Fortrolighedsprivilegiet i dansk ret - regelgrundlaget

v/advokat Peter Nørgaard

6. september 2017



PLESNER

Indledning

- Fortrolighedsprivilegium: Spørgsmålet om hvorvidt oplysninger kan unddrages en oplysningspligt med henvisning til, at de er fortrolige

- "Legal privilege": Betegnelse fra common law, der vedrører et mere afgrænset spørgsmål om, hvorvidt fortrolige oplysninger afgivet i forbindelse med juridisk rådgivning kan unddrages en oplysningspligt

Oplysningspligt m.v. i dansk ret

- De vigtigste regler, der giver private mulighed for at kræve oplysninger udleveret fra andre, findes i retsplejeloven i relation til retssager:
  - Kapitel 18: regler om vidnepligt
  - Kapitel 28: regler om pligt til at fremlægge synbare bevismidler ("edition")
  - Kapitel 29 a: regler om oplysningspligt ved immaterialretskrænkelser
  - Kapitel 57 a: regler om bevissikring ved immaterialretskrænkelser

- De danske regler er **specifikke**, hvilket vil sige, at det skal specificeres hvilke oplysninger, man vil have frem
  - Dette gør i sig selv behovet for et fortrolighedsprivilegium lidt mindre i forhold til andre retssystemer, eksempelvis det engelske og amerikanske

Generelle oplysningspligter m.v. i engelsk og amerikansk ret

- Dansk ret har ikke **generelle** regler om "discovery" eller "disclosure", der giver en part pligt til at fremlægge alt, der enten
  (i) "adversely affect his own case" eller
  (ii) "adversely affect another party's case" eller
  (iii) "support another party's case"
  (Engelske CPR rule 31.6)

- Problemer med udlevering af korrespondence med rådgivere opstår derfor ofte i tilknytning til sager, hvor danske virksomheder er involveret i sager i England eller USA eller andre common law-lande med lignende regler

- I praksis har udenlandske domstole respekteret et nationalt privilegium i visse tilfælde:
  - F.eks. **Bristol-Meyers Squibb Co. v Rhone-Poulenc Rorer, Inc. | 188 F.R.D 189 (1999)** – ikke noget privilegium for de relevante personer i fransk ret, derfor ingen beskyttelse
  - F.eks. **US Disctrict Court for the Northern District of Georgia, Farmaceutisk Laboratorium Ferring A/S v Reid Rowell Inc. (1994)** – korrespondence med dansk patentagent, der hjalp advokat, kunne ikke kræves udleveret

Oplysningspligt m.v. i dansk ret - begrænsninger

- De danske regler om oplysningspligt m.v. er især undergivet to væsentlige typer af begrænsninger:
  - (i) Persongrupper undergivet tavshedspligt
  - (ii) Rettens almindelige adgang til at regulere bevisførelsen

Begrænsninger (1) – persongrupper med tavshedspligt

- Baggrund: Det er ikke rimeligt, at en person, der ikke er forpligtet til at holde noget hemmeligt, skal kunne unddrage sig den almindelige vidnepligt m.v.
- Persongrupper udelukket fra at kunne afkræves oplysninger:
  - (i) Embedsmænd
  - (ii) Præster
  - (iii) Læger
  - (iv) Advokater og retsmæglere
- Patentagenter og andre rådgivere er ikke nævnt. Der gælder derfor som udgangspunkt vidnepligt m.v.

- Retten kan konkret beslutte, at andre persongrupper (herunder patentagenter) alligevel ikke skal udlevere oplysninger. Retsplejelovens **§ 170, stk. 3**. **To betingelser:**
  - (i) De er undergivet tavshedspligt **i medfør af lovgivningen**
  - (ii) Hemmeligholdelse har **væsentlig betydning**

Begrænsninger (1) – persongrupper med tavshedspligt

- Afgørende spørgsmål: Har patentagenter tavshedspligt "i medfør af lovgivningen"?
- Tavshedspligten skal følge af en **strafsanktioneret pligt i loven**
- Tavshedspligt kan følge af **specielle regler** eller af **straffelovens almindelige regel** om personer, der udøver hverv i medfør af "offentlig beskikkelse eller anerkendelse" (**§ 152 b**)
- Det er ikke nok, at patentagenten **kontraktligt** påtager sig at holde oplysninger hemmelige
- Det er heller ikke nok, at der gælder forpligtelser efter **foreningsvedtægter** og **faglige normer**
  - Brud på aftaler og foreningsvedtægter m.v. er normalt ikke strafsanktioneret og kan i øvrigt ofte ændres af de involverede, og de regnes derfor som mindre effektive

Begrænsninger (1) - persongrupper med tavshedspligt - **danske patentagenter**

- **Patentagenthvervet er frit** - enhver i EØS kan kalde sig patentagent og agere som fuldmægtig for PVS i Danmark (≠ f.eks. advokater med "møderetsmonopol" i retssager) – patentlovens § 13

- **Ingen tavshedspligt** og derfor ingen mulighed for vidneudelukkelse

- Kan **markedsføringslovens § 23, stk. 2**, eller **§ 12 i lov om arbejdstageres opfindelser** bruges?

- ADIPA's vedtægter indeholder i § 13.2 en regel om tavshedspligt, men der er ingen strafferetlig sanktion

Begrænsninger (1) - persongrupper med tavshedspligt - **danske patentagenter**

- Eksempel U 2016.3549 ØK: Korrespondance med **varemærkerådgiver** skulle udleveres i forbindelse med en bevissikring
  - Hensynet til erhvervshemmeligheder kunne ikke føre til andet resultat
  - Andet resultat i U 2014.2981 VK, hvor korrespondance med en **advokat** ikke kunne gøres til genstand for bevissikring

- Korrespondance med patentagenter og andre rådgivere kan efter omstændighederne nægtes udleveret med henvisning til den almindelige regel om rettens mulighed for at afgrænse sagens bevisførelse (**§ 341**), dog **konkret vurdering**.

Begrænsninger (1) - persongrupper med tavshedspligt - **europæiske patentagenter**

- **Erhvervet er ikke frit**, alle og enhver kan ikke agere som repræsentant for EPO (**EPK artikel 134, stk. 1**)
  - Personer der har bestået en særlig eksamen (EPK artikel 134, stk. 2)
  - Advokater med møderet i et EPK-land (EPK artikel 134, stk. 8)

- Professionelle repræsentanter ved EPO er **automatisk medlemmer af EPI** og undergivet disciplinære regler fastsat af EPO (EPK artikel 134 a, stk. 2)

- EPI's disciplinærregelsæt indeholder en **regel om tavshedspligt** (artikel 2)

- Brud på tavshedspligten **er sanktioneret** med en "fine"/"Geldbuße"/"amende"

- Særlig regel i EPK regel 153, stk. 1, om fortrolighedsprivilegium **i sager ved EPO**

Begrænsninger (1) - persongrupper med tavshedspligt - **europæiske patentagenter**

- Reguleringen af europæiske patentagenter minder dermed om, hvad der gælder for advokater
  - Meget kunne derfor tale for tavshedspligt og dermed fortrolighedsprivilegium (**Jens Viktor Nørgaard, Janni Wandahl Pedersen og Bjørn von Ryberg i NIR 2016.63**)

- **MEN: Formentlig ikke noget fortrolighedsprivilegium**
  - Der er ikke tale om et hverv, der udøves i medfør af "offentlig beskikkelse eller anerkendelse" i straffelovens § 152 b's forstand
    - Bestemmelsen omfatter formentlig kun danske beskikkelser m.v. (**Vagn Greve i TfK 2010.502**)
    - Bestemmelsen gælder ikke automatisk for personer ansat i EU m.v. Det er nærliggende at antage, at det samme gælder i relation til EPO
    - Der gælder derfor formentlig **ingen tavshedspligt i medfør af lovgivningen**
  - Sanktionen for brud på tavshedspligten i EPI's disciplinærregelsæt er næppe en straf i juridisk forstand (ikke en "bøde" i traditionel, strafferetlig forstand)

Begrænsninger (2) – rettens almindelige adgang til at regulere og begrænse bevisførelsen

- Retten har en generel mulighed for at regulere bevisførelse, udtrykt i retsplejelovens § 341:

"Bevisførelse, der skønnes at være uden betydning for sagen, kan ikke finde sted."

- Denne almindelige adgang kan også bruges til at begrænse pligten til at fremlægge oplysninger

- Denne mulighed beror dog i betydelig grad på en skønsmæssig vurdering fra rettens side, hvor der blandt andet tages hensyn til følgende forhold:
  - Oplysningernes karakter, herunder interne arbejdsdokumenter
  - Oplysningernes betydning for sagen
  - Besværet forbundet med at fremskaffe oplysningerne

- Reglen er i praksis anvendt på interne arbejdsdokumenter under forhold, der minder om dem, der gælder for tavshedsbelagte oplysninger

Konklusion (1)

- Fortrolighedsprivilegium afhænger i dansk ret af, om der gælder en tavshedspligt for den relevante persongruppe
- Dette er ikke tilfældet for danske patentagenter
- Det er tvivlsomt, om der gælder en tavshedspligt for europæiske patentagenter
- Rettens almindelige adgang til at styre bevisførelsen kan medføre, at korrespondence med patentagenter og rådgivere i almindelighed ikke kommer frem i danske sager



Konklusion (2)

Den fælles patentdomstol (UPC)

Træder efter planen i kraft i 2018

- Der indføres **fortrolighedsprivilegium for alle repræsentanter** ved UPC
- Dette omfatter udover advokater også europæiske patentagenter "med passende kvalifikationer" (UPC-aftalens artikel 48, stk. 1 og 2)
- Herudover indføres der **generelt fortrolighedsprivilegium** for alle, som rådfører sig med en advokat eller patentagent, jf. procesreglementets regel 287





Plesner

Plesner Advokatpartnerselskab
Amerika Plads 37
DK-2100 Copenhagen
Denmark
Phone: +45 33 12 11 33
VAT-No.: 38 47 79 35
www.plesner.com

The contents of this presentation is made available to the public for informational purposes and are not intended as and cannot replace legal advice. Plesner shall not be held liable for any use of the information contained in the presentation. If you need legal advice, you are very welcome to contact Plesner.