

# LE SECRET PROFESSIONNEL FACE AU *LEGAL PRIVILEGE*

## PROFESSIONAL SECRECY VERSUS LEGAL PRIVILEGE

Thomas BAUDESSON\* et Peter ROSHER\*\*

### 1. Introduction

Aujourd'hui, les dirigeants d'entreprise opèrent dans un espace économique mondialisé. Ils ont un besoin croissant d'avis juridiques pour les opérations qu'ils réalisent quotidiennement. Certaines opérations stratégiques peuvent avoir des conséquences vitales pour l'entreprise si les décisions n'ont pas été prises de manière éclairée sur le plan juridique, notamment au regard des règles du droit de la concurrence et des concentrations. Même des opérations commerciales, a priori banales, peuvent soulever des problématiques juridiques complexes lorsque, par exemple, elles ont des implications à l'étranger.

Ainsi, juristes d'entreprise et avocats sont-ils de plus en plus souvent amenés à intervenir, ensemble ou séparément, pour traiter de problématiques juridiques spécifiques en amont du processus de décision, à l'occasion de sa mise en œuvre ou, le cas échéant, à l'occasion de contentieux.

Ces besoins croissants d'avis juridiques, surtout lorsqu'ils sont stratégiques, posent pour les entreprises le problème de leur confidentialité et de leur protection vis-à-vis des tiers, qu'il s'agisse de concurrents, d'adversaires dans une procédure ou encore d'autorités administratives ou judiciaires.

### 1. Introduction

Today, managers of both big and small companies operate in a globalised economic environment. They have an increasing need for legal opinions for the transactions which they carry out on a daily basis. Certain strategic transactions can have vital consequences for the company if the decisions are taken without considering the legal issues, particularly with regard to competition law. Even seemingly commonplace commercial transactions, may stir up complex legal problems, particularly when the other side is based overseas.

In this way, in-house lawyers are increasingly required to intervene, either alone or with the help of law firms, to deal with specific legal problems before the decision-making process, in the event of the transaction taking place or in the event of litigation.

This increasing need for legal opinions, particularly when they are strategic, poses a problem in relation to their confidentiality and their protection with regard to third parties, whether they are about competitors, the adversary in legal proceedings or even administrative or judicial authorities.

---

\* Associé, Clifford Chance Europe LLP, Avocat au Barreau de Paris.

\*\* Counsel, Clifford Chance Europe LLP, Solicitor et Avocat au Barreau de Paris.

*Les auteurs remercient vivement Janice Feigher, stagiaire, pour son assistance dans la préparation de cet article.*

Even though the need for protection is increasing, all indications show that, at the same time, governments, authorities and regulatory bodies in most of the main industrialised countries work towards a greater transparency in the economic world.

Yet, in-house lawyers have different weapons at their disposal depending on the countries in which they are based and – more surprisingly – whether or not the legal opinion is considered to be confidential also varies from country to country.

In countries of a Roman-Germanic tradition, like France, the protection of legal opinions and documents which support them is only guaranteed by virtue of the professional secret for lawyers.

In common law countries, it is a very different concept which prevails since in-house lawyers also benefit from legal privilege, and since the content of the communication (it is an approach *in rem* to confidentiality) is more important than the author or the recipient, as is the case for the professional secret for lawyers which is based upon an approach *in personam* to confidentiality.

It is understandable that, under these conditions, French in-house lawyers – like many other in-house lawyers in the European Community – have been trying for several years to also be able to benefit from the legal privilege of their Anglo-Saxon colleagues.

This study will compare the concepts of the professional secret (2) and legal privilege (3) before examining their respective advantages and the drawbacks (4). It will then consider the conditions for the transposition of legal privilege in France (5) and examples drawn from foreign countries (6) before recommending some practical tips to business-men.

### **2. Professional Secrecy: an Approach *in personam* to Confidentiality**

Professional secrecy is, as its name indicates, an obligation to remain silent which binds certain categories of professionals, such as doctors, lawyers or priests.

The secrecy attaches to the professional relationship between two persons.

Alors que le besoin de protection se fait de plus en plus important, toute une série d'indicateurs montre que, dans le même temps, les gouvernements, autorités et organes de régulation de la plupart des principaux pays industrialisés oeuvrent au contraire dans le sens d'une plus grande transparence des acteurs de la vie économique.

Or, les juristes ne disposent pas des mêmes armes selon le pays depuis lequel ils opèrent et – plus surprenant – selon le pays dans lequel il sera procédé à l'appréciation du caractère confidentiel ou non de l'avis juridique fourni.

Dans les pays de tradition romano-germanique, comme la France, la protection des avis juridiques et des documents qui en sont le support n'est garantie qu'au travers du secret professionnel des avocats.

Dans les pays de *common law*, c'est un concept très différent qui prévaut puisque le *legal privilege* profite également aux juristes d'entreprise, et qu'il s'attache davantage au contenu de la communication – c'est une approche *in rem* de la confidentialité – qu'à son auteur ou son destinataire, comme pour le secret professionnel des avocats qui repose quant à lui sur une conception *in personam* de la confidentialité.

On peut comprendre, dans ces conditions, que les juristes d'entreprise français (comme beaucoup d'autres juristes d'entreprise d'Europe continentale) cherchent depuis plusieurs années à pouvoir bénéficier, eux aussi, du *legal privilege* de leurs collègues anglo-saxons.

Cette étude se propose de mettre en vis-à-vis les concepts de secret professionnel (2) et de *legal privilege* (3) avant d'examiner les avantages et inconvénients respectifs (4). Seront ensuite examinées les conditions d'une transposition du *legal privilege* en France (5), des exemples tirés de pays étrangers (6) avant que des recommandations pratiques ne soient proposées aux praticiens en entreprise (7).

### **2. Le secret professionnel : une approche *in personam* de la confidentialité**

Le secret professionnel est, comme son nom l'indique, une obligation de se taire qui pèse sur certains professionnels comme les médecins, les avocats ou les prêtres.

C'est avant tout la relation entre deux personnes que le secret professionnel vise à protéger.

## 2.1 Fondement

La notion de secret professionnel est souvent abordée davantage sous l'angle de l'obligation qui pèse sur le professionnel que sous l'angle du droit qui en résulte pour son client.

Il n'est d'ailleurs pas indifférent de constater que le législateur est d'abord intervenu pour sanctionner la violation par le professionnel du secret auquel il est tenu, avant d'en déterminer précisément les contours.

L'article 378 du Code pénal de 1810 indiquait en effet :

*« Toute personne dépositaire par état ou profession [...] de secrets qu'on lui confie et qui [...] aura révélé ces secrets, sera punie d'une peine d'emprisonnement de 1 mois à 6 mois et d'une amende [...] ».*

Ce texte a été depuis remplacé par l'article 226-13 du Nouveau Code pénal qui prévoit que :

*« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est le dépositaire, soit par état, soit par profession, soit en raison d'une mission ou d'une fonction temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».*

Il est généralement admis que le secret professionnel repose sur l'idée que l'avocat – comme le prêtre ou le médecin – est un « *confident nécessaire* » qui ne peut en effet conseiller et défendre efficacement son client que si ce dernier a l'assurance qu'il peut se confier sans risque.

Telle est l'idée qu'exprimait Emile Garçon dans une note, sous l'ancien article 378<sup>1</sup>. Cette note fait encore autorité aujourd'hui dans la mesure où le caractère d'ordre public du secret professionnel y a été mis en évidence pour la première fois :

*« Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. Sans doute, sa violation peut causer un préjudice aux particuliers, mais cette raison ne suffirait pas à en justifier l'incrimination. La loi la punit parce que l'intérêt général l'exige. Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidences nécessaires soient astreintes à la discrétion, et que le silence leur*

## 2.1 Legal Basis

The concept of professional secrecy is often analysed from the viewpoint of the obligation binding the professional rather than from the viewpoint of the resulting right for the client.

In this respect it is worth noting that the legislator has first introduced provisions in the law to punish violations by the professional of his obligation of secrecy before determining the precise scope of such professional secrecy.

Article 378 of the French Criminal Code of 1810 stated that:

*“ Any person entrusted with secrets revealed to them by reason of their office or profession and who [...] will have disclosed such secrets, shall be punished by an imprisonment of 1 to 6 months and a fine [...] ”.*

Article 226-13 of the New French Criminal Code, which superseded the above provision, states that:

*“ The disclosure of an information of a confidential nature by a person who is entrusted with such information, either by reason of their office or profession, or by reason of a mission or temporary position, is punishable by a year of imprisonment and a fine in an amount of 15 000 euros ”.*

It is generally admitted that professional secrecy is based on the idea that lawyers – like priests and doctors – are “ *necessary confidants* ” who can only advise and defend their client efficiently if the latter may rest assured that he can reveal confidential information without running risks.

This idea was expressed by Emile Garçon in a commentary to the former Article 378 which is still regarded as good authority to date, inasmuch as it emphasised that professional secrecy is of public interest:

*“ Professional secrecy is only based on a public interest. The fact that its violation may cause a prejudice to individuals may not, on its own, justify its sanction by the law. The law punishes because public interest requires it. The orderly operation of society commands that the sick should be able to find a doctor, the litigant an advocate, the catholic a confessor but neither the doctor, nor the lawyer, nor the priest would be in a position to complete their mission if confidential information revealed to them were not covered by an inviolable secret. It is therefore crucial to the maintenance of public order that such necessary confidences should be subject to rules of confidentiality and that the confidants should be bound to remain silent, unconditio-*

nally and without restrictions, because otherwise nobody would dare seek their assistance anymore, if they could fear disclosure of the secret they revealed. Hence, Article 378 is aimed not so much at safeguarding the secret of an individual as at guaranteeing a professional duty that is essential for the benefit of all”.

Professional secrecy is not only a public interest. It is also general, unqualified and of unlimited duration.

### 2.2 Scope of Professional Secrecy

Until recently, protection of professional secrecy was only truly efficient in the context of defending clients in contentious proceedings, which was, it must be said, the main activity of most independent lawyers until the professions of contentious lawyers and legal consultants merged in 1992 and the ensuing significant development of the activity of legal consultancy over the past decades.

The Criminal Chamber of the French *Cour de cassation*, France’s Supreme Court had thus held in a decision dated 30 September 1991 that:

“The Criminal Chamber of the Court of Appeal was correct in stating that it was not a violation of professional secrecy to allow the hearing of a lawyer as a witness, since such hearing related to activities of drafting contracts or of negotiation, as opposed to activities relating to due process...”

By differentiating between contentious and non-contentious activities, the Criminal Chamber of the French *Cour de cassation* had thus introduced a distinction which did not exist in the letter of the law.

This is the reason why the Law of 14 January 1993 specified the scope of professional secrecy:

“In all matters, the legal opinions addressed by a lawyer to his client, or intended to be for his client’s benefit and the communications exchanged between a lawyer and his client, are protected by professional secrecy”.

Notwithstanding the above provision, the Criminal Chamber of the French *Cour de cassation* has maintained its position by holding that the professional secrecy which binds legal or tax consultants who had subsequently become members of a Bar or Law Society was not an obstacle to the seizure of documents by an investigating magistrate, insofar as the evidence did not relate to due process.

The legislator had to step in again in April 1997 to put an end to the rebellion of the Criminal Chamber,

soit imposé, sans condition ni réserve, car personne n’oserait plus s’adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation d’un secret confié. Ainsi, l’article 378 a pour but moins de protéger la confiance d’un particulier que de garantir un devoir professionnel indispensable à tous».

Le secret professionnel n’est pas seulement d’ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps.

### 2.2 Domaine du secret professionnel

Jusque récemment, la protection du secret professionnel n’était véritablement efficace que dans le cadre de l’activité de défense laquelle, il est vrai, constituait l’activité principale de la plupart des avocats avant leur fusion avec les conseils juridiques en 1992<sup>2</sup>, et le développement considérable qu’a connu l’activité de conseil au cours de ces dernières décennies.

Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait-elle estimée dans un arrêt du 30 septembre 1991<sup>3</sup> :

« Dès lors que l’audition en cause d’un avocat comme témoin concerne une activité de rédaction d’acte ou de négociateur, et non l’exercice des droits de la défense, la chambre d’accusation a justifié sa décision d’écarter la violation du secret professionnel... »

En dissociant ainsi l’activité de conseil de l’activité de contentieux, la Chambre criminelle avait donc introduit une distinction ne résultant pas de la loi.

C’est pourquoi, en réaction, la Loi du 4 janvier 1993<sup>4</sup> a précisé l’étendue du secret professionnel :

« En toutes matières, les consultations adressées par un avocat à son client, ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, sont couvertes par le secret professionnel ».

En dépit des termes pourtant non équivoques de ce texte (« en toutes matières »), la Chambre criminelle a néanmoins maintenu sa position en considérant que le secret professionnel d’un conseil juridique ou fiscal devenu avocat ne faisait pas obstacle à la saisie de documents par un juge d’instruction, dès lors que les pièces ne concernaient pas l’exercice des droits de la défense.

Le législateur a donc dû intervenir une deuxième fois, au mois d’avril 1997<sup>5</sup>, pour mettre un terme final à la résistance

de la Chambre criminelle, la nouvelle rédaction du texte prévoyant cette fois-ci de manière on ne peut plus explicite, que le secret professionnel s'appliquait :

« *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense...* ».

Le secret professionnel ne se limite pas aux seules consultations et correspondances échangées entre le client et son avocat, il porte également sur toutes les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier, ce qui peut inclure jusqu'à des mentions portées sur un agenda.

### 2.3 Personnes concernées

Les personnes concernées par le secret professionnel sont certes la société toute entière, mais avant tout le bénéficiaire du conseil juridique prodigué par le professionnel.

En l'état actuel du droit, ce professionnel ne peut être qu'un avocat. Ceci peut surprendre nombre de praticiens en entreprise, au premier rang desquels ceux qui, après avoir exercé la profession d'avocat pendant plusieurs années en cabinet, exercent aujourd'hui leur art en entreprise avec le même soin et la même diligence.

Ainsi, ce qui semble devoir primer dans la notion de secret professionnel, telle qu'elle existe aujourd'hui, est davantage l'existence d'une relation entre un professionnel libéral du droit et son client, que le conseil juridique sous-jacent.

Comment expliquer autrement que le conseil juridique fourni par un juriste d'entreprise à son employeur ne soit couvert par aucun secret autre qu'éventuellement le secret des affaires, là où la moindre correspondance échangée entre un avocat et son client bénéficie d'une protection assortie de sanctions pénales en cas de violation, et ce, quel qu'en soit l'objet ?

La distinction élaborée depuis la décision *AM&S Europe Limited v. EC Commission* de la Cour européenne de justice en 1982<sup>6</sup> est le manque d'indépendance professionnelle du juriste salarié par rapport à l'avocat. Mais dans un arrêt *Carlsen*<sup>7</sup>, la Cour européenne de justice a quelque peu modifié sa position en 1998, accordant en substance le bénéfice de la confidentialité aux avis des juristes internes des institutions communautaires.

#### *Du point de vue de l'avocat*

Celui-ci ne peut être relevé de son secret par son client, ni d'ailleurs par qui que ce soit, et en particulier par aucune

by passing a revised text which states in an unequivocal way that professional secrecy applies:

“ *In all matters, whether contentious or non-contentious...* ”.

The scope of professional secrecy is not limited to legal opinions and communications between the lawyer and his client, it also applies to all meeting notes and more generally all documents relating to a given matter, which may even extend to items mentioned in a diary.

### 2.3 Persons Affected by Professional Secrecy

Although professional secrecy is relevant to all members of society, it is in the first place of interest to the person who receives the legal advice given by the professional.

As the law currently stands, such professional may only be an independent lawyer who is a member of a Bar or Law Society. This may offend many in-house lawyers, especially those who have practised as independent lawyers for a number of years and who nowadays apply their legal skills within a company, with the same care and diligence as when they were in private practice.

It therefore seems that the criterion for determining the applicability of professional secrecy is the existence of a certain category of relationship (the relationship between an independent legally skilled professional and his client), rather than the underlying legal advice.

If this were not the yardstick for measuring applicability of professional secrecy, how could one explain the fact that legal advice given by an in-house lawyer to his employer is not covered by any kind of secrecy (other than, possibly, trade secrets), whilst any communication between an independent lawyer and his client has the benefit of a protection, the breach of which entails criminal sanctions, whatever the object of the communication?

The decision of the European Court of Justice (“ECJ”) in the *AM&S* case in 1982 justified such distinction on the basis of the lack of independence of salaried in-house lawyers, in comparison to lawyers in private practice. However, in the *Carlsen* case of 1998, the ECJ somewhat altered its position by recognising, in substance, the confidentiality of the legal opinions given by in-house lawyers of the European institutions.

#### *From the Lawyer's Perspective*

The lawyer may not be relieved of his obligation of secrecy by his client, or by anyone else, and in parti-

cular no authorities have such power. However, the law provides for an exception strictly for the purposes of his own defence in contentious proceedings, and in restricted cases (implication in criminal proceedings, civil proceedings in professional negligence, dispute on amount of fees).

Professional secrecy is so absolute that even the client may not discharge his lawyer of it. Such strictness precludes a lawyer from disclosing information regarding a matter to third parties at the request of his client. France's European neighbours (United Kingdom, Netherlands, Belgium, Germany, Italy) do not have such strict rules. Indeed in these countries a lawyer may, with the consent of his client, unconditionally circulate information relating to a given matter to third parties.

### *From the Client's Perspective*

The client may not relieve his lawyer of his professional secrecy obligation. He may however waive the benefit of professional secrecy by making public, for example, a letter which he had sent to his lawyer.

The Commercial Chamber of the French *Cour de cassation* held in a judgment dated 6 June 2001 that:

*“Considering that one of the parties had voluntarily provided the court with a letter which it had sent to its lawyer, the Court of Appeal was correct in holding that such party was not entitled to claim the benefit of professional secrecy to protect information which it had itself disclosed in the first place”.*

Apart from cases of voluntary disclosure communications exchanged between a lawyer and his client may not be seized, whether on the premises of a company, in the offices of a law firm or in chambers.

The inviolability of law firms and chambers is entirely based on professional secrecy.

However, raids in law firms are becoming increasingly frequent. They can only be carried out in the presence of the President of the relevant Bar or Law Society or his representative. In such case, the seizure of communications exchanged between a lawyer and his client may, by way of exception, be authorised or maintained, provided that the confiscated documents may potentially contribute to establishing the involvement of the lawyer in an offence. It is

autorité. La loi prévoit cependant une exception pour les besoins strictement nécessaires à sa défense et, dans des cas limités (mise en cause dans une procédure pénale, recherche de la responsabilité civile professionnelle, contestation d'honoraires).

Le secret professionnel est à ce point absolu que l'avocat ne peut en être relevé par son client. Cette rigueur interdit à un avocat auquel le client en ferait la demande, de révéler des informations sur un dossier à des tiers. Une telle rigueur n'existe pas dans les pays d'Europe voisins de la France (Grande-Bretagne, Pays-Bas, Belgique, Allemagne, Italie) dans lesquels un avocat peut, avec l'accord de son client, transmettre sans restriction n'importe quelle information d'un dossier à des tiers.

### *Du point de vue du client*

Celui-ci ne peut relever son avocat de son obligation au titre du secret professionnel. Il peut en revanche lui-même renoncer au bénéfice du secret professionnel en rendant publique, par exemple, une lettre qu'il avait adressée à son avocat.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet estimé dans un arrêt en date du 6 juin 2001<sup>8</sup> :

*« Ayant relevé qu'une partie avait spontanément produit aux débats une lettre qu'elle avait adressée à son avocat, la Cour d'appel en a exactement déduit que l'intéressée n'était pas recevable à invoquer un secret professionnel portant sur des informations qu'elle avait elle-même rendu publiques ».*

Hormis les cas de divulgation volontaire, les correspondances échangées entre un avocat et son client ne peuvent être saisies, que ce soit dans une entreprise ou au cabinet de l'avocat.

L'inviolabilité des cabinets d'avocats est entièrement fondée sur le secret professionnel.

Les perquisitions dans les cabinets d'avocats sont pourtant de plus en plus fréquentes. Elles ne peuvent avoir lieu qu'en présence du bâtonnier ou de son représentant. Dans ce cas, la saisie des correspondances échangées entre un avocat et son client ne peut, à titre exceptionnel, être ordonnée ou maintenue qu'à la condition que les documents saisis soient de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction. Encore faut-il préciser que le juge,

pour saisir une correspondance, ne pourra mener une perquisition que s'il a déjà des raisons de penser que l'avocat a participé à une infraction.

#### *Les tiers à la relation avocat-client*

Ils sont également concernés par le secret professionnel. Ceux qui souhaiteraient en effet appréhender ou utiliser un document couvert par le secret professionnel ne peuvent le faire sans se rendre coupables d'une violation du secret professionnel ou d'un recel que si, comme dans l'exemple de l'arrêt du 6 juin 2001 ci-dessus, le bénéficiaire du secret professionnel a lui-même préalablement rendu public le ou les documents bénéficiant de la protection.

#### **2.4 Cas particulier des correspondances entre avocats**

La confidentialité des correspondances entre avocats est une règle à laquelle les avocats – ceux de province en particulier – ont toujours montré un très fort attachement.

Cette règle, de nature déontologique, n'était cependant pas uniforme dans la totalité des barreaux français.

Depuis la Loi du 7 avril 1997<sup>9</sup>, cette règle a acquis une dimension législative et s'impose par conséquent désormais à tous les avocats français sans exception. Mais surtout, cette confidentialité relève désormais du domaine du secret professionnel (pénalement sanctionné), ce qui n'était pas le cas auparavant.

Dans un arrêt du 4 février 2003<sup>10</sup>, les dérogations qui avaient été aménagées au fil du temps par les différents barreaux dans leurs Règlements Intérieurs, puis par le Conseil National des Barreaux dans le Règlement Intérieur Unifié, ont été jugées contraires à la loi par la Cour de cassation qui a fait observer à juste titre que la Loi d'avril 1997 ne prévoyait aucune dérogation.

Le législateur est donc intervenu une troisième fois, dans l'urgence, pour inclure dans le corps même de la Loi les dérogations ainsi oubliées.

Pourtant, l'on regrettera qu'une réflexion plus approfondie n'ait pas été menée à cette occasion. L'on rappellera à cet égard les éléments de solution novateurs qu'avait proposés dès 1983 le Bâtonnier Brunois<sup>11</sup> :

*« En vérité, la correspondance que les avocats échangent ne ressort en rien au secret professionnel. Elle est*

worth noting that the judge may only search the premises to seize the correspondence if he already has reasons to believe that the lawyer is involved in an offence.

#### *Third Parties to the Lawyer-client Relationship*

Professional secrecy is also relevant to third parties because anyone seeking to obtain disclosure or to use a document protected by professional secrecy would be guilty of a breach of professional secrecy or of using stolen information, except in cases such as the one described in the 6 June 2001 decision, where the beneficiary of professional secrecy has himself made public the document covered by professional secrecy beforehand.

#### **2.4 Specific Case of Correspondence Between Lawyers**

The confidentiality of correspondence between lawyers is an ethical practice in relation to which lawyers, in particular provincial lawyers, have always shown a strong attachment.

This rule of professional ethics was not however uniformly applied in all of the French Bar Associations.

Since the Law of 7 April 1997, this rule has become enshrined in legislation and applies therefore to all French lawyers without exception. What is more, this confidentiality arises henceforth out of the field of professional secrecy (with criminal sanctions), which was not formerly the case.

The dispensations which were provided for by the various Bars and then by the National Bars Association in its Unified Regulations were held to be contrary to the Law by the French Supreme Court which, in a decision dated 4 February 2003, noted that the Law of April 1997 did not provide for any such dispensations.

The legislator therefore intervened urgently for a third time in order to include in the body of the Law the dispensations which had been forgotten in the previous amendment.

It is regrettable that this opportunity did not result in deeper reflection. It is worth recalling in this connection the elements of an innovative solution which had been proposed more than 20 years earlier by the former President of the Bar, Mr. Brunois:

*“ In reality, the correspondence exchanged between lawyers is not, by nature, within the scope of professional secrecy. It really is one of the*

*technical means which falls within the category of does not relate to the field of ethics, but rather that practice.*

*The regulations which enshrine the confidential character of letters exchanged between lawyers are intended to facilitate the successful negotiation by the latter of agreements and settlements, which necessarily entail periods of secrecy in their exchanges.*

*Indeed, such a stipulation is now obsolete and has the consequence of maintaining the lawyer in a minority, protecting him only from himself and making his task towards his client – who is often distanced – more difficult; the rule allows the lawyer to make assertions without running risks, to promise without having certitudes and to retract from his statements.*

[...]

*It is important to reverse the rule:*

*The rule should be that correspondence exchanged between lawyers is not confidential and that it binds them and their client.*

*To this rule, the necessary exception must be made: the writer cannot give a confidential character to his letters, messages, telegrams, telexes...”.*

Indeed, it is not illegitimate, or contrary to the interest of a client, that a client can know exactly what his lawyer whose fees he pays, has written to a lawyer for another commercial party or the opposing party in a litigious dispute.

It is moreover, more than a little difficult to explain to foreign clients, used to other more transparent practices, that they cannot receive a copy of the major part of the correspondence exchanged between their lawyers.

Albeit approved by renowned legal authors on matters of professional ethics, the system proposed by the former President of the Bar Association, Mr. Brunois, more than twenty years ago, and adopted by all of the lawyers in the European Union in 1988, is perhaps still too innovative in a country where reform is often a sensitive subject.

### 3. *Legal Privilege: an Approach in rem to Confidentiality*

*l'un des moyens techniques entrant, par nature, non dans le domaine de la morale, mais dans celui de la technique d'exercice.*

*Les règlements qui imposent le caractère confidentiel aux lettres échangées par les avocats entendent faciliter la réalisation par ceux-ci d'accords, de transactions instaurant obligatoirement des temps secrets dans leur rapport.*

*En fait, c'est une prescription dès maintenant obsolète qui a pour effet de maintenir l'avocat en état de minorité, de le protéger contre lui-même et de compliquer sa tâche envers son client souvent éloigné ; elle lui permet d'affirmer sans danger, de promettre sans certitudes, de revenir sur ses déclarations.*

[...]

*Il importe d'inverser la règle :*

*Le principe doit être que la correspondance que les avocats échangent n'est pas confidentielle et qu'elle les engage ainsi que leur client.*

*A ce principe, il faut évidemment prévoir l'exception nécessaire : l'expéditeur peut donner le caractère confidentiel à ses lettres, messages, télégrammes, télex...»*

Il n'est pas illégitime, en effet, ni contraire aux intérêts d'un client, que celui-ci puisse savoir exactement ce qu'écrit l'avocat qu'il rémunère à l'avocat d'un partenaire commercial ou d'un adversaire dans un litige.

Il est d'ailleurs assez difficile d'expliquer à des clients étrangers, habitués à des pratiques moins opaques, qu'ils ne peuvent être destinataires d'une copie de la majeure partie des courriers échangés entre avocats.

Bien qu'approuvé par la doctrine la plus éminente en matière de déontologie<sup>12</sup>, le système proposé par le Bâtonnier Brunois il y a plus de vingt ans (et adopté par tous les avocats de l'Union européenne en 1988) est peut-être encore trop novateur dans un pays où les réformes sont souvent un sujet délicat.

### 3. *Le legal privilege : une approche in rem de la confidentialité*

Si le secret professionnel puise son origine dans l'obligation à laquelle est tenu l'avocat, son équivalent dans les pays anglo-saxons – le *legal privilege* – est avant tout conçu comme un droit.



Le *legal privilege* est un ensemble de règles permettant, dans les pays de *common law*, de soustraire certains types de communications confidentielles de nature juridique, écrites ou orales, à l'obligation d'être produites en justice. Le *legal privilege* est particulièrement important dans les pays où la procédure civile comprend un système de divulgation de documents connu sous le nom de *discovery* (États-Unis) ou *disclosure* (Angleterre).

En Angleterre, les *Civil Procedure Rules* (applicables aux procédures contentieuses anglaises) imposent, sauf accord contraire des parties ou décision contraire du tribunal, qu'une partie divulgue non seulement les documents sur lesquels elle fonde son argumentation, mais aussi ceux préjudiciables à son argumentation et ceux favorables à l'argumentation de la partie adverse. La définition de « *document* » est très étendue et comprend les notes internes, les notes manuscrites, les e-mails, les comptes-rendus des conseils d'administration et les informations stockées sur tout type de support, peu importe que le document contienne des informations sensibles ou confidentielles. De plus, l'obligation de divulgation d'une partie s'étend à tous les documents en sa possession ou sous son contrôle ou dont elle est dépositaire. Un document est considéré comme ayant été sous le contrôle d'une partie si celle-ci détenait physiquement ledit document ou si elle a eu un droit de possession dessus. Ainsi, il n'est pas rare qu'une société mère soit contrainte d'avoir à communiquer des documents détenus par une filiale.

Les *Civil Procedure Rules* reconnaissent toutefois qu'une partie a le droit de refuser de divulguer un document sur le fondement d'un intérêt ou d'un droit spécifique reconnu par la loi. De même, un témoin peut refuser de répondre à une question lors d'un procès sur les mêmes fondements.

La divulgation engendre donc le risque que la partie adverse s'empare de documents potentiellement nuisibles et les utilise dans le cadre d'un procès, à moins que ces documents ne soient protégés par le *legal privilege*.

En droit anglais, la genèse du *legal privilege* date de l'affaire *Duchess of Kingston* jugée en 1776<sup>13</sup>. Cette affaire a établi que le *legal privilege*, en Angleterre, n'est pas le reflet d'une simple obligation de confidentialité de l'avocat à l'égard de son client, comparable à celle qui lie les médecins ou les prêtres par exemple. Le fondement de ce « privilège » trouve ses racines dans le respect de l'ordre public, en vertu duquel le client d'un juriste doit avoir un accès sans entrave à la justice.

Privilege is an ensemble of rules protecting certain types of confidential communications, whether written or oral, of a legal nature from being subject to compulsory disclosure in common law countries. It is particularly important in jurisdictions where the civil litigation procedure incorporates a system of document disclosure, known as *discovery* (in the United States of America) or *disclosure* (in the United Kingdom).

In the United Kingdom, the *Civil Procedure Rules* (which govern civil proceedings) require – subject to a contrary agreement between the parties or to a contrary decision of a court – a party to disclose documents which support its case but also those documents which are adverse to a party's interest or that support the other side's case. "*Document*" is very widely defined and includes internal notes, handwritten notes, emails, reports to the Board and information stored in any form whatsoever, and whether or not confidential. The disclosure obligation extends to all documents which have been in the disclosing party's possession, custody or control. A document is considered as having been in the disclosing party's control if the party in question had physical possession of such document or if it had a right to possession of it. In this way, it is not unusual that a parent company is forced to have to communicate documents held by its subsidiary.

The *Civil Procedure Rules* however recognise a party's right of refusal to disclose a document based on a legal interest or specific legal right. A witness who is called to testify in a trial may refuse to give evidence on the same grounds.

Disclosure entails the risk that the other side may gain access to potentially harmful documents for the party which discloses them and uses them in civil proceedings, except where privilege may be successfully claimed.

The origins of legal privilege under English law date back to the *Duchess of Kingston* Case of 1776. In England, it has been clear since this case that the privilege is based not on the legal enforcement of the lawyer's duty of confidentiality to his client but on the public interest in the client having uninhibited access to legal advice and assistance.

In the Australian case of *Baker v Campbell*, Wilson J gave a modern definition of legal privilege. In his judgment, Wilson J referred to the object of fostering the confidential relationship in which legal advice is given and received as serving the ends of justice because it is facilitating the orderly arrangement of a client's affairs as a member of the community, "an essential mark of a free society".

The House of Lords has recently described legal privilege as:

*"(...) a necessary corollary of the right of any person to obtain skilled advice about the law. (...) Such advice cannot be effectively obtained unless the client is able to put all the facts before the adviser without fear that they may afterwards be disclosed and used to his prejudice"*.

The rationale for legal privilege under English law was summed up by Lord Taylor CJ to the House of Lords as follows:

*"Legal professional privilege is thus much more than an ordinary rule of evidence, limited in its application to the facts of a particular case. It is a fundamental condition on which the administration of justice as a whole rests"*.

The courts in the United Kingdom have for more than 150 years regarded legal advice privilege as being a fundamental right and an inviolable safeguard of the interests of justice.

The House of Lords has endorsed these public interest justifications for the existence of legal privilege in the *Three Rivers* case in 2004. In this case, Lord Scott, one of the judges, held that the debate as to whether legal privilege is a procedural right or a substantive right was in his opinion *sterile*.

Indeed, even though the principle may be a substantial right and has been recognised as a fundamental right in the European Convention of Human Rights, it operates as an exception to evidentiary rules. The parties do not have to disclose documents covered by legal privilege. Neither a client, nor his lawyer, may be forced to produce evidence before a court in relation to privileged topics.

Une définition moderne du *legal privilege* a été formulée en 1983 par le juge Wilson J, dans une affaire australienne, *Baker v Campbell*<sup>14</sup>. Dans son arrêt, le juge Wilson fait référence à l'objectif de créer un rapport de confiance et dans le cadre duquel des conseils juridiques seront prodigués et reçus confidentiellement. Un tel objectif, selon ses affirmations, est conforme à l'idéal de justice car il favorise le bon déroulement des affaires du client en tant que membre de la société, ce qui est «*le gage d'une société libre*»<sup>15</sup>.

La Chambre des Lords, la plus haute instance d'Angleterre, a plus récemment décrit et justifié le *legal privilege* comme :

*« (...) un corollaire nécessaire au droit de chaque personne d'obtenir des conseils juridiques provenant de personnes qualifiées (...). Un tel conseil ne peut être obtenu de façon efficace à moins que le client soumette tous les faits à son conseil sans avoir peur qu'ils puissent être ultérieurement divulgués et utilisés à son encontre »*<sup>16</sup>.

La raison d'être du *legal privilege* en droit anglais a ainsi été résumée par Lord Taylor CJ à la Chambre des Lords :

*« Le legal privilege est donc plus qu'une règle de preuve ordinaire dont le champ d'application se limiterait aux faits d'une espèce donnée. Cette règle est plutôt une condition fondamentale sur laquelle repose l'administration de la justice »*<sup>17</sup>.

Depuis plus d'un siècle et demi, le *legal privilege* est considéré par les tribunaux anglais comme un droit fondamental et comme un principe essentiel à la sauvegarde des valeurs de justice.

Ces justifications d'ordre public ont été adoptées par la Chambre des Lords dans l'affaire *Three Rivers* en 2004. Dans cette affaire, Lord Scott, l'un des juges, a statué dans son jugement que le débat ayant pour objet de déterminer si le *legal privilege* est une règle de fond ou une règle de forme était, à son sens, *stérile*<sup>18</sup>.

En effet, même si le principe relève du droit substantiel, reconnu comme un droit fondamental par la Convention européenne des Droits de l'Homme<sup>19</sup>, il fonctionne en tant que règle d'exclusion de preuve. Les parties n'ont pas l'obligation de divulguer des documents soumis au *legal privilege*. Ni le client, ni son avocat, ne peuvent être contraints de produire des preuves devant la Cour concernant des sujets soumis au *legal privilege*.

Un autre signe distinctif du principe de *common law* du *legal privilege* est que cette protection bénéficie au client et lui appartient<sup>20</sup>. Dans l'affaire *Three Rivers*, la Chambre des Lords a confirmé le caractère absolu du *legal privilege*, dès lors « *qu'un document bénéficie du legal privilege, celui-ci ne peut être contrarié au nom d'un intérêt d'ordre public impérieux : seul le client peut y renoncer ou une loi l'abroger* »<sup>21</sup>. Si un conseiller juridique, qu'il soit *solicitor*, *barrister* ou juriste d'entreprise, viole son obligation de respecter ce « privilège », le client peut engager des poursuites. Le professionnel du droit est également exposé à des sanctions disciplinaires.

Comme il a été précisé ci-dessus, le but de la règle du *legal privilege* en *common law* est de protéger les communications entre un conseiller juridique et son client. Dans le champ d'application du *legal privilege*, les *conseillers juridiques* comprennent aussi les juristes d'entreprise. La pratique du *legal privilege* au sein de l'entreprise ne crée donc pas de difficultés dans les pays de *common law*. En effet, les juristes d'entreprise sont invariablement membres de l'association professionnelle des avocats de leur pays et ont, par conséquent, le statut d'avocats, l'entreprise étant considérée comme le *client*.

Le droit anglais reconnaît assez facilement l'applicabilité du *legal privilege* à des communications entre un juriste anglais et son client étranger sur des points de droit étranger<sup>22</sup>.

La nature exacte du rapport qui lie l'avocat à son client varie d'un système juridique à l'autre et a récemment fait l'objet d'un débat nourri en Angleterre<sup>23</sup>, suite à l'arrêt *Three Rivers*, rendu par la Chambre des Lords au mois de novembre 2004.

Dans cette affaire, une cellule d'enquête *ad hoc* constituée au sein de la banque d'Angleterre avait rassemblé un certain nombre de documents et procédé à des interrogatoires de témoins à propos des circonstances de la faillite de la BCCI dont le liquidateur a, ultérieurement, sollicité la communication. Contrairement à ce qu'avait estimé la banque, finalement confortée par la Chambre des Lords, la Cour d'appel avait, dans un premier temps, estimé que les documents en question ne devaient pas bénéficier du *legal privilege*. Cette affaire avait mis en émoi l'ensemble de la communauté des *lawyers* Outre Manche.

Toutefois, le principe du *legal privilege* est le même dans tous les systèmes juridiques de *common law* : mettre les

Another distinctive mark of the common law principle of legal privilege is that this protection benefits the client and is his prerogative. In the *Three Rivers* case, the House of Lords confirmed that “*if a communication or document qualifies for legal professional privilege, the privilege is absolute. It cannot be overridden by some supposedly greater public interest. It can be waived by the person, the client, entitled to it and it can be overridden by statute*”. Failure of the legal advisor, whether he be a solicitor, barrister or in-house lawyer, to comply with his legal obligation of confidentiality entitles the client to commence proceedings against him. The legal advisor is also liable to disciplinary sanctions.

As mentioned above, legal privilege in common law jurisdictions is aimed at protecting communications between a legal advisor and his client. As regards the scope of legal privilege, *legal advisors* also include in-house lawyers. There are therefore no issues in common law countries with regard to in-house lawyers since they are invariably members of the Law Society of their country and therefore have the status of lawyer, the company which employs them being considered as the *client*.

English law easily recognises the applicability of legal privilege to communications between an English lawyer and his foreign client relating to issues of foreign law.

The analysis of the client-lawyer relationship varies from one jurisdiction to another and was recently overhauled in the UK, following the *Three Rivers* case, ruled upon by the House of Lords on in November 2004.

In this case, an independent inquiry set up to inquire into the Bank of England had collected together certain documents and had questioned witnesses about the circumstances surrounding the collapse of BCCI. The liquidator had subsequently sought the communications between the Bank and its solicitors and counsel from the inquiry. Contrary to the opinion of the Bank, an opinion which was ultimately supported by the House of Lords, the Court of Appeal in the first instance ruled that the documents in question would not be covered by legal privilege. This case caused a lot of concern within the legal profession across the Channel.

However the principle underlying legal privilege is similar in all common law jurisdictions: it is aimed at

preventing the compulsory production of confidential documents or communications the principal purpose of which was to give or obtain legal advice or prepare for litigation at the time of creation of such communications.

In fact, the application of legal privilege depends on the contents of the document being protected, not on the name of the author. It involves an approach *in rem* to confidentiality.

It must be understood however that the predominant purpose of the communication between the lawyer and client must be either to request legal advice or to provide legal advice. Mere business communications between an in-house lawyer and management do not qualify for protection under the privilege rule: in order to be protected, the communication must be made to the client with the purpose of providing legal advice. As such, the communication must present a situation in which either legal advice is sought or the lawyer advises a client on a purely legal matter, as opposed to business or personal matters. Where a communication involves both legal and other matters, the privilege will attach only where the “*primary or principal purpose*” of the communication involves legal advice. In the American and English systems, it is the content which is important, not the form or the label. Marking a document “*confidential*” or “*privileged*” does not automatically attract privilege.

The test to determine the main purpose of a given communication is an objective one. The subjective purposes of the author of the communication are irrelevant.

Privilege can be invoked to protect the confidentiality of communications in two contextual circumstances:

### 3.1 Litigation Privilege

This category protects communications between a lawyer and non-professional agent or third party which come into existence after litigation is contemplated or pending and which are made with a view to such litigation, either for the purpose of obtaining or giving advice in relation to it, or of obtaining or collecting evidence to be used in it. Since the case of

parties à l’abri de la divulgation de documents confidentiels ou de communications émises, soit dans le but de prodiguer ou d’obtenir des conseils juridiques, soit dans le cadre d’un contentieux en cours ou à venir.

En effet, l’application du *legal privilege* dépend du contenu du document à protéger, non pas de son auteur. Il s’agit d’une approche *in rem* de la confidentialité.

L’objet principal (*dominant purpose*) d’une communication entre un avocat et son client est avant tout de demander ou de fournir un conseil en matière juridique. Une communication non-juridique entre un juriste d’entreprise et ses supérieurs ne peut donc pas être protégée par la règle du *legal privilege* : la communication, pour qu’elle soit protégée, doit être faite au client dans le but de fournir un conseil en matière juridique. Elle doit correspondre à un cas de demande de conseil d’ordre purement juridique ou à la situation dans laquelle l’avocat conseille un client à propos d’une question juridique – par opposition aux questions d’affaires (*business matters*), d’ordre plus général, aux questions personnelles ou purement financières. Quand une communication implique à la fois une question juridique et d’autres questions, le *legal privilege* ne jouera que si l’intention première ou principale de la communication est de fournir un conseil juridique. Dans les systèmes anglais et américain, c’est le contenu qui importe, pas la forme ni le libellé. Incrire sur un document « *confidentiel* » ou « *privileged* » n’entraîne pas forcément l’attribution de ce « *privège* ».

Il est important de noter l’application d’un critère objectif pour déterminer l’objet principal de la communication. Les motivations subjectives de l’auteur ne sont pas prises en compte.

Le *legal privilege* peut être invoqué pour protéger la confidentialité des communications dans deux contextes :

### 3.1 Le privilege en matière de contentieux

Dans la perspective ou lors de la tenue d’un procès, cette catégorie protège les communications entre un conseiller juridique et un agent non professionnel ou un tiers, qui sont rédigées, soit pour obtenir ou procurer un conseil juridique lié à ce contentieux, envisagé ou actuel, soit pour obtenir ou rassembler des preuves devant être utilisées au cours du

procès. Depuis l'affaire *USA v. Philip Morris*<sup>24</sup>, il convient de donner une interprétation restrictive au terme *contentieux potentiel*. Une communication sera protégée par le *legal privilege* s'il existe une probabilité réelle de procédure contentieuse devant un tribunal ou une autorité de régulation quelconque. Quand elles sont motivées par ces mêmes raisons, les communications entre le client et l'agent non professionnel ou la tierce personne (par exemple des auditeurs ou des comptables). Les communications entre co-demandeurs et co-défendeurs sont protégées par ce type de *legal privilege*.

### 3.2 Le privilege en matière de conseil

Cette catégorie protège les communications entre un conseiller juridique et son « client » si les documents ont été créés dans l'objectif principal de donner ou de recevoir un conseil juridique. Le *legal privilege* n'est ainsi pas limité à la correspondance relative à un procès mais concerne aussi des dossiers non contentieux. A la différence des États-Unis, le *privilege* en matière de conseil juridique ne peut s'étendre en Angleterre aux communications adressées à des tiers même si leur but est d'aider le juriste à conseiller son client.

En Angleterre, en vertu d'une jurisprudence récente, dans l'affaire *Three Rivers*, le terme « client » a une définition restrictive : il ne désigne désormais que les individus ou groupes d'individus qui correspondent directement avec les conseils extérieurs à l'entreprise (par opposition aux conseils internes que sont les juristes d'entreprise). Cette nouvelle définition semble écarter les salariés qui contribuent à recueillir des informations, mais sans être directement en contact avec les avocats externes<sup>25</sup>.

Le *legal privilege* ne protégera pas des documents produits dans un but criminel ou illégal, comme par exemple la consultation d'un avocat pour la réalisation d'un acte frauduleux.

En conclusion, le *legal privilege* fonctionne comme un rempart à la procédure de *discovery* dont l'étendue nécessite qu'une protection efficace puisse être conférée aux documents tendant à la fourniture d'un conseil juridique ou à l'organisation d'une stratégie dans un procès, et ce quel que soit leur auteur.

*USA v Philip Morris* a restrictive interpretation must be given to *contemplated litigation*. A communication will be privileged if there is a real likelihood that a particular litigation or regulatory procedure will be started. The privilege also extends to communications between the client and the non-professional agent or third party (for example auditors or accountants) if they come into existence for the same purpose. Communications between co-claimants or co-defendants are also covered by this category of privilege.

### 3.2 Legal Advice Privilege

This category protects lawyer/client communications as long as the documents have been created for the dominant purpose of seeking or giving legal advice. The privilege is not confined to correspondence about litigation but also covers non-litigious matters. In contrast with the situation in the USA, legal privilege in the UK does not extend to communications addressed to third parties even if their purpose is to assist the lawyer in giving sound legal advice to his client.

In England, recent case law (*Three Rivers*) has held that the term "*client*" has a restrictive definition: it now covers only the individual or the groups of individuals who liaise directly with the external lawyers (as opposed to in-house lawyers). Such definition seems to exclude employees who assist in gathering information but who are not in direct contact with the external lawyers.

Legal advice privilege will not protect documents which come into existence as a step in a criminal or illegal proceeding, such as if a lawyer is consulted on how to carry out an unlawful act.

In conclusion, legal privilege is therefore a shield to the process of discovery, the wide scope of which requires that an efficient protection can be conferred upon documents providing advice on legal issues or on tactics for trial, irrespective of the identity of their author.

#### 4. Advantages and Drawbacks of Both Systems

##### 4.1 Professional Secrecy

###### *Advantages*

The rule of professional secrecy has the advantage of being simple, easy and relatively secure since all correspondence and emails exchanged between a lawyer and his client automatically benefit from the protection of professional secrecy. The letter-head of a law firm makes the document immediately recognizable as being confidential.

In the context of a “merging” of lawyers and in-house counsel, the practical consequences which result from the application of this rule should be considered, were this rule to remain unchanged. Would only the exchanges between in-house lawyers holding the status “*avocat*” and their employers benefit from this protection? What would happen to internal memos and advice written by lawyers not benefiting from the new status? In groups of companies, what would the threshold of implication of a subsidiary be in order for it to be considered as the “client”? Would all communications from the legal department be excluded entirely from seizure? If they cannot be released by the client of professional secrecy, could in-house lawyers continue freely to communicate with third parties? There can be no doubt that those who favour the reconciliation between lawyers and in-house lawyers should consider the possible revisions that would need to be made to the professional secrecy rule in its present form. There is no doubt that these scenarios must be considered.

###### *Drawbacks*

The drawback of the simplicity of the system is its rigidity. Professional secrecy applies, in effect, to all correspondence exchanged between a lawyer and his client, regardless of the contents, which is not always necessary.

The system lacks flexibility. The fact that it is impossible for a client to relieve a lawyer from his obligation of confidentiality prevents the lawyer, regardless of the client's wishes, to communicate, for example, information by a company's auditor relating to ongoing business.

This rigidity obliges lawyers to have recourse to fictions in order to enable their clients to provide their auditors with the information that they request (in practice, lawyers reply to questions from auditors in a letter which they address to their client and which the client then forwards to its true recipient – the letter will therefore lose the initial confidentiality when it is voluntarily forwarded).

#### 4. Avantages et inconvénients des deux systèmes

##### 4.1 Le secret professionnel

###### *Le Pour*

La règle du secret professionnel a le mérite d'être simple, facile et relativement sûre puisque toutes les correspondances et e-mails échangés entre un avocat et son client bénéficient automatiquement de la protection attachée au secret professionnel. Le plus souvent, un papier à en-tête d'avocat suffira pour identifier immédiatement un document confidentiel.

On peut s'interroger sur les conséquences pratiques qu'entraîneraient, pour l'application de cette règle, le rapprochement envisagé entre avocats et juristes d'entreprise si la règle du secret professionnel demeurerait inchangée. Faudrait-il en effet considérer que seuls les échanges entre les juristes d'entreprises bénéficiant du titre d'avocats et leurs employeurs bénéficieraient de cette protection ? Qu'en serait-il des notes internes établies par tous les autres juristes ne bénéficiant pas du nouveau statut ? Des stagiaires ? Nul doute qu'il conviendra, le cas échéant, que tous ces cas de figures soient envisagés.

###### *Le Contre*

La contrepartie de la simplicité du système est sa rigidité. Le secret professionnel s'applique en effet à toutes les correspondances échangées entre un avocat et son client, quel qu'en soit le contenu, ce qui est sans doute excessif.

Le système manque cruellement de souplesse. Ainsi, par exemple, l'impossibilité absolue pour un client de relever un avocat de son obligation au titre du secret professionnel empêche-t-elle celui-ci, malgré la demande expresse de son client, de communiquer aux commissaires aux comptes de la société des informations sur les affaires en cours.

Cette rigidité contraint les avocats de recourir à un artifice pour permettre à leurs clients de fournir à leurs auditeurs l'information qu'ils réclament (en pratique, les avocats répondent aux questions des commissaires aux comptes dans une lettre qu'ils adressent à leur client et que celui-ci transmet aussitôt à son véritable destinataire – faisant d'ailleurs perdre, à l'occasion de cette transmission volontaire, la confidentialité initialement attachée à la lettre).

L'impossibilité pour les avocats de fournir à des tiers des informations sur un dossier à la demande expresse de leur client, complique également leur tâche lorsqu'il leur est demandé d'établir des *letters of opinion* ou des *reliance letters*, que les banques réclament souvent dans le cadre des acquisitions qu'elles financent. Ces pratiques d'origine anglo-saxonne, qui, à notre connaissance, ne posent aucune difficulté de nature déontologique dans aucun autre pays, se heurtent, en France, à la rigidité de la règle du secret professionnel.

## 4.2 Le legal privilege

### *Le Pour*

Le *legal privilege* est une règle pragmatique, plus souple que ne l'est le secret professionnel car elle s'attache à la substance du document plus qu'à son auteur. A cet égard, elle profite non seulement aux avocats des pays de *common law*, mais également aux juristes d'entreprise. De ce point de vue, les juristes d'entreprise anglo-saxons bénéficient d'un avantage considérable par rapport à leurs homologues français puisqu'ils peuvent conseiller leur employeur, et ce par écrit et en toute sérénité, là où les juristes d'entreprise français sont contraints à la prudence et parfois au silence. Au risque, le cas échéant, de se voir reprocher de ne pas avoir alerté leur hiérarchie.

Le *legal privilege* est à cet égard un système vertueux qui concourt à la promotion du droit dans la vie économique et renforce la position des juristes d'entreprise vis-à-vis du *management*.

Enfin, dans le système anglo-saxon, le *legal privilege* donne lieu, dans les procédures contentieuses, à un contrôle a priori – véritable pré-contentieux sur la communicabilité des pièces – par un juge différent de celui qui aura à connaître du fond du litige.

### *Le Contre*

On a vu, en matière de droit européen de la concurrence, que le *legal privilege* était inefficace pour les juristes d'entreprise anglo-saxons. Toutefois, à l'heure actuelle, la CJCE est saisie d'une affaire qui va peut-être l'amener à revoir sa position.

Les contours du *legal privilege* sont par ailleurs parfois incertains. L'arrêt *Three Rivers*, cité ci-dessus, en est la meilleure illustration.

Other examples could be given such as "letters of opinion" or "reliance letters" which banks often request in the context of operations they are financing. These Anglo-Saxon practices, which, as far as we are aware, do not raise any ethical issues in any other country conflict, in France, with the rigidity of the rule of professional secrecy.

## 4.2 Legal Privilege

### *Advantages*

Legal privilege is a pragmatic rule, more flexible than the professional secret since it relates to the substance of the document rather than the author. In this respect, it benefits not only lawyers in Common Law countries, but also in-house lawyers. From this point of view, Anglo-Saxon in-house lawyers enjoy a considerable advantage in comparison with their French equivalents since they can advise their employer, in writing and in all serenity, whereas French in-house lawyers are forced to be prudent and sometimes remain silent: with the risk of being criticised for not having informed their superiors.

Legal privilege is, in this respect, a virtuous system which advances the promotion of the law in economic life and strengthens the position of in-house lawyers in relation to the management (the term "*au delà General Counsel*" which refers to legal directors in Anglo-Saxon countries, and the strategic position they have occupied for several decades in the hierarchy are the best illustrations of this).

It should be noted that in Anglo-Saxon civil procedures, whether or not a document is protected by legal privilege is a question always determined before the substantive hearing on the merits, and that the determination is made by a separate judge.

### *Drawbacks*

We have seen, in relation to European competition law, that legal privilege was ineffective for in-house lawyers in the UK (although the ECJ has recently been presented with a case the result of which is much awaited by European in-house lawyers).

The limits of legal privilege are sometimes unclear. The *Three Rivers* case referred to above is the best example of this.

Finally, legal privilege is a relatively contentious issue, indeed it is encouraged by the discovery procedure, but equally by disputes on the proper assessment of the substance of the documents over which the protection is claimed.

#### 5. Is Legal Privilege Transposable to the French Legal System?

Legal privilege unquestionably constitutes a considerable advantage for Anglo-Saxon in-house lawyers which their French equivalents would like to see transposed in France. Beyond the status as “*avocat*”, is it the efficiency of a work tool similar to legal privilege that many in-house lawyers are in fact looking for in the bringing together of in-house lawyers with lawyers, which is currently being considered (for another school of thought, however, it is not so much a question of transposing the rule of legal privilege to the French legal system, but rather of giving in-house lawyers who work as *avocats* within a company the possibility to claim the benefit of professional secrecy).

Whatever option is retained, the first thing we need to consider is whether it is possible for two such different systems to coexist side by side: the professional secret for lawyers and legal privilege for the in-house lawyers.

We find it difficult to imagine such a co-existence, which is not only contrary to the very spirit of the envisaged bringing together of the professions, but which would also unnecessarily complicate the situation to the detriment of the beneficiary.

Yet this is the option which has been chosen by Belgium (Law passed 1 March 2000). We note, however, that in this country there has not been in true terms a bringing together between lawyers and in-house lawyers. The Law of 1 March 2000 only concerns a small number of in-house lawyers who are members of the *Institut des Juristes d'Entreprise* (of which there are currently approximately 1 100 members); and as far as we are aware, there has not yet been any case law enabling us to appreciate the exact scope and effectiveness of the reform.

The real question is whether such a system as “legal privilege” can simply replace a system of professional secrecy such as that which exists in France.

Enfin, le *legal privilege* est source d'un contentieux relativement abondant, certes pourtant favorisé par la procédure de *discovery*, mais également par toutes les contestations sur l'appréciation de la substance du document dont la protection est alléguée.

#### 5. Le *legal privilege* peut-il être importé en France ?

Le *legal privilege* constitue incontestablement pour les juristes d'entreprise anglo-saxons un avantage considérable que leurs homologues français souhaiteraient voir importer en France. Au-delà du titre d'*avocat*, c'est en effet l'efficacité d'un outil de travail comparable au *legal privilege* qu'un grand nombre de juristes d'entreprise recherchent dans le rapprochement actuellement à l'étude avec les *avocats* (pour un second courant de pensée cependant, il ne s'agit pas tant de transposer la règle du *legal privilege* en France que de voir étendre aux juristes d'entreprise, devenus *avocats* au sein de celles-ci, le bénéfice de l'opposabilité du secret professionnel des *avocats*).

Quelle que soit l'option qui sera, le cas échéant, retenue, une première question se pose de savoir s'il est possible de faire co-exister deux systèmes aussi différents côte à côte : le secret professionnel, pour les *avocats*, et le «*privilege juridique*» pour les juristes d'entreprise.

Il nous paraît difficile de souscrire à l'idée d'une telle cohabitation qui est non seulement contraire à l'esprit même du rapprochement envisagé, mais qui aurait pour effet de compliquer inutilement la situation au détriment du bénéficiaire qui finirait par ne plus s'y retrouver.

C'est pourtant cette option qui a été choisie en Belgique avec la Loi du 1<sup>er</sup> mars 2000<sup>26</sup>. On relèvera cependant qu'il n'y a pas eu à proprement parler de rapprochement entre *avocats* et juristes d'entreprise, que la Loi du 1<sup>er</sup> mars 2000 ne concerne qu'un petit nombre de juristes d'entreprise membres de l'*Institut des Juristes d'Entreprise* (environ 1 100 membres) et qu'il n'y a pas encore, à notre connaissance, de jurisprudence permettant d'apprécier le contour précis et l'efficacité du système.

La véritable question est donc celle de savoir si un système tel que le *legal privilege* pourrait se substituer purement et simplement au secret professionnel tel qu'il existe en France.



Au-delà des obstacles psychologiques et corporatistes qui ne seraient sans doute pas les moins difficiles à surmonter, une modification législative serait bien évidemment nécessaire pour fixer des critères permettant de définir :

- le champ d’application de la protection (nature et objet des documents et communications échangés) ;
- la notion de client qui serait bénéficiaire de la protection ;
- les différentes personnes concernées (émetteur, destinataire,...) ;
- les cas dans lesquels la protection perdurerait à la suite d’une communication avec des tiers ;
- les cas dans lesquels la protection disparaîtrait.

Du point de vue des entreprises, le champ de la protection serait au bout du compte considérablement accru, même si, au regard des critères définis, un certain nombre de communications avec les cabinets d’avocats extérieurs ne bénéficieraient plus d’aucune protection particulière au regard de leur contenu.

Ce que les juristes d’entreprise gagneraient en confort d’un côté serait autant de confort perdu pour les avocats qui, dans un tel système, devraient s’interroger à chaque fois sur le caractère « privilégié » ou non des documents dont la protection est désirée.

Au-delà des habitudes qui seraient bouleversées, il est très probable qu’un tel système donnerait lieu, tout au moins les premiers temps, à un nombre important de contestations qui, dans les litiges commerciaux, seraient tranchées par le même juge que celui qui aurait à connaître du fond.

L’on peut en outre anticiper un développement du contentieux de la « communicabilité » des pièces dans lequel s’engouffreraient les plaideurs en situation de carence probatoire.

Dans les pays anglo-saxons, la procédure de *discovery* rend indispensable un contrôle a priori, par un juge indépendant, des pièces pouvant être utilisées dans une procédure.

Si le *legal privilege* devait être importé en France, il serait également nécessaire, afin de garantir les droits individuels et de la défense, de généraliser un contrôle a priori offrant toutes les garanties nécessaires dans les procédures contentieuses et administratives.

Beyond the psychological and corporate obstacles which would not be the least difficult to surmount, a legislative amendment would obviously be necessary to establish the criteria permitting a definition of:

- the field of application of the protection (nature and purpose of the documents and correspondence exchanged);
- notion of the client who would be the beneficiary of the protection;
- the different persons concerned (the sender, the addressee...);
- the situations in which the protection would be lost following communication to a third party;
- other situations in which the protection would disappear.

From the viewpoint of companies, the field of the protection would at the end of the day be considerably increased, even if, in accordance with the criteria to be defined, a certain number of communications with external law firms would no longer benefit from any special protection because of their contents.

What in-house lawyers would gain in comfort on the one hand would be as much comfort lost on the other hand by lawyers who, in such a system, would have to question themselves every time as to the “privileged” nature of the documents for which protection was desired.

Beyond disrupted established practices, it is very probable that such a system would give rise, at least at first, to a number of challenges which, in commercial litigious disputes, would be decided upon by the very judge who would subsequently hear the merits of the case.

One could also anticipate the development of a practice of seeking disclosure of documents: litigants lacking evidence may seek to make the most of this by making wide requests for disclosure.

In Anglo-Saxon countries, the discovery process is such that it is indispensable that there be a system of control, by an independent judge, of documents which are produced during the proceedings.

If legal privilege must be transposed in France, it would also be necessary, in order to guarantee individual rights and rights to a fair defence, to widen the control to ensure all necessary safeguards in administrative or litigation proceedings.

The implementation of such a control would necessarily prolong the length of proceedings and increase the costs.

## 6. Privilege in Other Countries: a Few Examples

A European tour of the rules on legal privilege illustrates the cultural diversity of the various legal systems, as reflected by the different rules of evidence, pre-trial discovery and the rules on legal privilege.

There is a clear dichotomy between the rules governing legal professional privilege in common law countries and in civil law countries: in the latter, there is generally no process of pre-trial discovery and as a result, the rules governing the confidentiality obligations of lawyers focus on the nature of the client-lawyer relationship, rather than on rules of evidence and exceptions to discovery.

European law may in the long run harmonize this area of the law; however European case law currently constitutes an additional layer to take on board when dealing with privilege issues and must be reconciled with contrary domestic laws.

The status of in-house lawyers with regard to legal privilege from the European law perspective and under the domestic laws of the various Member States is a perfect example of this European puzzle.

The aim of this article is to give an overview of the rules governing discovery, legal privilege and the status of in-house lawyers in Germany, Belgium, Spain and under European law.

### 6.1 Germany

In Germany, there is no established procedure for pre-trial discovery comparable to those existing in common law countries. Under German law, rules of evidence in civil proceedings are based on the principle of “*presentation by the parties*”, pursuant to which the parties are responsible for putting their case to the court. The German Procedural Code however contains restrictive provisions which enable a party to seek an order from the tribunal for compulsory

Or, la mise en place d’un tel contrôle aurait nécessairement pour effet de rallonger la durée des procédures et d’en augmenter le coût.

## 6. Quelques exemples étrangers

Un tour de l’Europe des règles en matière de *legal privilege* illustre la diversité des cultures et des systèmes juridiques, reflétée par les différentes règles de preuve, de divulgation forcée de documents, avant ou pendant un procès en matière civile, et les différentes règles gouvernant le secret professionnel.

Une nette dichotomie entre les pays de tradition civiliste et ceux de *common law* se dégage d’une première analyse. L’absence de *discovery* dans les pays de droit civil explique une théorie du secret professionnel axée sur la relation entre l’avocat et son client, plutôt que sur le procès et les dérogations aux règles de preuve.

Au sein des pays de tradition civiliste, il existe cependant des différences qui tiennent aux particularités de chaque culture juridique.

Le droit européen apportera peut-être une uniformisation des règles à terme. A l’heure actuelle cependant, les règles tirées de la jurisprudence européenne s’ajoutent dans l’équation et doivent se concilier avec celles des différents pays de l’Union européenne, déjà contradictoires. La situation des juristes d’entreprise au regard du *legal privilege* en droit européen et dans les différents États-membres est une parfaite illustration de ce casse-tête... européen.

Cet article entreprend de présenter de façon concise les règles qui gouvernent la divulgation de documents, le *legal privilege* et le statut des juristes d’entreprise en Allemagne, en Belgique, en Espagne et en droit européen.

### 6.1 Allemagne

Le droit allemand ne connaît pas de système analogue à la *pre-trial discovery* des pays de *common law*. En Allemagne, les règles de preuve en matière civile sont fondées sur le principe de «*présentation des parties*» en vertu duquel il incombe aux parties de présenter au tribunal les preuves appuyant leur argumentation. Le Code de procédure allemand contient quelques dispositions très restrictives permettant à une partie d’obtenir du tribunal une décision

ordonnant la communication de pièces à la partie adverse ou à un tiers. De telles injonctions ne sont faites que lorsque les éléments de preuve qu'elles visent à rendre accessibles sont déjà connus des parties et n'ont pas pour objet de découvrir de nouvelles preuves. Les demandes de communication doivent ainsi viser des documents spécifiques et remplir un certain nombre de conditions.

Certaines catégories de personnes visées par des injonctions de communication peuvent refuser de fournir les pièces requises ou, le cas échéant, de témoigner. Les avocats figurent parmi les personnes susceptibles de se soustraire à toute communication, au nom du secret professionnel qui les lie à leurs clients. Les règles de déontologie allemandes imposent à tout avocat inscrit au barreau d'un des *Länder* (*Rechtsanwalt*) de respecter une obligation absolue de secret professionnel. Celle-ci s'applique à tous les documents, informations ou faits dont l'avocat a connaissance dans le cadre de sa relation professionnelle avec le client, qu'il s'agisse ou non de questions de droit. Seules les informations relevant du domaine public ou qui n'ont pas de rapport avec l'affaire peuvent être considérées comme non confidentielles. Les juristes d'entreprise inscrits à un barreau et exerçant une activité de conseil juridique (*Syndikusanwälte*) semblent jouir d'une prérogative de refus similaire. Celle-ci serait le pendant du secret professionnel imposé aux *Syndikusanwälte* réglementés par un ordre professionnel (en tant qu'avocats membres d'un barreau). La jurisprudence sur ce point manque cependant de constance. Une récente décision de la Cour suprême fédérale allemande<sup>27</sup> a, de plus, rejeté l'argument selon lequel un *Syndikusanwalt* pourrait être considéré comme agissant avec une capacité analogue à celle d'un avocat externe lorsqu'il donne des conseils juridiques à son employeur. Le statut des juristes d'entreprise allemands au regard du *legal privilege* demeure donc incertain.

Le client, lui, est le maître du jeu dans la mesure où il peut libérer l'avocat de son obligation de garder le secret professionnel. Il peut ainsi décider de la divulgation de documents et de communications en possession de son avocat et établies dans le but de prodiguer ou d'obtenir des conseils juridiques. Pourtant, si le client est appelé à témoigner, il peut ainsi lui être demandé de divulguer la teneur des conseils juridiques qu'il a reçus. Ceci se produit cependant rarement en pratique puisqu'en droit allemand une partie ne peut être appelée à témoigner dans une affaire la concernant. Ce n'est qu'en l'absence de toute autre preuve qu'un client

production of documents by another party to the proceedings or by a third party. Such orders are only granted if the party requesting discovery is seeking to bring to light some identified and existing evidence and not to uncover new evidence. Such requests are therefore subject to stringent conditions and can only relate to identified documents.

German lawyers fall within the categories of people entitled to resist discovery orders or injunctions to testify, as the case may be. Such prerogative is the corollary to the confidentiality obligation they owe their clients. Under German professional conduct rules, any lawyer (*Rechtsanwalt*) who is a member of the Bar of any of the *Länder* is bound by a strict confidentiality obligation. The scope of such obligation extends to any documents, information or facts (relating to both legal and non-legal issues) of which the lawyer becomes aware through his professional relationship with the client. Only information in the public domain or which has no bearing whatsoever on the case may be considered as non-confidential. It seems that those in-house lawyers who are members of a regional Bar (*Syndikusanwälte*) may also refuse to produce documents in proceedings, based on their regulatory obligation of secrecy as members of the Bar. However, case law on this point is not settled and a recent judgment of the German Supreme Federal Court held that *Syndikusanwälte* giving legal advice to their employer are not acting in a capacity comparable to that of an external lawyer. The position of in-house lawyers with regard to legal privilege is therefore uncertain.

As regards the client, as the "owner" of legal privilege, he is free to release the lawyer from his duty to keep information confidential. He can thus decide to authorise production by his lawyer of privileged documents and of communications created with a view to obtaining or giving legal advice and which are in the lawyer's possession. However, if the client is called to testify, the client may be asked to reveal the tenor of legal advice which he has received. This is rarely the case however, since under German law, a party may not be called to testify in proceedings in which it is involved. Such an order will only be gran-

ted where no other evidence is available and provided that it does not constitute an illegal bypassing of evidentiary rules.

It is finally worth noting that there may be a conflict between German rules on legal privilege and the rules of other jurisdictions. This may occur because German lawyers are under a legal duty to forward to their clients any document or information they receive in relation to their clients' files. Such obligation extends to documents marked *confidential* or *privileged* and German law in this case take precedence on the Code of Ethics for EU Lawyers of the Council of Bars and Law Societies of Europe. Therefore a German lawyer who receives a document covered by a foreign legal privilege must return it to the sender and inform him that he is not able to comply with the confidential nature of the document.

### 6.2 Belgium

Belgian procedural law does not cater for discovery as it is practised in common law countries. The parties to proceedings usually have an unfettered discretion to decide which documents they will produce before the court. Courts do not have a power to constrain a party or a third party to produce a given document or information, except where there are serious, specific and converging grounds for presuming that a party is in possession of evidence establishing a relevant fact. In that case, Articles 871 and 877 of the Code of Judicial Administration give courts the power to order a party or a third party to produce documents in their possession. An order for payment of damages may be granted against a party which resists such an order without a valid justification.

Belgian lawyers are bound by a secrecy obligation, the implementation of which is facilitated by a form of legal privilege. Communications between a lawyer and his client or other parties to the proceedings are thus generally confidential (however, communications with foreign lawyers are not confidential). Privileged information is protected from discovery (subject to a few exceptions set out below).

The exceptions to the confidentiality of communications between Belgian lawyers are the following:

- document marked "*officiel*" is not covered by legal privilege; and

peut être entendu en tant que partie, à condition qu'une telle audition ne constitue pas un contournement illégal des règles de preuve.

Enfin, il convient de préciser que les règles de déontologie allemandes peuvent entrer en conflit avec celles d'autres pays. En effet, un avocat allemand est tenu de transmettre à ses clients tout document ou information qu'il reçoit concernant un dossier donné. Cette obligation s'applique également aux documents portant la mention *confidential* ou *privileged* et le droit allemand prend dans ce cas le pas sur le Code de déontologie des avocats de l'Union européenne. Aussi un avocat allemand qui reçoit un document bénéficiant d'un *legal privilege* à l'étranger doit le renvoyer à son expéditeur en l'informant qu'il n'est pas en mesure d'assurer la confidentialité qui s'attache à ce document.

### 6.2 Belgique

Le droit processuel belge ne prévoit pas de système de communication de pièces comparables à celui de la *discovery* des pays de *common law*. En principe, les parties à un contentieux sont totalement libres de décider quels documents elles produiront aux débats. Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de contraindre une partie à un contentieux ou un tiers à divulguer un document ou une information, à moins que des présomptions graves, précises et concordantes permettent de penser qu'une partie détient la preuve d'un fait important. Dans ce cas les tribunaux ont le pouvoir, en vertu des articles 871 et 877 du Code judiciaire, d'enjoindre à une partie ou un tiers de divulguer les documents qu'il détient. Une partie qui résiste à cette injonction sans excuse valable peut être condamnée à payer des dommages-intérêts.

Les avocats belges sont tenus à une obligation de confidentialité qui est assortie d'une forme de *legal privilege*. En effet, la correspondance entre un avocat belge et son client ou les autres parties à un contentieux est en principe confidentielle (la correspondance avec un avocat étranger n'est cependant pas confidentielle). Les informations qui bénéficient du *legal privilege* ne peuvent faire l'objet d'une demande de divulgation (excepté dans certains cas exposés ci dessous).

Les exceptions à la confidentialité de la correspondance entre avocats belges sont les suivantes :

- la mention « *officiel* » figure sur le document ;

- le document concerne exclusivement le procès, remplace une notification par huissier ou contient des propositions confidentielles que l'autre partie a acceptées sans réserves.

Les avocats belges sont tenus au secret professionnel en vertu de l'article 458 du Code pénal belge. Il est interdit aux avocats belges de révéler les informations quelles qu'elles soient, obtenues dans l'exercice de leur activité professionnelle, et ce même avec l'accord de leur client. Cette règle connaît une exception en cas de connaissance de l'imminence d'un crime grave (un meurtre par exemple).

En vertu de l'article 458 du Code pénal belge, une personne tenue au secret professionnel peut parler devant des tribunaux lorsqu'elle est appelée à témoigner : elle doit alors décider, en son âme et conscience, de garder le secret ou non. Cependant le Code de déontologie des avocats belges interdit aux avocats de déroger au secret professionnel s'ils sont appelés à témoigner devant des tribunaux.

Les juristes d'entreprise belges ont un statut très différent des avocats. Les juristes d'entreprise ne sont pas tenus au secret professionnel. Depuis une réforme entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2000, leurs avis juridiques peuvent en revanche bénéficier du *legal privilege* à condition :

- de concerner des points de droit ;
- d'émaner d'un juriste d'entreprise membre de l'Institut belge des Juristes d'entreprise ; et
- d'être établis au profit de leur employeur.

La nature exacte d'un tel privilège demeure floue. La portée même de la confidentialité dont jouissent les avis de juristes d'entreprise répondant aux conditions précitées fait l'objet de discussions : selon la majorité de la doctrine, cette confidentialité est assimilable au secret professionnel qui s'attache aux avis donnés par un avocat à son client. Ceci signifie que ces avis sont insaisissables et ne peuvent pas être produits en justice, ni devant les juridictions civiles, ni devant les juridictions pénales. Pour d'autres, ces avis ont une confidentialité limitée qui empêcherait, en règle générale, leur production forcée dans le cadre de litiges civils ou commerciaux, mais ne ferait par contre pas obstacle à leur saisie et à leur production dans le cadre de procédures pénales. La jurisprudence n'a pas encore tranché la question.

- if a document relates exclusively to the proceedings, replaces a bailiff's notification or contains confidential proposals from the other side which were unconditionally accepted, it will not be privileged.

Belgian lawyers are bound by a secrecy obligation pursuant to Article 458 of the Belgian Criminal Code. Belgian lawyers are strictly prohibited from disclosing any information obtained in the course of their professional activities and clients cannot release them from such obligation. Such rule is of no application only if a lawyer becomes aware of the imminence of a serious crime (for example a murder).

Pursuant to Article 458 of the Belgian Criminal Code, persons bound by an obligation of secrecy are not precluded from appearing before a court if called to testify: they must then take the personal decision as to whether or not to keep the secret. However, the Belgian Code of Professional Conduct strictly forbids Belgian lawyers from breaching their obligation of professional secrecy in the event they are called to testify before a court.

In-house lawyers in Belgium have a very different status from lawyers who are members of the Bar. In-house lawyers are not bound by a duty of confidentiality to their clients. Since a reform in force since 1 March 2000, their legal opinions may however be privileged, provided that:

- they deal with legal issues;
- they are created by an in-house lawyer who is a member of the Belgian Institute of In-house Lawyers;
- they are made for the benefit of their employer.

The exact nature of such a privilege is not settled. The extent of the confidentiality of legal opinions meeting the above criteria has been the subject of debate in Belgium: according to some authors, such confidentiality is akin to the professional privilege covering legal opinions given by an external lawyer to his client. The impact of such a proposition, if it is accepted, is that these opinions may not be seized and used as evidence in proceedings. However, it is the view of other authors that the privilege attaching to such opinions only applies to civil and commercial proceedings but does not prevent their seizure and disclosure in criminal proceedings. To date, there is no case law on this issue.

### 6.3 Spain

In Spain there is no procedure of discovery similar to the common law systems of disclosure. In contentious proceedings, a party may however request an order from the tribunal for the production by the other side of documents in its possession. Such a request must relate to specific documents. It is also possible to request disclosure by third parties of documents which are not in the requesting party's possession and which could be relevant to the proceedings. Further, pursuant to Article 293 of the Spanish Code of Civil Procedure, any party to the proceedings may present a request to the tribunal, seeking pre-trial disclosure of evidence (including documentary evidence) which may no longer be available at the time of trial.

Spanish rules of professional conduct (*Law applicable to Spanish Lawyers*) do not differentiate between the different professions and areas within the law. Under Spanish law, external and in-house lawyers are bound by the same obligations of professional secrecy. Lawyers (or *abogados*, for whom membership of the bar is compulsory) are bound to keep confidential all information and files which they deal with as part of their professional activities (*Section 542 of the Law of Judicial Administration*). Such obligation is reinforced by another rule which forbids lawyers to reveal any facts or documents of which they become aware or which come into their possession in the course of carrying out their professional activities (*Spanish Professional Conduct Rules of June 2000 and Law applicable to Spanish Lawyers of June 2001*). This obligation of secrecy extends to any document of which a lawyer becomes aware through his professional activities, including private information and proposals made to the lawyer by his client, the other side, third parties or colleagues. Information communicated orally (for example during telephone conversations) may be recorded, provided all parties give their prior agreement. The corollary to such a legal obligation is the right of the lawyer to resist disclosure of such documents/information.

A grey area stems from the wording of the *Law of Judicial Administration*. The latter refers to *declarations* regarding facts and events of which a lawyer becomes aware. It may therefore be the case that a

### 6.3 Espagne

Le droit espagnol ne connaît pas non plus de procédure de communication similaire à celles ayant cours dans les pays de *common law*. Dans le cadre d'une procédure contentieuse, une partie peut cependant demander au tribunal d'ordonner la communication de documents en possession de la partie adverse. Une telle demande doit porter sur des documents spécifiques. Il est également possible de faire une requête ayant pour objet la communication par des tiers de documents que le requérant ne détient pas et qui pourraient être importants dans le cadre du contentieux. D'autre part, en vertu de l'article 293 du Code de procédure civile espagnol, toute partie au contentieux peut saisir le tribunal d'une demande de présentation anticipée de preuves (y compris de preuves documentées) qui pourraient ne plus être disponibles au moment du procès.

La réglementation espagnole en matière de déontologie des juristes (la Loi applicable aux avocats espagnols) n'établit pas de distinction entre les différents métiers et domaines du droit. Le droit espagnol impose les mêmes obligations de secret professionnel aux juristes, qu'ils soient juristes d'entreprise ou avocats externes. Les juristes (*abogados*, pour lesquels l'adhésion au barreau est obligatoire) sont tenus de garder le secret sur toutes les informations et tous les dossiers qu'ils sont amenés à traiter dans le cadre de leur profession (article 542, Loi sur le pouvoir judiciaire). Ceci est renforcé par l'obligation imposée aux juristes de ne pas divulguer les faits et documents portés à leur connaissance ou dont ils sont entrés en possession dans le cadre de leurs activités professionnelles (*Code de déontologie espagnol (juin 2000) et Loi applicable aux avocats espagnols du 20 juin 2001*). Le secret professionnel s'étend à tout document ou information dont le juriste prend connaissance dans l'exercice de sa profession ainsi qu'aux informations d'ordre privé et aux propositions faites au juriste par son client, la partie adverse, des tiers, ou ses collègues. Les informations communiquées oralement (par exemple lors de conversations téléphoniques) peuvent être enregistrées et conservées avec l'accord de toutes les parties. Le corollaire de cette obligation légale est le droit de ne pas divulguer ces documents/informations.

Une zone d'ombre résulte de la formulation de la Loi organique sur l'Organisation Judiciaire. Dans cette dernière, il est fait référence aux *déclarations* sur des faits et événements portés à la connaissance du juriste. La question se

pose donc de savoir dans quelle mesure un tribunal espagnol pourrait contraindre un juriste, sur la base d'une interprétation *a contrario* de cette Loi, de produire des *documents*. La possibilité reste faible étant donné les obligations du juriste en vertu du Code de déontologie espagnol mais le risque existe.

Les clients ne peuvent libérer leur avocat de son obligation de confidentialité, bien qu'elle ne les lie pas eux-mêmes. En revanche, les documents en possession du client bénéficient du *legal privilege* et les enquêteurs des autorités régulatrices ne peuvent exiger leur divulgation.

En droit espagnol, il n'existe pas de contingence territoriale quant à la provenance du document, la nationalité de l'auteur, etc. Le critère pour évaluer la confidentialité d'un document est de déterminer s'il est entre les mains d'un juriste qui l'a obtenu dans l'exercice de ses activités juridiques.

### 6.4 Droit européen

La Convention européenne des droits de l'homme de 1950 a un impact sur l'application en Europe des « privilèges juridiques ». Son article 6 édicte le droit à un procès équitable et son article 8 le droit au respect de la vie privée. On considère que ces deux articles couvrent les communications confidentielles entre les avocats et leurs clients. Le principe de proportionnalité a également une importance fondamentale et la doctrine estime que la protection accordée par le *legal privilege* n'est donc pas une règle absolue.

D'autre part, le Conseil des Barreaux de l'Union européenne (CCBE) – organisation représentative et officiellement reconnue de la profession d'avocat dans l'Union européenne et l'Espace économique européen (EEE) – a adopté en 1988 un Code de déontologie des Avocats de l'Union européenne, en vertu duquel les avocats de l'Union européenne et de l'EEE sont tenus « *de respecter le secret de toute information confidentielle dont il[s] ont] connaissance dans le cadre de [leur] activité professionnelle* ». Le Code dispose en outre que cette obligation « *sert les intérêts de l'administration judiciaire comme ceux du client et doit par conséquent bénéficier d'une protection de l'État* ». Le Code n'a pas force de loi au même titre qu'une norme édictée par le Conseil des ministres de l'Union européenne. Cependant il a vocation à avoir une certaine force contraignante, dans la mesure où son adoption est une condition préalable à l'admission d'un barreau d'un pays européen au CCBE.

Spanish court may force a Spanish lawyer to disclose *documents* on the basis of an *a contrario* interpretation of this law. The possibility for such a scenario materialising is however faint, considering Spanish lawyers' obligations of secrecy pursuant to the Spanish rules of professional conduct. However, the risk exists and may not be discarded altogether.

Although clients themselves are not bound by a confidentiality obligation, they may not release their lawyer of the obligation of secrecy owed to them. It is worth noting that documents in the clients' possession are privileged and that regulatory investigators may not demand their production.

Under Spanish law, privilege is not conditional upon the geographical localisation of a document or on the identity of its author. The test is whether the document is currently held by a lawyer who has come into possession of it in the course of carrying out his legal activities.

### 6.4. European Law

The European Convention on Human Rights of 1950 has a bearing on the granting of legal privileges throughout Europe. Its Article 6 sets out the right to a fair trial and its Article 8 the right to respect for private and family life. It is admitted that communications between lawyers and their client fall within the scope of these Articles. The principle of proportionality also has a considerable influence and some writers take the view that legal privilege is not thus an absolute principle.

The Council of Bars and Law Societies of Europe – a body officially recognised as representative of the lawyers' profession in the European Union (the "EU") and the European Economic Area (the "EEA") has adopted the Code of Ethics for EU Lawyers (the "Code") in 1988, pursuant to which lawyers in the EU and the EEA "*shall respect the confidentiality of all information that becomes known to [them] in the course of [their] professional activity*". The Code further states that such obligation "*serves the interest of the administration of justice as well as the interest of the client. It is therefore entitled to a protection by the State*". The Code does not have the legally binding status of European regulations of the Council of the European Union. However, it has a strong persuasive influence since its adoption is a prerequisite for the Law Society or Bar of any country which wants to join the Council of Bars and Law Societies of Europe.

With regard to case law, the ECJ has held that in the context of dawn raids carried out by the Commission's officers pursuant to the latter's investigative powers related to violation of competition rules, the communications of in-house lawyers (whatever their status in their State of origin) and of external lawyers who are not members of a Bar within the EEA will not be privileged. Only communications with external lawyers of the EEA will be privileged.

The above rule was set out in the case of *AM&S Europe Ltd. v EC Commission* of 1982 and has not been overturned since. A case pending before the ECJ and which raises the same issues with regard to privilege however fosters the hope of in-house lawyers, clients and authors that the law will change.

### 7. Practical Tips

Rules on confidentiality differ from one jurisdiction to another. However odd this may seem, there is no uniform treatment of the issues raised by confidentiality within companies, especially within multinational firms or companies with business activities abroad. No legal system can thus offer an unconditional guarantee that a document which a company considers being covered by a particular protection will not one day be in possession of the regulatory authorities or a judge of another country. Further, with regard to multinational firms, circulation of documents internally (i.e. within the various offices around the world) multiplies such risks.

That said, the application of the following general principles may enable companies to protect the confidentiality of internal documents.

These recommendations are, like today's world, "global" and of a general nature. They are aimed at protecting legal documentation, regardless of the legal system from which they originate – be it a common law system or a system of Roman-Germanic

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a pour sa part jugé que lorsque la Commission européenne exerce son pouvoir d'obtention de documents dans le cadre d'une enquête relative à une violation de la réglementation en matière de concurrence, seules les communications intervenues entre des avocats indépendants (diplômés dans l'Espace économique européen) et leurs clients devaient se voir reconnaître le *legal privilege*. Les juristes d'entreprise ne peuvent pas prétendre bénéficier de cette protection pour leur activité de conseil dans des dossiers en matière de concurrence, quel que soit leur statut au titre de leur législation nationale. Il en va de même pour les avocats qui ne sont pas diplômés au sein d'un pays membre de l'EEE et qui exercent leurs activités en Europe.

La règle ci-dessus a été entérinée par l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *AM&S Europe Limited v. EC Commission*<sup>28</sup> de 1982 et fait actuellement jurisprudence. Cependant une affaire soulevant à nouveau la question est en cours d'instance devant la CJCE<sup>29</sup>. Les juristes d'entreprise, les sociétés qui les emploient et les auteurs de doctrine espèrent un revirement de jurisprudence.

### 7. Quelques conseils pratiques

Les règles de chaque système juridique en matière de confidentialité diffèrent. Aussi surprenant soit-il, il n'existe pas de réponse homogène aux questions soulevées par les problèmes de confidentialité au sein des entreprises, en particulier au sein des multinationales ou d'entreprises plus locales ayant des activités à l'étranger. Quelle que soit la loi concernée, aucune garantie absolue n'assure que des documents considérés par une entreprise comme bénéficiant d'une protection particulière, ne parviendront pas à des autorités administratives ou à un juge étranger. En outre, pour les multinationales, la diffusion de ces documents en interne, c'est-à-dire dans les différents pays où l'entreprise est localisée, multiplie ces risques.

Toutefois, quelques règles de prudence générales peuvent protéger, *a minima*, la confidentialité des documents en interne.

Ces recommandations ont, à l'instar du monde aujourd'hui, un caractère « global » et général. Elles ont pour objet de maximiser la protection des documents juridiques émis, quel que soit le système juridique d'origine – *common law* ou système de tradition romano-germanique, sachant que



ces documents ont vocation à passer les frontières et que leur niveau de protection pourra être évalué différemment d'un pays à l'autre. Elles doivent cependant être adaptées au cas spécifique de chaque entreprise.

### 7.1 Vie interne de l'entreprise

Dans le fonctionnement interne de l'entreprise, il est recommandé, même dans les pays qui ne connaissent pas le *legal privilege*, d'adopter une politique cohérente en matière de création, de conservation et de circulation des documents, en vue d'optimiser les chances de bénéficier de ce *privilege*, localement ou, le cas échéant, à l'étranger, et de le sauvegarder.

Ainsi, dans l'éventualité d'un contentieux ou d'une enquête administrative – où qu'ils aient lieu, mieux vaut adopter les précautions générales suivantes :

- Dans la mesure où, en matière de *legal privilege*, le critère est le caractère juridique de l'objet du document, il est recommandé d'indiquer clairement que celui-ci émane d'un juriste.
- S'assurer qu'un document n'est créé qu'en réponse à une demande du « client » (l'entreprise) ou de son avocat en vue d'obtenir un conseil juridique. Y apposer par mesure de prudence la mention « *Privileged and confidential* ». Une telle précaution est utile pour prévenir des communications accidentelles qui pourraient faire perdre le bénéfice de la protection, même si elle ne permet pas d'établir de façon déterminante le caractère *privilegié* des documents. D'une manière générale, méfiez-vous néanmoins des mentions telles que *confidentiel* ou autre, qui ne confèrent aucune protection particulière.
- Les documents contenant des conseils juridiques doivent concerner uniquement des questions d'ordre juridique : il faut par conséquent éviter dans la mesure du possible de mélanger les conseils juridiques avec d'autres sujets.

### 7.2 Données électroniques

Aujourd'hui, l'e-mail est un moyen de communication extrêmement répandu dans la vie des affaires. Or les e-mails et autres moyens de communication électroniques (messages téléphoniques, faxes...) constituent des vecteurs potentiels de perte de la confidentialité de certains documents si leur

tradition, where these documents are destined to cross international borders and that the level of protection could be evaluated differently in different countries. They will need to be adapted to each particular company.

### 7.1 Internal Processes of Companies

Companies, even those based in countries which recognise legal privilege, are advised to adopt and maintain a coherent policy on the creation, destruction and circulation of confidential documents, with a view to maximising their chances, both in their own country and abroad, of benefiting from legal privilege.

If litigation or a regulatory investigation is in prospect or if they could take place, it is sensible to take the following steps:

- Since it is a main criteria for legal privilege that the purpose of the document is of a legal nature, it is recommended that it is clearly stated on the face of the document that it emanates from a lawyer.
- Ensure that a document is only created at the request of the "*client*" (the business) or its lawyers for the purpose of obtaining legal advice and that, as a cautionary measure, they are marked "*privileged and confidential – prepared for the purposes of obtaining legal advice*". This is useful in that it may prevent accidental communications which could cause the loss of protection although it does not conclusively determine the privileged nature of the document. Nevertheless, beware in general of words such as "confidential" which do not give any specific protection.
- Documents setting forth legal advice should relate only to legal subjects – where possible, avoid mixing legal advice with advice on other subjects.

### 7.2 Electronic Data

Email is an extremely widespread means for communicating in today's business community. Emails and other electronic means of communication (such as voicemail messages, faxes) are a cause of loss of

the confidentiality for certain documents if their creation and circulation is not closely monitored:

- Avoid widespread circulation of emails.
- Whatever cautionary measures are taken once the documents are created, it is preferable to avoid anyone committing anything to paper unless and until it is absolutely necessary. Ask yourself whether it is necessary to create an email which may turn out to be compromising. Deleted emails may be retrieved and seized or [be required to be disclosed].
- Voicemail messages constitute electronic data and can, therefore, be seized or their disclosure can be ordered.
- In each case, the question should be: “*Would I be happy for this email to be read before a court?*”. If the answer to this question is no, try to find an alternative means of communicating the information and which would be protected.

### 7.3 In France

Several precautions are specific to France:

- Be careful of excessive internal reporting since, while this is sometimes protected in Anglo-Saxon countries, it is never protected in France.
- Only information and documents exchanged with “*avocats*” attract veritable protection.
- All documentation can be seized except for, in theory, documentation covered by the professional secret.
- The voluntary communication of documents protected by the professional secret will result in those documents no longer being protected.

### 7.4. High Risk Situations

Some situations constitute a risk for companies and must be approached with great caution. In these cases, it is highly recommended to involve external lawyers at an early stage and/or to put in place a system of document management in order to maximise protection:

- Internal investigations of a sensitive nature should be carried out orally or by a lawyer.

création et leur diffusion ne font pas l’objet d’une attention particulière. Les précautions suivantes peuvent être envisagées :

- Éviter une large diffusion des e-mails.
- Quelles que soient les précautions prises une fois les documents créés, il est préférable d’éviter les écrits sauf nécessité absolue. Mieux vaut réfléchir avant de créer un e-mail qui pourrait devenir compromettant : les e-mails effacés peuvent être récupérés et saisis ou faire l’objet d’une demande de communication forcée.
- Les messages sur des répondeurs téléphoniques constituent des messages électroniques et peuvent donc être saisis ou faire l’objet de demandes de divulgation.
- Le réflexe à acquérir est de toujours se poser la question suivante : « la lecture de cet e-mail devant un tribunal me poserait-elle un problème ? » Si la réponse est oui, il faut alors se demander s’il est vraiment indispensable d’envoyer l’e-mail et s’il n’existe pas un autre moyen de communiquer l’information, de manière à ce que celle-ci bénéficie d’une protection.

### 7.3 En France

Quelques précautions sont spécifiques à la France.

- Prendre garde au reporting interne excessif car, s’il est parfois protégé dans les pays anglo-saxons, il ne l’est jamais en France.
- Seuls les informations et documents échangés avec des *avocats* bénéficient d’une protection réelle.
- Tout document est susceptible d’être saisi à l’exception, en principe, de ceux couverts par le secret professionnel.
- La communication volontaire de documents protégés par le secret professionnel fait perdre à ces documents leurs protections.

### 7.4 Situations à haut risque

Certaines situations présentent un risque pour les entreprises et doivent être traitées avec la plus grande vigilance. Dans ces hypothèses, il est recommandé d’impliquer des *avocats* et/ou de mettre en place un système de gestion des documents afin d’optimiser la protection :

- Les enquêtes délicates au sein de l’entreprise doivent être menées oralement ou par l’intermédiaire d’un *avocat*.

- Un document couvert par le *legal privilege* dans un pays peut ne pas l'être dans un autre. Dans la mesure du possible, mieux vaut préférer des réunions à la communication de documents confidentiels/à risque à des sociétés du groupe situées dans des pays dans lesquels le *legal privilege* n'est pas reconnu.
- Dans certains pays comme l'Allemagne, la protection accordée est fonction de la personne qui « détient » les documents. Il est préférable de conserver les documents/données électroniques dans des pays qui connaissent des règles favorables au *legal privilege*.
- Limiter la diffusion des documents couverts par le *legal privilege* dans la mesure du possible.
- Pour maximiser leur protection dans les pays de *common law*, les documents confidentiels ou dont la communication à des tiers pourrait être dommageable ne doivent être diffusés qu'accompagnés d'un courrier d'un juriste (ou d'un avocat si le droit local n'accorde pas le bénéfice du *legal privilege* aux juristes d'entreprise).
- Il est possible que des notes manuscrites prises en marge d'un document couvert par le *legal privilege* ne soient pas protégées et contribuent à démontrer une renonciation implicite au *legal privilege*. Il est recommandé de ne pas insérer ou attacher de notes, ni d'effectuer de commentaires écrits sur un document circulant en interne. Autrement, le document, ainsi que les divers commentaires qui l'accompagnent devront être communiqués.
- Afin d'assurer une meilleure protection des recommandations ou avis juridiques qui peuvent être effectués ou émis au cours d'un Conseil d'administration, il est recommandé d'établir ces recommandations ou avis sur un document distinct qui sera agrafé au procès verbal. Ainsi, cette annexe pourra-t-elle bénéficier, le cas échéant, du *legal privilege*.
- A document may be covered by legal privilege in one country but not in another. Wherever possible, bring the relevant people together rather than transmitting potentially sensitive documents to group companies situated in countries where legal privilege is not recognised.
- In certain countries, like Germany, legal privilege is contingent on the identity of the person in possession of the documents. Keep the confidential electronic data/documents in a country with favourable rules on legal privilege.
- As far as possible, restrict the extensive circulation of the documents covered by legal privilege.
- In order to maximise protection in common law countries, sensitive documents should only be communicated to third parties under cover of a letter from lawyers (or an "avocat" if in-house lawyers do not benefit from legal privilege under local law).
- Scribbled notes on a document covered by legal privilege (for example a legal opinion) may not be privileged and the fact that those notes are on a privileged document may well lead to waiving that privilege. Do not insert or attach notes or make written comments on a document which is circulated internally. This would lead to an obligation to disclose the document along with the comments which accompany it.
- In order to insure the best protection for legal opinions and recommendations which could be made or given during a Board meeting, it is advisable to draft these opinions or recommendations in a separate document which will be stapled to the Board minutes. In this way, this annex will, if necessary, be covered by legal privilege.

### 7.5 Droit européen de la concurrence

En ce qui concerne les affaires de concurrence, en particulier celles qui sont amenées à avoir une dimension européenne, voici quelques précautions utiles :

- Séparer les communications entre la société et ses avocats des autres communications ne bénéficiant pas d'une protection particulière et les insérer dans un dossier distinct portant clairement la mention « *secret et confidentiel : communications destinées au client provenant de*

### 7.5 The European Dimension

With regard to issues relating to breaches of European competition law or regulations, some useful preventive steps are:

- Separate the privileged communications between the company and its lawyers from other communications not covered by a particular protection and put them in a separate file clearly marked: "*Privileged and confidential: attorney-client communica-*

tions". If during a raid there is a dispute regarding the nature of a document, it should be placed in a sealed envelope and deposited with an independent third party (lawyer [avocat, huissier]) pending application to the Court of First Instance.

- Mark internal memoranda which set out or summarise the legal opinions of lawyers "privileged – internal legal document setting out the legal opinion of a lawyer".
- Consider conducting any sensitive investigations orally or through an external lawyer.
- Where if it vital that written advice on a sensitive matter is drafted, ask a lawyer to prepare such advice. This advice alone must be circulated within the company in its complete form, without additions or amendments.
- Where the advice is drafted by a lawyer not qualified to practise in the EEA, it should be signed off by an EEA-lawyer before delivery to the company. If on its face the notepaper containing the advice is from a European office of a non-EEA origin firm, consider returning it to the firm to avoid problems should a raid occur.

### 8. Conclusion

Alongside medical secrecy and confessional secrecy, the secrecy of the lawyer is one of these three great rules of secrecy of liberal society in the western world.

However, professional secrecy is increasingly threatened today.

Doctors have nowadays the obligation to declare contagious or venereal diseases, or the pathological condition of a patient which puts at risk the public order (for example, a child which is the victim of ill treatment). It has moreover been proposed to relax professional secrecy as regards the partner of somebody who is HIV positive.

Legal professional secrecy is similarly badly viewed by tax, customs and competition authorities who, in the context of visits to premises, regularly take away with them documents covered by professional secrecy. With the widespread use of email, the sei-

*l'avocat*». Lors d'une perquisition, si un litige survient sur la nature d'un document, ce dernier devra être placé dans une enveloppe scellée et conservée par un tiers indépendant (avocat, huissier) en attendant le dépôt de la demande au tribunal de première instance<sup>30</sup>.

- Indiquer sur les notes internes reproduisant ou résumant des consultations juridiques d'avocats les termes « *protégé – communication juridique interne reproduisant l'avis d'un avocat* ».
- Envisager de mener toutes les enquêtes sensibles oralement ou par l'intermédiaire d'un avocat indépendant.
- Lorsqu'il est indispensable qu'une consultation écrite soit établie dans un dossier sensible, demander à un avocat s'en charger. Seule cette consultation devra être communiquée à l'intérieur de la société dans sa forme complète, sans ajouts ni modifications.
- Lorsque la consultation est établie par un avocat qui n'est pas habilité à exercer dans l'Espace économique européen, cette consultation devrait, préalablement à son envoi à la société, être signée par un avocat habilité à y exercer. Si le recto du papier à lettre contenant la consultation indique qu'il provient d'un bureau européen d'un cabinet qui n'est pas situé dans l'EEE, envisager de le renvoyer au cabinet pour qu'il la conserve et pour éviter toute difficulté en cas de perquisition.

### 8. Conclusion

Le secret de l'avocat est un des trois grands secrets protégés par la société libérale du monde occidental avec le secret médical et le secret de la confession<sup>31</sup>.

Or, le secret professionnel est de plus en plus menacé aujourd'hui.

Les médecins ont aujourd'hui l'obligation de déclarer des maladies contagieuses ou vénériennes, ou encore l'état pathologique d'un patient compromettant l'ordre public (enfant victime de sévices). Il a par ailleurs été envisagé d'assouplir le secret professionnel pour le partenaire d'un séropositif.

Le secret professionnel des avocats est également malmené par les administrations fiscales, douanières et de la concurrence qui, dans le cadre des visites domiciliaires qu'elles effectuent, emportent régulièrement avec elles des documents couverts par le secret professionnel. Avec la

généralisation des courriers et documents électroniques, la saisie ou la copie de disques durs porte un coup sévère à l'efficacité du secret professionnel, et les tribunaux devront tôt ou tard se prononcer sur la régularité de telles pratiques qui, en l'état actuel de la technique, ne permettent pas de garantir la confidentialité des documents bénéficiant d'une protection juridique.

Ce qui inquiète le plus les avocats aujourd'hui est la déclaration de soupçon que le législateur européen veut leur imposer pour lutter contre le blanchiment d'argent.

Dans un contexte dans lequel la collectivité aspire à toujours plus de transparence, on peut s'interroger sur les réticences naturelles que devrait susciter un projet de réforme visant à accorder aux juristes d'entreprise et à leurs employeurs un secret dont ils ne bénéficient pas aujourd'hui.

On a vu que le législateur avait dû s'y reprendre à deux fois pour juguler la résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation et maintenir l'inviolabilité des cabinets d'avocats « *en toutes matières* ».

Imaginer qu'elle acceptera une extension de la protection à l'intérieur de l'entreprise est peut-être faire preuve d'optimisme.

Mais il ne fait aucun doute que, si les professionnels concernés parviennent à se mettre d'accord et qu'il existe une véritable volonté de la Chancellerie, le législateur saura, comme il a montré qu'il en avait l'habitude, réparer ce qui aura éventuellement été omis ou préciser, ce qui n'est pas suffisamment clair.

zure or copying of hard drives is a real affront to the effectiveness of professional secrecy, and the courts will sooner or later have to take a decision on the legality of such practices which, as matters now stand, do not guarantee the confidentiality of documents.

What is most worrying for lawyers today is the reporting requirement that the European Legislator wishes to impose if there is suspicion in order to combat money laundering.

In a context in which society aspires to even greater transparency, one cannot but wonder about the natural reticence which is bound to incite a project of reform aimed at granting in-house lawyers and their employers a right to secrecy which they do not enjoy today.

As mentioned earlier, the legislator had to intervene twice in order to curb the rebellion of the Criminal Chamber of the *Cour de cassation* and to maintain the inviolability of the lawyer's offices, including in the non-contentious field.

To imagine that the Criminal Chamber of the *Cour de cassation* may eventually recognise such protection internally within a company may be an optimistic outlook.

However, there is no doubt that if the professionals in question can reach agreement and if there is a real desire on the part of the judiciary, the legislator will, as it has demonstrated, specify that which could possibly have been omitted or which is not sufficiently clear.

---

## Notes

1. E. Garçon, *Code pénal annoté*, article 378, n° 7.
2. Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 entrée en vigueur le 31 janvier 1992.
3. Crim. 30 septembre 1991, *G.P.* 2004, n° 23, p. 28, note J-Y. Le Borgne ; *G.P.* 2000, n° 44, p. 2, note B. Cahen ; plus généralement, J-F. Mauro, « Le secret professionnel en danger », *G.P.* 1999, n° 131, doctrine, p. 22.
4. Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.
5. Loi n° 97-308 du 7 avril 1997 modifiant la Loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.
6. *AM&S Europe Ltd v Commission*, Case 155/79, [1982] ECR 01575 ; *G.P.* 2005, n° 49, pp. 57 et s. note G. Canivet.
7. H. Lesguillons « La prérogative de confidentialité : domaine, rôle et limite », *RDAL* 2001, n° 7, pp. 819 et s.
8. Com. 6 juin 2001, *JCP* 2002. p. 926, chronique, R. Martin.
9. Citée *supra*. note 7.

10. 4 avril 2003, *Petites affiches* 2003 n° 167, p. 4, note B. Pons.
11. Brunois, *D.* 1984. IR. 118.
12. J. Hamelin et A. Damien, *Les règles de la profession d'avocat*, Dalloz, 9<sup>e</sup> édition, 2000, n° 262-1, p. 334.
13. *Duchess of Kingston* (1776) 20 St Tr 355.
14. *Baker v Campbell* (1983) 153 CLR 52.
15. *Baker v Campbell* at 95, per Wilson J.
16. *R. (Morgan Grenfell & Co. Ltd.) v. Special Commissioner of Income Tax et al.*, [2003] A.C. 563 ; [2002] 2 W.L.R. 1299 at 1302, per Lord Hoffmann.
17. *R v Derby Magistrates' Court, Ex p B* [1996] AC 487 at 507, per Lord Taylor.
18. *Three Rivers District Council and others v Governor and Company of the Bank of England (No.6)* [2005] 1 AC 610 (« *Three Rivers No. 6*»), at 645, per Lord Scott.
19. *Campbell v. United Kingdom* (1992), Eur. Ct. H. R. Ser. A., No. 233, (1992) 15 E.H.R.R. 137 ; *Foxley v. United Kingdom* (2000), 31 E.H.R.R. 637.
20. Aux États-Unis, la règle selon laquelle le *legal privilege* appartient au client connaît une exception : le *privilege* d'« *Attorney Work Product* », en vertu duquel les documents d'un avocat bénéficient d'une protection limitée, que ces documents aient été communiqués au client ou non. Cette protection est la prérogative de l'avocat.
21. *Three Rivers No. 6* at 645, per Lord Scott.
22. *Lawrence v Campbell* [1859] 4 Drew 485 et *Re Duncan* [1968] P 306.
23. Dans l'affaire *Three Rivers No. 6*.
24. 2004 EWCA (C4330).
25. *Three Rivers District Council and others v Governor and Company of the Bank of England (No.-5)* [2004] EWCA Civ 218 ; [2004] QB 916.
26. *RDAI* 2004 n° 1, p. 73, H. Lesguillons.
27. *Bundesrichtshof* NWJ 1999 1715-16.
28. *Supra.* note 8.
29. *Akzo Nobel Ltd and Ackros Chemicals Ltd v Commission*, Cases T-125/03 et T-253/03, [2003] ECR II 04771.
30. *Akzo Nobel Ltd and Ackros Chemicals Ltd v Commission*, Case 7/04 PCR, Ordonnance du Président de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) du 27 septembre 2004. Le résultat dans l'affaire *Akzo Nobel* pourrait avoir un impact sur la façon dont les enquêtes de la Commission seront menées à l'avenir. En l'espèce, le Président de la CJCE a estimé qu'il n'y avait pas de risque imminent de causer un préjudice irréparable en divulguant les documents. Selon la CJCE, la Commission était donc en droit d'exiger la divulgation des documents et d'ouvrir l'enveloppe scellée avant que les tribunaux ne se prononcent sur la nature privilégiée ou non des documents. Il est néanmoins prudent que les entreprises continuent d'adopter cette précaution.
31. J. Hamelin et A. Damien, *Les règles de la profession d'avocat*, Dalloz, 9<sup>e</sup> édition, 2000, n° 261-2, p. 327.