

# Professional secrecy under pressure Le secret professionnel menacé

Jan Fermon

researcher University Maastricht and criminal defence lawyer in Brussels

Taru Spronken

professor of criminal law University Maastricht and criminal defence lawyer in Maastricht



ECBA Conference Defending the Defender

5-6 October 2007 Lyon



Universiteit Maastricht

# Introduction

- Academic perspective?
- Three major threats to professional secrecy
- Preliminary ruling Court of Justice on the money laundering Directive
- Comparative research on the protection of professional privilege within the EU
- Perspective académique ?
- Trois menaces qui pèsent sur le secret professionnel
- Arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne concernant blanchiment
- Recherche comparative sur la protection du secret professionnel au sein de l'UE

# Attorney-client privilege: three threats Secret professionnel: trois menaces

- Development of investigative methods
- Crime Control is in!  
Safeguards are out!
- Weak position of the bars
- Développement des méthodes d'enquête
- La lutte contre la criminalité gagne du terrain, les droits fondamentaux reculent
- Position faible des barreaux

# Methods of investigation: examples from the Netherlands

- Special Investigative Methods Act 1 February 2000: no exception for lawyers
- Telephone-tapping
  - ECtHR 25.11.2004  
Aalmoes e.a. v.  
Netherlands nr.  
16269/02
- Loi sur les méthodes particulières de recherche 1 février 2000: pas d'exception pour les avocats.
- Ecoutes téléphoniques:
  - CEDH 25.11.2004  
Aalmoes E.A c/ Pays Bas  
16269/02

# Emphasis on crime control

- Exceptions on confidentiality because of the severeness of the crime
- The lawyer as an interesting source of information:
  - Lawyers as (co) suspects
  - Lawyers as witnesses against their clients
  - Lawyers as assistant - prosecutors (money laundering)
- Exceptions sur la confidentialité en fonction de la gravité du délit
- L'avocat comme une source d'information:
  - Avocats comme (co) suspects
  - Avocats comme témoins contre leurs clients
  - Avocats comme auxiliaires du Ministère Public (blanchiment)

# What is the position of the Bar?

- Position of the local dean during searches of lawyers offices
- What about the other investigative methods?
- Absence of regulations
- Intervention du bâtonnier pendant des perquisitions dans cabinet d'avocat
- Quid des autres méthodes de recherche?
- Absence de règles

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Judgment of the Court in case C-305/05
  - REFERENCE for a preliminary ruling from the Cour d'arbitrage (now the Cour constitutionnelle) (Belgium)
  - l'arrêt C-305/05 du 26 juin 2007 de la Cour de Justice de l'Union Européenne
  - Question préjudicielle posée par Cour Constitutionnelle Belge.



# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Case before the Constitutional Court:
  - Action brought by several Belgian Bars
  - seeking the annulment of certain Articles of the Law which transposes into the national legal system Directive 2001/97 relating to the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.
- Litige devant la Cour Constitutionnelle:
  - Demande formulée par barreaux belges
  - Annulation de la loi transposant directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Directive:

- Member States shall ensure that the obligations laid down in this Directive are imposed on members of independent legal professionals, when they participate, whether:
  - (a) by assisting in the planning or execution of transactions for their client concerning the
    - (i) buying and selling of real property or business entities;
    - (ii) managing of client money, securities or other assets;
    - (iii) opening or management of bank, savings or securities accounts;
    - (iv) organisation of contributions necessary for the creation, operation or management of companies;
    - (v) creation, operation or management of trusts, companies or similar structures;
  - (b) or by acting on behalf of and for their client in any financial or real estate transaction;

- Directive:

- Impose obligation de signaler transaction suspectes aux membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent,
  - a) en assistant leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant:
    - i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales;
    - ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs, appartenant au client;
    - iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles;
    - iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés;
    - v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires;
    - b) ou en agissant au nom de leur client et pour le compte de celui-ci dans toute transaction financière ou immobilière».

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Question referred to the Court for a preliminary ruling:
  - 'Does Directive 2001/97 ... infringe the right to a fair trial which is guaranteed by Article 6 of the ECHR and, as a consequence, Article 6(2) EU
- Question préjudicielle:
  - Compatibilité de la directive avec « *droit à un procès équitable tel qu'il est garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par conséquent l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne* »

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Judgment of the Court: • Arrêt de la Cour:
  - No violation because reservations in the Directive for all activities of lawyers relating to proceedings • Pas de violation car dans la Directive réserve pour toute activité liée à un procès
- => no incompatibility with art. 6 EHRC possible
- => pas d'incompatibilité possible avec art. 6 CEDH

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Art 6.3 "Member States shall not be obliged to apply the obligations laid down in paragraph 1 to ... independent legal professionals, ... with regard to information they receive from or obtain on one of their clients, in the course of ascertaining the legal position for their client or performing their task of defending or representing that client in, or concerning judicial proceedings, including advice on instituting or avoiding proceedings, whether such information is received or obtained before, during or after such proceedings.'
- Art. 6.3 « Les États membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations prévues au paragraphe 1 ... aux membres des professions juridiques indépendantes, ... pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure.»

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Observation of the Court:

*"It must be noted at the outset that, while in the main proceedings which have given rise to this reference the applicants and the interveners questioned the lawfulness, in the light of several higher-ranking rules of law, of the national legislation transposing Directive 91/308, the fact remains that, by its question, the referring court has considered it necessary to ask the Court to review the legality of that directive solely by reference to the right to a fair trial, as guaranteed by Article 6 of the ECHR and Article 6(2) EU."*

- Remarque de la Cour:

*« Il convient de relever d'emblée que si, dans la procédure au principal ayant donné lieu à la présente demande, les ordres requérants et intervenants ont soulevé la validité de la législation nationale transposant la directive 91/308 par rapport à plusieurs normes de rang supérieur, il n'en reste pas moins que, par sa question, la juridiction de renvoi a uniquement considéré comme nécessaire de demander à la Cour un contrôle de validité de cette directive au regard du droit à un procès équitable tel que garanti par les articles 6 de la CEDH et 6, paragraphe 2, UE. »*

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- A decision that is too logical ?
- In the centre of the discussion:
  - Is a distinction between “essential” and “accessory” activities possible ?
  - Must simples advices be protected by the privilege ?
- Une décision trop logique ?
- Au cœur de la discussion:
  - Distinction possible entre activités « essentielles » et « accessoires » ?
  - Simples avis soumis au secret professionnel ?

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Position of the Commission
  - Lawyer client privilege applies only to activities relating to Court proceedings. Advices are not privileged.
- Position de la Commission:
  - Protection du secret professionnel vaut uniquement pour des activités qui ont un lien avec une procédure judiciaire. Avis sont exclus.

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Position of the bar associations:

- the secrecy rule is inseparable from the lawyer's profession on which it confers special status and dignity.
- In any event, lawyers should be the sole judge of the limits which may be placed on it.
- Restricting the scope of secrecy to one of their activities is both contrary to fundamental principles and impossible to operate in practice, since those activities are both complex and indivisible.
- From that point of view, it is clear that, by requiring the betrayal of secrets in some of the activities carried out by lawyers, the Directive has the effect of infringing fundamental rights.

- Position des barreaux:

- secret professionnel est intimement lié à la profession laquelle acquiert par son application un statut et une dignités particulières.
- aux avocats eux même de décider des limitations.
- Limiter l'application du secret professionnel à un seul type d'activités des avocats est impossible: ces activités ont un caractère complexe et indivisible.
- Une obligation d'informer les autorités conduira donc à des violations de droits fondamentaux.

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Position of advocate general
- *lawyers' professional secrecy must be extended to the tasks of legal representation, defence, assistance and advice.*
- Draws attention to p.17 of preamble:  
*«Thus, legal advice remains subject to the obligation of professional secrecy unless the legal counsellor is taking part in money laundering activities, the legal advice is provided for money laundering purposes, or the lawyer knows that the client is seeking legal advice for money laundering purposes.*
- Position de l'avocat général:
  - secret professionnel s'applique "aux missions de représentation, de défense, d'assistance et de conseil juridiques »
  - attire l'attention sur le point 17 du préambule : "*Par conséquent, la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel, sauf si le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, si la consultation juridique est fournie aux fins du blanchiment de capitaux ou si l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins du blanchiment de capitaux.*"

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Criterion proposed by advocate general:

*« If the purpose of the ascertainment is merely to help the client organise his activities 'in compliance with the law' and subject his objectives to the rules of law, it must be regarded as advice and exempted from any obligation to inform, irrespective of the context in which it is provided. »*

- Critère de distinction proposé par AG:

*« Si l'évaluation a simplement pour but d'aider le client à organiser ses activités «dans le respect de la loi» et de soumettre ses objectifs aux règles de droit elle doit être considérée comme une activité de conseil et elle doit être soustraite à toute obligation d'information, quel que soit le contexte dans lequel elle est fournie. »*

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- *On the other hand, if the main purpose of the ascertainment is to execute or plan a commercial or financial transaction and is subject to the client's instructions with a view to identifying, in particular, the economically most favourable solution, the lawyer is no longer acting in any capacity other than that of a 'business agent' who places his powers totally in the service of a non-legal activity, and there is no need for the application of professional secrecy*
- *En revanche, si l'évaluation a pour but essentiel de réaliser ou de préparer une transaction commerciale ou financière et qu'elle est soumise aux instructions du client en vue de trouver, notamment, la solution économiquement la plus favorable, l'avocat n'agit plus autrement que comme un «agent d'affaires» qui met entièrement ses compétences au service d'une activité non juridique, et il n'y a pas lieu à application du secret professionnel.*



# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/ 05

- *In the first case, it can be said that the lawyer is acting in the interests of his client but also in the interests of the law. In the second, only the interests of the client prevail. In that case, the lawyer is not acting as an independent lawyer but is in a position identical to that of a financial adviser or corporate lawyer.*
- *Dans le premier cas, il est permis de dire que l'avocat agit non seulement dans l'intérêt de son client mais également dans l'intérêt du droit. Dans le second, seul prévaut l'intérêt du client. Dans ce cas, l'avocat n'agit pas en tant qu'avocat indépendant mais se trouve dans une situation identique à celle d'un conseiller financier ou d'un juriste d'entreprise. »*

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- False opposition between:
- *Organising activities 'in compliance with the law'*



- *Advise given in order to choose the economically most favourable solution,*

- Fausse opposition entre :  
organiser les activités  
« *dans le respect de la loi* »



l'avis donné dans le but  
d'organisation d'une  
transaction conformément à  
« *la solution  
économiquement la plus  
favorable* »

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Conclusions:
  - No acceptable criterion to distinguish different types of activity.
  - Pas de critère de distinction utilisable dans la pratique



# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

– Proportionality ?

– Fight against money laundering versus rights of defence ?

– Lawyers are just parts of a chain in which before and after them other actors (mainly financial institutions) with an obligation to inform are active

– Proportionnalité ?

Lutte contre blanchiment  
Versus droits de la défense

Avocats font partie d'une chaîne composée essentiellement d'institutions financières: obligation d'informer en cas de soupçons de blanchiment en amont et en aval

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Possibility of disciplinary and of criminal action are sufficient.
- Les mesures disciplinaires et éventuellement pénales suffisent

# Court of Justice EC 26 June 2007

nr. C-305/05

- Reaffirm two basic elements developed by the bar associations:
  - Lawyers should decide themselves on limitations to professional privilege
  - No distinction between different types of activity
- Revenir à deux éléments clés de la position des barreaux:
  - aux avocats eux même de décider des limitations.
  - Pas de distinction entre les différents types d'activités souvent inséparables

# Protection of professional privilege in the EU

- Comparison of regulations and safeguards in EU member states
- Proposal regulation at EU level?
- Comparaison du cadre légal et des garanties dans les états membres de l'UE
- Proposition pour une législation au niveau de l'UE ?