genom att det förordnas att S & P får den prövning i sak som företagen borde ha fått om Konkurrensverket hade agerat i enlighet med sin förmodade skyldighet att begära verkställighet så snart S & P motsatte sig kopiering.

Frågorna i Högsta domstolen

10. I målet aktualiseras frågan om konkurrenslagens bestämmelser om platsundersökningar och om möjligheterna till överklagande av de åtgärder som vidtas vid sådana undersökningar uppfyller Europakonventionens och unionsrättens krav på respekt för privatliv och korrespondens och rätten till en domstolsprövning. Om så bedöms vara fallet uppkommer frågan om, och i så fall hur, ett företag kan gottgöras i den situationen att kraven åsidosatts genom bristande efterlevnad av regelverket.

Konkurrenslagen

Platsundersökningar

11. Patent- och marknadsdomstolen får besluta att Konkurrensverket får genomföra en platsundersökning hos ett företag för att utreda om det har överträtt något av förbuden i 2 kap. 1 eller 7 § konkurrenslagen eller artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget. Beslutet, som ska innehålla uppgifter om bl.a. föremålet för, syftet med och Konkurrensverkets befogenheter vid undersökningen, får överklagas till Patent- och marknadsöverdomstolen. (Se 5 kap.

3 och 8 §§ konkurrenslagen samt 1 kap. 3 § lagen, 2016:188, om patent- och marknadsdomstolar.)

12. När undersökningen börjar ska Konkurrensverket överlämna ett exemplar av beslutet till den hos vilken platsundersökningen ska göras och denne har rätt att tillkalla ett juridiskt biträde (5 kap. 7 och 9 §§ konkurrenslagen).

13. De åtgärder som Konkurrensverket har befogenhet att utföra vid en platsundersökning framgår av 5 kap. 6 §. Verket har rätt att granska bokföring och andra affärshandlingar, ta kopior av eller utdrag ur bokföring och affärshandlingar, begära muntliga förklaringar direkt på platsen och få tillträde till lokaler, markområden, transportmedel och andra utrymmen. Det är föremålet för och syftet med undersökningen som styr vilka handlingar Konkurrensverket får granska och kopiera.

14. Förfarandet vid granskning och kopiering av handlingar skiljer sig åt beroende på om handlingarna utgörs av fysiska dokument eller elektroniskt lagrad information. Fysiska handlingar granskas och kopieras där undersökningen genomförs.

15. Elektroniskt lagrad information överförs normalt inledningsvis till ett särskilt lagringsmedium (t.ex. genom spegling). Överföringen får betraktas som en förberedande åtgärd som ska möjliggöra eftersökning av de dokument som Konkurrensverket har rätt att granska och kopiera enligt 5 kap. 6 § första stycket 1 och 2 (se Lagrådets yttrande, prop. 2014/15:96 s. 25). Överföringen sker således inom ramen för den tillgång till information som följer av domstolens beslut om platsundersökning och rätt till tillträde till företagets lokaler. Om den undersökte samtycker till att informationen flyttas till Konkurrensverket fortsätter platsundersökningen där (5 kap. 6 § andra stycket). Genom-

sökning av informationen liksom granskning och kopiering sker då i Konkurrensverkets lokaler.

16. Företaget har rätt att närvara och följa Konkurrensverkets åtgärder och ska informeras, såväl i fråga om fysiska handlingar som elektroniskt lagrat material, om vilka handlingar verket avser att kopiera och föra till akten i utredningsärendet (jfr a. prop. s. 14).

17. Om företaget vägrar Konkurrensverket tillträde eller motsätter sig granskning eller kopiering av bokföring eller affärshandlingar, kan verket begära handräckning av Kronofogdemyndigheten för att genomföra åtgärderna (5 kap. 10 §). Kronofogdemyndighetens verkställighet regleras av bestämmelserna i 16 kap. 11–12 a §§ utsökningsbalken. Myndighetens beslut kan överklagas till allmän domstol (se 18 kap. utsökningsbalken).

18. Konkurrensverket får inte granska eller kopiera skriftliga handlingar som omfattas av advokatsekretess. Om företaget gör gällande att en viss handling som verket vill kopiera omfattas av advokatsekretess, ska handlingen omedelbart förseglas och överlämnas till Patent- och marknadsdomstolen som skyndsamt ska pröva om handlingen ska omfattas av undersökningen. (Se 5 kap. 11 § konkurrenslagen.)

19. I förarbetena till regleringen av kravet på samtycke för att flytta elektroniskt lagrad information till Konkurrensverkets lokaler uttalas att handräckning kan begäras oavsett om granskning och kopiering av bokföring eller affärshandlingar vidtas hos företaget eller hos Konkurrensverket. Vidare anförs att detta torde innebära att den rätt till domstolsprövning som följer av artikel 6.1 och rätten till skydd för privat- och familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen tillgodoses. (Se a. prop. s. 13 f.)

Överklagande av Konkurrensverkets beslut

20. I 7 kap. 1 § första stycket konkurrenslagen anges vilka av Konkurrensverkets beslut som får överklagas till Patent- och marknadsdomstolen. I andra stycket anges att andra beslut av verket enligt konkurrenslagen inte får överklagas.

21. Konkurrensverkets beslut om kopiering av handlingar eller andra åtgärder för genomförandet av en platsundersökning omfattas inte av uppräknningen av överklagbara beslut i 7 kap. 1 § första stycket.

Regleringens förenlighet med Europakonventionen och unionsrätten*Rätten till respekt för privatliv och korrespondens*

22. Inspektioner i ett företags lokaler, t.ex. platsundersökningar, är ingripande och kan utgöra ett intrång i den rätt till respekt för privatlivet och korrespondens som följer av artikel 8 i Europakonventionen och artikel 7 i EU:s stadga. Så är fallet även om de utförs i kommersiella lokaler. Såväl Europadomstolen som EU-domstolen har förklarat att en sådan inspektion måste kringgärdas med processuella rättssäkerhetsgarantier som förhindrar missbruk och skönsmässighet. I det ligger bl.a. att inspektionsbesluten ska vara väl avgränsade, att företaget ska ha rätt till juridiskt biträde och att företaget vid genomförandet av undersökningen ska ha insyn i vilka handlingar som myndigheten avser att omhänderta. (Se t.ex. Europadomstolens avgöranden *Robathin v. Austria*, no. 30457/06, 3 juli 2012, *Bernh Larsen Holding AS and Others v. Norway*, no. 24117/08, 14 mars 2013, samt *Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. France*, no. 63629/10 och 60567/10, 2 april 2015 respektive EU-domstolens avgörande *P Deutsche Bahn m.fl. mot kommissionen*, C-583/13, EU:C:2015:404).

23. Konkurrenslagen innehåller ett antal bestämmelser som reglerar förutsättningarna för och genomförandet av en platsundersökning. Regelverket

får anses uppfylla de krav på förfarandet som följer av artikel 8 i Europakonventionen och artikel 7 i EU:s stadga (se p. 11–16 och 18).

Rätten till domstolsprövning

24. Rätten till en rättvis rättegång följer av såväl artikel 6.1 i Europakonventionen som artikel 47 i EU:s stadga.

25. När det gäller platsundersökningar har Europadomstolens avgöranden ansetts innebära att den som berörs av en platsundersökning har – som en följd av rätten till en rättvis rättegång – rätt till en domstolsprövning inte bara av beslutet som tillåter undersökningen utan även av de åtgärder som vidtas med stöd av beslutet (se prop. 2014/15:96 s. 13 f. och prop. 2016/17:22 s. 158 f. med hänvisning till *Société Canal Plus and Others v. France*, no. 29408/08, 21 december 2010, och *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz v. France*, no. 29613/08, 21 december 2010).

26. Unionsrätten ställer inte upp något krav på att verkställighetsåtgärder i anledning av ett beslut om platsundersökning ska kunna överklagas särskilt. Det är tillräckligt att prövningen av sådana åtgärder görs i samband med att ett slutligt beslut med anledning av den konkurrensrättsliga överträdelsen prövas. Det kan tilläggas att det av unionsrätten följer att om i efterhand ett inspektionsbeslut ogiltigförklaras eller en kontrollåtgärd konstateras vara rättsstridig, så är kommissionen förhindrad att i överträdelseärendet, eller i ett senare överträdelseärende, använda de uppgifter som har samlats in vid platsundersökningen. Detta utgör enligt EU-domstolen en garanti i unionsrätten som syftar till att säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel. (Se t.ex. *Nexans France* och *Nexans mot kommissionen*, T-135/09, EU:T:2012:596 och *P Deutsche Bahn m.fl. mot kommissionen*, C-583/13, EU:C:2015:404).

27. Ett överklagandeförbud ska enligt svensk rätt åsidosättas om det strider mot rätten till domstolsprövning enligt unionsrätten eller Europakonventionen

(se t.ex. RÅ 1997 ref. 65, RÅ 2001 ref. 56 och HFD 2015 ref. 79; jfr även Hans Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, 5 uppl. 2015, s. 183).

28. Konkurrenslagen ger inte ett företag rätt att överklaga Konkurrensverkets åtgärd att kopiera fysiska eller elektroniska handlingar (p. 21). Frågan är om detta innebär att företaget förvägras rätten till domstolsprövning och att överklagandeförbudet därför ska sättas åt sidan.

29. Som tidigare nämnts har Europadomstolens avgöranden ansetts innebära att ett företag som är föremål för en platsundersökning ska ha rätt till en domstolsprövning av såväl det beslut som tillåter undersökningen som de åtgärder som vidtas med stöd av beslutet (se p. 25). Den närmare utformningen av domstolsprövningen samt när och under vilka förutsättningar den ska ske är emellertid en fråga för de enskilda konventionsstaterna; allt under förutsättning att prövningen uppfyller konventionens krav på effektivitet.

30. Konkurrenslagen ger ett företag rätt till en domstolsprövning av beslutet som tillåter en platsundersökning (se p. 11).

31. När det gäller de åtgärder som vidtas med stöd av beslutet får Konkurrensverket inte använda några tvångsmedel. För det fall företaget vägrar verket tillträde till utrymmen, inklusive tillgång till elektroniskt lagrad information (se p. 15), eller motsätter sig granskning eller kopiering av material måste verket, om det vill ha åtgärden till stånd, begära handräckning av Kronofogdemyndigheten. Beslutet om handräckning kan överklagas till domstol. (Se p. 17.)

32. När åtgärder på detta sätt utförs i ett företags lokaler får företaget därför, om det motsätter sig åtgärden, anses ha tillgång till en domstolsprövning av de åtgärder som vidtas med stöd av beslutet om platsundersökning.

33. Också för den situation där elektroniskt lagrad information med företagets samtycke har flyttats till verkets lokaler, utgår konkurrenslagstiftningen från att bestämmelserna om handräckning är tillämpliga (se p. 19). Uttalandena i förarbetena är knapphändiga och det framstår inte som helt klart vad det är för typ av åtgärd som Kronofogdemyndigheten behöver utföra i de fall ett företag motsätter sig kopiering. Med hänsyn till att det i förarbetena uttryckligen har angetts att bestämmelserna om handräckning är tillämpliga även i dessa situationer, får Konkurrensverket emellertid också i detta läge anses förhindrat att verkställa kopieringsåtgärder annat än efter ett särskilt beslut om handräckning av Kronofogdemyndigheten. Även i denna situation finns alltså en rätt till domstolsprövning.

34. Det kan sättas i fråga om systemet är fullt ut ändamålsenligt (jfr t.ex. förfarandet vid Finansinspektionens utredningar enligt lagen, 2016:1306, med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning; se särskilt vad som anges i prop. 2016/17:22 s. 158 f.). Det får emellertid anses uppfylla de krav på domstolsprövning som följer av Europakonventionen och unionsrätten.

Rätten till ett effektivt rättsmedel vid bristande efterlevnad av det konkurrensrättsliga regelverket

35. För det fall Konkurrensverkets handläggning i det enskilda fallet medför att ett företag inte får den rättsliga prövning av ett kopieringsbeslut som konkurrenslagen förutsätter kan det innebära att företagets rätt till domstolsprövning har blivit kränkt.

36. Var och en, vars rättigheter enligt Europakonventionen eller EU:s stadga har kränkts, ska ha rätt till ett effektivt rättsmedel (se artikel 13 i Europakonventionen samt artikel 47 i EU:s stadga).

37. Europakonventionen uppställer inga specifika krav på formerna för vad som är ett effektivt rättsmedel och omfattningen av statens förpliktelse varierar beroende på karaktären av det klagomål som ska bedömas. Det krävs emellertid att ett nationellt rättsmedel vid en överträdelse ska innebära att konventionsstaten i sak vidgår överträdelsen samt att den enskilde ges tillräcklig och adekvat gottgörelse.

38. En utgångspunkt är att tillgången till rättsmedel bör finnas i eller i anslutning till det förfarande där en överträdelse har inträffat. När en enskild anser att en domstol eller en förvaltningsmyndighet har agerat på ett sätt som strider mot Europakonventionen kan han eller hon många gånger komma till rätta med sådana brister genom att överklaga och få till stånd en ändring i högre instans. Den enskildes rätt kan också tillgodoses genom att något kompensatoriskt rättsmedel tillhandahålls i processen. Om inte konventionskränkningen kan läkas på något av dessa sätt ska det finnas en möjlighet för den enskilde att få frågan om rätt till skadestånd prövad. (Jfr prop. 2017/18:7 s. 11 ff. och NJA 2012 s. 211 I, p. 25.)

39. Att befintliga regler om överklagande inte utnyttjas kan i ett enskilt fall helt eller delvis vara en följd av myndighetens agerande. Sådana förhållanden i enskilda fall kan emellertid inte medföra att den överklaganderätt som föreligger utvidgas eller att en särskild överklaganderätt tillskapas för det fallet. Rätten till ett effektivt rättsmedel får i en sådan situation tillgodoses på annat sätt, i sista hand genom att den enskilde begär ekonomisk kompensation för den konventionskränkning som har förekommit.

Sammanfattande bedömning

40. Högsta domstolen har alltså funnit att konkurrenslagens regler om platsundersökning uppfyller Europakonventionens och unionsrättens krav på rättssäkerhetsgarantier och rätten till en domstolsprövning (p. 23 och 34).

41. Konkurrensverket har emellertid inte begärt handräckning av Kronofogdemyndigheten för den kopiering som S & P motsatte sig. Verket har alltså inte följt den i konkurrenslagstiftningen anvisade ordningen. Något till domstol överklagbart beslut i fråga om kopiering har därmed inte funnits. S & P har därför inte fått någon möjlighet till domstolsprövning av kopieringsåtgärden. Det saknas dock förutsättningar att nu tillskapa en möjlighet för S & P att få en prövning i sak vid Patent- och marknadsdomstolen (p. 39). S & P:s överklagande ska därför avslås.

42. S & P har väckt frågan om att Högsta domstolen ska hämta in förhandsavgörande från EU-domstolen. I målet har emellertid inte uppkommit någon sådan fråga som föranleder tvivel om tolkningen av unionsrätten och som gör det nödvändigt att hämta in ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att döma i saken.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Kerstin Calissendorff, Agneta Bäcklund, Svante O. Johansson, Sten Andersson och Stefan Johansson (referent)
Föredragande justitiesekreterare: Linda Stromberg