

LES COMMUNICATIONS ENTRE UN AVOCAT ET SON CLIENT

Dans une procédure judiciaire classique, la loi habilite les justiciables à se faire représenter par un avocat⁶. En arbitrage, ce droit est également reconnu⁷. Quand bien même il ne serait pas spécifié dans les règles de *soft law*¹⁰, le droit à la représentation peut trouver son fondement dans le droit à être entendu prévu à l'article V (1) (b) de la Convention de New-York de 1958¹¹ à laquelle sont parties la Belgique et le Royaume-Uni depuis 1975. Ce droit est également reconnu aux Etats-Unis par la pratique devenue universelle et confirmant ce droit des parties à la représentation par le conseil de leur choix dans un arbitrage international¹². Il reste donc à savoir les normes qui régiront la relation entre le justiciable et son représentant tout en gardant à l'esprit que plusieurs régimes de normes différents peuvent être applicables¹³. D'une part, les parties peuvent avoir souhaité se référer aux règles de *soft law* dans leur convention d'arbitrage. D'autre part, elles peuvent avoir décidé d'appliquer des droits nationaux. Alors qu'en général, il convient d'être attentif au fait que les règles étatiques de procédure ne sont pas toutes transposables à l'arbitrage et *a fortiori* à l'arbitrage international¹⁴, les représentants, eux, seront bien soumis aux exigences de leur droit national¹⁵ et c'est la raison pour laquelle nous analyserons le droit belge et le droit anglais.

⁶ Désignées dans la suite comme les « Prague Rules ».

⁷ Note from the Working Group, Rules on the efficient conduct of proceedings in international arbitration, 2018.

⁸ Article 728 du Code judiciaire belge.

⁹ G. B. BORN, « International commercial arbitration », Vol. 2, 2^e éd., Kluwer, 2019, pp. 2834- 2836.

¹⁰ §36 of the English arbitration Act, 1996.

¹¹ G. B. BORN, « International commercial arbitration », Vol. 2, 2^e éd., Kluwer, 2019, pp. 2834 ; Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New-York, 1958.

¹² G. B. BORN, « International commercial arbitration », Vol. 2, 2^e éd., Kluwer, 2019, pp. 2837 et 1840 ; Supreme Court of California, *Birbrower, Montalbano, Condon & Frank, PC v. Superior Court*, 5th January 1998, <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/17/119.html> (consulté le 27 avril 2019).

¹³ Préambule des « IBA guidelines on party representation in international arbitration », p. 1.

¹⁴ E. GEISINGER, « La communication des pièces », in *Le principe du contradictoire en arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 87.

¹⁵ G. B. BORN, « International commercial arbitration », Vol. 2, 2^e éd., Kluwer, 2019, p. 2853.

1. LES REGLES DE *SOFT LAW* CONCERNANT LA PRODUCTION DE DOCUMENTS

A titre préliminaire, il est essentiel de rappeler que l'application des règles de *soft law* dépend de la volonté des parties. En effet, la convention arbitrale peut y faire référence ou au contraire, les exclure. Cependant, les arbitres auront tout de même tendance à s'en inspirer sauf en cas d'opposition des parties¹⁶.

Lors d'une procédure arbitrale, les parties apporteront en justice des pièces venant corroborer leurs arguments. Cependant, il est possible que certaines pièces soient en possession de la partie adverse et que cette dernière ne les ait pas produites. Dans ce cas, d'une part, une demande de production de documents peut être faite au Tribunal par la partie nécessitant ce document¹⁷. L'article 3.3 des Règles de l'IBA, tout comme l'article 4.3 des Prague Rules fournissent les conditions d'une telle demande, et comprennent notamment l'exigence de pertinence desdits documents et l'exposé des motifs justifiant qu'elle puisse penser qu'ils soient en possession de l'adversaire. En effet, faute de pertinence, les documents n'auront pas à intervenir dans les discussions. D'autre part, le Tribunal peut également demander lui-même à la partie de fournir une information manquante¹⁸. Notons également la possibilité pour le Tribunal de demander la production de documents en possession d'un tiers non partie¹⁹. A ce titre, l'article 1708 du Code judiciaire belge permet de faire intervenir le Président du Tribunal de première instance pour l'obtention de preuves.

Que la demande émane du Tribunal ou d'une partie, en l'absence de réaction de la partie soumissionnée, le Tribunal pourra ordonner la production desdits documents pouvant inclure des documents internes²⁰. Ce droit est incontesté, et ce même sans mention expresse dans un texte légal²¹. Cela résulte du fait que l'arbitre a un large pouvoir pour fixer les règles de procédure applicables, notamment dans le cadre de l'administration de la preuve et de l'instruction de la cause²². Cependant, des conditions doivent être remplies pour ordonner cette production selon l'article 3.7 des Règles de l'IBA : il faut que « le Tribunal estime que (i) les faits que la partie sollicitant la production souhaite prouver à l'aide de ce document soient pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend ; (ii) qu'aucun des motifs de l'article 9.2 ne soit applicable et (iii) que les conditions de l'article 3.3 aient été remplies²³. »

Les articles 3.4 et 3.5 des Règles de l'IBA évoquent la possibilité pour la partie à qui la requête est faite d'y formuler une objection. C'est ce qui est visé par l'article 9.2. Le point (b)

¹⁶ O. CAPRASSE, « Les documents en arbitrage », *Rev. arb.*, 2018, pp. 516 et 526.

¹⁷ Article 3.2 des Règles de l'IBA ; Article 4.3 des Prague Rules.

¹⁸ Article 3.10 des Règles de l'IBA ; Article 3.2 des Prague Rules ; O. CAPRASSE, « Les documents en arbitrage », *Rev. arb.*, 2018, p. 520.

¹⁹ Article 3.9 des Règles de l'IBA ; Article 4.5 des Prague Rules.

²⁰ Article 3.7 des Règles de l'IBA ; Article 4.4 des Prague Rules ; J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS, S. M. KROLL, « Comparative international commercial arbitration », Kluwer, 2003, p. 566.

²¹ E. GEISINGER, « La communication des pièces », in *Le principe du contradictoire en arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 79.

²² E. GEISINGER, « La communication des pièces », in *Le principe du contradictoire en arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 82 ; Article 1700 §2 du Code judiciaire belge.

²³ Article 3.7 des Règles de l'IBA.

de cette disposition précise que le Tribunal peut exclure de la preuve tout document en raison de « l'existence d'une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (*legal privilege*) que le Tribunal arbitral estime applicable²⁴. » L'arbitre analysera alors cette objection et devra faire la balance entre plusieurs principes : d'une part, le respect de la confidentialité et d'autre part, le respect du principe du contradictoire²⁵. Si après analyse, la partie devrait fournir cette preuve mais s'y refuse, le Tribunal pourra déduire que le « document est contraire aux intérêts de cette partie », selon les termes des articles 9.5 et 9.6 des règles de l'IBA²⁶. C'est ce qui est visé par le terme anglais « *adverse inference* ». Des conséquences négatives seront induites de ce refus²⁷. Aucune autre sanction n'est prévue.

L'article 9.3 des Règles de l'IBA nous indique que le Tribunal arbitral, lors de son appréciation de la confidentialité, prendra en compte, selon les points de l'article : « (a) la nécessité de protéger les communications fournissant un conseil ou un avis juridique, (c) les attentes des parties au moment où la cause de la confidentialité ou de secret professionnel est apparue, (d) la renonciation possible à la confidentialité et au secret professionnel de quelque manière que ce soit ainsi que (e) la nécessité de maintenir l'égalité entre des parties soumises à des règles issues de systèmes juridiques différents. » En dehors de ces quelques précisions, le régime du secret professionnel ou du *legal privilege* n'est pas fixé. Ces règles de *soft law* sont donc insuffisantes pour examiner ces questions. Il y a donc lieu d'analyser les règles issues de droits nationaux afin de tenter d'en déterminer le régime et l'étendue.

2. LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT DANS LE DROIT BELGE

Le « secret professionnel » est une notion connue de tous, profanes ou non. Et pour cause, il est protégé dans l'entière des Etats membres de l'Union européenne. D'ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne n'exclut pas qu'un principe général garantisse ce secret professionnel²⁸.

A l'échelle de l'Etat belge uniquement, le secret professionnel de l'avocat est protégé et sanctionné par l'article 458 du Code pénal belge ainsi libellé : « les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie qui, hors les cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et celui où la loi, le décret ou l'ordonnance les oblige ou les autorise à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement. » Cette disposition s'applique à l'avocat. En effet, ce professionnel est considéré comme un confident nécessaire et donc assujéti à cet article²⁹. Pour entrer dans cette catégorie, trois conditions doivent être remplies³⁰.

²⁴ Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, traduction de A. MOURRE, P. BIENVENU et R. THERIAULT.

²⁵ E. GEISINGER, « La communication des pièces », in *Le principe du contradictoire en arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 94.

²⁶ Cette possibilité est également prévue par le §41.7.b du English arbitration Act.

²⁷ O. CAPRASSE, « Les documents en arbitrage », *Rev. arb.*, 2018, p. 534.

²⁸ C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, point 9.

²⁹ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 39.

Premièrement, il faut que le recours au professionnel soit nécessaire. Deuxièmement, il faut que la relation soit caractérisée par un élément de confiance puisque si le client n'est pas sûr que l'information donnée sera tue, il se gardera de la révéler. Troisièmement, il faut que la profession soit liée à l'intérêt général.

2.1. Les motivations du législateur pour la consécration du secret professionnel de l'avocat

L'article 458 du Code pénal laisse deviner les caractéristiques du secret professionnel mais la question se pose toujours de savoir quelles étaient les motivations du législateur d'accorder pareille protection. La réponse peut être trouvée dans la jurisprudence. En effet, la Cour constitutionnelle a précisé, en 2008, que le « secret professionnel est un principe général qui participe au respect des droits fondamentaux³¹. » Parmi les droits fondamentaux visés, on trouve notamment le respect des droits de la défense à combiner avec le droit à un procès équitable³². Quelques dizaines d'années auparavant, la Cour d'appel de Bruxelles avait déjà spécifié la raison d'être du secret professionnel : « Attendu que le secret professionnel de l'avocat trouve son fondement dans la nécessité de donner à ceux qui exercent cette profession, les garanties nécessaires de confiance et ceci dans l'intérêt général en sorte que ceux qui s'adressent à eux en confiance, aient la certitude qu'ils peuvent lui confier leur secret sans danger de révélation à des tiers³³. » La synthèse de ces deux décisions est que le secret professionnel a pour but de permettre aux justiciables d'exercer de façon optimale leurs droits de la défense. Or, la condition *sine qua non* de tels droits est d'avoir une confiance aveugle en son conseil, ce qui nous ramène à l'une des conditions du confident nécessaire. Les clients doivent se sentir libres de tout lui dire sans craindre des révélations ultérieures de la part du professionnel. La relation de confiance devant se nouer entre eux est essentielle³⁴, aussi bien pour l'exercice, par l'avocat, de ses missions de conseil que de ses missions de défense. Cela lui permettra, d'ailleurs, de pouvoir mentir par omission³⁵. Dans le même but, il ne pourra être obligé de taire des informations à son client³⁶. La transparence entre eux primera sur le reste. Au niveau européen, le fondement de la garantie est trouvé, d'une part, dans les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme concernant respectivement le droit à un procès équitable et le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, dans le principe de proportionnalité faisant en sorte que ce secret ne soit pas absolu³⁷.

³⁰ Cours oral de « droit pénal spécial » de A. MASSET du 6 avril 2019 à l'Université de Liège.

³¹ C.C., 23 janvier 2008, n° 010/2008, B.7.10. ; CC., 10 juillet 2008, n°102/2008, B.7.

³² Article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

³³ Bruxelles (16^e ch.), 18 juin 1984, *J.T.*, 1976, p. 11.

³⁴ O. MICHIELS, « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique », *R.F.D.L.*, 2018/1, pp. 205-206.

³⁵ D. VANDERMEERSCH, « La transparence et la loyauté des avocats envers le juge pénal », in *L'avocat et la transparence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 141.

³⁶ D. VANDERMEERSCH, « La transparence et la loyauté des avocats envers le juge pénal », in *L'avocat et la transparence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 134.

³⁷ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 59 ; P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), p. 41 ; D. VAN GERVEN, J.-P. BUYLE, « Grondslag en draagwijdte van het beroepsgeheim van de advocaat in het belang van de cliënt », *R.W.*, 2011-2012, p. 1662 ; S. MERMANS, « Enkel wat

Suite à ces développements, on comprend que l'Etat a un réel intérêt à protéger les confidences que l'avocat reçoit. Ce dernier est considéré comme un collaborateur de justice et participe au maintien de la légalité³⁸. A titre d'illustration, nous pouvons citer E. GARCON qui a dit au sujet du droit français, mais qui est transposable sans difficulté au droit belge : « Le bon fonctionnement de la société veut que le plaideur trouve un défenseur mais l'avocat ne pourrait accomplir sa mission si les confidences qui lui sont faites n'étaient pas assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidences nécessaires soient astreintes à la discrétion³⁹ ». Il est donc logique que ce principe soit d'ordre public⁴⁰. Et cela est encore plus vrai qu'il est sanctionné par le droit pénal considéré dans son entièreté comme un droit d'ordre public. Nous reviendrons plus tard sur cette caractéristique.

2.2. Les communications protégées par le secret professionnel de l'avocat

Si l'on devait définir ce secret professionnel, il s'agirait de « l'obligation pour celui-ci de ne pas divulguer les confidences qu'il a reçues au cours de l'exercice de sa profession »⁴¹, c'est-à-dire toutes les informations qu'il a reçues en raison de sa qualité d'avocat et peu importe que cela conduise à protéger son client ou un tiers⁴². Cela vaut donc aussi bien pour sa mission de conseil que pour celle de défense. Cependant, reste à savoir quelles sont ces confidences protégées... Les communications orales que l'avocat pourrait avoir eues ne seront pas traitées dans le présent en raison du fait qu'elles ne sont que très peu rapportables en justice. Il faudrait soit un aveu, ce qui n'est pas possible au regard du secret professionnel, soit un témoignage en justice mais là, l'avocat conserve la possibilité de révéler l'information ou non. On se concentrera donc davantage sur la production de documents écrits couverts par le secret professionnel dont il aurait pu avoir connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui ne peuvent être divulgués à des tiers.

Tout d'abord, le secret professionnel couvre l'entièreté de la correspondance échangée entre un avocat et son client⁴³, quel que soit le lieu où elle est conservée et peu importe que l'envoyeur soit l'avocat ou le client⁴⁴. Ce droit à la non-divulgation vaut même après le décès

nodig is omdat het nodig is : het beroepsgeheim door de bril van een bedrijfsjurist », in *Vertrouwelijkheid en beroepsgeheim*, Anvers, Intersentia, 2018, p. 68.

³⁸ P. MARCHANDISE, « Le juriste d'entreprise et ses responsabilités », *Ius & Actores*, 2008, p. 45 ; J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 36.

³⁹ E. GARCON, « Code pénal annoté », article 378, n°7.

⁴⁰ D. VAN GERVEN, J.-P. BUYLE, « Grondslag en draagwijdte van het beroepsgeheim van de advocaat in het belang van de cliënt », *R.W.*, 2011-2012, p. 1663.

⁴¹ O. MICHIELS, « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique », *R.F.D.L.*, 2018/1, p. 205 ; P. HALLET, « Le secret professionnel de l'avocat en Belgique », in *Le secret professionnel et la jurisprudence européenne*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 71 ; Bruxelles (16^e ch.), 18 juin 1984, *J.T.*, 1976, p. 11.

⁴² P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), pp. 7, 17 et 23 ; J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34.

⁴³ Bruxelles (mises acc.), 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011-I, p. 428 ; Cass. (2^e ch.), 9 mai 2007, *J.T.*, 2007, p. 527 ; C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157 ; J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 591.

⁴⁴ Bruxelles (mises acc.), 25 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 735.

du client⁴⁵. Il ne s'éteint pas par la survenance de la mort et, par conséquent, est vaste. C'est une application du principe du secret des lettres dont une illustration peut être trouvée à l'article 88sexies, §1, al. 3 du Code d'instruction criminelle. Ce droit fait obstacle aux saisies⁴⁶ mais ceci n'est pas pertinent pour le présent en raison du fait que l'arbitre ne bénéficie pas de ce type de pouvoir, attribué uniquement au juge étatique. Au niveau européen, des conditions sont ajoutées pour sa mise en œuvre. Premièrement, il faut que cela concerne la « correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client » ou bien, si elle est antérieure, qu'elle ait un lien de connexité⁴⁷. Deuxièmement, il faut que « la correspondance visée soit échangée avec un avocat indépendant, c'est-à-dire un avocat non lié au client par un rapport d'emploi⁴⁸. »

Cependant, cette vaste protection belge de la correspondance comporte une limite, à savoir qu'elle ne vaut que dans la mesure où le client se confie à son conseil ainsi qu'aux annexes qui s'y rapportent. Ca ne s'applique donc pas pour les pièces officielles liées à l'infraction pour laquelle le client est suspecté⁴⁹. L'exemple le plus parlant est l'acte de procédure. En outre, ce qui vaut pour la correspondance vaut également pour les notes d'entretien prises lors de la consultation du professionnel par le justiciable⁵⁰. Enfin, il est évident que bien que ce secret protège les communications, l'avocat se doit de prendre tout de même les précautions nécessaires pour qu'aucune information ne fuite⁵¹.

Ensuite, est également protégée la correspondance entre avocats, de nouveau uniquement par rapport aux confidences faites et non pour des documents publics⁵². A ce sujet, il est important de noter que certains auraient pu considérer que même le client n'avait pas le droit d'apporter cette preuve en justice. Cependant, ce raisonnement n'a pas emporté la conviction de la Cour de justice de l'Union européenne qui a déclaré dans son arrêt AM & S que cette « confidentialité ne saurait faire obstacle à ce que le client révèle l'information si il y va de son intérêt⁵³. » Nous sommes d'avis que le client puisse utiliser cette information uniquement lorsque cela est indispensable à l'exercice de ses droits de la défense. Une exception concerne la correspondance échangée entre un avocat belge et un avocat étranger⁵⁴. Dans ce cas, il n'y aura pas de confidentialité. Or, dans un arbitrage international, il sera très fréquent qu'un

⁴⁵ Bruxelles (mises acc.), 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011-I, p. 431.

⁴⁶ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34.

⁴⁷ C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, point 21.

⁴⁸ C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, point 21.

⁴⁹ P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), p. 42.

⁵⁰ P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), p. 42.

⁵¹ P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), p. 38.

⁵² C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, point 28 ; P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), p. 42 ; J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34 ; J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 591.

⁵³ C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, point 28.

⁵⁴ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 56.

avocat ait à communiquer avec un confrère étranger. Par conséquent, nous pensons que pour que les objectifs du secret professionnel, reconnu dans de nombreux Etats, soient rencontrés, il conviendrait que cette exception ne soit pas appliquée.

Par ailleurs, il convient de préciser que le secret professionnel est un droit et un devoir pour l'avocat⁵⁵ mais il est tout de même plutôt perçu, en général, comme un devoir que comme un privilège⁵⁶. Par contre, pour le client, il s'agit d'un droit à ce que ses communications soient gardées secrètes⁵⁷. Cette protection vise une relation entre deux personnes⁵⁸ : un justiciable nécessitant un conseil ou une défense et un professionnel prêt à fournir cette prestation. C'est pour cette raison que l'on peut dire qu'il se fonde sur une « conception *in personam* de la confidentialité⁵⁹. »

2.3. Les exceptions au secret professionnel de l'avocat

Une fois les principes posés, rappelons, de nouveau, que la raison d'être du secret professionnel est de permettre l'exercice des droits de la défense du client. On pourrait donc considérer que les communications ne soient protégées qu'en vertu de la volonté du client. Or, il est possible que, dans l'intérêt de sa défense, le client souhaite divulguer une information. Par conséquent, une question se pose, à savoir celle de la levée du secret et des exceptions au principe. S'agissant de ces exceptions, certaines sont prévues à l'article 458 du Code pénal, à savoir le témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et les cas où la loi l'autorise. Dans le premier cas, l'avocat devra déterminer si il y a lieu de répondre à une invitation par son client à témoigner⁶⁰. L'état de nécessité le permet également⁶¹. C'est une situation dans laquelle le secret sera révélé au nom d'une valeur supérieure. De plus, le secret professionnel visé à l'article 458 du Code pénal peut également être levé par la volonté du client, quand bien même ce secret incombe à l'avocat et que, normalement, c'est à lui de déterminer ce qui peut être divulgué ou non⁶². Rappelons aussi que cette possibilité est également permise par l'article 9.3 (d) des Règles de l'IBA. C'est une exception légitime mais uniquement dans la mesure du nécessaire. Cela signifie qu'il n'a la possibilité de le faire qu'à

⁵⁵ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 592.

⁵⁶ P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), p. 65.

⁵⁷ D. VANDERMEERSCH, « La transparence et la loyauté des avocats envers le juge pénal », in *L'avocat et la transparence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 133.

⁵⁸ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 38.

⁵⁹ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 38.

⁶⁰ P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), p. 18.

⁶¹ Cass. (2^e ch.), 13 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1168.

⁶² P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), pp. 20 et 40 ; Bruxelles (mises acc.), 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011-I, p. 429 ; Cass. (2^e ch.), 12 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 5 ; J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 593 ; A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 795 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 42 ; J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, pp. 33-34 ; C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, point 28.

condition que ce soit indispensable pour l'exercice des droits de la défense⁶³. Il pourra alors produire la correspondance échangée et tout autre document mais pas de n'importe quelle manière... Il y aura un contrôle des cours et tribunaux⁶⁴. Nous remarquons alors que, dans la balance des intérêts, les droits de la défense priment sur le secret professionnel⁶⁵. Attention que, de notre avis, l'avocat n'est pas obligé de suivre la volonté de son client si cela entre en contradiction avec sa bonne conscience. Par ailleurs, le bâtonnier disposera toujours de la possibilité d'empêcher l'avocat de divulguer un document portant atteinte au secret professionnel⁶⁶.

Certains auteurs pensent toujours que le secret professionnel est absolu et qu'il ne peut être levé, même avec l'accord du client⁶⁷. Cependant, nous ne le pensons pas car il paraît extrêmement compliqué d'assurer la défense d'un client devant un Tribunal sans pouvoir révéler des informations obtenues sous le couvert du secret professionnel. Nous rejoignons donc la doctrine majoritaire sur ce point.

2.4. Le secret professionnel de l'avocat est-il assujéti à l'exigence de formalités ?

En parallèle de l'étendue de la protection, il convient de signaler que des formalités peuvent être faites non pas pour consacrer la protection mais plutôt pour la renforcer et s'assurer de son respect. Il sera conseillé à l'avocat d'écrire son nom, son adresse et sa qualité sur l'enveloppe à envoyer au client. Bien sûr, il ne peut abuser de cette faculté pour protéger des communications non couvertes par le secret professionnel. En cas d'ouverture pour soupçon d'un tel abus, il conviendra de vérifier si la mesure était proportionnelle au but visé⁶⁸. Ensuite, que ce soit pour les correspondances ou pour les e-mails, un en-tête permettra d'identifier si le document est confidentiel ou non⁶⁹. Il peut également être fait mention du terme « confidentiel » sur le document afin d'éviter toute ambiguïté⁷⁰. A l'inverse, si les courriers comportent la mention « officiel », cela signifiera que les documents ne sont pas protégés⁷¹.

⁶³ D. VANDERMEERSCH, « La transparence et la loyauté des avocats envers le juge pénal », in *L'avocat et la transparence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 134 ; T. AFSHRIFT, F. GODDEVRIENDT, « Het beroepsgeheim van de fiscale raadgevers : camera obscura of tabula rasa ? », *T.F.R.*, 2002/6, p. 300 ; Cours oral de « droit pénal spécial » de A. MASSET du 6 avril 2019 à l'Université de Liège.

⁶⁴ Bruxelles (mises acc.), 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011-I, p. 429.

⁶⁵ D. VANDERMEERSCH, « La transparence et la loyauté des avocats envers le juge pénal », in *L'avocat et la transparence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 137 ; Bruxelles (mises acc.), 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011-I, p. 429.

⁶⁶ P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), pp. 23-24.

⁶⁷ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348 ; G. B. BORN, « International commercial arbitration », vol. 2, 2^e éd., Kluwer, 2009, p. 2869 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 57.

⁶⁸ Cour eur. D. H., arrêt *Erdem c. Allemagne*, 5 juillet 2001, § 69.

⁶⁹ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 50.

⁷⁰ P. HENRY, « Le secret professionnel de l'avocat », <https://patrick-henry.avocats.be/?q=node/311> (consulté le 1^{er} avril 2019), p. 44.

⁷¹ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 56.

2.5. L'application du secret professionnel de l'avocat en arbitrage

Enfin, il est important de rappeler que le secret professionnel est d'ordre public⁷² car c'est ce qui permet d'assurer son respect en cas de procédure arbitrale. En effet, l'arbitre est conscient qu'en vertu de l'article 1717 du Code judiciaire belge, sa sentence s'expose à un risque d'annulation de la part du juge étatique, à condition qu'elle soit rendue en Belgique⁷³. Un motif d'annulation est notamment le non-respect de normes d'ordre public⁷⁴. En cas de recours en annulation, le juge aura un contrôle plein et entier pour analyser la conformité de la décision à ces normes et, plus précisément, à l'article 458 du Code pénal belge⁷⁵. Une annulation partielle est possible si les informations présentées en violation du secret professionnel n'entraînent pas que la décision, dans son ensemble, soit annulable. En effet, le contrôle doit être effectif, ce qui permettra de rendre compte de l'absence ou non d'incidence sur la solution⁷⁶. Il est à noter également que pour les preuves recueillies en violation du secret et donc de la loi, le juge procèdera au test Antigone en raison de leur illégalité⁷⁷. Ce test consiste à appliquer des critères pour apprécier si la preuve recueillie de façon irrégulière est exclue ou non. Les critères sont, en droit pénal : (1) le caractère intentionnel ou non de l'acte irrégulier, (2) la comparaison entre l'irrégularité et la gravité des faits pour lesquels la personne est jugée, (3) l'incidence de la preuve sur le droit ou la personne protégée et enfin (4), le caractère purement formel ou non de l'irrégularité⁷⁸. Puisque cette théorie a été développée en matière pénale, la question s'est posée de son application en matière civile. Un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 y a répondu par l'affirmative⁷⁹. Les critères pris en compte pour écarter la preuve sont (1) la violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, (2) l'existence d'un vice préjudiciable à sa crédibilité et (3) portant atteinte à un droit au procès équitable⁸⁰. Cela laisse donc sous-entendre que le raisonnement s'applique également en matière civile. Cependant, il reste des divergences entre les juridictions concernant l'application ou non de ce test aux preuves illégales par nature, comprenant notamment les preuves obtenues en violation du secret professionnel⁸¹. Il n'y a donc pas de solution uniforme. La jurisprudence à ce sujet est casuistique.

⁷² Bruxelles (mises acc.), 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011-I, p. 428 ; D. VANDERMEERSCH, « La transparence et la loyauté des avocats envers le juge pénal », in *L'avocat et la transparence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 134 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 39.

⁷³ Cours oral de « droit de l'arbitrage et modes alternatifs de résolution des conflits » de O. CAPRASSE, année 2017-2018 à l'Université de Liège.

⁷⁴ Article 1717 §3, b), ii) du Code judiciaire belge.

⁷⁵ P. LEFEBVRE, M. SERVAIS, « Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales », *b-Arbitra*, 2014, p. 330 ; C.J.U.E., arrêt *Elisa Maria Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium SL*, 26 octobre 2006, C-168/05, EU:C:2006:675, point 35.

⁷⁶ P. LEFEBVRE, M. SERVAIS, « Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales », *b-Arbitra*, 2014, p. 334.

⁷⁷ O. MICHIELS, « Le secret professionnel de l'avocat : rapide tour d'horizon autour d'une triple thématique », *R.F.D.L.*, 2018/1, p. 212.

⁷⁸ Cours oral de « Procédure pénale, questions spéciales » de Monsieur O. MICHIELS, année 2017-2018 à l'Université de Liège.

⁷⁹ D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile », *J.T.*, 2017, p. 69.

⁸⁰ Cass. (3^e ch.), 10 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2009, p. 329.

⁸¹ D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile », *J.T.*, 2017, p. 70.

En conclusion, le secret professionnel est reconnu et protégé pénalement, y compris au niveau européen⁸². Le principe comme les exceptions seront respectés en droit de l'arbitrage. Parmi ces exceptions, l'on retrouve notamment la volonté du client de divulguer l'information protégée.

3. LE *LEGAL PRIVILEGE* DE L'AVOCAT DANS LE DROIT ANGLAIS

Le *legal privilege*, aussi appelé *attorney-client privilege*, est la version anglo-saxonne du secret professionnel. Ce privilège empêche que soient révélées des informations ou communications confidentielles dont l'avocat a eu connaissance par son client dans le cadre de conseils juridiques, d'une assistance ou d'une défense, sans son accord⁸³. Il en est de son devoir⁸⁴. Cette protection vaut aussi bien dans un contexte de procédure légale que de procédure arbitrale⁸⁵. En réalité, c'est moins une obligation pour l'avocat qu'un droit pour le client⁸⁶. C'est à celui-ci qu'appartient le droit de refuser la divulgation de certaines communications ou de l'autoriser⁸⁷. Il ne peut donc y avoir de révélation à des tiers, au juge ou à l'arbitre, sans son accord. Notons qu'il n'y a aucune obligation de divulgation que ce soit pour l'avocat ou pour le client⁸⁸. Ceci est le principe en Angleterre mais également aux Etats-Unis⁸⁹. Cependant, de l'autre côté de l'Atlantique, la règle est limitée. En effet, d'une part, les documents d'un avocat, qu'ils soient produits ou non au client, bénéficient d'une protection limitée, prérogative de l'avocat⁹⁰. D'autre part, sachant que cette protection est créée essentiellement pour le client, il est assez logique qu'il ne vaille pas pour les relations entre avocats aux Etats-Unis⁹¹.

⁸² Trib., arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, 17 décembre 2007, T-125/03, EU:T:2007:287, point 86.

⁸³ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348 ; DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 4 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 48.

⁸⁴ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 591.

⁸⁵ DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 1.

⁸⁶ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34 ; G. B. BORN, « International commercial arbitration », vol. 2, 2^e éd., Kluwer, 2009, p. 2852 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 44.

⁸⁷ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 594 ; J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348 ; DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 1 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 47.

⁸⁸ House of Lords, *Three Rivers district council and others v. Governor and company of the Bank of England n°6*, 2005, AC 610, https://www.trans-lex.org/304700/_/three-rivers-district-council-and-others-v-governor-and-company-of-the-bank-of-england-ac-610/ (consulté le 27 avril 2019).

⁸⁹ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 594.

⁹⁰ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 66.

⁹¹ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 591.

Cet abandon du privilège, marqué par l'accord donné par le client de l'avocat à la production de documents protégés, peut être explicite ou implicite⁹². L'accord explicite ne pose pas de problème de compréhension. Concernant l'accord implicite, il convient de développer davantage. En fait, il s'agit tout simplement de déductions faites du comportement des parties. Si le conseil ou le justiciable ne prennent pas de précautions suffisantes pour protéger le document, il pourra être déduit qu'il a abandonné le bénéfice du *attorney-client privilege*⁹³. La diffusion de l'information sera considérée comme une renonciation audit privilège dès qu'elle sera connue de tiers⁹⁴. Cela vaut également aux Etats-Unis⁹⁵.

3.1. Deux catégories de *legal privilege* applicable à l'avocat

S'agissant de l'étendue de la protection, tout d'abord, nous remarquons qu'il existe une protection pour deux types de communications correspondant à deux catégories de *legal privilege* : d'une part le « *legal advice privilege* » et, d'autre part, le « *litigation privilege* »⁹⁶. Le *legal advice privilege* interdit la divulgation des révélations faites entre un client et son avocat dans le cadre de conseils juridiques⁹⁷. Cette protection vaut que le conseil soit un *barrister*, un *solicitor* ou même, dans certaines circonstances, un *in-house counsel* mais ce dernier fera l'objet d'une analyse distincte dans le chapitre suivant⁹⁸. Les droits et obligations protégés doivent être susceptibles d'être portés en justice ou en arbitrage⁹⁹. Ensuite, le *litigation privilege*, lui, interdit la divulgation des confidences faites entre un client et son avocat mais dans le cadre d'une procédure¹⁰⁰. Ces documents peuvent concerner des avis par rapport à un contentieux ou encore des preuves mais quoiqu'il en soit, ils doivent être liés à la procédure en cours ou une future. Cela peut même inclure des communications avec des tiers

⁹² J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, pp. 591 et 594.

⁹³ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 594.

⁹⁴ DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 4.

⁹⁵ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 591 ; J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348.

⁹⁶ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34 ; J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348 ; DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 1.

⁹⁷ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34 ; J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348 ; DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 1.

⁹⁸ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348.

⁹⁹ X, « Lawyer-client communications – United Kingdom and Canada », *note sous USP Strategies Plc v. London General Holdings Ltd*, 2004, *International journal of evidence and proof*, 2004, p. 192.

¹⁰⁰ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34 ; J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348 ; DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 1.

pour autant que cela concerne ladite procédure¹⁰¹. Des précisions doivent être apportées concernant la procédure future. Il ne s'agit pas d'une procédure hypothétique mais d'une procédure qui doit être « *in reasonable prospect*¹⁰². » Cela signifie qu'il faut une probabilité réelle que le contentieux arrive devant une juridiction étatique ou un Tribunal arbitral¹⁰³.

3.2. Les documents protégés par le *legal privilege* de l'avocat

Ensuite, il y a lieu de savoir quels sont les documents couverts par le *legal privilege*. L'on trouve notamment les communications et correspondances faites pour tenir au courant le client ou l'avocat dans le cadre de conseils donnés ou recherchés¹⁰⁴. Cela comprend aussi les retranscriptions, par le client, d'avis donnés oralement par l'avocat et leur diffusion aux personnes concernées¹⁰⁵. Sont également concernés les brouillons des documents précités en tant qu'ils constituent des actes préparatoires¹⁰⁶. Par contre, le *legal advice privilege* ne comprend pas les communications faites avec des tiers, même lorsqu'il en est de l'intérêt du client¹⁰⁷. Aux Etats-Unis, par contre, on ne distingue pas que les communications soient faites au client ou à des tiers.

Afin d'évaluer la protection par un *attorney-client privilege* sur toutes ces communications, il y a un raisonnement en étapes qui peut être appliqué. On regarde, tout d'abord, si le document a un rapport avec une procédure en cours ou une future. Si c'est le cas, on appliquera le *litigation privilege*. Si non, on examine alors s'il est accompli dans l'optique de rendre ou de demander un conseil juridique. Si c'est le cas, on utilisera le *legal advice privilege* et si non, le document ne sera pas considéré comme une communication protégée au sens du *legal privilege*¹⁰⁸. Par conséquent, n'y sont donc pas soumises les communications ayant pour but de rendre un avis « purement commercial ou stratégique¹⁰⁹. » Quand le document comporte à la fois une question juridique et une question d'un autre domaine, il conviendra de déterminer si la question juridique était l'intention principale de la rédaction dudit document¹¹⁰. Dans l'affirmative, il sera protégé et dans la négative, il ne le sera pas. Notons, enfin, de nouveau, qu'au niveau européen, il n'est garanti que pour autant

¹⁰¹ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348.

¹⁰² X, « Lawyer-client communications – United Kingdom and Canada », note sous *USP Strategies Plc v. London General Holdings Ltd*, 2004, *International journal of evidence and proof*, 2004, p. 197.

¹⁰³ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 49 ; Court of Appeal, *United States of America v. Philip Morris inc. and others*, 23 mars 2004, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/330.html> (consulté le 27 avril 2019).

¹⁰⁴ X, « Lawyer-client communications – United Kingdom and Canada », note sous *USP Strategies Plc v. London General Holdings Ltd*, 2004, *International journal of evidence and proof*, 2004, p. 194.

¹⁰⁵ X, « Lawyer-client communications – United Kingdom and Canada », note sous *USP Strategies Plc v. London General Holdings Ltd*, 2004, *International journal of evidence and proof*, 2004, p. 195.

¹⁰⁶ X, « Lawyer-client communications – United Kingdom and Canada », note sous *USP Strategies Plc v. London General Holdings Ltd*, 2004, *International journal of evidence and proof*, 2004, p. 196.

¹⁰⁷ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 49.

¹⁰⁸ DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 2.

¹⁰⁹ DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 3.

¹¹⁰ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 48.

que l'avocat soit indépendant et que la communication ait eu pour but d'assurer la défense d'un client¹¹¹.

3.3. Les motivations pour la création du régime du *legal privilege* de l'avocat

Si l'on se penche sur les motifs sous-jacents au régime, on remarque que *l'attorney-client privilege* a pour but de favoriser les communications entre un client et son avocat. Pour ce faire, il fallait assurer leur confidentialité afin de créer une certaine confiance entre eux¹¹². En effet, il est le corollaire du droit d'obtenir un avis juridique¹¹³. Il est considéré comme une application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹¹⁴. De fait, le devoir de confidentialité protège la vie privée de la personne, tout comme il lui permet l'exercice de ses droits de la défense¹¹⁵. La protection de ces communications est considérée comme « plus importante que leur divulgation même si c'est pertinent pour les procédures en cours¹¹⁶. » Cela démontre l'intérêt pour l'Etat de le protéger. Ce *legal privilege* s'attache plus au contenu des communications qu'aux personnes entre qui elles sont intervenues en considérant que certaines méritent d'échapper à une production en justice¹¹⁷. Il s'agit donc d'une « approche *in rem* » et non *in personam* de la confidentialité¹¹⁸. Ces communications qui sont protégées doivent avoir un objet juridique et nous renvoyons le lecteur à l'échelle d'analyse présentée ci-avant pour l'identification de ces communications protégées. Il est une condition *sine qua non* d'une bonne administration de la justice et donc considéré par les tribunaux anglais comme un droit fondamental. C'est pourquoi sa violation donnera lieu à des poursuites et des sanctions¹¹⁹. Pour clôturer cette analyse des fondements, il convient de mentionner ceux spécifiques aux deux catégories de *legal privilege*. D'une part, le *legal advice privilege* se base sur « le droit du client de consulter un avocat en tout liberté et donc sans crainte de voir ses confidences apportées en justice¹²⁰. » D'autre part, le *litigation*

¹¹¹ C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, point 21.

¹¹² J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 591 ; J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 47.

¹¹³ X., « Legal privilege : regulation of investigatory powers act 2000 – impact on common law and statutory rights of legal privilege », *note sous House of lords*, 11 mars 2009, UKHL 15, *criminal law review*, 2009, p. 527 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 46 ; R. (Morgan Grenfell & Co. Ltd.) v. Commissioner of income tax et al., 2003, A.C. 563.

¹¹⁴ X., « Legal privilege: regulation of investigatory powers Act 2000 – impact on common law and statutory rights of legal privilege », *note sous House of lords*, 11 mars 2009, UKHL 15, *criminal law review*, 2009, p. 527.

¹¹⁵ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 36 ; J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348.

¹¹⁶ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 348.

¹¹⁷ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, pp. 38 et 45.

¹¹⁸ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 48.

¹¹⁹ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, pp. 46-47.

¹²⁰ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34.

privilege est fondé sur le droit de la partie à rassembler des preuves pour une procédure en cours ou à venir, sans que ses recherches ne soient divulguées à l'adversaire¹²¹. Cette seconde catégorie est plus vaste que la première puisqu'elle peut comprendre les communications avec les tiers si cela permet d'assurer la recherche de preuves.

3.4. Le *legal privilege* de l'avocat est-il assujéti à l'existence de formalités ?

Enfin, pour clôturer l'analyse du *legal privilege*, nous allons nous intéresser aux formalités entourant cette confidentialité et déterminer si elles sont nécessaires pour l'application du *privilege* en pratique. Premièrement, pour éviter tout risque ou toute ambiguïté, l'on peut conseiller aux parties de se mettre d'accord sur les communications protégées. Deuxièmement, il est important de savoir que l'inscription sur le document des mentions « *confidential* » ou « *privileged* » n'entraînent pas la protection du simple fait de cette mention¹²² mais cela permet d'attirer l'attention sur le fait que le document puisse être confidentiel. Comme il a été précisé, précédemment, la protection s'attache au contenu. Troisièmement, en cas de *privilege*, des « *privilege logs* » interviendront¹²³. Au Royaume-Uni, la partie sera tenue de faire une liste avec les documents protégés et exposer les motifs qu'elle estime sous-tendre au *privilege*. Aux Etats-Unis, par contre, elle devra fournir un tableau avec les documents qu'elle ne veut pas divulguer ainsi que le *privilege* qu'elle invoque sur ceux-ci. Cela permet d'évaluer les revendications de *privilege*. Par conséquent, le *legal privilege* ne nécessite pas la réalisation de formalités pour son application.

En conclusion, le *legal privilege* est un droit fondamental reconnu aussi bien en Angleterre qu'aux Etats-Unis et uniquement dans la mesure où le client ne souhaite pas que les communications soient révélées. Il sera donc appliqué en arbitrage international.

4. LE DROIT APPLICABLE EN ARBITRAGE PARMI LES DROITS NATIONAUX

Par souci d'exhaustivité, nous souhaitons aborder la manière dont s'articulent les différents droits dans le cadre d'un arbitrage. En effet, faute d'un droit commun à tous, il faut réussir à déterminer le droit que le Tribunal se doit d'appliquer, ce qui est important au regard des attentes des parties¹²⁴. Il est donc vivement conseillé que les parties se soient mises d'accord à l'avance afin d'éviter de mauvaises surprises. En effet, elles pourraient avoir considéré comme confidentiel un document qui ne le sera pas au moment où l'arbitre devra trancher¹²⁵. Leur défense peut alors en être déforcée, d'autant plus qu'en cas de refus, seront déduites des conséquences négatives par le biais d'*adverse inference*. Cependant, force est de

¹²¹ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34.

¹²² T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 48.

¹²³ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 355.

¹²⁴ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 597.

¹²⁵ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 590 ; J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 352.

constater que c'est rarement le cas. De plus, quand bien même les parties se seraient mises d'accord sur le droit applicable, il est rarement fait mention spécifiquement de la production des documents et de leur confidentialité¹²⁶.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées pour pallier à ce problème. Premièrement, on peut choisir d'appliquer à chaque partie le droit de l'Etat d'où l'avocat provient, ainsi chacun connaîtrait les règles applicables puisque ce seraient celles de son Etat¹²⁷. Cependant, il est évident qu'en agissant ainsi, les règles applicables seraient différentes entre les parties à une même procédure, ce qui n'est pas souhaitable. Il n'y aura pas d'égalité et ça pourrait entraîner que des clients choisissent plus des avocats de certains Etats que d'autres en raison de ces règles favorables. Les difficultés seraient les mêmes si le droit applicable est celui du siège arbitral.

Deuxièmement, il peut être choisi d'appliquer le droit de l'Etat où se trouvent les communications¹²⁸ ou encore le « droit avec lequel les communications ont le plus de liens¹²⁹. » Cela fera perdre énormément de temps au Tribunal qui devra, pour chaque pièce, examiner son attachement à un Etat, son origine et même encore d'autres critères pour en déterminer le régime. De nouveau, des règles différentes, dans une même procédure, peuvent être appliquées. Aucune de ces solutions n'est satisfaisante du simple fait qu'aucune ne permet d'anticiper les documents protégés et les règles applicables à cette protection.

Troisièmement, une solution un peu plus intéressante serait de choisir parmi les différents droits celui qui apporte les droits les plus favorables ainsi les deux parties seraient traitées de manière égale car soumises au même corps de règles et seraient assurées de bénéficier au minimum des protections existant dans leur système juridique¹³⁰. Les détracteurs de cette méthode soutiennent qu'elle a les inconvénients « d'encourager le forum shopping » en choisissant un avocat appliquant des règles fort protectrices et d'entraîner des restrictions plus larges sur la révélation d'informations, ce qui n'est pas souhaitable¹³¹. Nous estimons que cette solution est la meilleure parmi celles possibles à l'heure actuelle. En effet, ça permet un maximum de certitudes et évite qu'un document considéré comme confidentiel par les parties finissent dans les mains de l'arbitre en tant que preuve.

¹²⁶ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 351 ; J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, pp. 597-598.

¹²⁷ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 353.

¹²⁸ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 598.

¹²⁹ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 353.

¹³⁰ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 353 ; J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, pp. 598-599.

¹³¹ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 599 ; J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, pp. 253-254.

Quatrièmement, une solution « parfaite » serait de créer un droit commun à tous, une sorte de « *legal privilege* ou secret professionnel universel », dans le cadre de l'arbitrage international, afin que l'égalité entre parties règne et que chacun soit sûr des règles applicables comme c'est le cas avec celles de l'IBA¹³². Cependant, des difficultés peuvent tout de même arriver : ça ne doit pas aboutir à une violation de ses propres règles nationales sous peine de s'exposer à des sanctions disciplinaires¹³³. Deux tentatives ont déjà eu lieu en ce sens : le « Code of conduct for lawyers on European Union » et les « American law institute Rules »¹³⁴ mais l'objectif n'est pas encore atteint. Si cette solution devait être mise en œuvre, J. H. RUBINSTEIN et B. B. GUERRINA proposent que le *legal privilege* appartienne au client afin de respecter le caractère volontaire de l'arbitrage et sans obligation pour l'avocat de divulguer afin qu'ils n'entrent pas en contradiction avec ses règles nationales¹³⁵.

En conclusion, nous rappelons qu'il est, à notre sens, absolument nécessaire d'apporter une solution uniforme pour régler les problèmes de confidentialité qu'engendre le fait d'invoquer le secret professionnel ou le *legal privilege*. D'autant plus qu'à l'heure actuelle, faute de solution uniforme en dehors des Règles de l'IBA, on utilise leur article 9.3 (c) pour régler les difficultés. Elle propose de se fier aux attentes des parties. Cependant, ces attentes peuvent varier en fonction de l'existence ou non d'une procédure et les avocats pourraient abuser de leur droit en qualifiant tous les documents de document confidentiel sous prétexte qu'ils s'attendaient à ce qu'ils le soient¹³⁶.

C. LES COMMUNICATIONS ENTRE UN CONSEILLER INTERNE ET SON CLIENT

Tout d'abord, lorsque l'on s'intéresse à l'arbitrage, le premier réflexe est d'aller voir les règles de *soft law* qui ont une très forte influence sur les arbitres. Ils vont souvent s'en inspirer pour trancher ou les prendre comme référence pour les points que les parties n'auront pas déterminés de manière précise. Dans les « IBA Guidelines on party representation in international arbitration » du 25 mai 2013¹³⁷, on peut trouver une définition du représentant. Ca vise toute personne et inclut les employés de la partie. Les guidelines 10 et 11 mentionnent ensuite que ce représentant se doit de respecter le *privilege* et la confidentialité. Cependant, c'est la seule chose qui y soit précisée. Rien n'indique le régime ou l'étendue de cette confidentialité devant être respectée.

¹³² J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 354 ; J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 599.

¹³³ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 354.

¹³⁴ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, pp. 599-600.

¹³⁵ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 602.

¹³⁶ J. D. M. LEW, « Document production and legal privilege in international commercial arbitration », in *Practising virtue : inside international arbitration*, 2015, p. 354.

¹³⁷ Désignées dans la suite comme les IBA Guidelines.

Dans les Règles de l'IBA ou les Prague Rules, il n'est même pas mentionné si le conseil peut être un employé ou uniquement un avocat. Aucune définition n'est donnée. Il est donc nécessaire, comme c'était le cas pour la protection du secret professionnel de l'avocat, de se reporter aux droits nationaux, faute de détails dans les règles conventionnelles internationales propres à l'arbitrage.

1. LE JURISTE D'ENTREPRISE ET LE SECRET PROFESSIONNEL EN DROIT BELGE

La loi du 1^{er} mars 2000 intitulée « loi créant un Institut des juristes d'entreprise » consacre la place centrale du juriste dans la vie économique¹³⁸. La tâche d'un juriste d'entreprise est de consulter et de donner des conseils juridiques au sein de l'entreprise où il exerce son activité. Sa particularité, par rapport aux conseils donnés par un avocat, est qu'il est lié par un contrat de travail envers son employeur. C'est d'ailleurs ce lien qui fait que les professions d'avocat et de juriste d'entreprise sont incompatibles¹³⁹. Ces deux catégories de conseillers ont chacun un régime spécifique¹⁴⁰ mais cela ne signifie pas pour autant qu'ils ne peuvent pas tous les deux être soumis au secret professionnel.

1.1. Les motivations pour la création du secret professionnel du juriste d'entreprise

Tout d'abord, afin de répondre à la question de savoir si le juriste d'entreprise est soumis ou non au secret professionnel, commençons par exposer les raisons pouvant converger vers la consécration de cette protection pour les avis rendus par ce juriste. Un premier motif peut être tiré de l'exercice de son activité de conseil au sein de l'entreprise. En effet, sa mission ne peut être efficace que si les personnes avec qui il s'entretient peuvent avoir une confiance aveugle en lui. Pour ce faire, il est nécessaire de garantir le secret professionnel¹⁴¹. En effet, si les communications échangées avec un juriste d'entreprise ne sont pas couvertes par le secret professionnel, l'entreprise recourrait systématiquement aux services d'un avocat pour qui les communications sont couvertes par l'article 458 du Code pénal belge et cela constituerait une entrave à la concurrence¹⁴². En l'absence de reconnaissance de la protection, la profession de juriste d'entreprise disparaîtrait, faute d'utilité. D'autant plus que l'avocat et le juriste exercent exactement les mêmes missions dans le cadre des conseils juridiques et des consultations qu'ils peuvent fournir¹⁴³. Ne pas reconnaître les mêmes principes pourrait

¹³⁸ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 785.

¹³⁹ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, pp. 34-35.

¹⁴⁰ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 38.

¹⁴¹ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 786.

¹⁴² A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 790.

¹⁴³ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 787 ; S. MERMANS, « Enkel wat nodig is omdat het nodig is : het beroepsgeheim

causer une violation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination¹⁴⁴ en raison du traitement différent de deux confidents nécessaires¹⁴⁵. D'autre part, si l'on tente de justifier cette différence en invoquant les droits de la défense, il conviendrait de dénier aussi à l'avocat l'application du secret professionnel pour sa mission de conseil et de ne maintenir la protection que dans le cadre de son activité contentieuse, ce qui paraît inconcevable dans l'esprit de la majorité des auteurs, pour ne pas dire tous¹⁴⁶. Si l'on consacre une acception large de la notion de « droits de la défense » pour l'un, on la consacre pour l'autre. En outre, dans le cadre de son travail, le juriste d'entreprise n'a aucune compétence décisionnelle, ce qui lui retire toute possibilité de commettre des illégalités... Il ne peut qu'éclairer son employeur sur certaines questions de droit¹⁴⁷. Quand bien même, il commettrait des illégalités, le chef d'entreprise resterait libre de ne pas suivre son conseil. Cela démontre également qu'en dépit du lien contractuel existant entre l'entreprise et le juriste, il est tenu de fournir un avis indépendant afin de répondre le plus adéquatement possible à la question posée¹⁴⁸.

Sa mission d'intérêt général constitue un autre motif¹⁴⁹. En effet, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que « le législateur avait pour but de préserver l'intérêt général en permettant une correcte application de la loi par les entreprises¹⁵⁰. » Pour cela, il faut que les avis rendus soient confidentiels. Ce point de vue a été consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 janvier 2015 où elle a rejeté le pourvoi contre la décision de la Cour d'appel sur ce sujet¹⁵¹. Les juristes peuvent être considérés comme des collaborateurs de justice au même titre que les avocats quand « ils sont définitivement employés dans une entreprise et soumis à des règles déontologiques¹⁵². » C'est en raison du fait qu'ils permettent une application correcte de la loi au sein de l'entreprise.

Enfin, une autre motivation peut être trouvée dans le principe de rationalité du législateur. Depuis que les juristes d'entreprise existent, on leur reconnaît un devoir de discrétion inhérent à leur activité¹⁵³. Si on ne souhaitait pas augmenter le degré de protection, il n'y aurait pas lieu d'utiliser le procédé législatif. Avec la loi de 2000, il est donc logique de penser que l'on

door de bril van een bedrijfsjurist », in *Vertrouwelijkheid en beroepsgeheim*, Anvers, Intersentia, 2018, p. 69.

¹⁴⁴ Articles 10 et 11 de la Constitution belge ; A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 792.

¹⁴⁵ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 790.

Nous renvoyons le lecteur au chapitre sur le secret professionnel de l'avocat afin d'y lire la définition et les conditions applicables pour être considéré comme un confident nécessaire.

¹⁴⁶ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 788.

¹⁴⁷ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 787.

¹⁴⁸ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 787.

¹⁴⁹ B. NYSEN, « Confidentialité des avis et secret professionnel du juriste d'entreprise : une jurisprudence récente éclairante », *Cahier du juriste*, 2015, pp. 26-27.

¹⁵⁰ Bruxelles (18^e ch.), 5 mars 2013, *Juridat*, 2018, www.juridat.be (consulté le 10 avril 2019).

¹⁵¹ Cass. (1^{er} ch.), 22 janvier 2015, *Pas.*, 2015-1, p. 206.

¹⁵² P. MARCHANDISE, « Le juriste d'entreprise et ses responsabilités », *Ius & Actores*, 2008, p. 45.

¹⁵³ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 789.

veuille accentuer cette discrétion. Par conséquent, nous déduisons que la volonté du législateur, dans cette loi, était de soumettre le juriste d'entreprise au secret professionnel.

Pour toutes ces raisons, nous concluons que le juriste d'entreprise doit être soumis au secret professionnel et l'article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000 précitée va en ce sens en prévoyant explicitement que « les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiels. » Nous considérons que le terme « confidentiel » puisse être entendu comme « secret professionnel. »

1.2. L'étendue du secret professionnel du juriste d'entreprise

Cependant, de nombreuses controverses existent sur l'application ou non de l'article 458 du Code pénal au juriste d'entreprise. Nous sommes d'avis qu'il y soit soumis, tout comme l'avocat. Tout d'abord, la reconnaissance de son application renforcerait l'article 5 de la loi¹⁵⁴. Or, il ne serait pas erroné de considérer qu'il entre dans la catégorie des « personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie »¹⁵⁵, tout comme on a pu le faire pour les membres du Barreau. Même la Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 5 mars 2013¹⁵⁶, avait commencé par ne pas reconnaître le juriste d'entreprise comme un confident nécessaire avant de dire qu'en vertu de l'article 5 de la loi de 2000, l'employeur devait avoir la certitude de pouvoir se confier à son employé sans risque de divulgation. D'autre part, comme cela a déjà été mentionné, il est difficile d'admettre le secret professionnel de l'avocat pour ses missions aussi bien de conseil que pour son activité contentieuse et de la nier pour le juriste d'entreprise dans le cadre de sa mission de consultation et de conseil¹⁵⁷. Les auteurs opposés à l'application du principe de droit pénal au juriste soutiennent que si le législateur l'avait voulu, il l'aurait mentionné dans l'article. Or, ce n'est pas le cas et pire encore, dans les travaux préparatoires, on remarque que cette mention a été faite et ensuite supprimée. Les motifs de cette suppression n'étant pas le sujet présent, nous renvoyons le lecteur à ces travaux s'il souhaite en prendre connaissance. Personnellement, nous pensons que cette suppression a un lien avec le fait que l'application du secret professionnel soit limitée quant à son objet pour le juriste d'entreprise¹⁵⁸. Le procédé législatif suppose qu'une majorité de parlementaires acceptent la loi. Or, la mention expresse de l'article 458 du Code pénal peut avoir effrayé certains craignant que l'application soit aussi large que pour l'avocat. Cet argument n'emporte donc pas notre conviction.

Comme mentionné, ci-avant, le secret professionnel applicable au juriste d'entreprise serait limité quant à son objet¹⁵⁹ par rapport à celui applicable à l'avocat. En effet, on le reconnaît uniquement dans le cadre de sa mission de consultation et de conseil. Il ne protège

¹⁵⁴ B. NYSEN, « Confidentialité des avis et secret professionnel du juriste d'entreprise : une jurisprudence récente éclairante », *Cahier du juriste*, 2015, p. 28.

¹⁵⁵ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 786 ; article 458 du Code pénal belge.

¹⁵⁶ Bruxelles (18^e ch.), 5 mars 2013, *Juridat*, 2018, www.juridat.be (consulté le 10 avril 2019).

¹⁵⁷ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 788.

¹⁵⁸ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, pp. 788-789.

¹⁵⁹ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 792.

que les avis rendus en matière juridique, comme indiqué dans l'article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000¹⁶⁰, avec la sécurité que les juristes doivent être membres de l'Institut des juristes d'entreprise¹⁶¹. Ces avis protégés peuvent comprendre « les expressions d'opinion ou de conseil, la correspondance contenant des demandes d'avis ou qui s'y rapportent, les projets d'avis et les documents préparatoires à cet avis¹⁶². » Ces documents devront, par conséquent, concerner des points de droit. Par ailleurs, il faut que la mission de conseil soit exercée au profit de l'employeur, selon les termes de l'article¹⁶³. L'employeur peut comprendre l'entreprise à laquelle le juriste est lié et les entreprises liées à elle¹⁶⁴. C'est uniquement envers ces personnes qu'il est considéré comme un confident nécessaire. Dans ce cadre limité, le juriste est, à notre avis, soumis à l'article 458 du Code pénal. La doctrine majoritaire partage, d'ailleurs, cette opinion, tout comme une partie de la jurisprudence¹⁶⁵. Les effets sont donc identiques au secret professionnel de l'avocat. Par contre, notons que cette protection vaut pour l'avis rendu et non pour la personne, contrairement à ce qui est prévu pour l'avocat¹⁶⁶. Nous considérons donc que c'est à l'employeur qu'appartient ce droit et qu'il est le seul à pouvoir le lever pour exercer, notamment, ses droits de la défense¹⁶⁷. Dans ce cadre, nous renvoyons le lecteur au chapitre concernant le secret professionnel de l'avocat et la balance d'intérêts intervenant entre les droits de la défense et le secret professionnel. Notons qu'en cas de révélation de l'information par l'employeur, la protection sera réduite à néant¹⁶⁸. Enfin, selon la Cour d'appel de Bruxelles, si la confidentialité de ses avis est violée, l'ingérence sera disproportionnée¹⁶⁹. De plus, nous considérons que cela violerait également le principe d'égalité.

Dans la loi du 1^{er} mars 2000, les relations entre juristes d'entreprise ne sont pas visées. A. BENOIT-MOURY et N. THIRION considèrent alors que c'est à l'Institut des juristes d'entreprise

¹⁶⁰ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 35 ; Bruxelles (18^e ch.), 5 mars 2013, *Juridat*, 2018, www.juridat.be (consulté le 10 avril 2019) ; B. NYSEN, « Confidentialité des avis et secret professionnel du juriste d'entreprise : une jurisprudence récente éclairante », *Cahier du juriste*, 2015, p. 26 ; P. MARCHANDISE, « Le juriste d'entreprise et ses responsabilités », *Ius & Actores*, 2008, pp. 43-44 ; A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 786 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 57.

¹⁶¹ B. NYSEN, « Confidentialité des avis et secret professionnel du juriste d'entreprise : une jurisprudence récente éclairante », *Cahier du juriste*, 2015, p. 27 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 57.

¹⁶² B. NYSEN, « Confidentialité des avis et secret professionnel du juriste d'entreprise : une jurisprudence récente éclairante », *Cahier du juriste*, 2015, p. 27.

¹⁶³ Article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000.

¹⁶⁴ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, pp. 790-791.

¹⁶⁵ P. MARCHANDISE, « Le juriste d'entreprise et ses responsabilités », *Ius & Actores*, 2008, p. 43 ; B. NYSEN, « Confidentialité des avis et secret professionnel du juriste d'entreprise : une jurisprudence récente éclairante », *Cahier du juriste*, 2015, p. 27 ; K. TOBBACK, « Het raadvlak tussen bedrijfsjuristen en notarissen », *C.J.*, 2001, p. 75 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 57.

¹⁶⁶ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 35.

¹⁶⁷ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 791.

¹⁶⁸ Bruxelles (18^e ch.), 5 mars 2013, *Juridat*, 2018, www.juridat.be (consulté le 10 avril 2019).

¹⁶⁹ Bruxelles (18^e ch.), 5 mars 2013, *Juridat*, 2018, www.juridat.be (consulté le 10 avril 2019).

d'en déterminer le régime¹⁷⁰. Cependant, il nous paraît certain que le juriste ne puisse révéler à un collègue ce dont il a pu prendre connaissance dans le cadre de sa mission en raison du fait qu'il ne peut trahir la confiance accordée par l'employeur.

En conclusion, nous pouvons dire que le droit positif garantit le secret professionnel du juriste d'entreprise dans sa mission de consultation et de conseil de la même façon que pour l'avocat. Par conséquent, c'est applicable en arbitrage pour les mêmes motifs auxquels nous renvoyons. Par sécurité, il sera conseillé d'identifier les documents protégés en y inscrivant « avis juridique »¹⁷¹ afin d'éviter tout risque de révélation.

2. LE *LEGAL PRIVILEGE* DU JURISTE D'ENTREPRISE EN DROIT ANGLAIS

En arbitrage international, c'est le droit national qui règle *l'attorney-client privilege* mais également les relations avec les autres conseils¹⁷². Si l'on se penche sur ce que stipule la loi anglaise, on remarque que c'est le terme « lawyer » qui est employé. Cependant, ce terme comprend les *solicitors*, les *barristers* et les *in-house counsels*¹⁷³. Les règles applicables aux avocats sont donc applicables aux juristes d'entreprise, en ce compris le *legal privilege*¹⁷⁴. C'est parce que le juriste est considéré comme un avocat. Il est inscrit au barreau et soumis aux mêmes règles déontologiques et professionnelles¹⁷⁵.

Les communications entre un juriste d'entreprise et la société qui l'emploie sont donc protégées de la même manière que celles faites entre un avocat et son client. L'entreprise pour laquelle travaille le « *in-house solicitor* » ou le « *in-house barrister* » est alors considérée comme la cliente¹⁷⁶. Cependant, la protection ne vise pas n'importe quelle confiance. Il doit s'agir de conseils juridiques¹⁷⁷. Les avis concernant des problèmes commerciaux ne sont donc pas visés. Lorsque que c'est bel et bien une mission juridique qui est exercée, et uniquement dans ce cas, le *privilege* fera obstacle à la production en justice ou en arbitrage de tels documents. Ils deviendront alors confidentiels sauf si l'entreprise en décide autrement. Ce système est également applicable aux Etats-Unis.

Notons à titre informatif qu'une autre exception existe pour l'application du *legal privilege* au juriste d'entreprise : en cas d'enquête de la commission européenne en droit de la concurrence. Le *privilege* ne s'appliquera pas, faute d'indépendance suffisante¹⁷⁸.

¹⁷⁰ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 795.

¹⁷¹ P. MARCHANDISE, « Le juriste d'entreprise et ses responsabilités », *Ius & Actores*, 2008, p. 44.

¹⁷² G. B. BORN, « International commercial arbitration », vol. 2, 2^e éd., Kluwer, 2009, p. 2852.

¹⁷³ DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 2.

¹⁷⁴ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 47.

¹⁷⁵ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 35 ; T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 47.

¹⁷⁶ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, p. 47.

¹⁷⁷ DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, pp. 2 et 4.

¹⁷⁸ DLA PIPER, « Legal professional privilege », *Global guide*, 4^e éd., 2017, p. 2.

Pour le surplus, nous renvoyons le lecteur au chapitre « *Le legal privilege de l'avocat* dans le droit anglais. » En effet, les statuts étant identiques, ce qui est applicable pour le conseiller externe est applicable pour le conseiller interne. De la même façon, nous renvoyons aussi aux développements concernant le droit applicable afin de déterminer la manière d'articuler les différents droits nationaux dans le cadre d'un arbitrage international.

3. LE SECRET PROFESSIONNEL DU JURISTE D'ENTREPRISE EN DROIT EUROPEEN

Nous souhaiterions, pour conclure ce chapitre, aborder de façon plus approfondie le droit européen pour l'analyse de l'existence ou non d'un secret professionnel applicable au juriste d'entreprise. En effet, nous y trouvons un intérêt particulier en raison du fait que le régime reconnu à ce niveau est différent de ceux retenus en droit belge et anglais.

En premier lieu, il est important de préciser qu'il n'existe pas de droit commun dans tous les Etats membres de l'Union européenne concernant le secret professionnel ou le *legal privilege* du juriste d'entreprise. Certains Etats adoptent un régime lui reconnaissant un statut et l'application de la protection et d'autres non¹⁷⁹. En général, dans les pays de *civil law*, ce n'est pas reconnu¹⁸⁰. Dans ce cas, les communications qu'il échange avec son employeur ne sont donc pas couvertes par la confidentialité. Cela entraîne des difficultés et une inégalité des armes entre les différents conseillers internes. Lors d'un arbitrage, des règles différentes pourraient être appliquées à chacun. Pour pallier à cela, le Parlement européen a tenté, à deux reprises, en 1999 et 2004, d'accorder la confidentialité à tous les juristes exerçant au sein de l'Union européenne mais les deux se sont soldées par un échec¹⁸¹.

Cependant, le Parlement n'est pas la seule source de mutation du droit. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a une influence très importante sur le droit. Les arrêts qu'elle prend seront suivis par les juridictions des Etats membres, en général, pour ne pas s'exposer à une condamnation de sa part, par la suite. Il nous paraît donc nécessaire d'analyser la jurisprudence de cette Cour afin d'en déterminer les lignes directrices.

Tout d'abord, la Cour de justice des Communautés européennes, devenue par la suite « Cour de justice de l'Union européenne » avait rendu un arrêt AM & S¹⁸². Dans cette affaire, des fonctionnaires de la Commission avaient fait une inspection dans les locaux de la société AM & S à Bristol afin de vérifier le respect des conditions de concurrence. Dans ce cadre, les fonctionnaires avaient demandé la production de certains documents et ce fut refusé par la société qui estimait qu'ils étaient couverts par le *legal privilege*. Cette dernière soutenait que ce *legal privilege* soit un principe général commun à tous les Etats membres mais dont les modalités diffèrent¹⁸³. La Commission rétorqua à cela que même si un tel principe existait, il

¹⁷⁹ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 34.

¹⁸⁰ J. H. RUBINSTEIN, B. B. GUERRINA, « The attorney-client privilege and international arbitration », *Journal of international arbitration*, Kluwer, 2001, p. 592.

¹⁸¹ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 35.

¹⁸² C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157.

¹⁸³ C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, point 2.

ne faisait pas obstacle à ses demandes de vérification en vertu de l'article 14 du Règlement n° 17/62¹⁸⁴. La Cour, dans son arrêt, précise que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat donnant des avis juridiques de façon indépendante et que ce principe est reconnu dans la majorité des Etats même si les contours peuvent varier¹⁸⁵. Elle conclut qu'en droit européen, la confidentialité des correspondances entre un avocat et son client est reconnue à condition que « d'une part, il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants non liés par un rapport d'emploi »¹⁸⁶ au motif que l'avocat est un collaborateur de la justice. Au vu de la seconde condition, la confidentialité ne peut s'appliquer aux juristes d'entreprise qui sont, par essence, liés par un rapport d'emploi avec l'entreprise. Cette protection leur est déniée au niveau européen dans le domaine de la concurrence et peu importe ce que le droit national du professionnel en dit. Nous pensons que le juriste aussi participe à la collaboration de la justice en permettant une application correcte de la loi au sein de l'entreprise et donc devrait se voir appliquer les mêmes protections dans le domaine du conseil et de la consultation juridique. Cependant, nous ne manquons pas de nous interroger sur la décision qu'aurait prise la Cour dans un autre contexte que la concurrence. Il est bien connu que l'interdiction de concurrence déloyale est un principe sur lequel l'Union porte beaucoup d'attention et sur lequel elle est peu flexible. Nous nous demandons donc si, dans un autre contexte, la réponse de la Cour aurait été identique. Personnellement, nous pensons que le droit au secret professionnel devrait être reconnu au juriste d'entreprise afin, et c'est paradoxal, d'assurer une juste concurrence entre les avocats et les juristes.

Ensuite, le Tribunal de la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcé sur l'affaire HILTI¹⁸⁷. Il commence d'abord par rappeler la jurisprudence de la Cour dans son arrêt AM & S¹⁸⁸ avec les deux conditions pour que la confidentialité soit d'application avant de s'intéresser au sort de notes internes à l'entreprise recopiant des avis juridiques reçus d'avocats indépendants et donc protégés. Il considère que ces notes bénéficient, elles aussi, de la confidentialité¹⁸⁹.

8 ans plus tard, le Président du Tribunal a rendu une ordonnance au sujet d'une affaire danoise : l'affaire CARLSEN¹⁹⁰. Il y est décidé que les avis des juristes internes du Conseil de l'Union européenne sont confidentiels et ce, malgré l'existence d'un lien de subordination au motif que ceci est nécessaire pour permettre au Conseil « de recueillir des avis juridiques indépendants¹⁹¹. »

Dans le même ordre d'idée, le Tribunal a rendu un arrêt INTERPORC en 1999¹⁹². On y apprend que la règle de l'auteur permet que les documents internes de la Commission réalisés

¹⁸⁴ C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, point 10.

¹⁸⁵ C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, points 18-19.

¹⁸⁶ C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157, points 21-22.

¹⁸⁷ Trib., ord. *Hilti Aktiengesellschaft c. Commission*, 4 avril 1990, T-30/89.

¹⁸⁸ Trib., ord. *Hilti Aktiengesellschaft c. Commission*, 4 avril 1990, T-30/89, point 13.

¹⁸⁹ Trib., ord. *Hilti Aktiengesellschaft c. Commission*, 4 avril 1990, T-30/89, point 18.

¹⁹⁰ Trib., ord. *Hanne Norup Carlsen et autres c. Conseil de l'Union européenne*, 3 mars 1998, T-610/97.

¹⁹¹ J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 36.

¹⁹² Trib., arrêt *Interporc Im-und Export GmbH c. Commission*, 7 décembre 1999, T-92/98, EU:T:1999:398.

par son service juridique soient protégés afin de garantir la protection du travail interne qu'elle effectue.

Dans les arrêts CARLSEN et INTERPORC, les communications des juristes internes aux institutions communautaires sont protégées. Par conséquent, nous ne pouvons nous empêcher d'y voir une contradiction au principe d'égalité et d'égalité des armes dès lors que dans un litige opposant une entreprise à une telle institution, la Commission aurait connaissance de tous les documents de conseillers internes à l'entreprise mais à l'inverse, ce ne serait pas le cas de l'entreprise vis-à-vis de la commission qui conserverait secrets ses documents. A cet égard, nous rejoignons l'avis de A. BENOIT-MOURY et N. THIRION¹⁹³.

Enfin, le dernier arrêt que nous souhaiterions analyser est l'arrêt AKZO du Tribunal de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹⁴. Dans cet arrêt, il est fait, pour partie, citation de l'arrêt AM & S du 18 mai 1982¹⁹⁵ car les contextes sont identiques. En effet, les fonctionnaires de la Commission font une vérification dans l'entreprise et saisissent des documents que AKZO considère comme confidentiels. Dans l'affaire AKZO, le Tribunal se penche sur la confidentialité de documents échangés entre le Directeur général de la société et un avocat néerlandais, membre, à ce moment-là, de son équipe juridique¹⁹⁶. Il rappelle alors que l'arrêt AM & S avait enseigné que la protection ne s'appliquait que dans la mesure où les conseils étaient indépendants et donc non liés par un contrat de travail¹⁹⁷. Le Tribunal en déduit que la Cour a expressément exclu les juristes d'entreprise. Après ce rappel, il fait remarquer qu'actuellement, la reconnaissance de la protection pour les conseillers internes est plus répandue mais toujours pas uniforme¹⁹⁸. Il conclut que la confidentialité ne s'applique pas pour les juristes d'entreprise car les entreprises ne peuvent échapper au contrôle de la Commission, sauf pour les notes internes reproduisant les avis juridiques d'un conseiller externe et les notes préparatoires à la demande d'un tel avis¹⁹⁹. Il nie également une quelconque violation du principe d'égalité au titre que les juristes et les avocats ne sont pas dans une situation comparable en raison de l'intégration, dans la société, du premier²⁰⁰. Personnellement, nous estimons que la violation du principe d'égalité pourrait être retenue car, en dépit d'un lien de subordination, leur travail reste le même dans le cadre de la fourniture de conseils. L'entreprise s'attend à recevoir un avis aussi indépendant de l'avocat que du juriste. Pour cela, il nous paraît que le Tribunal aurait pu retenir cette violation. Par

¹⁹³ A. BENOIT-MOURY, N. THIRION, « Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : la nouvelle donne », *J.T.*, 2001, p. 794.

¹⁹⁴ Trib, arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, 17 décembre 2007, T-125/03, EU:T:2007:287.

¹⁹⁵ Trib, arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, 17 décembre 2007, T-125/03, EU:T:2007:287, point 77 ; C.J.C.E., arrêt *AM&S Europe Ltd c. Commission*, 18 mai 1982, C-155/79, EU:C:1982:157.

¹⁹⁶ Trib, arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, 17 décembre 2007, T-125/03, EU:T:2007:287, point 165.

¹⁹⁷ Trib, arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, 17 décembre 2007, T-125/03, EU:T:2007:287, point 166.

¹⁹⁸ Trib, arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, 17 décembre 2007, T-125/03, EU:T:2007:287, point 170.

¹⁹⁹ Trib, arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, 17 décembre 2007, T-125/03, EU:T:2007:287, point 173.

²⁰⁰ Trib, arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, 17 décembre 2007, T-125/03, EU:T:2007:287, point 174.

ailleurs, il s'oppose à ce que le statut des communications entre l'entreprise et son employé soit régi par le droit national car un concept de droit communautaire de confidentialité a été créé²⁰¹. En effet, ce principe constitue une limitation aux pouvoirs de la Commission et donc cela ne peut être régi que par du droit européen. Par conséquent, la confidentialité des avis du juriste d'entreprise n'est toujours pas reconnue au niveau supranational.

Nous trouvons extrêmement dommage que de tels avis ne soient pas reconnus. On en arrive, en effet, à des situations où, dans des Etats comme la Belgique et le Royaume-Uni, les juristes d'entreprise bénéficient d'une protection dans leur mission de conseil. Cependant, en cas d'implication de la Commission, cette protection disparaît. D'autres Etats ne se trouvent pas confrontés aux mêmes problématiques et cela ne nous paraît pas très équitable au niveau, notamment, de l'égalité des armes. En plus, les Etats européens sont déforçés par rapport aux Etats-Unis, par exemple. Effectivement, le fait que la Commission ait pu prendre connaissance des communications entre un juriste et son employeur sera compris, au niveau du droit américain, comme une renonciation au *legal privilege* pour cause de divulgation à un tiers²⁰². Cela pourrait donc poser d'énormes problèmes dans le cadre d'un arbitrage international. Notons que ces raisonnements se font une fois de plus dans le contexte du droit de la concurrence et donc l'interrogation épinglée lors de l'analyse de l'arrêt AM & S nous paraît toujours pertinente. Nous pensons que cette protection pourrait s'appliquer dans un autre contexte, y compris au niveau européen. Enfin, nous ne pouvons qu'espérer que l'Union se dirige de plus en plus vers une reconnaissance de la protection des communications d'un juriste. Cette perspective est d'autant plus probable que l'évolution tend à se diriger, en Europe, vers une reconnaissance de la confidentialité pour les conseils d'un conseiller interne fournis dans le cadre d'un contrat de travail.

En conclusion, nous souhaiterions terminer par quelques précautions générales à prendre pour éviter les risques de divulgation dans le cadre d'un arbitrage international²⁰³. Tout d'abord, il convient d'indiquer que le document provient d'un juriste. Ensuite, il est possible de noter sur le document « *privileged and confidential*. » Cela ne permettra pas d'établir le caractère privilégié de la communication mais évitera que l'information ne soit divulguée par erreur. Par ailleurs, il est vivement déconseillé d'aborder d'autres sujets que des questions juridiques. En effet, dans de nombreux Etats, la protection n'est reconnue qu'aux avis juridiques. Enfin, il convient de séparer les communications provenant d'avocats et les autres en inscrivant bien sur ces dernières la mention « secret et confidentiel » ou bien en indiquant qu'il s'agit d'une reproduction d'un avis juridique. Cette dernière précaution vaut surtout dans le cadre européen où les avis des juristes ne sont pas protégés.

²⁰¹ Trib, arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c. Commission*, 17 décembre 2007, T-125/03, EU:T:2007:287, point 176.

²⁰² J. BUHART, « La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne », *J.T.*, 2005, p. 37.

²⁰³ T. BAUDESSON, P. ROSHER, « Le secret professionnel face au *legal privilege* », *R.D.A.I.*, 2006, pp. 61, 63 et 64.